

# Privacy *by design* e trattamento algoritmico dei dati personali

SALVATORE SICA - VIRGILIO D'ANTONIO - GIORGIO  
GIANNONE CODIGLIONE - GIOVANNI SCIANCALEPORE

SOMMARIO: 1. Il provvedimento n. 488/16 del Garante per la privacy. – 2. La parziale riforma del provvedimento da parte del Tribunale di Roma. – 3. Il trattamento automatizzato dei dati personali nel GDPR e nel «nuovo» Codice privacy tra prevenzione, consenso e tutela della dignità. – 4. «Mercato dei dati» e protezione della persona nel flusso d'informazioni digitali: alla ricerca di un coordinamento tra le discipline settoriali.

1. Oggetto del *case study* relativo all'OR 1.7.2. è la sentenza del Tribunale di Roma I sez. civ. 4 aprile 2018, n. 5715, che si pronuncia sul ricorso ex art. 154, d.lgs. 196/2003 proposto da un'organizzazione non lucrativa di utilità sociale avverso il provvedimento n. 488/16 emesso dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

Tra il 2015 e il 2016, la Onlus aveva manifestato al Garante per la protezione dei dati personali l'intenzione di realizzare una piattaforma web dotata di archivio informatico preordinata all'elaborazione di profili reputazionali concernenti persone fisiche e giuridiche, con lo scopo di garantire una valutazione imparziale dei soggetti censiti e con ciò sottratta al fenomeno delle recensioni false o inventate (si pensi al fenomeno del c.d. *astroturfing*)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L'*astroturfing* consiste nella turbativa dell'equilibrio concorrenziale del mercato attuata attraverso la simulazione di consensi attorno ad un prodotto o servizio, ad esempio con la creazione e l'uso di false identità virtuali o ancora con il contributo di soggetti aventi una reputazione consolidata. Sul tema, in una letteratura sconfinata v. K.A. DOHSE, *Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews*, in *J. of Ill. J.L., Tech. & Poly* 363 (2013), F. DELLAROCAS, *The Digitization of Word-of-Mouth: Promise and Challenges of Online Feedback Mechanisms*, MIT Sloan Working Paper no. 4296-03, 2003; A. GHOSE – P. IPEIROTI – A. SUNDARARAJAN, *The Dimensions of Reputation in Electronic Markets*, NYU Center for Digital Economy Research Working Paper no. CeDER-06-02, 2009; L. STRAHILEVITZ, *Wealth Without Markets? The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, in 116 *Yale L. J.* 1472 (2007), ma in più generale sul potere conformativo dell'informazione digitale nell'era di Internet v. M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017; ID., *Emergenza*, Torino, 2016, p. 71 ss.; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2017, p. 55 s.

Il funzionamento della piattaforma – così come descritto al Garante dalla Onlus – presuppone la creazione di profili diversificati rispetto al servizio richiesto dall'utente<sup>2</sup>, con il caricamento volontario da parte dello stesso di documenti contenenti informazioni ritenute significative sul piano reputazionale<sup>3</sup>. Ogni soggetto aderente, con alcune eccezioni, è tenuto al versamento di un corrispettivo variabile in funzione dei servizi richiesti, con la possibilità per gli iscritti di percepire una *royalty* collegata al numero di accessi registrato sui singoli profili creati.

I dati inseriti sulla piattaforma, verificati in termini di genuinità e integrità da appositi «consulenti reputazionali», sono poi oggetto di un calcolo algoritmico al fine di assegnare ad ogni profilo un punteggio complessivo atto a determinarne il grado di affidabilità.

Il *rating* reputazionale e i relativi documenti giustificativi, sono accessibili sulla piattaforma attraverso strumenti di ricerca che evidenziano cinque differenti comparti: «penale», «fiscale», «civile» o eventualmente «lavoro e impegno civile» e, soltanto per le persone fisiche, «studi e formazione». La completezza, l'esattezza e l'integrità dei dati, sarebbe poi assicurata da appositi meccanismi di aggiornamento e controllo attuati dalla piattaforma e dallo stesso utente registrato<sup>4</sup>.



<sup>2</sup> Il provvedimento del Garante discerne infatti tra: «1) creazione di un profilo non documentato e non certificato (P-PRO-ND); 2) creazione di un profilo documentato, ma non certificato (P-PRO); 3) certificazione di documenti e dati successivamente alla creazione di un profilo P-PRO (ME-CERT); 4) creazione di un profilo a favore di se stesso (P-PRO CERT); 5) creazione di un profilo contro terzi (P-VS); 6) integrazione documentale dei profili precedenti (I-PRO CERT e I-VS); 7) risposta documentata avverso un profilo “contro” (D-RE CERT)».

<sup>3</sup> I documenti richiesti, anche in via obbligatoria, dalla piattaforma (certificati del casellario giudiziale; certificati di regolarità fiscale; certificati relativi ad abilitazioni; diplomi; denunce; querele; provvedimenti giudiziari; ecc.) non comprendono le autocertificazioni, ma possono riguardare anche il profilo morale dei soggetti che si sottopongono a censimento (certificati di riconoscimento al valor civile; partecipazione ad attività di volontariato; encomi; premi; referenze; ecc.) nonché quello tecnico-professionale (presenza/assenza di successi e/o insuccessi professionali) e quello pubblico, oggetto di precedente diffusione da mezzi di comunicazione quali stampa, televisione e Internet.

<sup>4</sup> Cfr. il provv. n. 486/16 dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, parr. 1.4 e 1.6: «L'attendibilità dei profili reputazionali, secondo quanto riferito, sarebbe garantita da una molteplicità di fattori. All'assunzione di responsabilità da parte degli interessati chiamati a sottoscrivere un'apposita dichiarazione di completezza e accuratezza delle informazioni e di autenticità dei documenti inseriti nel sistema si aggiungerebbe il vaglio documentale realizzato dai predetti consulenti reputazionali e la possibilità, riconosciuta agli stessi utenti della piattaforma, di visionare in ogni tempo i documenti prodotti da altri; ciò consentirebbe di verificare periodicamente la correttezza e l'integrità delle informazioni presenti a sistema, attuando una forma di controllo ge-

Il servizio, interamente basato sulla creazione di vincoli mutualistici tra gli associati, presuppone la prestazione di un consenso informato ed esteso in maniera ampia al trattamento e all'accesso delle informazioni immesse sulle piattaforme da parte di tutti gli affiliati<sup>5</sup>. Al fine di garantire l'aggiornamento e la completezza delle informazioni, l'autorizzazione al caricamento dei dati sulla piattaforma viene altresì posta quale condizione essenziale per la conclusione (o la prosecuzione) di accordi professionali tra soggetti già registrati, divenendo oggetto di apposite clausole contrattuali<sup>6</sup>.

neralizzato e diffuso sui dati raccolti. Inoltre, quale ulteriore presidio a garanzia delle informazioni acquisite, verrebbe istituito un apposito «Comitato di Controllo» incaricato di vigilare sull'operato dei medesimi consulenti reputazionali. Infine, verrebbe riconosciuta agli interessati la possibilità di integrare, modificare o aggiornare in ogni tempo i profili a sé riferiti, allegando a tal fine idonea documentazione a supporto (con relativo inserimento, per contro, in un'apposita «black list» o «grey list» in caso, rispettivamente, di allegazione di documenti falsi o di omesso tempestivo aggiornamento dei documenti incidenti sul «rating»). (...) Il servizio verrebbe configurato per operare in conformità al «Codice della reputazione universale» (dichiaratamente ispirato alla «Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo»), elaborato da Mevaluate Holding Ltd. al fine di disciplinare i principi per l'individuazione della reputazione di persone fisiche e giuridiche e definire, attraverso l'accluso regolamento, i criteri e le modalità della relativa misurazione. L'affidabilità e l'autorevolezza dei «rating» elaborati a livello nazionale verrebbero garantiti da un apposito organismo tecnico (denominato «Comitato etico mondiale») che, attraverso «note-paese» specificamente elaborate sulla base dei singoli contesti socio-culturali, ne assicurerebbe un'interpretazione coerente con i principi sopra richiamati».

<sup>5</sup> *Ibidem*, par. 1.8: «I dati e i documenti utilizzati per l'elaborazione dei “rating” verrebbero messi a disposizione degli utenti della piattaforma per essere successivamente utilizzati da costoro a vario titolo (indagini su fornitori, appaltatori, consulenti; selezione di personale; accertamenti su dipendenti; verifiche sulla clientela; controlli su soci, legali rappresentanti, consiglieri di amministrazione; ecc.). In caso di recesso, i medesimi dati e documenti, insieme ai connessi profili reputazionali, verrebbero cancellati dal sistema, fatta eccezione per quelli relativi ai “profili contro terzi” e quelli inseriti in “black list”, conservati per un ulteriore periodo di dodici mesi dalla loro messa a disposizione».

<sup>6</sup> Cfr. la clausola contrattuale (pubblicata sul sito web: [www.apartitalia.com](http://www.apartitalia.com)): «Il Cliente del Professionista, con la sottoscrizione per accettazione del presente “Preventivo di massima e proposta di conferimento d'incarico professionale” acconsente sin d'ora, prestando espressa e irrevocabile autorizzazione, a che lo stesso Professionista che rilevi inadempimento del Cliente alle obbligazioni nascenti a suo carico dalla sottoscrizione per accettazione della presente proposta d'incarico professionale, senza rinuncia ai rimedi di legge dello stesso Professionista, per conseguire l'adempimento e/o per ottenere il risarcimento del danno, previo accertamento documentale dei presupposti di inadempimento del Cliente da parte del Reputation Audit Manager (RAM), qualificato (...) ai sensi del combinato disposto artt. 4, comma 1, e 7, comma 1, lettera c), Legge 4/2013 (qualifica che può essere conseguita anche dallo stesso Professionista creditore, vittima dell'inadempimento), possa: - richiedere di pubblicare a tempo indeterminato sul periodico plurisettimanale online (...) a cui il Professionista è gratuitamente iscritto: a) gli atti endoprocedimentali di contestazione (con



Inoltre, gli utenti avrebbero potuto creare i c.d. «Profili Contro», relativi a terzi non iscritti, attraverso il caricamento di documenti ritenuti liberamente utilizzabili (come i provvedimenti giudiziari) ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. c) del d.lgs. 196/2003<sup>7</sup>. Tali soggetti, informati dell'esistenza di tale trattamento di dati personali «*alla prima occasione utile di contatto, di norma in sede di notifica dell'avviso agli interessati*», avrebbero a loro volta potuto aderire alla piattaforma, integrando o modificando i profili a loro riferibili.

Con riferimento alla legittimità del sistema di *rating*, la Onlus ha richiamato l'art. 1, comma 1, lett. uu), della l. n. 11/2016 che auspica l'implementazione di sistemi di qualificazione degli operatori economici nei settori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture<sup>8</sup>, il d.lgs. n. 460/1997 in tema di disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 cost. e l'art. 5-ter del d.l. n. 1/2012, in materia di *rating* di legalità delle

eventuali repliche documentate) ed eventuale accertamento giudiziale di detto inadempimento; b) un profilo reputazionale dello stesso Cliente, del quale egli stesso dichiara di ben conoscere caratteristiche, contenuti e finalità illustrate nel richiamato Regolamento, da cui risultino pubblicamente i predetti atti endoprocedimentali di contestazione (con eventuali repliche documentate) ed eventuale accertamento giudiziale di detto inadempimento. La predetta autorizzazione del Cliente è irrevocabile ed è condizione essenziale in mancanza della quale il Professionista non si sarebbe determinato alla formulazione della proposta di conferimento d'incarico professionale e alla determinazione del corrispettivo nella misura ridotta indicata nel preventivo. Pertanto, l'eventuale revoca della predetta autorizzazione a seguito di un provvedimento di una Pubblica Autorità competente a decidere, sia per autonoma iniziativa, sia su ricorso del Cliente, determinerà l'immediata risoluzione di diritto dell'incarico professionale conferito dal Cliente senza alcun preavviso del Professionista ed obbligherà il Cliente alla corresponsione di una penale pari ad € ... (importo determinato d'intesa tra le Parti) oltre al risarcimento dell'eventuale maggior danno e/o agli effetti restitutori conseguenti alla risoluzione» (data di accesso: 23/04/2019).

<sup>7</sup> Il quale disponeva che «il consenso non è richiesto, oltre che nei casi previsti nella Parte II, quando il trattamento: (...) c) riguarda dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati».

<sup>8</sup> Nello specifico, l'articolo citato impone la «revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di *rating* di legalità».



imprese<sup>9</sup>. Sulla base di tale ricostruzione dei servizi – ancora in fase di implementazione al tempo della decisione – il Garante ha rimarcato come l'attività svolta dalla Onlus consistesse nella raccolta massiva – seppur su base volontaria – di informazioni personali suscettibili di avere effetti pregiudizievoli «*sulla rappresentazione e conomica e sociale*» di un'ampia platea di soggetti, in astratto incidendo sulla «tutela mediata» dell'identità personale degli affiliati (nel quadro del rapporto intercorrente tra reputazione, considerazione delle persone e proiezione sociale degli stessi) e, ancora, della dignità umana quale principio generale e limite al lecito esercizio dell'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 2 del d.lgs. 196/2003 e dell'art. 41 della Carta costituzionale.

Partendo da questo inquadramento normativo, connesso alla disciplina a quel tempo vigente (*in primis*, la direttiva 95/46/CE e il già richiamato d.lgs. 196/2003), il Garante ha affermato l'illiceità delle attività poste in essere dalla Onlus, rilevando:

- l'assenza di un'espressa previsione normativa atta a legittimare tale sistema di accreditamento e a disciplinarne nel dettaglio le principali caratteristiche, anche con riferimento alla gestione «*in capo a soggetti muniti di adeguate e comprovate garanzie di terzietà e indipendenza*» (svolta ad esempio dall'ANAC in materia di *rating* di impresa ex art. 83, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016<sup>10</sup>);



<sup>9</sup> L'art. 5-ter del d.l. n. 1/2012, rubricato «Rating di legalità delle imprese», afferma che «al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale; del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario».

<sup>10</sup> Per cui «È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionario».

- la non conformità del consenso prestato dagli interessati rispetto al dettato dell'art. 23 del d.lgs. 196/2003, poiché non manifestato liberamente rispetto alla creazione di profili relativi a soggetti terzi (inizialmente inconsapevoli e non informati) e, ancora, alla clausola contrattuale che nell'ambito della nascita o del mantenimento di relazioni negoziali avrebbe obbligato le controparti a registrarsi e implementare la piattaforma;

- l'illiceità dei trattamenti autonomi – in astratto aventi come oggetto anche particolari categorie di dati personali quali quelli giudiziari – svolti in relazione ai soggetti non iscritti;

- la mancata prova dei requisiti di stretta pertinenza e indispensabilità atti a giustificare la pubblicazione di dati sensibili e giudiziari degli iscritti;

- il mancato rispetto dei principi di rilevanza e pertinenza in relazione all'obbligo di ridurre al minimo i trattamenti di dati personali, soprattutto con riguardo alle modalità di trattamento di informazioni in grado di rivelare aspetti anche molto delicati della vita privata delle persone e ancora rispetto ai connessi criteri atti a dimostrare l'incidenza di tali dati sull'«affidabilità» dei soggetti censiti;

- il rischio di configurare significative conseguenze pregiudizievoli in danno di un numero potenzialmente molto elevato di soggetti in caso di violazione delle misure di sicurezza, di accessi non autorizzati o di utilizzo abusivo delle informazioni, ascrivibile al regime di libero accesso e circolazione ai documenti caricati sulla piattaforma e al possibile riutilizzo di tali dati per finalità illecite;

- la non conformità del sistema al principio di qualità dei dati, in termini di affidabilità ed efficacia di un algoritmo di *rating* peraltro privo di meccanismi di contestazione e alimentato da informazioni facilmente falsificabili, con il rischio di creare profili reputazionali inesatti e non rispondenti all'identità personale degli iscritti;



torio nei casi di omessa o tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa».

- l'insufficienza delle misure di sicurezza basate su sistemi di autenticazione debole (quali user id e password) e meccanismi di cifratura dei dati giudiziari e le carenze in materia di adeguatezza dell'informativa rispetto al trattamento che si intenderebbe svolgere e dei tempi di conservazione dei dati relativi ai profili «contro» o contenute nella «black list».

In conclusione, con il provvedimento n. 488/16 il Garante ha vietato qualunque operazione di trattamento presente o futura dei dati personali relativa ai servizi offerti tramite l'«Infrastruttura Immateriale Mevaluate per la Qualificazione Reputazionale» promossi dalla Onlus, poichè illecita e non conforme agli artt. 2, 3, 11, 13, 23, 24 e 26 del d.lgs. 196/2003.

2. La sentenza della prima sezione civile della Tribunale di Roma ribalta gli esiti della disamina svolta dal Garante in virtù dei poteri autoritativi di cui agli artt. 40 e 41, d.lgs. 196/2003 (in recepimento degli artt. 18-21, dir. 95/46/CE), annullando parzialmente il provvedimento impugnato e reputando lecita l'attività di trattamento svolta dalla piattaforma, partendo dal presupposto che tali servizi andrebbero inquadrati nell'ambito del legittimo esercizio dell'autonomia privata e con ciò della libera manifestazione della volontà degli utenti registrati e associati alla Onlus.

L'iter logico della decisione prende infatti le mosse dalla dimensione associativa delle relazioni intercorrenti sulla piattaforma. Richiamata l'esistenza di provvedimenti generali di autorizzazione emanati dal Garante in tema di trattamento dei dati sensibili e degli atti giudiziari effettuati da associazioni e fondazioni, il giudice capitolino conferma la necessità di un'autonoma valutazione, attesa la rilevanza economico-sociale del servizio prospettato dalla ricorrente, affermandone la liceità in virtù del principio generale di autonomia privata, per cui non potrebbe negarsi «*la facoltà di organizzare sistemi di accreditamento di soggetti, fornendo servizi in senso lato "valutativi", in vista del loro ingresso nel mercato, per la conclusione di contratti e per la gestione di rapporti economici*».

La prevalenza delle regole negoziali di libertà e di autonormazione troverebbe conferma nel fenomeno di diffusione su scala nazionale e sovranazionale degli enti privati di valutazione e certificazione e, ancora, con riguardo al richiamo effettuato dalla Onlus all'adozione di Codici di condotta o di autoregolamentazione.

Passando alla protezione dei dati personali, la sentenza rileva la liceità del trattamento connessa alla conforme manifestazione del consenso da parte dell'interessato-associato. Quest'ultimo, all'atto della sottoscrizione del



vincolo associativ, acconsentirebbe infatti alla libera circolazione tra tutti i consociati delle informazioni connesse ai propri profili reputazionali, «*in una funzione di controllo reciproco che garantisce anche l'aggiornamento dei dati e dei profili reputazionali*». Sarebbe altresì lecita la clausola contrattuale che subordina la permanenza e/o la conclusione di un rapporto contrattuale (di lavoro, di prestazione d'opera, di appalto, di fornitura ecc.) all'adesione alla piattaforma, trattandosi di una clausola eventuale che non «*afferisce al rapporto associativo né costituisce un vincolo a carico degli associati*», ponendosi in via accessoria quale condizione dei rapporti negoziali eventualmente intercorrenti tra due o più associati e la cui validità è comunque subordinata alla natura del rapporto contrattuale stesso.

Quanto alla generale non conformità del sistema algoritmico di calcolo della reputazione degli associati rispetto al diritto all'identità personale e alla dignità degli interessati, l'analisi muove dal presupposto che gli utenti si siano prestati in maniera consapevole a tale tipologia di trattamento automatizzato e che le informazioni sono raccolte, certificate e utilizzate secondo precisi criteri codificati, da cui la considerazione che la validità (e dunque anche l'applicabilità) della formula matematica «*per la valutazione oggettiva di dati personali*» sarebbe esente da limiti eteronomi, potendo essere sottoposta al vaglio del mercato per quanto attiene all'utilità del servizio e dei suoi risultati.

Censurando sinteticamente anche le critiche avanzate dal Garante in tema di congruità e necessità dei dati e sicurezzain ordine alla loro trasferibilità, il giudice di merito in definitiva riforma il nucleo principale del provvedimento emanato dall'autorità amministrativa, con la sola eccezione delle censure sull'attività di trattamento dei dati personali di terzi non iscritti e pertanto svolta senza il loro consenso («Profili Contro» o «Black List»). Sul punto, la sentenza si conclude rilevando come il ricorrente avesse volontariamente cessato tali attività e, di conseguenza, disponendo la compensazione delle spese processuali.

3. La sentenza del Tribunale capitolino si colloca a livello temporale in una fase «preparatoria» rispetto all'entrata in vigore del regolamento generale in materia di protezione dei dati personali n. 679/2016 (d'ora in poi, GDPR), imponendo in primo luogo una riflessione che ne legga gli esiti attuando un confronto tra vecchia e nuova disciplina, con lo specifico obiettivo di verificare la complessiva tenuta dell'assunto posto a sostegno dell'impianto decisionario sia in prospettiva diacronica che sincronica.



Com'è noto, il GDPR abroga il precedente regime degli obblighi di notificazione, implementando un sistema di responsabilizzazione del titolare del trattamento (c.d. *accountability*) che si sostanzia anche nel dovere di sottoporre a una valutazione d'impatto alcune particolari tipologie di trattamenti dei dati personali previamente indicati dall'Autorità di controllo e, in generale, che presentino «*un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche*» (art. 35)<sup>11</sup>. Una volta svolta la preventiva valutazione dei rischi sottesi a un determinato trattamento, il titolare prima di iniziare a svolgere quell'attività deve comunque consultare l'autorità di controllo qualora emerga che il trattamento presenti «*un rischio elevato in assenza di misure adottate dal titolare del trattamento per attenuare il rischio*».

Conformemente all'elenco pubblicato dal Garante in allegato al provvedimento n. 467/2018<sup>12</sup>, l'attività di trattamento svolta dalla Onlus rientrerebbe tra una molteplicità di tipologie di trattamento da sottoporre a valutazione d'impatto<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sul punto v. R. TORINO, *La valutazione d'impatto*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2018, p. 855 ss.; G.M. RICCIO - G. SCORZA - E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Assago, 2018, p. 322 ss.; S. VIGLIAR, *Regole di responsabilità e self-assessment: analisi comparatistica del complesso equilibrio tra diritto e tecnica nei modelli di prevenzione del danno*, in *Cardozo El. L. Bull.* (2018), e, volendo, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Risk-based approach e trattamento dei dati personali*, in S. SICA - V. D'ANTONIO - G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea sulla privacy*, Padova, 2016, p. 55 ss.

<sup>12</sup> *Elenco delle tipologie di trattamenti, soggetti al meccanismo di coerenza, da sottoporre a valutazione d'impatto*, Allegato 1 al provvedimento n. 467 dell'11 ottobre 2018 [doc. web n. 9058979], in *G.U.*, 19 novembre 2018, n. 269.

<sup>13</sup> Essa infatti concerne «trattamenti valutativi o di scoring su larga scala, nonché trattamenti che comportano la profilazione degli interessati nonché lo svolgimento di attività predittive effettuate anche online o attraverso app, relativi ad «aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato» (n. 1), sia «trattamenti automatizzati finalizzati ad assumere decisioni che producono «effetti giuridici» oppure che incidono «in modo analogo significativamente» sull'interessato, comprese le decisioni che impediscono di esercitare un diritto o di avvalersi di un bene o di un servizio o di continuare ad esser parte di un contratto in essere (ad es. screening dei clienti di una banca attraverso l'utilizzo di dati registrati in una centrale rischi)» (n. 2), che «trattamenti su larga scala di dati aventi carattere estremamente personale: si fa riferimento, fra gli altri, ai dati connessi alla vita familiare o privata (quali i dati relativi alle comunicazioni elettroniche dei quali occorre tutelare la riservatezza), o che incidono sull'esercizio di un diritto fondamentale (quali i dati sull'ubicazione, la cui raccolta mette in gioco la libertà di circolazione) oppure la cui violazione comporta un grave impatto sulla vita quotidiana dell'interessato (quali i dati finanziari che potrebbero essere utilizzati per commettere frodi in materia di pagamen-



La nuova disciplina alloca pertanto sul titolare del trattamento gli oneri di analisi e valutazione delle attività con lo scopo di verificarne se e in che modo le misure attuate (o programmate) possano limitarne i rischi attuali e potenziali. Se i servizi della Onlus fossero stati quindi analizzati nella fase di vigenza del GDPR, l'intervento autorizzativo del Garante avrebbe potuto in astratto essere evitato, residuando nell'eventuale fase di controllo *ex post*, ove le misure adottate fossero risultate non solo conformi alla nuova architettura normativa, ma comunque idonee a limitare in maniera adeguata i rischi connessi all'attività di trattamento.

Quanto al requisito del consenso, la rinnovata disciplina proposta dagli artt. 7, 9 e 10 del GDPR rispettivamente per i dati personali, per le «particolari categorie di dati» e per i dati giudiziari<sup>14</sup>, imporrebbe una più approfondita verifica dei requisiti di liceità.

Le peculiarità dei servizi offerti da piattaforme di *rating* quali quelle in oggetto pongono rinnovate questioni di conformità e legittimità. Il fatto di subordinare la nascita o l'esecuzione di un contratto «secondario» alla partecipazione attiva al negozio associativo sotteso alla registrazione della piattaforma con il caricamento e l'aggiornamento di dati e informazioni relativi a quel determinato rapporto, potrebbero infatti contrastare con la regola per cui «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto» (cfr. l'art. 7, par. 4 e il relativo considerando n. 43 del GDPR). Il tema è stato di recente affrontato dalla S.C. in un'ipotesi di consenso al trattamento dei dati personali per finalità di marketing, connessa all'offerta di un servizio di *newsletter*, rilevando come il «condizionamento non possa sempre e comunque essere dato per scontato e debba invece essere tanto più ritenuto sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore



ti)» (n. 4), di «trattamenti di dati personali effettuati mediante interconnessione, combinazione o raffronto di informazioni, compresi i trattamenti che prevedono l'incrocio dei dati di consumo di beni digitali con dati di pagamento (es. mobile payment)» (n. 7) e, infine, «trattamenti di categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 9 oppure di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art. 10 interconnessi con altri dati personali raccolti per finalità diverse» (n. 10).

<sup>14</sup> Intesi come i dati riferibili a una persona fisica e che ne rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché i dati genetici i dati biometrici che identificano in modo univoco una persona fisica, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.

del sito Internet sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato, il che non può certo dirsi accada nell'ipotesi di offerta di un generico servizio informativo del tipo di quello in discorso, giacché all'evidenza si tratta di informazioni agevolmente acquisibili per altra via»<sup>15</sup>.

Il principio volto ad ampliare il requisito della libertà del consenso prestando particolare attenzione alle prassi negoziali diffuse ad esempio nell'ambito dell'offerta di servizi su Internet<sup>16</sup>, si estende anche alla deroga al divieto di trattamento dei dati sensibili raccolti previo consenso dell'interessato di cui all'art. 9, par. 2, lett. a) del GDPR, mentre per i dati giudiziari l'art. 10 (sostenuto dalla norma interna di cui all'art. 2-*octies* del d.lgs. 196/2003, così come innovato dal d.lgs. 101/2018), specifica che il trattamento debba avvenire soltanto «sotto il controllo dell'autorità pubblica», o debba comunque essere «autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati».

Sul piano dell'informativa, i rafforzati obblighi in tema d'informazione (e non più di «informativa» nel senso di mero adempimento di un obbligo di tipo burocratico) nel caso di specie avrebbe dovuto riguardare tutte le ipotesi di trattamento multiplo e secondario dei dati forniti dagli affiliati (artt. 4, n. 2) e 6, par. 4 del GDPR), configurandosi altresì come dovere di fornire, su istanza dell'interessato, le informazioni significative sulla logica utilizzata nei trattamenti che comportino un processo decisionale automatizzato o la profilazione, nonché sull'importanza «e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato» (art. 15, par. 1, lett. h) del GDPR, sul diritto di accesso).

Al di là della questione sulla conformità del meccanismo contrattuale di affiliazione-registrazione alla piattaforma, il soddisfacimento del requisito del consenso non sembra possa incidere sul bilanciamento tra autonomia privata e tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali sia con riferimento sia alla vecchia disciplina sulla privacy, sia rispetto al

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Dir. inf.*

<sup>16</sup> Per una rassegna delle questioni maggiormente rilevanti v. ad es. R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 93 ss.; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, ivi, pp. 102, 113; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 631 ss.; G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2016, p. 269 ss. e anche S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *I social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2714 ss.



rinnovato quadro tracciato dal GDPR, favorendo un'interpretazione tesa a valorizzare in linea di principio l'elemento volontaristico e, in definitiva, il libero esercizio dell'iniziativa economica da parte di enti privati che offrano servizi di *rating* reputazionale.

La protezione della privacy digitale si pone infatti progressivamente come diritto fondamentale gerarchicamente sovraordinato in rapporto all'esercizio di altri diritti e libertà fondamentali quali la libertà d'impresa<sup>17</sup> e, dunque, può configurarsi come «limite» dell'autonomia privata sia sotto un profilo interno, cioè attinente agli obblighi di conformazione «*by default*» e «*by design*» posti in capo agli esercenti le attività di trattamento dei dati, sia esterno, poichè riguardante la generale conformità di particolari attività umane ai principi generali dell'ordinamento<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. ad es. CGUE, grande sez., 13 maggio 2014, caso C-131/12, *Google Spain c. AEPD e Costeja González*, in *Dir. inf.*, 4/5, 2014, pp. 535-562, par. 97: «Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare – come risulta in particolare dal punto 81 della presente sentenza – che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico soggetto ad avere accesso, mediante l'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi»; CGUE, 29 gennaio 2008, caso C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, in *Dir. inf.*, 2008, p. 182 ss., par. 70, per cui «le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48 e 2002/58 non impongono agli Stati membri (...) di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile. Tuttavia, il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione di queste direttive, abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Poi, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità». Per una riflessione sistematica sulla portata di tali assestamenti giurisprudenziali si rimanda a S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Bari-Roma, 2014, p. 92 s., ma v. anche S. CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali* (diritto pubblico), in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2017, p. 601 ss.; F. CARDARELLI - S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, spec. p. 31 ss.

<sup>18</sup> Sul rapporto tra autonomia privata e ordinamento statale nel rapporto osmotico tra volontà e norma, limiti eteronomi e «potestà di darsi un ordinamento», si v. S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, pp. 366-369 e F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia colletti-*



Mediante la tutela dei dati personali, il legislatore comunitario intende offrire alle persone fisiche un complesso sistema di misure preventive e successive che si modellano intorno a indici diversificati e spesso combinati tra di loro, quali la tipologia di dato raccolto e di trattamento attuato, i diritti e gli interessi coinvolti o, ancora la finalità ed il contesto in cui tali attività di trattamento si svolgono. Si pensi, da una parte, alle ipotesi di trattamento di particolari categorie di dati svolto dalle associazioni e disciplinato nel dettaglio dall'autorizzazione generale n. 3/2016, recentemente aggiornata dal Garante, che in tema di comunicazione di dati sensibili ad altri associati impone – laddove vengano in considerazione profili esclusivamente personali riferiti agli associati – l'uso di «forme di consultazione individualizzata con gli stessi, adottando ogni misura opportuna volta a prevenire un'indebita comunicazione di dati personali a soggetti diversi dal destinatario»<sup>19</sup>.

Dall'altra parte, il trattamento di dati personali e sensibili effettuato mediante l'uso di algoritmi matematici, nel caso di specie utilizzati per «risolvere» il problema – invero affatto nuovo nell'ambito delle comunicazioni di massa – della genuinità dei sistemi di recensione e più in generale della «verità» dell'informazione *on line*<sup>20</sup>, condurrebbe al paradosso di demandare



va, ivi, pp. 369-374; E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, pp. 1559-1661; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 259 ss.; ID., *Le formazioni sociali intermedie*, in *Persona e comunità*, III, Padova, 1998, p. 3 ss., 12 s.; ID., *Le «non profit organizations» come formazioni sociali*, ivi, p. 421 ss. F. MACARIO, voce *Autonomia privata* (profili costituzionali), in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 61 ss. e, da ultimo, P. RESCIGNO - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, spec. p. 49 ss.

<sup>19</sup> Autorità garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento che individua le prescrizioni contenute nelle Autorizzazioni generali nn. 1/2016, 3/2016, 6/2016, 8/2016 e 9/2016 che risultano compatibili con il Regolamento e con il d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento del Codice* - 13 dicembre 2018 [9068972].

<sup>20</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Libertà d'informazione e democrazia*, in P. STANZIONE (a cura di), *Il riserbo e la notizia: per un'etica della comunicazione*, Quaderni del DIRCE, Salerno, 1996, pp. 17-22; V. ZENO-ZENCOVICH, *Sistema giuridico e diritto delle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1996, p. 551 ss.; ID., *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004; G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; V. MELONI, *Il crepuscolo dei media*, Roma-Bari, 2017, p. 81 ss., F. D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, in *Biblioteca della libertà*, LII, Torino, 2017, p. 8 ss. Per la dottrina straniera v. J. KEANE, *The Media and Democracy*, Cambridge, 1991; R.A. POSNER, *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis*, in 54 *Stan. L. Rev.* 737 (2002); J.M. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society* in 79 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (2004); D.J. SOLOVE, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor,*

integralmente al calcolo matematico (ma mai oggettivo e comunque fallibile, poiché progettato dall'uomo<sup>21</sup>) la statuizione sull'affidabilità di un determinato soggetto, con la conseguenza che a quest'ultimo rimarrebbe soltanto il potere di influenzare indirettamente la decisione aggiornando e modificando le informazioni fornite e attendendo che a loro volta i terzi coinvolti in rapporti contrattuali alimentino il meccanismo con documentazioni «oggettive» (che non consistono in vere e proprie «opinioni»).

L'innovativa architettura proposta dal servizio posto al vaglio del giudice capitolino, antagonista ai sistemi di *rating* che, conformemente alla moderna nozione di «reputazione» quale rappresentazione della fiducia e dell'opinione degli altri consociati<sup>22</sup>, raccolgono le valutazioni «soggettive» riguardanti un determinato bene o servizio, ordinandole secondo criteri matematici che prediligono ad esempio il punteggio offerto dal recensore<sup>23</sup>, pone la que-

*and Privacy on the Internet*, New Haven, 2007; J.M. BALKIN, *The Future of Free Expression in the Digital Age*, in 36 *Pepp. L. Rev.* 427 (2009); C.R. SUNSTEIN, *The Law of Group Polarization*, in 10 *J. Pol. Phil.* 175 (2002); ID., *#Republic*, Bologna, 2017, p. 127 ss. Per una ricognizione, anche di carattere comparativo, delle tendenze di politica del diritto nell'ambito del c.d. Gruppo dei Sette, sia consentito altresì rimandare a S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE (a cura di), *Security and Hate Speech. Personal Safety and Data Security in the Age of Social Media*, Bologna, 2018, spec. p. 279 ss.

<sup>21</sup> Su questo dibattito tema v. ad es. M. MALVALDI - D. LEPORINI, *Capra e calcoli. L'eterna lotta tra gli algoritmi e il caos*, Roma-Bari, 2014; D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2017, ma sia consentito rimandare anche a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Metodo scientifico e funzioni del diritto nella società attuale: dalla causalità alla correlazione?*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, I, Napoli, 2019, p. 137 ss.

<sup>22</sup> Per tutti v. J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2001, p. 104 ss.

<sup>23</sup> Rispetto a tali tipologie di servizio – espressamente menzionate quale esempio negativo che ha ispirato i promotori della piattaforma in esame – le autorità giudiziarie italiane e di altri Stati membri hanno sovente effettuato un bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati dei soggetti recensiti ed esercizio della libertà d'espressione, anche in forma anonima degli utenti/fruitori (v. ad es. BGH, 23 settembre 2014 – VI ZR 358/13, in *Dir. inf.*, 2015, p. 169 ss., con nota di G. GIANNONE CODIGLIONE) o la tutela della libertà d'impresa (Trib. Rimini, 7 maggio 2013, in *Dir. inf.*, 3, 2013, pp. 382-389, con nota di A. SALERNO). In generale, pare che gli esiti delle controversie propendano per una maggiore tutela degli interessi degli utenti, in costanza di un'autonoma registrazione a tali portali da parte dei professionisti (v. da ultimo Trib. Roma, sez. dir. della persona e imm., ord. 1 febbraio 2019, *inedita*, per cui «tutte le volte in cui un soggetto si avvantaggia della promozione della sua attività attraverso i social network, siti internet, e altri servizi analoghi offerti in rete, come quello in esame, si espone volontariamente al rischio del giudizio impietoso dei propri clienti, dal momento che la maggior parte dei servizi descritti contiene una sezione specificamente dedicata alle recensioni degli utenti, per cui il diritto a non veder denigrata la propria attività deve essere bilanciato con quello dei fruitori ad esprimere un giudizio non intenzionalmente o immotivatamente offensivo su di essa») e, comunque, confermando l'obbligo per il gestore della piattaforma di



stione centrale dei limiti della volontà umana rispetto all'integrale delega al non-umano (seppur progressivamente definito «intelligente» o ancora «senziente») dell'organizzazione dei propri rapporti sociali ed economici.

Nell'epoca dei Big Data e della definitiva affermazione dell'Intelligenza Artificiale<sup>24</sup>, infatti, emerge l'esigenza di apprestare meccanismi di controllo degli automatismi e di tutela rispetto alle conseguenze negative potenzialmente connesse all'applicazione su larga scala di tali sistemi.

L'articolato complesso di misure offerto dalla disciplina della protezione dei dati aumenta quindi il proprio indice protettivo ponendosi anche in forma di divieto, ove a venire in rilievo siano tipologie di trattamento altamente rischiose per i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, quali le attività che presuppongono il trattamento automatizzato di dati al fine di ottenere risultati che in qualche modo possano influenzare le scelte e le decisioni dei consociati.

Ed è proprio con riferimento alla tutela mediata e flessibile del «limite esterno» della dignità degli interessati<sup>25</sup>, nonché della loro proiezione sociale

garantire l'effettività di strumenti utili ad esercitare il diritto di replica o efficienti sistemi di reclamo e *counter notice* (v. ad. es. Corte EDU, 2 maggio 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, ric. n. 22947/13) e tutelare la genuinità complessiva delle valutazioni dai fenomeni di false o inesatte recensioni (BGH, 1 marzo 2016 - VI ZR 34/15, in *NJW*, 2016, p. 2106, ma anche AGCM, 22 dicembre 2014, n. 25237, in *Foro it.*, 2015, III, c. 186, menzionata *infra*). In dottrina, secondo diversi angoli visuali, v. ad. es. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 263 ss.; G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 199 ss.; M. COLANGELO - V. ZENO ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 43 ss.; L. CAROTA, *Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2017, 624 ss.; L. VIZZONI, *Recensioni non genuine su Tripadvisor: quali responsabilità?*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 706 ss.; S. CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 497 ss.

<sup>24</sup> Per una ricognizione dei temi v. ad. es. V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. CUKIER, *Big data*, Milano, 2013; J. Kaplan, *Intelligenza artificiale. Guida al prossimo futuro*, Roma, 2017; V. ZENO-ZENCOVICH - G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the «Big Data Revolution»*, in *Conc. merc.*, 23, 2016, 29-57; A. MANTELETO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1181 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, si v. ancora EDPS, Parere 4/2015 - *Verso una nuova etica digitale. Dati, dignità e tecnologia*, 11 settembre 2015, p.14 s. per cui «la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma è anche un fondamento per altri diritti e libertà, compresi i diritti alla vita privata e alla protezione dei dati personali. (...) Poiché tutte le attività sono potenzialmente sempre on-line, la nozione di consenso libero e informato è posta sotto enorme pressione. Ogni minuto che passa "briciole digitali" vengono raccolte e combinate per classificare le persone in



attuata dalla disciplina della protezione dei dati personali<sup>26</sup>, che le censure formulate dal Tribunale di Roma appaiono non esaustive e comunque svolte dedicando a tale centrale questione un'attenzione marginale.

Rimarcata l'inderogabilità del principio di dignità umana rinvenibile nell'art. 41 cost. e, ancora più incisivamente, posto al centro nel sistema comunitario dei diritti fondamentali dall'art. 1 della Carta di Nizza<sup>27</sup>, la preminenza dei principi di autonormazione su base associativa affermata nella sentenza in commento pare contrastare con quanto disposto già *ante* riforma dall'art. 14 del d.lgs. 196/2003 in tema di «definizione di profili e della personalità dell'interessato»<sup>28</sup>, ove si prenda in esame «un sistema automa-

tempo reale e creare profili multipli e talvolta contraddittori, che possono essere diffusi in microsecondi all'insaputa delle persone e utilizzati come base per decisioni importanti che le riguardano. Nei profili utilizzati per predire il comportamento delle persone è insito un rischio di stigmatizzazione, di rafforzamento di stereotipi esistenti, di segregazione sociale e culturale e di esclusione: una tale "intelligenza collettiva" sovverte la scelta individuale e le pari opportunità. Tali "bolle di filtri" o "spazi di eco personali" potrebbero finire per soffocare quella stessa creatività, innovazione e libertà d'espressione e di associazione che hanno consentito alle tecnologie digitali di prosperare».

<sup>26</sup> Si pensi a quanto in maniera attuale e incisiva affermava il già menzionato art. 2, primo comma del d.lgs. 196/2003 (ora abrogato dal d.lgs. 101/2018), prescrivendo che il trattamento dei dati personali si dovesse svolgere «nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali». In generale sul rapporto tra principio di dignità e sistema dei diritti fondamentali nelle moderne società di mercato v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 179 ss., ma ancora prima ID., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973 (e adesso anche rist. con prefaz. di G. ALPA, Napoli, 2019), p. 81 ss.; sulla tutela dell'identità personale come diritto autonomo e sovente connesso alla protezione dei dati personali v. anche v. G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., 2010, p. 721 ss.; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 511 ss.

<sup>27</sup> V. ancora G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e il limite della dignità (Note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 801-848, spec. p. 847, per cui «la progressiva e sempre più inarrestabile espansione dell'autonomia privata nella sfera della c.d. personalità morale, se è un fenomeno evidente e molto diffuso, appare però bilanciata dall'emersione di un nuovo strumento di controllo della libertà contrattuale: il principio della dignità della persona»; più di recente con riferimento alla tutela del c.d. corpo elettronico e v. S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018, spec. p. 62 s.: «previsto per il corpo fisico, tale principio può essere esteso al corpo elettronico, come già fanno alcune norme, come quelle che prevedono una autorizzazione pubblica per trattare i cosiddetti dati sensibili, che riguardano gli aspetti più intimi della vita o della collocazione sociale della persona. Qui il principio di dignità si congiunge con quello di eguaglianza, per evitare discriminazioni o stigmatizzazioni sociali».

<sup>28</sup> «1. Nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato.



tizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali», che persegue la «finalità generale di profilazione del soggetto a fini di trasparenza e di affidabilità del mercato», comportando «il trattamento di numerosi dati e il loro continuo aggiornamento, anche per finalità di correzione e/o integrazione dei risultati di rating ottenuti».

Il divieto, ristretto nella vecchia disciplina ai soli atti e provvedimenti giudiziari o amministrativi e abbinato al diritto per gli interessati di opporsi - a determinate condizioni - ad ogni altra decisione automatizzata, è stato rafforzato dall'art. 22 del GDPR, il quale prevede il diritto dell'interessato «di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Il diritto/divieto di cui al primo paragrafo dell'art. 22, trova una deroga nel caso in cui: *a*) la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, *b*) sia autorizzata e regolamentata nel dettaglio dal diritto dell'Unione o dello Stato membro oppure *c*) si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Nelle ipotesi di cui alle lettere *a*) e *c*), il titolare del trattamento è comunque tenuto ad attuare misure appropriate a tutela dell'interessato, quali «almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione». In ogni caso, tali decisioni non possono avere come oggetto dati sensibili, eccetto qualora l'interessato abbia prestato il proprio consenso o il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico rilevante e siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

Conformemente al quadro appena sintetizzato, le linee-guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati pubblicate dal Comitato consultivo della Convenzione n. 108 in seno al Consiglio d'Europa<sup>29</sup>, pre-

2. L'interessato può opporsi ad ogni altro tipo di determinazione adottata sulla base del trattamento di cui al comma 1, ai sensi dell'articolo 7, comma 4, lettera a), salvo che la determinazione sia stata adottata in occasione della conclusione o dell'esecuzione di un contratto, in accoglimento di una proposta dell'interessato o sulla base di adeguate garanzie individuate dal presente codice o da un provvedimento del Garante ai sensi dell'articolo 17».

<sup>29</sup> Comitato consultivo della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale (Convenzione 108), *Linee-guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati*, T-PD(2019)01, 25 gennaio 2019.



scrivono a sviluppatori, produttori e fornitori di servizi di IA di «adottare forme di vigilanza sugli algoritmi che promuovano la responsabilizzazione di tutte le parti interessate durante l'intero ciclo di vita di tali applicazioni, al fine di garantire l'osservanza dei principi e delle norme in materia di protezione dei dati e diritti umani». Tali indicazioni ricalcano pilastri del GDPR, quali la valutazione sul rischio di impatti negativi e la garanzia dei diritti degli interessati a «essere informati se interagiscono con un'applicazione IA», di «ottenere informazioni sulla logica alla base dei trattamenti di dati che li coinvolgono», comprese le conseguenze derivanti dall'applicazione di tale logica e ancora di opporsi al «trattamento basato su tecnologie che influenzano le opinioni e lo sviluppo personale degli individui».

4. La necessità di inquadrare i servizi resi dai prestatori web secondo una visione olistica e una prospettiva di tutela multilivello della persona<sup>30</sup>, conduce all'opportunità di analizzare – seppur in sintesi – l'ulteriore profilo della rilevanza economica dei dati personali forniti dagli interessati-affiliati, seguendo tre distinti angoli visuali.

Seppur legati da un vincolo associativo e in assenza di specifiche norme volte a regolamentare l'attività di *rating* reputazionale, i soggetti coinvolti nell'obiettivo statutario della Onlus potrebbero infatti operare quali consumatori o ancora come professionisti.

Sotto il primo profilo, di interesse appare il riferimento rinvenibile nella decisione del Garante all'introduzione di meccanismi di remunerazione dell'affiliato sulla base del proprio grado di coinvolgimento e partecipazione alla piattaforma attraverso il riconoscimento di *royalties* parametricate al numero di accessi sui profili creati. La valutazione in termini economici dei dati – personali e non – immessi sulla piattaforma dall'affiliato richiama la



<sup>30</sup> Sul tema v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Do «data markets» exist?*, in *MediaLaws – Riv. dir. media*, 2, 2019, in corso di pubblicazione, spec. p. 15 s.; P. JONES HARBOUR, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. HIJMANSAND - H. KRANENBORG (a cura di), *Data Protection anno 2014: How to Restore Trust?: Contributions in Honour of Peter Hustinx, European Data Protection Supervisor (2004-2014)*, Bruxelles, 2014, p. 25 ss.; A.P. GRUNES, *Another Look at Privacy*, in 20 *Geo. Mason L. Rev.* 1107 (2013); M.K. OHLHAUSEN - A.P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy*, in 80 *Antitrust L. J.* 121 (2015) 121, ma sia consentito anche rimandare a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 4/5, 2015, pp. 909-938

recente proposta di direttiva su «determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale»<sup>31</sup>.

L'art. 3 della proposta delimita l'ambito applicativo ai contratti di fornitura di contenuti digitali al consumatore, in cui quest'ultimo corrisponde un prezzo oppure «fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato». La nozione di «contenuto digitale» è ampia e comprende in astratto servizi come quelli offerti dalla piattaforma in oggetto, consentendo «la creazione, il trattamento o la memorizzazione di dati in forma digitale, ove tali dati siano forniti dal consumatore» e consentendo altresì «la condivisione di dati in formato digitale forniti da altri utenti del servizio e qualsiasi altra interazione con tali dati».

In virtù della centralità ricoperta dalla disciplina della protezione dei dati, le tutele offerte dalla proposta di direttiva andrebbero lette in un'ottica di armoniosa integrazione tra le discipline e non di antagonismo, come peraltro implicitamente confermato dall'art. 3, par. 7<sup>32</sup>.

La proposta di direttiva impone al fornitore di rispettare particolari criteri di qualità e conformità del contenuto digitale offerto. In particolare, la conformità del contenuto verrebbe valutata rispetto alle specifiche indicate nel contratto, oppure all'idoneità a perseguire lo scopo per il quale sarebbe normalmente utilizzato (art. 6)<sup>33</sup>, nonché all'assenza di difetti di integrazione



<sup>31</sup> COM(2015) 634 final. Per una rassegna sul dibattito innescato dalla pubblicazione della proposta, si rimanda a C. LANGHANKE - M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in 4 *EuCML* 218 (2015); A. DE FRANCESCHI - M. LEHMANN, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in 1 *Ital. L.J.* 51 (2015); A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Bruxelles, 2016; A. METZGER, *Data as Counter-Performance*, in 1 *JIPITEC* 2 (2017); S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Torino, 2018, p. 34 ss.; G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.

<sup>32</sup> «In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e una disposizione di un altro atto dell'Unione che disciplina uno specifico settore o oggetto, la disposizione di tale altro atto dell'Unione prevale su quelle della presente direttiva». In relazione a tale previsione (supportata dal considerando n. 22), che in qualche modo si accosta alla norma già vigente di cui al considerando n. 11, dir. 2011/83/UE sui diritti del consumatore, la relazione di accompagnamento alla proposta puntualizza come «l'articolo 3 chiarisce anche che, in caso di conflitto tra la direttiva e un altro atto dell'Unione, quest'ultimo prevale. In particolare, precisa che la direttiva non pregiudica le norme sulla protezione dei dati».

<sup>33</sup> Cfr. i considerando nn. 25 e 26 della proposta di direttiva: «Al fine di promuovere l'innovazione nel mercato unico digitale e adattarsi agli sviluppi tecnologici insiti nella rapida evoluzione delle caratteristiche dei contenuti digitali, è giustificato che il contenuto digitale sia, soprattutto,

nell'ambiente digitale del consumatore né di diritti di terzi, compresi i diritti di proprietà intellettuale (artt. 7 e 8).

Nel caso del servizio offerto da piattaforme come quella descritta nella sentenza in epigrafe, il difetto di conformità del contenuto digitale potrebbe essere inteso come cattivo o inesatto funzionamento dell'algoritmo rispetto alle specifiche indicate dal prestatore o, comunque, come carenza di tipo qualitativo attinente al mancato rispetto dei requisiti di affidabilità e sicurezza<sup>34</sup>, con conseguente riconoscimento al consumatore-interessato di ulteriori rimedi.

Nel caso di difetto di conformità imputabile al fornitore<sup>35</sup>, il consumatore potrebbe infatti chiedere il ripristino gratuito della conformità del contenuto entro un termine ragionevole e senza eccessivi disagi, da intendersi quale misura che idealmente si affiancherebbe a quanto disposto dall'art. 22 del GDPR. Successivamente, il consumatore potrebbe ottenere la riduzione del prezzo o ancora la risoluzione del contratto, se il difetto attiene alle prestazioni principali (art. 12)<sup>36</sup> e, in ogni caso, il risarcimento del danno causato



conforme a quanto concordato nel contratto. (...) Nel caso in cui il contratto non contenga criteri sufficientemente chiari e completi per verificare la conformità del contenuto digitale al contratto, è necessario stabilire obiettivi criteri di conformità per garantire che i consumatori non siano privati dei loro diritti. In tali casi la conformità al contratto dovrebbe essere valutata alla luce della finalità per la quale è abitualmente utilizzato un contenuto digitale dalle medesime caratteristiche».

<sup>34</sup> Si veda ad es. il richiamo alla qualità e alla sicurezza dei contenuti apprestato dal considerando n. 27 con ampio riferimento alla tutela dei diritti fondamentali degli utenti quali la tutela della vita privata e la protezione dei dati personali: «Benché apportino significativi vantaggi, i servizi e le tecnologie basati sui dati presentano anche alcune criticità. Come riconosciuto dalla strategia per il mercato unico digitale, un elevato livello di sicurezza delle reti e dell'informazione in tutta l'Unione europea è essenziale per garantire il rispetto dei diritti fondamentali, quali il diritto alla tutela della vita privata e dei dati personali, accrescere la dimestichezza degli utenti e rafforzare la fiducia dei consumatori nell'economia digitale. Con la crescente pervasività del software, anche qualità come l'affidabilità, la sicurezza e l'adattabilità all'evoluzione delle esigenze stanno diventando preoccupazioni principali. Di conseguenza, è sempre più importante che tali servizi e tecnologie basati sui dati contribuiscano, in misura proporzionata al ruolo e alla funzione che tali tecnologie svolgono, a garantire queste qualità. In particolare, la qualità - in termini di affidabilità e sicurezza - sta diventando una preoccupazione importante per i servizi innovativi e compositi, che dipendono dall'interconnessione di sistemi diversi in settori differenti».

<sup>35</sup> Su cui graverebbe l'onere della prova, in ossequio allo schema vigente in tema di responsabilità del produttore: cfr. il considerando n. 32 della proposta.

<sup>36</sup> Considerando n. 36: «In caso di non conformità al contratto, il consumatore dovrebbe in primo luogo avere il diritto di chiedere il ripristino della conformità al contratto del contenuto digitale. A seconda delle caratteristiche tecniche del contenuto digitale, il fornitore può scegliere in che modo ripristinare la conformità contrattuale del contenuto digitale, ad esempio rilasciando

da un difetto di conformità o dalla mancata fornitura del contenuto (art. 14). Ai sensi dell'art. 13 della proposta, l'esercizio del diritto alla risoluzione del contratto da parte del consumatore obbligherebbe inoltre il fornitore a rimborsare il prezzo pagato senza indebito ritardo e, se la controprestazione consiste in dati, a non utilizzare tali dati, né qualsiasi altra informazione fornita dal consumatore<sup>37</sup>.

Sempre nell'orbita consumeristica si colloca un secondo ordine di considerazioni, relative all'applicazione della direttiva 2005/29/CE quale strumento di promozione della concorrenza attraverso la protezione della c.d. parte debole dello scambio<sup>38</sup>. L'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato ha già fatto ricorso al d.lgs. n. 146/07 (confluito nel d.lgs. 206/05, c.d. Codice del consumo) sulle pratiche commerciali scorrette nel valutare alcune ipotesi di fornitura di servizi di *rating* on line (si pensi al caso *Tripadvisor*, seppur successivamente invalidato dal G.A.<sup>39</sup>) o di trasferimento di

aggiornamenti o chiedendo al consumatore di accedere a una nuova copia del contenuto digitale. Data la diversità dei contenuti digitali, non è opportuno stabilire termini fissi per l'esercizio dei diritti o il rispetto degli obblighi relativi al contenuto digitale, poiché potrebbero non tenere conto di questa diversità e essere, a seconda dei casi, troppo brevi o troppo lunghi. È pertanto più opportuno fare riferimento a termini ragionevoli. La conformità al contratto del contenuto digitale dovrebbe essere ripristinata entro un lasso di tempo ragionevole e senza alcun costo; in particolare, il consumatore non dovrebbe sostenere alcun costo associato allo sviluppo di un aggiornamento per il contenuto digitale».

<sup>37</sup> Nello specifico, l'art. 13, par. 2 della proposta di direttiva afferma che: «Se il consumatore recede dal contratto: (a) il fornitore rimborsa al consumatore il prezzo pagato, senza indebito ritardo e comunque entro 14 giorni dal ricevimento della comunicazione; (b) il fornitore adotta tutte le misure in suo potere per astenersi dall'uso della controprestazione non pecuniaria che il consumatore ha fornito in cambio del contenuto digitale ed eventuali altri dati raccolti dal fornitore in relazione alla fornitura del contenuto digitale, compreso qualsiasi contenuto fornito dal consumatore, ad eccezione dei contenuti generati congiuntamente dal consumatore e altre persone che continuano ad avvalersene; (c) il fornitore mette a disposizione del consumatore gli strumenti tecnici per recuperare tutti i contenuti forniti dal consumatore e gli eventuali altri dati prodotti o generati a seguito dell'utilizzo del contenuto digitale da parte del consumatore, nella misura in cui i dati siano stati conservati dal fornitore. Il consumatore ha diritto di recuperare il contenuto gratuitamente e senza particolari disagi, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune; (...)».

<sup>38</sup> Cfr. sul punto V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, p. 803 ss.; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile*, in *Dir. ind.*, 2011, 1, p. 45 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, 6ª ed., Padova, 2016, p. 2593 ss.

<sup>39</sup> Cfr. AGCM, 22 dicembre 2014, n. 25237, cit., per cui: «Nell'ambito dell'offerta di un servizio di comparazione on line, l'assertività delle comunicazioni commerciali del professionista circa l'attendibilità delle recensioni pubblicate integra una pratica commerciale scorretta in violazione



dati personali non autorizzato e contrario agli obblighi di trasparenza conseguenti all'integrazione, tramite interoperabilità, di un social network con un servizio di messaggistica istantanea (il riferimento, è al caso *Whatsapp II*<sup>40</sup>).

Ampliando la riflessione alla materia del *rating* reputazionale quale servizio teso ad agevolare l'accesso e la fruizione di un «prodotto»<sup>41</sup>, un'ulteriore rimedio connesso all'imposizione di clausole contrattuali di adesione al sistema di valutazione algoritmico potrebbe giungere dall'applicazione della nozione di «pratica aggressiva», come una «pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita 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» (artt. 24, d.lgs. 206/05 e 8, dir. 2005/29).

La materia del *rating* reputazionale si potrebbe inoltre porre in rilievo rispetto alla disciplina della c.d. pubblicità ingannevole e comparativa, da ultimo disciplinata dall'art. 14 della direttiva 2005/29 e ancora dalla direttiva 2006/114/CE (recepite nel nostro ordinamento dal d.lgs. 145/07), atteso che gli affiliati, con la partecipazione alla piattaforma e la creazione di «profili» potrebbero servirsi di tecniche lato sensu pubblicitarie<sup>42</sup>.



degli art. 20, 21 e 22 cod. consumo qualora si svolga in presenza di informazioni ingannevoli sulle fonti delle recensioni pubblicate, correlata all'inidoneità degli strumenti e delle procedure adottate dal professionista per contrastare l'esistenza delle false recensioni» *contra* TAR Lazio, sez. I, 13 luglio 2015, n. 9355, in *Dir. inf.*, 2015, p. 494 ss.: «Il mancato controllo della autenticità dei commenti degli utenti su un servizio di informazioni turistiche (nella specie Trip Advisor) non è di per sé idoneo a far ritenere che tutte le informazioni fornite siano ingannevoli in violazione degli art. 20 seg. d.leg. 206/2005; va pertanto annullato il provvedimento sanzionatorio disposto dall'autorità garante della concorrenza e del mercato».

<sup>40</sup> AGCM, 11 maggio 2017, n. 26597, in *Dir. inf.*, 2017, p. 371 ss., con nota di G. GIANNONE CODIGLIONE: «integra gli estremi della pratica commerciale scorretta l'acquisizione del consenso alla modifica dei termini d'uso di un servizio di messaggistica istantanea (nella specie, Whatsapp Messenger), con introduzione della condivisione dei dati con altro social media (Facebook), ottenuto con l'espedizione di far tenere, in caso di diniego, l'interruzione del servizio stesso».

<sup>41</sup> Inteso come «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni» (art. 2, lett. c) dir. 2005/29/CE).

<sup>42</sup> Ai sensi dell'art. 2, lett. a), dir. 2006/114/CE, per «pubblicità» deve intendersi «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi».

Per comparazione pubblicitaria si intende quel tipo di pubblicità che «identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente» (art. 2, lett. c), dir. 2006/114 e art. 2, lett. d), d.lgs. 145/07). Il primo elemento caratterizzante è pertanto l'identificabilità – diretta o indiretta – di un rapporto con un concorrente o ancora con beni o servizi offerti da un concorrente nell'ambito dell'esercizio di un'attività di comunicazione commerciale<sup>43</sup>.

L'art. 4 della direttiva menzionata (e, conformemente, l'art. 4 del d.lgs. 145/07) svolge poi una precisa disamina delle condizioni di liceità dell'attività di comparazione pubblicitaria, quali: a) la non ingannevolezza; b) l'aver come oggetto il confronto di beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi; c) lo svolgimento di un confronto oggettivo di una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso il prezzo; d) l'obbligo di non ingenerare fattispecie confusorie sul mercato tra i professionisti, o, ancora, tra operatori pubblicitari o tra marchi e altri segni distintivi; e) l'obbligo di non causare discredito o non sia denigratoria di marchi, denominazioni commerciali e altri segni distintivi; f) per prodotti contraddistinti da denominazioni di origine, la circostanza che si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione; g) l'obbligo di non trarre indebito vantaggio dalla notorietà connessa ad un altro marchio; h) l'obbligo di non presentare un bene o servizio come imitazione o contraffazione di un altro.

La normativa offre tutela sia contro i potenziali danni subiti dal consumatore, sia avverso la compromissione dei rapporti concorrenziali tra professionisti, conformemente all'art. 4, lett. a), d.lgs. 145/07 (che richiama gli artt. 21-23, cod. cons.). Con riferimento al requisito della verificabilità, particolarmente rilevante ove si discuta di sistemi basati su dati e informazioni forniti in maniera esclusiva dai concorrenti, esso deve essere inteso quale dimostrabilità dell'informazione, nel senso che la correttezza del dato fornito deve basarsi su parametri oggettivi tali da poterne confermare

<sup>43</sup> Per una prima definizione da parte del formante dottrinale si v. ad es. M. FUSI, *Sul problema della pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, p. 105, per cui per pubblicità comparativa si intenderebbe «qualsiasi tipo di pubblicità commerciale nella quale al prodotto (o servizio) pubblicizzato vengono confrontati uno o più prodotti (o servizi) concorrenti, al fine di far risaltare la superiorità o la maggiore convenienza del primo rispetto agli altri», ma sull'attuale disciplina v. *amplius* P. TESTA, sub art. 4, d.lgs. n. 145/07, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 2626 ss.



la veridicità, nel rispetto dei canoni generali di completezza e chiarezza della comunicazione pubblicitaria<sup>44</sup>.

Invero, dalle pronunzie analizzate non si evince in maniera chiara se il mezzo di diffusione dei risultati appresti un'identificabilità diretta di possibili *competitor* o soltanto la promozione del singolo profilo professionale, comunque in astratto confrontabile implicitamente con gli altri pubblicati sul portale rispetto a precise categorie di informazioni<sup>45</sup>. Attesa l'autonomia dei due piani di tutela offerti dalla menzionata disciplina<sup>46</sup>, la conformità del servizio andrebbe comunque valutata in termini di possibile «ingannevolezza», ad esempio rispetto alle caratteristiche dei beni o dei

<sup>44</sup> Per tutti v. CGUE, grande sez., 19 settembre 2006, Causa C-356/04, *Lidl Belgium GmbH c. Etablissements Franz Colruyt NV*, in *Racc.*, 2006 I-8501, spec. parr. 63 ss. Aggiunge C. LEMA DEVESA, *La pubblicità comparativa nell'Unione europea*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, p. 5 ss., che «s'altro canto, esigendo che le caratteristiche siano verificabili, si escludono dalla pubblicità comparativa le pubblicità basate su opinioni o giudizi personali. Di fatto, queste ultime non possono essere oggetto di verifica, dal momento che non esiste una linea guida per poter realizzare la verifica di tale opinione o giudizio personale».

<sup>45</sup> Il servizio oggetto di riesame da parte del Tribunale di Roma pare essersi evoluto in una piattaforma informativa denominata gestita da un'omonima Onlus, garantendo la creazione di profili reputazionali e l'accesso alle informazioni elaborate ai membri della community. Sul punto si rimanda a quanto pubblicato sul portale [www.corpnews.online](http://www.corpnews.online): «Tutti i partecipanti contribuiscono direttamente, con la creazione del proprio profilo reputazionale, pubblicato nella sezione annunci reputazionali, e l'eventuale contributo in quello altrui, rendendo le informazioni veritiere disponibili al resto della community. Nella stessa ottica ogni fruitore del sistema di qualificazione reputazionale ne diventa anche il controllore, potendo segnalare in qualsiasi momento errori o falsità presenti nel sistema. (...) La pubblicità è l'anima del commercio, ma come possiamo sapere se un professionista è davvero colui che dice di essere? In questa sezione gli utenti della community (...) potranno trovare informazioni certe e documentate, sulle persone, le aziende e gli enti che hanno pubblicato i loro annunci reputazionali. Da oggi abbiamo uno strumento affidabile. Le informazioni inserite sono certe proprio perché documentate, cioè corredate dai documenti che ne comprovano la veridicità. L'annuncio reputazionale è una vera e propria inserzione, ma con la differenza sostanziale che prima di essere pubblicata viene analizzata, puntigliosamente verificata e, una volta superati tutti i controlli, messa a disposizione della comunità (...)».

<sup>46</sup> Sull'autonomia dei due piani di tutela (quello relativo alla pubblicità ingannevole e quello in tema di pubblicità comparativa), con specifico riferimento alla tutela dei professionisti, cfr. CGUE, 13 marzo 2014, caso C-52/13, *Soc. Posteshop c. Autorità garante concorrenza e mercato*, in *Racc. dig.*, 2014: «La direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, deve essere interpretata nel senso che, per quanto riguarda la tutela dei professionisti, essa si riferisce alla pubblicità ingannevole e alla pubblicità illegittimamente comparativa come a due infrazioni autonome e che, al fine di vietare e di sanzionare una pubblicità ingannevole, non è necessario che quest'ultima costituisca al contempo una pubblicità illegittimamente comparativa».



servizi oggetto di comunicazione, «quali la loro disponibilità, la natura, esecuzione, composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l' idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli» (art. 3, par. 1, lett. a), dir. 2006/114).

Nella continua interazione tra sistema dei rimedi e regole autonome ed eteronome che è propria dell'attuale pluralismo ordinamentale<sup>47</sup>, non si può infine omettere di rilevare che l'utente registrato, inteso come professionista, è sottoposto alla vigenza delle norme deontologiche adottate dal «gruppo intermedio» rappresentato dall'ordine di cui è parte. La partecipazione a portali di *rating* potrebbe così porsi in contrasto con gli obblighi di trasparenza, liceità e non ingannevolezza previsti dai Codici deontologici adottati dai notai<sup>48</sup> e dai consulenti del lavoro<sup>49</sup> o, ancora, violare il divieto di indicare i nominativi dei clienti e rispettare il dovere di segretezza, o quello di fornire informazioni comparative, contemplati dalle norme relative all'esercizio della professione forense<sup>50</sup>

<sup>47</sup> In argomento v. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 34 ss.; P. STANZIONE, *Plaidoyer per il diritto comparato*, in *Comp. e dir. civ.*, 2010; con riguardo all'ambito di Internet e delle comunicazioni elettroniche cfr. T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Perc. cost.*, 1, 2014, p. 13 ss.; P. SAMMARCO, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Dir. inf.*, 2006, 6, p. 711 ss.

<sup>48</sup> Cfr. gli artt. 15 e 16 dei principi di deontologia professionale dei notai, approvato con deliberazione del Consiglio Nazionale del Notariato n. 2/56 del 5 aprile 2008.

<sup>49</sup> Art. 33 del Codice deontologico approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro con delibera n. 333 del 29 luglio 2016.

<sup>50</sup> Art. 17 del Codice deontologico forense, approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31/01/2014: «1. È consentita all'avvocato, a tutela dell'affidamento della collettività, l'informazione sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e struttura dello studio, sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti. 2. Le informazioni diffuse pubblicamente con qualunque mezzo, anche informatico, debbono essere trasparenti, veritiere, corrette, non equivocate, non ingannevoli, non denigratorie o suggestive e non comparative. 3. In ogni caso le informazioni offerte devono fare riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale». Sul tema si rimanda a M. LIBERTINI, *Pubblicità, concorrenza e deontologia forense*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 259 ss., il quale nel rilevare la non tassatività del divieto di informazione comparativa, né, in generale, l'utilità e la liceità dei servizi resi dalle agenzie indipendenti di *rating*, rileva come «Il compito della giustizia disciplinare dovrebbe essere, invece, quello di colpire con maggiore severità il fenomeno della pubblicità non trasparente, che viene troppo spesso tollerata. Sotto questo profilo c'è da rilevare che l'A.G.C.M., mentre difende sempre, come punto di principio, l'ammissibilità della pubblicità comparativa diretta tra avvocati (che invece è vietata in tutto il mondo, ma comunque sarebbe impossibile da realizzare, almeno in Europa, dato che qui



e di dottore commercialista<sup>51</sup>.



la pubblicità comparativa richiede requisiti di oggettività e verificabilità del confronto, che sono praticamente impossibili in materia di servizi legali) non è stata finora particolarmente sensibile a quella forma di comparazione surrettizia, che si realizza mediante il frequente uso di pubblicità non trasparente». Per ulteriori approfondimenti v. AGCM, provv. n. 19435 - IC 34 del 15 gennaio 2009, *Indagine conoscitiva riguardante il settore degli ordini professionali* e ancora il provv. n. 22052 - PB279B del 26 gennaio 2011, *Consiglio Nazionale del Notariato - Riesame delibera*, entrambi pubblicati sulla pagina web: [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>51</sup> Art. 44 del Codice deontologico approvato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili in data 17/12/2015.