



L'inquadramento giuridico dei dati personali ceduti per la fruizione dei servizi digitali

The legal framework of personal data transferred for the use of digital services

ANTONELLA DI CERBO 

Ph.D (c) in Private Law, Università degli studi del Sannio

Abstract

Il contributo analizza le riflessioni dottrinali che hanno preceduto il riconoscimento della commerciabilità dei dati personali, con specifico riferimento all'individuazione della base giuridica del trattamento dei dati forniti quale controprestazione non monetaria. In particolare, nel lavoro vengono indicate le ragioni per cui è escluso che l'esecuzione di un contratto possa rappresentare una valida legal basis per legittimare il trattamento dei dati personali in oggetto, individuando nel consenso la condizione di liceità più idonea.

Le conclusioni tentano di far ordine tra le norme e gli orientamenti giurisprudenziali analizzati, riepilogando le deduzioni più significative a cui si è giunti.

The contribution analyses the doctrinal reflections that preceded the recognition of the merchantability of personal data, with specific reference on identifying the legal basis for the processing of personal data provided as nonmonetary performance. Specifically, the paper outlines the reasons why it is ruled out that the execution of a contract can not be a valid legal basis for the lawful processing of the personal data, identifying the consent as the most appropriate condition of lawfulness.

The conclusions attempt to bring order to the rules and judicial decisions analysed, summarising the most significant deductions reached.



© The author(s) 2022, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.

This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Keywords: GDPR – Direttiva 770/2019 – social network – profilazione – marketing

Summary: – [1. Premessa.](#) – [2. Approccio tradizionale vs Approccio negoziale.](#) - [2.1 Approccio tradizionale.](#) [2.2 Approccio negoziale.](#) - [3. La base giuridica del surplus di dati forniti dall'interessato come controprestazione non monetaria e trattati dal titolare per finalità di marketing.](#) – [3.1. Il contratto](#) – [3.2. Il consenso.](#) - [4. Consenso al trattamento dei dati personali e consenso negoziale.](#) - [5. Conclusioni.](#)

1. Premessa

Le nuove tecnologie e la data driven economy, in particolare i modelli di business che si fondano sulla raccolta e sull'analisi delle attività degli utenti in rete, hanno richiesto più di un intervento comunitario che favorisse la libera circolazione dei dati personali ed al contempo assicurasse un'adeguata tutela degli interessati che si trovino nell'Unione Europea.

In tal senso, la legislazione comunitaria, attraverso il GDPR¹, le proposte del Digital Service Act² e del Digital Market Act³, persegue l'obiettivo di facilitare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione ed il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati.

Negli ultimi anni, il confronto dottrinale e giurisprudenziale in merito al contemperamento di questi, almeno apparentemente, contrapposti interessi è avvenuto mantenendo sullo sfondo il tema della commercializzazione dei dati personali e le questioni ad esso correlate.

Originariamente il trattamento dei dati personali si configurava come un'attività ancillare rispetto all'oggetto ed alla causa del contratto, mentre negli ultimi anni si sono diffusi a macchia d'olio schemi negoziali che prevedono la cessione dei dati personali dell'interessato a titolo di corrispettivo per la fruizione di un contenuto o un servizio digitale.

Il merito di aver intuito le potenzialità dei dati raccolti nel contesto della fornitura dei servizi è attribuito dalla professoressa Zubuff⁴ al giovane ingegnere di Alphabet Amit Patel, che per primo ha estratto valore dalle attività degli utenti registrate da Google, comprendendo come le stesse fossero un potente rilevatore del comportamento umano.

1Regolamento 2016/679/UE (GDPR) .

2 Proposta di Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (DSA) e che modifica la Direttiva 2000/31/CE Obiettivo del DSA è contrastare la diffusione di contenuti illeciti e disinformativi, nonché di altri contenuti potenzialmente rischiosi, potenziando l'azione di moderazione da parte dei prestatori di servizi intermediari (social media, marketplace, ecc.). In linea generale, il Digital Services Act e il Digital Markets Act puntano complessivamente a creare un ambiente digitale caratterizzato dal raggiungimento di una più ampia tutela dei diritti fondamentali degli utenti e dalla creazione di un 'level playing field' per le imprese.

3 Proposta di Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (DMA)

4 S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, 2019, par.2.. Si veda anche J. BRIDLE, *The Age of Surveillance Capitalism by Shoshana Zuboff review – we are the pawns*, in The Guardian, 2019. Consultabile al sito: www.theguardian.com

Negli schemi economici che caratterizzano l'odierna economia digitale i dati hanno assunto un nuovo ruolo di mercato, divenendo un indispensabile *asset* strategico in grado di studiare le tendenze dei singoli consumatori. Il mercato è costellato da servizi digitali per la cui attivazione è richiesta la fornitura di dati ulteriori rispetto a quelli strettamente necessari per l'esecuzione della prestazione oggetto del contratto. Si tratta di un surplus di dati utilizzato dal titolare per l'esercizio di quelle attività, correlate al marketing o ad ulteriori finalità, da cui acquisisce le principali risorse economiche per generare utili e profitti. A questo punto il surplus informativo ceduto dall'utente in cambio del servizio offerto dal titolare diviene a tutti gli effetti una controprestazione non monetaria.

Queste considerazioni, unitamente alle premesse sopra accennate in merito alla tutela dei diritti fondamentali della persona ed alla necessità di prevedere una disciplina giuridica che favorisca la libera circolazione dei dati, hanno condotto gli studiosi della materia ad interrogarsi circa l'attitudine commerciale dei dati personali.

2. Approccio tradizionale vs Approccio negoziale.

2.1. Approccio tradizionale.

La necessità di avviare una riflessione sul tema ha portato la dottrina a dividersi tra chi sostiene che ammettere in modo chiaro la commerciabilità del dato personale significa rendere l'interessato-consumatore maggiormente consapevole del valore dei propri dati, e chi sostiene, invece, che i dati personali rappresentino un valore assoluto intrasmissibile e indisponibile.

Di seguito si tenterà di indicare gli argomenti a sostegno dell'approccio tradizionale che più convincono.

La dottrina che esclude l'attitudine patrimoniale dei dati personali si fonda sull'assunto secondo cui il modello europeo, in particolare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esclude una visione proprietaria del diritto alla protezione dei dati personali collocando tale diritto tra i diritti fondamentali e indisponibili. I diritti indisponibili sono quei diritti soggettivi che soddisfano non solo gli interessi del titolare, ma anche interessi pubblicistici, e che per questo non possono né essere oggetto di negoziazione né possono essere trasmessi dal titolare a un altro soggetto, estinguendosi con la morte dell'avente diritto.

L'indisponibilità del diritto alla protezione dei dati personali è disposta dal legislatore per evitare che la decisione circa la cessione dei suoi dati personali sia rimessa all'interessato, in quanto questi non sarebbe in grado di comprendere, sempre e pienamente, i pregiudizi a cui si espone cedendo pezzi della propria identità digitale. A titolo esemplificativo, si rappresenta che la cessione di dati apparentemente privi di una connotazione particolarmente dettagliata della propria persona, come la quantità di km percorsi in bici quotidianamente, potrebbe essere gravosamente pregiudizievole per l'interessato, in quanto tali dati potrebbero essere utilizzati ai fini del calcolo di un premio assicurativo.

Considerata la natura particolare del dato, strettamente legato alla persona e alla sua autodeterminazione informativa, nonché le implicazioni sulla sfera personale dell'individuo derivanti da un *trade – off* tra dati e servizi, ammettere l'utilizzo dei dati quale moneta di scambio potrebbe sminuire il loro effettivo valore, esponendo gli interessati a gravi pregiudizi.

È stato osservato⁵ che, seppur non si rintraccia nel GDPR un espresso divieto di monetizzazione dei dati personali, è possibile dedurre tale divieto dai principi generali: ammettere la cessione dei dati personali significa accettare una perdita di controllo sugli stessi da parte degli interessati. Vi è di più. Posto che difficilmente l'interessato potrà conoscere le conseguenze del trattamento dei dati che lo riguardano, la cessione dei suoi dati sarebbe verosimilmente foriera di violazioni rispetto ai principi di finalità, della minimizzazione e della trasparenza del trattamento.

Inoltre, equiparare i dati personali ad un corrispettivo contrattuale comporterebbe una discrepanza fra coloro che godono di una migliore condizione economica⁶ e che quindi si trovano nella possibilità di adottare scelte pienamente libere, e coloro che, riversando in condizioni economiche disagiate, sono invece portati, per necessità, a cedere i propri dati al fine di ottenere un guadagno o di fruire di un servizio. La privacy, a questo punto, diventerebbe un diritto dei soli ricchi.

Anche le Linee Guida dello European Data Protection Board sul trattamento dei dati personali nel contesto della fornitura dei servizi online⁷, registrano il medesimo approccio ove si legge: Considerando che la protezione dei dati è un diritto fondamentale garantito dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali, e che una delle finalità principali del GDPR è quella di fornire agli interessati il controllo sulle informazioni che li riguardano, i dati personali non possono essere considerati un bene commerciabile. Anche se l'interessato può acconsentire al trattamento di dati personali, non può cedere i propri diritti fondamentali attraverso tale accordo⁸. E, ancora, nella nota⁹ posta alla fine del periodo sopra riportato si legge: oltre al fatto che l'uso dei dati personali è disciplinato dal GDPR, vi sono altri motivi per cui il trattamento dei dati personali si distingue concettualmente dai pagamenti monetari. Ad esempio, il denaro può essere contato, il che significa che è possibile confrontare i prezzi in un mercato concorrenziale e di norma i pagamenti in denaro possono essere effettuati soltanto con la partecipazione dell'interessato. Inoltre i dati

5 A. SPATUZZI, *Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Notariato*, 4, 2021, 371 – 378.

6 Si veda il comunicato stampa dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali *Si può fare commercio di dati personali? Scorza: "Consiglio di Stato boccia ricorso Facebook, ecco le questioni aperte"* - *Intervento di Guido Scorza* sul sito dell'Autorità, 2021

Consultabile al sito <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9569905>

7 Linea guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del GDPR nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati - Versione 2.0 - 8 Ottobre 2019. Consultabili al sito: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_it

8 Cfr Considerando 54 della Linea guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del GDPR nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati - Versione 2.0 - 8 Ottobre 2019.

9 Cfr nota 30 delle Linee guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del GDPR nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati - Versione 2.0 - 8 Ottobre 2019.

personali possono essere sfruttati da più servizi contemporaneamente. Una volta perduto il controllo sui propri dati personali, non è detto che tale controllo possa essere ripristinato.

Invero, come già rappresentato dall'EDPB, si fa notare che l'equiparazione dei dati personali ad una moneta di scambio si scontra con l'assenza di un criterio comune e condiviso di valutazione economica dei dati che consenta all'interessato di conoscere il valore che sarà creato con i dati che a lui si riferiscono.

Ancora il EDPB, nella Dichiarazione relativa all'atto sulla *governance* dei dati alla luce degli sviluppi legislativi adottata il 19 maggio del 2021¹⁰, afferma che "Da un lato l'atto sulla *governance* dei dati dovrebbe contenere le definizioni di «dati personali», «interessato», «consenso» e «trattamento» facenti riferimento alle definizioni del regolamento generale sulla protezione dei dati; dall'altro, le definizioni dell'atto sulla *governance* dei dati dei termini «metadati», «titolare dei dati», «utente dei dati», «condivisione dei dati» e «altruismo dei dati» dovrebbero essere modificate per evitare incongruenze e incertezza del diritto ed essere in linea con la «natura dei diritti in questione», ossia il carattere individuale del diritto alla protezione dei dati personali come diritto di ciascuna persona e come diritto inalienabile, «al quale non è possibile rinunciare» e che non può essere reso oggetto di diritti di proprietà. A tale riguardo, il comitato si rammarica del riferimento allo «scambio, alla messa in comune o al commercio di dati» aggiunto nel testo di compromesso del Consiglio per quanto riguarda la definizione di «fornitore di servizi di condivisione dei dati», dato che, per quanto concerne i dati personali, suggerisce l'idea di legittimarne il commercio e ciò è pertanto incompatibile con il carattere personale del diritto alla protezione dei dati personali. In effetti, considerando che la protezione dei dati è un diritto fondamentale garantito dall'articolo 8 della Carta e tenendo conto del fatto che una delle finalità principali del regolamento generale sulla protezione dei dati è quella di fornire agli interessati il controllo sui dati personali che li riguardano, il comitato ribadisce che i dati personali non possono essere considerati una «merce commerciabile». Una conseguenza importante è data dal fatto che, anche se l'interessato può acconsentire al trattamento dei propri dati personali, non può rinunciare ai propri diritti fondamentali. Di conseguenza, il titolare del trattamento al quale l'interessato ha prestato il consenso al trattamento dei propri dati personali non ha diritto a «scambiare» o «commerciare» i dati personali (come una cosiddetta «merce») in un modo che determinerebbe una non conformità rispetto a tutti i principi e a tutte le norme applicabili in materia di protezione dei dati"¹¹.

2.2. Approccio negoziale.

L'approccio negoziale parte del presupposto che non esista all'interno del GDPR una disposizione che escluda la monetizzazione del dato e che, anzi, tale

10 Dichiarazione 05/2021 relativa all'atto sulla *governance* dei dati Consultabile al sito: https://edpb.europa.eu/system/files/2021-08/edpb_statementondga_19052021_it.pdf

11 Dichiarazione 5/2021, 51

normativa, pur collocandosi nel solco della Direttiva 95/46, si spinge oltre affermando in più parti che il diritto alla protezione dei dati personali non sia una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. D'altronde, autorevole dottrina fa notare che il processo di integrazione eurounitaria nasce e si sviluppa attorno al fenomeno economico. Qualsiasi diritto e libertà, con la sola esclusione del diritto alla vita, può essere declinato lungo la coordinata del bilanciamento di interessi¹².

Mantenere una posizione rigida che non ammetta il ruolo economico dei dati rischia di tradursi in una privazione di tutela a carico degli interessati-consumatori, escludendo l'applicabilità della disciplina consumeristica, unitamente a quella civilistica, alla cessione dei dati. Inserire tale cessione in schemi negoziali disciplinati dai codici civile e del consumo consentirebbe di sottrarre la loro regolamentazione all'arbitrio dei titolari e, al contempo, di accrescere la consapevolezza dell'utente ed il controllo che questi ha dei suoi dati.

A sostegno di una lettura in termini patrimoniali dei dati personali si colloca la Direttiva 2019/770/CE¹³ recepita ad opera del d.Lgs. numero 173/21, ove l'articolo 3 paragrafo 2 recita "La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti."

La Direttiva 2019/770/CE è portatrice di un approccio negoziale innovativo rispetto al trattamento dei dati personali¹⁴.

Particolarmente utile a declinare il fenomeno è la nota sentenza n.2631/2021 del Consiglio di Stato¹⁵ che ha riformato parzialmente il provvedimento numero 27432¹⁶ emesso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Facebook per violazione della disciplina consumeristica. L'Autorità preposta alla tutela dei consumatori ha contestato alla società la liceità delle attività di raccolta, utilizzo e cessione a terzi, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti-consumatori, incluse le informazioni sui loro interessi *on-line*.

12 A. RICCI *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, 591 - 595; V. RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, 2019, 108 - 111. La stessa Corte di Giustizia ha stabilito che il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale (CGUE, 9 .11.2010, cause riunite C92/09 e C-93/09, in www.curia.europa.eu) e il legislatore europeo ne ha tenuto conto per formulare il considerando n. 4 GDPR (v. Relazione alla Proposta di GDPR).

13 Direttiva 2019/770/UE. In tale contesto assume rilevanza anche la Direttiva 2019/771/UE, recepita con il D.lgs. n. 170/2021.

14 G. RESTA, Z. ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei dati personali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 440-441. Consultabile al sito: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3213551

15 Cons. St., 29.03.2021., n.2631, in Italgire Web

16 Provvedimento AGCM, 29.11.2018, n. 27432

L'AGCM, partendo dall'assunto secondo cui il *business model* del gruppo di Facebook (oggi Meta) si fonda sulla raccolta e sullo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi e che tali attività consentono il 98% del fatturato di Facebook Inc., ha qualificato apertamente tali dati come contro-prestazione del servizio offerto¹⁷.

In particolare, l'AGCM ha contestato:

- a) la violazione degli articoli 21 e 22 del codice del consumo, per aver tratto in inganno gli utenti attraverso pratiche commerciali scorrette che consistevano nell'aver offerto il prodotto come gratuito, senza informare gli interessati che i loro dati sarebbero stati utilizzati a fini commerciali ed impedendo loro di assumere una decisione commerciale pienamente libera;
- b) la violazione degli articoli 24 e 25 del codice del consumo, che disciplinano le pratiche commerciali aggressive, mediante l'acquisizione del consenso degli utenti alla cessione dei dati a terzi. La volontà dell'utente, secondo l'Authority, sarebbe stata indebitamente condizionata in quanto preimpostata sul consenso all'integrazione tecnica tra Facebook e i siti web. Ne consegue che per impedire il trattamento, l'utente avrebbe dovuto compiere un'azione positiva de-selezionando la scelta, attraverso un meccanismo di *opt-out*. Attraverso tale pratica l'utente sarebbe stato indotto a mantenere attivo il trasferimento e l'uso dei propri dati a terzi operatori, per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio conseguenti alla de-selezione.

La contestazione di cui alla lettera a) ha trovato conferma da parte del Tar¹⁸, che, invece, ha annullato la sanzione emessa con riferimento alla pratica b) in quanto ha ritenuto non sussistenti gli elementi idonei a dimostrare la natura aggressiva della pratica commerciale.

A fronte della contestazione di cui al primo punto, sopravvissuta al vaglio del Tar, Facebook si è difesa argomentando che il provvedimento dell'Autorità parte da un assunto errato, vale a dire la natura dei dati personali degli utenti, in quanto essi, stante alla loro insita indisponibilità, non possono fungere da corrispettivo della prestazione. Orbene, non può che colpire la linea difensiva adottata dalla società in quanto parrebbe corroborare la tesi dei sostenitori di una teoria più realista e meno rigida secondo cui negare la commerciabilità dei dati personali equivale a privare il consumatore di un'effettiva tutela.

Con l'intervento del Consiglio di Stato la tesi sostenuta da Facebook secondo cui la non patrimonialità del dato renderebbe inapplicabile il diritto consumeristico è stata definitivamente smontata. Secondo i giudici di Palazzo Spada *"riconoscere la assoluta specialità del settore riferibile alla tutela dei dati personali condurrebbe, inevitabilmente, ad escludere in radice, l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica"*¹⁹, giacché ogni comportamento umano implica il coinvolgimento dei dati personali. Ad avviso del Collegio, le disposizioni normative vanno interpretate non *"nel senso della creazione di compartimenti stagni di tutela ma della esigenza di garantire tutele multilivello che possano*

17 Provvedimento AGCM, 29.11.2018, n. 27432, punto 18

18 Tar Lazio,, 10.01.2020, n.260, in Italggiure Web.

19 Cons. St., 29.03.2021., n.2631,23, in Italggiure Web.

amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia sfruttato a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore. È dunque imprescindibile una lettura anche in termini patrimoniali dei dati senza ignorare i rischi connessi ad una sostanziale mercificazione della persona.

Inoltre, il Consiglio ha riconosciuto la sussistenza della violazione degli articoli 21 e 22 del codice del consumo contestata al punto a) relativa all'esercizio di pratiche commerciali scorrette da parte del social. Mentre, ha escluso la configurabilità della violazione degli articoli 24 e 25 del codice del consumo di cui al punto b) del provvedimento AGCM, in quanto *la pratica per essere aggressiva necessita di un quid pluris che provochi una sorta di manipolazione concreta o anestetizzi abilmente la volontà dell'utente, non incidendo meramente e semplicemente sul suo diritto a conoscere le informazioni necessarie ad effettuare una libera e consapevole scelta, ma che si concretizzi in una condotta che sia addirittura capace di coartare il comportamento (e quindi la libertà di scelta) dell'utente*²⁰.

3. La base giuridica del surplus di dati forniti dall'interessato come controprestazione non monetaria e trattati dal titolare per finalità di marketing

Nei modelli fondati sulla monetizzazione dei dati è necessario individuare la base giuridica del trattamento ai sensi dell'articolo 6 del GDPR. Si fa riferimento alle attività di trattamento che coinvolgono dati diversi da quelli necessari per la prestazione del servizio. È il caso, ad esempio, dei dati relativi alle esperienze di navigazione degli utenti raccolti dai fornitori dei servizi di social network ed utilizzati per finalità di pubblicità comportamentale e personalizzazione dei contenuti.

3.1. Il contratto.

Dalla lettura delle policy privacy dei principali fornitori di servizi online che basano i propri modelli di business sulla pubblicità comportamentale emerge che tale attività di trattamento è ancorata alla legal basis prevista dall'art. 6, par.1, lett.b) del GDPR.

Il trattamento sarebbe qualificato dal titolare come necessario all'esecuzione del contratto di cui è parte l'interessato o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso.

Del resto, come ha sostenuto autorevole dottrina, la forza dirompente del nuovo regolamento è consistita nell'aver sottratto al consenso la valenza prioritaria di prima e nell'aver autorizzato la circolazione dei dati anche a prescindere da una manifestazione di volontà.²¹

20 Cons. St., 29.03.2021., n.2631, 38, in Italggiure Web.

21 D. POLETTI, Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, in *Giur.it*, 2019, 12, 2785 - 2789. Al riguardo si segnala anche l'articolo di M. SENOR *La reticenza italiana sul legittimo interesse del titolare quale base giuridica del trattamento di dati personali*, in *MediaLaw*, 2018, par.1. Consultabile al sito <https://www.medialaws.eu/12333-2/> in cui l'autrice sostiene che le condizioni di liceità del consenso già fossero già equivalenti ed alternative ai sensi della precedente normativa europea ma che il legislatore nazionale avesse attuato in maniera piuttosto peculiare il dettato comunitario, riservando al consenso un ruolo preponderante rispetto alle altre basi giuridiche.

A ben vedere, nei casi della raccolta ed analisi dei dati finalizzata alla pubblicità comportamentale, ma anche nei casi in cui i dati vengono in considerazione in quanto corrispettivo contrattuale, l'esenzione di cui alla lett.b) dell'articolo 6 GDPR rappresenta una condizione del contratto unilateralmente imposta dal titolare che rischia di condizionare indebitamente l'interessato, che pur di accedere al servizio accetta la profilazione ovvero la cessione dei dati.

Si potrebbe argomentare che la necessità del trattamento riguardi genericamente l'esecuzione di un contratto di cui è parte l'interessato e non l'esecuzione della prestazione contrattuale. In tale ottica la condizione di liceità di cui alla lettera b) potrebbe includere anche l'esecuzione di un contratto da parte l'interessato mediante la cessione dei dati. Tuttavia, come è stato opportunamente rilevato²², una simile interpretazione non convince, stando a quanto disposto dell'articolo 7, par.4 GDPR "Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto."

Rilevante ai fini dell'individuazione della base giuridica idonea a rendere tali attività di trattamento conformi all'*acquis* comunitario in materia di dati personali, è la domanda di pronuncia pregiudiziale ex articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²³ proposta dalla Corte suprema austriaca alla Corte di giustizia europea.

La questione concerne il trattamento dei dati personali degli utenti del social network Facebook utilizzati per le finalità di pubblicità comportamentale e personalizzazione dei contenuti. In tale contesto il social ha invocato l'applicazione del fondamento di liceità di cui all'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del GDPR: il trattamento sarebbe necessario per l'esecuzione del contratto in quanto la profilazione a fini pubblicitari costituisce un pilastro fondamentale dell'accordo concluso dalle parti in causa. Viceversa, il giudice del rinvio, richiamando le Linee guida 2/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB)²⁴, ha sostenuto che l'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del GDPR non sia una base giuridica adeguata per tracciare i profili dei gusti e delle scelte di stile di vita degli utenti, in quanto rappresenta un trattamento che va ben al di là di quanto oggettivamente necessario per l'esecuzione di un contratto e della legittima aspettativa dell'interessato.

Il ragionamento della Corte sembra fondarsi sulla considerazione secondo cui il legislatore del regolamento abbia inteso fornire una base giuridica al trattamento dei dati "*necessari all'esecuzione del contratto*" ovvero "*all'esecuzione di misure precontrattuali*" e non al diverso caso di dati personali che siano oggetto stesso del contratto, come nei modelli di business fondati sulla monetizzazione.

22 F. BRAVO, *Il commercio elettronico dei dati personali*, in T. Pasquino-A. Rizzo-M. Tesaro (a cura di), *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, Napoli, ESI, 2020, 83-130.

23 CGUE, 24.09.2019, Causa C-446/21, in Italgire Web.

24 EDPB - Linee guida 2/2019 sul trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del GDPR nel contesto della fornitura dei servizi online agli interessati.

Lo stesso ragionamento soggiace al provvedimento emesso nel luglio del 2021 dalla Commissione nazionale lussemburghese per la protezione dei dati (CNPD) contro il gigante Amazon²⁵. L'Authority, che ha comminato una multa di 746 milioni di euro, ha statuito che le attività di online behavioural advertising (OBA) sono conformi alla normativa solo in presenza di un libero consenso degli utenti alla profilazione per fini pubblicitari. Il provvedimento della Commissione è stato impugnato, si è dunque in attesa della pronuncia definitiva.

3.2 Il consenso.

Alla luce di tali considerazioni sembrerebbe che per le attività di raccolta e analisi delle informazioni comportamentali degli utenti per fini pubblicitari andrebbe preferita la base giuridica del consenso di cui all'articolo 6 paragrafo 1, della lettera a) del GDPR, come disciplinato dall'articolo 7 del Regolamento generale e dalle linee guida in materia di consenso al trattamento dei dati personali numero 5 del 2020²⁶ adottate dall'*European Data Protection Board*.

Il principio di *accountability*, che permea l'intero impianto della disciplina europea del Regolamento generale, pone *l'onus probandi* in merito all'acquisizione del consenso sul titolare del trattamento, il quale dovrà dimostrare anche di aver messo a disposizione dell'interessato tutte le informazioni che consentano di qualificare il consenso di quest'ultimo come "informato". A tal fine, l'interessato dovrebbe essere almeno edotto dell'identità del titolare, delle finalità a cui sono destinati i dati personali trattati, della tipologia dei dati raccolti e del diritto di revocare il consenso; informazioni minime che gli consentano di adottare una scelta autenticamente libera. Ciò consentirebbe un maggior controllo da parte dell'interessato in ordine ai suoi dati personali, anche mediante la revoca del consenso.

A questo punto, nei servizi apparentemente gratuiti ove il dato costituisce di fatto la controprestazione si pone il problema della natura libera del consenso, posto che esso appare fortemente condizionato dall'offerta in denaro.

Al riguardo appare illuminante la sentenza numero 17278/2018²⁷ della Prima sezione della Corte di Cassazione relativa all'invio di mail pubblicitarie ove si legge che "in tema di consenso al trattamento dei dati personali, l'articolo 23 del codice della privacy²⁸, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificatamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito internet, il

25 Al momento il provvedimento della CNPD non è stato ancora reso pubblico. Invero, la comunicazione della sanzione è stata data dalla stessa Amazon in quanto la normativa nazionale sulla protezione dei dati vincola il CNPD al segreto professionale e gli impedisce di commentare casi individuali. Inoltre, la piena e chiara pubblicazione delle decisioni del CNPD è considerata sanzione supplementare. Pertanto, non può pubblicare alcuna decisione prima della scadenza dei termini per i ricorsi. La CNPD si è limitata a confermare che il 15 luglio 2021 il suo Collegio ha emesso una decisione in merito ad Amazon Europe Core S.à rl nell'ambito del meccanismo di cooperazione e coerenza europeo previsto dall'articolo 60 del GDPR. Quest'ultima dichiarazione è Consultabile al sito: <https://cnpd.public.lu/en/actualites/international/2021/08/decision-amazon-2.html>

26 Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento 2016/679/UE (GDPR)

27 Cass. Civ., 11.05.2018, n. 17278, in Italggiure Web.

28 Articolo abrogato dall' art. 27, comma 1, lett. a), n. 2), [D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101](#), che ha abrogato l'intero Titolo III.

quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio, di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici dei servizi i cui messaggi saranno riferiti". E ancora, "Nulla impedisce al gestore del sito - beninteso, si ripete, in un caso come quello in questione, concernente un servizio né infungibile, né irrinunciabile - di negare il servizio offerto a chi non si presti a ricevere messaggi promozionali, mentre ciò che gli è interdetto è utilizzare i dati personali per somministrare informazioni pubblicitarie a colui che non abbia effettivamente manifestato la volontà di riceverli. Insomma, l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato".

A bene vedere, la Corte pone particolare enfasi sulla fungibilità del servizio offerto, nel senso che l'ordinamento non vieta tout court lo scambio di dati personali ma esige che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo forzato, la qual cosa accadrebbe se il servizio fosse infungibile ed irrinunciabile per l'interessato.

Inoltre, a riprova del consenso quale idonea condizione della liceità del trattamento per le finalità di cui sopra, sempre nella sentenza 17278/2018, la Corte afferma che *"non v'è dubbio, allora, che, nel suo complesso la previsione di un consenso in tal modo «rafforzato» sia dettato dall'esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell'interessato, sia sotto il profilo della evidente «asimmetria informativa», sia dal versante della tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive. La normativa in questione, dunque, sorge dall'esigenza di affrontare i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica. Può dunque dirsi che il consenso in questione debba essere ricondotto alla nozione di "consenso informato", nozione ampiamente impiegata in taluni settori — basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie — in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole"*.

4. Consenso al trattamento dei dati personali e consenso negoziale.

Il consenso al trattamento dei dati personali va tenuto distinto dal consenso negoziale disciplinato dalle norme del codice civile.

Pur collegato, infatti, il consenso contrattuale resta separato e distinto da quello espresso in sede di protezione dei dati personali, ancorché entrambi siano funzionali a plasmare un assetto idoneo a tutelare i piani d'interesse di entrambe le parti²⁹.

Le principali ragioni che conducono ad escludere una lettura minimale che tenda a sovrapporre i consensi ed a ritenere che il consenso negoziale e quello privacy siano distinti sono le seguenti.

29 A. SPATUZZI, *Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Notariato*, 4, 2021, 375 - 376.

Se il consenso dovesse essere inteso nella medesima accezione in cui esso è di regola richiesto a fini negoziali, le norme europee e codicistiche sarebbero superflue, non potendosi dubitare che, anche in assenza di esse, un trattamento dei dati senza consenso non sia ipotizzabile dal momento che i dati costituiscono beni attinenti alla persona³⁰.

Il legislatore, con riferimento al consenso al trattamento dei dati personali, non discorre di un generico consenso ma di un consenso libero e granulare, espresso dall'interessato dopo che siano state offerte le informazioni elencate negli articoli 12 e 13 del regolamento.

A tali argomenti, si aggiunga la circostanza per cui il consenso privacy non sarebbe idoneo a giustificare un negozio viziato ai sensi dell'articolo 1321 del codice civile, configurandosi il primo esclusivamente come un'autorizzazione integrativa che, in quanto tale, non assolve il ruolo di giustificare comportamenti illegittimi ma di rendere concretamente esercitabili attività lecite, interdette da limiti posti a protezione dell'interessato³¹. Per tali ragioni qualora l'interessato revocasse il consenso e quindi privasse il trattamento della condizione di liceità su cui si regge, il negozio giuridico sarebbe valido ma inefficace.

5. Conclusioni.

Dai provvedimenti amministrativi e giurisprudenziali si ricava una visione pressoché unanime circa la necessità di riconoscere ed inquadrare giuridicamente le attività di monetizzazione dei dati personali, siano esse qualificabili come attività di raccolta dei dati dirette, mediante la cessione di dati a titolo di controprestazione, ovvero indirette, mediante attività di profilazione a scopo commerciale. Gli attuali schemi negoziali necessitano di una regolamentazione dall'alto, espressamente disciplinata da norme codicistiche e sottratta all'autoregolamentazione dei titolari del trattamento, che, forti di un potere contrattuale squilibrato a loro favore, impongono condizioni particolarmente sfavorevoli per l'interessato e da questo, spesso, non comprese.

In ogni caso, per le attività di monetizzazione dei dati, sembra potersi escludere il ricorso ad una condizione di liceità del trattamento diversa dal consenso libero, specifico, informato e sempre revocabile, affinché, in ossequio alla normativa comunitaria, l'interessato possa esercitare un effettivo controllo. La conformità del consenso alla normativa in materia di *data protection* sarebbe da valutare caso per caso, tenendo in considerazione il dettato della Suprema Corte con riferimento alla fungibilità e rinunciabilità del servizio ricevuto dall'utente in cambio dei suoi dati personali. Invero, i criteri elaborati dalla Corte, ad oggi, sono l'unico strumento ermeneutico utile ad armonizzare il dettato del regolamento generale, in particolare il paragrafo 4 dell'articolo 7, con la cessione dei dati a titolo di controprestazione contrattuale.

30 Cass., 02.07.2018, n.17278, 7, in Italggiure Web.

31 A. SPATUZZI, *Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali*, cit. 375 - 376.