

Direttore scientifico

Giuseppe Cassano

Comitato scientifico

Michele Ainis

Maria A. Astone

Alberto M. Benedetti

Giovanni Bruno

Alberto Cadoppi

Michele Caianiello

Stefano Canestrari

Giovanni Capo

Andrea Carinci

Sergio Chiarloni

Renato Clarizia

Alfonso Celotto

Giovanni Comandè

Claudio Consolo

Giuseppe Corasaniti

Pasquale Costanzo

Enrico Del Prato

Astolfo Di Amato

Ugo Draetta

Francesco Di Ciommo

Giovanni Duni

Valeria Falce

Francesco Fimmanò

Giusella Finocchiaro

Carlo Focarelli

Giorgio Floridia

Vincenzo Franceschelli

Massimo Franzoni

Tommaso E. Frosini

Cesare Galli

Alberto M. Gambino

Lucilla Gatt

Aurelio Gentili

Mitja Gialuz

Andrea Guaccero

Bruno Inzitari

Luigi Kalb

Luca Lupària

Vittorio Manes

Adelmo Manna

Antonella Marandola

Arturo Maresca

Ludovico Mazzaroli

Raffaella Messinetti

Pier Giuseppe Monateri

Mario Morcellini

Nicola Palazzolo

Giovanni Pascuzzi

Roberto Pessi

Lorenzo Picotti

Nicola Pisani

Francesco Pizzetti

Dianora Poletti

Giovanni Sartor

Filippo Satta

Paola Severino

Pietro Sirena

Antonello Soro

Giorgio Spangher

Paolo Stella Richter

Luigi Carlo Ubertazzi

Romano Vaccarella

Daniela Valentino

Giovanni Ziccardi

Andrea Zoppini

Diritto di **INTERNET**

Digital Copyright e Data Protection

RIVISTA TRIMESTRALE

2021**3**

- **Il regolamento europeo sulla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online**
- **Manifesto per la satira e per i comici nei tempi moderni**
- **I pericoli dei social network e i limiti dell'“età digitale”: il fenomeno TikTok**
- **Deepfake e diritto all'immagine**
- **Il fascicolo sanitario elettronico: fonti secondarie**
- **Divulgazione on line dei dati degli evasori**
- **Operazione “recupero consenso”: il caso Telecom**
- **Cessione su Ebay di oggetti di collezione e attività di impresa**
- **Violazione del diritto d'autore su App**
- **Facebook e rimozione dell'account: violazione dei diritti della personalità e risarcimento danni**
- **Vendita telematica nel processo esecutivo**
- **La jihad elettronica**
- **Mezzi telematici e denuncia dei privati: il problema dell'anonimato**
- **Facebook non è gratis?**
- **Diritto di accesso documentale all'algoritmo**
- **La valutazione economica di un sito web**

SOMMARIO

■ SAGGI

IL REGOLAMENTO EUROPEO SULLA PREVENZIONE DELLA DIFFUSIONE DI CONTENUTI TERRORISTICI ONLINE <i>di Raffaella Nigro</i>	391
MANIFESTO PER LA SATIRA E PER I COMICI. SKETCH POLITICAMENTE (S)CORRETTI E TEMPI MODERNI <i>di Giuseppe Cassano</i>	397
I PERICOLI DEI SOCIAL NETWORK E I LIMITI DELL'“ETÀ DIGITALE”: IL FENOMENO TIKTOK <i>di Micol Mimun</i>	407
DEEPFAKE. BREVISSIME NOTE SULL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO ALL'IMMAGINE NELL'ERA DIGITALE NELLO STATO DI NEW YORK E IN ITALIA <i>di Marco Martorana</i>	417
IL FASCICOLO SANITARIO ELETTRONICO (CON LE PUNTUALIZZAZIONI OPERATIVE DELLE FONTI SECONDARIE) <i>di Alfonso Contaldo e Giovanni Crea</i>	423

■ GIURISPRUDENZA

EUROPEA

QUANDO INTERNET È UNO STRUMENTO DI SCRUTINIO PUBBLICO: LA DIVULGAZIONE ONLINE DEI DATI DEGLI EVASORI FISCALI DAVANTI ALLA CORTE DI STRASBURGO <i>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; sezione IV; sentenza 12 gennaio 2021, ric n. 36345/16</i> <i>commento di Amina Maneggia</i>	433 435
---	------------

COMPARATA

ADEGUATEZZA DELLE GARANZIE E TRASFERIMENTO DI DATI PERSONALI VERSO GLI USA: LA PRONUNCIA DEL GARANTE BAVARESE NEL CASO MAILCHIMP <i>Garante per la Protezione dei Dati Personali Bavarese (Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz) 15 marzo 2021</i> <i>commento di Alberto Castorina</i>	443 444
---	------------

CIVILE

OPERAZIONE “RECUPERO CONSENSO”: IL CASO TELECOM <i>Corte di Cassazione; sezione I civile, ordinanza 26 aprile 2021, n. 11019</i> <i>commento di Simone Bonavita e Elisabetta Stringhi</i>	451 453
NOTIFICA DELL'ATTO DI ACCERTAMENTO E APPLICABILITÀ DEL CAD ANTE 2018: TUTTO DA RIFARE? <i>Corte di Cassazione; sezione V civile; sentenza 21 gennaio 2021, n. 1150</i> <i>commento di Amleto Soldani</i>	457 459
IL DELICATO CONFINE TRA MERA CESSIONE SU EBAY DI OGGETTI DI COLLEZIONE E ATTIVITÀ DI IMPRESA <i>Corte di Cassazione; sezione tributaria; sentenza 23 novembre 2020, n. 26554</i> <i>commento di Paola Milioto</i>	465 467

VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE SU UN'APP: TRA PROBLEMI DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO IN VIA EQUITATIVA E DI RACCORDO TRA DISCIPLINA DELLE BANCHE DATI E DEL SOFTWARE <i>Corte d'Appello di Milano; sezione specializzata imprese; sentenza 5 gennaio 2021</i> <i>commento di Federico Manstretta</i>	477 484
RISARCIBILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE DETERMINATO DALLA DISATTIVAZIONE, SENZA GIUSTA CAUSA, DEL PROFILO FACEBOOK <i>Tribunale di Bologna; sezione II civile; ordinanza 10 marzo 2021</i> <i>commento di Annamaria Iondoli</i> <i>commento di Alfredo Junior Liguori</i>	495 497 504
LA VENDITA TELEMATICA NEL PROCESSO ESECUTIVO, UN CASO DI "TECNICA ALL'ITALIANA" <i>Tribunale di Avellino; sez. I civile; ufficio procedure concorsuali; decreto 23 ottobre 2020</i> <i>commento di Riccardo M. Colangelo</i> <i>commento di Alessio Mantegazza</i>	513 514 518
PENALE	
JIHAD ELETTRONICA E PARTECIPAZIONE NEL REATO DI ORGANIZZAZIONE TERRORISTICA EX ART. 270-BIS C.P. <i>Corte di Cassazione; sezione VI penale; sentenza 11 febbraio 2021, n. 5471</i> <i>commento di Jacopo Governa</i>	523 525
IL PROBLEMA DELL'ANONIMO NELL'EPOCA DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA: MEZZI TELEMATICI E DENUNCIA DEI PRIVATI <i>Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia; richiesta di archiviazione 27 ottobre 2020</i> <i>commento di Elisa Grisonich</i>	535 537
AMMINISTRATIVA	
FACEBOOK NON È GRATIS? <i>Consiglio di Stato; sezione VI; sentenza 29 marzo 2021 n. 2631</i> <i>commento di Guido Scorza</i>	547 561
ENNESIMO ATTO DELLA SAGA DEL DIRITTO DI ACCESSO DOCUMENTALE ALL'ALGORITMO <i>T.a.r. Lazio; sezione III-Bis; sentenza 18 dicembre 2020, n. 13692</i> <i>commento di Marco Mancarella</i>	573 574
PRASSI	
LA VALUTAZIONE ECONOMICA DEI SITI WEB <i>di Roberto Moro Visconti</i>	577

Facebook non è gratis?

CONSIGLIO DI STATO, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631; Pres. Sergio Santoro; Est. Stefano Toschei;

La nozione di “trattamento” del dato personale, quale emerge ex art. 4, par. 2, GDPR, si traduce in un ambito di riferibilità amplissimo rispetto all'utilizzo del dato così che la disciplina speciale unionale di tutela dei dati personali estende il proprio ambito di applicazione fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale, senza essere assoluta.

Ferma la centralità della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri dell'UE in materia di tutela di ogni strumento di sfruttamento dei dati personali, allorché il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore riduca le tutele garantite alle persone fisiche.

L'obbligo di estrema chiarezza gravante sul professionista deve essere da costui assolto sin dal primo contatto, attraverso il quale debbono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per un'immediata percezione della offerta pubblicizzata.

L'espressione “pratiche commerciali scorrette” designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 d.lgs. 206/2005 (Codice del consumo, in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE). La finalità perseguita dalla direttiva europea consiste nel garantire un elevato livello comune di tutela dei consumatori, procedendo ad un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale, nei confronti dei consumatori. Scopo della normativa è quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza.

...Omissis...

FATTO e DIRITTO

1. - La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020 n. 260 con la quale è stato parzialmente accolto il ricorso (n. R.g. 15275/2018) proposto dalla società Facebook Ireland Limited nei confronti del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 27432 adottato in data 29 novembre 2018 con il quale, a conclusione del procedimento istruttorio PS/11112, sono state assunte le seguenti decisioni:

- a) che la pratica commerciale descritta al punto II sub a) del presente provvedimento, posta in essere da Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21 e 22, del Codice del consumo, e ne vieta la continuazione;
- b) che la pratica commerciale descritta al punto II sub b) del presente provvedimento, posta in essere da Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 24 e 25, del Codice del consumo, e ne vieta la continuazione;
- c) di irrogare alla società Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000.000 € (cinquemilioni di euro) per la violazione di cui alla lettera a);

d) di irrogare alla società Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria di 5.000.000 € (cinquemilioni di euro) per la violazione di cui alla lettera b);

e) che il Professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti a) e b);

f) che Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd pubblichino, a loro cura e spese, una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del consumo, secondo le seguenti modalità: a) il testo della dichiarazione rettificativa è quello riportato in allegato al presente provvedimento; b) la dichiarazione rettificativa riportata in allegato al presente provvedimento dovrà essere pubblicata: - entro quarantacinque giorni dall'avvenuta notificazione dello stesso sulla *homepage* del sito *internet* aziendale per l'Italia, raggiungibile agli indirizzi <https://it-it.facebook.com/> e <https://m.facebook.com/>, nonché sull'app Facebook, in posizione che consenta una immediata visibilità e di dimensioni pari ad un quinto della stessa; la pubblicazione della dichiarazione rettificativa dovrà permanere per venti giorni; - al primo accesso di ciascun utente registrato italiano sulla propria pagina personale a partire dalla mezzanotte del quarantacinquesimo giorno dall'avvenuta notificazione del provvedimento, attraverso un pop-up a schermata intera; c) la pubblicazione dovrà ricalcare in toto impostazione, struttura e aspetto della dichiarazione rettificativa.

cativa allegata; d) i caratteri del testo dovranno essere del massimo corpo tipografico compatibile con lo spazio indicato al punto b) e le modalità di scrittura, di stampa e di diffusione non dovranno essere tali da vanificare gli effetti della pubblicazione; e) in particolare, nello spazio di pubblicazione della dichiarazione rettificativa - così come nelle altre pagine *web* del sito aziendale e nello spazio ulteriore del supporto utilizzato - non dovranno essere riportati messaggi che si pongano in contrasto con il contenuto della dichiarazione stessa o che comunque tendano ad attenuarne la portata e il significato; g) che la pubblicazione della dichiarazione rettificativa dovrà essere preceduta dalla comunicazione all'Autorità della data in cui la stessa avrà luogo e dovrà essere seguita, entro tre giorni, dall'invio all'Autorità di una copia originale di tale pubblicazione contenente la dichiarazione rettificativa pubblicata".

Nei confronti della suindicata sentenza di primo grado propongono appello, per ovvi opposti motivi, sia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, per brevità l'Autorità ovvero AGCM) e la società Facebook Ireland Limited (d'ora in poi, per brevità, FB Irl.), chiedendone la riforma secondo le prospettazioni contrastanti tra di loro che qui di seguito saranno illustrate.

2. - In via preliminare e prima ancora di descrivere la vicenda fattuale, identica per entrambi i ricorsi in appello, in quanto i due gravami attengono alla medesima controversia e hanno quale bersaglio la stessa sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (n. 260/2020), deve disporsi fin d'ora (anche per motivi di logica espositiva) la riunione degli stessi.

Va a tal proposito rammentato, in via generale e per completezza espositiva, che nel processo amministrativo, con riferimento al grado di appello, sussiste l'obbligo per il giudice di disporre la riunione degli appelli allorché questi siano proposti avverso la stessa sentenza (art. 96, comma 1, c.p.c.), mentre in tutte le altre ipotesi la riunione dei ricorsi connessi attiene ad una scelta facoltativa e discrezionale del giudice, come si desume dalla formulazione testuale dell'art. 70 c.p.a., con la conseguenza che i provvedimenti adottati al riguardo hanno carattere meramente ordinatorio, sono privi di valenza decisoria e restano conseguentemente insindacabili in sede di gravame con l'unica eccezione del caso in cui la medesima domanda sia proposta con due distinti ricorsi dinanzi al medesimo giudice (cfr., tra le ultime, Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2018 n. 3109). Al di là dell'obbligo di riunione dei due ricorsi in appello qui in esame, in quanto proposti nei confronti della medesima sentenza di primo grado, emerge poi, in tutta evidenza, la integrale connessione soggettiva ed oggettiva tra gli stessi, recando quali parti processuali le stesse già costituite nel giudizio di primo grado ed avendo ad

oggetto la delibazione di motivi di appello dal contenuto pressoché sovrapponibile.

Deriva da quanto sopra che va disposta la riunione del ricorso in grado di appello n. R.g. 1996/2020 al ricorso in grado di appello n. R.g. 1825/2020, in quanto quest'ultimo ricorso in appello è stato proposto in epoca antecedente rispetto al precedente, perché siano decisi in un unico contesto processuale e ciò sia per evidenti ragioni di economicità e speditezza dei giudizi sia al fine di prevenire la possibilità (eventuale) di un contrasto tra giudicati (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2013 n. 22 e 23 luglio 2012 n. 4201)

3. - Dalla documentazione versata dalle parti qui in controversia nei due gradi di giudizio ed in entrambi i giudizi qui in decisione nonché dalla lettura della sentenza qui fatta oggetto di gravame si può ricostruire la vicenda contenziosa che ha condotto a questo giudizio in sede di appello come segue:

- il 6 aprile 2018 l'Autorità dava avvio ad un procedimento istruttorio (che prendeva numero PS1112) nei confronti delle società Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited (quest'ultima, d'ora in poi, per brevità FB Ireland) in quanto veniva loro contestata la messa in campo di due distinte (all'epoca presunte) pratiche commerciali scorrette in violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cd. "Codice del consumo");

- la "Pratica a)-pratica ingannevole" consisteva nelle "violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo, in quanto il professionista non informerebbe adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che egli cede, rendendolo edotto della sola gratuità della fruizione del servizio, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione al social network e permanenza nel medesimo)";

- la "Pratica b)-pratica aggressiva" si riferiva alla "violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo, in quanto il professionista eserciterebbe un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell'utilizzo di FB, verrebbero costretti a consentire a FB/terzi la raccolta e l'utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che li riguardano (informazioni del proprio profilo FB, quelle derivanti dall'uso di FB e dalle proprie esperienze su siti e app di terzi), in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati, risultando indotti a mantenere attivo il trasferimento e l'uso dei propri dati da/a terzi operatori, per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio, conseguenti alla deselezione";

- nel corso dell'istruttoria FB Irl. opponeva all'Autorità, in prima battuta, il proprio difetto di legittimazione passiva (in quanto soggetto completamente estraneo alla

fornitura del servizio in Italia), la carenza di potere in capo all'Autorità di contestare le suddette attività (in quanto trattasi di questioni attinenti alla gestione di dati personali, e, per di più, non è coinvolto l'interesse economico del singolo utente, ma, coerentemente con la natura *privacy* delle questioni, esclusivamente la tutela di diritti della persona, di carattere non patrimoniale e come tali *extra commercium*), oltre all'assenza di qualsivoglia elemento utile a considerare alla stregua di pratica commerciali scorrette o ingannevoli le attività più sopra descritte, considerato che era sempre stata osservata e resa la piena e corretta informazione agli utenti da parte di FB Irl.;

- all'esito del procedimento l'Autorità adottava il provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018 confermando integralmente il contenuto delle contestazioni e condannando le due società sottoposte alla procedura per ciascuna delle due contestazioni, infliggendo delle gravi sanzioni pecuniarie nonché rilevanti oneri di pubblicazione e comportamentali per il futuro;

- nello specifico, l'Autorità irrogava a Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd., in solido, due distinte sanzioni amministrative, ciascuna pari a 5.000.000 di euro;

- inoltre, con il provvedimento sanzionatorio l'Autorità disponeva la pubblicazione, a carico delle suddette società e a loro cura e spese, di una dichiarazione rettificativa, allegata al provvedimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 8, del Codice del consumo con cui era testualmente specificato quanto segue: *“Le società Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. Non hanno informato adeguatamente ed immediatamente i consumatori, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti. In tal modo hanno indotto i consumatori a registrarsi sulla Piattaforma Facebook, enfatizzando la gratuità del servizio. Inoltre, hanno esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali subiscono, senza espresso e preventivo consenso, la trasmissione e l'uso da parte di Facebook e di terzi, per finalità commerciali, dei dati che li riguardano. L'indebito condizionamento deriva dalla preselezione da parte di Facebook delle opzioni sul consenso alla trasmissione dei propri dati da/a terzi, attraverso in particolare l'automatica applicazione della funzione “Piattaforma attiva” unitamente alla prospezione, a seguito della disattivazione di tale Piattaforma, di rilevanti limitazione di fruibilità del social network e dei siti web/pp di terzi, più ampie e pervasive rispetto a quelle effettivamente applicate. Tali pratiche sono state valutate scorrette, ai sensi dell'art. 21, 22, 24 e 25 del Decreto legislativo, n. 205/2005 (Codice del Consumo). L'Autorità ha disposto la pubblicazione della presente dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27, comma 8, del Codice del Consumo”*;

- nei confronti del suddetto provvedimento insorgevano, per il tramite di due distinti ricorsi, proposti dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Face-

book Ireland Ltd contestando numerose illegittimità e chiedendone l'annullamento;

- il TAR per il Lazio, con la sentenza n. 260/2020 (per quanto consta nel presente giudizio), ha accolto parzialmente il ricorso proposto da FB Irl. e con riferimento a quella parte del provvedimento impugnato riferita al comportamento indicato come “Pratica b” le censure dedotte, annullando in parte l'atto sanzionatorio con conseguente travolgimento delle sanzioni a detta pratica riferibili. Il giudice di primo grado respingeva, invece le censure dedotte con riferimento alla parte del provvedimento impugnato riferita alla “Pratica a”, confermando le corrispondenti sanzioni inflitte.

4. - Come si è già più sopra riferito, nei confronti della sentenza del TAR per il Lazio n. 260/2020 propongono ora appello sia l'Autorità che FB Irl..

Quest'ultima società, con il ricorso in appello n. R.g. 1825/2020, propone i seguenti motivi di riforma della sentenza di primo grado:

1) Difetto assoluto di attribuzione del potere di sanzionare le due società da parte dell'Autorità per insussistenza di pratiche commerciali da porre in osservazione, attesa l'assenza di qualsiasi coinvolgimento di un corrispettivo patrimoniale e quindi della necessità di tutelare l'interesse economico dei consumatori. Nella vicenda che ha ritenuto l'Autorità di approfondire non ci si trova dinanzi ad una pratica commerciale scorretta, di talché neppure poteva dirsi sussistente il potere dell'Autorità di istruire la suddetta procedura e di sanzionare le due società. In particolare, nel caso di specie, non si assiste ad alcuna operazione di acquisto di un prodotto a fronte del pagamento di un prezzo da parte dell'utente di FB e quindi non si assiste a nessun coinvolgimento economico che possa ricondurre la questione nell'ambito del diritto consumeristico. In sostanza, ad avviso dell'appellante, *“senza necessità di pagare un prezzo, non vi è nemmeno spazio per ipotizzare una pratica commerciale, né, ovviamente, si può ritenere l'affermazione della gratuità scorretta ed ingannevole (...) Quindi, nel contesto di una attività genuinamente gratuita quale è il servizio FB (dove gli utenti che si registrano possono usufruire di una pluralità di servizi innovativi che consentono loro di entrare in contatto e di comunicare con i propri amici, famiglie e comunità senza pagare alcunché), non vi è spazio, nemmeno teorico, per ipotizzare l'esistenza di una pratica commerciale”* (così, testualmente, alle pagg. 8 e 9 dell'atto di appello). Né può immaginarsi possibile, come erroneamente ha inteso rappresentare il giudice di primo grado, che gli utenti cedano i propri dati a FB quale “corrispettivo” per la fornitura del servizio né che la trasmissione di dati personali possa attere ad una attività economicamente valutabile, se non invece e al più, ad un mero profilo di tutela di alcuni diritti fondamentali della persona di carattere non patrimoniale. D'altronde che i dati personali non possano

essere considerati alla stregua di una merce ovvero che il loro utilizzo possa costituire un mezzo di acquisto lo si evince dalla lettura del 24° considerando della direttiva 2019/770 del 20 maggio 2019 (nel quale si manifesta la volontà di “*riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce*” nonché dalle indicazioni espresse dal Garante europeo per la protezione dei dati (GEPD) nel parere del 14 marzo 2017 n. 4 (reso sulla proposta della suindicata direttiva) il quale, antitetivamente rispetto alla posizione assunta dalla Commissione europea, ha espresso la sua preoccupazione nei confronti della introduzione di disposizioni dalle quali potesse derivare la facoltà, per le persone, di utilizzare i “dati come controprestazione”, dovendosi evitare di minare l’attento equilibrio raggiunto dal Regolamento europeo sulla *privacy* (c.d. GDPR) che già fissa in modo compiuto condizioni rigorose per il trattamento dei dati personali nel mercato digitale. La caratterizzazione non corrispettiva e non sinallagmatica del caso in esame è poi confermata dalla circostanza che gli utenti di FB, sono liberi di scegliere la tipologia e la quantità di dati personali che intendono caricare e condividere, così come sono liberi di cancellarli in qualsiasi momento. Del resto gli utenti di FB forniscono volontariamente i propri dati ben prima che gli stessi siano utilizzati per pubblicità, giacché, come per qualsiasi *social network*, è proprio la condivisione dei dati e di altri contenuti relativi alla propria vita personale lo scopo della raccolta, al netto della circostanza che, anche in ragione delle norme contenute Regolamento eurounitario 679/2016, i dati personali di ciascun individuo costituiscono un bene *extra commercium*, trattandosi di diritti fondamentali della persona che non possono essere venduti, scambiati o, comunque, ridotti a un mero interesse economico;

2) Difetto assoluto di attribuzione *ratione materiae* con riferimento all’Autorità. Il giudice di primo grado non ha tenuto affatto in considerazione il principio secondo il quale, ai sensi dell’art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29 “*In caso di contrasto tra le disposizioni della presente Direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici*”. Tale principio trova, in particolare, applicazione nel campo degli obblighi di informazione. Conseguentemente, anche a non considerare che la pratica in esame non riguarda l’acquisto (per un corrispettivo economico o altra forma di pagamento) di un prodotto, e che quindi essa non può soggiacere alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, comunque ricadrebbe completamente (attenendo chiaramente ed espressamente all’informazione sull’uso di dati personali) nell’ambito di applicazione della disciplina europea e nazionale sulla *privacy*, sulla base del principio di specialità e di armonizzazione tra le discipline

unionali. Quanto sopra, con riferimento all’inapplicabilità al caso di specie della normativa, anche eurounitaria, di diritto consumeristico, con conseguente carenza di potere in capo all’Autorità di contestare prassi commerciali scorrette, in quanto i comportamenti oggetto di rilevazione non costituiscono prassi commerciali e rientrano a pieno titolo nella speciale disciplina della tutela dei dati personali, è significativamente confermato dalla circostanza che la contestazione formulata dall’Autorità con riguardo alla Pratica a), circa l’utilizzo di dati personali per profilare categorie di utenti ai quali inviare pubblicità targettizzate, attiene al settore degli obblighi informativi in materia di profilazione, che sono compiutamente e dettagliatamente disciplinati dal GDPR, con esclusione, quindi, dal raggio di applicazione, della normativa attinente alla tutela dei consumatori. In conclusione l’assenza di un interesse economico esclude radicalmente l’applicabilità della disciplina di cui alla direttiva 2005/29, considerato anche che “*nel diritto vivente dell’Unione europea è del tutto consolidato il principio di massima armonizzazione e quindi autosufficienza e completezza della disciplina privacy*” (così, testualmente, a pag. 19 dell’atto di appello);

3) Violazione della riserva di regolamento UE, per come fissata dall’art. 288, comma 2, TFUE. La sentenza di primo grado, nel ritenere applicabile al caso di specie (in ciò convergendo con la posizione dell’Autorità) la normativa consumeristica nazionale, erroneamente non ha tenuto conto della portata della previsione contenuta nell’art. 288, comma 2, TFUE in virtù della quale alle disposizioni recate da Regolamenti eurounitari deve attribuirsi non solo forza di immediata penetrazione degli ordinamenti dei paesi membri ma anche, a carico di questi ultimi, ma anche impermeabilità e prevalenza rispetto alle normative interne contrastanti, sicché gli Stati membri hanno l’obbligo di non applicare alcun tipo di provvedimento legislativo, anche posteriore, che sia incompatibile con le disposizioni regolamentari (ovvero integrativo delle stesse), non essendo possibile neppure subordinare la concreta applicazione di un Regolamento ad alcuna disposizione o prassi di carattere nazionale che possa ostacolare l’efficacia immediata della norma regolamentare. Ne deriva che il più volte qui citato Regolamento *privacy* non può essere messo in discussione o anche solo integrato da un atto legislativo nazionale in tema di pratiche commerciali scorrette, anche perché, contrariamente opinando, non sarebbe neppure possibile assicurare un’applicazione uniforme e certa alle regole sulla gestione dei dati personali in Europa, per come è affermato dal considerando 13 del Regolamento 679/2016 in materia di *privacy*;

4) Violazione del principio di specialità in materia sanzionatoria e della l. 24 novembre 1981, n. 689. Quanto si è riferito sopra in ordine al principio di specialità

nell'ambito del diritto unionale è trasferibile alla violazione del medesimo principio con riguardo alla legge speciale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie e in particolare con le disposizioni recate dagli artt. 9 l. 689/1981 e 15 c.p.. Se è vero che il concorso apparente di norme sussiste quando più leggi regolano la stessa materia, intesa come stessa situazione di fatto, ipotesi che si verifica quando il medesimo accadimento concreto, inteso come fatto storicamente determinato, è idoneo ad integrare il contenuto descrittivo di diverse previsioni legislative astratte a carattere sanzionatorio, detta situazione appare essere completamente sovrapponibile alla vicenda qui in esame. In essa, infatti, la contestata modalità di utilizzo dei dati personali dei consumatori, qualora dovesse rinvenirsi in detta attività una condotta scorretta, dovrebbe essere sanzionata secondo le specifiche previsioni della disciplina *privacy* e non certo sulla base di previsioni più generali quali sono quelle sulle pratiche commerciali scorrette. Da qui, conseguentemente, deriva che anche le sanzioni applicabili dovrebbero essere quelle previste dalla disciplina speciale effettivamente applicabile;

5) Violazione dell'art. 56 del Regolamento UE 2016/679. Il predetto Regolamento eurounitario, nel disciplinare la materia dei trattamenti transfrontalieri di dati su *internet*, all'art. 56 assegna una competenza esclusiva all'Autorità capofila, che, nella specie coincide con l'Autorità per il trattamento dei dati irlandese, tenuto conto della sede del titolare del trattamento dei dati in questione. Ne deriva che l'AGCM non aveva il potere di indagare sul corretto utilizzo dei dati degli utenti effettuato dal FB (né lo possedeva alcun'altra Autorità italiana), perché tale potere di indagine è dalla normativa eurounitaria assegnato all'Autorità di tutela dei dati personali irlandese che, in virtù delle disposizioni recate dal GDPR e in ragione della circostanza che la società FB Ireland Limited ha sede in Irlanda, è il solo soggetto cui compete il controllo sulle operazioni di trattamento dei dati personali realizzate da FB in Europa e, quindi, anche in Italia. La conseguenza di ciò è la nullità o, comunque, la invalidità del provvedimento impugnato in primo grado;

6) Violazione del principio di legalità/prevedibilità. Da quanto sopra deriva anche che l'intervento sanzionatorio posto in essere dall'Autorità ha violato il principio di cui all'art. 7 CEDU in ragione del quale il privato ha diritto a conoscere e prevedere con ragionevole esattezza le possibili conseguenze pregiudizievoli delle proprie azioni e omissioni, tutela che nel caso di specie non è stata garantita nel momento stesso in cui l'Autorità ha ritenuto possibile sanzionare FB sulla base di una disciplina (quella sulle pratiche commerciali scorrette) la cui applicazione era del tutto imprevedibile e nuova in relazione a discipline speciali, quale è quella del corretto

utilizzo dei dati personale di utenti. Le sanzioni inflitte con il provvedimento impugnato si presentano, quindi, in contrasto con il principio di ragionevole prevedibilità della illiceità delle condotte e delle loro possibili conseguenze pregiudizievoli;

7) Inesistenza di qualsivoglia condotta in violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. La condotta contestata dall'Autorità a FB per la Pratica a) è la seguente: *"Nella fase di prima registrazione dell'utente nella Piattaforma FB (sito web e app), il Professionista ha adottato un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla propria attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti"*. Va però specificato che gli utenti medi non sono fuorviati dalla descrizione del servizio come "gratuito", perché il significato di tale termine rappresenta che all'atto della registrazione, con riguardo alla raccolta e all'utilizzo dei dati degli utenti, queste (operazioni) si realizzano senza alcun costo monetario per l'utente. Del resto *"l'utente FB sa benissimo, che un sito gratuito non può che reggersi tramite introiti pubblicitari mirati (se non altro perché continuamente sperimenta ed apprezza tali pubblicità "personalizzate")"*. *Peraltro, tale modello di business non è certo proprio solo di FB: al contrario, è tipico di tutti i servizi online gratuiti e quindi vero e proprio fatto notorio*" (così, testualmente, a pag. 30 dell'atto di appello). A ciò si aggiunga che, ai fini della contestazione nei confronti di FB, l'Autorità non ha provato che il consumatore medio sarebbe stato indotto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti assunto, dovendo anche chiarire in quale modo un servizio gratuito possa determinare un *vulnus* per il consumatore-utente ovvero costituire una informazione non trasparente o non esaustiva. In tale contesto va aggiunto che l'utilizzo di informazioni stratificate tramite *link* è del tutto legittimo e coerente con l'obiettivo di fornire informazioni organiche, chiare e complete, per come si evince sia dalla previsione contenuta nell'art. 12, par. 7, del GDPR sia nelle Linee guida in materia di processi decisionali automatizzati e profilazione, create dal Gruppo di lavoro Art. 29 per la protezione dei dati, che al punto 35 dei propri Orientamenti (Allegato 1 - Raccomandazioni sulle buone prassi), *"raccomanda in particolare l'impiego di dichiarazioni/informative sulla privacy stratificate per collegare le varie categorie d'informazioni da fornire all'interessato, piuttosto che l'inserimento di tutte le informazioni in un'unica informativa sulla schermata"*;

8) Violazione del principio di proporzionalità quanto all'obbligo di pubblicazione della dichiarazione rettificativa e alle misure imposte per superare la pretesa condotta illecita. Ad ogni modo e in disparte tutto quanto esemplificato nel motivare le censure che dovrebbero condurre all'annullamento del provvedimento sanzionatorio per illegittimità strutturali della contestazione

mossa a FB, sta di fatto che la sentenza qui oggetto di appello ha erroneamente ritenuto proporzionata l'entità delle sanzioni inflitte, ivi compresi l'obbligo imposto di pubblicare la dichiarazione rettificativa e quello di porre fine alle presunte infrazioni. La pubblicazione della dichiarazione che l'Autorità ha imposto quale sanzione ulteriore rispetto a quella pecuniaria finirebbe con l'incrinare significativamente il rapporto di fiducia con gli utenti, insinuando in questi ultimi il dubbio di un loro complessivo (e occulto) sfruttamento. A ciò si aggiunga che la prescrizione, imposta anch'essa dall'Autorità, che vieta a FB di indicare qualsiasi formulazione nella dichiarazione idonea ad attenuarne la portata, si presenta dai contenuti indefiniti e indeterminati, tanto da poter supporre che essa si spinga fino al punto di voler impedire a FB persino di menzionare l'esercizio del proprio diritto all'esercizio di un'azione giudiziale. La "misura prevede prescrizioni chiaramente spropositate, rispetto alla finalità perseguita, anche in termini di dimensioni, carattere e utilizzo di pop up (...) pure la prescrizione per cui a ogni primo accesso di un utente si visualizzi la dichiarazione, con la conseguente necessità di mantenerla operativa potenzialmente per anni (a seconda della scelta, imprevedibile, dell'utente di accedere anche a distanza di molto tempo), è del tutto eccessiva" (così, testualmente, a pag. 37 dell'atto di appello). Quanto alla "cessazione delle violazioni, le misure richieste imporrebbero a FB alcuni notevoli cambiamenti sulla propria infrastruttura a seguito dei quali la stessa funzionerebbe diversamente - nella fase di registrazione - solo in Italia, con un impatto evidente e sproporzionato sulla uniformità della presentazione del servizio e del marchio" (così ancora, testualmente, a pag. 38 dell'atto di appello).

5. - Con il ricorso in appello n. R.g. 1996/2020, l'Autorità chiede anch'essa la riforma della sentenza del TAR per il Lazio n. 260/2020, in questo caso (differentemente dall'altra appellante, ovviamente) nella parte in cui ha accolto, con riferimento alla Pratica b), l'impugnazione proposta in primo grado da FB Irl.

Con un unico e complesso motivo d'appello l'Autorità contesta, con riferimento alla sentenza qui oggetto di gravame, nella parte in cui il TAR per il Lazio ha accolto il ricorso di primo grado nella parte riferita alla c.d. Pratica b), ritenuta dall'Autorità come aggressiva, la violazione della normativa in materia di pratiche commerciali aggressive e delle relative disposizioni del Codice del consumo nonché il travisamento dei fatti e l'erroneità della motivazione.

Ad avviso dell'Autorità erra il primo giudice allorquando, con riferimento alla Pratica b), osserva testualmente, al fine di escludere la riconducibilità a "pratica aggressiva", del comportamento contestato alle due società, che: a) "la *preattivazione* della piattaforma Facebook (vale a dire la *pre-selezione* delle opzioni a disposizione) non solo non comporta alcuna trasmissione di dati dalla piattaforma

a quella di soggetti terzi, ma è seguita da una ulteriore serie di passaggi necessitati, in cui l'utente è chiamato a decidere se e quali dei suoi dati intende condividere al fine di consentire l'integrazione tra le piattaforme";

b) "al fine di realizzare l'integrazione, è necessario compiere numerosi passaggi, che si concludono solo quando, una volta raggiunta tramite il login di Facebook la "app" di terzi, l'utente decide di procedere alla sua installazione";

c) quindi "l'affermazione dell'Autorità secondo cui la piattaforma di Facebook era "automaticamente attivata con validità autorizzativa generale" non risulta, in definitiva, corretta, avendo di converso dimostrato il professionista che la piattaforma non rappresenta un mezzo attraverso cui gli utenti forniscono il consenso al trasferimento dei dati, dal momento che ciò avviene in un momento successivo, su base granulare per ogni singola "app/sito web";

d) con la ulteriore conseguenza che "il giudizio circa la presunta natura "aggressiva" delle locuzioni usate per disincentivare l'utente dal disattivare la piattaforma risulta non adeguatamente motivato o approfondito, nonché parzialmente contraddittorio, in quanto sono effettivamente presenti delle conseguenze negative in caso di disattivazione. L'utilizzo, poi, da parte di Facebook di espressioni in alcuni casi dubitative in relazione alle possibili limitazioni nell'uso della "app" di terzi nel caso di disattivazione dell'integrazione si giustifica in ragione della circostanza che i dati in oggetto sono, per l'appunto, detenuti e trattati da soggetti terzi."

In particolare, secondo l'Autorità appellante, erra il primo giudice che, nell'annullare in parte qua il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità, ritiene non corretto il ragionamento sviluppato dall'AGCM nel considerare aggressiva la "Pratica b)" a causa della cattiva ricostruzione operata dalla medesima Autorità in ordine al funzionamento della integrazione delle piattaforme nonché a causa dell'assenza di elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di una condotta idonea a condizionare le scelte del consumatore, in quanto l'Autorità non ha contestato alle due società il solo fatto di avere programmato la pre-attivazione della piattaforma Facebook in modo da determinare un immediato trasferimento di dati a soggetti terzi, quanto piuttosto (e in ciò si compendierebbe la contestata Pratica b) aggressiva) di avere le due società utilizzato un ripetuto meccanismo c.d. opt-out, complessivamente ritenuto aggressivo, rispetto alla decisione commerciale che il consumatore è chiamato ad assumere in ordine alla cessione dei suoi dati da FB a terzi per lo svolgimento di successive attività commerciali e ciò in disparte dalla circostanza che i dati fossero o meno immediatamente trasferiti da FB ai soggetti terzi.

Diversamente da quello che ha ritenuto di osservare il Tribunale amministrativo regionale e per come invece la stessa Autorità aveva chiarito nella motivazione del provvedimento impugnato, emergeva che, in base alle

risultanze istruttorie e con riferimento alla circostanza, sottolineata dal primo giudice, che il trasferimento dei dati avverrebbe solo a seguito del completamento di ulteriori “passaggi”, nel corso dei quali l’utente potrebbe decidere di fare “opt in” alla condivisione dei dati che potrebbero essere richiesti dalle terze parti, tali ulteriori “passaggi” implicano, però e in ogni caso, un “opt-out”, ovvero non prevedono una scelta in “opt-in” consapevole dell’utente in merito ai dati da condividere con i terzi, ma solo una eventuale deselezione di scelte già operate da FB.

L’Autorità, in conclusione e in disparte la segnalata difficoltà di comprendere quale ruolo giochi nel contatto con l’utente l’attività di preattivazione della Piattaforma, in quanto dalla stessa Relazione tecnica prodotta da FB si evince che detta attività di preattivazione non consentirebbe alcuna integrazione con terze parti né il trasferimento dei dati, puntualizza che l’accertamento dell’aggressività della pratica è dimostrato proprio dal ripetuto meccanismo di pre-selezione (opt-out) applicato da FB agli utenti, anche nei “numerose passaggi” successivi alla creazione dell’account e alla preattivazione della Piattaforma, durante i quali l’utente/consumatore non è mai messo nella condizione di effettuare una scelta attiva e diretta, dovendosi al contrario adoperare - sempre che sia in grado di cogliere l’esistenza di tali pre-spuntature - per disattivare in modalità c.d. di opt out i dati che non volesse cedere per finalità commerciali e che il professionista ha “scelto” al suo posto. Sicché il “meccanismo di plurime pre-attivazioni priva senza dubbio il consumatore della possibilità di scegliere attraverso quell’azione positiva richiesta anche a livello europeo se e che cosa trasferire ai terzi rimettendo - contrariamente all’impostazione della disciplina recata dal Codice del consumo - in capo a Facebook (ossia al professionista) tale prerogativa dell’utenza” (in questo senso a pag. 12 dell’atto di appello proposto dall’Autorità).

6. - Nei due giudizi tutte le parti intimare si sono costituite depositando documentazione.

Nel ricorso n. R.g. 1825/2020 FB Irl. proponeva domanda cautelare che la Sezione accoglieva con ordinanza 8 giugno 2020 n. 3285.

Le parti hanno depositato memorie, anche di replica e note d’udienza con ulteriori documenti confermando le conclusioni già rappresentate nei precedenti atti processuali.

7. - Per ragioni di logica espositiva deve essere previamente scrutinato l’appello proposto da FB Irl., con il quale quest’ultima società chiede la riforma della sentenza del TAR per il Lazio n. 260/2000 nella parte in cui, accogliendo solo parzialmente il ricorso proposto dalla predetta società in primo grado e annullando il provvedimento impugnato (delibera dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 27432 adottato in data 29 novembre 2018) nella sola parte in cui l’Autorità aveva

ritenuto aggressiva e meritevole di sanzione la “Pratica b)” imputata a FB Inc. e a FB Ireland Ltd. (per “violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo, in quanto il professionista eserciterebbe un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell’utilizzo di FB, verrebbero costretti a consentire a FB/terzi la raccolta e l’utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che li riguardano (informazioni del proprio profilo FB, quelle derivanti dall’uso di FB e dalle proprie esperienze su siti e app di terzi), in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati, risultando indotti a mantenere attivo il trasferimento e l’uso dei propri dati da/a terzi operatori, per evitare di subire limitazioni nell’utilizzo del servizio, conseguenti alla deselezione”), aveva invece ritenuto legittimo il provvedimento dell’Autorità nella parte in cui ha ritenuto ingannevole e meritevole di sanzione la “Pratica a)” imputata a FB Inc. e a FB Ireland Ltd. (per “violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo, in quanto il professionista non informerebbe adeguatamente e immediatamente l’utente, in fase di attivazione dell’account, dell’attività di raccolta e utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che egli cede, rendendolo edotto della sola gratuità della fruizione del servizio, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione al social network e permanenza nel medesimo)”.

Limitando dunque, per il momento, l’esame del provvedimento dell’Autorità impugnato in primo grado alle sole contestazioni riferibili alla “Pratica a)” imputata alle due società, va sinteticamente rammentato che:

- (come ha riferito il giudice di primo grado a pag. 9 della sentenza qui oggetto di appello) l’Autorità ha rilevato che “Sino al 15 aprile 2018, l’utente che accedeva alla homepage di FB per registrarsi sulla Piattaforma (sito web e app), a fronte di un claim sulla gratuità del servizio offerto “Iscriviti È gratis e lo sarà per sempre”, non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di FB” (così, testualmente, al par. 18 del provvedimento dell’Autorità impugnato in primo grado). L’informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come controprestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, osservava l’Autorità, “i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l’intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.”;

- il TAR per il Lazio ha ritenuto corretta la ricostruzione operata dall’Autorità con riferimento alla sopradescritta pratica comportamentale, confermandone la capacità di ingannare l’utenza, in quanto: a) non è condivisibile la prospettazione di FB Irl. nella parte in cui sostiene che, nel caso di specie e nella condotta imputabile alle due

società, “non sussisterebbe alcun corrispettivo patrimoniale e, quindi, un interesse economico dei consumatori da tutelare”, atteso che “gli obblighi asseritamente violati sarebbero tutti attinenti al diverso profilo del trattamento dei dati personali degli utenti, disciplinato unicamente dal “Regolamento privacy” che, in virtù del principio di specialità, assorbirebbe la condotta in questione”, tenuto conto che “Il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network” (così, testualmente, a pag. 11 della sentenza); b) inoltre, deve escludersi che l’omessa informazione dello sfruttamento ai fini commerciali dei dati dell’utenza sia una questione interamente disciplinata e sanzionata nel “Regolamento privacy”. Tra le previsioni recate dalla direttiva 2005/29 e quelle contenute nel GDPR intercorre un rapporto (non di esclusione reciproca ma) di complementarietà, “imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell’altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole” (così ancora, testualmente, a pag. 13 della sentenza), non paventandosi, proprio per le suindicate ragioni, alcun rischio di un effetto plurisanzionatorio della medesima condotta in capo al medesimo professionista, dal momento che l’oggetto di indagine da parte delle competenti autorità si concentra su condotte differenti messe in campo dall’operatore; c) nella condotta delle società ricorrenti si evidenzia, nella specie, una evidente informazione ingannevole, perché “il “claim” utilizzato da Facebook nella pagina di registrazione per invogliare gli utenti a iscriversi (“Iscriviti È gratis e lo sarà per sempre”) lasciava intendere l’assenza di una controprestazione richiesta al consumatore in cambio della fruizione del servizio”, mentre, per incompletezza delle informazioni fornite, l’utente non poteva immediatamente venire a sapere che a fronte della proclamata gratuità del servizio, per come dichiarata nel surriprodotto “claim”, “il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell’utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale” (così, testualmente, a pag. 15 della sentenza); d) a ciò va aggiunto che l’Autorità, nel provvedimento sanzionatorio impugnato, “ha fornito una puntuale motivazione, supportata da una adeguata istruttoria, sulla carenza di sufficienti informazioni, nel processo di registrazione, circa il valore commerciale dei dati e allo scopo commerciale perseguito”, oltre ad avere dimostrato che il “banner cookie”, inserito successivamente all’avvio del procedimento, si è mostrato “inidoneo a far

venire meno l’omissione e l’ingannevolezza riscontrata, in quanto “oltre a non essere contestuale alla registrazione in FB, risulta generico oltretutto scarsamente esplicativo e, laddove visualizzato in tale fase, nemmeno adiacente al pulsante di creazione dell’account” (così, testualmente, a pag. 15 della sentenza).

- la società appellante ha contestato analiticamente, nel presente giudizio di secondo grado, la correttezza di ciascuna delle osservazioni (qui sopra sinteticamente illustrate e in parte riprodotte) grazie alle quali il giudice di prime cure ha ritenuto infondati i motivi di censura dedotti con riferimento alla parte del provvedimento sanzionatorio dell’Autorità nel quale si è contestata la ingannevolezza della Pratica a).

8. - Il Collegio ritiene di dover affrontare, in prima battuta, il tema della non commercialità dei dati personali e quindi della non riconducibilità del loro trattamento con riguardo al diritto consumeristico, di modo che (secondo tale prospettiva coltivata dalla società appellante) la non patrimonialità del dato personale rende inapplicabile la disciplina in materia consumeristica alla tutela dei dati personali, cui è rivolta, in via esclusiva, la specifica normazione recata dal Regolamento eurounitario n. 679/2016.

L’Autorità, con il provvedimento n. 27432 adottato in data 29 novembre 2018, ha inteso sanzionare l’esercizio da parte delle società FB Inc. e FB Ireland Limited di un indebito condizionamento del consumatore-utente attraverso la richiesta dell’inserimento dei suoi dati sulla piattaforma, destinandoli poi alla profilazione commerciale con finalità di *marketing*, quale passaggio vincolante per poter accedere alla iscrizione, che veniva proclamata “gratuita”.

Orbene, seppure si volesse aderire alla tesi della odierna parte appellante secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell’Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell’esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell’intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato - e della profilazione dell’utente - a fini commerciali.

Non si tratta in questo caso di affermare se il diritto consumeristico possa o meno sovrapporsi al diritto alla tutela dei dati personali, intesi i due “diritti” quali distinte categorie settoriali che sono disciplinate da normative speciali e quindi non sovrapponibili tra di loro; al contrario ciò che emerge dall’attività [Pratica a)-ingannevole] messa in campo dalle due società è lo sfruttamento, inconsapevolmente per l’utente, dei dati da costui offerti al momento dell’iscrizione. È indubbiamente vero che la nozione di “trattamento” del dato personale, per come emerge dalla lettura dell’art. 4, par. 2, GDPR, si

traduce in un ambito di riferibilità amplissimo rispetto all'utilizzo del dato e che dunque la disciplina speciale unionale di tutela dei dati personali estende il proprio ambito di applicazione fin dove può giungere qualsiasi forma di relazione umana o automatica del dato personale, tuttavia non può ritenersi possibile, né una tale conclusione è traibile dall'esame delle norme del GDPR (ivi compresi i "considerando") e dagli orientamenti in materia espressi dalla Corte di giustizia UE, che l'ambito di applicazione della disciplina speciale ed esclusiva (anche nel senso che esclude l'applicazione di altre discipline) possa essere "assoluta".

Una siffatta conclusione sarebbe irragionevole, dal momento che ogni scienza giuridica o comportamento umano (finanche attraverso meccanismi automatici collegati all'utilizzo di strumenti informatici o digitali) coinvolge inevitabilmente dati personali.

Riconoscere dunque la assoluta specialità del settore riferibile alla tutela dei dati personali condurrebbe, inevitabilmente, ad escludere in radice, l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica.

Ferma dunque la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri in materia di tutela di ogni strumento di sfruttamento dei dati personali, deve comunque ritenersi che allorché il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento - unionale prima e interno poi - non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche. Non è irrilevante che il legislatore eurounitario, nel 9° considerando del GDPR, dopo avere rammentato che gli obiettivi e i principi recati dalla direttiva 95/46/CE rimangono tuttora validi, abbia dovuto ammettere che l'introduzione della surrichiamata direttiva "non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche". Proprio per questa ragione il legislatore eurounitario ha, altresì, ammesso la compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri possono "ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione" finendo per "costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario

creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE".

Le surriprodotte considerazioni, ad avviso del Collegio, 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. Nell'appena descritta accezione non viene in emersione la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche, fuorviato peraltro dalle indicazioni che derivano dalla lettura delle condizioni di utilizzo (come nel caso di specie) di una "piattaforma informatica".

9. - In altre parole il rimprovero rivolto al professionista consisterebbe nel non aver informato l'utente, che in questo caso si trasforma tecnicamente in "consumatore", nel momento in cui rende disponibili i propri dati al fine di potere utilizzare gratuitamente i servizi offerti dalle società FB, prima di tale operazione, nell'ambito della quale l'utente resta convinto che il conseguimento dei vantaggi collegati con l'accesso alla piattaforma sia gratuito, non potendo quindi riconoscere ed accorgersi che a fronte del vantaggio si realizza una automatica profilazione ad uso commerciale, non chiaramente ed immediatamente indicata, all'atto del primo accesso, quale inevitabile conseguenza della messa a disposizione dei dati.

Dal che discenderebbe l'irrelevanza dell'affermazione espressa dalla società appellante secondo la quale l'utente potrebbe comunque effettuare una operazione di "deselezione" tornando a salvaguardare i propri dati, in quanto:

- tale eventuale accadimento sarebbe comunque successivo alla iniziale profilazione, con la conseguenza che i dati, successivamente fatti oggetto di "deselezione", sono già stati messi nella disponibilità dei soggetti che intendono sfruttarli commercialmente;

- la "deselezione" determina, quale conseguenza, il venire meno dei servizi *social* promessi come gratuiti ma che, evidentemente, gratuiti non sono, finendo per rappresentare il "corrispettivo" della messa a disposizione dei dati personali del singolo utente a fini commerciali. Può quindi confermarsi che, diversamente da quanto ritenuto dalla società appellante, la disciplina della tutela della *privacy* e il Codice del consumo presentano ambiti operativi differenti e non contrastanti.

Nemmeno sussisterebbe la ravvisata sovrapposibilità del regime sanzionatorio tra i due settori, avendo ad og-

getto il primo la violazione delle regole di trattamento dei dati personali (che in questa sede non rileva) ed il secondo il condizionamento della consapevolezza dell'utente che per ottenere benefici illustrati come gratuiti deve cedere dati personali che non saranno utilizzati esclusivamente per ottenere i servizi ai quali aspira, ma costituiranno uno strumento di profilazione dell'utente a fini commerciali, in assenza di una adeguata e preventiva informazione del consumatore.

Come risulta sia dall'avversato provvedimento sanzionatorio sia dalle affermazioni di FB, per poter ottenere i servizi corrispondenti alle finalità sociali e culturali, tipiche di un *social network*, all'atto dell'accesso al sito e nella pagina di registrazione a Facebook, "a fronte del claim "Facebook ti aiuta a connetterti e rimanere in contatto con le persone della tua vita", rileva, dunque, l'assenza di un adeguato alert che informi gli utenti, con immediatezza ed efficacia, in merito alla centralità del valore commerciale dei propri dati rispetto al servizio di *social network* offerto, limitandosi FB a sottolineare come l'iscrizione sia gratuita per sempre. L'incompletezza dell'informazione fornita nella pagina di accesso a Facebook non viene meno neanche per la recente introduzione, da aprile 2018, del "banner cookie" in quanto la sua visualizzazione è solo eventuale e non necessariamente collegata alla registrazione nella Piattaforma FB. Infatti, il banner non compare in fase di creazione dell'account qualora l'utente abbia già "cliccato e navigato" sul sito. Inoltre, esso è, comunque, generico e collocato in posizione non adiacente all'indicazione della gratuità del servizio." (così, testualmente, al punto 55 del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado).

Peraltro, in disparte che il banner di cui sopra è imposto da altra normativa (quella di tutela dei dati personali), dall'istruttoria è emerso che i vari link ai quali rimanda il messaggio di iscrizione "Normativa sui dati" e "Normativa sui cookie", in disparte il carattere più piccolo che li rappresenta, e quindi di non immediata percezione quanto alla rilevanza del contenuto, anche nelle versioni modificate nel tempo e successivamente all'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità (4 aprile 2018 e 19 aprile 2018), contengono informazioni generiche e non puntuali circa l'effettivo utilizzo dei dati messi a disposizione dall'utente, esaltando maggiormente il carattere gratuito della iscrizione nonché la notevole capacità di interrelazione della quale l'utente avrebbe potuto godere iscrivendosi e fornendo i suoi dati (ad esempio si legge che l'obiettivo di Facebook "è dare alle persone il potere di creare community e rendere il mondo più unito. Per ottenere tale obiettivo, forniamo all'utente i Prodotti e i servizi descritti qui sotto: Offerta di un'esperienza personalizzata all'utente [...] Connessione con persone e a organizzazioni di interesse [...] Scoperta di contenuti, prodotti e servizi che potrebbero interessare all'utente [...]") (così nella nota n. 15 del provvedimento sanzionatorio impugnato).

Al contrario, nel momento in cui l'utente intendesse escludere alcuni dei dati offerti dall'utilizzo commerciale, nel corrispondente box di avviso vengono puntualmente declinati gli "svantaggi" di una siffatta operazione, che provocherebbe una inevitabile dequotazione delle capacità relazionali dell'utente iscritto nella "piattaforma".

Al punto 24 del provvedimento sanzionatorio si legge che "In caso di disattivazione della Piattaforma, venivano, dunque, prospettate delle limitazioni nella fruizione del servizio sulla cui rilevanza giova richiamare quanto espresso dalla stessa FB, a parere della quale "uno dei modi principali attraverso cui gli utenti di Facebook possono connettersi e condividere è scegliendo di collegare il proprio account Facebook ad altri servizi. Ciò è possibile in diversi modi: ad esempio, i plugin social di Facebook come il pulsante 'Mi piace' possono offrire agli utenti di Facebook un'esperienza online più ricca, consentendo loro di condividere facilmente contenuti da altri siti web o vedere ciò che i loro amici hanno apprezzato e condiviso su Internet durante la navigazione di altri siti web".

Utilizzando il tasto disattiva era chiaramente descritto all'utente che "Se disattivi le app della Piattaforma:

- Non potrai accedere ai siti Web o alle app usando Facebook.
- Non sarai in grado di accedere ai giochi o alle applicazioni mobili usando Facebook.
- I tuoi amici non potranno interagire con te e condividere elementi usando le app e i siti Web.
- Verrà disattivata anche la personalizzazione istantanea.
- Le app che hai installato in precedenza potrebbero ancora essere in possesso di informazioni che hai condiviso con loro. Contatta queste app per ottenere informazioni su come rimuovere questi dati.
- Le app a cui hai effettuato l'accesso (tramite Facebook o in modo anonimo) saranno rimosse.
- I post delle app saranno rimossi dal tuo profilo".

La "minacciosità" delle conseguenze non è bilanciata, evidentemente, dalla completezza delle informazioni sulle conseguenze della iscrizione in piattaforma, circa l'utilizzo a fini commerciali dei dati messi a disposizione dell'utente nel momento dell'attivazione del profilo.

A ciò si aggiunga che (per come riferito dall'Autorità nel provvedimento sanzionatorio impugnato al punto 25), "Sebbene FB abbia modificato, a partire dal 16 aprile 2018, la schermata relativa alla Piattaforma di integrazione/trasmisione dati da/a FB (sito web e app) ai/dai siti web/app di terzi²¹, risultano, in ogni caso, invariati sia il meccanismo di preselezione (opt-out) che le modalità di condizionamento dell'utente e i relativi effetti, confermandosi, pertanto, le medesime caratteristiche rilevate con riferimento alla versione precedente del sito web/app di FB".

10. - Siffatta condotta, come correttamente ritenuto dall'Autorità, integra gli elementi di una pratica commerciale ingannevole in quanto (per come si legge testualmente al punto 55 del provvedimento sanzionatorio):

- nella schermata di registrazione a FB, sia nella versione *on line* fino al 15 aprile 2018 che nella versione attualmente accessibile (tramite sito e *app*), il Professionista omette informazioni rilevanti di cui il consumatore necessita al fine di assumere una decisione consapevole di natura commerciale quale è quella di registrarsi nella Piattaforma Facebook per usufruire dell'omonimo servizio di *social network*;

- Facebook non informa l'utente con chiarezza e immediatezza in merito alla raccolta e all'utilizzo, a fini remunerativi, dei dati dell'utente da parte del Professionista e, conseguentemente, dell'intento commerciale perseguito, volto alla monetizzazione dei medesimi;

- le informazioni fornite risultano generiche ed incomplete senza adeguatamente distinguere tra, da un lato, l'utilizzo dei dati funzionale alla personalizzazione del servizio con l'obiettivo di facilitare la socializzazione con altri utenti "consumatori", dall'altro, l'utilizzo dei dati per realizzare campagne pubblicitarie mirate;

- a ciò si aggiunga, quale aggravante del comportamento significativamente ingannevole, che nell'uso di FB, le finalità commerciali si prestano ad essere confuse con le finalità sociali e culturali, tipiche di un *social network*;

- infatti, nella pagina di registrazione a FB, a fronte del *claim* "Facebook ti aiuta a connetterti e rimanere in contatto con le persone della tua vita", rileva, dunque, l'assenza di un adeguato *alert* che informi gli utenti, con immediatezza ed efficacia, in merito alla centralità del valore commerciale dei propri dati rispetto al servizio di *social network* offerto, limitandosi FB a sottolineare come l'iscrizione sia gratuita per sempre;

- l'incompletezza dell'informazione fornita nella pagina di accesso a Facebook non viene meno neanche per la recente introduzione, da aprile 2018, del "banner cookie" in quanto la sua visualizzazione è solo eventuale e non necessariamente collegata alla registrazione nella Piattaforma FB;

- il *banner* in questione non compare in fase di creazione dell'account qualora l'utente abbia già "cliccato e navigato" sul sito ed esso è, comunque, generico e collocato in posizione non adiacente all'indicazione della gratuità del servizio.

A fronte dunque della promessa gratuità del servizio l'utente era indotto ad accedere per ottenere i vantaggi "immateriali" costituiti dalla adesione e coinvolgimento in un *social network* in seguito all'iscrizione nella piattaforma mettendo a disposizione i propri dati personali, che venivano dunque coinvolti nella profilazione a fini commerciali senza che l'utente fosse stato reso edotto in modo efficace dell'esatta portata di tale utilizzo, che poteva essere interrotto, con revoca del consenso, solo in epoca successiva (difatti, pur potendo successivamente disattivare l'utilizzo dei dati, al momento della iscrizione in piattaforma l'utente non poteva esimersi dal cedere

al professionista la mole di dati personali inseriti nel portale all'atto della registrazione e dall'autorizzarlo al loro trattamento) e a fronte di una capillare indicazione degli svantaggi che ne sarebbero conseguiti.

Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalle società in sede istruttoria, i dati conferiti permettevano la profilazione dell'utente, arricchendo in questo modo la base dati dei clienti per finalità strettamente commerciali.

11. - Vale la pena sinteticamente ricordare che il Codice del consumo, all'art. 2, comma 2, lettere c), c-bis) ed e) riconosce ai consumatori ed agli utenti, come fondamentali, i diritti "ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità", "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" e "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali".

Il successivo art. 5, comma 3, del medesimo codice, stabilisce, inoltre, che "Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore".

Per pacifica giurisprudenza, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, l'obbligo di estrema chiarezza gravante sul professionista deve essere da costui assolto sin dal primo contatto, attraverso il quale debbono essere messi a disposizione del consumatore gli elementi essenziali per un'immediata percezione della offerta pubblicizzata (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019 n. 6984, 15 luglio 2019 n. 4976 e 23 maggio 2019 n. 3347).

Nel caso di specie, come correttamente rilevato sia dall'Autorità, sia dal giudice di prime cure, il descritto obbligo di chiarezza non risulta rispettato, atteso che le informazioni rese all'utente al primo contatto, lungi dal contenere gli elementi essenziali per comprendere le condizioni e i limiti delle conseguenze che, a fronte della gratuità dei servizi offerti, deriveranno dalla profilazione in termini di indefinibilità dei soggetti che utilizzeranno i dati personali messi a disposizione e del tipo di utilizzo commerciale connesso, lasciano supporre che sia possibile ottenere immediatamente e facilmente, ma soprattutto "gratuitamente" (e per tutto il periodo in cui l'utente manterrà l'iscrizione in piattaforma), il vantaggio collegato dal ricevimento dei servizi tipici di un *social network* senza oneri economici, omettendo di comunicare che, invece, ciò avverrà (e si manterrà) solo se (e fino a quando) i dati saranno resi disponibili a soggetti commerciali non definibili anticipatamente ed operanti in settori anch'essi non pre-indicati per finalità di uso commerciale e di diffusione pubblicitaria.

Tanto basta a integrare gli estremi della pratica ingannevole, in quanto nel contesto del messaggio iniziale non si dà adeguato risalto alle suindicate conseguenze.

Tutto quanto sopra si è illustrato, in fatto ed in diritto, milita nel senso di escludere la fondatezza dei motivi di appello dedotti dalla società appellante con riferimento alla sezione del provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità riferibile alla Pratica a).

12. - Ciò vale anche per le censure riferite all'entità della sanzione inflitta nella specie.

Sostiene l'appellante che il provvedimento sanzionatorio viola il principio di proporzionalità quanto all'obbligo di pubblicazione della dichiarazione rettificativa e alle misure imposte per superare la pretesa condotta illecita. Nello stesso tempo FB Irl. lamenta che la sentenza cui oggetto di appello ha erroneamente ritenuto proporzionata l'entità delle sanzioni inflitte, ivi compresi l'obbligo imposto di pubblicare la dichiarazione rettificativa e quello di porre fine alle presunte infrazioni. Infatti l'obbligo di pubblicare una dichiarazione come quella dal contenuto imposto dettagliatamente dall'Autorità finirebbe con l'incrinare significativamente il rapporto di fiducia tra FB e gli utenti, insinuando in questi ultimi il dubbio di un loro complessivo (e occulto) sfruttamento. Ne deriva che la dichiarazione, così come viene richiesto di fare, non solo finisce con il costituire una ulteriore gravosa sanzione, oltre a quella pecuniaria, che, impedendo l'Autorità a FB anche solo di introdurre formule attenuative, si trasforma in un pregiudizio per la società dai contenuti indefiniti e indeterminati e quindi ne manifesta non solo la sproporzione ma anche la irragionevolezza.

In linea generale, i parametri di riferimento individuati dall'art. 11 l. 24 novembre 1981, n. 689, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, d.lgs. 206/2005, sono: la gravità della violazione, l'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente nonché le condizioni economiche dell'impresa stessa, ovvero la dimensione economica del professionista (al duplice fine di garantire l'adeguatezza e la proporzionalità della sanzione e di apprezzare compiutamente la valenza potenzialmente lesiva della condotta per i consumatori).

Avuto riguardo poi alla cornice edittale l'art. 27, comma 9, del Codice del consumo, prevede che: "con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone, inoltre, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione".

Nel caso di specie, se per un verso risulta assente qualsiasi elemento di travisamento o manifesta irrazionalità, in merito al corretto utilizzo dei parametri normativi, per un altro verso le sanzioni ingiunte appaiono proporzionate.

A quest'ultimo riguardo va evidenziato il fatto che la misura applicata, sia sotto il profilo della sanzione pecuniaria sia con riguardo all'obbligo di pubblicazione

dell'avviso all'utenza e al contenuto dello stesso, in grado di poter tentare di riequilibrare un contesto disinformativo protratto per più anni e che ha raggiunto un numero decisamente importante di persone, appare del tutto proporzionata e non viziata negli invocati termini di eccesso, non tanto e non solo rispetto al fatturato delle società coinvolte quanto, in termini preminenti e dirimenti, alla gravità della condotta contestata in relazione ad un oggetto di primaria rilevanza per il consumatore quel è la diffusione di dati personali ad uso commerciale e l'incertezza di chi e in quale modo faccia uso di tali dati a fini commerciali.

Gli importi appaiono altresì congruenti alla luce dei parametri di quantificazione individuati: nella gravità della violazione, tenuto conto dell'ampia diffusione dei messaggi e della elevata capacità di raggiungere un numero elevato di utenti nonché della rilevanza della garanzia a tutela del consumatore; nell'importanza del professionista, trattandosi di società che gestiscono un diffusissimo *social network*; nella pluralità dei profili di ambiguità rilevati; nell'ampia diffusione dei messaggi contestati, peraltro tramite *internet*.

Nei punti da 75 a 79 del provvedimento sanzionatorio, sono raccolte le puntuali motivazioni sopra illustrate, con riferimento all'entità della sanzione pecuniaria, che costituiscono il valido presupposto per l'imposizione dell'onere di pubblicazione della comunicazione all'utenza.

Testualmente:

- "75. Per quanto riguarda la prima pratica contestata, con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, della particolare natura del profilo di scorrettezza, caratterizzato da rilevanti carenze informative sul trattamento dei dati degli utenti, che costituiscono patrimonio di rilevante valore economico per gli stessi.";

- "76. Si considera, altresì, la rilevanza del Professionista, un operatore, di elevata notorietà, leader del settore globale e italiano di riferimento, per fatturato (33,9 miliardi di euro di fatturato mondiale) e numero utenti (31 milioni in Italia).";

- "77. Rileva, inoltre, ai fini della gravità, il grado di diffusione della pratica, che è estesa, tramite *internet*, a tutto il territorio nazionale.";

- "78. La gravità discende, infine, dalla peculiarità del contesto di riferimento in quanto innovativo e implicante l'acquisizione, scambio e utilizzo di informazioni personali rilevanti alle quali è attribuito un ingente valore economico.";

- "79. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti si evince che la pratica commerciale oggetto del presente procedimento è stata posta in essere almeno dal maggio 2008 e risulta, ad oggi, ancora in corso.".

Va poi sottolineato come la sanzione pecuniaria è solo apparentemente irrogata nell'entità massima prevista dalla norma, atteso che l'importo è inflitto in solido tra le due società, sicché, nella sostanza, la sanzione in-

dicata nel provvedimento pesa in modo dimezzato per ciascuna società.

Risulta poi giustificata e proporzionata la misura accessoria ai sensi dell'art. 27, comma 8 del Codice del consumo, secondo cui, con il provvedimento che irroga la sanzione pecuniaria, "può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti". Tenuto conto che i messaggi ingannevoli sono stati diffusi per un lungo periodo, la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa si imponeva al fine di impedire che il messaggio ritenuto ingannevole o illecito continuasse a produrre i suoi effetti confusori.

La proporzionalità del contenuto del messaggio, per come indicato dall'Autorità, lungi dall'impedire di divulgare la proposizione di ricorsi o l'attivazione di altri strumenti di tutela anche giudiziale della posizione delle due società dinanzi alle contestazioni espresse dall'Autorità, appare al Collegio congruo e proporzionato in ragione della gravità della diffusione dei messaggi ingannevoli. Peraltro la valutazione del contenuto del messaggio, che assume un ruolo di riequilibrio informativo nel rapporto tra Professionista e utente, inquinato dalla condotta sanzionata, tale da raggiungere anche chi ancora non ha intrapreso attività con il predetto Professionista, è lasciata alla discrezionalità dell'Autorità, sicché al giudice amministrativo non resta altro se non la verifica della non illogicità o irragionevolezza della scelta operata dall'Autorità che, nella specie, come sopra si è anticipato, non pare al Collegio sussistere.

Complessivamente, dunque, in ragione dell'analitico scrutinio sopra rappresentato, i motivi di appello dedotti da FB Irl. non si prestano ad essere accolti e l'appello da detta società proposto va respinto.

13. - Il Collegio deve ora farsi carico dell'appello proposto dall'Antitrust (con il ricorso n. R.g. 1996/2020) con il quale l'Autorità chiede il parziale annullamento della sentenza del TAR per il Lazio n. 260/2020 nella parte in cui ha ritenuto il provvedimento sanzionatorio, n. 27432 adottato dall'AGCM in data 29 novembre 2018, illegittimo laddove ha qualificato come "aggressivo" il comportamento messo in campo nella specie da FB Inc. e da FB Ireland e definito come Pratica b).

Detto comportamento si compendia nella operazione di trasmissione dei dati degli utenti registrati a Facebook dalla Piattaforma (sito "web/app") del social network ai siti web/app di terzi.

Nello specifico l'Autorità al punto 63 del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado ha descritto il comportamento nel senso che la Piattaforma era "(...) automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB,

residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out". Inoltre, sempre nel predetto provvedimento sanzionatorio, l'Autorità ha specificato che l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le conseguenze per lui penalizzanti, sia nella fruizione del social network, sia nella accessibilità e utilizzo dei siti web e app di terzi, sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario.

Il primo giudice ha accolto le censure sul punto dedotte dalle due società con il ricorso di primo grado (nello specifico il nono motivo), segnalando come, nella realtà e per quanto era stato comprovato nel corso dell'istruttoria dalle due società (documento n. 5 allegato al ricorso), "al fine di realizzare l'integrazione, è necessario compiere numerosi passaggi, che si concludono solo quando, una volta raggiunta tramite il login di Facebook la "app" di terzi, l'utente decide di procedere alla sua installazione" (così, testualmente, a pag. 18 della sentenza qui oggetto di appello). In effetti, analizzando la documentazione prodotta dalle due società e comparandone i contenuti con la motivazione sul punto espressa nel provvedimento sanzionatorio impugnato, emerge che, a differenza di quanto viene sostenuto ancora in grado di appello dall'Autorità, non si presenta verosimile che l'esistenza di una "pre-attivazione" della piattaforma, in ragione di un meccanismo di "opt-in" preimpostato, impedirebbe all'utente di comprendere la modalità e finalità di utilizzo, sia da parte dei terzi che da parte di Facebook, dei dati raccolti a seguito dell'integrazione tra piattaforme.

14. - In punto di diritto al Collegio pare opportuno chiarire, in via generale, quanto segue.

Come si è già avuto modo di anticipare (e come è stato ribadito dalla Sezione in molte occasioni, cfr., tra le ultime, Cons. Stato Sez. VI, 14 aprile 2020 n. 2414), l'espressione "pratiche commerciali scorrette" designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 d.lgs. 206/2005 (recante il Codice del consumo, in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE). La finalità perseguita dalla direttiva europea consiste nel garantire, come si desume dal "considerando 23", un elevato livello comune di tutela dei consumatori, procedendo ad un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale, nei confronti dei consumatori.

Scopo della normativa è quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. Il fondamento dell'intervento è duplice: da un lato, esso si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena "bilateralità", dall'altro, in termini analisi

economica, la trasparenza del mercato è idonea ad innescare un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici inefficienti. Le politiche di tutela della concorrenza e del consumatore sono sinergicamente orientate a promuovere il benessere dell'intero sistema economico.

Per "pratiche commerciali" - assoggettate al titolo III della parte II del Codice del consumo - si intendono tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente "correlati" alla "promozione, vendita o fornitura" di beni o servizi a consumatori, e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione dei rapporti contrattuali.

Quanto ai criteri in applicazione dei quali deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno "scorretta", il comma 2 dell'art. 20 del Codice del consumo stabilisce in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se "è contraria alla diligenza professionale" ed "è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

Nella trama normativa, tale definizione generale di pratica scorretta si scompone in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli (di cui agli artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli artt. 24 e 25). Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. liste nere) da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni speciali di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22-bis), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla "diligenza professionale" nonché dalla sua concreta attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore".

Fermo quanto sopra, al fine di stabilire la tipologia di condotta scorretta ascrivibile al comportamento del Professionista occorre;

- prima stabilire se la condotta contestata possa essere inquadrata all'interno delle "liste nere" (di cui agli articoli 23 e 26): in caso di risposta positiva, la pratica dovrà qualificarsi scorretta senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla "diligenza professionale" e la sua concreta attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore";

- qualora la pratica non sia ricompresa in nessuna delle due fattispecie presuntive, accertare se ricorrono gli estremi della pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22) oppure aggressiva (artt. 24 e 25): in tal caso, la verifica di ingannevolezza ed aggressività integra di per sé la contrarietà alla "diligenza professionale";

15. - Tenuto conto di quanto sopra, va puntualizzato che è lo stesso Codice del consumo a precisare i limiti

della pratica commerciale "aggressiva". Infatti, nel definirla all'art. 24, il d.lgs. 206/2005 evidenzia come tale sia quella pratica che "tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limitata o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

È così il testo di legge ad introdurre il profilo della ponderazione concreta delle "caratteristiche e circostanze del caso" quale metro ineludibile nella valutazione dei comportamenti. Il che appare estremamente rilevante nella vicenda qui in esame, tenuto conto che la pratica ingannevole più sopra rappresentata (e ritenuta sussistente) ha ad oggetto ugualmente la coercizione degli intendimenti dell'utente, attirandolo nel circuito apparentemente virtuoso e conveniente della gratuità dell'accesso ai servizi, per poi celare le modalità di utilizzo dei dati immessi in piattaforma dall'utente teso ai fini commerciali. Tuttavia 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.

Come ha correttamente riferito il giudice di primo grado, la "pre-attivazione" della piattaforma Facebook (vale a dire la "preselezione" delle opzioni a disposizioni) non solo non comporta alcuna trasmissione di dati in modo diretto ed immediato dalla piattaforma di FB a quella di soggetti terzi, ma è seguita da una ulteriore serie di passaggi necessitati, in cui l'utente è chiamato a decidere se e quali dei suoi dati intende condividere al fine di consentire l'integrazione tra le piattaforme. Ne deriva che quanto contenuto nel provvedimento sanzionatorio impugnato a conferma, secondo l'Autorità, dell'aggressività della condotta, in quanto la piattaforma di Facebook era "automaticamente attivata con validità autorizzativa generale", risulta essere contraddittorio con quanto la stessa Autorità ha ritenuto di indicare al punto 66 del ridetto provvedimento sanzionatorio, nella parte in cui specifica che "In base a quanto rappresentato dalla stessa FB quando la Piattaforma è "disattiva", l'utente che tenti di collegare il proprio account con un servizio offerto da terzi, avrà, infatti, sempre e comunque, la possibilità di effettuare l'integrazione/scambio attivando la Piattaforma in questione".

Orbene, l'aver tenuto in considerazione l'Autorità quanto dichiarato da FB, senza contestarne le affermazioni, ma anzi riproducendole nella parte motiva del provvedimento, costituisce una operazione di contradd-

dittorietà degli esiti dell'istruttoria svolta dalla medesima Autorità, avendo quest'ultima, nella sostanza, preso pubblicamente atto che il professionista abbia dimostrato, durante il procedimento, "che la piattaforma non rappresenta un mezzo attraverso cui gli utenti forniscono il consenso al trasferimento dei dati, dal momento che ciò avviene in un momento successivo, su base granulare per ogni singola "app/site web" (così, testualmente, a pag. 18 della sentenza qui oggetto di appello).

Il che rende indimostrabile quanto affermato dall'Autorità in conclusione del punto 66 del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado, nella parte in cui conclude nel senso che "(...) il meccanismo in uso della preattivazione della Piattaforma non garantisce, per le ragioni sopra esposte, una scelta libera e consapevole da parte dell'utente".

Conseguentemente anche l'appello proposto dall'Autorità non merita accoglimento.

16. - La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015 n. 5 nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n.

3176), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

17. - In ragione di tutto quanto si è sopra esposto gli appelli, per come riuniti, debbono essere entrambi respinti, non trovando fondatezza i motivi dedotti in entrambi i mezzi di gravame proposti, con conseguente conferma della sentenza di primo grado e del parziale accoglimento, nei limiti espressi in detta sentenza, del ricorso di primo grado.

Le spese del grado di giudizio possono compensarsi tra tutte le parti in lite, con riferimento agli appelli riuniti, sussistendo i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c. per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., stante la peculiarità e la complessità, sia in punto di fatto che di diritto, delle questioni oggetto di contenzioso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sexta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe indicati:

- 1) dispone la riunione del ricorso in grado di appello n. R.g. 1996/2020 al ricorso in grado di appello n. R.g. 1825/2020;
- 2) li respinge entrambi e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020 n. 260 con la quale è stato parzialmente accolto il ricorso (n. R.g. 15275/2018) proposto in primo grado;
- 3) spese del grado di appello per entrambi i giudizi riuniti compensate.

IL COMMENTO

di Guido Scorza

Sommario: 1. Il procedimento all'origine della Sentenza del Consiglio di Stato. - 2. L'oggetto del presente commento. - 3. Il dubbio che si confonda l'interesse economico sotteso al contratto con la sua natura onerosa. - 4. Il rapporto tra Facebook e gli utenti come negozio giuridico gratuito atipico.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha posto fine al contenzioso tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il noto social network Facebook. La sentenza, nel confermare che integra una pratica ingannevole la condotta di Facebook di non informare adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta e utilizzo per finalità commerciali dei dati che egli cede, rendendolo edotto della sola gratuità del servizio così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, contiene in realtà un'enorme varietà di questioni giuridiche: dalla commerciabilità dei dati personali all'applicabilità della disciplina consumeristica a fattispecie rientranti nella disciplina in materia di protezione dei dati personali sino al riparto di competenze tra Autorità.

Di queste tematiche, l'articolo approfondisce quella della qualificabilità del contratto in essere tra Facebook e i propri utenti come gratuito e, più in generale, della sostenibilità della tesi secondo la quale i dati personali rappresenterebbero un corrispettivo o controprestazione per la fruizione di un servizio digitale.

In tal senso, non può non rilevarsi che: una cosa è sostenere che i dati personali, nell'economia di un contratto, costituiscano il corrispettivo di un servizio e altra è sostenere che pur in assenza di tale corrispettività, l'accesso ai dati personali degli utenti sia il motivo o l'interesse economico che determina il fornitore a offrire gratuitamente il servizio senza effettivamente esigere un corrispettivo.

Pertanto, parlare di "patrimonializzazione" dei dati personali e di utilizzo, da parte del professionista, degli stessi con un intento commerciale non significa necessariamente che l'utente paghi il servizio con i propri dati personali o, se si preferisce, che i dati personali siano contro-prestazione del servizio offerto all'utente.

Infatti, se da una parte il nodo della questione - Facebook non è gratis perché gli utenti pagano con i loro dati o Facebook non è gratis perché la società sfrutta commercialmente i dati degli utenti - non viene, a ben vedere, sciolto neppure dal Consiglio di Stato, dall'altra non si può facilmente concludere che siccome i dati vengono sfruttati per finalità commerciali allora siano corrispettivo dei servizi offerti, né che il rapporto tra Facebook e gli utenti non possa, così come ritenuto nella Sentenza in commento, essere definito gratuito.

The judgment of the Italian Highest Administrative Court (Consiglio di Stato) of the 29 March 2021 n. 2631 confirmed that Facebook's conduct of not adequately and immediately informing the user, during the account activation phase, of the collection and use of his data for commercial purposes integrates a deceptive practice.

This article explores the possibility of the qualification of the contract in place between Facebook and its users as "free of charge" and, more generally, the sustainability of the thesis according to which personal data would represent a counter-performance for the use of a digital service.

Indeed, the collection and processing of personal data for commercial purpose does not necessarily mean that the user pays for the service with their personal data or that the personal data are counter-performance of the service. In fact, if on the one hand not even the Court faced the questions of the use of personal data as a money, on the other hand it cannot be easily concluded that because of the data are exploited for commercial purposes then they are a counter-performance for the services offered, nor that the relationship between Facebook and users cannot be defined as free.

1. Il procedimento all'origine della Sentenza del Consiglio di Stato

Il provvedimento dell'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato all'origine della Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sez. I del 10 gennaio 2020, n. 260(1) oggetto della Sentenza del Consiglio di Stato qui in commento concerne due distinte pratiche, poste in essere da Facebook aventi ad oggetto la raccolta, lo scambio con terzi e l'utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti-consumatori, incluse le informazioni sui loro interessi on line.

In particolare, le due pratiche commerciali ritenute scorrette dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato con il suo provvedimento n. 27432 adottato il 29 novembre 2018(2), per come contestate a Facebook sono le seguenti:

«Pratica a)

4. Nella fase di prima registrazione dell'utente nella Piattaforma FB (sito web e app), il Professionista ha adottato un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla propria attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti.

(1) In questa *Rivista*, 2020, 521, con nota di BRAVO, *La «compravendita» di dati personali?*

Disponibile su giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&sche-ma=tar_rm&nrg=201815275&nomeFile=202000260_01.html&sub-Dir=Provvedimenti.

(2) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, PS11112 - Uso dei dati degli utenti a fini commerciali: sanzioni per 10 milioni di euro a Facebook, Comunicato stampa del 7 dicembre 2018: www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/Usodeidatidegliutentiafinicommercialisanzioni-per-10milioni-di-euro-a-Facebook. Il provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018 è disponibile al link: www.agcm.it/docmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf.

Pratica b)

5. Il Professionista applica, in relazione ai propri utenti registrati, un meccanismo che, tramite i diversi passaggi in cui si articola, comporta la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito web/app) del social network ai siti web/app di terzi e viceversa, senza preventivo consenso espresso dell'interessato, per l'uso degli stessi a fini di profilazione e commerciali. L'opzione a disposizione dell'utente di autorizzare o meno tale modalità risulta, infatti, preimpostata sul consenso all'integrazione tecnica tra FB e i siti web/app di terzi (c.d. "attivazione della Piattaforma") che comporta, in via predefinita, anche una generica predisposizione alla trasmissione reciproca (FB/terzi) dei dati degli utenti FB, con mera facoltà di opt-out. Peraltro, FB prospetta, in conseguenza della disattivazione della su citata integrazione, conseguenze penalizzanti per l'utente, sia nella fruizione di FB, sia nella accessibilità e utilizzo di siti web e app di terzi»(3).

In parziale accoglimento del ricorso proposto da Facebook, i Giudici amministrativi, con la richiamata decisione, hanno confermato la legittimità della decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in relazione alla prima delle due pratiche commerciali e ne hanno dichiarata l'illegittimità in relazione alla seconda.

Avverso la Sentenza del TAR Lazio hanno proposto ricorso dinanzi al Consiglio di Stato sia Facebook che l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato chiedendo rispettivamente la prima la cassazione della decisione nella parte in cui ha confermato la legittimità

(3) AGCM, Provvedimento n. 27432/2018, §3 ss.

del provvedimento della seconda in relazione alla pratica commerciale sub (a) e quest'ultima la cassazione nella parte in cui ha dichiarato l'illegittimità della propria decisione in relazione alla pratica commerciale sub (b). Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha respinto entrambi i ricorsi, confermando, per l'effetto, la decisione del Tribunale Amministrativo del Lazio.

2. L'oggetto del presente commento

La vicenda processuale all'origine della Sentenza in commento e tale Sentenza sottendono una pluralità di questioni giuridiche tutte egualmente stimolanti e complesse e di straordinaria attualità e, anzi, per taluni aspetti prospettiche.

Le contrapposte tesi difensive, così come le decisioni dei Giudici, infatti, spaziano dalla questione della commerciabilità dei dati personali (4) e, in particolare, della possibile cedibilità dei dati quale corrispettivo di un servizio (5), a quella dell'applicabilità della disciplina consumeristica a fattispecie largamente disciplinate dalla disciplina europea e nazionale in materia di protezione dei dati personali sino a quella del rapporto esistente tra la giurisdizione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e la giurisdizione del Garante per la protezione dei dati personali o, ancor più in generale, delle Autorità di protezione dei dati personali europee in relazione a fattispecie quali quella oggetto del provvedimento originariamente adottato dall'Autorità Antitrust nei confronti di Facebook.

Tale enorme varietà di questioni giuridiche in uno con la loro complessità e centralità nel governo, in particolare, dell'ecosistema digitale (6) destinato a essere sempre più caratterizzato da una convergenza e sovrapposizione di ambiti di tutela, protezione e azione tra disciplina dei dati personali e una pluralità di altre discipline tra le

quali, appunto, quella consumeristica (7), suggerisce, in questa sede, di concentrare l'attenzione su un unico profilo rinviando a diversa e ulteriore occasione l'approfondimento dei restanti, pure egualmente importanti.

Il profilo che nelle pagine che seguono si è scelto di approfondire è quello della qualificabilità del contratto (8) in essere tra Facebook - e, evidentemente, gli altri social network e servizi basati su di un analogo modello di business - e i propri utenti come gratuito e, più in generale, della sostenibilità della tesi - che parrebbe dover essere sottesa alla qualificazione del contratto in questione come "a titolo oneroso" (9) - secondo la quale i dati personali rappresenterebbero, nell'ambito di tale genere di rapporti, un bene giuridico economico (10) suscettibile di essere utilizzato quale corrispettivo o controprestazione per la fruizione di un servizio digitale (11). In questa prospettiva il presente commento si concentrerà esclusivamente sulla prima delle due pratiche commerciali oggetto del procedimento - quella consistita nell'aver presentato Facebook ai consumatori come un

(7) RHOEN, *Beyond consent: improving data protection through consumer protection law*, in *Internet Policy Review*, 2016, 1-15; BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2016, 425 ss; TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Labour & Law Issues*, 2, 2016; BASSAN, RABITTI, *I consumatori nella social economy, tra big data e fake news*, in *Astrid Rassegna*, 17, 2017; ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, cit., 682.

(8) VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contratto e impresa Europa*, 2016, 606-607.

(9) RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 414: «La caratteristica di tutti questi servizi è quella di essere forniti senza la richiesta di un corrispettivo monetario. Il che ha fatto sostenere - per lungo tempo e chiudendo gli occhi alla realtà - che si trattasse di servizi "gratuiti"».

(10) FALCE, GHIDINI, OLIVIERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017; CALIFANO, COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; MANTELEO, *La privacy all'epoca dei big data*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1181-1212. Sull'informazione quale "bene", anche in relazione alla "dematerializzazione" dei dati personali e le modalità e tempistiche di trattamento, si vedano: J. LITMAN, *Information Privacy/Information Property*, in *52 Stan. L. Rev.*, 2000, 1283; S. RODOTA, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 52 e ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, 420 e ss.; R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in G. DE NOVA (a cura di), *Dalle res alla new properties*, Franco Angeli, Milano, 1991, 37 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005, 209 e ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *op. e loc. cit.*; SORO, *Oblio, identità, memoria*, in questa *Rivista*, 1999, 3.

(11) Sul tema: Organisation for Economic Co-Operation and Development, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OEDC Digital Economy Papers No. 220, 2013; MALGIERI, CUSTERS, *Pricing privacy: the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 2017; BRAVO, *op. e loc. cit.*; e da ultimo CASSANO, PREVITI, a cura di, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020.

(4) GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transazionale dei dati personali*, in *Dir. inf. e inf.*, 2015, 909-938; MALGIERI, CUSTERS, *Pricing privacy: the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 2017; RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, e DE FRANCESCHI, *Il "pagamento" mediante dati personali. Il "pagamento" mediante dati personali*, entrambi in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2019, 131-147; D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf. e inf.*, 2020, 635-675; VIGORITO, *La "patrimonializzazione" dei dati personali a partire dalla recente controversia AGCM-Facebook*, in *<www.giustiziavivile.com>*, 4, 2020.

(5) METZGER, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *JIPITEC*, 8(2), 2017, § 24. RESTA, ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. diritto e proc. civile*, 2018, 414.

(6) STAZI, CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf. e inf.*, 2019, 443-487.

servizio gratuito – e, in particolare, nei profili di diritto sostanziale connessi alla decisione relativa a tale pratica con conseguente esclusione di quelli di carattere processuale relativi all'applicabilità o meno della disciplina consumeristica in luogo o accanto a quella di protezione dei dati personali⁽¹²⁾ e di quelli relativi alla sussistenza o insussistenza della giurisdizione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la giurisdizione del Garante per la protezione dei dati personali e delle altre Autorità di protezione dei dati personali europee o una giurisdizione concorrente delle Autorità di tutela e protezione di mercati e consumatori e di dati personali. Si tratta, tuttavia, di una scelta squisitamente editoriale giacché le predette questioni che si lasciano al di fuori del perimetro del presente parere non sono meno rilevanti e sono, anzi, destinate a avere un crescente rilievo nella valutazione di una serie sempre più ampia di fattispecie che si consumano, in particolare, nell'ecosistema digitale e che approdano poi dinanzi all'Autorità Garante della concorrenza del mercato e/o dinanzi al Garante per la protezione dei dati personali.

E non vi è, anzi, dubbio alcuno che la soluzione delle richiamate questioni di metodo, rito e processo è, probabilmente, ormai, divenuta più urgente della questione di merito che qui si è scelto di affrontare.

Basti pensare alla centralità di tale questione nell'economia delle due proposte di Regolamenti europei, noti, rispettivamente, come Digital Service Act e Digital Market Act i cui iter normativi sono appena stati avviati dinanzi alle competenti Istituzioni dell'Unione europea⁽¹³⁾ o al recente provvedimento, adottato nei mesi scorsi, dalla stessa Autorità Garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle società Telepass S.p.a. e Telepass Broker S.p.A.⁽¹⁴⁾

L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, in particolare, con tale provvedimento⁽¹⁵⁾, ha accertato che le due società hanno condiviso le informazioni sui propri utenti con compagnie e intermediari di assicurazione - con cui hanno concluso contratti di distribuzione di polizze - senza averli adeguatamente informati

(12) VAN EIJK, HOOFNAGLE, KANNEKENS, *Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection*, in *European Data Protection Law Review*, 2017, 325-337; GOANTA, MULDER, *Move Fast and Break Things: Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 8, 2019, 136-146.

(13) European Commission, *The Digital Services Act package*, 26 april 2021: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>>.

(14) AGCM, PS11710 - 2 milioni di sanzione a società del gruppo Telepass per una pratica commerciale scorretta, *Comunicato stampa*, 18 marzo 2021, <www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/3/PS11710>.

(15) AGCM, Provvedimento n. 11719 del 9 marzo 2021, disponibile al link: <www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11710%20Telepass%20chiusura.pdf>.

sulla raccolta e sul modo di utilizzo dei loro dati, anche a fini commerciali e che l'informazione fornita in sede di presentazione del servizio si limitava a enfatizzare la semplicità, la velocità e la convenienza economica della procedura, ma non che i dati venivano utilizzati da Telepass per finalità commerciali diverse rispetto a quelle per cui erano raccolti, ossia la fornitura del preventivo. Inoltre, i clienti Telepass, secondo la stessa Autorità, non hanno ricevuto una chiara informativa sull'effettiva rappresentatività dei soggetti fornitori delle polizze, in quanto le società si erano limitate a riportare sull'app e sul sito i loghi dei partner, senza specificare che alcuni di essi erano meri intermediari che agivano come agenti mandatarî di compagnie non individuate.

Secondo l'Autorità, infine, le Società non avevano neppure fornito informazioni sui criteri e sui parametri seguiti per la selezione del preventivo proposto, necessari invece per una scelta consapevole da parte dei consumatori.

Nella sostanza, dunque, la pratica commerciale contestata dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato alle due società del Gruppo Telepass sarebbe consistita nell'illiceità di una condotta integralmente regolamentata dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali e, forse, persino, in una condotta che pur legittima alla stregua della predetta disciplina sarebbe da considerarsi illegittima alla stregua della disciplina di matrice consumeristica.

Si tratta, evidentemente, di vicenda nella quale le questioni sottese pure a quella all'origine della Sentenza in commento – ma che qui si sceglie di non affrontare – risultano di straordinaria centralità.

3. Il dubbio che si confonda l'interesse economico sotteso al contratto con la sua natura onerosa

Come si è anticipato l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel provvedimento all'origine della Sentenza in commento contesta a Facebook due distinte pratiche commerciali scorrette così riassunte dai Giudici del Consiglio di Stato:

« la “Pratica a) -pratica ingannevole” consisteva nelle “violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del consumo, in quanto il professionista non informerebbe adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che egli cede, rendendolo edotto della sola gratuità della fruizione del servizio, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione al social network e permanenza nel medesimo);

« la “Pratica b)-pratica aggressiva)” si riferiva alla “violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo, in

quanto il professionista eserciterebbe un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali, in cambio dell'utilizzo di FB, verrebbero costretti a consentire a FB/terzi la raccolta e l'utilizzo, per finalità informative e/o commerciali, dei dati che li riguardano (informazioni del proprio profilo FB, quelle derivanti dall'uso di FB e dalle proprie esperienze su siti e app di terzi), in modo inconsapevole e automatico, tramite un sistema di preselezione del consenso alla cessione e utilizzo dei dati, risultando indotti a mantenere attivo il trasferimento e l'uso dei propri dati da/a terzi operatori, per evitare di subire limitazioni nell'utilizzo del servizio, conseguenti alla deselezionazione».

La seconda delle due contestazioni è stata ritenuta illegittima dai Giudici di primo grado con decisione, peraltro, confermata nella Sentenza in commento e, quindi, qui si discute solo della prima.

La formulazione di tale contestazione – tanto nella versione originaria presente nel provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato quanto nel riassunto proposto dal Consiglio di Stato, appena richiamato – tuttavia, non consente di comprendere se nella prospettazione accusatoria la pubblicizzata gratuità del servizio contrasterebbe con la circostanza che, nella realtà, Facebook sfrutterebbe commercialmente i dati raccolti dagli utenti traendone un vantaggio economico o con la circostanza che la raccolta da parte di Facebook dei dati personali degli utenti costituirebbe un corrispettivo del servizio offerto che, pertanto, non potrebbe essere qualificato come gratuito essendo oneroso.

Mentre infatti nella seconda delle due contestazioni il riferimento all'ottenimento da parte di Facebook di un'utilità "in cambio" della fornitura del servizio è esplicitato, nella prima no e, anzi, vi è un riferimento all'attività autonomamente svolta da Facebook che non sembra facilmente assumibile sotto lo schema della corrispettività.

L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato cosa contesta esattamente a Facebook?

Contrabbandare per gratuito un contratto con un corrispettivo nascosto come spesso accade o dare a intendere di offrire un servizio per un atto di liberalità mentre lo offre in vista del perseguimento di un proprio vantaggio economico?

La prima e la seconda delle due prospettazioni, in termini divulgativi, possono essere riassunti nell'ormai celeberrima massima secondo la quale "se è gratis, il prezzo sei tu" (16) ma, in termini tecnico-giuridici la differenza non è di poco conto.

(16) Si fa riferimento a quella che è stata definita "trappola del dono" (o "Internet cost trap"). Sul tema: LANIER, *You Are Not a Gadget: a Manifesto*, Penguin, 2011

Una cosa è sostenere che i dati personali, nell'economia di un contratto, costituiscano il corrispettivo di un servizio e altra cosa è sostenere che pur in assenza di tale corrispettività, l'accesso ai dati personali – o, anche l'accesso ai dati personali – degli utenti sia il motivo o l'interesse economico che determina il fornitore del servizio a offrire gratuitamente il servizio senza effettivamente esigere un corrispettivo.

E il dubbio a leggere la Sentenza del Consiglio di Stato sembra legittimo.

Facebook interpreta, forse sbagliando, la contestazione della quale è destinataria come se l'Autorità le rimproverasse di farsi pagare il servizio che pubblicizza come gratuito con i dati personali degli utenti e, infatti, davanti ai supremi giudici amministrativi si difende sostenendo che i dati personali non possono in nessun caso rappresentare corrispettivo di un servizio (17):

«In particolare, nel caso di specie, non si assiste ad alcuna operazione di acquisto di un prodotto a fronte del pagamento di un prezzo da parte dell'utente di FB e quindi non si assiste a nessun coinvolgimento economico che possa ricondurre la questione nell'ambito del diritto consumeristico. In sostanza, ad avviso dell'appellante [ndr Facebook], "senza necessità di pagare un prezzo, non vi è nemmeno spazio per ipotizzare una pratica commerciale, né, ovviamente, si può ritenere l'affermazione della gratuità scorretta ed ingannevole (...) Quindi, nel contesto di una attività genuinamente gratuita quale è il servizio FB (dove gli utenti che si registrano possono usufruire di una pluralità di servizi innovativi che consentono loro di entrare in contatto e di comu-

(17) La tesi ripresa dai legali di Facebook è quella della dottrina maggioritaria che rileva l'indisponibilità del diritto alla protezione dei dati personali quali diritto fondamentale della persona. In tal senso: ALPA, BESSONE, BONESCHI, *Il diritto all'identità personale*, Padova, 1981; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 91; MACIOCE, *Tutela della persona e identità personale*, Padova, 1984; SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990; CASSANO, *Identità personale e risarcimento del danno nel quadro dei diritti della personalità*, Napoli, 1999; RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583; MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350 ss; PATTI, *sub art. 23*, in C.M. BIANCA, D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, I, Padova, 2007, 553; ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf. e inf.*, 1993, 545 ss. Per una rassegna della giurisprudenza di legittimità sul tema si rinvia a RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *op. cit.*, 24. Sul rilievo costituzionale del diritto alla protezione dei dati personali, si veda RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, 13 ss; COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *<Federalismi.it>*, 2018, 9; FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Scherms*, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, 116.

nicare con i propri amici, famiglie e comunità senza pagare alcunché), non vi è spazio, nemmeno teorico, per ipotizzare l'esistenza di una pratica commerciale" (così, testualmente, alle pagg. 8 e 9 dell'atto di appello). Né può immaginarsi possibile, come erroneamente ha inteso rappresentare il giudice di primo grado, che gli utenti cedano i propri dati a FB quale "corrispettivo" per la fornitura del servizio né che la trasmissione di dati personali possa attenersi ad una attività economicamente valutabile, se non invece e al più, ad un mero profilo di tutela di alcuni diritti fondamentali della persona di carattere non patrimoniale. D'altronde che i dati personali non possano essere considerati alla stregua di una merce ovvero che il loro utilizzo possa costituire un mezzo di acquisto lo si evince dalla lettura del 24° considerando della direttiva 2019/770 del 20 maggio 2019 (nel quale si manifesta la volontà di "riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce" nonché dalle indicazioni espresse dal Garante europeo per la protezione dei dati (GEPD) nel parere del 14 marzo 2017 n. 4 (reso sulla proposta della suindicata direttiva) il quale, antitetivamente rispetto alla posizione assunta dalla Commissione europea, ha espresso la sua preoccupazione nei confronti della introduzione di disposizioni dalle quali potesse derivare la facoltà, per le persone, di utilizzare i "dati come controprestazione", dovendosi evitare di minare l'attento equilibrio raggiunto dal Regolamento europeo sulla privacy (c.d. GDPR) che già fissa in modo compiuto condizioni rigorose per il trattamento dei dati personali nel mercato digitale. La caratterizzazione non corrispettiva e non sinallagmatica del caso in esame è poi confermata dalla circostanza che gli utenti di FB, sono liberi di scegliere la tipologia e la quantità di dati personali che intendono caricare e condividere, così come sono liberi di cancellarli in qualsiasi momento. Del resto gli utenti di FB forniscono volontariamente i propri dati ben prima che gli stessi siano utilizzati per pubblicità, giacché, come per qualsiasi social network, è proprio la condivisione dei dati e di altri contenuti relativi alla propria vita personale lo scopo della raccolta, al netto della circostanza che, anche in ragione delle norme contenute Regolamento eurounitario 679/2016, i dati personali di ciascun individuo costituiscono un bene extra commercium, trattandosi di diritti fondamentali della persona che non possono essere venduti, scambiati o, comunque, ridotti a un mero interesse economico».

La posizione dell'Autorità Garante nel provvedimento all'origine della Sentenza in commento, sul punto, appare per la verità ambigua o, almeno, ambivalente:

«Al riguardo, le evidenze acquisite in fase istruttoria (bilanci, dichiarazioni del Professionista in sede di audizione, normativa di FB) confermano che il business model

del gruppo FB si fonda proprio sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi configurandosi, pertanto, tali dati come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale. In particolare, i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.».

La certezza sulla quale l'Autorità fonda la propria conclusione sembra infatti rappresentata dalla circostanza che il *business model* di Facebook è rappresentato dallo sfruttamento commerciale degli utenti a fini remunerativi⁽¹⁸⁾ mentre la natura di contro-prestazione⁽¹⁹⁾ dei dati personali rispetto al servizio fruito è presentata come una sorta di conseguenza obbligata: come dire che visto che Facebook vive dello sfruttamento dei dati personali degli utenti allora tali dati devono necessariamente rappresentare corrispettivo del servizio.

Si tratta, ma sul punto si tornerà più avanti più in dettaglio, di un'impostazione che evoca il tradizionale - e, ormai, superato - dualismo civilistico tra contratti a titolo oneroso e contratti o atti dettati da spirito di liberalità⁽²⁰⁾, mentre, oggi, il mercato suggerisce la pacifica esistenza di contratti nei quali una delle parti eroga una prestazione pur in assenza di un corrispettivo e di qualsivoglia spirito di liberalità e filantropico in vista del perseguimento di un interesse economico che, tuttavia, resta estraneo alla fattispecie negoziale pur trovando in essa un suo presupposto.

L'impostazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, peraltro, sembra essere seguita anche dai

(18) Sul tema: Commissione europea, *Orientamenti per l'attuazione/applikazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016, 28. Con riferimento al valore dei dati personali nel contesto della raccolta e trattamento dei *big data* si rileva che il è stato oggetto di un'indagine conoscitiva congiunta condotta dal Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, iniziata il 30 maggio 2017 e confluita nel report: *Big data. Indagine conoscitiva congiunta. Linee guida e raccomandazioni di policy*, luglio 2019. Si vedano anche i report del Consumers' Forum (in collaborazione con l'Università degli Studi Roma Tre), *Consumerism 2018. Il cittadino nell'era dell'algoritmo*, 2018: <www.consumersforum.it/files/eventi/2018/Consumerism_2018_def.zip> ; ITMedia (in collaborazione con l'Università Bocconi), *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Roma, Gennaio 2018: <www.itmedia-consulting.com/it/highlights/1187-l-economia-dei-dati-tendenze-di-mercato-e-prospettive-di-policy-lo-studio-fondamentale-sui-big-data-2.html>.

(19) ELVY, *Paying for privacy and the personal data economy*, in *Columbia Law Rev.*, 2017, 1369 ss; JANECEK, MALGIERI, *Data Extra Commercium*, in LOHSE, SCHULZE, STAUDENMAYER (eds), *Data as Counter-Performance—Contract Law 2.0?*, Hart Publishing/Nomos, 2019, 4 ss.

(20) ARCERI, *Appunti in tema di liberalità e gratuità nei contratti*, in *Giur. Merito*, 2000, 513; CIPPITANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 503.

Giudici del Tribunale amministrativo che nella Sentenza di primo grado la ritengono corretta:

«in quanto: a) non è condivisibile la prospettazione di FB Irl. nella parte in cui sostiene che, nel caso di specie e nella condotta imputabile alle due società, “non sussisterebbe alcun corrispettivo patrimoniale e, quindi, un interesse economico dei consumatori da tutelare”, atteso che “gli obblighi asseritamente violati sarebbero tutti attinenti al diverso profilo del trattamento dei dati personali degli utenti, disciplinato unicamente dal “Regolamento privacy” che, in virtù del principio di specialità, assorbirebbe la condotta in questione”, tenuto conto che “Il fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network” (così, testualmente, a pag. 11 della sentenza)... nella condotta delle società ricorrenti [ndr Facebook] si evidenzia, nella specie, una evidente informazione ingannevole, perché “il “claim” utilizzato da Facebook nella pagina di registrazione per invogliare gli utenti a iscriversi (“Iscriviti E’ gratis e lo sarà per sempre”) lasciava intendere l’assenza di una controprestazione richiesta al consumatore in cambio della fruizione del servizio”, mentre, per incompletezza delle informazioni fornite, l’utente non poteva immediatamente venire a sapere che a fronte della proclamata gratuità del servizio, per come dichiarata nel surriprodotto “claim”, “il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell’utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale» (21). Ma la prospettazione del TAR sembra, sul punto, ambigua quanto quella dell’Autorità perché anche i Giudici amministrativi da una parte contestano la posizione della difesa di Facebook secondo la quale i dati personali non potrebbero essere corrispettivo del servizio ma dall’altro mettono l’accento sul «fenomeno della “patrimonializzazione” del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali» e sulla circostanza che «il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell’utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale».

Tuttavia, parlare di “fenomeno della patrimonializzazione dei dati” e di utilizzo, da parte del professionista, dei dati personali degli utenti, con un intento commerciale, non significa necessariamente – come, al contrario, sembrano ritenere anche i Giudici amministrativi di primo

grado – dire che l’utente paga il servizio con i propri dati personali o, se si preferisce, che i dati personali sono contro-prestazione del servizio offerto all’utente.

E, in effetti, il nodo della questione – Facebook non è gratis perché gli utenti pagano con i loro dati o Facebook non è gratis perché la società sfrutta commercialmente i dati degli utenti – non viene, a ben vedere, sciolto neppure dal Consiglio di Stato che, anzi, sembra intenzionalmente, voler evitare di affrontarlo: «Orbene, seppure si volesse aderire alla tesi della odierna parte appellante [ndr Facebook] secondo la quale il dato personale costituisce una *res extra commercium*, la patrimonializzazione del dato personale, che nel caso di specie avviene inconsapevolmente (ad avviso dell’Autorità nel momento in cui accusa una informazione ingannevole nell’esercizio della pratica in questione), costituisce il frutto dell’intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell’utente – a fini commerciali».

E, poi, ancora, più avanti nella stessa Sentenza in commento: «In altre parole il rimprovero rivolto al professionista consisterebbe nel non aver informato l’utente, che in questo caso si trasforma tecnicamente in “consumatore”, nel momento in cui rende disponibili i propri dati al fine di potere utilizzare gratuitamente i servizi offerti dalle società FB, prima di tale operazione, nell’ambito della quale l’utente resta convinto che il conseguimento dei vantaggi collegati con l’accesso alla piattaforma sia gratuito, non potendo quindi riconoscere ed accorgersi che a fronte del vantaggio si realizza una automatica profilazione ad uso commerciale, non chiaramente ed immediatamente indicata, all’atto del primo accesso, quale inevitabile conseguenza della messa a disposizione dei dati.»

I dati personali che gli utenti forniscono a Facebook per utilizzare il servizio sono o non sono un corrispettivo del servizio?

Neppure la lettura della Sentenza in commento consente di rispondere alla domanda.

La contestazione dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato relativa all’ingannevolezza della qualificazione del servizio come gratuito da parte di Facebook sembra, a ben vedere, ritenuta dai Giudici del Consiglio di Stato, fondata più sul fatto che, per un verso o per l’altro, Facebook trarrebbe un beneficio economico dallo sfruttamento commerciale dei dati degli utenti che sul fatto che tali dati personali rappresentino il corrispettivo del servizio.

Scrivono, infatti, i Giudici del Consiglio di Stato: «A fronte dunque della promessa di gratuità del servizio l’utente era indotto ad accedere per ottenere i vantaggi “immateriali” costituiti dalla adesione e coinvolgimento in un social network in seguito all’iscrizione nella piattaforma mettendo a disposizione i propri dati personali,

(21) Tar Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 cit.

che venivano dunque coinvolti nella profilazione a fini commerciali senza che l'utente fosse stato reso edotto in modo efficace dell'esatta portata di tale utilizzo, che poteva essere interrotto, con revoca del consenso, solo in epoca successiva (difatti, pur potendo successivamente disattivare l'utilizzo dei dati, al momento della iscrizione in piattaforma l'utente non poteva esimersi dal cedere al professionista la mole di dati personali inseriti nel portale all'atto della registrazione e dall'autorizzarlo al loro trattamento) e a fronte di una capillare indicazione degli svantaggi che ne sarebbero conseguiti. Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalle società in sede istruttoria, i dati conferiti permettevano la profilazione dell'utente, arricchendo in questo modo la base dati dei clienti per finalità strettamente commerciali».

4. Il rapporto tra Facebook e gli utenti come negozio giuridico gratuito atipico

È circostanza pacifica che Facebook non offra i servizi ai propri utenti per atto di liberalità o filantropia ma che lo faccia – così come rilevato dall'Autorità e, quindi, confermato dai Giudici amministrativi in primo e secondo grado – nell'ambito di un modello di business grazie al quale la presenza sulla propria piattaforma di miliardi di utenti che la usano per condividere miliardi di contenuti le consente di vendere agli investitori pubblicitari servizi di comunicazione commerciale che, peraltro, si caratterizzano per la capacità di raggiungere un pubblico targettizzato grazie all'enorme quantità di dati personali che gli utenti del social network condividono nell'utilizzo del servizio. Si tratta, peraltro, di tesi riconosciuta dalla stessa Facebook (22).

Ciò, tuttavia, non è sufficiente per concludere né che i dati personali degli utenti – pure inequivocabilmente sfruttati commercialmente dalla piattaforma – siano corrispettivo dei servizi offerti dalla società, né che il rapporto tra Facebook e gli utenti non possa, così come

ritenuto nella Sentenza in commento, essere definito gratuito.

Se, infatti, si assume – come dichiarato da Facebook nell'informativa somministrata ai propri utenti – che i dati personali raccolti dal fornitore del servizio by default – e salva, quindi, l'ipotesi eventuale sulla quale si torna più avanti che un utente presti un consenso al trattamento dei dati per ulteriori finalità – siano effettivamente indispensabili all'esecuzione del contratto ovvero all'utilizzo del servizio da parte degli utenti, la dazione di tali dati da parte dell'utente non sembra potersi qualificare quale controprestazione e, quindi, corrispettivo del servizio rappresentando, piuttosto, un presupposto della sua fornitura (23).

Qualora, d'altra parte, il fornitore del servizio pur dichiarando di raccogliere e trattare esclusivamente i dati personali che gli sono necessari per dare esecuzione al contratto, ne raccogliesse di ulteriori o trattasse quelli raccolti per finalità diverse, esso porrebbe in essere una condotta certamente illecita ai sensi della disciplina in materia di protezione dei dati personali (24).

Ma, anche in questo caso, probabilmente non potrebbe parlarsi della fornitura di dati personali come corrispettivo del servizio perché un corrispettivo versato inconsapevolmente non sembra poter essere qualificato quale controprestazione restando, evidentemente, estraneo all'accordo tra le parti.

Non c'è spazio per alcuna manifestazione di volontà negoziale su una prestazione occulta.

Né, d'altra parte, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato contesta a Facebook un utilizzo "occulto" dei dati personali degli utenti per finalità o su basi giuridiche altre rispetto a quelle dichiarate.

Nel *business model* che si sta indagando, tuttavia, vi è anche un terzo scenario meritevole di considerazione: quello nel quale il fornitore del servizio chiede all'utente un consenso - ex art. 6, paragrafo 1, lettera a) del Re-

(22) Che la remunerazione dei servizi derivi dal trattamento dei dati degli utenti per finalità pubblicitarie è chiarito dalla stessa Facebook nell'istruttoria condotta dall'AGCM nell'ambito del Provvedimento n. 27432 (PS11112) dove, nel corso dell'audizione svoltasi il 13 luglio 2018, ha affermato: «[L]a creazione dell'account prevede per l'utente l'indicazione facoltativa di alcuni dati personali. Sulla base di tali dati e delle informazioni raccolte in sede di navigazione sul sito medesimo, FB procede alla profilazione dell'utente a fini commerciali. Infatti, laddove una terza società chiedi a FB di raggiungere con i propri messaggi pubblicitari un target di utenti, FB utilizza la profilazione effettuata per raggiungere, in base ad un accordo commerciale, i destinatari ad essa interessati; i parametri di profilazione dell'utente risultano dalle opzioni preselezionate al fine di ricevere inserzioni sulla base dei dati che l'utente decide di mettere a disposizione in fase di registrazione e che FB acquisisce in fase di navigazione, come indicato nelle Condizioni d'uso e nella Data Policy». Per le questioni tecniche si rinvia a PELUSO, SAPORITO, *Profilazione e privacy: un confronto fra i modelli Google, Amazon e Facebook*, in questa *Rivista*, 2021, 201

(23) A tal riguardo, si veda la posizione espressa dal Garante europeo (*European Data Protection Supervisor*) per il quale la cessione di dati personali come controprestazione al servizio digitale potrebbe non corrispondere ad un interesse economico e lucrativo del fornitore del servizio bensì essere necessario per il funzionamento del servizio offerto. Pertanto, l'automatica equiparazione tra la moneta e i dati renderebbe difficile, se non impossibile, identificare i casi in cui i dati vengono forniti perché necessari per la prestazione del servizio e quando siano controprestazione per la fornitura di servizi o contenuti digitali. *European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 March 2017, 7 ss. Con riferimento al contratto quale base giuridica si rinvia a Comitato europeo per la protezione dei dati personali, *Linea guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati*, 8 ottobre 2019.

(24) D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in *Dir. inf. e inf.*, 2018, 943-987.

golamento – al trattamento dei medesimi dati personali o di ulteriori dati personali per finalità altre rispetto alla semplice esecuzione del contratto *ex art. 6, paragrafo 1, lettera b)* del Regolamento.

E tale scenario, naturalmente, corrisponde a ciò che accade quando un utente si iscrive a Facebook giacché la società gli chiede di prestare o non prestare diversi consensi per una pluralità di differenti trattamenti.

In linea di principio, in tale ipotesi, laddove l'utente presti il consenso, non sembra potersi parlare di corrispettività del consenso rispetto alla fornitura del servizio in quanto, appunto, la prestazione del consenso è solo eventuale e il servizio è destinato a essere fornito anche laddove l'utente non presti tale consenso.

Di più. È circostanza incontestabile quella secondo la quale tale consenso è sempre revocabile ma tale eventuale revoca non ha un riflesso sull'obbligo del fornitore del servizio di continuare a adempiere alle proprie obbligazioni (25).

Nessuno degli scenari sin qui presi in considerazione, tuttavia, sembra consentire *de plano* la qualificazione della fornitura di dati dall'utente al professionista in termini di controprestazione o corrispettivo giacché in nessuno di tali scenari il professionista subordina espressamente la fornitura del servizio alla raccolta di dati personali non necessari alla semplice esecuzione del servizio e "sostitutivi" di altra controprestazione in denaro.

Nessuno dei predetti scenari, d'altra parte, sembra sovrapponibile alla fattispecie pure già entrata nell'Ordinamento europeo attraverso l'articolo 3 della Direttiva (UE) 2019/770 (26) relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali secondo il quale: «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 con-

sumatore 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» (27).

E anzi è proprio la lettura di tale disposizione a confermare che non vi è corrispettività laddove i dati personali siano forniti al fornitore del servizio ai soli fini della fornitura del servizio.

Nel caso di specie sembra, dunque, da escludere che i dati personali degli utenti dei quali pure Facebook entra in possesso in occasione della fornitura dei propri servizi di comunicazione elettronica agli utenti finali e che, pure, indiscutibilmente sfrutta commercialmente possano essere considerati come corrispettivo o controprestazione dei predetti servizi.

Ma, se così è – e non sembra esservi spazio per dubitarne – i servizi offerti da Facebook agli utenti possono essere definiti gratuiti?

Come si è detto, il Consiglio di Stato, confermando, sotto tale profilo, la decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (28), sembra ritenere di no e, anzi, si è detto convinto che farlo significhi porre in essere una pratica commerciale scorretta (29) consistente nel non rappresentare correttamente ai consumatori informazioni rilevati ai fini della formazione della loro volontà negoziale.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che, a ben vedere, non convince del tutto e che sembra figlia di una dicotomia d'altri tempi tra contratti a titolo oneroso e

(25) Cfr. Comitato europeo per la protezione dei dati personali, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 4 maggio 2020. Si vedano anche MONTUORI, SIANO, *Evoluzione del concetto di consenso informato nel mondo digitale e transizione del marketing tradizionale alle attuali sfide della profilazione*, in BUSIA, LIGUORI, POLLICINO, *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016, 101-126; RUGGERI, *Sulla nozione di consenso nella nuova disciplina privacy: alcune prime considerazioni*, in <www.giustiziacivile.com>, 21 marzo 2019.

(26) Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Sul tema: CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, 499.

Tale direttiva è menzionata e commentata nel testo CASSANO, DONA, TORINO, a cura di, *Il diritto dei consumatori*. Premessa di ALPA. Milano 2021.

(27) Con riferimento alla formulazione di tale norma, può essere utile approfondire la posizione espressa, in sede di parere alla relativa proposta, dal Garante europeo (*European Data Protection Supervisor*) per il quale poiché il Regolamento definisce in modo ampio il concetto di dato personale, l'equiparazione del dato alla moneta nell'ambito della fornitura di servizi digitali finirebbe per assorbire ogni possibile transazione e offerta di servizi. EDPB, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, cit.

(28) In altri casi l'AGCM ha comunque rilevato che la circostanza che l'operatore subordini la prestazione di un servizio espressamente qualificato come "gratuito" alla possibilità di inviare messaggi pubblicitari all'utente non può considerarsi indifferente ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta e può integrare una pratica commerciale scorretta laddove suscettibile di indurre in errore il consumatore. Si vedano i provvedimenti del 20 dicembre 2001 nn. 10270, 10276, 10277, 10278, 10279. Cfr. Bollettino AGCM 51-52/2001 del 07/01/2002. Si veda anche: GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*. Nota a AGCM 11 maggio 2017, in *Dir. inf. e inf.*, 2017, 418-425.

(29) CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giu. Comm.*, 2010, 688 ss; GAMBINO, FALCE, STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011; GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in <iuscivile.it>, 2013.

atti di pura liberalità: i primi protagonisti del mercato i secondi estranei al mercato.

Ma, a ben vedere, nei mercati moderni – e, probabilmente, in modo particolare nei mercati digitali – sembra esservi ampio spazio e, anzi, forse proprio la necessità, di immaginare una terza tipologia contrattuale (30) che si ponga tra i contratti a titolo oneroso a prestazioni corrispettive e gli atti di liberalità, una categoria che si potrebbe definire di contratti a titolo gratuito atipici nei quali il soggetto che eroga la prestazione senza esigere un corrispettivo non lo fa mosso da spirito di liberalità ma per il perseguimento di un interesse economico destinato, tuttavia, a restare estraneo alla fattispecie negoziale. E, questa, forse, potrebbe essere la categoria nell'ambito della quale inquadrare il rapporto intercorrente tra Facebook e i propri utenti finali.

In effetti, esclusa per le ragioni che si sono indicate la possibilità di qualificare la dazione dagli utenti al social network dei dati personali quale corrispettivo del servizio e rilevato – come appare difficilmente contestabile – che il gestore della piattaforma nel fornire i propri servizi agli utenti finali si fa carico di una prestazione in favore di questi ultimi perseguendo un profitto eventuale, indiretto, e conseguenza della fornitura di un diverso servizio fornito a diversi soggetti – gli investitori pubblicitari – e da questi ultimi pagato sembra difficile pervenire a una diversa conclusione.

In fondo, con i distinguo del caso il modello di business di Facebook e, di conseguenza, la natura del contratto con il quale lo persegue sembra sovrapponibile a quello caratteristico dei grandi giornali online che, allo stesso modo, offrono gratuitamente agli utenti l'accesso ai loro contenuti – o a parte di essi – e anche talune forme di interazione come, per esempio, la possibilità di commentare o condividere i contenuti senza richiedere a questi ultimi alcun corrispettivo economico ma, ovviamente, per finalità altre rispetto alla liberalità o alla filantropia.

Nello specifico, infatti, gli editori scommettono sulla circostanza che il traffico generato dagli utenti sulle loro pagine consentirà loro di vendere spazi pubblicitari agli investitori e, proprio come nel caso di Facebook, anche sulla circostanza che la più parte degli utenti accorderà loro il consenso all'utilizzo dei cookie per finalità pubblicitarie, consenso richiesto con modalità – nella più parte dei casi perfettamente legittime sotto il profilo della disciplina sulla protezione dei dati personali – semplificate e tali da far sì che i lettori, salvo eccezioni, accordino tale consenso.

E, ovviamente, anche nel caso degli editori, non è possibile qualificare l'eventuale consenso prestato dagli utenti all'installazione dei cookie per finalità di profilazione commerciale quale contro-prestazione del servizio loro offerto in ragione dell'eventualità della prestazione di tale consenso e della circostanza che la disponibilità a erogare il proprio servizio resta invariata anche laddove i lettori non prestino tale consenso o, dopo averlo prestato, lo revochino.

E, anzi, qualora l'editore subordinasse l'accesso al lettore alle sue pagine alla necessaria manifestazione di volontà positiva del lettore all'installazione dei cookie di profilazione e, dunque, al trattamento dei suoi dati personali per finalità commerciali, il consenso dovrebbe considerarsi illegittimo sotto il profilo della disciplina sulla protezione dei dati personali perché condizionato e non libero secondo quanto prescritto dal Regolamento generale per la protezione dei dati personali (31).

In questo senso, pur trattandosi di questione che, probabilmente, merita ancora miglior approfondimento, merita di essere letta la posizione del comitato dei garanti per la protezione dei dati personali europei che, da ultimo, nelle loro linee guida del 4 maggio 2020 proprio sulla nozione di “consenso” nel Regolamento (GDPR), hanno espressamente suggerito che: «Se il consenso è un elemento non negoziabile delle condizioni generali di contratto/servizio, si presume che non sia stato prestato liberamente. Di conseguenza, il consenso non sarà considerato libero se l'interessato non può rifiutarlo o revocarlo senza subire pregiudizio» (32) proponendo, tra gli altri, proprio il seguente esempio: «Un fornitore di un sito web predispone uno script che blocca la visualizzazione del contenuto e fa apparire solo la richiesta di accettare i cookie, le informazioni sui cookie che verranno installati e le finalità per le quali i dati saranno trattati. Non è possibile accedere al contenuto senza cliccare sul pulsante “Accetto i cookie”. Poiché all'interessato non è offerta una scelta effettiva, il suo consenso non è espresso liberamente. In questo caso il consenso non è valido, in quanto la prestazione del servizio è subordinata al fatto che l'interessato clicchi sul pulsante “Accetto i cookie”. Non è offerta una scelta effettiva» (33).

Si tratta di una posizione in linea con quella sostenuta dalla difesa di Facebook nel corso del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato: il consenso al trattamento dei dati personali non può essere qualificato quale corrispettivo di un servizio.

(30) BATELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017.

(31) Comitato europeo per la protezione dei dati personali, *Linee guida 5/2020 sul consenso*, cit.

(32) *Ibidem*, punto 13.

(33) *Ib.*, punto 40.

Ma se è così e se, come sin qui, per la verità, si è comunemente ritenuto le edizioni online dei giornali liberamente accessibili senza alcun obbligo di pagamento di un compenso sono state considerate “gratuite”, contrapponendole a quella “a pagamento” edite e diffuse dagli stessi editori ma con contenuti diversi e, in taluni casi, più ricchi, allora, probabilmente, anche il servizio offerto da Facebook ai suoi utenti dovrebbe poter essere legittimamente qualificato come gratuito a prescindere dalla circostanza che nell'erogarlo il social network persegue, evidentemente, un interesse economico basato sullo sfruttamento di una risorsa fornitagli dagli utenti non quale corrispettivo del servizio ma in occasione della fruizione del servizio.

Facebook, in sostanza, guadagna dallo sfruttamento dei dati personali degli utenti ma, in effetti, non sembra che gli utenti paghino Facebook con i loro dati personali.

