

Antonio Musio

La possibilità dello sfruttamento economico dei dati personali è stata al centro di un vivace dibattito in cui si sono confrontate diverse e contrapposte visioni.

Da un lato i sostenitori dell'idea di dover tutelare l'individuo dalla sua stessa volontà, limitando lo scambio avente ad oggetto le proprie informazioni personali

e dall'altro coloro propensi a una piena liberalizzazione della circolazione dei dati.

Una prima opera di mediazione normativa tra queste due contrapposte tendenze è offerta dal Reg. UE n. 679/2016 (GDPR) che all'art. 1 enuncia un duplice obiettivo:

proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, da un lato, e promuovere la libera circolazione dei dati personali, dall'altro.

Il considerando n. 4 del Regolamento, peraltro, precisa che "il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità".

A livello normativo si è quindi preso atto che rispetto al diritto ai dati personali esistono due differenti profili:

non solo quello morale che lo considera come imprescindibile attributo della persona,

ma anche uno patrimoniale che lo rende, sia pure entro precisi limiti, negoziabile.

Quest'ultimo profilo ha del resto trovato ampio riconoscimento nella prassi rispetto alla quale si è diffusa la tendenza alla realizzazione dello schema dello scambio di servizi digitali contro dati personali.

Si tratta di accordi in virtù dei quali gli utenti-consumatori fruiscono, a titolo solo apparentemente gratuito, di servizi digitali, come posta elettronica, messaggistica istantanea, social network,

offrendo in cambio i propri dati personali non tecnicamente necessari alla fornitura del servizio.

Un primo formale riconoscimento del profilo patrimoniale dei dati personali è stato dato dalla decisione dell'AGCM del 11.5.2017 (caso Whatsapp-Facebook).

L'Autorità, ha infatti sanzionato il claim che induceva a iscriversi sul social network precisando che l'iscrizione fosse gratuita.

Tale informazione è stata giudicata non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e lo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configura come controprestazione del servizio offerto.

Natura, peraltro, confermata dal TAR Lazio con la decisione 10.1.2020, n. 261 che ha sconfessato l'idea che "l'unica tutela del dato personale sia quella rinvenibile nella sua accezione di diritto fondamentale dell'individuo".

Secondo i giudici amministrativi "tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "asset" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto".

Anche la Cassazione, nella decisione n. 17278/2018, è intervenuta confermando la compatibilità al nostro ordinamento di un approccio negoziale dei dati personali sebbene con delle precisazioni.

La Cassazione, infatti, pur ritenendo leciti, in via di principio, i contratti di scambio tra servizi digitali e dati personali,

li ha ritenuti ammissibili solo a condizione che, da un lato, il consenso non sia viziato da possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento, e, dall'altro, che la prestazione del professionista non sia infungibile e irrinunciabile per l'interessato.

La prima disciplina dello schema contrattuale in esame è opera del legislatore europeo con la direttiva n. 770/2019,

la quale si propone di stabilire norme comuni per i contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali tra operatori economici e consumatori.

Il Considerando 24 della Direttiva 770 afferma come "*la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico*".

Lo stesso Considerando elenca alcuni dati personali che possono essere usati come strumenti di pagamento:

si pensi all'indirizzo e-mail a al nominativo del consumatore forniti al momento della creazione di un account sui social media,

oppure ai materiali, come fotografie o post, che il consumatore pubblica on line e che lo stesso mette a disposizione del professionista a fini commerciali.

Ai sensi dell'art. 3, par. 1, la direttiva si applica,

non solo ai contratti in cui il consumatore corrisponde o si impegna a corrispondere un prezzo in cambio del contenuto o del servizio digitale offerto dal professionista,

ma anche al caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire un contenuto o un servizio digitale al consumatore e quest'ultimo fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico.

Tale previsione ha chiaramente l'intento di garantire al consumatore di vedersi riconosciuta la possibilità di attivare i rimedi contrattuali anche laddove abbia "pagato" trasferendo i propri dati personali.

Il consumatore potrà, in particolare, azionare i rimedi previsti in caso di mancata fornitura ovvero di difetto di conformità del servizio o del contenuto digitale.

Il legislatore nazionale ha, quindi, recentemente dato attuazione alla direttiva con il d.lgs. 4.11.2021, n. 173 pubblicato in G.U. il 26.11.2021 ed entrato in vigore solo pochi giorni fa, l'11.12.2021.

Il d.lgs. aggiunge nuovi articoli (dal 135-octies al 135-vicies ter) al codice del consumo e l'art. 135 octies stabilisce al comma 3 che le nuove disposizioni si applicano

“a qualsiasi contratto in cui il professionista fornisce, o si obbliga a fornire, un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si obbliga a corrispondere un prezzo”.

Il successivo comma 4 prevede, poi, che le disposizioni si applicano altresì “nel caso in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si obbliga a fornire dati personali al professionista”.

Il d.lgs. approvato, come la direttiva, non disciplina nel dettaglio la nuova tipologia di contratto, ma si limita a legittimare tale scambio.

In particolare, il d.lgs. codifica un modello commerciale che esclude il carattere della gratuità dello scambio, configurando il contratto come oneroso.

Ciò è destinato a incidere sul regime della responsabilità del fornitore del servizio digitale.

E' principio generale, infatti, quello per cui la responsabilità di chi è tenuto a una prestazione a titolo gratuito deve essere valutata con minor rigore rispetto a quella di chi è obbligato a titolo oneroso.

Nonostante qualche voce difforme in dottrina, deve ritenersi che oggetto di attenzione del legislatore europeo, prima, e nazionale, poi, sia uno schema caratterizzato dalla corrispettività tra le prestazioni.

In origine, la Proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale del 9.12.2015 faceva riferimento

“ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato”.

L'uso della locuzione “in cambio” indicava chiaramente che la disciplina si sarebbe applicata solo laddove vi fosse stata una corrispettività tra fornitura del servizio e consenso al trattamento dei dati personali.

A seguito delle perplessità mostrate dal Garante europeo per la protezione dei dati del 14.3.2017 che ha contestato la qualifica dei dati personali come controprestazione,

si è deciso di adottare una soluzione di compromesso che ha evitato l'uso del termine controprestazione con riguardo ai dati personali.

Si tratta però evidentemente di una soluzione puramente terminologica, atteso che il caso in cui il servizio viene erogato a fronte del trattamento dei dati personali

è parificato, a livello di disciplina, a quello in cui la fornitura del servizio è prestata a fronte di un corrispettivo in denaro.

Ciò che il legislatore ha inteso regolare è proprio uno scambio caratterizzato da un collegamento funzionale tra la fornitura del servizio e quella delle informazioni personali.

Contratti cioè la cui causa in concreto consiste proprio nello scambio tra le suddette prestazioni le quali trovano la propria ragion d'essere l'una nell'altra.

Naturalmente, ai fini dell'applicabilità della disciplina in esame, sarà sempre necessario procedere a una valutazione casistica per verificare l'esistenza o meno dell'elemento della corrispettività nella singola operazione conclusa.

Se la prestazione del professionista di fornire il servizio digitale sarà condizionata al consenso del consumatore a mettere a disposizione i propri dati personali si avrà corrispettività e, dunque, la disciplina sarà invocabile.

Di contro, se il consenso al trattamento dei dati del consumatore è da ritenersi solo facoltativo, non si avrà alcuna corrispettività e, di conseguenza, le nuove norme non saranno operative.

L'esistenza di un nesso di corrispettività è destinata a incidere anche in caso di revoca del consenso al trattamento da parte del consumatore.

Se vi è corrispettività, infatti, in caso di revoca inciderà sul vincolo contrattuale e il fornitore del servizio digitale non sarà più tenuto a eseguire la sua prestazione.

Se, invece, tale nesso di interdipendenza tra le prestazioni non c'è, anche in caso di revoca del consenso al trattamento dei dati personali, il professionista sarà tenuto a fornire ancora il servizio al consumatore.

Altra ipotesi in grado di incidere sulla vicenda contrattuale in caso di contratto a prestazioni corrispettive potrebbe essere l'inadempimento da parte del consumatore.

Quest'ultimo potrebbe infatti comunicare dati non veritieri, inesatti o semplicemente non aggiornati.

In questo caso, trattandosi di un rapporto sinallagmatico, potrebbero operare i tradizionali rimedi nei confronti dell'inadempimento della prestazione.

Quelli in esame sono contratti per lo più commutativi, in quanto di norma le parti conoscono in anticipo i rispettivi sacrifici cui andranno incontro.

Tuttavia, non può escludersi l'ipotesi in cui il contratto si connota come aleatorio, come nel caso in cui i dati personali non siano comunicati direttamente al fornitore del servizio digitale,

ma siano quelli raccolti nel corso della fruizione del servizio, come nel caso dei dati generati durante la navigazione.

In questo caso il professionista non conosce in anticipo quanti e quali dati saranno messi a sua disposizione da parte del consumatore.

E' evidente che in questo caso il professionista non potrà avvalersi della possibilità di interrompere in servizio se l'utente, a causa dello scarso utilizzo del servizio, non fornisca un quantitativo di dati ritenuto sufficiente.

In considerazione del rilievo sociale ed economico dello schema negoziale in esame non sarebbe da escludersi un intervento legislativo volto a definirne i caratteri e la disciplina.

Non può escludersi, cioè, che il legislatore decida di dare vita a un nuovo tipo contrattuale che potrebbe essere chiamato "cessione di dati personali".

Naturalmente, però, non potrà trattarsi di un contratto a effetti reali in quanto la cessione dei dati personali non potrà avvenire a titolo definitivo.

Una perdita del diritto sul dato personale non è infatti compatibile con la sua natura di diritto della personalità, in quanto tale irrinunciabile, intrasmissibile e inalienabile.

Non può quindi condividersi la prospettazione del Tar Lazio secondo cui i dati personali costituiscono "possibile oggetto di una compravendita".

Più che a un trasferimento del diritto di proprietà dei dati si tratterebbe quindi della possibilità di un mero sfruttamento economico del dato e, al più, della costituzione un diritto personale di godimento dello stesso.

Per il momento il d.lgs., in attuazione della direttiva, ha regolato solo alcuni profili: la mancata fornitura del contenuto o del servizio digitale da parte del professionista e il difetto di conformità.

Quanto alla mancata fornitura, il nuovo art. 135 septiesdecies del codice di consumo pone sullo stesso piano il caso in cui corrispettivo del contratto di fornitura sia costituito da dati personali e da una somma di denaro.

In entrambe le situazioni è previsto che il consumatore, salvo i casi di diritto alla immediata risoluzione, vale a dire nei casi in cui:

il professionista abbia dichiarato che non adempierà o ciò risulti chiaramente dalle circostanze;

inutile decorso del termine essenziale;

debba prima invitare l'operatore economico ad adempiere.

Solo se il professionista omette nuovamente di fornire il contenuto o il servizio digitale entro un termine congruo oppure entro un ulteriore termine espressamente concordato dalle parti,

il consumatore ha il diritto di risolvere il contratto.

Per ciò che concerne il difetto di conformità, ove il corrispettivo sia rappresentato da dati personali, il consumatore avrà due possibilità.

Il nuovo art. 135 octiesdecies del codice di consumo consente, infatti, al consumatore di:

richiedere il ripristino della conformità del contenuto o del servizio digitale, a meno che ciò non sia impossibile o imponga al professionista costi che sarebbero sproporzionati, tenuto conto di tutte le circostanze del caso;

chiedere la risoluzione il contratto, anche laddove il difetto sia di lieve entità, non potendosi esperire in questo caso il meno incisivo rimedio della riduzione del prezzo.

E ciò diversamente da quanto previsto, invece, per il caso in cui il corrispettivo del contratto sia pecuniario dove è stabilito che

se il contenuto digitale o il servizio digitale è stato fornito dietro pagamento di un prezzo, il consumatore non ha diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è di lieve entità (art. 135 octiesdecies, comma 6).

Soluzione che si giustifica perché in questo caso il consumatore potrà azionare il rimedio della riduzione del prezzo.