Di Cerbo A, 'L'inquadramento giuridico dei dati perdsonali ceduti per la fruizione dei servizi digitali' (2022) 2 EJPLT, 293-304.
DOI: https://doi.org/10.57230/EJPLT222ADC

EJPLT
ISSN 2704-8012



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: Introduzione. – 1. Approccio tradizionale vs Approccio negoziale. - 1.1 Approccio tradizionale. – 1.2 Approccio negoziale. – 2. La base giuridica del surplus di dati forniti dall'interessato come controprestazione non monetaria e trattati dal titolare per finalità di marketing. – 2.1. Il contratto. – 2.2. Il consenso. – 3. Consenso al trattamento dei dati personali e consenso negoziale. - Conclusioni.

Introduzione.

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 GDPR[1], il Digital Service Act [2] e il Digital Market Act [3], 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 interessi, almeno apparentemente contrapposti, è avvenuto mantenendo sullo sfondo il tema della commercializzazione dei dati personali e le questioni ad esso correlate.

Originariamente il trattamento dei dati 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 di un servizio digitale.

Il merito di aver intuito le potenzialità dei dati raccolti nel contesto della fornitura dei servizi è attribuito dalla professoressa Zubuff [4] 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 P 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. Lobiettivo 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 ad affermare la supremazia digitale europea ed 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 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 informativo, utilizzato per l'esercizio di attività correlate principalmente al marketing, da cui il titolare ricava utili e profitti.

Lo schema descritto palesa l'importante ruolo assunto dai dati personali nell'ambito degli accordi negoziali conclusi nel contesto digitale.

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 delle informazioni, hanno condotto gli studiosi della materia ad interrogarsi circa l'attitudine commerciale dei dati personali.

1. Approccio tradizionale vs Approccio negoziale.

1.1. 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 significhi rendere l'interessato-consumatore maggiormente consapevole del valore dei propri dati, e chi sostiene, invece, che i dati personali rappresentino un valore assoluto intrasmissibile ed 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 l'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia incompatibile con una visione proprietaria del diritto alla protezione dei dati personali. Più precipuamente, la collocazione di tale diritto all'interno della Carta di Nizza lo sottrae alla disponibilità dell'avente diritto, determinandone l'inidoneità ad essere sia oggetto di negoziazione sia di trasmissione dal titolare a un altro soggetto.

Secondo tale impostazione, l'indisponibilità del diritto alla protezione dei dati personali è disposta dal legislatore per evitare che la decisione circa la cessione dei dati 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 il trattamento di dati apparentemente privi di una connotazione dettagliata della propria persona, come la quantità di km percorsi in bici su base giornaliera, potrebbe essere gravosamente pregiudizievole per l'interessato, in quanto tali attività di trattamento potrebbero essere utilizzate ai fini del calcolo di un premio assicurativo.

Considerata le implicazioni sulla sfera personale dell'individuo derivanti da un *trade – off* tra informazioni e servizi, ammettere l'utilizzo, mediante cessione, dei dati quale moneta di scambio potrebbe sminuirne l'effettivo valore, esponendo gli interessati a gravi pregiudizi.

È stato osservato[5] che, seppur non si rintracci nel GDPR un espresso divieto di monetizzazione dei dati personali, sia possibile ricavarlo da un'attenta lettura dei principi generali di cui all'articolo 5 del regolamento.

Ammettere la cessione dei dati personali significherebbe accettare una perdita di controllo sugli stessi da parte degli interessati, a detrimento della libertà di autodeterminazione informativa che la normativa in materia mira a valorizzare.

Vi è di più. Posto che, a seguito della cessione dei dati, sia difficile che l'interessato conosca le successive attività di trattamento che li abbiano ad oggetto, tale trasmissione 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 economica[6] e che quindi si trovino nella possibilità di adottare scelte pienamente libere, e coloro che, riversando in condizioni economiche disagiate, siano 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 (d'ora innazi Board o Comitato) sul trattamento dei dati personali nel contesto della fornitura dei servizi online[7], 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 accordo[8]. E, ancora, nella nota[9] (posta alla fine del periodo sopra riportato) si legge: oltre al fatto che l'uso dei dati personali sia disciplinato dal GDPR, vi sono altri motivi per cui il trattamento dei dati personali si distingue concettualmente dai pagamenti*

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.

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 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."

Il Board evidenzia come l'equiparazione dei dati personali ad una moneta di scambio si scontri con l'assenza di un criterio comune e condiviso di valutazione economica dei dati che consenta all'interessato di conoscere il valore che con gli stessi sarà creato.

Ancora il Comitato, nella Dichiarazione relativa all'atto sulla *governance* dei dati, adottata il 19 maggio del2021[10], 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].

1.2. Approccio negoziale.

L'approccio negoziale parte dal presupposto che non esista nel GDPR una disposizione che escluda la monetizzazione del dato e che, anzi, tale normativa, pur collocandosi nel solco della Direttiva 95/46, si spinga oltre affermando in

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

più parti che il diritto alla protezione dei dati personali non sia una prerogativa assoluta, ma vada considerato alla luce della sua funzione sociale e contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Ciò anche sulla base della storia del processo di integrazione eurounitaria, che nasce e si sviluppa attorno al fenomeno economico. Ne risulta che qualsiasi diritto, con la sola esclusione del diritto alla vita, può essere declinato lungo la coordinata del bilanciamento di interessi[12].

Mantenere una posizione rigida che non riconosca il ruolo economico dei dati rischierebbe di tradursi in una privazione di tutela a discapito degli interessati-consumatori, in quanto escluderebbe l'operatività delle discipline consumeristica e civilistica alla cessione dei dati.

Diversamente, l'inserimento della cessione dei dati 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, valorizzando il principio di autodeterminazione informativa.

A sostegno di una lettura in termini patrimoniali dei dati personali si colloca la Direttiva 2019/770/CE[13] 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 un 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 previst*i."

La Direttiva 2019/770/CE è portatrice di un approccio negoziale innovativo rispetto al trattamento dei dati personali[14].

Particolarmente utile a declinare il fenomeno in argomento è la sentenza n.2631/2021 [15] del Consiglio di Stato ha riformato parzialmente il provvedimento numero 27432[16] dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di raccolta, utilizzo e cessione a terzi, a fini commerciali, dei dati degli utenti del social network Facebook.

L'Autorità preposta alla tutela dei consumatori, partendo dall'assunto secondo cui il *business model* del gruppo di Meta si fondi sulla raccolta e sullo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi e che tali attività

12 A. RICCI S*ulla 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, V*olontà 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 Italgiure Web

16 Provvedimento AGCM, 29.11.2018, n. 27432

consentano il 98% del fatturato di Facebook Inc., aveva qualificato apertamente tali dati come contro-prestazione del servizio offerto [17] e contestato le seguenti violazioni:

a) il mancato rispetto 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) il mancato rispetto 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. Pertanto, 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 Tar[18], che, però, 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 parta da un assunto errato: i dati personali degli utenti, stante la loro insita indisponibilità, non possono fungere da corrispettivo della prestazione contrattuale.

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 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.*

17 Provvedimento AGCM, 29.11.2018, n. 27432, punto 18
18 Tar Lazio, 10.01.2020, n.260, in Italgiure Web.
19 Cons. St., 29.03.2021., n.2631,23, in Italgiure Web.

Il Consiglio ha poi confermato la pronuncia del Tar, riconoscendo 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 ed escludendo la configurabilità della violazione degli articoli 24 e 25 del codice del consumo di cui al punto b) del provvedimento dell'Antitrust, 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].

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

Posto che i modelli fondati sulla monetizzazione dei dati costituiscano una realtà nei mercati dei servizi digitali, la dottrina più attenta si sta interrogando su quale sia la base giuridica, ai sensi dell'articolo 6 del GDPR, che giustifichi il loro trattamento. In particolare i dubbi sono sorti con riferimento alla individuazione delle condizioni di liceità relative 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 da piattaforme social ed utilizzati per finalità di pubblicità comportamentale e personalizzazione dei contenuti.

2.1. Il contratto.

Dato il ruolo che la pubblicità comportamentale online (anche detta OBA) riveste nei principali modelli di business dei più importanti players del settore si è scelto di analizzare le policy privacy di quest'ultimi in riferimento alla legal basis individuata per tali attività di trattamento

Ne è risultato che i principali fornitori di servizi online basino le attività di OBA sull'art. 6, par.1, lett.b) del GDPR, vale a dire sulla c.d. esenzione contrattuale.

Il trattamento sarebbe qualificato dal titolare come necessario all'esecuzione del contratto di cui sia 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 Italgiure 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

Tuttavia, a ben vedere, in tale contesto l'esenzione di cui alla lett.b) dell'articolo 6 GDPR su cui poggiano la raccolta e l'analisi dei dati finalizzate alla pubblicità comportamentale è destinata ad operare in virtù di condizioni contrattuali unilateralmente imposte dal titolare.

Vista la considerevole asimmetria negoziale, l'interessato, pur di accedere ad un servizio, è verosimilemnte condizionato ad accettare che i suoi dati vengano sottoposti ad attività di profilazione ovvero ceduti in modo indiscriminato,

Né tanto meno è possibile argomentare che la necessità del trattamento riguardi genericamente l'esecuzione di un contratto in cui l'interessato si impegni ad adempiere mediante la cessione dei propri dati per attività di profilazione. Una tale lettura finirebbe per consentire un utilizzo indebito della condizione di liceità in argomento.

Come è stato opportunamente rilevato[22], tale interpretazione si pone in contrasto con quanto disposto dall'articolo 7, par.4 del GDPR secondo cui "*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.*"

In riferimento all'individuazione della base giuridica idonea a rendere le attività di trattamento per finalità di OBA conformi all'*acquis* comunitario rileva la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ex articolo 267[23] del TFUE dalla Corte suprema austriaca relativamente al trattamento dei dati personali coinvolti nelle attività di pubblicità comportamentale e personalizzazione dei contenuti da parte di Facebook.

La difesa del social ha sostenuto l'applicabilità del fondamento di liceità di cui all'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del GDPR, per cui 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.

Di contro, il giudice del rinvio, richiamando le Linee guida 2/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB)[24], ha dichiarato che l'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del GDPR non sia una base giuridica adeguata per tracciare i profili attinenti ai gusti ed alle scelte di stile di vita degli utenti, in quanto rappresenta un trattamento che va al di là sia di quanto oggettivamente necessario per l'esecuzione di un contratto e sia di quanto l'interessato possa legittimamente aspettarsi.

La Corte austriaca ritiene che la ratio dell'articolo 6, par.1, lett.b) sia fornire una base giuridica per le attività di trattamento "*necessarie all'esecuzione del contratto*" ovvero "*all'esecuzione di misure precontrattuali"* e non per quei casi

nazionale avesse attuato in maniera piuttosto peculiare il dettato comunitario, riservando al consenso un ruolo preponderante rispetto alle altre basi giuridiche.

22 F. BRAVO, I*l commercio elettronico dei dati personali,* in T. Pasquino-A. Rizzo-M. Tescaro (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 Italgiure Web.

24 EDPB - Linee guida 2/2019 sul trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo1, lettera b), del GDPR nel contesto della fornitura dei servizi online agli interessati.

in cui i dati personali siano l'oggetto stesso del contratto, come nei modelli di business fondati sulla monetizzazione.

Lo stesso ragionamento pare soggiacere al provvedimento emesso nel luglio del 2021 dalla Commissione nazionale lussemburghese per la protezione dei dati (CNPD) contro il gigante Amazon[25]. L'Authority, che ha comminato una multa di 746 milioni di euro, ha statuito che le attività di online behavioural advertising siano 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.

2.2 Il consenso.

Alla luce delle considerazioni appena espresse 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 2020[26] adottate dall'*European Data Protection Board.*

Il principio di *accountability*, che permea l'intero impianto della disciplina europea in materia di protezione dei dati personali, pone *l'onus probandi* in merito all'acquisizione del consenso sul titolare del trattamento, a cui è chiesto anche di dimostrare il consenso raccolto sia informato, quindi di aver messo a disposizione dell'interessato tutte le informazioni idonee a permettergli di comprendere la portata del trattamento dei suoi dati. A tal proposito, l'articolo 13 del GDPR dispone che 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. Si tratta di un nucleo informativo minimo che, in linea con il principio di autodeterminazione informativa, si ritiene consenta all'interessato di esercitare un effettivo controllo sulle attività di trattamento che abbiano ad oggetto i propri dati.

Appurato che il consenso ricopra un ruolo ineludibile nelle dinamiche negoziali appena descritte, bisognerebbe verificarne la genuinità nei casi in cui lo stesso rappresenti lo strumento di pagamento dei servizi digitali.

---

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)

Al riguardo risulta dirimente la sentenza numero 17278/2018[27] della Prima sezione della Corte di Cassazione relativa all'invio di e-mail pubblicitarie ove si legge che "i*n tema di consenso al trattamento dei dati personali, l'articolo 23 del codice della privacy[28], nello stabilire che il consenso sia validamente prestato solo se espresso liberamente e specificatamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito internet, il 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 di 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*".

La Corte pone particolare enfasi sulla fungibilità del servizio offerto. Secondo l'interpretazione dei giudici della cassazione, 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.

Nella stessa sentenza, 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*".

3. 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, ancorchè entrambi siano

27 Cass. Civ.,11.05.2018, n. 17278, in Italgiure 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.

funzionali a plasmare un assetto idoneo a tutelare i piani d'interesse di entrambe le parti[29].

Una lettura minimale che sovrapponga i due consensi non offre motivi sufficienti per spiegare la stessa ragion d'essere delle norme europee in materia di consenso al trattamento dei dati personali, in particolare dell'articolo 7 del GDPR rubricato condizioni per il consenso.

Inoltre, si fa notare che il legislatore comune in 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 GDPR ovvero nell'articolo 14 del GDPR, qualora i dati non siano stati raccolti presso l'interessato.

A tali argomenti, si aggiunga la circostanza per cui il consenso privacy non risulti 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 giustifica comportamenti illegittimi ma si limita a rendere concretamente esercitabili attività lecite, interdette da limiti posti a protezione dell'interessato[30]. Per tali ragioni qualora l'interessato revochi il consenso e quindi priviil trattamento della condizione di liceità su cui si regge, il negozio giuridico sarebbe valido ma inefficace.

Conclusioni.

Dai provvedimenti amministrativi e giurisprudenziali riportati si ricava una visione pressoché unanime circa la necessità di riconoscere ed inquadrare giuridicamente le attività di monetizzazione dei dati personali.

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, impongano condizioni particolarmente sfavorevoli per l'interessato e da questo, spesso, non comprese.

Il breve excurs relativo al tema in argomento porta altresì ad escludere che le attività di trattamento di OBA mediante profilazione possano prescindere dal ricorso ad una condizione di liceità del trattamento diversa dal consenso libero, specifico, informato e sempre revocabile, dell'interessato. La validità di quest'ultimo dovrebbe essere valutata caso per caso, tenendo in considerazione il dettato della Suprema Corte in tema di 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.

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

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