

# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Anno 2023 – Numero 3

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:** Giuseppe Vettori

**Comitato di direzione:** Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

**Comitato dei revisori:** Giorgio Afferni; Antonio Albanese; Arianna Alpini; Franco Angeloni; José Luis Argudo Periz; Maria Annunziata Astone; Federico Azzarri; Angelo Barba; Vincenzo Barba; Luca Barchiesi; Andrea Barenghi; Ettore Battelli; Emanuele Bilotti; Lucia Bozzi; Andrea Bucelli; Valentina Calderai; Mario Pio Calogero; Simona Caporusso; Gabriele Carapezza Figlia; Valeria Caredda; Roberto Carleo; Sonia Carmignani; Achille Antonio Carrabba; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Bianca Checchini; Maddalena Cinque; Maria Antonia Ciocia; Claudio Colombo; Nicola Corbo; Alessandra Cordiano; Camilla Crea; Fabrizio Criscuolo; Vincenzo Cuffaro; Alessandro D'Adda; Valeria De Lorenzi; Francesco Delfini; Matteo Della Casa; Stefano Deplano; Francesca Di Lella; Mirko Faccioli; Rocco Favale; Alessia Fachechi; Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez; Edoardo Ferrante; Federico Ferro-Luzzi; Nicoletta Ferrucci; Arianna Finessi; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Luigi Follieri; Giampaolo Frezza; Arianna Fusaro; Francesco Gambino; Bianca Gardelli Tedeschi; Rosaria Giampetraglia; Stefania Giova; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Paola Iamiceli; Claudia Irti; Angela La Spina; Eva Leccese; Raffaele Lenzi; Joelle Long; Francesco Longobucco; Emanuele Lucchini Guastalla; Nicola Lucifero; Daniele Maffei; Anna Malomo; Francesca Manolita; Manuela Mantovani; Pierluigi Mazzamuto; Marisa Meli; Raffaella Messinetti; Francesco Mezzanotte; Roberta Montinaro; Andrea Mora; Arnaldo Morace Pinelli; Paolo Morozzo della Rocca; Raimondo Motroni; Gaetano Edoardo Napoli; Luca Nivarra; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salé; Andrea Orestano; Mauro Orlandi; Mauro Paladini; Massimo Palazzo; Antonio Palmieri; Rosanna Pane; Paolo Papanti Pellettier; Teresa Pasquino; Francesco Paolo Patti; Enza Pellecchia; Mauro Pennasilico; Leonardo Pérez Gallardo; Valerio Pescatore; Mariassunta Piccinni; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Dianora Poletti; Massimo Proto; Roberto Pucella; Vincenzo Putorti; Maddalena Rabitti; Andrea Renda; Francesco Rende; Giorgio Resta; Francesco Ricci; Vincenzo Ricciuto; Nicola Rizzo; Umberto Roma; Lucia Ruggeri; Antonio Saccoccio; Ugo Salanitro; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Tommaso Oberdan Scozzafava; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Umberto Stefini; Giovanni Stella; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tescaro; Sara Tommasi; Stefano Troiano; Alberto Venturelli; Vincenzo Verdicchio; Pietro Virgadamo; Sandra Winkler.

**Responsabili della Redazione:** Daniele Imbruglia e Mario Mauro

**Redazione:** Francesca Bertelli; Marco Francesco Campagna; Federico Della Negra; Marco Farina; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Antonello Iuliani; Mario Mauro; Tommaso Pellegrini; Federico Pistelli; Chiara Sartoris; Shaira Thobani; Emanuele Tuccari..

**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it) **Web:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Tutti i contributi sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori, ad eccezione dell'Osservatorio a cura dell'OGID, esonerato ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

## Saggi

Cercare la verità nel diritto. Primi appunti, di Giuseppe Vettori .....	p. 407
Sessant'anni dalla <i>'pacem in terris'</i> , di Tommaso Dalla Massara .....	p. 413
Alla ricerca della «verità in pittura» fra autenticazione e accertamento, di Giampaolo Frezza .....	p. 421
“Utilità sociale e autonomia privata”: l’insegnamento di un Maestro, di Raffaella Rametta .....	p. 437
Il condominio come parte negoziale: ente, gruppo, consumatore?, di Ernesto Capobianco .....	p. 450
<i>Leasing</i> nel bilancio e revisione delle categorie del diritto civile, di Andrea Bucelli .....	p. 461
Telemedicina ed essenza fiduciaria del rapporto di cura, di Roberto Senigaglia .....	p. 470
Sistemi intelligenti e regole di responsabilità, di Antonino Astone .....	p. 484

## Commenti

Dall'esclusività all'accesso nella <i>sharing economy</i> , di Giulia Bazzoni .....	p. 509
Il paradigma identitario nella società digitale, di Gaetano Guzzardi .....	p. 524
L'enforcement “privato” nei mercati finanziari: la “nuova” azione di classe a tutela degli investitori nel prisma della fattispecie societaria, di Attilio Altieri .....	p. 538
Marketing d'influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell'inserzionista, degli <i>influencer</i> e dell' <i>internet service provider</i> , di Antonio Paolo Seminara .....	p. 548
Invii di e-mail promozionali ai clienti “non paganti”: il <i>soft spam</i> al vaglio della Corte di Cassazione, di Lavinia Vizzoni .....	p. 567

## Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID* .....	p. 581
---	--------

seguire un processo completo che non si deve limitare alla sola fase di pubblicazione, ma deve includere “*momenti continui di aggiornamento, monitoraggio e coinvolgimento degli utenti finali*” per saggiare l’impatto economico e sociale dei dati divulgati (p. 55). A tal fine spetta a ogni ente interessato individuare al proprio interno una singola figura o un gruppo di lavoro incaricato di curare le attività di apertura e di aggiornamento dei dati (p. 58).

I §§ 5.1.2 e seguenti delle linee guida descrivono il processo di apertura dei dati che può iniziare anche su impulso di soggetti esterni all’organizzazione dell’ente pubblico interessato. Esso comincia con la preliminare “*ricognizione dei dati detenuti e trattati dall’ente*” (p. 60); prosegue con la “*analisi giuridica delle fonti del dato*” volta ad accertare l’esistenza di eventuali limiti d’uso e di circolazione (p. 62); continua con le necessarie operazioni di manutenzione qualitativa e di modellazione del dato per migliorarne la fruizione (pp. 67-70); termina con la validazione del contenuto del dato e con la sua pubblicazione (p. 74). Ciascuna delle fasi descritte concorre a garantire il rispetto di quattro principi basilari che sono l’accuratezza, la coerenza, la completezza e l’attualità del dato divulgato (p. 80).

La diffusione dei dati al pubblico deve avvenire senza restrizioni di sorta (salvo quelle giustificate da oggettive e non sproporzionate ragioni di interesse generale), utilizzando licenze riconosciute e validate a livello internazionale da organismi tecnici di certificazione (p. 91; all. B). Opportunamente le linee guida precisano che l’apertura dei dati pubblici deve osservare il principio di non discriminazione e di regola devono essere esclusi o comunque fortemente limitati nel tempo eventuali “*accordi di esclusiva*” che conferiscano diritti speciali di utilizzo dei dati a determinate categorie di soggetti privati (§ 6.4).

Da ultimo le linee guida dell’AgID hanno cura di precisare che ciascun soggetto tenuto ad applicare la normativa di settore sull’apertura dei dati pubblici deve “*pubblicare e aggiornare annualmente nei propri siti istituzionali gli elenchi delle categorie di dati detenuti ai fini del riutilizzo attraverso collegamenti ipertestuali al portale nazionale dati.gov.it*” (p. 118).

FILIPPO D’ANGELO

[https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository\\_files/lg-open-data\\_v.1.0\\_1.pdf](https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/lg-open-data_v.1.0_1.pdf)

2023/3(7)CAT

**La sentenza CGUE del 4.7.2023 nel caso C-252/21 sui rapporti tra privacy e antitrust, sulla pubblicità dei dati sensibili e sulla inadeguatezza della base del legittimo interesse per il trattamento dei dati inerenti la pubblicità comportamentale di Meta (sentenza Meta abuso di posizione dominante)**

Il 4 Luglio 2023, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE), riunita in Grande Sezione nella causa C-252/21 si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale presentato nell’ambito di una controversia tra *Meta Platforms Inc.* e il *Bundeskartellamt* (Autorità federale garante della concorrenza, Germania) in merito alla decisione di quest’ultimo di vietare a Meta di subordinare, tramite le condizioni generali, l’utilizzo di Facebook da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento dei loro dati personali per finalità di pubblicità personalizzata, procedendo a tali operazioni senza il loro consenso. Inoltre, tale Autorità ha sottolineato che un siffatto consenso non sarebbe comunque valido, in quanto costituirebbe uno sfruttamento abusivo della posizione dominante di Meta sul mercato tedesco.

Meta ha presentato un ricorso dinanzi all’*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania), sollevando alcune questioni inerenti, da un lato, la possibilità per le Autorità garanti della concorrenza di verificare e pronunciarsi sulla conformità di un trattamento di dati personali ai requisiti stabiliti nel Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR) e, dall’altro, l’interpretazione e l’applicazione di talune disposizioni di detto regolamento.

Allo scopo di dirimere tali questioni, Il Tribunale superiore ha adito la CGUE in via pregiudiziale. In particolare, sono state rinviate alla CGUE le seguenti questioni:

- a) se sia compatibile con gli articoli 51 e ss. del GDPR il fatto che un’Autorità diversa da quella competente a garantire un controllo sulla liceità e correttezza dei trattamenti di dati personali rilevi, nell’ambito di una verifica sull’eventuale abuso di posizione dominante di un operatore, che le condizioni contrattuali applicate dallo stesso violino il GDPR, imponendo la conseguente regolarizzazione di tali violazioni.
- b) se debbano considerarsi categorie particolari di dati personali ai sensi dell’articolo 9 del GDPR quelli raccolti da Meta all’accesso e durante l’utilizzo, da parte dell’interessato, di siti e app (ad esempio, di incontri, di partiti politici o

relativi alla salute) e successivamente ricollegati all'account di quest'ultimo, nonché, in caso affermativo, se l'accesso a tali siti e app e/o l'inserimento di dati e/o l'attivazione di pulsanti ("plug-in social" come "Mi piace", "Condividi" o "Facebook Login" o "Account Kit") costituiscano una modalità di rendere manifestamente pubblici i dati relativi all'accesso di per sé e/o i dati immessi da parte dell'utente, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del GDPR e, pertanto, rendano ex se lecito tale trattamento;

- c) se Meta possa utilizzare le basi giuridiche del contratto (articolo 6, par. 1, lett. b) GDPR) o del legittimo interesse (articolo 6, par. 1, lett. f) GDPR), dell'obbligo di legge articolo 6, par. 1, lett. c) GDPR e della salvaguardia di un interesse vitale o pubblico (articolo 6, par. 1, lett. d) ed e) GDPR) per effettuare pubblicità personalizzata sui propri utenti;
- d) se, accertato l'abuso di posizione dominante di un'impresa, possa essere considerato valido, e in particolare libero, il consenso al trattamento dei propri dati personali espresso da un utente nei confronti di tale titolare.

La CGUE si è pronunciata sulle suddette questioni come segue

- a) Con riferimento al riparto di competenze tra Autorità privacy e antitrust, fermo restando il rispetto dell'obbligo di leale cooperazione, un Garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, ai sensi dell'art. 102 TFUE, che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi al GDPR, qualora la constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza dell'abuso, dunque della violazione di sua competenza.

Tuttavia, l'Autorità della concorrenza non può discostarsi da una decisione di quella privacy che riguardi tali condizioni generali e, in ogni caso, anche in assenza di un'indagine o di una decisione di detta Autorità, qualora ritenga che le condizioni in questione non siano conformi al GDPR, ha il dovere di consultare l'Autorità di controllo privacy e chiederne la cooperazione, al fine di determinare se si debba attendere l'adozione di una sua decisione prima di iniziare la propria valutazione. In assenza di obiezioni o di risposta entro un termine ragionevole, l'Autorità antitrust può proseguire la propria indagine.

- b) L'articolo 9, paragrafo 1, del GDPR deve essere interpretato nel senso che: nel caso in cui un utente di un social network consulti siti o

applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate da tale disposizione e, se del caso, inserisca in essi dati, iscrivendosi oppure effettuando ordini online, il trattamento di tali dati deve essere considerato un «trattamento di categorie particolari di dati personali», il quale è in linea di principio vietato, fatte salve le deroghe previste dal paragrafo 2 dello stesso articolo 9 del GDPR.

Inoltre, la semplice consultazione di siti o applicazioni correlati a una o più categorie particolari non equivale a rendere manifestamente pubblici i relativi dati. Infine, quando inserisce informazioni in tali siti o applicazioni nonché quando attiva pulsanti di selezione integrati in questi ultimi (es. «Mi piace» o «Condividi»), tale utente rende manifestamente pubblici, ai sensi di detto articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del GDPR, i dati così inseriti o risultanti dall'attivazione di tali pulsanti soltanto se abbia esplicitamente espresso preliminarmente la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone.

- c) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera b) (base giuridica del contratto) del GDPR deve essere interpretato nel senso che: il trattamento di dati personali effettuato da Meta, consistente nella profilazione a fini pubblicitari dell'utente, può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti solo a condizione che detto trattamento sia oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza di tale trattamento.

Il fatto che il trattamento sia menzionato nel contratto oppure che esso sia soltanto utile per la sua esecuzione è, di per sé, irrilevante. Infatti, l'elemento determinante ai fini dell'applicazione di tale base giuridica è che il trattamento sia essenziale per consentire la corretta esecuzione del contratto stipulato tra quest'ultimo e l'interessato e, pertanto, che non esistano altre soluzioni percorribili e meno invasive.

L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f) (base giuridica del legittimo interesse) del GDPR può essere considerata una base giuridica idonea per la pubblicità profilata solo se: il titolare del trattamento abbia precisamente informato gli interessati in merito al legittimo interesse, tale trattamento sia effettuato entro i limiti di quanto strettamente necessario alla realizzazione di suddetto interesse e il contemperamento delle



contrapposte pretese non comporti una prevalenza delle libertà e dei diritti fondamentali di tali utenti che richiedano la protezione dei dati personali, sul legittimo interesse del titolare.

Ne deriva che, nel caso concreto, né il contratto, né il legittimo interesse (né tantomeno l'obbligo legale o l'interesse vitale) possano essere considerati basi giuridiche idonee ai fini della pubblicità personalizzata operata da Meta.

d) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (consenso dell'interessato) del GDPR devono essere interpretati nel senso che: la circostanza che l'operatore di un social network occupi una posizione dominante sul mercato non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social possano validamente acconsentire al trattamento dei loro dati personali. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare.

La pronuncia della CGUE ha statuito una serie di principi di grande importanza e, a parere di chi scrive, non privi di criticità. Se da un lato, infatti, la Corte ha affrontato in modo deciso il riparto di competenze tra Autorità indipendenti, adottando una soluzione flessibile che non impedisce, da parte dell'antitrust, l'analisi in sede di istruttoria di questioni utili alla risoluzione del caso concreto imponendo tuttavia una cooperazione con l'Autorità privacy, dall'altro ha finito, seppur indirettamente, per delineare un vero e proprio modello di business che Meta avrebbe dovuto adottare, quello del consenso, salvo poi affermare che lo stesso non può, nel caso concreto, ritenersi liberamente prestato e, dunque, valido. In tal senso, permangono alcuni dubbi sul contemperamento effettuato dall'organo giudicante tra principi fondamentali e, in particolare, su quanto sia stato salvaguardato il diritto alla libertà d'impresa sancito dall'articolo 16 della Carta di Nizza. Merita, peraltro, di essere osservato che la CGUE sembra riproporre una visione "consenso-centrica" (parzialmente anacronistica) tenendo in scarsa considerazione le altre basi giuridiche (paragrafi 91 e 92 della sentenza).

Fatta questa premessa, va ricordato che, perlomeno per quanto riguarda la pronuncia di non idoneità della base giuridica del contratto ai fini della pubblicità personalizzata nel caso di specie, la CGUE si è limitata, come dovuto, ad esprimere un giudizio sul caso concreto analizzando le argomentazioni fornite dal titolare del trattamento.

Meta si è difesa affermando che la pubblicità personalizzata era necessaria per offrire il servizio di social network. Come noto, l'articolo 6, paragrafo 1, lett. b) del GDPR prevede che il trattamento è lecito se "è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso". La CGUE ha rilevato, come precedentemente fatto sia dall'EDPB che dall'Autorità privacy irlandese (sulle relative pronunce v. in questa Rubrica la notizia 6 nel numero 2023/1 [2023/1(6)GDI]:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/05/Osservatorio.pdf>), che il servizio di social network è autonomo e può essere materialmente fruito indipendentemente dalla pubblicità personalizzata. Tutt'al più, secondo la CGUE l'attività promozionale potrà dirsi utile, ma non oggettivamente indispensabile per l'erogazione del servizio. Ne consegue che il contratto non si configura come idonea base giuridica per la pubblicità personalizzata nel caso oggetto di trattazione. Resta, ad oggi, la curiosità sull'esito di questa e di altre controversie laddove Meta fosse stata più coraggiosa e avesse sostenuto che la pubblicità personalizzata non era tanto necessaria a rendere il servizio di social network, bensì (come in realtà è evidente) a finanziarlo grazie agli introiti che riceve da chi paga la pubblicità, configurandosi in sostanza come vera e propria controprestazione del sinallagma contrattuale. È chiaro che ciò non sia avvenuto in quanto il colosso statunitense non ha voluto mettersi nella posizione di autoproporre il mutamento del proprio modello di business. In tal caso, infatti, nella migliore delle ipotesi e sul modello dei *pay-wall*, avrebbe dovuto quantomeno offrire un'alternativa di fruizione del social a pagamento oltre a quella surrettiziamente gratuita e finanziata tramite la pubblicità personalizzata. In tal senso, tuttavia, non si registra una chiusura di principio da parte del giudice europeo al contratto quale base giuridica per la pubblicità personalizzata.

CARMINE ANDREA TROVATO

[CURIA - Documenti \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/curia.do?method=docsList)

2023/3(8)GDI

**Il provvedimento del 14.7.2023 del Garante norvegese per la protezione dei dati personali sulla base del legittimo interesse per la pubblicità comportamentale di Meta**