

## **Doppia natura (e doppia sanzione) per i dati personali: il caso Facebook al vaglio del Tar Lazio**

Con due sentenze gemelle n. 260 e n. 261 pubblicate il 10 gennaio 2020<sup>1</sup>, la Sezione Prima del Tar Lazio si è pronunciata sul provvedimento n. 27432/2018<sup>2</sup> con il quale l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha irrogato in solido, a Facebook Inc. ed alla controllata irlandese Facebook Ireland Ltd., sanzioni amministrative per complessivi 10 milioni di euro per due pratiche commerciali scorrette nei confronti degli utenti italiani del Social network.

### **Il provvedimento AGCM**

Con il provvedimento n. 27342/2018, l’AGCM ha accertato a carico di Facebook una pratica commerciale ingannevole, vietata dagli artt. 21 e 22 del Codice del consumo. La condotta consiste nella carenza informativa fornita nella fase di prima registrazione dell’utente alla piattaforma, nella quale con il *claim* «*Iscriviti, è gratis e lo sarà per sempre*», Facebook evidenziava la gratuità del servizio senza specificare le finalità commerciali, di profilazione e marketing, di utilizzo dei dati raccolti. Tale vuoto informativo non viene sanato, secondo l’Autorità, dal link alla *Normativa sui dati* presente nella pagina di registrazione, atteso che «*l’assenza di un alert su un elemento rilevante del contratto quale quello che riguarda appunto l’uso commerciale dei dati degli utenti, determina una grave incompletezza informativa che non può essere sanata dai meri rimandi tramite link ad ulteriori approfondimenti*»<sup>3</sup>.

L’AGCM ha accertato anche una seconda pratica aggressiva, vietata dagli artt. 24 e 25 del Codice del consumo: secondo le evidenze acquisite dall’Autorità, Facebook avrebbe preimpostato automaticamente la funzione che comporta la trasmissione dei dati degli utenti, per finalità di profilazione e commerciali, dalla Piattaforma social ai siti web/app di terzi e viceversa senza preventivo consenso espresso dell’interessato. In tale meccanismo l’utente avrebbe disposto di una mera facoltà di *opt-out*, che veniva disincentivata da Facebook prospettando conseguenti difficoltà nella fruizione dei servizi del Social network e dei siti web/app di terzi.

Nel corso del procedimento, Facebook si era difesa sostenendo che la fornitura di servizi “gratuiti”, in assenza di una controprestazione monetaria, non costituisce un’attività economica rilevante ai sensi del Codice del consumo. Inoltre, secondo Facebook, l’AGCM avrebbe agito «*al di là delle proprie competenze nella misura in cui utilizza le norme a tutela del consumatore per analizzare condotte che dovrebbero essere valutate sulla base della normativa sulla privacy e sul trattamento dei dati personali*»<sup>4</sup>. I fatti contestati avrebbero dunque dovuto essere accertati dall’Autorità competente in materia di dati personali, nella specie l’*Irish Data Protection Commission* (in considerazione dello Stato UE di stabilimento della controllata irlandese), anziché dall’AGCM.

Nel rigettare entrambe le eccezioni, ribadendo una tesi già espressa nel caso *WhatsApp* del 2017<sup>5</sup> l’AGCM ha in primo luogo confermato che l’uso dei dati degli utenti per finalità di marketing configura un «*rapporto di consumo tra il Professionista e l’utente che utilizza i servizi di [Facebook] (tramite sito e app), anche in*

---

<sup>1</sup> Disponibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>2</sup> [PS11112 – FACEBOOK – CONDIVISIONE DATI CON TERZI](#), provv. n. 27432 del 29 novembre 2018 in Boll. 46/2018.

<sup>3</sup> *Ibidem*, punto 56.

<sup>4</sup> *Ibidem*, punto 34.

<sup>5</sup> [PS10601 – WHATSAPP – TRASFERIMENTI DATI A FACEBOOK](#). In tale procedimento, l’Autorità aveva sanzionato WhatsApp 3 milioni di euro per una pratica commerciale scorretta di tipo aggressivo ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo, concernente la modifica delle condizioni generali di contratto. In tal caso, l’AGCM aveva confermato la natura di pratica commerciale scorretta della condotta di WhatsApp, in ragione del valore economico dei dati personali degli utenti dei social media, i quali costituiscono una «*controprestazione non pecuniaria*».

*assenza di corrispettivo monetario*», così sancendo che i dati degli utenti sono a tutti gli effetti una «*controprestazione non pecuniaria*»<sup>6</sup>.

Inoltre, l'AGCM ha confermato la propria competenza ribadendo che «*la circostanza che alle condotte della società [Facebook] sia applicabile la normativa sulla privacy, non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette*». Mentre la disciplina della privacy affidata al Garante tutela i dati personali, «*il Codice del Consumo, in materia di pratiche commerciali scorrette, ha l'obiettivo di tutelare il consumatore da scelte economiche indotte da pratiche ingannevoli e aggressive che non trovano regolazione in specifiche discipline*». Secondo l'AGCM, dunque, «*le due discipline hanno un campo di applicazione materiale differente e perseguono interessi distinti. Di conseguenza non sussiste un conflitto tra le due discipline, integrandosi, piuttosto, le stesse in maniera complementare*»<sup>7</sup>.

## **La pronuncia del Tar Lazio**

Con le sentenze in commento, il Tar Lazio ha parzialmente annullato il provvedimento n. 27342/2018 quanto alla seconda condotta aggressiva, ritenendo che l'AGCM abbia erroneamente valutato l'automatismo del trasferimento dei dati. Diversamente da quanto stabilito dall'AGCM, e secondo quanto provato da Facebook in giudizio, detto meccanismo richiede correttamente il consenso espresso dall'utente “su base granulare” per ogni singola app/sito web.

Nel confermare invece la sussistenza della prima pratica commerciale scorretta attinente alle carenti informazioni fornite al consumatore all'atto della prima iscrizione al Social network, il Tar fornisce alcune indicazioni per la corretta impostazione delle condizioni di utilizzo dei servizi ad oggi indicati nella prassi impropriamente come “gratuiti” in quanto privi di controprestazioni monetarie.

Il Tar conferma in primo luogo che i dati personali rivestono una “doppia natura”: essi sono l'oggetto di un diritto fondamentale dell'individuo protetto dalle disposizioni sulla privacy, ma sono anche “*un 'asset' disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di 'controprestazione' in senso tecnico di un contratto*”. Da tale “*patrimonializzazione*” deriva che gli operatori economici, che erogano una prestazione ottenendo in cambio i dati degli utenti, devono attenersi agli obblighi previsti dal Codice del Consumo quanto alla chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni fornite ai consumatori. Questi ultimi devono dunque essere posti con immediatezza, sin dalla prima fase di adesione, in condizione di comprendere quale sia l'oggetto dello scambio di prestazioni sotteso alla fruizione del servizio di social network.

Il Tar conferma che, così come ritenuto dall'AGCM, il mero link alla Normativa dati, alle Condizioni d'uso e Normativa Cookie (presente nella pagina di registrazione) non vale a sanare il vuoto informativo, atteso che le informazioni accessibili tramite link non sono «*né chiaramente né immediatamente percepibili*», risultando per l'effetto inidonee a far venire meno l'omissione e l'ingannevolezza riscontrata.

Il Tar ribadisce inoltre che il rilievo patrimoniale dei dati non costituisce un'acquisizione nuova per le imprese: oltre che nel citato caso *WhatsApp* del 2017, lo si rinviene anche negli *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali* del 25 maggio 2016, nella quale la Commissione Europea scrive che «*i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto*».

L'emersione della dimensione patrimoniale dei dati personali è del resto ormai codificata dalla Direttiva (UE) 2019/770<sup>8</sup>, che dovrà essere recepita dagli Stati UE a partire dal 1° luglio 2021, nella quale si fornisce

---

<sup>6</sup> Provv. n. 27432 cit. punto 54.

<sup>7</sup> *Ibidem*, punto 46.

<sup>8</sup> Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali in GUUE L 136 del 22.5.2019, pagg. 1–27.

espressamente tutela al consumatore in quelle forme contrattuali nelle quali la controprestazione è costituita dai dati del consumatore stesso.

Dalla “doppia natura” dei dati personali derivano ulteriori conseguenze, sul piano pratico e sanzionatorio a carico delle imprese: ad assicurare il consenso informato dell’utente quanto all’utilizzo commerciale dei dati personali non basta l’informativa privacy (le cui irregolarità sono eventualmente sanzionate dal Garante per la protezione dei dati ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679). Secondo il Tar, ogni professionista è obbligato dal Codice del consumo ad indicare chiaramente al consumatore, contestualmente alla conclusione del contratto nella specie coincidente con la registrazione alla piattaforma, quale sia l’oggetto dello scambio di prestazioni sotteso alla fruizione del servizio. Da ciò consegue che gravano in capo alle imprese due responsabilità distinte e concorrenti, l’una per l’eventuale violazione della disciplina a tutela della privacy prevista dal Regolamento (UE) 2016/679 e dal D.lgs. 196/2003 con sanzioni fino al 4% del fatturato annuo irrogate dal Garante per la protezione dei dati<sup>9</sup>; la seconda per violazione del Codice del Consumo con sanzioni fino a 5 milioni di euro per ogni pratica commerciale accertata dall’AGCM<sup>10</sup>.

In considerazione «della diversità dei campi di applicazione e degli strumenti di tutela previsti dalle relative normative di settore», secondo il Tar è possibile escludere il rischio che tale approccio comporti «un effetto plurisanzionatorio della medesima condotta (intesa come identico fatto storico) posta in essere dal professionista che gestisce il social network». Secondo il Tar, infatti, l’oggetto di indagine da parte delle competenti autorità Garante dei dati ed AGCM riguarderebbe «condotte differenti dell’operatore, afferenti nel primo caso al corretto trattamento del dato personale ai fini dell’utilizzo della piattaforma e nel secondo caso alla chiarezza e completezza dell’informazione circa lo sfruttamento del dato ai fini commerciali».

#### “SERVIZI VS DATI PERSONALI”

##### Indicazioni operative per le imprese

- ✓ Non utilizzare il termine “**gratis**” se, pur in assenza di un prezzo monetario, il servizio è fornito quale controprestazione dei dati personali del consumatore
- ✓ Ai sensi del Codice del consumo, contestualmente al primo *claim* funzionale all’adesione al servizio, occorre fornire al consumatore chiare informazioni in merito al **rapporto economico fra le controprestazioni** “*servizio vs dato personale*”
- ✓ L’**informativa privacy**, obbligatoria ai sensi dell’art. 13-83 GDPR, non è sufficiente ad evitare responsabilità per violazione del Codice del consumo
- ✓ Le informazioni fornite agli utenti in relazione all’utilizzo dei loro dati personali espongono l’impresa al rischio di **due distinte sanzioni**: fino a 5 milioni di euro per violazione del Codice del consumo; fino al 4% del fatturato annuo per violazione del GDPR.

### Obblighi informativi tra Codice del consumo e GDPR

Attualmente, per iscriversi a Facebook occorre accedere alla home page in cui compare il *claim* «è veloce e semplice» (introdotto in sostituzione dell’originario «Iscriviti, è gratis e lo sarò per sempre» contestato dall’AGCM). Da qui, compilati alcuni dati, Facebook ci informa che “[c]liccando su *Iscriviti*, accetti le nostre **Condizioni**. Scopri in che modo raccogliamo, usiamo e condividiamo i tuoi dati nella nostra **Normativa sui dati** e in che modo usiamo cookie e tecnologie simili nella nostra **Normativa sui cookie**. Potresti ricevere notifiche tramite SMS da noi, ma puoi disattivarle in qualsiasi momento”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Art. 83 GDPR.

<sup>10</sup> Art. 27 Codice del consumo.

<sup>11</sup> Fonte: <https://it-it.facebook.com/> visto il 31 gennaio 2020.

In altri termini, con un'unicità di azione da parte del consumatore, questi accetta le condizioni generali di contratto<sup>12</sup> e l'informativa sui dati personali e cookie, che dovrebbero fornire all'utente "*nel momento in cui i dati personali sono ottenuti*" le informazioni previste dall'art. 13 GDPR.

L'AGCM ed il Tar sembrano convenire che, nonostante la materiale unicità del gesto richiesto per l'iscrizione al consumatore, costui debba essere posto in condizione di conoscere chiaramente due distinti elementi informativi: quanto previsto dal Codice del consumo in merito al rapporto economico fra le controprestazioni servizio/dato personale, e quanto previsto dall'art. 13 GDPR in merito al trattamento dei dati personali, ciascuno sottoposto a sanzioni specifiche ed ad una diversa Autorità di controllo.

Quanto al rispetto del Codice del consumo, nella specie oggetto del provvedimento impugnato, il Tar Lazio sembra richiedere che le informazioni in merito al rapporto fra le controprestazioni "servizio vs dato personale" siano visualizzate contestualmente e con chiarezza in relazione al primo *claim* rivolto al consumatore in sede di adesione al servizio.

Tale approccio appare confermato nel più recente procedimento avviato dall'AGCM nei confronti di Facebook per l'inottemperanza al provvedimento n. 27342/2018, nella parte confermata dal Tar Lazio quanto alla prima condotta accertata. In sede di inottemperanza, l'AGCM ha affermato infatti che "[c]on particolare riferimento all'unica modifica attuata in relazione alla pagina di registrazione al social network, ossia la rimozione del claim di gratuità, si osserva come essa non sia sufficiente a rimuovere gli accertati profili di illegittimità. Il consumatore che si voglia registrare al social network continua a non essere informato con chiarezza e immediatezza in merito alle finalità commerciali della raccolta e utilizzo dei suoi dati da parte della società"<sup>13</sup>. Occorrerà attendere nei prossimi mesi la pronuncia del Consiglio di Stato, in sede di eventuale appello da parte di Facebook contro la sentenza di primo grado, per verificare se ed in che termini l'approccio sin qui delineato risulterà definitivamente confermato.

Avv. Sara Gobbato per Italia Ius, 31 gennaio 2020

---

<sup>12</sup> Ove si legge tra l'altro che «Facebook usa i dati personali dell'utente (ad es., informazioni su attività e interessi) per mostrargli le inserzioni più pertinenti». Fonte: <https://it-it.facebook.com/> visto il 31 gennaio 2020.

<sup>13</sup> [IP330 - FACEBOOK-RACCOLTA UTILIZZO DATI DEGLI UTENTI](#), provv. N. 28072 del 21 gennaio 2020, in Boll. 4/2020, spec. punto 7.