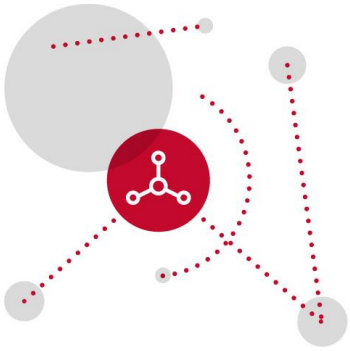
BonelliErede
with LOMBARDI

Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale

Gennaio 2020

Facebook sotto esame dell'AGCM e del TAR Lazio sul rapporto tra acquisizione dei dati e gratuità dei servizi online

Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale



Focus Team Leader
Tommaso Faelli
tommaso.faelli@belex.com
Tel. 02-771131

Autori
Maurizio Pappalardo
maurizio.pappalardo@belex.com
Tel: 02-771131

Giorgio Bitonto
giorgio.bitonto@belex.com
Tel: 06-845511

1. Il crescente interesse dell'Autorità Antitrust per il fenomeno dei dati

Secondo un recente rapporto OCSE, ***lo sfruttamento dei dati sta rivoluzionando l'economia mondiale*** e sempre più spesso le imprese attive nei più disparati settori avviano processi aziendali o sviluppano prodotti e servizi che si basano sull'analisi di una grande quantità di dati.
Ecco perché i dati, o meglio i ***big data***, sono oggi considerati a tutti gli effetti ***un vero e proprio input della produzione***, su cui le imprese stanno concentrando una buona parte dei propri investimenti.

> La disponibilità di una significativa mole di dati consente, infatti, alle imprese di **acquistare un vantaggio competitivo sui concorrenti** e di conoscere le abitudini di consumo e le preferenze dei propri consumatori, mettendole così in condizione di competere con successo sul mercato.

La centralità del fenomeno e la sua rilevanza ai fini concorrenziali hanno dunque indotto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**AGCM**" o "**Autorità**") a svolgere una serie di istruttorie connesse alle politiche di acquisizione e di sfruttamento dei dati da parte delle imprese, tra cui una recente indagine ad esito della quale è stata comminata a Facebook una sanzione di 5.000.000 Euro.
Il provvedimento dell'AGCM è stato recentemente oggetto di una pronuncia del TAR Lazio, che ha fornito una serie di importanti indicazioni in materia ed ha portato lo scorso 24 gennaio all'avvio di una **seconda istruttoria nei confronti di Facebook** avente ad oggetto una presunta inottemperanza a quanto disposto dall'Autorità ad esito della prima indagine.
Nella parte che segue, tiriamo le fila di questa importante vicenda, dalla quale si traggono diverse **utili indicazioni per le imprese che intendono implementare iniziative di business basate sullo sfruttamento dei dati**.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

2. Il provvedimento dell'AGCM

Ad aprile 2018, l'AGCM ha avviato nei confronti di Facebook un'istruttoria per una presunta violazione del Codice del Consumo con riferimento all'attività di acquisizione dei dati degli utenti iscritti al suo social network.

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha innanzitutto avuto modo di accertare che "*il business model di Facebook si fonda sulla raccolta e sullo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi, configurandosi pertanto tali dati come contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di un valore commerciale*".

> Dall'esame dei bilanci della società, è infatti emerso che **i ricavi provenienti dalla pubblicità online** basata sulla profilazione degli utenti a partire dai loro dati costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% di quello della capogruppo Facebook Inc.

Si tratta di una dinamica tipica dei cd. "***two sided markets***", ovvero di quei mercati in cui l'impresa, da un lato, offre un servizio senza richiedere un corrispettivo in denaro e, dall'altro, ne ottiene un ritorno economico connesso al numero di utenti che aderiscono al servizio. Come nel caso in esame, il ritorno economico può, ad esempio, derivare dalla vendita di spazi pubblicitari mirati o dalla cessione a terzi dei dati dei propri utenti.

Alla luce di tale importante elemento di background, l'AGCM ha **sanzionato** Facebook per **due distinte pratiche commerciali scorrette in violazione del Codice del Consumo**. In particolare:

(i) la **prima**, qualificata dall'Autorità quale **pratica commerciale ingannevole**, ha ad oggetto l'assenza di adeguata trasparenza in merito allo sfruttamento commerciale dei dati degli utenti. A fronte della seguente affermazione sulla gratuità del servizio offerto "*Iscriviti! È gratis e lo sarà per sempre*", Facebook non forniva, infatti, indicazioni altrettanto chiare ed immediate sull'uso dei loro dati ai fini commerciali. Tali informazioni erano contenute in una serie di **documenti sulla *privacy policy* di Facebook** che non solo **non dovevano essere necessariamente consultati** dagli utenti prima di accedere al servizio, ma che si dilungavano altresì in **lunghe e articolate precisazioni tecniche che di fatto rendevano improbabile una loro attenta lettura da parte degli utenti**;

(ii) quanto alla **seconda** pratica, l'Autorità ha ritenuto che Facebook abbia **indebitamente indotto i suoi utenti ad accettare il trasferimento dei loro dati** verso siti web e app di terzi utilizzando a tal fine "*modalità insistenti*

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

e tali da condizionare le scelte del consumatore".

In particolare, l'Autorità ha rilevato che la piattaforma Facebook (i) prevedeva un automatico trasferimento a terzi dei dati degli utenti, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente che poteva solamente esercitare la facoltà di *opt-out* e (ii) induceva gli utenti a credere che, in caso di disattivazione dell'opzione di trasferimento automatico dei dati, essi avrebbero subìto una serie di significative (ma in realtà inesistenti) limitazioni all'utilizzo delle funzionalità del social network.

> A fronte di tali condotte, l'Autorità ha irrogato una sanzione di 5.000.000 Euro non solo alla società del gruppo Facebook che aveva posto in essere le pratiche ritenute illecite (Facebook Ireland Ltd.), ma - **in solido** - anche a Facebook Inc. in qualità di capogruppo.

3. La sentenza del TAR

Facebook ha prontamente **impugnato** il provvedimento dell'Autorità innanzi al TAR Lazio, rilevando essenzialmente che:

(i) l'AGCM non sarebbe stata competente a pronunciarsi sulla politica di acquisizione dei dati da parte di Facebook, essendo tale pratica già disciplinata dalla normativa privacy e, pertanto, rimessa alla competenza del Garante per la Protezione dei Dati Personali;

(ii) i suoi utenti non sarebbero stati fuorviati dalla descrizione del servizio come "gratuito", poiché Facebook fornirebbe informazioni esaustive sul trattamento dei dati;

(iii) il trasferimento dei dati a piattaforme terze sarebbe avvenuto nel pieno rispetto della libertà degli utenti di opporsi a tale pratica e senza alcun tipo di inganno sulle conseguenze derivanti dall'esercizio della facoltà di *opt-out*;

(iv) l'estensione alla capogruppo della responsabilità per un illecito in materia di pratiche commerciali scorrette non troverebbe alcun fondamento normativo, atteso che l'istituto della *parental liability* è proprio della disciplina antitrust e non può essere esteso alle violazioni del Codice del Consumo.

Con sentenza n. 00261 pubblicata in data **10 gennaio 2020, il TAR** ha accolto solo in parte il ricorso di Facebook, confermando al contempo **sia il potere di intervento dell'AGCM sia l'illiceità della prima delle due pratiche sanzionate da tale Autorità.**

Quanto alla competenza dell'AGCM, il giudice amministrativo ha chiarito

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

che "*il fenomeno della 'patrimonializzazione' del dato personale tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore*".

> Non sussiste pertanto "alcuna incompatibilità o antinomia tra le previsioni del "**regolamento privacy**" **e** quelle in materia di **protezione del consumatore**, in quanto le stesse si pongono in termini di **complementarietà**".

Ne deriva uno scenario chiaro in cui se, da un lato, il **Garante Privacy** è responsabile di verificare il **rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali**, dall'altro l'**AGCM** gode di una parallela ed autonoma competenza, volta a verificare che le modalità di acquisizione e sfruttamento dei dati avvengano nel **rispetto dei principi previsti dal Codice del Consumo**. Tale competenza si estende peraltro anche al rispetto della disciplina antitrust, come confermato dalle diverse istruttorie in materia avviate dall'AGCM negli ultimi mesi.

Passando al merito delle condotte sanzionate, il TAR ha confermato l'ingannevolezza dell'affermazione con cui si comunicava il carattere gratuito di Facebook, poiché non accompagnata da una altrettanto evidente descrizione "*del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della registrazione degli utenti al social network*". Secondo quanto rilevato dal giudice amministrativo, infatti, "*il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là della utilizzazione del social newwork*".

Per quanto riguarda la seconda condotta sanzionata dall'AGCM, il TAR ha invece **accolto il ricorso di Facebook**. Il giudice amministrativo ha al riguardo accertato che *il consenso degli utenti di Facebook al trasferimento dei loro dati verso piattaforme terze, seppur preselezionato, non fosse sufficiente per procedere in tal senso*. A tal fine, l'utente infatti doveva altresì scegliere in un secondo momento se e quali dei suoi dati condividere con i siti e le *app* di terzi, potendo così esercitare una scelta pienamente libera e consapevole.

Da ultimo, il TAR ha confermato la **responsabilità della capogruppo** Facebook Inc. sulla base del presupposto che tale società: (i) detiene il controllo totalitario sull'attività di Facebook Ireland e avrebbe pertanto potuto vigilare al fine di prevenirne il comportamento illecito e (ii) ha beneficiato delle condotte scorrette di Facebook Ireland, che hanno

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

incrementato la dimensione del suo *social network* aumentandone il valore.

4. Il procedimento di ottemperanza avviato dall'AGCM

Facendo seguito alla sentenza del TAR, lo scorso 24 gennaio l'AGCM ha annunciato di aver avviato un **procedimento di inottemperanza** nei confronti di Facebook Ireland e di Facebook Ltd. per non avere correttamente modificato il proprio sito al fine di chiarire agli utenti che i loro dati erano oggetto di sfruttamento economico.

In ottemperanza al precedente provvedimento dell'AGCM, Facebook si era infatti limitata a sostituire sulla sua *home page* l'affermazione "*è gratis e lo sarà per sempre*" con il nuovo messaggio "*è veloce e semplice*".
Al riguardo, l'AGCM ritiene che tale modifica non faccia venire meno **l'ingannevolezza della pratica** poiché "*permane l'assenza di qualunque indicazione che fornisca una adeguata informativa agli utenti, con immediatezza ed efficacia, in merito alla raccolta che viene effettuata dei loro dati, al loro valore commerciale e al loro utilizzo per fini remunerativi*". Sul tema, l'Autorità ha altresì chiarito che "*il rinvio alle condizioni d'uso e alla normativa sui dati di Facebook non rappresenta una informativa immediata e chiara*" e pertanto **non è sufficiente** a mettere gli utenti Facebook in condizione di assumere una scelta pienamente informata sull'adesione o meno al *social network*.

Al termine dell'istruttoria per inottemperanza appena avviata, l'AGCM potrà, se del caso, comminare a Facebook un'ulteriore sanzione di un importo non superiore a 5.000.000 Euro.

5. Riflessioni conclusive

> Il caso Facebook certifica ulteriormente la **piena competenza dell'AGCM a pronunciarsi sulle attività di acquisizione e sfruttamento dei dati** e ciò sulla base dell'assunto che la normativa privacy e quelle preposte alla tutela dei consumatori e del mercato perseguono obiettivi diversi, seppur complementari.

A conferma di ciò, giova richiamare le ***recenti Linee Guida in materia di Big Data che le due autorità hanno adottato congiuntamente*** proprio al fine di rimarcare l'esigenza di tenere conto di entrambe le discipline in sede di **implementazione di strategie aziendali** basate sullo sfruttamento dei dati.
Nel merito, ciò che emerge dal caso Facebook è: (i) l'esigenza di chiarire ai consumatori in **maniera adeguata** quale sia l'utilizzo che viene fatto dei loro dati, evitando espressioni che possano creare confusione sul

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

carattere gratuito del servizio reso e non limitarsi ad un mero richiamo alla privacy policy o alle condizioni d'uso del sito, e (ii) il rischio di un'**estensione** della responsabilità per pratiche commerciali scorrette **anche alle capogruppo estere delle società operanti in Italia**.

Si conferma dunque - ancora una volta - l'importanza per tutte le imprese di adottare un approccio coordinato nell'impostare le proprie politiche di acquisizione e sfruttamento dei dati personali al fine di garantire una piena *compliance* sia sotto il profilo *privacy*, sia sotto quella della tutela dei consumatori e della piena concorrenzialità del mercato.

Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con focus su innovazione e trasformazione digitale.

Tommaso Faelli
Proprietà intellettuale

Marco Adda
Fiscale

Giulia Bianchi Frangipane
Societario

Alessandro Musella
Societario

Barbara Napolitano
Societario

Vittorio Pomarici
Lavoro

Maurizio Pappalardo
Antitrust

Federico Vezzani
Regolamentare

Gianpaolo Ciervo
Bancario

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.