

Il Regolamento e-Privacy tra principi giuridici e impatti sull'economia digitale

di Luca Bolognini (l.bolognini@istitutoprivacy.it)
Camilla Bistolfi (c.bistolfi@istitutoprivacy.it)
e Giovanni Crea (g.crea@istitutoprivacy.it)

Uno studio dell'Istituto Italiano per la Privacy e la Valorizzazione dei Dati
www.istitutoitalianoprivacy.it

Sommario

Introduzione	3
Parte Prima	5
Sezione 1 – Concetti e definizioni	5
1.1 – Riservatezza o protezione dei dati personali?.....	5
1.2 – Metadati o dati di contenuto?.....	6
1.3 – Dati in transito o dati archiviati?	7
1.4 – Operatori tradizionali di comunicazione o applicazioni e servizi basati su network indipendenti e sistemi cloud?.....	8
Sezione 2 – Gli Over the Top (OTT) e le comunicazioni elettroniche	8
2.1 – OTT e servizi di comunicazione elettronica	9
2.2 – Una classificazione delle tipologie di OTT	11
2.3 – Gli OTT e il delicato equilibrio tra Regolamento ePrivacy e GDPR	13
Parte Seconda	19
Sezione 3 – L’ePrivacy Regulation nella prospettiva dell’economia digitale	19
3.1 – Verso un’economia basata sul trattamento dei dati.....	19
3.2 – Gli assistenti personali digitali	20
3.3 – La pubblicità comportamentale.....	21
3.4 – I servizi digitali	23
3.5 – Servizi digitali per il trasporto privato	24
3.6 – Economia delle piattaforme, PMI e <i>start up</i> innovative	25
Sezione 4 – Riflessioni sul bilanciamento degli interessi nell’economia digitale	27
Conclusioni e raccomandazioni	28

Introduzione

Il 10 gennaio 2017, la Commissione Europea ha pubblicato la proposta di Regolamento relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche (Regolamento e-Privacy, di seguito “Reg. ePr” o “Proposta”)¹ che, una volta approvata, abrogherà e sostituirà l’attuale Direttiva 2002/58/CE (cd. “Direttiva e-Privacy”).

La Proposta segue e affianca l’ultimo importante passo legislativo europeo in materia di privacy, il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (di seguito “GDPR” o “Regolamento privacy”), al fine di introdurre un aggiornato set di regole, relative alle comunicazioni elettroniche, che rispettino e integrino quanto disposto dal Regolamento privacy ai sensi del Considerando 173, GDPR: *«È opportuno che il presente Regolamento si applichi a tutti gli aspetti relativi alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali con riguardo al trattamento dei dati personali che non rientrino in obblighi specifici, aventi lo stesso obiettivo, di cui alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, compresi gli obblighi del titolare del trattamento e i diritti delle persone fisiche. Per chiarire il rapporto tra il presente Regolamento e la direttiva 2002/58/CE, è opportuno modificare quest’ultima di conseguenza. Una volta adottato il presente Regolamento, la direttiva 2002/58/CE dovrebbe essere riesaminata in particolare per assicurare la coerenza con il presente Regolamento».*

L’allineamento con quanto già previsto dal GDPR si sostanzia, ad esempio, in un regime sanzionatorio simile e nella scelta di attribuire all’autorità che vigila sul rispetto del GDPR la responsabilità anche per l’applicazione della normativa ePrivacy. Inoltre, il regime di notifica di violazione dei dati previsto dal Reg. ePr non è diverso rispetto a quello già previsto nel GDPR negli artt. 33 e 34.

Un’altra importante ragione per la quale è stata formulata la Proposta risiede nella volontà del legislatore europeo di estendere il campo di applicazione della Direttiva 2002/58/CE anche ai cd. Over-The-Top (di seguito, “OTT”), ossia quei provider che forniscono, attraverso la rete Internet, servizi, contenuti e applicazioni. Secondo il punto di vista della Commissione Europea, infatti, la telefonia tradizionale e i messaggi testuali (SMS) sono stati ormai in larga parte sostituiti dalle funzioni offerte dagli OTT e, per questo, sembra necessario armonizzare la regolamentazione dei servizi di comunicazione digitali con quella dapprima riservata ai servizi di comunicazione “tradizionali”.

L’inclusione degli OTT all’interno del Reg. ePr è per la gran parte dovuta alla capacità dei metadati (ad es. data, ora, durata, lingua, luogo e tipo di comunicazione) di produrre business proprio per gli stessi Over-The-Top che, raccogliendoli e analizzandoli, ne beneficiano non solo in termini di marketing, ma anche nel caso di *big data analytics* e profilazione, andando a prevedere o formulare nuovi trend e modelli di comportamento basati sullo studio dell’interazione online, sulle modalità di selezione di luoghi, preferenze, eventi ecc.

Per questa ragione, la Proposta sottolinea: *«In linea con quanto disposto dalla comunicazione “Legiferare meglio”, la Commissione ha eseguito ex post un programma di controllo dell’adeguatezza e dell’efficacia della regolamentazione (“valutazione REFIT”) della direttiva sulla vita privata elettronica. Da tale valutazione emerge che gli obiettivi e i principi dell’attuale quadro di riferimento restano validi. Dall’ultima revisione della direttiva sulla vita privata elettronica nel 2009 sul mercato si sono tuttavia registrati importanti sviluppi tecnologici ed economici. I consumatori e le imprese si sono affidati sempre più ai nuovi servizi basati su Internet intesi a consentire le comunicazioni interpersonali, quali il voice-over-IP, la messaggistica istantanea e i servizi di posta elettronica basati sulla rete anziché fruire dei servizi di comunicazione tradizionali. Questi servizi di comunicazione over-the-top (“OTT”) non sono di norma soggetti all’attuale quadro di riferimento dell’Unione per le comunicazioni elettroniche, compresa la direttiva sulla vita privata elettronica. Ne consegue*

¹ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

che la direttiva non è al passo con gli sviluppi tecnologici, il che si traduce in una lacuna nella tutela delle comunicazioni effettuate mediante i nuovi servizi»².

In sostanza, dunque, l'obiettivo principe della Proposta è quello di «fornire un elevato livello di tutela della vita privata per gli utenti dei servizi di comunicazione elettronica e condizioni di parità per tutti gli operatori del mercato»³.

Proprio a partire da questo duplice scopo, la prima parte del presente lavoro ha l'obiettivo di individuare, analizzare e tentare di proporre una soluzione alle criticità della Proposta ePr che emergono sotto due diversi profili:

- da un lato, nel momento in cui quest'ultima viene letta in combinato con le disposizioni del GDPR. Si tratta di contraddizioni relative all'applicabilità stessa della Proposta in luogo del GDPR, al consenso dell'interessato e, più in generale, alla differenziazione tra il principio della protezione dei dati e quello della riservatezza;
- dall'altro, laddove l'introduzione degli Over-The-Top all'interno della normativa ePrivacy non lascia spazio alla differenziazione di tali soggetti in base ai servizi di comunicazione elettronica che offrono, posto che i loro servizi siano, peraltro, classificabili di *default* come servizi di comunicazione elettronica.

Tale prima parte prende in considerazione, altresì, le più recenti posizioni della scorsa Presidenza estone e dell'attuale Presidenza bulgara sulla proposta, le quali evidenziano entrambe il delicato dibattito in corso.

Nella seconda parte, il lavoro si propone di mettere in luce la centralità dei servizi di comunicazione elettronica nell'economia digitale e nel più ampio processo di innovazione digitale con riguardo ai dati ad essi associati (contenuti e metadati), richiamando l'attenzione sulle condizioni in cui il trattamento può rivelarsi necessario per il funzionamento dei mercati e per consentire che i processi di innovazione siano nelle condizioni di potersi realizzare.

La fornitura di servizi digitali si caratterizza in modo crescente per il trattamento di dati, di cui la comunicazione (elettronica) è un esempio. Ciò pone, tra le altre cose, una questione di "legittimo interesse" del titolare del trattamento. Per questa ragione si rifletterà sull'opportunità di un bilanciamento che possa tenere conto delle esigenze di sopravvivenza dei fornitori di servizi digitali – dagli *over the top* alle piccole e medie imprese – nella misura in cui ciò non implichi un rischio per gli utenti interessati (dignità, identità, reputazione, discriminazione) e ne avvalori le opportunità.

² Relazione, Par. 1.1, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

³ Ibid.

Parte Prima

Sezione 1 – Concetti e definizioni

Per comprendere appieno e inserire la Proposta di Regolamento ePrivacy all'interno del più vasto quadro europeo della protezione dei dati personali e del mercato degli operatori di comunicazione, è bene partire dalla definizione di alcuni concetti fondamentali presenti nella Proposta. Grazie a questi ultimi, sarà possibile costruire un punto di vista nuovo e accurato sulle criticità del Reg. ePr e le possibili soluzioni offerte dal contesto regolamentare europeo (GDPR).

1.1 – Riservatezza o protezione dei dati personali?

Innanzitutto, la Proposta ricorda che: «*La direttiva sulla vita privata elettronica garantisce la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare il rispetto della vita privata, la **riservatezza delle comunicazioni** e la **tutela dei dati a carattere personale nel settore delle comunicazioni elettroniche**. [...] Essa attua nel diritto derivato dell'Unione il diritto fondamentale al rispetto della vita privata relativamente alle comunicazioni, quale sancito all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta")*».

Le espressioni “riservatezza delle comunicazioni” e “tutela dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche” esprimono, però, due concetti diversi:

- “riservatezza” significa che i dati delle comunicazioni elettroniche (i.e. contenuti o metadati, cfr. Par. 1.3), a prescindere dal fatto che siano o meno dati personali, sono protetti da interferenze, quali «*ascolto, registrazione, conservazione, monitoraggio, scansione o altri tipi di intercettazione, sorveglianza o trattamento dei dati delle comunicazioni elettroniche, da parte di persone diverse dagli utenti finali*»⁴, salvo ove consentito dalla Proposta. Si potrebbe affermare che la “riservatezza” è la “privacy delle comunicazioni”, cioè la tutela della sfera personale dell'individuo che comunica con un altro (o più) liberamente e senza ingerenze/intercettazioni da parte di terzi (cfr. Art. 8, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo). In sostanza, «*la riservatezza delle comunicazioni elettroniche garantisce che **le informazioni scambiate fra le parti e gli elementi esterni di tale comunicazione, compresi il momento, l'origine dell'invio e il destinatario, non siano rivelate a nessun'altra parte che non sia coinvolta nella comunicazione***»⁵;
- “protezione dei dati personali”, invece, non significa solamente privacy, poiché essa non si esaurisce nella sola tutela dei dati personali intesa come riservatezza e non diffusione degli stessi. La *data protection* assicura tutta una serie di altri diritti, quale quello di accesso ai dati, di rettifica, di cancellazione, di ricevere una idonea informativa, ecc. (cfr. Art. 8, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), nonché di obblighi per il titolare del trattamento. Infatti, come ricorda il Gruppo Art. 29⁶, la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa⁷ ha introdotto la protezione dei dati

⁴ Art. 5, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

⁵ Considerando 1, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

⁶ Gruppo Art. 29, Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE, in http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_it.pdf.

⁷ Convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078c45>.

personali come concetto distinto da quello di privacy (o riservatezza delle comunicazioni, nel caso di specie)⁸.

Chiaramente, il concetto di riservatezza, inteso come parte della tutela dei dati personali, è presente nel GDPR. Quest'ultimo, all'art. 5, contiene una serie di principi chiave tra cui quello dell'integrità e della riservatezza dei dati (cfr. art. 5.1.f), GDPR) in modo da garantire «un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali». Si ricorda, infatti, che sia la consultazione dei dati personali che la loro diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione costituiscono una operazione di trattamento ex art. 4.2, GDPR.

1.2 – Metadati o dati di contenuto?

Un'altra necessaria precisazione è quella relativa alla differenza tra metadati e dati di contenuto. La Proposta ePrivacy distingue, infatti, tra “contenuto delle comunicazioni elettroniche”, cioè «il contenuto scambiato attraverso servizi di comunicazione elettronica, quale testo, voce, video, immagini e suono»⁹ e i “metadati delle comunicazioni elettroniche”, ossia «i dati trattati in una rete di comunicazione elettronica per trasmettere, distribuire o scambiare il contenuto delle comunicazioni elettroniche compresi i dati usati per tracciare e identificare la fonte e il destinatario di una comunicazione, i dati relativi alla localizzazione del dispositivo generati nel contesto della fornitura di servizi di comunicazione elettronica nonché la data, l'ora, la durata e il tipo di comunicazione»¹⁰. In sostanza, i metadati classificano la natura del contenuto (lingua, luogo, orario della trasmissione, ecc.), mentre il contenuto rappresenta il messaggio in sé, costituito da un set di informazioni che possono o meno avere natura di dati personali (es. condizioni mediche, esperienze personali, opinioni politiche, preferenze sessuali, ecc.). Tuttavia, leggendo il Considerando 2 del Reg. ePr, si evince che anche i metadati possono avere natura di dati personali laddove essi includano, ad esempio, «i numeri chiamati, i siti web visitati, la geolocalizzazione, l'ora, la data e la durata di una chiamata effettuata, ecc.» poiché predetti dati consentono «di trarre conclusioni precise relativamente alla vita privata delle persone coinvolte nella comunicazione elettronica, come le loro relazioni sociali, le loro abitudini e attività quotidiane, i loro interessi, gusti, ecc».

Date queste premesse, i metadati e i contenuti costituiscono insieme i cd. “dati delle comunicazioni elettroniche”¹¹ che possono avere carattere personale e perfino sensibile rispetto alle persone fisiche coinvolte nella comunicazione, ma non sempre sono assimilabili ai dati personali. È il caso dei dati riguardanti le persone giuridiche o quelli relativi alle comunicazioni machine-to-machine, che non possono essere classificati come dati personali poiché si presentano come dati grezzi che necessiterebbero di un trattamento successivo alla trasmissione per acquisire carattere di dato personale.

⁸ Gruppo Art. 29, Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE, in http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_it.pdf.

⁹ Art. 4.3.b), Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

¹⁰ Art. 4.3.c), Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

¹¹ Art. 4.3.a), Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

1.3 – Dati in transito o dati archiviati?

Un'altra distinzione fondamentale da tenere a mente nel corso dell'analisi del Reg. ePr è quella tra i cd. "dati in transito" e i "dati archiviati".

I primi sono quei dati trasmessi tra due o più terminali (device o server) per mezzo di una rete di comunicazione elettronica. Quest'ultima, infatti, viene definita dalla Proposta di Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (EECC)¹² come un sistema «*di trasmissione, [basato] o meno su un'infrastruttura permanente o una capacità di amministrazione centralizzata e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse, inclusi gli elementi di rete non attivi, che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato*»¹³.

I dati archiviati, invece, sono quei dati che vengono conservati a seguito della trasmissione e che, nel caso di dati di contenuto, ai sensi dell'art. 7.1 della Proposta, devono essere cancellati o anonimizzati dal fornitore del servizio di comunicazioni elettroniche «*dopo che il o i destinatari previsti hanno ricevuto il contenuto della comunicazione elettronica. Tali dati possono essere registrati o conservati dagli utenti finali o da un terzo da essi incaricato di registrare, conservare o trattare altrimenti tali dati, a norma del Regolamento (UE) 2016/679*». Parimenti, «*il fornitore del servizio di comunicazioni elettroniche cancella i metadati delle comunicazioni elettroniche o anonimizza tali dati quando non sono più necessari al fine di trasmettere una comunicazione*»¹⁴. In ogni caso, l'art. 6 della Proposta prevede delle eccezioni all'immediata cancellazione dei dati delle comunicazioni elettroniche, di cui si dirà nel Paragrafo 2.3.

Una volta analizzata la possibilità di trattare i "dati delle comunicazioni elettroniche" dal punto di vista del fornitore di servizi di comunicazione, però, è importante osservare tale eventualità anche nell'ottica dell'utente che richiede il servizio. Finché si rimane sui servizi di comunicazione tra due soggetti, ad esempio l'instant messaging, è evidente che la cancellazione del contenuto da parte del *service provider* non osta alla conservazione dello stesso da parte dell'utente sul suo terminale. Tuttavia, oggi ci si trova di fronte a una serie di servizi che hanno il carattere di una comunicazione elettronica, ma che hanno per soggetti comunicanti l'utente e il server che fornisce il servizio. Si consideri, ad esempio, un applicativo di traduzione in tempo reale. Questo si sostanzia nella registrazione del contenuto di una conversazione al fine di tradurre simultaneamente il dialogo in lingua straniera. Se, però, una volta trasmessa dal server la traduzione sul terminale dell'utente, il fornitore di servizi deve cancellarne il contenuto, l'utente finirà per non avere più a disposizione il contenuto tradotto e non potrà riprodurlo a suo piacimento. Ancora, si può pensare agli *screen reader* per ipovedenti che traducono i testi scritti in testi vocali. Una volta che la comunicazione è avvenuta, cioè nel momento in cui il testo è stato trasformato in audio e trasmesso dal *provider* per essere ascoltato, l'immediata cancellazione del contenuto farà sì che l'utente non possa riascoltare il messaggio più volte,

¹² Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0590&from=EN>.

¹³ Art. 2(1), Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0590&from=EN>.

¹⁴ Art. 7(2), Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

dovendo ripetere da capo l'operazione di traduzione, perdendo di fatto i benefici stessi degli strumenti utilizzati.

1.4 – Operatori tradizionali di comunicazione o applicazioni e servizi basati su network indipendenti e sistemi cloud?

Un'ultima importante differenziazione è quella tra fornitori di servizi di comunicazione tradizionali e fornitori di applicazioni/servizi basati su network indipendenti o sistemi cloud.

I primi, quali ad esempio gli operatori di telefonia mobile e fissa ed i provider che forniscono l'accesso a Internet, offrono servizi su reti e infrastrutture dedicate. Tali operatori sono, nella maggior parte dei casi, proprietari delle infrastrutture utilizzate per fornire servizi di comunicazione.

Questo modello tradizionale di "operatori di comunicazione" è stato però affiancato dall'aumento esponenziale di servizi di comunicazione basati sull'uso della rete Internet, resa possibile dai cd. operatori Over-The-Top, i quali non posseggono le infrastrutture di comunicazione, ma forniscono applicativi e contenuti direttamente agli utenti finali facendo uso dei protocolli Internet (cd. *Internet Protocol*) e della connessione messa a disposizione dagli operatori tradizionali. Di conseguenza, questi ultimi forniscono sempre più il mezzo di trasmissione (la rete) e sempre meno i servizi di comunicazione elettronica, mentre gli OTT offrono il servizio finale direttamente all'utente ed eventualmente conservano i dati in cloud per rendere più agevole la riproduzione del servizio stesso, anche quando cambia la connessione alla rete. In particolare, il cd. *Cloud networking* permette un nuovo approccio alle funzionalità e ai servizi della rete (connettività, sicurezza, management e controllo) attraverso una vera e propria virtualizzazione del network e dell'infrastruttura. Gli OTT, dunque, si muovono sulla rete Internet utilizzando i sistemi forniti dagli operatori tradizionali, ma non forniscono né gestiscono materialmente (almeno per il momento) le reti/infrastrutture e l'accesso a Internet.

Sezione 2 – Gli Over the Top (OTT) e le comunicazioni elettroniche

Le riflessioni presentate nei precedenti paragrafi hanno il compito di costituire il corollario di premesse dal quale ha origine l'analisi del concetto di Over-The-Top (OTT) in rapporto ai servizi di comunicazione elettronica. È infatti impossibile prescindere dalle definizioni dei concetti analizzati nella Sezione 1 laddove si voglia dare una compiuta e innovativa lettura del Reg. ePr dal punto di vista dei soggetti coinvolti nella regolamentazione.

Per questa ragione, si è deciso di avviare anche la Sezione 2 a partire da un'importante definizione, ossia proprio quella di OTT. Secondo il BEREC¹⁵, si tratta di provider che forniscono, attraverso la rete Internet, servizi, contenuti e applicazioni e che danno vita a un tipo di comunicazione innovativa, caratterizzata da un valore aggiunto rispetto alla mera trasmissione dei contenuti dal punto A al punto B, sinora fornita dagli operatori tradizionali. Ciò significa che il termine OTT non indica un particolare tipo di servizio, bensì un metodo di fornitura dello stesso, attraverso la rete Internet, che prescinde dal fornitore del servizio di accesso a Internet, che è un soggetto diverso rispetto all'OTT.

Gli OTT, dunque, forniscono servizi. Servizi anche di comunicazione. Ma cos'è un "servizio di comunicazione elettronica"? Il concetto viene introdotto dall'art. 4.1.b) della Proposta, il quale rinvia all'art. 2.4 della Proposta di Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (di seguito, "EECC")¹⁶ che definisce quali "servizi di comunicazione elettronica" «*i servizi forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono il "servizio di accesso a Internet" quale definito all'articolo 2, paragrafo 2, del Regolamento*

¹⁵ BoR (16) 35, Report on OTT services, January 2016, in http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services.

¹⁶ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (rifusione), COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=comnat:COM_2016_0590_FIN.

(UE) 2015/2120 e/o il "servizio di comunicazione interpersonale" e/o i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina (M2M) e per la diffusione circolare radiotelevisiva, esclusi i servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti».

2.1 – OTT e servizi di comunicazione elettronica

Seguendo la definizione dell'EECC, vi sono due elementi fondamentali che caratterizzano un servizio di comunicazione elettronica:

1. Di norma, esso è fornito a pagamento. Tuttavia, la remunerazione non è necessariamente di natura economica, poiché può consistere anche nel conferimento di dati personali a beneficio del fornitore del servizio che ne farà poi uso sul mercato. Il criterio della remunerazione, in sostanza, implica che il servizio di comunicazione elettronica si basi su un'attività di natura economica a prescindere da quale sia la "moneta di scambio" valida per l'utilizzo del servizio da parte dell'utente. In effetti, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha precisato che nei "servizi della società dell'informazione", ai sensi dell'art. 2.a) della Direttiva 2000/31/CE, sono ricompresi i «servizi che forniscano informazioni on line per i quali il prestatore non sia remunerato [direttamente] dal destinatario, bensì grazie ai proventi derivanti dalle pubblicità commerciali diffuse su un sito Internet»¹⁷.
2. Il servizio di comunicazione elettronica consiste in un "servizio di accesso a Internet e/o [...] servizio di comunicazione interpersonale" ma anche in servizi "consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali". Come già precisato nel Paragrafo 1.4, gli OTT non forniscono l'accesso a Internet, se ne servono per offrire i loro prodotti/servizi che possono essere anche di comunicazione interpersonale (es. instant messaging, e-mail, VOIP, ecc.). Quest'ultima, infatti, consiste in un «servizio di norma a pagamento che consente lo scambio diretto interpersonale e interattivo di informazioni tramite reti di comunicazione elettronica tra un numero limitato di persone, mediante il quale le persone che avviano la comunicazione o che vi partecipano ne stabiliscono il o i destinatari; non comprende i servizi che consentono le comunicazioni interpersonali e interattive esclusivamente come elemento accessorio meno importante e intrinsecamente collegato a un altro servizio»¹⁸.

Ma gli altri servizi offerti dagli Over-The-Top che non riguardano la comunicazione interpersonale, possono essere definiti come "servizi di comunicazione elettronica"?

Per rispondere a questa domanda è necessario riflettere sull'uso del termine "prevalentemente" nella definizione di "servizi di comunicazione elettronica" come servizi "consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali" ex art. 2.4, EECC. Secondo la Proposta di Codice, infatti, se il servizio non consiste esclusivamente nella trasmissione di segnali, il termine "prevalentemente" implica che gli elementi del servizio che riguardano la trasmissione debbano essere valutati in rapporto a quelli che non la riguardano, operando una quantificazione (anziché una più opportuna qualificazione) finalizzata a decidere se un servizio rappresenta o meno una comunicazione elettronica.

¹⁷ Punto 30, Causa C-291/13, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 11 settembre 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d62e1d948523c64c73847880b584114941.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahj0?text=&docid=157524&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=356650>.

¹⁸ Art. 2(5), Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (rifusione), COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=comnat:COM_2016_0590_FIN.

Si riprenda l'utile esempio del servizio di traduzione simultanea, per l'appunto fornito da un OTT. Semplificando, si potrebbe dire che quest'ultimo opera come segue:

- a) trasmette contenuti vocali nella lingua X dal dispositivo dell'utente al server;
- b) trasforma il contenuto vocale in lingua X in un testo;
- c) traduce il testo nella lingua Y;
- d) trasforma il testo in lingua Y in un contenuto vocale in lingua Y;
- e) trasmette dal server al dispositivo dell'utente il contenuto vocale in lingua Y.

È allora evidente che la trasmissione dei contenuti è fondamentale per la resa del servizio, poiché senza di essa non si darebbe avvio né conclusione al processo di traduzione. Però gli elementi non attinenti alla trasmissione in sé – ossia il processo di traduzione – non sono meramente accessori rispetto all'invio del contenuto vocale iniziale e, anzi, rappresentano la ragion d'essere della trasmissione stessa. Pertanto, anche se dal punto di vista quantitativo gli elementi di quest'ultima appaiono come maggiori, in realtà in ottica qualitativa sono gli elementi ulteriori a costituire la vera e propria natura del servizio.

Se si definissero tutti i servizi offerti dagli OTT che si basano "prevalentemente" sulla trasmissione dei segnali come dei "servizi di comunicazione elettronica" allora si dovrebbe assumere che l'esempio del traduttore sia una mera trasmissione di contenuti dal punto A (server) al punto B (utente). Invece, è piuttosto evidente che la trasmissione parte dal punto B per arrivare ad A, il contenuto poi subisce diverse trasformazioni una volta che è arrivato ad A e viene ritrasmesso a B in altra forma. Le trasformazioni del contenuto costituiscono la ragion d'essere della trasmissione e qualitativamente caratterizzano e definiscono il tipo di servizio. Da questa prospettiva sembra allora che esso non sia configurabile come un servizio di comunicazione elettronica.

Un altro esempio, ben distante da quello del traduttore, rende ancora più chiaro quanto si è detto poc'anzi.

Nelle autovetture moderne è presente il cd. On-Board Diagnostics Generation Two (OBD-II), cioè un sistema di connessione che raccoglie e trasmette segnali relativi alla situazione carburante, alla velocità, alla temperatura, ecc. Questi stati vengono spesso combinati con i dati acquisiti dagli accelerometri e con i dati GPS dei cellulari al fine di restituire al guidatore, cioè all'utente, informazioni sul veicolo e sul viaggio direttamente sul suo device. Posto che OBD-II non costituisce un "servizio di accesso a Internet", né un "servizio di comunicazione interpersonale", la questione è: può essere considerato come un servizio consistente "prevalentemente nella trasmissione di segnali"? Ad un primo sguardo, la risposta sembra essere affermativa. OBD-II, infatti, opera come segue:

- a) trasmette dati al server preposto;
- b) i dati vengono analizzati e vengono prodotte informazioni utili per il guidatore;
- c) le informazioni vengono trasmesse al guidatore sul suo telefono.

Ma se la trasmissione di informazioni al server e quella successiva al device del guidatore richiedono appunto la trasmissione di segnali, è questa la vera finalità del servizio? La trasmissione di segnali è parte essenziale del servizio, ma il proposito essenziale è un altro, ossia fornire informazioni sul veicolo. Quantitativamente prevale la trasmissione. Qualitativamente il servizio non è affatto consistente "esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali".

Peraltro, nella valutazione di impatto che accompagna la Proposta¹⁹, l'OTT viene definito come una piattaforma Internet che permette lo scambio di comunicazioni tra i membri della piattaforma stessa, sotto forma di voce, testo o dati. Questo tipo di provider non controlla la trasmissione dei messaggi,

¹⁹ IMPACT ASSESSMENT pt. 3/3, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

ma dipende dalla connessione a Internet degli utenti affinché i messaggi vengano trasmessi²⁰. Si tratta di una sostanziale differenza tra l'operatore di comunicazione che si occupa della mera trasmissione di segnali, ricadendo così nello scopo del Reg. ePr, e il tipo di comunicazioni innovative offerte dagli OTT. Queste, infatti, viaggiano su Internet e se in alcuni casi hanno una funzione simile a quella prestata dagli operatori tradizionali (come nel caso di e-mail, VOIP, chat di instant messaging, ecc.) i servizi offerti dagli OTT non sembrano essere assimilabili di *default* ai servizi di comunicazione elettronica (come definiti dall'art. 2.4, EEC) dal punto di vista funzionale. È proprio il concetto di "funzionalità" che, nel paragrafo successivo, permetterà di comprendere meglio se e quando gli OTT possono essere assimilati a servizi di comunicazione elettronica e quando, invece, la loro funzione non rientra tra questo tipo di servizi – come nei citati casi del traduttore simultaneo e dell'OBD-II.

Insomma, il problema sembra essere duplice. Da un lato vi è la difficoltà di ricondurre i servizi OTT alle caratteristiche precipue dei servizi di comunicazione elettronica propriamente intesi ex art. 2.4, EEC. Dall'altro vi è comunque il problema di comprendere quali siano effettivamente le funzionalità del servizio e se esse siano assimilabili a una trasmissione di segnali – punto sul quale si sono già espressi dubbi – o a una comunicazione interpersonale. Anche in questo caso, comunque, andrebbe valutata la circostanza in cui la comunicazione avviene, cioè se essa costituisce il fine primario o se sia invece un «*elemento accessorio meno importante e intrinsecamente collegato a un altro servizio*»²¹.

2.2 – Una classificazione delle tipologie di OTT

Il Considerando 11 della Proposta sottolinea che: «*I servizi fruiti a fini di comunicazione e i pertinenti mezzi tecnici di erogazione hanno avuto un'importante evoluzione. Gli utenti finali sostituiscono sempre più la telefonia tradizionale, i messaggi di testo (SMS) e i servizi di trasmissione di posta elettronica con servizi in linea equivalenti, quali il voice-over-IP, i servizi di messaggistica e i servizi di posta elettronica basati sul web. Al fine di garantire una protezione efficace ed equa degli utenti finali quando fruiscono di servizi equivalenti sotto il profilo funzionale*».

Per comprendere il concetto di equivalenza funzionale è necessario ricorrere al già citato report del BEREC, in tema di OTT²². Al suo interno, infatti, viene proposta una sorta di tassonomia dei servizi Over-The-Top così suddivisa:

- a) OTT-0, cioè tutti quei servizi che si qualificano come servizi di comunicazione elettronica (es. servizi VOIP);
- b) OTT-1, ossia quei servizi che non si qualificano come servizi di comunicazione elettronica ma che, potenzialmente, possono competere con i servizi di comunicazione elettronica tradizionali;
- c) OTT-2, cioè quei servizi che non costituiscono servizi di comunicazione elettronica e non competono con questi ultimi (es. e-commerce, servizi di musica/video in streaming).

Il BEREC, dunque, non assimila di *default* tutti gli OTT a servizi di comunicazione elettronica, riconoscendo che a seguito dell'evoluzione tecnologica è sempre più difficile distinguere tra servizi di comunicazione elettronica così come definiti originariamente dalla Direttiva 2002/58/CE e altri servizi derivanti dall'uso della rete Internet. È interessante, in tal senso, il passaggio in cui lo stesso Organismo dei regolatori europei definisce come "poco chiara" la copertura dei servizi OTT da parte della definizione tradizionale di servizio di

²⁰ Ibid., «*An over-the-top (OTT) service provider is essentially an Internet platform that allows communications to be exchanged by the members of the platform, in the form of voice, text or data. These providers do not control the transmission of the messages, but rely on end-users' Internet connections for the messages to be relayed*».

²¹ Ibid.

²² BEREC, *Report on OTT services*, gennaio 2016.

comunicazione elettronica, tanto che appare complicato decidere se qualificare un servizio OTT come un servizio di comunicazione elettronica²³.

Per la categoria OTT-0 è piuttosto evidente che si possa applicare la normativa introdotta dal Reg. ePr, laddove si parli, ad esempio, di servizi di telefonia su Internet o di messaggistica che sostituisce l'SMS (es. iMessage di Apple). In questi casi, infatti, i servizi offerti dagli OTT hanno la medesima funzione di quelli offerti dagli operatori tradizionali di comunicazione.

Per la categoria OTT-1, invece, la questione è leggermente più complessa. Servizi che apparentemente sembrano appartenere alla categoria OTT-0, infatti, celano spesso una diversa funzionalità. Programmi come Skype, WhatsApp o Viber, ad esempio, offrono la possibilità di effettuare chiamate attraverso la connessione a Internet, ma solamente all'interno della community di utenti che ha scaricato la app. Pur non potendo considerarsi funzionalmente identici ai servizi di comunicazione elettronica tradizionali, però, questo tipo di servizi OTT può competere con i servizi di comunicazione elettronica tradizionali (telefonia mobile e fissa) e, per questo, potrebbe rientrare all'interno della categoria OTT-1.

Nel corso del Paragrafo precedente (cfr. Par. 2.1) si era però evidenziato che nella valutazione di impatto che accompagna la Proposta²⁴ l'OTT non controlla la trasmissione dei messaggi, ma il transito della comunicazione che esso offre dipende dalla connessione a Internet degli utenti, gestita dagli operatori di comunicazione²⁵. Esemplificativo, in questo senso, è il giudizio del *Trade and Industry Appeals Tribunal* olandese²⁶, il quale ha affermato che i servizi e-mail offerti da Gmail e Hotmail non possono essere considerati come servizi di comunicazione elettronica in quanto il fornitore del servizio mail (Google e Microsoft, nel caso di specie) non può essere considerato come la parte che trasmette i segnali che rendono possibile il funzionamento del servizio mail. Pertanto, nonostante l'apparente semplificazione della tassonomia del BEREC, in realtà a livello europeo permangono interrogativi giuridici che si sostanziano in posizioni nazionali diametralmente opposte. Ad esempio, mentre l'AGCOM ritiene che gli SMS possano essere sostituiti dalla messaggistica istantanea e dalle e-mail²⁷ (OTT-0), l'omologa autorità francese (ARCEP) non è dello stesso avviso in quanto ritiene che la messaggistica istantanea non goda della stessa interoperabilità di cui gode il servizio SMS²⁸ e che quindi non sia funzionalmente assimilabile allo stesso – risultando così un OTT-1. È comunque innegabile che, a prescindere dal fatto che questo tipo di servizi appartengano alla categoria OTT-0 o 1, si tratta di servizi di comunicazione interpersonale, così come definiti dall'art. 2.5, EECC.

Ancora, un'interessante indagine conoscitiva dell'AGCOM in tema di comunicazioni elettroniche²⁹ ha posto l'accento sulla disparità di trattamento tra OTT e operatori tradizionali, sottolineando che nella vigenza della

²³ Ibid., "As it is unclear to what extent the current ECS definition covers some types of OTT services, different conclusions can be drawn regarding whether specific OTT services are qualified as ECS".

²⁴ IMPACT ASSESSMENT pt. 3/3, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

²⁵ Ibid., «An over-the-top (OTT) service provider is essentially an Internet platform that allows communications to be exchanged by the members of the platform, in the form of voice, text or data. These providers do not control the transmission of the messages, but rely on end-users' Internet connections for the messages to be relayed».

²⁶ Decision of the Trade and Industry Appeals Tribunal (CBb) of 3 December 2014, Digital Magazines, ECLI:NL:CBB:2014:438 (In Dutch).

²⁷ Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS, Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica, *I consumer communications services*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23cccdc1df59?version=1.0>.

²⁸ BEREC, *Report on OTT services*, gennaio 2016.

²⁹ Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS, Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica, *I consumer communications services*, in

Direttiva 2002/58/CE «gli OTT, pur utilizzando indirettamente le risorse degli operatori mobili tradizionali, non dovrebbero né farsi carico dei costi connessi, né rispettare le regole imposte dalla normativa di settore. Nel complesso, la disparità comporterebbe una serie di vantaggi agli operatori OTT che offrono i servizi oggetto dell'Indagine, consentendo loro almeno in linea di principio di offrirli ai consumatori a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle offerte dagli operatori di rete mobile, sottoposti a regimi regolamentari più onerosi». Ciò posto – e si badi bene all'uso del condizionale “comporterebbe” e dell'espressione “almeno in linea di principio” – l'esito dell'esame del framework normativo e di mercato da parte dell'AGCOM evidenzia «che rimuovere, del tutto o in parte, dette asimmetrie – ad esempio prevedendo obblighi anche in capo ai soggetti OTT o diminuendo quelli in capo agli operatori tradizionali – potrebbe frenare o addirittura arrestare lo sviluppo dei servizi di comunicazione elettronica più innovativi, ad esempio nell'ipotesi in cui gli obblighi imposti agli OTT dovessero rivelarsi sproporzionati. La regolamentazione del settore potrebbe quindi rischiare di interrompere il circolo virtuoso dell'innovazione che sta caratterizzando proprio questo settore. L'Indagine pone l'accento, dunque, sulla necessità di valutare con particolare prudenza l'opportunità di stabilire obblighi simmetrici»³⁰.

Per quanto riguarda gli OTT-2, tra di essi rientrano tutti quei servizi che non appartengono alle due precedenti categorie, in particolare i servizi di streaming e download audio/video, come YouTube, Netflix e Spotify, ma anche quelli di *online gaming*, di e-commerce o di motori di ricerca. La particolarità di questa categoria risiede nel fatto che, pur non potendo essere assimilabile a servizi di comunicazione elettronica (OTT-0) o a servizi potenzialmente competitivi con quelli tradizionali (OTT-1), essa si inserisce in altri contesti regolatori che riguardano, ad esempio, gli Internet Information Services (IIS), la competitività del mercato, il copyright, la cybersecurity, la portabilità dei dati, ecc.

La categoria degli OTT-2 sembra ascrivere pienamente a quella di servizi “che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti”³¹ e per questo sono escludibili dalla tradizionale definizione di “servizio di comunicazione elettronica”³². Tuttavia, alcuni dei servizi OTT-2 operano come intermediari, facilitando le interazioni tra gli utenti (es. chat nell'*online gaming*). In questo caso, allora, l'OTT opera similmente a un servizio di comunicazione interpersonale accessorio ad altri servizi, sottoposto ex. Considerando 11, Reg. ePr, alla tutela della riservatezza delle comunicazioni ma che, essendo un «*elemento accessorio meno importante e intrinsecamente collegato a un altro servizio*»³³ non ricade, nella definizione di “servizio di comunicazione elettronica” ex art. 2.4, EECC.

2.3 – Gli OTT e il delicato equilibrio tra Regolamento ePrivacy e GDPR

«La presente proposta riesamina la direttiva sulla vita privata elettronica, sulla scorta degli obiettivi fissati dalla strategia per il mercato unico digitale, onde garantire la coerenza con il Regolamento generale sulla protezione dei dati»³⁴.

Il primo paragrafo del Reg. ePr introduce la nuova disciplina in materia di comunicazioni elettroniche, stabilendone sin da subito lo stretto legame con le disposizioni del GDPR, cui la Proposta è tesa a fornire

<https://www.agcom.it/documents/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23cccdc1df59?version=1.0>.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Art. 2.5, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (rifusione), COM/2016/0590 final - 2016/0288 (COD), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=comnat:COM_2016_0590_FIN.

³⁴ Relazione, Par. 1.1, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

integrazioni. Procedendo nella lettura della Relazione che precede il contenuto legislativo della Proposta, infatti, emergono i rapporti tra comunicazioni elettroniche, OTT e protezione dei dati personali per cui per *«garantire un’efficace tutela giuridica del rispetto della vita privata e delle comunicazioni, è necessario ampliare l’ambito di applicazione dei fornitori di servizi OTT. Anche se diversi dei principali fornitori OTT rispettano già in toto o in parte il principio di riservatezza delle comunicazioni, la tutela dei diritti fondamentali non può essere lasciata all’autoregolamentazione del settore. [...] L’applicazione del presente Regolamento è affidata alle autorità di controllo e al meccanismo di coerenza del Regolamento generale sulla protezione dei dati»*³⁵.

A partire dal passaggio di cui sopra è possibile formulare alcune osservazioni che riguardano gli OTT e il rapporto che essi hanno con la riservatezza e la protezione dei dati personali, ricordandone la distinzione già operata nel corso del Paragrafo 1.1.

Innanzitutto, la Proposta motiva l’introduzione degli OTT all’interno della disciplina ePrivacy con la necessità di tutelare i diritti fondamentali, tutela che *“non può essere lasciata all’autoregolamentazione del settore”*. Per quanto riguarda la riservatezza, è già stato evidenziato come sia effettivamente necessario applicare l’art. 5 della Proposta agli OTT e a tutti i soggetti che intervengono nella comunicazione permettendo il transito dei dati, compresi i fornitori di accesso alla rete (cfr. Paragrafo 1.5). Tuttavia, per quanto riguarda la trasmissione dei segnali, gli OTT rivestono la rete dei loro servizi digitali ma il transito dei dati è reso possibile dagli *access provider* e dagli operatori tradizionali – salvo che l’OTT non abbia una sua infrastruttura di telecomunicazione, eventualità al momento non realizzatasi. Ugualmente, nel caso della comunicazione interpersonale si applicano le condizioni di riservatezza ex art. 5, Reg. ePr, anche qualora i servizi di comunicazione interpersonale siano accessori di altri servizi – come può accadere nei casi della categoria OTT-2 quali, ad esempio, il *gaming* online (cfr. Considerando 11, Proposta).

Tuttavia, per quanto riguarda la regolamentazione nell’ambito della protezione dei dati personali, il GDPR introduce i cd. Codici di condotta³⁶ con il preciso scopo di *«calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone fisiche»*³⁷. Appare, dunque, difficile comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore europeo a escludere che gli OTT potessero essere sottoposti ai Codici di condotta al fine di garantire, attraverso l’autoregolamentazione la tutela dei diritti fondamentali concernenti la protezione dei dati personali. Peraltro, ex art. 40.9, GDPR, i Codici possono essere approvati dalla Commissione affinché abbiano validità generale all’interno di tutta l’Unione Europea, il che consentirebbe un’applicazione omogenea delle regole del Codice nei diversi Paesi membri. Ancora, l’art. 40.3, GDPR, prevede la possibilità di aderire al Codice di condotta anche per *«i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento che non sono soggetti al presente Regolamento ai sensi dell’articolo 3, al fine di fornire adeguate garanzie nel quadro dei trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali»*. In un contesto come quello degli OTT, che offrono i loro servizi avvalendosi della rete Internet, per sua natura priva di spazialità definita, potrebbe essere proprio un Codice di condotta a garantire la tutela dei diritti dell’interessato.

Da non sottovalutare, poi, anche il meccanismo di certificazione, in particolare per quegli OTT che offrono servizi di comunicazione M2M, i quali ben potrebbero dimostrare il rispetto degli obblighi imposti dal GDPR tramite la certificazione ex art. 42, GDPR. Parallelamente, gli stessi utenti potrebbero beneficiare di un simile

³⁵ Relazione, Par. 2.3, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

³⁶ Art. 40, Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT>.

³⁷ Considerando 98, Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT>.

approccio, in quanto le certificazioni consentono «agli interessati di valutare rapidamente il livello di protezione dei dati dei relativi prodotti e servizi»³⁸.

Non è un caso, dopotutto, se all'art. 32.3 del GDPR, relativo alla Sicurezza del trattamento, viene precisato che: «L'adesione a un codice di condotta approvato di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione approvato di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare la conformità» ai requisiti previsti dallo stesso art. 32 in materia di sicurezza.

La prima perplessità afferisce dunque alla circostanza per cui il Reg. ePr sovrappone la protezione dei dati alla riservatezza, introducendo nuove regole per nuovi soggetti la cui varia attività di difficoltosa classificazione sembra essere più opportunamente disciplinabile dal GDPR. È indubbia la necessità di mantenere la riservatezza delle comunicazioni anche per i servizi offerti dagli OTT ex art. 5 Reg. ePr, ma per quanto riguarda la protezione dei dati, gli OTT dovrebbero essere sottoposti al GDPR laddove offrano servizi non «equivalenti sotto il profilo funzionale» a quelli proposti dagli operatori tradizionali.

La Relazione che introduce la Proposta evidenzia che «la direttiva [2002/58/CE] non è al passo con gli sviluppi tecnologici, il che si traduce in una lacuna nella tutela delle comunicazioni effettuate mediante i nuovi servizi»³⁹. Uno dei principi cardine del Regolamento ePrivacy è quello di stabilire «condizioni di parità per tutti gli operatori del mercato»⁴⁰, i quali (in linea teorica) fornirebbero servizi dalla funzionalità equivalente e, per questo, risulterebbero in competizione tra loro. Tuttavia, garantire la parità di condizioni ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica significa anche assicurarsi che coloro che vengono identificati come “fornitori” prestino effettivamente i servizi di cui all'art. 2.4, EECC, in una condizione di reciproca competitività. Alla luce della complessità della categorizzazione degli Over-The-Top – analizzata nel paragrafo 2.2 – essi sembrano non poter rientrare di *default* a pieno titolo nelle definizioni del Reg. ePr e appare allora difficoltoso assimilare le funzionalità dei loro servizi a quelle offerte dai fornitori tradizionali – persino quando appartengono alle categorie OTT-0 e 1.

Il GDPR, che si rivolge a titolari e responsabili del trattamento a prescindere dalla tipologia di servizi offerti, garantisce il massimo livello di protezione rispetto alla tutela dei dati personali. Ricondurre a esso la disciplina del trattamento effettuato dagli OTT significherebbe prevenire e contrastare i rischi per il trattamento dei dati delle comunicazioni elettroniche nella più elevata forma possibile, senza dover necessariamente classificare servizi che, per loro natura, sono sempre più complessi da un punto di vista funzionale. Il fatto che i servizi OTT somiglino a quelli tradizionali, infatti, non soppesando la necessità (né la possibilità) di estendere le obbligazioni per gli operatori tradizionali anche agli Over-The-Top. Il rischio, infatti, è quello di paralizzare lo sviluppo del mercato stesso – come si approfondirà nella Parte 2 del presente lavoro.

Un esempio pratico di quanto affermato sino ad ora è rappresentato dall'assistente digitale di cui dispongono molte auto di ultima generazione, che permette al guidatore di effettuare telefonate e leggere/inviare sms senza dover maneggiare lo smartphone.

L'art. 6.3 del Reg. ePr stabilisce quanto segue:

«I fornitori di servizi di comunicazione elettronica possono trattare il contenuto delle comunicazioni elettroniche solo:

³⁸ Considerando 100, Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT>.

³⁹ Relazione, Par. 1.1, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

⁴⁰ Ibid.

(a) a fini di erogazione di un servizio specifico a un utente finale, se l'utente finale o gli utenti finali hanno prestato il loro consenso al trattamento del contenuto delle loro comunicazioni e l'erogazione del servizio non può essere realizzata senza il trattamento di tale contenuto; oppure

(b) se tutti gli utenti finali interessati hanno prestato il loro consenso al trattamento del contenuto delle loro comunicazioni elettroniche per uno o più fini specificati che non possono essere realizzati mediante il trattamento anonimizzato delle informazioni e il fornitore ha consultato l'autorità di controllo. Si applica l'articolo 36, punti 2) e 3), del Regolamento (UE) 2016/679 alla consultazione dell'autorità di controllo».

Tornando all'esempio dell'assistente digitale nella macchina, si pensi a come (e se) sarebbe possibile per questo strumento riconoscere un "utente conosciuto" (guidatore abituale) distinguendolo da un "nuovo utente" (guidatore n. 2, 3, 4, ecc.). E, ancora, se la macchina fosse messa a disposizione dall'azienda (persona giuridica), secondo i meccanismi del consenso così come definito dall'art. 4.11 del GDPR, questo dovrebbe essere prestato dal legale rappresentante dell'azienda (persona fisica). Si porrebbe così il problema del trattamento dei dati delle comunicazioni elettroniche dei dipendenti dell'azienda che usano il veicolo munito di assistente digitale che non hanno acconsentito con una «manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile al trattamento dei dati»⁴¹. La previsione dell'art. 6.3, Reg. ePr, per i servizi OTT comporterebbe ulteriori requisiti per il consenso e, quindi, una continua richiesta di consenso stesso, al fine di identificare l'utente che verrebbe sottoposto a un vero e proprio **consent bombing** – con un drastico calo dell'uso dell'assistente digitale nei servizi, ad esempio, di car sharing.

Nella valutazione di impatto che accompagna la Proposta⁴² viene affermato chiaramente che, in virtù della sottoposizione degli OTT al Reg. ePr, questi non potranno più trattare i dati personali a partire dalle basi di legittimità fornite dal GDPR, bensì potranno trattare i dati delle comunicazioni elettroniche solo con il consenso dell'utente⁴³, come previsto dall'art. 6.2 e 6.3 della Proposta. Dell'art. 6.3 relativo al trattamento dei contenuti delle comunicazioni elettroniche si è già detto e, sostanzialmente, l'art. 6.2 ribadisce e modella il requisito del consenso anche per il trattamento dei metadati:

«I fornitori di servizi di comunicazione elettronica possono trattare i metadati delle comunicazioni elettroniche se:

(a) necessario per soddisfare i requisiti di qualità obbligatori a norma della [direttiva che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche] o del Regolamento (UE) 2015/212011, per la durata necessaria a tal fine; oppure

(b) se necessario a fini di fatturazione, calcolo di pagamenti di interconnessione, rilevamento o arresto di un uso fraudolento o abusivo dei servizi di comunicazione elettronica o di abbonamento agli stessi; oppure

(c) se l'utente finale ha prestato il suo consenso al trattamento dei metadati delle sue comunicazioni per uno o più fini specificati, compresa l'erogazione di servizi di traffico a tali utenti finali, purché il o i fini in questione non possano essere realizzati mediante un trattamento anonimizzato delle informazioni».

⁴¹ Art. 4.11, Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT>.

⁴² IMPACT ASSESSMENT pt. 2/3, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

⁴³ Ibid., "As a consequence of the extension of the scope, OTT providers will no longer be able to rely on all legal grounds for processing personal data under the GDPR and could process communication data only with the consent of the users".

Ad oggi, molti degli OTT che forniscono i servizi maggiormente utilizzati, già trattano i dati sulla base del consenso degli utenti ex art. 6.1.a), GDPR, o su una delle altre basi di legittimità di cui all'art. 6, GDPR, accompagnando a ciò l'implementazione di misure di sicurezza e trasparenza del trattamento (ad es. la cd. *end-to-end encryption*) in virtù del principio di cui all'art. 5.1.f), GDPR. Per questa ragione, non è chiaro perché il legislatore europeo abbia ritenuto di voler sottoporre gli OTT a una *lex specialis* in tema di basi di legittimità del trattamento, escludendo tutte quelle previste dal GDPR all'art. 6, lett. da b) a f), che comprendono gli interessi vitali dell'interessato, il legittimo interesse del titolare, l'adempimento di un obbligo legale da parte del titolare, ecc.

Come più volte ribadito, gli OTT offrono servizi più complessi e articolati della mera trasmissione di segnali o della comunicazione interpersonale tradizionalmente intesa. Si pensi, ad esempio, ai servizi offerti dal *machine learning*, come la traduzione simultanea, il calendario elettronico, gli assistenti personali digitali. In tutti questi casi, gli OTT dovrebbero essere in grado di trattare i dati della comunicazione elettronica anche dopo a partire dalle basi di legittimità enunciate dal GDPR – compreso il legittimo interesse. Un esempio molto efficace è quello del motore di ricerca, che è un OTT e tratta dati personali mediante indicizzazione⁴⁴ senza chiedere il consenso prima del trattamento a tutti gli interessati cui fanno riferimento i risultati indicizzati delle ricerche, poiché il trattamento si basa sull'art. 6.1.f)⁴⁵.

Escluso il consenso e fatte salve le finalità di fatturazione, di mantenimento degli standard di qualità e prevenzione/repressione delle frodi⁴⁶, infatti, gli OTT possono trattare i dati della comunicazione elettronica solo se:

«(a) necessario per realizzare la trasmissione della comunicazione, per la durata necessaria a tal fine, oppure (b) se necessario per mantenere o ripristinare la sicurezza delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica o rilevare problemi e/o errori tecnici nella trasmissione di comunicazioni elettroniche, per la durata necessaria a tal fine»⁴⁷.

In tal senso, come già anticipato nel Paragrafo 1.3, l'art. 7 dispone la cancellazione dei dati delle comunicazioni elettroniche dopo che i destinatari previsti hanno ricevuto il contenuto della comunicazione elettronica e quando i metadati non sono più necessari al fine di trasmettere la comunicazione.

«Il consenso come fondamento giuridico è stato analizzato nel parere 15/2011 del Gruppo di lavoro sulla definizione di consenso. Le conclusioni principali del parere sono che il consenso è uno dei vari motivi che legittimano il trattamento dei dati personali, anziché il fondamento giuridico principale. Svolge un ruolo importante, ma non esclude la possibilità che, a seconda del contesto, possano essere invocati altri fondamenti giuridici forse più appropriati, dalla prospettiva sia del responsabile del trattamento sia

⁴⁴ Punto 41, causa C-131/12, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 13 maggio 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=698539>.

⁴⁵ Punto 73, causa C-131/12, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 13 maggio 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=698539>.

⁴⁶ Art. 6.2.a) e 6.2.b), Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

⁴⁷ Art. 6.1, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), Bruxelles, 10.1.2017, COM(2017) 10 final, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-privacy-and-electronic-communications>.

dell'interessato»⁴⁸. Eppure, nel Reg. ePr non vi è alcun riferimento al trattamento «*necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte*» ex art. 6.1.b), GDPR, nonostante si sia più volte ribadito che la trasmissione della comunicazione non costituisce l'essenza né la funzionalità principale dei servizi offerti dagli OTT, che si servono sì della rete Internet fornita da *provider* tradizionali al fine di consentire il transito dei dati (metadati e contenuto), ma basano larga parte dei loro servizi sul trattamento dei dati della comunicazione elettronica, senza il quale il servizio stesso non potrebbe essere erogato (es. traduzione simultanea di messaggi vocali, lettura di sms, instradamento delle chiamate al sistema di comunicazione dell'autoveicolo, ecc.). Parimenti, non vi è alcun riferimento all'interesse legittimo nonostante «*Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*»⁴⁹. In questa prospettiva, la protezione dei dati delle comunicazioni elettroniche andrebbe inserita in un contesto in cui i trattamenti sono necessari per i rapporti che si instaurano tra gli interessati e i titolari del trattamento, come appunto il legittimo interesse, che può consistere anche in misurazioni e analisi dell'utilizzo dei servizi resi all'utente al fine di migliorare la qualità del servizio offerto. Del resto, come ricorda proprio il Reg. ePr al Considerando 17, «*Il trattamento dei dati delle comunicazioni elettroniche può essere utile per le imprese, i consumatori e la società nel suo complesso*».

In sostanza, mentre l'art. 6 del GDPR fornisce le basi di legittimità del trattamento ulteriori rispetto al consenso dell'interessato, l'art. 6 del Reg. ePr autorizza la maggior parte dei trattamenti dei dati delle comunicazioni elettroniche solo con il consenso dell'utente finale, che deve peraltro essere a quest'ultimo richiesto a cadenza semestrale ex art. 9.3, Reg. ePr.

La sovrapposizione tra il quadro giuridico introdotto dal GDPR e la *lex specialis* per il settore delle comunicazioni elettroniche estesa agli OTT finisce così per creare ingiustificate differenze nella regolamentazione dei trattamenti dei dati personali.

Sul punto, nel dicembre 2017 la Presidenza Estone si è espressa⁵⁰, in senso analogo a quanto rappresentato sinora, al fine di includere ulteriori basi di trattamento dei metadati nell'art. 6.2 e di rendere più flessibili le disposizioni di cui all'art. 6.3. In particolare, la Presidenza ha proposto una serie di adattamenti che allineano il Reg. ePr al GDPR con riferimento all'inclusione di ulteriori basi di legittimità, di cui all'art. 6.2:

- art. 6.2.b): legittimità dei trattamenti necessari per l'esecuzione del contratto di cui l'utente è parte;
- art. 6.2.ba): legittimità dei trattamenti necessari per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
- art. 6.2.c): estensione della previsione del requisito del consenso nel caso in cui l'utente sia persona giuridica – non solo fisica, dunque;
- art. 6.2.d): legittimità dei trattamenti necessari per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato;
- art. 6.2.e): legittimità dei trattamenti necessari a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici (in linea con quanto disposto dall'art. 9.2.j), GDPR.

Interessanti, poi, anche le proposte di modifica relative all'art. 6.3 della Proposta, che operano su tre livelli:

⁴⁸ Gruppo Art. 29, Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/CE, in http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_it.pdf.

⁴⁹ Considerando 4, Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT>.

⁵⁰ In <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15333-2017-INIT/en/pdf>.

- l'emendamento all'art. 6.3.a): in modo da includere le persone giuridiche nel concetto di "utente finale";
- l'aggiunta di un nuovo comma – art. 6.3.aa) – in modo da rendere legittimi i trattamenti che si basano su una richiesta esplicita di servizio individuale da parte dell'utente che ha fornito il consenso, fintantoché vengono adeguatamente protetti gli interessi e i diritti fondamentali dell'utente stesso (ad. esempio, funzionalità di indicizzazione, assistente digitale personale, servizi di traduzione o di inclusione per persone con disabilità);
- l'inclusione di una obbligazione per il titolare che effettua il trattamento sulla base dell'art. 6.3.b), tale per cui il titolare deve effettuare una valutazione di impatto ex art. 36.2.e), GDPR.

A partire proprio dalle posizioni della Presidenza estone, anche la Presidenza bulgara⁵¹ ha ritenuto di voler ampliare le basi di legittimità del trattamento ex art. 6.2, includendo il legittimo interesse, le "finalità ulteriori" così come individuate dall'art. 6.4, GDPR e in generale tutte quelle situazioni in cui il trattamento verrebbe considerato legittimo dal Regolamento privacy.

Parte Seconda

Sezione 3 – L'ePrivacy Regulation nella prospettiva dell'economia digitale

3.1 – Verso un'economia basata sul trattamento dei dati

Come si è detto nella Prima parte del presente lavoro, il servizio di comunicazione elettronica⁵² è strettamente legato al diritto alla riservatezza delle comunicazioni tra persone fisiche, un diritto tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La riservatezza delle comunicazioni può altresì riguardare contenuti aventi valore economico, aziendale, scientifico, militare. Sotto quest'ultimo aspetto, la Proposta si orienta sulla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali anche con riferimento alle persone giuridiche⁵³.

Parallelamente, rileva osservare che il GDPR, nel caso contemplato nell'art. 6.1.f), considera lecito un trattamento se «è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore»^{54,55}. Nel riportare la formulazione della norma all'ambito economico, il legittimo interesse può rinvenirsi anche nella libertà di

⁵¹ In <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5165-2018-INIT/en/pdf>.

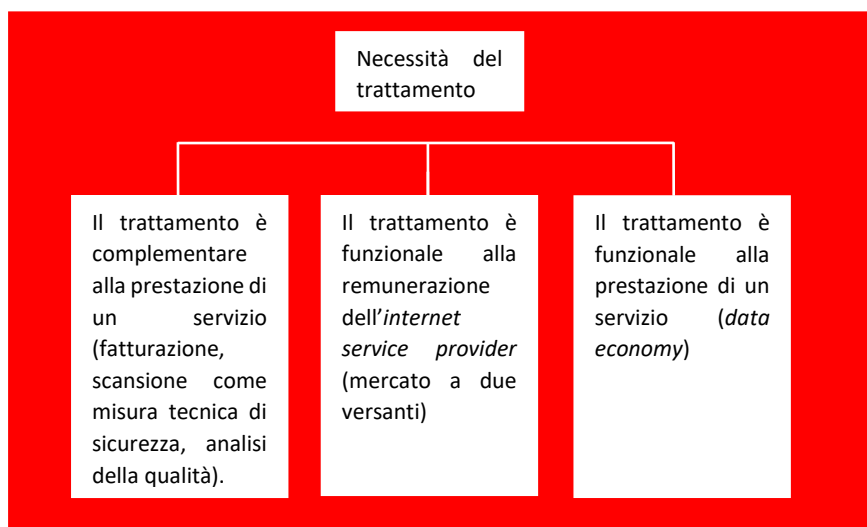
⁵² La proposta di direttiva che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche definisce "servizio di comunicazione elettronica" i servizi forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono il "servizio di accesso a Internet" quale definito all'articolo 2.2, del Regolamento (UE) 2015/2120 e/o il "servizio di comunicazione interpersonale" e/o i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina (M2M) e per la diffusione circolare radiotelevisiva, esclusi i servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Com (2016) 590 final, 12 ottobre 2016.

⁵³ Sul punto si veda COMMISSIONE EUROPEA, Com (2017) 10 final, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE*, 10 gennaio 2017, terzo considerando.

⁵⁴ Un esempio in tal senso potrebbe essere dato dalla misurazione di fenomeni sociali per finalità di interesse generale. Cfr. F. GIANNOTTI, *Big data e social mining. I dati, a saperli ascoltare, raccontano storie*, in AA.Vv., *Misurare l'innovazione digitale. Gli indicatori di successo delle politiche di innovazione territoriale Venezia*, Ed. Cà Foscari, 2015, 49-61. L'autore richiama un noto studio che ha dimostrato come, nel caso dei motori di ricerca, l'ipotesi di correlazione tra le interrogazioni riguardanti il fenomeno dell'influenza e il numero di individui che hanno effettivamente avuto sintomi influenzali, si sia rivelata utile per prevedere, nel breve periodo, l'incidenza di tale fenomeno. In tal modo, gli operatori sanitari possono fronteggiare con maggiore efficacia le epidemie stagionali.

⁵⁵ Norma sostanzialmente analoga a quella prevista dalla direttiva 95/46/CE all'articolo 7, lett. f).

iniziativa economica – la “libertà d’impresa”, anch’essa riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 16) – che potrebbe realizzarsi attraverso il trattamento di dati personali, senza per questo richiedere il preventivo consenso dell’interessato. In questa prospettiva, la necessità del trattamento è spiegata proprio dalle esigenze di sopravvivenza del titolare che, in tal modo, giustifica un’attività economica condotta su dati «comuni»⁵⁶, aventi un contenuto economico, nella misura in cui ciò non implichi un rischio per gli interessati (dignità, identità, reputazione, discriminazione)⁵⁷. Le trasformazioni dell’economia dovute all’evoluzione tecnologica e al crescente impiego dei dati alla stregua di un *input* produttivo hanno pertanto delineato nuove condizioni in cui il trattamento si rende necessario e legittimo. Una simile norma appare attagliata alla strutturazione “a due versanti” del mercato dei servizi e dei contenuti offerti nella grande rete. La stessa norma può rappresentare, altresì, il riferimento giuridico per quei fenomeni economici – come l’economia fondata sui dati (*data economy*), in cui la finalità del trattamento è la prestazione del servizio – che stanno delineando uno scenario in cui il trattamento dei dati si identifica con l’attività economica principale delle imprese (*core activity*) – ad esempio, imprese che operano nell’economia digitale – o comunque è una parte essenziale dell’attività economica senza la quale la stessa non potrebbe essere svolta.



3.2 Gli assistenti personali digitali

Le applicazioni software che consentono l’interazione tra un essere umano e una macchina descrivono un servizio digitale che utilizza un servizio (intermedio) di comunicazione elettronica tra uomo e macchina, ma che si fonda anche sull’apprendimento della macchina (machine learning). Un processo, questo, essenziale per poter prestare un servizio finale come quello dell’assistenza di tipo informativo⁵⁸. Per altro verso, un simile servizio è esempio emblematico della data economy, ossia di un’economia in cui l’output offerto si fonda sul trattamento dei dati generati dall’interazione tra l’utente e l’assistente (macchina), e dunque dei dati delle comunicazioni elettroniche che descrivono il «rapporto» di scambio informativo che, nel tempo, si instaura tra queste parti.

Sotto il profilo del mercato, va osservato che i servizi di assistenza digitale sono suscettibili di fornire un notevole contributo alla crescita dei servizi digitali con le offerte concorrenti di Siri (Apple), Google Assistant, Cortana (Microsoft), Alexa (Amazon), Bixby (Samsung). Anche HTC e Sony integreranno in futuro questa tecnologia sui rispettivi prodotti. Gli sviluppi più promettenti di questo tipo di applicazioni riguarderanno gli

⁵⁶ Dati diversi dalle “categorie particolari di dati personali” e dai “dati personali relativi a condanne penali e reati”, indicati rispettivamente agli articoli 9 e 10 del Regolamento GDPR.

⁵⁷ In tal senso, R. MOTRONI, *Il Regolamento (UE) 2016/679 tra soggetti giuridici del mercato ed oggetto economico*, in *federalismi.it*, n. 13, 2017.

⁵⁸ Il servizio di assistenza digitale consente, altresì, la comunicazione tra persone via e-mail, messaggi di testo e telefonate.

assistenti domestici (es., LG Smart Hub Robot e Olly Emotech), che riconoscono l'utente e ne percepiscono l'umore sulla base dell'analisi del tono di voce. Anche il mercato degli assistenti personali per la guida mostra dinamiche apprezzabili, stando alle sperimentazioni svolte dai Watson Conversation Services di IBM e da Toyota Yui, che instaurano un legame personale con il guidatore, ricordandogli fatti accaduti nei viaggi compiuti in passato ed elaborando le emozioni percepite⁵⁹.

Sul piano della regolamentazione giuridica, va osservato che la proposta di Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche prevede il trattamento dei dati nei casi – come quello dell'assistente digitale – in cui, senza lo stesso trattamento, il servizio non potrebbe essere erogato⁶⁰. Tuttavia, va anche rilevato come la proposta di Regolamento mantenga la regola del consenso preventivo che, in tale condizione, appare poco comprensibile (in quanto superflua), essendo la stessa domanda di fruizione del servizio a rappresentare un consenso al sottostante trattamento dei dati personali. Sotto quest'ultimo aspetto, è necessario – ma anche sufficiente – che il fornitore del servizio finale garantisca agli utenti-interessati l'informativa prevista dalla disciplina generale, specificando come la finalità del trattamento sia proprio la prestazione del servizio.

La regola del consenso preventivo appare tanto più una barriera allo sviluppo dei servizi di assistenza personale – e, più in generale, del mercato dei servizi digitali – se si considera che, nei casi in cui l'assistente supporta una comunicazione tra persone, tale volontà dovrebbe essere espressa anche dai destinatari. Un tale meccanismo appare quanto meno critico sul piano dell'applicazione.

3.3 – La pubblicità comportamentale

L'esperienza dei mercati della fornitura di servizi e contenuti in internet ha definito un modello di offerta analogo a quello che si è sviluppato nell'ambito dei *media* tradizionali. Sotto questo profilo, l'economia di internet è un esempio di mercato a due versanti (*two sided market*), il cui funzionamento prevede, da un lato, la prestazione agli utenti di servizi e contenuti senza l'applicazione di condizioni economiche, e, dall'altro lato, la fornitura alle imprese di spazi pubblicitari e la remunerazione degli *internet service provider* (ad esempio, un motore di ricerca o una piattaforma *social* verosimilmente utilizzano il profilo dei propri utenti per acquisire inserzioni pubblicitarie). Sul versante della raccolta pubblicitaria si realizza la vendita di spazi per l'*advertising* agli inserzionisti (imprese attive in tutti i settori economici), contenenti messaggi in qualche misura orientati a preferenze e interessi dei singoli *internet user*. Preferenze e interessi che vengono desunti dalla raccolta di dati comportamentali attraverso varie modalità (parole chiave inserite nei motori di ricerca, che sono un indizio utile per comprendere le intenzioni degli utenti; utilizzo dei *cookie* per conoscere il livello di frequentazione dei siti, i contenuti selezionati, gli acquisti effettuati; utilizzo dei *social plugin* per acquisire dati sulle relazioni che gli utenti sviluppano all'interno dei *social media*)⁶¹, e dalla loro elaborazione⁶². L'attività principale dei fornitori di servizi e contenuti in rete, dunque, per le sue caratteristiche e finalità (equilibrio economico) non potrebbe essere svolta – se non in perdita – senza il monitoraggio regolare e sistematico degli utenti da cui poter ricavare dati comportamentali utili alle imprese inserzioniste per le loro

⁵⁹ Cfr. A. CASALI, *Bot, assistenti personali e chatbot: il customer service nell'era dell'AI*, <https://www.digital4.biz/marketing/big-data-e-analytics/bot-assistenti-personali-e-chatbot-il-customer-service-nell-era-dell-intelligenza-artificiale/>

⁶⁰ Si veda, al riguardo, l'articolo 6.3.a).

⁶¹ Cfr. F. BARCA, B. ZAMBARDINO, (a cura di), *L'industria della comunicazione in Italia. I nuovi attori "sopra la rete" e la sostenibilità della filiera di Internet*, XIV Rapporto Iem, Torino, Fondazione Rosselli, 2012.

⁶² La raccolta e l'elaborazione dei dati comportamentali viene effettuata dai fornitori di pubblicità comportamentale (fornitori di reti pubblicitarie). La pubblicità comportamentale on line (nota anche come "pubblicità basata sugli interessi") consiste nel rendere disponibili sui siti web messaggi su prodotti e servizi in linea con gli interessi dei singoli utenti che hanno visitato quei siti. Per un approfondimento sulle figure imprenditoriali che intervengono nella pubblicità comportamentale si veda GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, 22 giugno 2010.

performance di vendita e per i loro obiettivi di *branding* (notorietà, visibilità, sviluppo del marchio, reputazione) nel medio-lungo periodo.

Il trattamento di dati degli utenti, dunque, produce vantaggi economici per gli inserzionisti, i quali hanno la possibilità di far giungere loro i propri messaggi commerciali. Sulla base dei dati raccolti, si presume che gli utenti abbiano un interesse per i prodotti e servizi oggetto della comunicazione. Gli investimenti in pubblicità comportamentale rappresentano, invece, la principale fonte di finanziamento dell'offerta di servizi e contenuti in internet. Un tale modello di business ha determinato sul versante della raccolta pubblicitaria una complessa filiera di attività economiche in cui, oltre alla domanda e all'offerta di spazi pubblicitari, partecipano provider che svolgono funzioni di intermediazione⁶³.

Peraltro, il meccanismo di remunerazione legato all'architettura a due versanti del mercato ha posto la questione dell'effetto del trattamento dei dati sugli utenti interessati. Al riguardo, va osservato come parte della letteratura economica ha documentato una risposta negativa agli annunci on line da parte di utenti con esigenze di *privacy*, mentre d'altro canto numerose ricerche attestano la preferenza di una significativa frazione di *internet user* per soluzioni *free* e messaggi commerciali orientati ai loro interessi.

(i) I consumatori europei che accedono al web quotidianamente (almeno tre ore al giorno per il 52% dei casi) sono più soddisfatti delle loro esperienze gratuite e supportate da annunci rispetto a quelle a pagamento (63% vs. 40%).

(ii) I due terzi degli utenti che navigano in rete sarebbero disposti a condividere i propri dati per ricevere pubblicità mirata.

Le ricerche dell'associazione Interactive Advertising Bureau (IAB) dimostrano come i dati comportamentali permettano di migliorare il gradimento e l'efficienza delle campagne di digital advertising, rappresentando anche una risorsa cruciale per tutto il settore dei media e l'economia digitale. Un'analisi economica più ampia fa emergere il forte contributo della pubblicità digitale comportamentale agli investimenti, alle attività economiche connesse e all'occupazione. È un settore che si è evoluto rapidamente: da industria emergente,

⁶³ Al riguardo, si veda AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online*, Delibera 19/14/CONS, allegato A, <https://www.agcom.it/indagine-conoscitiva-sul-settore-dei-servizi-internet-e-della-pubblicita-online>, in cui sono descritte le figure che svolgono l'attività di intermediazione: concessionarie (soggetti terzi autorizzati sulla base di un contratto di mandato alla concessione di spazi pubblicitari disponibili sui siti dei fornitori di contenuti e servizi), *ad network* (intermediari che aggregano o acquistano spazi pubblicitari da un insieme di siti web e vendono tale inventario agli inserzionisti o ai centri media, trattenendo una quota di ricavi per ogni vendita), *ad exchange* (piattaforme tecnologiche grazie alle quali i fornitori di contenuti e servizi web, gli *ad network* e gli inserzionisti possono acquistare e vendere spazi pubblicitari; tali piattaforme facilitano la definizione di prezzi e gli acquisti in modo automatico, tramite aste online in tempo reale), network di affiliazione (soggetti che operano come intermediari tra i titolari di siti web affiliati ed i rivenditori online, mediante programmi di affiliazione), centri media (soggetti che negoziano e/o acquistano spazi pubblicitari su internet per conto dei propri clienti – gli inserzionisti – direttamente dagli editori, ovvero mediante *ad network* e *ad exchange*).

che nel 1999 rappresentava una quota marginale del totale della pubblicità (0,5%), a principale forma pubblicitaria in Europa che nel 2016 ha registrato poco meno di 42 miliardi di euro di investimenti.

3.4 – I servizi digitali

Le traiettorie dell'economia degli ultimi anni si sono caratterizzate sotto il profilo dell'innovazione di processo e di prodotto, facendo leva sul trattamento dei dati, sull'utilizzo di mezzi e metodi di trattamento (sensori, soluzioni di *cloud computing*, tecnologie *hadoop*, *machine learning*) e su piattaforme di comunicazione (*social media*, posta elettronica, siti di condivisione). L'esperienza delle imprese – dalle over the top alle start up – ripropone, una volta di più, quella tensione intrinseca all'economia digitale che mette a confronto le loro attività economiche, che in tale contesto si fondano sull'analisi di dati personali, e la protezione di quest'ultimi.

I servizi digitali⁶⁴ (es. *real time translation*, applicazioni software per autoveicoli, *e-mail*) sovente integrano trattamenti di dati che si esplicano nella comunicazione degli stessi verso un numero finito di destinazioni⁶⁵. Questa strutturazione dei servizi digitali, dunque, include il "servizio di comunicazione elettronica" che, secondo i casi, coincide con il servizio finale (es. *e-mail*) oppure è una risorsa intermedia, utilizzata per la prestazione di un servizio finale (diverso dalla comunicazione elettronica). Peraltro, i servizi digitali si caratterizzano anche per la fornitura di trattamenti di conservazione dei dati delle comunicazioni (*storage*) che, in diversi casi, appaiono necessari agli utenti. In tale categoria vanno annoverati i servizi di comunicazione interpersonale, di cui la posta elettronica e le comunicazioni attraverso le piattaforme sociali sono esempi emblematici se si considera che tali servizi integrano il controllo, da parte degli interessati, della conservazione dei messaggi (e dei dati) in ragione delle loro necessità di riutilizzo. Sul punto rileva osservare come le previsioni di conservazione e cancellazione dei dati delle comunicazioni elettroniche – contenute nella Proposta all'art. 7 – non appaiano chiare. Esse non escludono la registrazione o conservazione del contenuto delle comunicazioni elettroniche – tali dati possono essere registrati o conservati dagli utenti finali o da un terzo da essi incaricato – ma prevedono la cancellazione dei metadati o la loro anonimizzazione se non sono più necessari al fine di trasmettere una comunicazione.

I servizi digitali che integrano la funzione della comunicazione sono spesso sottoposti a trattamenti di scansione (*screening*) per i quali si pone la questione della compatibilità con le istanze di riservatezza. A tal riguardo, rileva osservare come, nell'ambito della prestazione di servizi di posta elettronica, i suddetti trattamenti costituiscano una prassi dei provider finalizzata all'individuazione di software che possono inficiare la qualità dei servizi stessi (*malware*) ovvero di pratiche di spamming che spesso determinano la saturazione della capacità dei loro server con conseguenze sul piano della continuità del servizio⁶⁶. Nell'esaminare i fondamenti giuridici che legittimano tale prassi, il Gruppo Art. 29 ha ritenuto che i trattamenti consistenti nella scansione del contenuto dei messaggi, effettuati dai provider di posta elettronica per individuare virus e spam, possono trovare giustificazione nell'obbligo di adottare misure

⁶⁴ I servizi digitali si caratterizzano per l'impiego delle tecnologie dell'informazione e si identificano con software che riproducono in forma automatizzata le operazioni che compongono il servizio stesso. Rispetto ai servizi forniti in modalità tradizionale, il software sostituisce, integralmente o in parte, le operazioni effettuate off line.

⁶⁵ La comunicazione di dati, ossia rendere conoscibili i dati in qualunque forma ad un numero determinato di soggetti diversi dall'interessato e dalle figure implicate nel trattamento (titolare, responsabile, incaricati), è essa stessa un trattamento.

⁶⁶ Sul punto si rinvia a G. CREA, *La protezione dei dati personali tra diritti d'impresa, dei consumatori e della concorrenza*, in L. BOLOGNINI, D. FULCO, P. PAGANINI (a cura di), *Next privacy. Il futuro dei nostri dati nell'era digitale*, Milano, Etas, 2010, ed alla letteratura ivi citata.

tecniche ed organizzative adeguate al fine di garantire la sicurezza dei servizi prestati, previsto dell'articolo 4 della direttiva 2002/58/CE⁶⁷. Un tale orientamento sembra essere confermato nel Reg. ePr, all'articolo 6.1.b).

3.5 – Servizi digitali per il trasporto privato

L'Internet of Things trova nell'industria automobilistica uno dei principali ambiti di applicazione, con la fornitura ai consumatori di servizi digitali per la propria automobile (localizzazione del veicolo, indicatori di sicurezza desunti dalle statistiche sulla guida, assistenza in caso di incidente, distanze percorse e tempi di percorrenza)⁶⁸. I servizi di smart car – che da qualche tempo trovano applicazione anche nei modelli di offerta del settore assicurativo basati sulla percorrenza e sulla formula pay for use – riposano sulla raccolta di dati che avviene ad opera di dispositivi installati sulle automobili capaci di codificarne la posizione e le prestazioni. Peraltro, va osservato come le informazioni sull'autoveicolo, se associate al proprietario dello stesso, assumano un carattere personale⁶⁹.

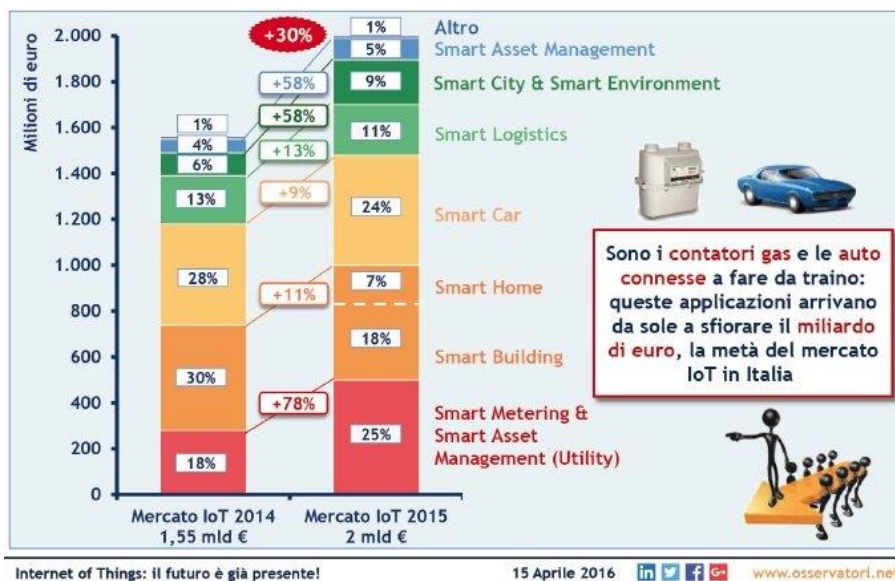
La prestazione di servizi di smart car, dunque, descrive un'attività economica che si avvale del trattamento di dati personali e che comprende la comunicazione dei risultati (*output*) sul device dell'interessato (es. smartphone) attraverso un'applicazione software. Questo e altri servizi legati al fenomeno Internet of Things (*smart metering, smart city, smart environment*) descrivono una trasformazione dell'economia digitale con prospettive decisamente promettenti sotto il profilo della crescita economica. A tal riguardo, il Politecnico di Milano ha stimato una crescita del 30% del mercato IOT tra il 2014 e il 2015 (v. figura), di cui il segmento smart car ha contribuito nella misura pari a circa il 14%. Simili dinamiche del mercato IOT in generale, e del segmento smart car in particolare, ripropongono una volta di più la questione di una regolamentazione del trattamento dei dati personali suscettibile di introdurre barriere alla crescita economica. Sotto questo profilo, la perseveranza della proposta di Regolamento in una logica rigorosamente opt in sembra non cogliere la necessità di un riadattamento delle regole in relazione ai mutamenti indotti dall'economia digitale. Mutamenti che implicano una riflessione sul corretto inquadramento delle esigenze di riservatezza e di servizio che, invero, non appaiono in contrasto. Su questo punto va osservato come la riservatezza delle comunicazioni elettroniche (la riservatezza dei dati durante la trasmissione uomo-macchina) sia compatibile con il trattamento dei dati di tali comunicazioni che la macchina opera per il suo apprendimento e per la prestazione del servizio.

Alla luce delle dinamiche e dei meccanismi testé tratteggiati, se da un lato appare necessario salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni, anche affinché i fornitori di servizi digitali possano mantenere la fiducia degli utilizzatori, dall'altro occorre chiedersi se l'impianto normativo della proposta di Regolamento possa garantire i ritmi di crescita sopra indicati e quale sia l'impatto sul benessere degli stessi utilizzatori. Pur non disponendo, allo stato, di stime, è plausibile ipotizzare, quanto meno, una riduzione della varietà dei servizi ed un conseguente rallentamento della crescita

⁶⁷ In tal senso, cfr. GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 2/2006 sugli aspetti di tutela della vita privata inerenti ai servizi di screening dei messaggi di posta elettronica*, 21 febbraio 2006. L'articolo 4 della direttiva 2002/58/CE, richiamato dal Gruppo di lavoro, è stato successivamente modificato dalla direttiva 2009/136/CE.

⁶⁸ Si veda, ad esempio, l'offerta "V-auto by Vodafone" di Vodafone, <http://news.vodafone.it/2017/11/07/nasce-v-by-vodafone/>.

⁶⁹ Si veda, in tal senso, GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, 20 giugno 2007.



Internet of Things: il futuro è già presente!

15 Aprile 2016



www.osservatori.net

Fonte: Osservatorio Internet of Things, Politecnico di Milano.

3.6 – Economia delle piattaforme, PMI e *start up* innovative

All'interno di una economia che ha eletto a suo fondamento l'utilizzo dei dati, la produzione di nuova conoscenza per l'innovazione di prodotto e di processo riposa sull'accesso a dati anche di natura personale. La compenetrazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) nella società civile – ma anche nell'ambiente 'inanimato' (*things*) – ha aumentato le occasioni di "codifica della realtà" (fenomeni, luoghi, eventi, comportamenti) con la produzione di grandi ed eterogenee masse di dati (*big data*). In tale contesto, vengono in rilievo le stesse ICT nel ruolo di strumento di analisi e trattamento con soluzioni ad alta prestazione (*high performance computing*), rendendo possibile il trattamento simultaneo di quantità elevate di dati e la produzione di molti output informativi e conoscitivi.

L'"economia delle piattaforme"⁷⁰ – di cui il (controverso) caso Uber è, nel bene e nel male, un esempio paradigmatico – è una particolare espressione dell'economia digitale (e della *data economy*) che si caratterizza per l'incontro (mediato dalle piattaforme) tra portatori di bisogni e interessi, e per gli "effetti di rete" che ne derivano. In questo contesto, in cui si formano e si raccolgono *big data*, il trattamento è una funzione fondamentale per la realizzazione di servizi 'sottostanti'⁷¹ da parte di imprese prevalentemente di piccola e media dimensione (PMI, *start up*). Non va peraltro sottaciuto come la raccolta e l'elaborazione di dati e la produzione di output informativi e conoscitivi siano anche core activities, vale a dire attività che acquisiscono un valore economico autonomo, assumendo esse stesse una connotazione imprenditoriale (*data analytics*)⁷².

L'economia delle piattaforme, definita nei tratti caratterizzanti della condivisione, della collaborazione, delle relazioni paritarie (*peer to peer*), ha pertanto introdotto un modello aziendale

⁷⁰ In tale espressione si fanno rientrare quelle attività economiche basate sull'utilizzo di piattaforme internet che consentono l'incontro immediato tra un utilizzatore che richiede un bene o un servizio ed un altro che è in grado di fornirlo mettendo a disposizione le risorse (beni, competenze, tempo) di cui è in possesso.

⁷¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Com (2016) 356 final, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, 2 giugno 2016. Con il termine "servizi sottostanti" la Commissione indica i servizi diversi da quello di intermediazione fornito dalla piattaforma, che si avvalgono di piattaforme di collaborazione per raggiungere gli utenti. I fornitori di servizi sottostanti possono essere sia privati che offrono servizi in modo occasionale sia prestatori di servizi professionali.

⁷² In tal senso, E. DAGNINO, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 2017.

alternativo a quello tradizionale, il cui valore, derivato dal trattamento dei dati, può essere utilizzato come leva di scambio su più versanti (pubblicità, servizi innovativi, prodotti di *data analytics*)⁷³. Un tale modello sta generando entrate significative sul fronte dei servizi di car sharing, degli affitti di immobili, della compravendita diretta di beni e servizi, in tal modo indicando la tendenza dei consumatori verso soluzioni percepite come più abbordabili⁷⁴. I servizi prestati attraverso le piattaforme Postmates e Handy sono esempi particolarmente rappresentativi di una tale tendenza: l'una ha aumentato il numero di spedizioni da 500.000 a 1.5 milioni in 30 settimane, dal 2014 al 2015, l'altra è cresciuta da 3 milioni a 52 milioni di dollari di fatturato in due anni⁷⁵

Si stima che nei prossimi anni l'economia delle piattaforme possa raggiungere un valore globale di 110 miliardi di dollari

Cfr. GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 4/2015. Verso una nuova etica digitale*, 11 settembre 2015.

La successiva tabella mostra le implicazioni occupazionali dell'economia delle piattaforme⁷⁶:

Piattaforma	Settore	Dimensioni della forza lavoro	Area geografica
Uber	Trasporti	160.000	Internazionale
Lyft	Trasporti	50.000	USA
Sidecar	Trasporti	6.000	USA
Handy	Servizi domestici	5.000	USA
TaskRabbit	Servizi domestici	30.000	Internazionale
Care.com	Servizi domestici	6.600.000	Internazionale
Postmates	Consegne	10.000	USA
Amazon Mech Turk	Lavoro intellettuale	500.000	Internazionale
Crowdfunder	Lavoro intellettuale	5.000.000	Internazionale
Crowdsourcing	Lavoro intellettuale	8.000.000	Internazionale
Clickworker	Lavoro intellettuale	700.000	Internazionale

Fonte: Smith R. e Leberstein S., *Rights on demand: Ensuring workplace standards and worker security in the on-demand economy*. National Employment Law Project, New York, settembre 2015.

⁷³ Cfr. E. PEDEMONTE, *Google, Facebook, i nuovi monopoli e gli ideologi della Silicon Valley*, in *Scientific journal on digital cultures*, vol 1, n. 2, 2016, 27-34. A. PASSONI, *Economia delle piattaforme e architettura digitale delle scelte. Appunti sull'alternativa cooperativa*, reperibile all'indirizzo <http://archiviomarini.sp.unipi.it/692/6/Economia%20delle%20piattaforme%20e%20architettura%20digitale%20delle%20scelte.pdf>.

⁷⁴ Cfr. GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere 4/2015. Verso una nuova etica digitale*, 11 settembre 2015.

⁷⁵ Cfr. M. BIRGILLITO, *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *LLI*, n. 2, 2016, nota 31.

⁷⁶ La tabella è tratta da D. GUARASCIO, S. SACCHI, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, Roma, Ed. INAPP, 2017.

Sezione 4 – Riflessioni sul bilanciamento degli interessi nell'economia digitale

La Proposta di Regolamento disciplina i trattamenti di intercettazione dei dati delle comunicazioni elettroniche, ricomprendendovi oltre i casi già noti di interferenza – in cui una parte diversa da quelle coinvolte nella comunicazione ascolta le chiamate, effettua la scansione dei dati delle comunicazioni elettroniche (contenuto e metadati), conserva i dati per scopi diversi dalla funzionalità del servizio di comunicazione – anche il monitoraggio del comportamento degli internet user eseguito attraverso la raccolta di dati sulle loro esperienze in rete (siti visitati, tempi di permanenza, preferenze espresse, acquisti effettuati)⁷⁷. Al riguardo, l'articolo 5 della Proposta pone il divieto di tutte le interferenze con i dati delle comunicazioni elettroniche compreso il monitoraggio che, in tale prospettiva, si svolgerebbe su dati comportamentali allocati all'interno di un sistema di comunicazioni elettroniche di tipo client-server e machine to machine.

Quest'ultimo caso ripropone la questione della regolamentazione dei trattamenti connessi alle transazioni di natura non economica che avvengono nella rete sul versante degli utenti (l'accesso a internet implica per gli utenti la cessione di informazioni sul proprio profilo affinché operatori e inserzionisti possano utilizzarle gli uni per offrire loro servizi personalizzati e gli altri per somministrare messaggi specifici e, quindi, più efficaci)⁷⁸. In un'economia in cui si realizzano servizi digitali a partire dalla disponibilità di dati, anche di carattere personale, la previsione di un meccanismo di consenso preventivo per il trattamento di tali dati (*opt in*) appare sempre meno pertinente e suscettibile di introdurre un elemento di alterazione del normale funzionamento del mercato, richiedendo, per questo, una nuova visione del bilanciamento degli interessi che possa tenere conto delle esigenze di equilibrio economico dei fornitori di servizi digitali, elevandole al rango di "legittimo interesse". L'ipotesi della Commissione europea, relativa all'impostazione dei parametri di riservatezza attraverso i programmi di navigazione (*browser*), offre la possibilità di regolare in tal senso la privacy setting dell'utilizzatore, prevenendo esiti di riduzione dei servizi⁷⁹ o, perfino, di introduzione di soluzioni pay sul versante degli utenti. In questa prospettiva, la richiesta del servizio da parte di un utente dovrebbe far considerare come implicito il consenso al trattamento di dati se questo ne costituisce una componente inscindibile. Al riguardo, va osservato come la proposta della Commissione ammetta il trattamento dei contenuti delle comunicazioni elettroniche (ovvero dei servizi digitali che integrano la funzione di comunicazione elettronica) nei casi in cui l'erogazione di un servizio non possa avvenire senza tale trattamento (art. 6.3.a). In tali casi è comunque richiesto il consenso dell'utente o degli utenti. Tuttavia, quest'ultimo appare superfluo, essendo implicito nella richiesta del servizio.

⁷⁷ Si veda, in tal senso, COMMISSIONE EUROPEA, Com (2017) 10 final, cit., al quindicesimo considerando: "L'intercettazione dei dati delle comunicazioni elettroniche potrebbe avvenire, per esempio, quando una parte diversa dalle parti coinvolte nella comunicazione ascolta le chiamate, effettua la scansione o conserva il contenuto delle comunicazioni elettroniche o i metadati associati a fini diversi dallo scambio di comunicazioni. L'intercettazione avviene altresì quando terzi monitorano i siti web visitati, la tempistica delle visite, l'interazione con altri, ecc., senza il consenso dell'utente finale interessato".

⁷⁸ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online*, cit.

⁷⁹ Cfr. ASSONIME, *La strategia per il mercato unico digitale a metà percorso: Obiettivi, strumenti, attuazione*, Note e studi, n. 14/2017.

Conclusioni e raccomandazioni

L'obiettivo del presente lavoro è stato quello di identificare se e quando i servizi offerti dagli OTT possano essere assimilati a servizi di comunicazione elettronica ex art. 2.4, EECC e, quindi, sottoposti alle regole introdotte dal Reg. ePr, nonché quello di evidenziare alcuni effetti concreti che la proposta di Regolamento, così come formulata, comporterebbe nell'economia digitale.

A conclusione di quanto esposto, può affermarsi che la corrente formulazione della Proposta non risulta efficace nell'individuare e dirimere le complessità derivanti dalla natura dei servizi OTT, che finiscono così per essere sottoposti a una normativa non coerente con le disposizioni e gli scopi del GDPR e per essere assimilati a servizi di comunicazione elettronica la cui definizione è ormai obsoleta rispetto alle novità introdotte dagli internet-based services.

Pur rimanendo auspicabile e necessario l'obiettivo della Proposta di proteggere la riservatezza delle comunicazioni elettroniche, a destare non poche perplessità è la disciplina della legittimità del trattamento dei dati delle comunicazioni elettroniche che si basa *in toto* (salvo rare eccezioni ex art. 6, Reg. ePr) sul consenso dell'utente cui viene fornito il servizio. In tal senso, qualora venisse mantenuta l'estensione della disciplina ePrivacy anche agli OTT, sarebbe opportuno considerare l'ampliamento delle basi di legittimità del trattamento dei dati delle comunicazioni elettroniche da parte di questi e altri fornitori, secondo quanto già disposto dal GDPR all'art. 6.1 e 6.4. Sotto questo aspetto, le dinamiche dell'economia digitale (mercati multi versante e remunerazione dei provider, funzionalità del trattamento alle core activities delle aziende) inducono una riflessione sull'esercizio del bilanciamento tra mercato e protezione dei dati. Il rischio che, altrimenti, si intravede è quello di una riduzione dei servizi internet o dell'introduzione di soluzioni pay sul versante degli internet user. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, è utile interrogarsi sulle ricadute della decisione di motori di ricerca e social network di stabilire prezzi di accesso ai propri servizi.