



**ITALIAN**  
**DIGITAL**  
**REVOLUTION**

*Collana editoriale di ebook informativi  
sulla trasformazione digitale*

## **I diritti digitali dei cittadini europei**



**Edito da:**

Associazione Italian Digital Revolution - AIDR

# I diritti digitali dei cittadini europei

**Prefazione:**

Agostino Ghiglia

**Autori:**

Paola D'Elia

Mauro Rosario Nicastri

Dario Scrivano



Questo e-book è stato reso accessibile da Fondazione LIA  
[www.fondazione.lia.org](http://www.fondazione.lia.org)



**Associazione Italian Digital Revolution - AIDR**

Via Terenzio, 10 - 00193 Roma (RM) - Codice Fiscale: 97886610589  
[info@aidr.it](mailto:info@aidr.it) [www.aidr.it](http://www.aidr.it)

Prima edizione: Settembre 2021 - Copyright 2021 - Tutti i diritti riservati

**Grafica di:** Visual Up - Francesco Gaglianone

Creative Commons - (CC BY-NC-ND 4.0) Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale



(Pdf) **ISBN:** 9788894517279

# Indice

<b>Prefazione</b> <i>di Agostino Ghiglia</i>	<b>pag. 4</b>
<b>Introduzione</b>	<b>pag. 6</b>
<b>1. Dati personali, la nostra ricchezza inconsapevole - Il GDPR</b>	<b>pag. 7</b>
1.1 Cenni Storici e Fonti del Diritto	pag. 7
1.2 Definizione Dati Personali	pag. 9
1.3 Trattamento dei dati personali	pag. 10
1.4 Trattamento secondario dei dati personali	pag. 12
1.5 Trattamento dati particolari	pag. 15
<b>2. I consumatori digitali - Diritto e gestione dei servizi e contenuti digitali</b>	<b>pag. 17</b>
2.1 Fonti Legislative	pag. 17
2.2 DIRETTIVA 770/2019	pag. 19
2.3 DIRETTIVA 771/2019	pag. 23
2.4 DIRETTIVA 2019/2161 (OMNIBUS)	pag. 25
<b>3. Gli investitori digitali</b>	<b>pag. 28</b>
3.1. Cenni storici	pag. 28
3.2 MIFID	pag. 31
3.3 Pagamenti terze parti	pag. 35
<b>Sitografia</b>	<b>pag. 38</b>
<b>Gli autori</b>	<b>pag. 41</b>

# Prefazione

di Agostino Ghiglia\*

L'obiettivo principale di questa pubblicazione è mettere a disposizione di tutti uno strumento agile, scevro da tecnicismi per addetti ai lavori, che renda consapevoli i lettori dei loro "nuovi diritti" in quanto cittadini europei di questo nuovo millennio.

La definizione di cittadini europei non è casuale e il testo si pone in tal senso un duplice scopo.

Il primo è quello di analizzare quei provvedimenti europei che sono intervenuti per disciplinare delle materie la cui incidenza nella vita quotidiana di ciascuno di noi è sempre maggiore.

Il secondo scopo è la diretta conseguenza del primo: vorremmo far percepire al lettore, attraverso l'analisi di tali provvedimenti, la vicinanza delle istituzioni europee alle sue esigenze di cittadino e consumatore e gli strumenti che l'UE ha approntato per tutelare i propri cittadini.

Troppo spesso, infatti, viviamo le istituzioni europee come un inutile ed opprimente "mostro burocratico", un ulteriore ed incomprensibile appesantimento della nostra vita. Tale rappresentazione parziale della realtà rischia, tuttavia, di risultare fuorviante e di farci perdere di vista le molteplici opportunità di una visione Europea più consapevole. L'auspicio e l'obiettivo degli Autori è che le riflessioni e le disamine offerte in queste pagine, forniscano un'immagine più complessiva e meno negativamente stereotipata dell'Unione Europea.

In tal senso gli Autori hanno voluto trasporre la loro esperienza professionale, maturata nel settore privato, accademico e della pubblica amministrazione, in questa pubblicazione.

I temi trattati saranno Diritto e gestione dei dati personali, Diritto e Gestione di contenuti e servizi Digitali, Diritto e gestione dei servizi bancari.

Il modo nel quale sono trattati questi argomenti è volutamente divulgativo, gli autori non si addentrano nella speculazione di questioni giuridiche atte, doverosamente, ad alimentare il dibattito della Dottrina su materie dalle mille implicazioni – che

nessun attento giurista potrebbe mai tralasciare o sottovalutare – ma hanno scelto, di renderli fruibili, chiari, immediati.

Come già sopra evocato, infatti, in questa pubblicazione i tecnicismi cedono il passo a nozioni semplici che non è arduo definire di uso quotidiano.

Il tema della privacy viene affrontato alla luce del nuovo G.D.P.R., un formidabile strumento di tutela dei diritti del cittadino, un imprescindibile scudo della nostra libertà in quanto persone/dato, in una fase storica di mercificazione parossistica, con poco controllo, dei nostri dati personali.

Il Testo cerca di fornire, a mio avviso centrando bene l'obbiettivo, quelle conoscenze basilari che possano essere utili ad una maggiore consapevolezza dei nostri diritti e ad un corretto e informato esercizio dei medesimi.

Analogo spirito permea la trattazione della gestione dei contenuti e servizi digitali, la nuova frontiera dei consumatori, disciplinata attraverso l'insieme di Direttive europee che compongono il "New Deal for Consumers": con una narrazione agile e scorrevole si forniscono ausili pratici e di facile lettura per la nostra vita di consumatori digitali attraverso un'esposizione, chiara ed istantanea, dei "nuovi diritti" che i provvedimenti europei ci hanno attribuito.

La cifra stilistica della pubblicazione sarà presente anche nell'ultimo capitolo sui servizi finanziari, materia ostica e tecnica, su cui generazioni di giuristi hanno profuso il loro impegno – sin dalla creazione delle prime banche – al fine di raffinarla ed adattarla all'esigenze delle varie epoche.

La nostra era digitale, non fa eccezione. L'analisi, invero, si concentra su come i servizi finanziari si sono evoluti alla luce della diffusione delle tecnologie digitali, sempre con una particolare attenzione per le tutele e le opportunità che gli interventi legislativi europei hanno predisposto in favore dei cittadini.

\* Componente Garante per la protezione dei dati personali.

Quest'ultimo capitolo è anche decisamente parco in termini di dettati normativi, poiché estremamente intrisi di nozioni specialistiche e poco utili ad una fruizione del testo coerente alla mission di questa pubblicazione mentre, negli altri due capitoli, saranno riportati in nota molti articoli in quanto funzionali ad una comprensione a 360 gradi delle tematiche esaminate.

In conclusione, gli autori non sono mossi da alcuna velleità scientifica ma da una lodevole convinzione: per far sì che i diritti diventino effettivi, dispiegando tutta la loro efficacia, è indispensabile promuovere la loro diffusione anche al di fuori dei ristretti circoli degli addetti ai lavori e degli esperti di settore.

# Introduzione

Ogni epoca della storia umana è stata contraddistinta da qualche scoperta o avvenimento, che l'ha caratterizzata in maniera così pervasiva da segnalarla per sempre.

Ad esempio, le scoperte del fuoco, del ferro, del bronzo, che hanno inciso in modo così profondo sull'evoluzione dell'umanità, che a distanza di millenni sono ancora considerate tappe fondamentali della storia dell'essere umano.

Nella nostra epoca la connettività perpetua sarà il tratto distintivo che gli storici racconteranno per definire il tempo presente. Non a caso i millennials, cioè i nati intorno all'anno 2000, sono anche chiamati nativi digitali, a testimoniare che il mondo è stato diviso tra il prima e il dopo la rivoluzione della comunicazione.

Tale premessa storica non è un vezzo, ma la migliore introduzione alle controverse tematiche giuridiche che pone una rivoluzione così epocale, così straordinaria, che tocca ogni campo della vita e dello scibile umano, cancellando, come con un tratto di penna, tutto ciò che era prima del suo avvento.

Il diritto per sua natura non può mai prescindere dagli accadimenti umani, poiché li disciplina e li regola con l'intento di non farsi travolgere dalle innovazioni e dagli stravolgimenti, che la naturale evoluzione umana pone come sfida.

L'era digitale, con le sue implicazioni giuridiche e la tutela di "nuovi diritti", è la sfida più attuale e avvincente che i giuristi contemporanei si trovano ad affrontare, un po' come la promulgazione delle prime costituzioni, che hanno segnato la storia giuridica e non solo, dei popoli che ne hanno beneficiato. Voler condensare in un unico testo le infinite problematiche a cui abbiamo accennato, sarebbe impresa improba e presuntuosa; pertanto tratteremo alcune problematiche specifiche, ma fondamentali di questo nuovo mondo giuridico, i dati personali, la loro gestio-

ne, la loro diffusione, la loro potenzialità, il loro immenso valore, in un'ottica che possa essere utile nella nostra quotidianità, la gestione dei servizi e dei contenuti digitali, ad oggi i beni di più largo consumo nel mondo moderno con tutti i risvolti che ciò comporta nella nostra vita di consumatori e, infine, i servizi finanziari, sempre nell'ottica del "cliente" e, quindi, scevra da ogni tecnicismo.

*Gli autori*

# 1. Dati personali, la nostra ricchezza inconsapevole - Il GDPR

## 1.1 Cenni Storici e Fonti del Diritto

Per meglio comprendere come si è giunti all'attuale disciplina della privacy e dei dati personali è fondamentale un breve excursus storico giuridico.

S'impone da subito una considerazione essenziale, la privacy racchiude in sé la gestione e il trattamento dei dati personali, ma non si limita a questa funzione, la sua portata giuridica è molto più ampia e ricomprende in generale la tutela della sfera privata dell'individuo, la riservatezza a cui ciascuno di noi ha diritto, impedendo che le informazioni personali che ci riguardano possano essere divulgate o utilizzate senza il nostro consenso.

Il diritto alla privacy viene elaborato per la prima volta negli Stati Uniti, nel 1890, come diritto ad essere lasciati soli (to be let alone) e si raccorda con i principi tipici del diritto statunitense tesi sempre all'esasperata protezione dei diritti dell'individuo, in forma soggettiva, anche e soprattutto nei confronti dello Stato, esempi eclatanti sono la Legge che tutela la proprietà privata, o quella sul possesso delle armi.

Di contro, le prime evoluzioni normative di questo, che oggi è considerato un diritto fondamentale, si sono avute proprio negli accordi internazionali, attesa l'assoluta rilevanza che ogni ordinamento democratico ha riconosciuto a questo tema.

L'esordio è stato nel 1948, alla sua terza sessione, l'Onu, a Parigi con la risoluzione 219077A, adotta la "Dichiarazione Universale dei diritti umani" esplici-

ta all'Art 12 il divieto d'interferenza in alcuni campi propri dell'individuo, quali la vita privata, la famiglia, la casa, la corrispondenza, l'onore e la reputazione, sancendo che la Legge ha il dovere di predisporre le necessarie misure contro eventuali intrusioni negli ambiti predetti<sup>1</sup>.

Successivamente, nel 1950, vedeva la luce la "Convenzione europea dei diritti dell'uomo", adottata dai pesi membri del Consiglio D'Europa, che dal 1953 è entrata in vigore per tutti gli Stati aderenti.

La convenzione rielaborava il concetto, contemperandolo con le esigenze proprie dello Stato e della pubblica amministrazione, infatti all'Art 8 ribadiva i campi d'applicazione dell'Art 12 del trattato di Parigi, ma in modo meno assoluto, ipotizzando che quelle limitazioni potevano essere superate, quando, in una società democratica e con esplicita previsione normativa, vi sono beni collettivi meritevoli di maggior tutela rispetto alla privacy, quali la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la tutela della salute della morale e della libertà altrui<sup>2</sup>.

Questi accordi si rivelarono la pietra miliare di future convenzioni internazionali, che ne hanno gradualmente evoluto il respiro e il raggio d'azione, oltre che ispirare diversi interventi legislativi sul piano nazionale come ad esempio la Svezia nel 1973 e la Germania nel 1977.

A livello Europeo l'evoluzione legislativa è stata co-

<sup>1</sup> "Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni" (Art 12, Convenzione Parigi, 1948).

<sup>2</sup> Diritto al rispetto della vita privata e familiare

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui (Art 8 Convenzione Europea Diritti dell'Uomo)

stante con alcuni passaggi fondamentali, la Direttiva 95/46/CE<sup>3</sup>) fornisce anche dettagliate definizioni, ex multis, su cosa s'intende per "dati personali" "trattamento dei dati personali" nonché l'istituzione nei paesi membri di autorità amministrative indipendenti finalizzate alla tutela della privacy.

L'attuale disciplina europea, prevista dal Regolamento Generale sulla Protezione dei dati (RGPD o in inglese GDPR) N°2016/679, promulgato il 25 maggio del 2018, è l'evoluzione della direttiva 95/46/CE, che abroga, prevedendo un aggiornamento e un ampliamento delle definizioni e delle procedure. Inoltre, ad evidenziare la grande incidenza sulla vita dei cittadini comunitari che ha assunto la materia, il provvedimento che la disciplina viene proposto con una diversa veste giuridica, cioè il Regolamento<sup>4</sup>, pertanto la differenza è enorme non solo dal punto di vista sostanziale, ma anche in termini di rilevanza ed è, ad oggi, la massima espressione dell'elaborazione normativa sulla materia.

Per completezza e per il suo carattere di trattato internazionale ed i principi in essa contenuta, merita una citazione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, (Carta Di Nizza del 2000) che all'Art 8<sup>5</sup> enunciava il nucleo primario dei criteri inerenti i dati personali, quindi la loro protezione, la possibilità di accedervi e rettificarli, il consenso dell'interessato per il loro trattamento o un'esplicita previsione normativa che lo consenta, ma anche la finalità determinata del trattamento, che dovrà essere eseguito attenendosi al principio della lealtà e ribadiva l'esigenza della creazione dell'autorità indipendenti, da istituire nei singoli Stati, allo scopo di vigilare sul rispetto delle regole. La successiva analisi dell'attuale disciplina della privacy, a livello europeo, ci darà l'esatta dimensione della portata che hanno avuto questi principi nell'elaborazione dei provvedimenti oggi in vigore. Il 1° dicembre del

2009, i principi della Carta di Nizza, documento politico e programmatico assurgono alla dignità di accordo internazionale con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>6</sup>, che attesa la sua veste giuridica, ha valore pienamente vincolante per gli Stati membri.

Con la Legge 31 dicembre 1996 n°675, l'Italia recepisce la Direttiva 95/46/ce e viene istituita un'autorità amministrativa indipendente, deputata alla protezione della privacy dei cittadini italiani, il c.d. Garante della privacy, che ha trovato il suo naturale compimento con il codice in materia di protezione dei dati personali con il d.lgs. 2003 n°196, successivamente modificato con Decreto Legislativo 10 Agosto 2018 n°101, che ha portato la legislazione italiana ad equipararsi agli standard europei e di recente ha anche mutato la sua denominazione ufficiale in "Garante per la protezione dei dati personali".

L'Italia è stato il penultimo paese europeo a dotarsi di una legislazione specifica in tema di privacy e tutela dei dati, ma nella nostra Costituzione possiamo trovare dei richiami di non poco conto.

In particolare gli articoli 14, 15 e 21, riservano la massima tutela in termine di gerarchia del diritto, a domicilio, libertà e segretezza della corrispondenza e manifestazione del pensiero, tuttavia una dottrina più moderna e più attenta alle moderne esigenze del diritto contemporaneo propendono, però, per un richiamo all'Art 2 della nostra Carta, che prevede il riconoscimento e la garanzia per i diritti inviolabili dell'uomo ed in tal senso si è espressa anche la Corte Costituzionale con la Sentenza n°38 del 1973.

Come dicevamo, l'Italia non è stata molto tempestiva nel recepire le istanze internazionale in tema di privacy e diritti e gestione dei dati personali.

In passato questa tutela era riservata solo alle persone famose, ai vip, come diremmo oggi, non a caso alcune "chicche" giurisprudenziali in materia sono

3 La Direttiva Comunitaria è un provvedimento che impone agli Stati membri il conseguimento degli obiettivi in essa contenuta, recependoli nelle proprie legislazioni nazionali.

4 Il regolamento europeo è un provvedimento legislativo, che non richiede di essere recepito dalle legislazioni dei diversi stati membri come la direttiva, ma è direttamente applicabile.

5 "Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente" (Art 8, Carta di Nizza).

6 Il Trattato di Lisbona è stato ratificato il 13/12/2007 ed è entrato in vigore il 1/12/2009, è uno dei pilastri dell'Unione Europea, poiché va ad integrare i trattati che hanno fondato l'istituzione, ampliando le garanzie del cittadino europeo, in particolare riconoscendo maggiori poteri al Parlamento Europeo e riconoscendo una nuova serie di garanzie e tutele tra cui quelle inerenti alla privacy.

attinenti a grandi nomi della Storia.

Il primo caso in cui la Cassazione ebbe a pronunciarsi tra la contemperazione del diritto alla privacy con il diritto alla cronaca e/o informazione, riguardò il celeberrimo tenore Caruso.

Con Sentenza n°4487 del 1956, la Suprema Corte, su ricorso degli eredi Caruso, stabiliva che gli accadimenti di natura strettamente personale e familiare, anche avvenuti fuori dal domicilio domestico, non sono d'interesse per i terzi specificando che tale tutela vale anche per le persone famose limitatamente ai fatti che non hanno attinenza con ciò che li ha resi famosi.

Numerose furono le Sentenze di tal guisa, anche gli eredi di Claretta Petacci, videro riconosciuto il diritto alla privacy su vicende strettamente familiari della loro congiunta, con Sentenza n°990 del 23 Aprile 1963.

Il concetto di contemperazione è quello che, sviluppatosi a livello giurisprudenziale, sarà la linea guida di ogni elaborazione del diritto e gestione dei dati personali.

Questa disamina sui provvedimenti, che nel corso della storia, hanno disciplinato la trattazione dei nostri dati personali, ci dà l'esatta contezza di come il diritto sia sempre protagonista nelle rivoluzioni e nell'evoluzioni che accompagnano il percorso del genere umano è dunque un richiamo funzionale alla comprensione dell'elaborazione dei diritti sui dati personali, che parte da molto lontano, anche se è un tema di strettissima attualità.

## 1.2 Definizione Dati Personali

Per meglio approfondire il tema della gestione o del trattamento dei dati personali, s'impone una loro attenta e puntale identificazione sotto il profilo giuridico, tale compito è egregiamente assolto dal regolamento 2016/679 (c.d. GDPR), che abbiamo già citato quale intervento legislativo europeo sulla materia e

che sarà il filo conduttore della nostra trattazione.

Una necessaria premessa è sulla natura dei dati personali, che sono un bene in senso giuridico, poiché meritevoli di tutela, pertanto necessitano di una certa forma di catalogazione per essere individuati e gestiti di conseguenza.

Il GDPR, proprio per garantire una forma di tutela avanzata, entra nel dettaglio, ampliando le varie definizioni, così da estendere le forme di protezione dei dati personali e della loro gestione, pertanto ha descritto delle macrocategorie, all'Art 4 viene dettagliato il concetto di "dato personale" quale informazione che porta all'identificazione dell'interessato, quindi<sup>7</sup> nome, matricole, domicili, nickname online oltre che elementi propri dell'identità fisica, quindi la fisiologia e la genetica, la posizione economica, sociale e culturale.

L'evoluzione del diritto e dell'ambito di gestione diventa evidente, l'informazione non è più solo quella che identifica, ma anche quella che rende identificabile, si parla di identificativo online e di concetti di vasta portata, come l'economia la cultura o l'ambito sociale o di assoluta modernità, come la genetica.

Un perimetro autonomo viene tracciato per i dati personali particolari (definiti sensibili per il codice privacy italiano) e sono racchiusi nell'Art 9 del GDPR<sup>8</sup>, il legislatore ha voluto racchiudere in questa definizione dei dati, che non solo identificano la persona o la rendono identificabile, ma che lo rendono potenzialmente discriminabile o catalogabile, per questo particolare tipo di dati le forme di gestione e trattamento seguono una disciplina più stringente, che esamineremo in seguito. Questa specifica forma di tutela si accorda ai dati che rivelano l'etnia, opinione politica o sindacale, la religione professata, i dati genetici o biometrici e sulla salute in genere, nonché l'orientamento e la vita sessuale dell'interessato.

Una terza macrocategoria di dati personali è quella relativa a condanne penali o reati ed è prevista

<sup>7</sup> «dato personale»: Art 4: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale.

<sup>8</sup> Art 9: È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.

all'Art. 10<sup>9</sup> del GDPR. La tutela accordata a questo particolare tipo d'informazione è facilmente riconducibile alle altre due macro-definizioni poiché la tipologia di reato potrebbe facilmente svelare molti dei dati personali ricompresi nelle tutele che abbiamo illustrato in precedenza, oltre che creare un facile pregiudizio o discriminazione nei confronti della persona.

### 1.3 Trattamento dei dati personali

Essenziale ai fini di una comprensione precipua di questa materia ed in particolare del trattamento dei dati, è la catalogazione dei soggetti che le ruotano intorno, racchiudibili in 4 definizioni: il titolare, che è il soggetto investito dell'intero processo del trattamento dei dati, l'interessato che è il soggetto a cui si riferiscono le informazioni, il responsabile esterno, che su incarico e supervisione del titolare, tratta i dati secondo le finalità garantite all'interessato e infine l'addetto al trattamento dei dati, che è una persona fisica ed è lo "strumento" del titolare.

Una così dettagliata definizione dei dati personali e dei soggetti protagonisti, non può che prevedere anche un'ampia descrizione della gestione e del trattamento, che ritroviamo sempre all'interno del GDPR 2016/679, all'Art 4<sup>10</sup>. Questa previsione normativa, che racchiude le azioni riconducibili al

concetto di "trattamento", è volutamente specifica e prevede, ex multis, la raccolta registrazione conservazione, uso, consultazione dei dati personali. È facile desumere che una casistica così analitica è finalizzata a garantire la massima tutela, nella gestione da parte dei terzi, dei dati personali di cui entrano in possesso, atteso che ciò comporta precise responsabilità.

Una prima grande distinzione è quella tra la raccolta automatizzata e non, quella non automatizzata prevede una disciplina che potremmo ormai definire residuale poiché ci muoviamo, anche nella quotidianità, in un mondo digitalizzato e pertanto sempre più automatizzato. Ma quale che sia il metodo di raccolta dei dati personali i principi che disciplinano il loro trattamento sono i medesimi e vengono elencati in modo puntuale all'Art 5 del GDPR 2016/679<sup>11</sup>, liceità, correttezza, trasparenza, erano racchiusi nel concetto di lealtà già presente nella carta di Nizza, così come il principio di limitazione della finalità, ma ulteriori principi vengono elaborati dal GDPR, in particolare la minimizzazione dei dati la loro esattezza e il limite della conservazione nonché l'integrità e la riservatezza, tutti riconnessi alla prevista responsabilizzazione di colui che si occupa del trattamento.

Un'attenta disamina dei singoli principi renderà il quadro normativo più chiaro e ne rivelerà la straor-

<sup>9</sup> Art 10: il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica.

<sup>10</sup> «trattamento»: qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione;

<sup>11</sup> 1. I dati personali sono:

- a. trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);
  - b. raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»);
  - c. adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»);
  - d. esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati («esattezza»);
  - e. conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato («limitazione della conservazione»);
  - f. trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, dai trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali («integrità e riservatezza»).
2. Il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di dimostrarlo («responsabilizzazione»).

dinaria capacità di tutela dei nostri dati personali. Il principio di liceità impone, al responsabile del trattamento, di far riferimento a due ipotesi alternative per essere legittimato alla raccolta dei dati, cioè che vi sia necessità del trattamento, pertanto una Legge che lo preveda come tale o che vi sia il consenso dell'interessato, questa configurazione è esplicitata in modo chiaro all'Art 6 e già nella premessa dal considerando 40 del GDPR 2016/697, infatti è richiesta una previsione normativa per poter definire necessario un trattamento dei dati o in alternativa, per avere il carattere della liceità, sarà indispensabile ottenere il consenso dell'interessato, con tutte le tutele che vedremo.

La medesima funzione, per i dati considerati sensibili, è svolta dall'Art 9 del GDPR, dove troviamo il richiamo all'Art. 8 della direttiva 46/96/CE, anche per questa categoria di dati avremo due possibilità per soddisfare il criterio della liceità, quindi il consenso al trattamento, prestato dall'interessato, come previsione generale e una serie di casi nei quali il consenso è superato dalla necessità, per come disposto dalla Legge.

Proprio la previsione del consenso, come pilastro del trattamento, determina la creazione degli altri principi, in primis quelli di correttezza e trasparenza, che attengono in particolare alle informazioni, che devono essere fornite dal responsabile del trattamento all'interessato, sì che la formazione del suo consenso non sia viziata o coartata da false informazioni, avendo particolare riguardo che vengano fornite in modo specifico sulle finalità per le quali i dati verranno raccolti.

Questa considerazione, ci introduce proprio all'ulteriore principio della limitazione della finalità, che si potrebbe definire come una sorta di nesso di causalità tra il motivo per cui i dati vengono raccolti e il loro utilizzo, che non può prescindere dagli obiettivi che hanno determinato l'acquisizione dei dati.

E come in una sorta di cascata, s'innesta il principio di minimizzazione dei dati, infatti è la logica e imprescindibile conseguenza della finalità predeterminata dei dati raccolti, poiché le informazioni non

devono avere contenuti che esuberino la loro reale necessità, che è determinata dal conseguimento dello scopo per cui vengono forniti, detto anche *privacy by default*.<sup>12</sup>

Tale articolazione della raccolta era già stata elaborata e recepita nel d.lgs. 196/2003 con l'enunciazione del principio di necessità, pertanto con una forte limitazione dell'uso dei dati personali o identificativi ed utilizzare in loro vece, quando possibile, i dati anonimi se funzionali a raggiungere i medesimi obiettivi; quindi l'utilizzo dei dati personali o identificativi viene confinato nel recinto dell'ipotesi residuale.

Il responsabile del trattamento pertanto deve compiere un'attenta valutazione nella raccolta dei dati, ispirandosi al principio della precauzione prima della richiesta, che non deve essere soverchiante la reale necessità e successivamente al criterio della proporzionalità nel loro effettivo utilizzo.

I principi di esattezza e limitazione della conservazione, sono considerati da autorevole dottrina, dei principi di specificazione rispetto al principio della minimizzazione, poiché esplicitano in maniera ulteriore e puntuale il medesimo concetto, cioè di avere dati esatti rispetto all'obiettivo da conseguire e di conservarli per un periodo di tempo utile a soddisfare le finalità per quali sono stati raccolti, anche qui ritorna il concetto di proporzionalità.

L'enunciazione di questi principi porta ad una nuova visione della figura del responsabile del trattamento dei dati personali, che non solo deve adoperarsi per rispettare i principi di integrità e riservatezza, nella loro conservazione e raccolta, ma deve svolgere il suo compito attenendosi a tutti i criteri, che abbiamo illustrato, in modo che sia effettivo il diritto all'autodeterminazione informativa, che, come abbiamo visto, ha dignità di diritto fondamentale dell'individuo.

In tal senso le previsioni dell'Art 24 e dell'Art 32 del GDPR sono chiare su come la sicurezza dei dati deve essere garantita sia dal titolare che dal responsabile del trattamento, disciplinando in modo analitico e con un'ampia casistica gli interventi ritenuti necessari per la tutela del cittadino.

<sup>12</sup> Definizione introdotta dall'Art 25 del GDPR, il titolare del trattamento garantisce, in via predefinita, attraverso idonee misure tecnico-organizzative, che la raccolta abbia ad oggetto solo i dati necessari per la finalità da raggiungere.

L'insieme di questi principi introduce un concetto di enorme portata innovativa, *privacy by design*<sup>13</sup>, un sunto dei principi di correttezza, integrità, riservatezza, sicurezza dei dati e possibilità di effettiva cancellazione, che di fatto obbligano il responsabile del trattamento ad un'attenta pianificazione nella raccolta e nel trattamento dei dati.

L'insieme di questi principi lo si trova racchiuso nell'informativa, che si deve redigere, allo scopo d'illustrare, al titolare dei diritti, le finalità e le modalità con le quali i dati verranno trattati, questa comunicazione è disciplinata dall'Art 13 GDPR, all'atto della sottoscrizione da parte del cittadino, muterà la sua condizione in "interessato", con tutte le garanzie riconosciute a questa definizione. La sottoscrizione dell'informativa è quindi l'espressione del consenso, richiesto, come abbia già avuto modo di illustrare, quale una delle due condizioni giuridiche per avere un trattamento lecito dei dati.

Questa nuova e per certi versi rivoluzionaria previsione normativa, sui doveri attinenti alla raccolta, il trattamento e la conservazione dei dati, non è priva di conseguenze pratiche per il cittadino. Infatti da questo complesso di principi e norme scaturiscono dei diritti sostanziali quali il diritto all'oblio o il diritto alla limitazione del trattamento.

Una particolare attenzione merita la previsione normativa che sancisce il diritto all'oblio, disciplinato dall'Art 17 del GDPR<sup>14</sup>, la cui base giuridica è determinata da questi principi.

Questo particolare istituto ha risvolti notevoli, poiché permette al cittadino di chiedere l'eliminazione di dati personali raccolti in un'ampia serie d'ipotesi, come esempio pratico e di stringente attinenza alla quotidianità, merita di essere citato il caso in cui il nostro nominativo compaia in qualche motore di ricerca su internet, per un evento spiacevole e che non è più riconducibile al diritto d'informazione per via del molto tempo trascorso dall'accadimento e che sarebbe foriero di conseguenze spiacevoli per l'interessato.

In tale ipotesi si ha la facoltà di richiedere la cancellazione di quelle informazioni al titolare del trattamento proprio in virtù del diritto all'oblio ex Art 17 GDPR.

### 1.4 Trattamento secondario dei dati personali

L'aver disciplinato questa materia in modo più moderno e coerente con il principio dell'autodeterminazione informativa, induce ad una serie di conseguenze del trattamento dei dati personali e del

13 Definizione introdotta dall'Art 25, ha riguardo all'insieme dei principi a cui il titolare del trattamento deve attenersi attraverso la predisposizione delle idonee misure tecnico-organizzative nella raccolta dei dati.

14 L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti

- a. i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;
  - b. l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento;
  - c. l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2;
  - d. i dati personali sono stati trattati illecitamente;
  - e. i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento;
  - f. i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1.
2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali.
  3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario:
    - a. per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione;
    - b. per l'adempimento di un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;<sup>(1)</sup>
    - c. per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3;
    - d. a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento;
    - e. per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

loro utilizzo. Pertanto merita un particolare approfondimento il cosiddetto trattamento secondario, nonché la profilazione e la cessione dei dati a terzi. L'inizio di questo testo si apre con una frase "i dati personali, la nostra ricchezza inconsapevole" la vera monetizzazione di questo valore teorico si realizza con il trattamento secondario dei nostri dati, cioè quando questi transitano e vanno oltre il momento storico giuridico per cui sono stati raccolti, a tal proposito l'esigenza espressa nel considerando 50<sup>15</sup> del GDPR sono un baluardo ideologico, per certi versi insormontabile, posto a difesa del principio di autodeterminazione dell'interessato, poiché si ritiene necessaria una nuova base giuridica per un trattamento dei dati secondario, le cui finalità differiscono da quello originario, trovando poi la sua sintesi nell'espressione del principio di liceità. Pertanto è permesso il trattamento secondario, ma solo quando abbia finalità compatibili con quello iniziale, in caso contrario sarà necessario una nuova espressione di consenso da parte dell'interessato, così da creare le adeguate condizioni giuridiche per rendere lecito il trattamento.

Questo pone il problema di dover determinare questa coincidenza di finalità con criteri ben definiti in modo che non sia solo una mera enunciazione, un tema che ovviamente scatena appetiti economici notevoli con le grandi multinazionali e detentrici di "big data" (Google, Facebook, Amazon) sempre protese verso un ampliamento della base giuridica che rende valido il consenso espresso inizialmente, in tal senso sono state già avanzate alcune proposte in sede europea.

Di contro il trattamento secondario è sempre lecito

e compatibile quando è funzionale a compiti di pubblico interesse o l'esercizio di pubblici poteri, appare evidente il richiamo al concetto di contemperazione che permea l'intero GDPR, anche in questa ipotesi l'autodeterminazione informativa cede di fronte al concetto di circolazione dei dati per finalità d'interesse pubblico o all'esercizio di pubblici poteri, l'articolazione di queste previsioni si ha nell'Art 5 paragrafo 1 lettera B<sup>16</sup>.

Uno dei più diffusi trattamenti secondari è la profilazione, nella sua disciplina abbiamo un esempio tangibile dell'impatto del GDPR sulla tutela del trattamento dei dati personali e quindi sulla vita di tutti noi cittadini europei.

La definizione di profilazione è rinvenibile all'Art 4 del GDPR<sup>17</sup>, e le problematiche sottintese vengono tratteggiate in modo molto attuale nel considerando 24, che pone il problema della profilazione attraverso il tracciamento via internet delle persone fisiche con il rischio che i risultati dell'azione di tracciamento siano finalizzati ad automatizzare eventuali decisioni o prevedere preferenze e comportamenti.<sup>18</sup>

Dalla previsione normativa si possono desumere tre criteri per poter definire l'attività di raccolta e trattamento dati come profilazione, che la raccolta sia automatizzata, che abbia ad oggetto dati personali e che vengano utilizzati con la finalità di tracciare aspetti personali dei cittadini.

L'attività di profilazione da parte del responsabile del trattamento dei dati deve essere esplicitata nell'informativa che deve essere la più esaustiva possibile sulle sue finalità in modo che il consenso espresso sia consapevole e ossequioso dei principi

15 Il trattamento dei dati personali per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti dovrebbe essere consentito solo se compatibile con le finalità per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti. In tal caso non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali. Se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, il diritto dell'Unione o degli Stati membri può stabilire e precisare le finalità e i compiti per i quali l'ulteriore trattamento è considerato lecito e compatibile."

16 Art 5 paragrafo 1 lett. B I dati personali sono raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali.

17 L'Art 4 del GDPR recita: "profilazione: qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".

18 È opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su internet, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali" (considerando 24 del GDPR).

di cui all'Art 5 del GDPR.

Tra le finalità ultime della profilazione troviamo il marketing profilato, che è l'esperienza quotidiana che viviamo durante la nostra navigazione su internet, quando dopo una ricerca, su Google, Bing o altri siti simili, di un qualsiasi prodotto, veniamo subissati di pubblicità relative all'oggetto della nostra ricerca.

Molto più complessa e foriera di problematiche giuridiche è l'attività di profilazione che oltre alla raccolta automatizzata sia la base per decisioni automatizzate.

L'Art 22 del GDPR disciplina questa ipotesi escludendo la possibilità di un processo decisionale basato solo sull'automatizzazione, in tal senso esprime un esplicito divieto al primo paragrafo<sup>19</sup>, ma, al contempo, nel secondo capoverso, prevede tre eccezioni all'enunciazione del principio predetto. La previsione di questi tre casi in cui è ammissibile un processo decisionale automatizzato è disposta in ossequio allo spirito di bilanciamento, tra i vari interessi, proprio dell'intero regolamento<sup>20</sup>.

Il terzo paragrafo dell'Art 22 riserva un'ulteriore forma di contemperazione prevedendo in favore dell'interessato delle particolari tutele, nelle ipotesi di cui alle lettere a) e c), quindi in due dei tre casi di decisione automatizzata consentita, per come disciplinati dal secondo paragrafo. Pertanto, nei casi in cui vi sia stato esplicito consenso da parte dell'interessato alla decisione automatizzata (lettera c) paragrafo 2 Art 22) o che questa forma decisionale sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento (lett. a) Paragrafo 2 - Art 22) vengono predisposte, come forme di garanzia per l'interessato, la possibilità di contestare la decisio-

ne o di esprimere la propria opinione<sup>21</sup>.

Al fine di rendere più comprensibile l'effettivo impatto sulla nostra vita quotidiana è rilevante un passaggio contenuto nel considerando n°71 del GDPR, che esemplifica alcune possibili decisioni automatizzate, che possono essere assunte sulla base della profilazione: "...quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani...", è innegabile che in queste due ipotesi, di processo decisionale automatizzato, l'attività di profilazione dispiegherebbe i suoi effetti più deleteri nei confronti di milioni di cittadini.

Nell'alveo del trattamento secondario dei dati personali non si può prescindere dall'analisi del fenomeno della cessione a terzi di questo preziosissimo bene. La cessione a terzi è comunque riconducibile ad una forma di trattamento, come disciplinato dall'Art 4 nr 2 del GDPR, che prevede la "mera comunicazione mediante trasmissione", pertanto è lecita ma sempre condizionata, in ossequio all'architettura del GDPR che mira al conseguimento del perfetto equilibrio tra le tante esigenze che insistono in questo particolare ambito.

Infatti sebbene la cessione a terzi sia lecita, soggiace come ogni altra forma di trattamento all'Art 6<sup>22</sup>, per aver un consenso che sia espresso nelle forme idonee.

Nell'ambito della cessione a terzi vanno distinti due diverse ipotesi, una è la vendita a pacchetto, quando cioè chi ha raccolto i dati vende il suo intero database, in tal caso la società cedente dovrà raccogliere dall'interessato un consenso esplicito e separato dal semplice trattamento avente ad oggetto la cessione, specificando per categoria merceologica il soggetto a cui intende cedere i dati.

19 L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona (paragrafo 1 Art 22 GDPR).

20 2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione:

- a. sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento;
- b. sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;
- c. si basi sul consenso esplicito dell'interessato (Paragrafo 2 -Art 22 GDPR).

21 3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

22 Liceità del trattamento.

La società acquirente del database dovrà, prima di trattarli, rilasciare un'informativa sulla privacy ai titolari dei dati ceduti in cui si specifica anche l'origine degli stessi, permettendo agli interessati la gestione in virtù del principio dell'autodeterminazione.

La seconda ipotesi è quando i dati vengono ceduti a soggetti elencati singolarmente nell'informativa redatta nelle forme di cui all'Art 13 GDPR, che deve contenere anche le finalità per le quali verranno utilizzati i dati dal soggetto che le acquisisce, che in questo caso, non dovrà procedere ad una nuova informativa della privacy nei confronti dell'interessato.

La nostra quotidianità vive questo fenomeno con una certa regolarità., infatti le mail commerciali o le telefonate che riceviamo dai call center sono frutto oltre che della profilazione di cui abbia già parlato, anche della cessione a terzi dei nostri dati, questo molto spesso è possibile a causa della nostra disattenzione nel prestare il consenso al trattamento dei dati.

A tal proposito, non si può prescindere da un doveroso esame dell'informativa privacy che ogni giorno sottoscriviamo quasi sempre senza leggere e con eccezionale velocità: i cookies.

È esperienza comune e quotidiana, di ciascuno di noi, nel corso della navigazione su internet, imbatterci nei cosiddetti "cookies" che prendono il nome dai celebri biscotti americani, ma che sono frutto di un'attenta analisi giuridica volta alla tutela di quei dati personali, che sono oggetto della nostra trattamento.

Infatti i cookies non sono altro che uno strumento tecnico attraverso il quale vengono raccolte le informazioni che l'utente inserisce sul browser del proprio device (pc, tablet, smartphone) La loro permanenza, all'interno del nostro sistema, è variabile, può durare una sessione o per un tempo maggiore. Potremmo dividere i cookies in tre grandi macro

categorie, quelli tecnici che sono un ausilio alla navigazione dell'utente, ad esempio su siti e-commerce dove facilitano l'autenticazione, poi i cookies detti analytics utilizzati per la raccolta dei dati sulla navigazione in forma anonima e come dato aggregato, quindi quante persone hanno visitato un determinato sito o da quale zona geografica e infine i cookies provenienti da terze parti, che ci riportano alla profilazione o alla cessione a terzi dei nostri dati e ai fastidiosi banner pubblicitari che sono propri dell'esperienza di navigazione quotidiana di ciascuno di noi .

Anche in questo caso, la catalogazione è utile ai fini dello specifico trattamento differenziato per ciascuno tipo di cookies, quindi per quelli tecnici e analitici sarà sufficiente un'informativa ex Art 13 GDPR, per quello che attiene ai cookies avente ad oggetto la profilazione o la cessione a terzi dei dati, si seguiranno le regole che abbiamo illustrato, con banner specifici che illustrino con chiarezza le finalità e i soggetti interessati e richiedendo l'espresso consenso, oltre che la possibilità di selezione quali cookies accettare e quali no e moltissimi utenti tendono a cliccare "accetta tutti i cookies", con le conseguenze che abbiamo sottolineato.

Questa rapidissima incursione nel mondo dei cookies ci consente di ribadire come siamo noi stessi a permettere ai siti di gestire i nostri dati personali in un modo per loro certamente conveniente economicamente, ma per noi molto spesso fastidioso e poco cosciente delle conseguenze pratiche che comporta.

### 1.5 Trattamento dati particolari

Introducendo la categoria dei dati personali particolari, abbiamo accennato alle specifiche modalità di trattamento a loro riservate. Infatti, anche l'Art 9 del GDPR opera un'attenta contemperazione d'interessi, quindi se al paragrafo 1 pone un divieto di trattamento per questi dati, al paragrafo 2 prevede un'am-

pia casistica che lo ammette<sup>23</sup>.

Anche qui non possiamo non richiamare il filo conduttore del GDPR, che enuncia principi di enorme tutela per i nostri dati personali, ma li bilancia sempre con esigenze ben determinate e specifiche, creando quell'equilibrio, che è il fine ultimo del provvedimento. Alcuni esempi pratici e del nostro quotidiano sono come sempre utili a comprendere quando i dati particolari o sensibili possono essere gestiti, vedremo come sono sempre trattamenti necessari senza i quali la nostra quotidianità e la nostra stessa vita risulterebbero penalizzate se non esistesse il necessario bilanciamento tra la tutela dei dati e gli altri interessi.

Ad esempio, un trattamento può essere necessario per un'azienda quando calcola retribuzioni e compensi di un dipendente gestendo dati particolari, quali permessi e malattie o quando sia necessaria una particolare idoneità per lo svolgimento di una mansione che quindi prevede una visita dal medico del lavoro che l'attesti.

Oppure, si pensi al caso di un membro di un'asso-

ciazione no profit, una fondazione o qualsiasi altro ente di natura politica sindacale religiosa, i suoi dati verranno trattati all'interno dell'ente senza bisogno di un suo specifico consenso, che rimane necessario per il loro utilizzo all'esterno.

Altro caso di scuola, è la tutela di un interesse vitale, che rende necessaria la gestione dei dati particolari quando il titolare non può dare il consenso per incapacità fisica o giuridica, quindi nel caso in cui sul posto di lavoro si abbia un malore che provoca l'incoscienza, per favorire i soccorsi e tutelare il bene della vita il datore di lavoro può e deve fornire dati sensibili.

Ma vi è anche l'ipotesi in cui, il titolare può rendere manifestamente pubblici questi dati, quando ad esempio si candida all'elezione per cui da il suo consenso affinché le sue idee politiche diventino di pubblico dominio.

L'interesse pubblico poi risulta preminente nello svolgimento dell'attività giudiziaria dove in molti casi non è previsto alcun consenso da parte dell'interessato per il trattamento di dati sensibili allo

23 Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi:

- a. l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1;
  - b. il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;
  - c. il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso;
  - d. il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato;
  - e. il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato;
  - f. il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali;
  - g. il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;
  - h. il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3;
  - i. il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale;
  - j. il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.
3. I dati personali di cui al paragrafo 1 possono essere trattati per le finalità di cui al paragrafo 2, lettera h), se tali dati sono trattati da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti.

stesso modo per un interesse pubblico rilevante come il funzionamento dell'anagrafe cittadina che tratta di continuo dati particolari, quali razza, sesso, cittadinanza, o nel campo della salute pubblica, oggi di triste attualità con l'emergenza Covid, che vede il trattamento dei dati sanitari dei contagiati senza necessità di consenso e per medesime ragioni l'archiviazione e la ricerca che prevedono indagini genetiche a fini statistici.

La conclusione che si deve trarre è, che un diritto moderno non può essere dogmatico, ma deve sapersi adattare all'esigenze rapidamente mutevoli della società che aspira a disciplinare, gli articoli relativi al trattamento dei dati personali e dei dati personali particolari, sono l'emblema di questa capacità, sempre presente nel GDPR. Infatti questa panoramica di principi e "nuovi diritti" deve essere necessariamente apprezzata avendo riguardo dell'Art 1 del GDPR, che ne chiarisce le finalità e gli obiettivi, la protezione dei dati personali, ma anche un'assoluta garanzia della loro libera circolazione come base fondante di una new economy digitale che non può prescindere dal continuo scambio d'informazione e di dati anche personali, una complessa contemperazione d'interessi che è stata articolata sulla base dei principi che abbiamo analizzato e che ci porterà ad alcuni approfondimenti, in particolare il Diritto e Gestione dei servizi e contenuti Digitali e il diritto e gestione dei servizi finanziari.

## 2. I consumatori digitali - Diritto e gestione dei servizi e contenuti digitali

L'incipit di questo testo ha fatto riferimento alla rivoluzione epocale di cui la digitalizzazione è protagonista assoluta ed indiscussa.

Questa rivoluzione non avrebbe l'attuale portata, se non fosse presente nella nostra vita di tutti i giorni e tale obiettivo è stato raggiunto fornendo servizi e i contenuti digitali, dei quali tutti noi usufruiamo quotidianamente e che per certi versi ci ha reso dipendenti da loro. Una catalogazione puntuale dei contenuti e dei servizi digitali è pressoché impossibile vista la loro vastità.

I servizi e i contenuti digitali si fondono spesso tra di loro e per capire quanto siano presenti nella nostra vita basterebbe pensare alle prenotazioni online, dalla visita medica, all'albergo, ai trasporti o alla posta, piuttosto che cloud, mail e pec, le recensioni online, il delivery o social ed anche i servizi finanziari, quest'ultimi però per la loro complessità ed incidenza sulle nostre vite meritano una trattazione più approfondita, che troverà spazio nell'ultima parte di questo testo.

I contenuti e i servizi digitali, sono saliti prepotentemente alla ribalta durante il recente lockdown, imposto dalla pandemia da Covid 19, infatti ne siamo diventati ancora più voraci divoratori, film e serie tv in streaming, musica ed e-book, solo per citare i più diffusi ed abbiamo dovuto imparare, attraverso i sistemi di contingentamento antiassembramenti ad utilizzare i servizi online preposti a tale scopo.

Abbiamo già detto di come il Diritto, per sua natura, non può mai prescindere dagli accadimenti umani, essendo suo obiettivo precipuo disciplinarli, pertanto anche i servizi e i contenuti digitali non fanno eccezione.

In un mondo sempre più globalizzato e suddiviso in macroaree, così come per la tutela della privacy, è il diritto comunitario il protagonista della disciplina afferente alla gestione dei servizi e contenuti digitali.

Per loro natura contenuti e servizi hanno, quasi sempre, una finalità commerciale, pertanto sono oggetto di compravendite ed il fruitore finale è soprattutto un consumatore ed in quanto tale, meritevole di tutela.

In tale ottica, così come per i dati personali, si è reso necessario dotarsi di strumenti legislativi transnazionali, poiché la commercializzazione dei contenuti e dei servizi, tramite internet, avviene a livello globale, dando luogo a ciò che comunemente viene definito e-commerce, che comunque è solo una componente di questo sterminato mercato, seppur rilevante.

La gestione e la disciplina dell'e-commerce a livello nazionale si è dimostrata poco efficace oltre che particolarmente complessa, attesa la natura transfrontaliera di molte operazioni e non esiteremmo a definirla fallimentare, infatti non a caso si parla ormai di mercato unico digitale il che giuridicamente impone anche una legislazione omogenea in ambito europeo.

### 2.1 Fonti Legislative

Nell'analisi delle fonti legislative è d'obbligo fare una premessa, infatti, a differenza di quanto abbiamo potuto constatare esaminando la genesi del diritto sulla protezione ed il trattamento dei dati personali, che ha radici profonde ed una costante e lenta evoluzione, il diritto sulla gestione dei servizi e contenuti digitali, oseremmo definirla una legislazione d'urgenza, almeno per ciò che riguarda alcuni interventi dell'Unione Europea.

Non a caso abbiamo parlato della finalità commerciale di servizi e contenuti digitali e del fruitore finale come consumatore, poiché prima delle più recenti direttive europee, si è tentato di adattare la legislazione esistente per beni e servizi analogici a quelli digitali, ovviamente con pessimi risultati sotto

ogni punto di vista<sup>1</sup>.

Tali evidenti problematiche e l'intento di realizzare un mercato unico digitale, che giammai avrebbe potuto prescindere da un'attenta disciplina normativa, hanno dato luogo al cosiddetto "New Deal For Consumers" un pacchetto di direttive le cui finalità più rilevanti sono una maggiore trasparenza per i consumatori dei mercati online il risarcimento delle vittime di pratiche commerciali sleali, anche attraverso un severo regime sanzionatorio<sup>2</sup>.

Questo pacchetto è composto da tre diverse direttive, che, come abbiamo già evidenziato parlando della protezione dei dati personali, necessitano di essere recepite dai vari sistemi legislativi nazionali a differenza dei regolamenti.

Le direttive in esame sono state emanate nel 2019 e dovranno essere recepite entro il 2021 per essere operative il 1/1/2022, la prima è la n° 770/2019 la seconda è la 771/2019, la terza detta anche omnibus è la 2016/2019.

La Direttiva 770/2019 è quella che ha dato origine alla nostra definizione di legislazione di "emergenza" infatti per la prima volta viene disciplinata in modo specifico la fornitura di servizi e contenuti digitali, che in precedenza veniva assimilata, con gli esiti già descritti, a quella dei beni e servizi analogici.

L'Art 1 della Direttiva esplicita subito le finalità del provvedimento<sup>3</sup> non possiamo esimerci dal far rilevare anche in questa direttiva il carattere della contemperazione, che è il criterio guida di molti provvedimenti legislativi europei ed è presente anche qui, perché l'intenzione è sempre quella di tutelare il cittadino europeo, qui in veste di consumatore, ma senza che questo interferisca o penalizzi la creazione e l'espansione del mercato unico digitale.

È il medesimo bilanciamento che ritroviamo all'Art 1 del GDPR, dove vi è la tutela dei nostri dati personali, ma anche l'esplicita necessità di garantirne la circolazione, come base della new economy.

Una maggiore comprensione dello spirito che permea il provvedimento è rintracciabile nel considerando n°14, che pone come esigenza indefettibile quella di facilitare i consumatori nell'accesso ai contenuti ed ai servizi digitali favorendo di conseguenza l'espansione del mercato unico digitale, con una particolare attenzione alle piccole e medie imprese, che poi sono l'anima dell'economia europea, al netto delle multinazionali.

Ovviamente la garanzia ad un migliore accesso è determinata da quella serie di tutele che "tranquillizzano" l'utente/consumatore finale e a tal proposito il considerando n°5<sup>5</sup> è illuminante quando pone tra i problemi che disincentivano i consumatori, l'insicurezza determinata da un quadro contrattuale incerto e dalla scarsa qualità nei contenuti e servizi digitali.

Il mercato unico digitale ha come pilastro gli acquisti transfrontalieri, che sono esperienza comune e quotidiana di molti di noi, l'accesso ai servizi e contenuti digitali su internet non conosce i confini fisici delle Nazioni, ma il diritto sì, pertanto è fondamentale che s'intervenga in misura adatta, tali esigenze sono evidenziate nel considerando n°6<sup>6</sup>, che auspica un'armonizzazione normativa, indispensabile ad aumentare la fiducia del consumatore.

Appare quindi di stringente necessità la creazione di uno strumento adatto a tutelare il consumatore in modo che si instilli quella fiducia che faccia da volano alla creazione del mercato unico digitale, ma che non trascuri l'esigenza di certezza del diritto

1 <https://www.cbmlaw.it/>

2 <https://fasi.eu/it/>

3 "La presente direttiva è intesa a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno garantendo nel contempo un livello elevato di protezione dei consumatori, stabilendo norme comuni su determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, in particolare le norme: sulla conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, sui rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, e sulle modalità di esercizio degli stessi, nonché sulla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale".

4 "...Garantire ai consumatori un migliore accesso ai contenuti digitali e ai servizi digitali, e agevolare la fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali da parte delle imprese, può contribuire a promuovere l'economia digitale dell'Unione e stimolare la crescita globale..." (estratto del considerando n°1).

5 "...I consumatori non sempre si sentono al sicuro quando fanno acquisti transfrontalieri, in particolare quando acquistano online. Uno dei principali motivi della mancanza di fiducia dei consumatori è l'incertezza circa i diritti contrattuali essenziali e la mancanza di un chiaro quadro contrattuale per il contenuto digitale o i servizi digitali. Molti consumatori incontrano problemi relativi alla qualità dei contenuti digitali o dei servizi digitali, o all'accesso agli stessi..." (estratto del considerando n°5).

6 "...Le imprese e i consumatori dovrebbero poter contare su diritti contrattuali pienamente armonizzati in determinati settori chiave relativi alla fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali in tutta l'Unione. L'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave aumenterebbe considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per le imprese" (estratto considerando n°6).

che è sempre alla base dell'espansione imprenditoriale in qualsiasi settore.

### 2.2 DIRETTIVA 770/2019

L'arduo compito è stato affidato alla direttiva 770/2019, che al considerando n°9<sup>7</sup>. Evidenzia la frammentarietà legislativa se non la totale assenza che ha caratterizzato la disciplina di questo settore fino ad oggi, sottolineando come l'esigenza di procedere ad un coordinamento delle norme, sia ormai ineludibile.

Al fine di poter assicurare un'adeguata tutela al consumatore e al contempo garantire un quadro giuridico certo all'operatore economico, è fondamentale descrivere i beni che saranno oggetto degli istituti contenuti nella Direttiva, quindi l'Art 2 esplicita le definizioni di servizi e contenuti digitali<sup>8</sup> Il carattere innovativo di questa Direttiva emerge con forza in alcuni passaggi, che vanno oltre il semplice ricalcare, "in versione digitale" delle definizioni proprie di ogni legislazione nazionale. Infatti l'Art. 2 fornisce definizioni proprie del nuovo mondo digitale in cui tutti noi ci muoviamo ogni giorno, al fine di estendere al massimo la portata delle garanzie in favore del cittadino, in tal senso ai numeri 10- 11-12-13<sup>9</sup> rinveniamo quattro concetti e relative definizioni estremamente moderne, i servizi e contenuti digitali devono essere, compatibili, quindi poter funzionare senza doverli convertire per essere adattati ad hardware e software che normalmente vengono utilizzati per la stessa tipologia di servizi e contenuti digitali, funzionali, quindi capaci di attendere a tutte le funzioni inerenti al loro obiettivo, interoperabili, cioè garantirne la fruizione a prescindere da software o hardware, avere un supporto durevole,

così che l'utente possa accedervi anche in futuro.

Lo scopo di queste definizioni, dal numero 10 al 12, quindi compatibilità, funzionalità, interoperabilità, è sancire una sorta di "elasticità" tra hardware e software, in modo da favorire la circolazione e quindi la commercializzazione di questi prodotti, impedendo agli operatori economici di creare monopoli sfruttando la tecnologia, al numero 13 è poi chiarissimo il riferimento ai cloud, che sono il sistema di archiviazione per eccellenza e il cui accesso è fondamentale per moltissimi lavoratori nella loro quotidianità e che pertanto merita una garanzia espressa, che non sia oggetto di limitazioni arbitrarie da parte del fornitore.

Ma il medesimo articolo introduce una definizione ancora più rilevante per la nostra vita di tutti i giorni e pertanto fortemente innovativa, al paragrafo 3 dell'Art 2<sup>10</sup> si descrivono i beni con elementi digitali. Viene quindi introdotta una categoria che si potrebbe definire mista, dove un bene materiale si fonde con il contenuto o il servizio digitale, perché in loro assenza quel bene non raggiungerebbe le sue finalità.

Questo concetto, che potrebbe sembrare così tecnico e astratto, trova delle esemplificazioni molto pratiche, che sono espresse nel considerando n° 22. "Ad esempio, uno smartphone potrebbe essere dotato di un'applicazione standard preinstallata fornita conformemente al contratto di vendita, come l'applicazione della sveglia o della fotocamera. Un altro possibile esempio è dato dallo smartwatch. In questo caso, l'orologio stesso sarebbe considerato il bene con elementi digitali in grado di svolgere le rispettive funzioni solo in combinazione con un'applicazione prevista dal contratto di vendita,

7 "La presente direttiva mira alla completa armonizzazione di talune norme fondamentali che, finora, non sono state regolamentate a livello dell'Unione o nazionale.

8 "Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) «contenuto digitale»: i dati prodotti e forniti in formato digitale; 2) «servizio digitale»: a) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure b) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati..." (estratto articolo 2).

9 Art 2 n°10 «compatibilità»: la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di funzionare con hardware o software con cui sono normalmente utilizzati contenuti digitali o servizi digitali dello stesso tipo, senza che sia necessario convertire il contenuto digitale o il servizio digitale;

- n°11 «funzionalità»: la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di svolgere tutte le sue funzioni in considerazione del suo scopo;
- n°12 «interoperabilità»: la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di funzionare con hardware o software diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i contenuti digitali o i servizi digitali dello stesso tipo;
- n°13 «supporto durevole»: ogni strumento che permetta al consumatore o all'operatore economico di archiviare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni archiviate

10 3) «beni con elementi digitali»: qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene; (Art 2 Paragrafo 3)

ma che deve essere scaricata dal consumatore su uno smartphone; l'elemento digitale interconnesso sarebbe dunque l'applicazione...".

L'estrinsecazione di questi concetti resi in forma giuridica ha un impatto su così tanti aspetti della nostra esistenza, che non è arduo paragonarli alle leggi della fisica, che tutti noi osserviamo senza averne una costante percezione.

In questo medesimo solco troviamo due ulteriori definizioni di grande impatto, la prima, quella relativa all'operatore economico che all'art 2 n°5<sup>11</sup> fornisce un'ampia descrizione di questa figura, così da non lasciare, volutamente, grossi margini interpretativi, in modo da soddisfare uno degli obiettivi precipui della direttiva, la tutela del consumatore, che godrà di maggiori garanzie con una casistica così ampia di operatori economici.

Infatti alla qualifica di operatore economica sono riconnessi una serie di obblighi e vincoli incentrati soprattutto sulla conformità e la fruizione del contenuto o del servizio digitale oggetto dei contratti.

L'ambito di applicabilità della direttiva è delineato dall'Art 3<sup>12</sup> e si estende a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico percepisce un prezzo dal consumatore per fornire un servizio o un contenuto digitale

A fronte di queste ineludibili premesse, s'impone un sommario e certamente non esaustivo excursus

sulle conseguenze di divenire operatore economico in un mercato digitale, che ci aiuti a comprendere il notevole impatto in termine d'innovazione e di stretta aderenza con l'attualità della Direttiva 770/2019.

Come predetto, all'Art 6<sup>13</sup> viene sancito l'obbligo di conformità del contenuto o servizio digitale, i requisiti soggettivi ed oggettivi che la definiscono sono elencati rispettivamente agli artt. 7 e 8 del provvedimento, anche qui non mancano elementi fortemente innovativi, quale l'obbligatorietà degli aggiornamenti, tra i requisiti oggettivi, se previsti dal contratto<sup>14</sup>, o tra i tanti requisiti soggettivi, la corrispondenza tra la versione di prova o l'anteprima e il contenuto o servizio digitale acquistato<sup>15</sup>, ma sempre in tema di aggiornamenti una serie di garanzie sulle loro modalità di erogazione e di notifica per tutta la durata del contratto.<sup>16</sup>

Ma gli elementi di novità più incisivi sono presenti nell'art 9<sup>17</sup>, il quale prevede come difetto di conformità due ipotesi di errata integrazione del contenuto o servizio digitale nell'ambiente digitale del consumatore, il primo caso è quando l'integrazione è avvenuta a cura dell'operatore economico, il secondo quando il consumatore non è riuscito ad integrare il servizio o il contenuto digitale per una carenza d'istruzioni.

Questa tipologia di tutele, sono finalizzate a sod-

11 «operatore economico»: qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, che agisca, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica, per finalità che rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva;

12 "La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo..." (estratto articolo 3)

13 L'operatore economico fornisce al consumatore contenuti digitali o servizi digitali che soddisfano i requisiti di cui agli articoli 7, 8 e 9, se del caso, fatto salvo l'articolo 10. (Art 6).

14 d) è aggiornato come previsto dal contratto. (Art 7 lett D).

15 d) è conforme all'eventuale versione di prova o anteprima del contenuto digitale o del servizio digitale messa a disposizione dall'operatore economico prima della conclusione del contratto (Art 7 lett D).

16 2. L'operatore economico assicura che al consumatore siano notificati e forniti gli aggiornamenti, anche di sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, nel periodo di tempo: a) durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto, se questo prevede una fornitura continua per un determinato periodo di tempo; oppure b) che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, date la tipologia e la finalità del contenuto digitale o del servizio digitale e tenendo conto delle circostanze e della natura del contratto, se questo prevede un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura. 3. Se il consumatore non installa entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti dall'operatore economico a norma del paragrafo 2, l'operatore economico non è responsabile per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento pertinente, a condizione che: a) l'operatore economico abbia informato il consumatore circa la disponibilità dell'aggiornamento e le conseguenze della mancata installazione dello stesso da parte del consumatore; e b) la mancata installazione o l'installazione errata dell'aggiornamento da parte del consumatore non fosse dovuta a carenze delle istruzioni di installazione fornite dall'operatore. (paragrafo 2 articolo 8).

17 Errata integrazione del contenuto digitale o del servizio digitale L'eventuale difetto di conformità risultante da un'errata integrazione del contenuto digitale o del servizio digitale nell'ambiente digitale del consumatore deve essere considerato difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale se: a) il contenuto digitale o servizio digitale è stato integrato dall'operatore economico o sotto la sua responsabilità; oppure b) il contenuto digitale o il servizio digitale era inteso ad essere integrato dal consumatore e l'errata integrazione è dovuta a una carenza delle istruzioni di integrazione fornite dall'operatore economico (Art 9).

disfare gli obiettivi che i “considerando” che abbiamo esaminato si erano prefissi, volendo garantire al consumatore un’assistenza completa da parte dell’operatore economico, con lo scopo di poter usufruire, in modo assolutamente soddisfacente, del servizio o contenuto digitale acquistato.

La scansione temporale della piena fruizione del servizio o contenuto digitale acquistato è disciplinata dall’Art 5 paragrafo 1, che prevede la fornitura, salvo diverso accordo, senza indebito ritardo da parte dell’operatore economico nella fase immediatamente successiva alla conclusione del contratto.<sup>18</sup>

Le modalità con le quali l’obbligo di fornitura viene adempiuto dall’operatore economico sono disciplinate dall’art 5 paragrafo 2<sup>19</sup>, eventuali difformità rispetto alle previsioni di cui all’art 5, in ossequio all’ Art 11 comportano delle responsabilità in capo all’operatore economico.

Aver determinato in modo precipuo la responsabilità dell’operatore economico, ha un duplice vantaggio, dal punto di vista imprenditoriale si ha la certezza del quadro normativo, che mette l’impresa al riparo dalle richieste pretestuose che potrebbero essere avanzate dal consumatore, aiutando l’operatore economico a definire lo standard del prodotto e del servizio digitale, di contro dal punto di vista del consumatore l’ampia tutela fornita dalle previsioni sulla responsabilità dell’operatore inerenti la conformità e la fruizione del servizio o prodotto digitale lo indurranno ad avere maggiore fiducia e propensione all’acquisto, creando così una domanda sempre più vasta sul mercato digitale.

La garanzia sulla fruizione ha dei risvolti particolarmente interessanti per il consumatore, intanto l’art 12<sup>20</sup>, ad esempio, stabilisce che l’onere della prova sulla fruizione sia a carico dell’operatore, tale previsione non è di poco conto, se si pensa a quanto

complesso sarebbe per il consumatore dimostrare il malfunzionamento di complessi sistemi elaborati con altissima tecnologia.

A questo si deve aggiungere la disciplina del diritto di recesso ex art 13 e la risoluzione del contratto ex Art 15 ,strumenti propri anche di beni e servizi analogici ma oggi estesi e compiutamente definiti anche in ambito di contenuti e servizi digitali, fino al punto di prevedere, all’Art 22, l’imperatività delle norme contenute nella Direttiva 770/2019 e quindi delle Leggi nazionali che le daranno attuazione, pertanto , nel caso in cui vi fossero nei contratti aventi ad oggetto la fornitura di contenuti o servizi digitali, delle clausole in contrasto con quanto previsto dalla Direttiva e dalle norme nazionali di recepimento, saranno ritenute non applicabili nei confronti del consumatore.

Un esempio pratico può aiutarci a chiarire l’effettivo respiro del provvedimento in esame, pensiamo ad un qualsiasi servizio tv in streaming, l’operatore economico potrebbe essere Now Tv, Netflix, Amazon, Prime, noi acquistando il loro servizio digitale diventiamo dei consumatori e qualora non riuscissimo a vedere il film o l’evento sportivo, avremmo la possibilità di recedere dal contratto o risolverlo, o se la fruizione ha avuto un disservizio temporaneo potremmo chiedere una riduzione del prezzo, salvo il nostro dovere di collaborazione nella risoluzione del problema, che si potrebbe tradurre nell’eseguire le procedure guidate d’installazione e autenticazione fornite dall’operatore economico, fino alla verifica della nostra connessione e all’adeguata predisposizione dell’Hardware nella nostra abitazione. Introducendo la definizione di operatore economico abbiamo evidenziato due definizioni di cui abbiamo lodato la capacità di innovazione e attualità, la seconda è il prezzo, descritto all’Art 2 n°7” «prezzo»:

18 L’operatore economico fornisce il contenuto digitale o il servizio digitale al consumatore. Salvo diverso accordo tra le parti, l’operatore economico fornisce il contenuto digitale o il servizio digitale senza indebito ritardo dopo la conclusione del contratto. (Art 5 paragrafo 1).

19 L’operatore economico ha adempiuto l’obbligo di fornitura quando: a) il contenuto digitale o qualunque mezzo idoneo per accedere al contenuto digitale o per scaricarlo è reso disponibile o accessibile al consumatore, o all’impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore all’uopo; b) il servizio digitale è reso accessibile al consumatore o a un impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore all’uopo.

20 L’onere della prova riguardo al fatto se il contenuto digitale o il servizio digitale sia stato fornito in conformità dell’articolo 5 è a carico dell’operatore economico, anche se in ossequio allo spirito di bilanciamento al numero 5 del medesimo articolo parla di collaborazione tra operatore e consumatore. Il consumatore collabora con l’operatore economico per quanto ragionevolmente possibile e necessario al fine di accertare se la causa del difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al momento specificato all’articolo 11, paragrafi 2 o 3, a seconda dei casi, risiede nell’ambiente digitale del consumatore. L’obbligo di collaborazione è limitato ai mezzi tecnicamente disponibili che sono meno intrusivi per il consumatore. Se il consumatore non collabora e se l’operatore economico ha informato il consumatore di tali requisiti in modo chiaro e comprensibile prima della conclusione del contratto, l’onere della prova riguardo all’esistenza del difetto di conformità al momento di cui all’articolo 11, paragrafi 2 e 3, è a carico del consumatore

la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale; in questa definizione compare il concetto di rappresentazione di valore digitale in alternativa alla somma di denaro.

L'incipit di questo testo torna prepotentemente alla ribalta: "i dati personali, la nostra ricchezza inconsapevole" la Direttiva 770/2019 "ufficializza" questa nuova moneta digitale o se volete virtuale, i nostri dati personali sono il prezzo per il pagamento dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale, con ogni garanzia e tutela che ne consegue, come se avessimo effettuato il pagamento versando una somma di denaro.

Questa "posizione" così rivoluzionaria viene anticipata nel considerando n°24<sup>21</sup>, che fotografa una situazione di fatto estremamente diffusa nel mondo digitale, cioè che, il consumatore, a fronte di una fruizione di contenuti o servizi digitali, non è obbligato a corrispondere una somma di denaro ma fornisce i propri dati personali. Pertanto viene auspicata la protezione dei dati, che non devono essere mai mercificati, ma al contempo garantire al consumatore le medesime tutele di quando il prezzo è rappresentato da un pagamento in denaro. Sul punto, le necessarie precisazioni sono descritte nell' Art 3 al n°1<sup>22</sup>, che estende le garanzie proprie di questa direttiva alle transazioni "pagate" con i dati personali, precisando però che in due ipotesi non si possono considerare come prezzo. Nel primo caso quando la fornitura dei dati personali è funzionale esclusivamente alla fruizione del contenuto o servizio digitale e nel secondo quando i dati personali sono forniti per assolvere ad una previsione normativa. Quindi quando l'o-

peratore economico rende chiaro al consumatore che i dati personali forniti non verranno utilizzati esclusivamente per la fruizione del servizio o contenuto digitale, ci troveremo nella stessa condizione di chi ha versato una somma di denaro quale corrispettivo contrattuale. Una cinica sintesi potrebbe essere che, per considerare come prezzo i dati personali del consumatore, l'operatore economico deve poter lucrare su di essi con una delle forme di trattamento secondario, che abbiamo esaminato nel primo capitolo.

A prima vista potremmo pensare ad una mercificazione dei dati personali, ipotesi biasimata nel considerando n°24 ma è un raccordo perfetto con il GDPR 2016/679, che disciplina in ogni caso la prestazione del consenso al trattamento nelle forme già esaminate dell'Art 6 par 1 Lett B quindi anche la valutazione sulla libertà del consenso prestato.

Proprio in virtù di questo raccordo non vi è alcuna menzione, nella Direttiva 770/2019, su come i dati debbano essere raccolti o trattati perché tale disciplina rimane esclusiva del GDPR 2016/679.

Pertanto, a ciò che per tantissimo tempo abbiamo fornito distrattamente, dandone per scontata la gratuità, viene finalmente riconosciuto un valore con implicazioni fondamentali quali farci divenire anche in quel caso dei consumatori con tutte le garanzie e tutele che ne derivano.<sup>23</sup>

Stavolta più che un esempio pratico faremo una riflessione, aprendo la pagina di Facebook, fino al 7 agosto del 2019 compariva lo slogan "è gratis e lo sarà per sempre" da quel giorno invece lo slogan è mutato in "è semplice e veloce".

La tempistica induce a sospettare un collegamento proprio con la Direttiva 770/2019 e la nuova concezione di prezzo che ricomprende la cessione dei dati personali, un corrispettivo che versa ogni uten-

21 "La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali. La presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi ai contratti in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali..." (considerando 24).

22 "... La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti..." (estratto articolo 3 N°1).

23 <https://dirittodiinternet.it/dati-personali-cambio-contenuto-digitale-servizi-digitali-la-direttiva-2019770ue/>

te di Facebook e di tanti altri social.

### 2.3 DIRETTIVA 771/2019

Abbiamo parlato di “New Deal for Consumers” quale ambizioso progetto a livello europeo per l’uniformazione delle regole che disciplineranno il Mercato unico digitale, instillando fiducia nel consumatore che sentendosi più tutelato sarà più propenso ad alimentare la domanda e di certezza del diritto per gli operatori economici così da stimolare investimenti e quindi un’offerta sempre più ampia.

Sulla base di queste premesse era essenziale adottare uno strumento che fosse complementare alla Direttiva 770/2019 e che andasse anche ad uniformare precedenti interventi dell’Unione Europea in questa materia.

Questa esigenza si rinviene già nel considerando n°20<sup>24</sup> della Direttiva 770/2019, nel quale viene rappresentata l’opportunità, d’integrare la predetta Direttiva con la 2019/771, in modo da estendere le tutele del consumatore all’interno di un quadro normativo coerente, con una particolare attenzione per i contenuti e servizi digitali, forniti su supporto materiale (cd. dvd, chiavette usb e altro).

Infatti se abbiamo parlato di intervento legislativo d’emergenza per la Direttiva 770/2019, la medesima considerazione non vale per la Direttiva 771/2019, che modifica e abroga, alcune direttive e regolamenti sulla materia, pertanto, modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e abroga la direttiva 1999/44/CE, che erano i precedenti riferimenti normativi.

Le due direttive hanno un altissimo grado di complementarità, coincidono in molti punti per quanto attiene gli obiettivi al punto che il considerando n° 3 è perfettamente sovrapponibile tra i due

provvedimenti e al considerando 7 e 8 della Direttiva 771/2019 ritroviamo le esigenze di tutela per il consumatore e le problematiche sulle attività transfrontaliere per le imprese, in particolare le PMI.

La vera differenza, che pertanto le rende complementari, è l’ambito di applicazione, infatti la Direttiva 771/2019 si applica alle vendite, verrebbe da dire che disciplina l’e-commerce, ma è solo una verità parziale, come avremo modo di osservare in seguito, poiché si applica anche alle vendite fisiche, anche se certamente il commercio online è il protagonista indiscusso di questo intervento assimilabile ad un codice del consumo, invece non si applica alla fornitura di servizi e contenuti digitali, in tal senso all’Art 3 della 771/2019”. La presente direttiva non si applica ai contratti di fornitura di un contenuto digitale o di un servizio digitale. Si applica tuttavia ai contenuti digitali o ai servizi digitali incorporati o interconnessi con beni, ai sensi dell’articolo 2, punto 5), lettera b), e che sono forniti con il bene ai sensi del contratto di vendita, indipendentemente dal fatto che detti contenuti che restano di pertinenza esclusiva della Direttiva 770/2019...”, da qui la simbiosi tra i due provvedimenti.

Ma proprio perché l’obiettivo della Direttiva 771/2019 è tutelare il commercio in ogni sua forma, si rinvergono alcune definizioni essenziali ai fini dell’applicabilità del provvedimento, in particolare quelle di bene, produttore e venditore, che sono esplicitate all’Art 2<sup>25</sup> nelle casistiche ampie, che abbiamo già esaminato in precedenza, così da adempiere, nel consueto bilanciamento degli interessi, alla sua precipua funzione di garanzia per entrambe le parti coinvolte, ossia per il consumatore e l’operatore economico.

La sovrapponibilità delle due direttive si rinviene,

24 “La presente direttiva e la direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio (3) dovrebbero integrarsi a vicenda. Mentre la presente direttiva stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali, la direttiva (UE) 2019/771 stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di vendita di beni. Di conseguenza, per rispondere alle aspettative dei consumatori e garantire un quadro giuridico semplice e chiaro per gli operatori economici di contenuti digitali, la presente direttiva dovrebbe applicarsi anche al contenuto digitale fornito su un supporto materiale, come ad esempio DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria, nonché al supporto materiale stesso, purché quest’ultimo sia esclusivamente il vettore del contenuto digitale...” (considerando n°20)

25 3) «venditore»: qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che sia di proprietà pubblica o privata, che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica; 4) «produttore»: il fabbricante di un bene, l’importatore di un bene nel territorio dell’Unione o qualsiasi altra persona che si presenta come produttore apponendo sul bene il suo nome, marchio o altro segno distintivo; 5) «bene»: a) qualsiasi bene mobile materiale; l’acqua, il gas e l’elettricità sono considerati beni a norma della presente direttiva quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata; b) qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene («beni con elementi digitali»); ( Art 2)

anche se nei diversi ambiti di applicazione che abbiamo già specificato, sul diritto di regresso, di risoluzione, sulla conformità, sulla riduzione del prezzo. Merita una particolare attenzione la tutela prevista per il bene con contenuti digitali.

La Direttiva 771/2019 dona maggiore ampiezza alla tutela dei beni con contenuti digitali l'Art 8<sup>26</sup>, prevede e disciplina i casi di errata installazione, nelle medesime forme, che abbiamo esaminato commentando l'Art 9 della Direttiva 770/2019, relativa all'errata integrazione dei contenuti e servizi digitali nell'ambiente del consumatore. Infatti anche l'art 8 della Direttiva 771/2019 prevede due ipotesi di difetto di conformità, la prima quando l'installazione è eseguita dal venditore, la seconda quando il consumatore, che deve farsene carico, non ha ricevuto le necessarie istruzioni. In entrambi i casi l'errata installazione del bene rientra nell'alveo dei difetti di conformità, che ovviamente hanno dirette conseguenze sulla responsabilità del venditore, in uno schema già osservato nella Direttiva 770/2019, particolarmente interessante per la nostra quotidianità di consumatori è la previsione contenuta all'art 10 paragrafo 2<sup>27</sup>, che disciplina il caso di vendita di beni con elementi digitali con la fornitura nel tempo di servizi e contenuti digitali, prevedendo responsabilità per il venditore qualora, nel corso del contratto, si verificano eventuali difformità nella fruizione. Ma la maggiore innovazione in termini di conformità del bene con contenuti digitali è contenuta all'Art 7 comma 3<sup>28</sup> che pone in capo al venditore l'obbligo di garantire, per questa tipologia di

beni, la notifica degli aggiornamenti, inclusi quelli sulla sicurezza, così da prolungare nel tempo la conformità del bene.: L'esempio pratico di questi articoli appare ultronea, il concetto di installazione e di aggiornamento sono ormai patrimonio di conoscenza comune, ma la vera novità è che sono diventati un diritto del consumatore, inclusi gli aggiornamenti sulla sicurezza, quindi meritevoli di ogni tutela con gli strumenti adeguatamente predisposti per esercitarli.

Proprio la grande diffusione di beni a contenuto digitale, di cui abbia fornito esempi nei paragrafi precedenti, ha reso ineludibile per l'Unione Europea un intervento che tutelasse il consumatore, che sentendosi garantito sarà più propenso ad acquistarlo incentivando ed alimentando il mercato.

Onnipresente, all'interno delle Direttive in esame, è il principio del bilanciamento degli interessi dei cittadini e delle aziende nella loro interazione, spesso lo richiamiamo in questa pubblicazione, ma è la ratio di molti articoli, che difficilmente potrebbero essere spiegati altrimenti.

In ossequio a questo principio, l'Art 12<sup>29</sup> introduce il dovere, in capo al consumatore, di notificare al venditore, i difetti di conformità del bene, imponendo un tempo in cui effettuare la notifica del difetto. La tempistica predeterminata e la notifica stessa, sono strumenti che tutelano il venditore da richieste, che diluite troppo nel tempo, potrebbero apparire pretestuose e dal luogo ad inevitabili controversie.

Anche sul "diritto agli aggiornamenti" la direttiva introduce una temperazione dei diritti del consu-

26 L'eventuale difetto di conformità derivante dall'errata installazione del bene è considerato difetto di conformità del bene se: a) l'installazione fa parte del contratto di vendita ed è stata eseguita dal venditore o sotto la sua responsabilità; oppure b) l'installazione, da eseguirsi a carico del consumatore, è stata effettuata dal consumatore e l'errata installazione dipende da carenze nelle istruzioni di installazione fornite dal venditore o, per i beni con elementi digitali, fornite dal venditore o dal fornitore del contenuto digitale o del servizio digitale; (Art 8)

27 Nel caso di beni con elementi digitali, quando il contratto di vendita prevede la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo, il venditore è responsabile anche per qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta entro due anni dal momento della consegna dei beni con elementi digitali. Se il contratto prevede una fornitura continuativa per più di due anni, il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta nel periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto di vendita. (Art 10 paragrafo 2)

28 Nel caso di beni con elementi digitali, il venditore assicura che al consumatore siano notificati e forniti gli aggiornamenti, compresi gli aggiornamenti della sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità di tali beni nel periodo di tempo: a) che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, date la tipologia e la finalità dei beni e degli elementi digitali, e tenendo conto delle circostanze e della natura del contratto, se il contratto di vendita prevede un unico atto di fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale; oppure b) indicato all'articolo 10, paragrafi 2 o 5, a seconda dei casi, se il contratto di vendita prevede una fornitura continua del contenuto digitale o del servizio digitale nell'arco di un periodo di tempo.

29 Gli Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre disposizioni che prevedono che, al fine di godere dei diritti del consumatore, il consumatore deve informare il venditore di un difetto di conformità entro un periodo di almeno 2 mesi dalla data in cui il consumatore ha riscontrato tale difetto di conformità.

matore, infatti l'Art 7 comma<sup>430</sup> "responsabilizza" il consumatore, che deve installare gli aggiornamenti in un lasso di tempo ragionevole dalla notifica, in caso contrario non ci sarà alcuna responsabilità, per difetto di conformità, per il venditore, che comunque avrà cura di notificare l'aggiornamento spiegandone l'importanza ai fini del corretto funzionamento del bene.

Proprio per assicurare un alto grado di applicabilità e non lasciare margini d'incertezza sulle effettive tutele garantite, anche questa direttiva all'Art 21<sup>31</sup> prevede l'imperatività delle norme in essa contenute, lasciando facoltà al venditore di ampliare le garanzie previste.

Pertanto eventuali clausole contrattuali che derogano in peius le disposizioni nazionali varate in recepimento della direttiva, non saranno vincolanti per il consumatore, resta invece possibile un ampliamento delle garanzie da parte del venditore.

### 2.4 DIRETTIVA 2019/2161 (OMNIBUS)

L'ultima delle direttive che costituiscono il "new deal for consumers" è la n° 2019/2161, denominata anche "Omnibus" che modifica una serie di normative europee in materia di protezione dei consumatori, quali la direttiva 93/13 CEE del Consiglio (clausole abusive) e le direttive 98/6 CE (indicazioni sui prezzi), 2005/29/CE (pratiche commerciali scorrette) e 2011/83/UE (diritti dei consumatori).

Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un'opera di raccordo tra precedenti direttive che disciplinavano la materia, con strumenti non più adatti all'esigenze dei nostri tempi e soprattutto ai nuovi consumatori ed ai nuovi venditori.

La direttiva in esame consta di soli 8 articoli, i quali incidono su alcune parti o si aggiungono agli articoli delle direttive che vanno a modificare.

L'esiguità della sua struttura non deve trarre in inganno, poiché impatto del contenuto sulla vita del

consumatore europeo è enorme ed è essenzialmente contenuto nei primi quattro articoli. L'art 1 prevede un severo regime sanzionatorio per i venditori o fornitori che dovessero trasgredire alla Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive infatti sono previste pene pecuniarie pari al 4% del fatturato annuo realizzato nello stato membro interessato, quindi si può arrivare a cifre di rilievo assoluto, tali da scoraggiare anche le multinazionali più spregiudicate e che maggiormente abusano della loro posizione in sede contrattuale. L'Art 2 modificando la direttiva 98/6 ce, in tema di indicazione dei prezzi, affronta il tema delle riduzioni del prezzo, il cui annuncio deve essere necessariamente corredato dall'indicazione del prezzo più basso precedente praticato per almeno 30 giorni.

Pertanto non si potrà proporre un bene a metà prezzo ad esempio 100, invece che 200, se il prezzo praticato per almeno 30 giorni prima, non era pari a 200. Solo in questa circostanza si può operare la riduzione a 100.

In tal modo si garantisce la trasparenza dei prezzi praticati non potendo aver luogo un artificioso gonfiamento dei prezzi prima di praticare lo sconto.

Anche in questo caso l'inosservanza della direttiva prevede un regime sanzionatorio demandato alla legislazione di accoglimento degli stati membri.

L'art 3, in modifica della direttiva 2005/29 CE, relativa alle pratiche commerciali scorrette, diventa uno strumento di tutela formidabile, contro numerose pratiche che negli anni del "selvaggio Web" hanno assillato i consumatori/navigatori.

Infatti introduce nuove denominazione tali da ampliare la gamma dei prodotti tutelati, inserisce la definizione di mercato online, quale strumento utilizzato da un professionista per i contratti a distanza conclusi attraverso i siti web o altri software, app comprese, inoltre, prevede limiti al marketing aggressivo e istituisce numerosi doveri di trasparenza.

<sup>30</sup> Se il consumatore non installa entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti a norma del paragrafo 3, il venditore non è responsabile per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento pertinente, a condizione che: a) il venditore abbia informato il consumatore circa la disponibilità dell'aggiornamento e le conseguenze della mancata installazione dello stesso da parte del consumatore; e b) la mancata installazione da parte del consumatore o l'installazione errata dell'aggiornamento da parte del consumatore non sia dovuta a carenze delle istruzioni di installazione fornite al consumatore.

<sup>31</sup> Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, qualsiasi accordo contrattuale che, a danno del consumatore, escluda l'applicazione delle disposizioni nazionali che recepiscono la presente direttiva, oppure vi deroghi, o ne modifichi gli effetti prima che il difetto di conformità del bene sia portato all'attenzione del venditore da parte del consumatore, non vincola il consumatore. 2. La presente direttiva non impedisce ai venditori di offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vanno oltre la tutela prevista dalla presente direttiva.

Affronta il tema dei diritti e doveri, tra le parti contraenti, con le dovute differenze nei casi in cui il venditore sia o meno un professionista.

Sancisce l'obbligo, per le piattaforme che danno la possibilità ai consumatori di cercare prodotti posti in vendita da professionisti o non professionisti, di fornire informazioni generali in merito ai parametri che hanno determinato la classificazione dei prodotti, nonché se la posizione nella classificazione è determinata dal pagamento di un corrispettivo o se è un annuncio a pagamento.

Il palese obiettivo di questa previsione normativa è disciplinare i tantissimi siti, tra cui alcuni celeberrimi, di e-commerce di prodotti venduti sia da privati che da rivenditori professionali, a tal fine è prevista la specifica indicazione della qualità di chi vende essendo meno tutelata la vendita tra privati, i quali non hanno le medesime responsabilità dei venditori professionali, ma anche evidenziare che il posizionamento del prodotto può essere frutto del pagamento di un prezzo, così che la metodologia dei parametri di ricerca sia chiara al fine di non indurre in scelte errate il consumatore che sarebbe disorientato nella sua ricerca se artificiosamente indirizzata.

Grandi novità, in tema di vendite effettuate da professionisti, afferiscono alle recensioni sui loro prodotti, che se rese disponibili ai consumatori, devono informare il consumatore in merito a come il professionista garantisce la veridicità delle recensioni e che le recensioni provengano da soggetti che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto., prevedendo sanzioni qualora siano fornite falsamente da persone fisiche o giuridiche.<sup>32</sup>

Il principio di trasparenza insito nel dettato normativo ha un impatto notevole su tutti noi consumatori, che abitualmente consultiamo online le recensioni su un prodotto, spesso affidandoci non ad esperti ma ad altri consumatori che hanno effettuato l'acquisto in precedenza, la genuinità di questi commenti è essenziale poiché spesso ci indirizza verso l'acquisto.

Il regime sanzionatorio è ampio ed è presente tra le altre sanzioni, quella che a nostro avviso ha la maggiore deterrenza, cioè la multa fino al 4% del fatturato.

Infine merita una menzione, L'Art 4, che va ad incidere sulla Direttiva 2011/83 UE, avente ad oggetto i diritti dei consumatori, lo schema seguito è sempre il medesimo, quindi la nuova previsione normativa amplia le definizioni ed inserisce i concetti propri del mercato digitale, quali ex multis, dato personale, contenuto digitale, mercato online, così da estendere le garanzie a questi nuovi beni.

Tra le novità più rilevanti l'estensione delle tutele previste dalla Direttiva, alle forniture di contenuti o servizi digitali, pagati attraverso la "nuova moneta" cioè la cessione dei dati personali, nel caso in cui il professionista non li utilizzi esclusivamente in via necessaria, ipotesi che abbiamo illustrato nei paragrafi precedenti.

Un ulteriore riconoscimento del valore dei nostri dati personali, che rappresentano in modo chiaro il "prezzo" della prestazione. Ma non meno incisiva risulta la previsione che pone l'obbligo, in capo al professionista, di fornire informazioni fisiche sul suo indirizzo geografico o il numero telefonico e qualsiasi altro contatto che favorisca una facile e agevole comunicazione con il consumatore, un modo per dare una "forma corporea" alla virtualità del mondo digitale, che rassicura il consumatore.

Ultimo concetto di assoluto rilievo ed innovazione è l'informazione che il consumatore deve ricevere dal professionista qualora il prezzo sia stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato, il cosiddetto dynamic pricing, che permetterebbe al professionista di modulare il prezzo sulla base della profilazione del cliente, quindi studiandone le abitudini commerciali, la propensione all'acquisto, le capacità economiche, attraverso algoritmi, un'ipotesi che potrebbe concretizzarsi a breve nel mondo dell'e-commerce.

L'art 4 prevede poi una serie di obblighi informativi specifici per quei contratti conclusi sul mercato online, atteso che va a modificare la direttiva principe della tutela dei consumatori, non poteva non prevedere delle specifiche garanzie per questa, oramai ampissima, categoria di transazioni.

Questa panoramica delle direttive, che costituiscono il new deal for consumers, è utile a comprendere che formidabili strumenti di crescita saranno per il

32 La cronaca si è riempita negli ultimi anni di casi nei quali alcune società fornivano recensioni favorevoli in cambio di denaro, fenomeno, che ancora oggi, si sospetta sia diffuso sui social media al fine di garantire la crescita di un influencer o di un prodotto.

mercato unico digitale, quando troveranno applicazione nelle legislazioni nazionali dei paesi componenti l'Unione Europea.

Una degna conclusione di questo capitolo non potrebbe prescindere dalla proposta avanzata in sede europea, nel mese di dicembre del 2020, denominata Digital Service Act, che si pone come obiettivo di rafforzare le tutele del consumatore digitale.

Infatti la proposta mira a porre un freno alla vendita di beni di servizi o contenuti illegali, utilizzando anche eventuali utenti segnalatori nelle piattaforme di e-commerce ed istituendo obblighi di tracciabilità per i venditori, così da poter individuare chi mette in commercio prodotti illegali.

L'ulteriore tema sollevato da questa proposta afferrisce la gestione delle piattaforme social, per avere maggiore trasparenza sulla loro gestione e la tutela di libertà di pensiero e parola e la responsabilità dei gestori di queste piattaforme sui contenuti postati (fake news o propagatori di odio) e su quale forma di profilazione viene utilizzata per proporre la pubblicità agli utenti.

Ancora una volta l'evoluzione del Diritto e della società civile camminano di pari passo, riaffermando, così, l'ineludibile funzione del Diritto quale regolatore degli avvenimenti umani.

## 3. Gli investitori digitali

### 3.1. Cenni storici

Esaminando la direttiva 2019/770, abbiamo scritto che Diritto e gestione dei servizi finanziari meritano un approfondimento atteso la loro peculiarità e rilevanza, non solo nella nostra vita di cittadini europei, ma di riflesso anche per i singoli stati componenti l'Unione Europea.

Nella direttiva menzionata, i servizi finanziari, all'Art 3 Comma 5 lett.e., sono esplicitamente esclusi dall'applicazione della direttiva, poiché disciplinati dalla direttiva 2002/65/ce modificata dalla direttiva 2015/2366.

L'elaborazione dei principi posti a fondamento del mercato finanziario europeo è molto risalente nel tempo, basti pensare che l'Unione Europea nasce come C.E.E, comunità economica europea, che va ad aggiungersi alla C.E.C.A., comunità europea del carbone e dell'acciaio.

Il 18 aprile del 1951, a Parigi, sei paesi europei, Italia Francia, Germania Ovest, Lussemburgo, Olanda e Belgio, dopo le devastazioni del secondo conflitto mondiale, decisero di mettere in comune la produzione del carbone e dell'acciaio, fondamentali materie prime dell'epoca, tale condivisione garantiva quindi anche la futura pace in Europa atteso che l'acciaio era la materia prima di ogni ordigno bellico. Nel 1957, con i trattati di Roma si ebbe l'affiancamento alla C.E.C.A di C.E.E. (comunità economica europea) ed EURATOM (Comunità europea dell'energia atomica), che nel 1965 con il c.d. "trattato di fusione" divennero Comunità Europee dotandosi degli organismi che tutti noi oggi conosciamo, fino alle varie evoluzioni che hanno portato alla Creazione dell'Unione Europea.

Un po' come nella trattazione della protezione dei

dati personali, anche qui l'exkursus storico si rende necessario per la disamina di questa materia, perché l'esigenza di avere una gestione dei servizi finanziaria non è recente.

Infatti la base giuridica della disciplina sui servizi finanziari affonda le sue radici nei trattati di Roma del 1957, in particolare sugli articoli: 49 (libertà di stabilimento), 56 (libera prestazione dei servizi), 63 (libera circolazione dei capitali) e 114 (ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno)<sup>1</sup>.

Le libertà sancite in quei trattati saranno progressivamente ampliate e armonizzate nelle varie legislazioni nazionali, al fine di consentire agli operatori di questo mercato, in particolare banche e assicurazioni, di avere un'effettiva operatività transnazionale.

Mette conto sottolineare come, le prime direttive relative a banche e assicurazioni, sono risalenti agli anni 70<sup>2</sup>, così da indurre le legislazioni nazionali a realizzare l'obiettivo dell'armonizzazione, quale esigenza imprescindibile per la creazione di un mercato unico, che ambisce ad essere operativo ed effettivo. Nel 1985 la pubblicazione di un libro bianco da parte della Commissione conteneva un preciso calendario per la realizzazione completa del mercato unico, con particolare attenzione per i servizi finanziari, per i quali si auspicava un processo di liberazione che unitamente a quella dei capitali sarebbero state il volano per la creazione di un ampio mercato interno e l'integrazione europea dei servizi finanziari.<sup>3</sup> Uno degli strumenti più efficaci per il raggiungimento di questo scopo fu l'entrata in vigore al 1° gennaio 1993 dell'autorizzazione bancaria unica, istituita

<sup>1</sup> <https://www.europarl.europa.eu/>

<sup>2</sup> (73/239/CEE) prima direttiva sulle assicurazioni dirette del 1973, I (77/780/CEE) del 1977 prima Direttiva in materia bancaria, (79/267/CEE) del 1979, prima Direttiva sulle assicurazioni ramo vita.

<sup>3</sup> Il 1 luglio del 1987 entra in vigore l'Atto unico europeo, un insieme di norme che, omogeneizzando e modificando i trattati delle tre comunità europee, daranno attuazione ai propositi del Libro Bianco.

dalla seconda direttiva di coordinamento bancario (89/646/CEE) adottata nel dicembre del 1989<sup>4</sup>.

Il risultato di queste politiche europee in campo finanziario è sotto gli occhi di tutti, poiché è palese che, la nostra moneta unica, l'Euro, è una fisiologica conseguenza di questo processo di armonizzazione, che probabilmente troverà il suo compimento con l'unione bancaria, argomento più che mai attuale nell'agenda europea.

Anche i servizi finanziari hanno le medesime esigenze di mercato dei beni e dei servizi che abbiamo avuto modo di esaminare trattando il new deal for consumers, ma per i motivi che abbiamo già esposto la loro disciplina esula dalle direttive precedenti e le anticipa sia nei tempi che nei contenuti. L'esigenza, a livello europeo, di dotarsi di uno strumento omogeneo, capace di disciplinare una materia così eccezionalmente rilevante per i cittadini del continente, si è avvertita poco dopo la nascita dell'euro.

Infatti nel 2002, vede la luce la direttiva 2002/65/CE, avente ad oggetto la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, questo intervento comunitario ha i medesimi obiettivi riscontrati nell'analisi degli altri provvedimenti europei, instillare nei consumatori quella dose di fiducia indispensabile alla creazione e alla crescita del mercato, quindi va a modificare le precedenti direttive in materia, in particolare la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE<sup>5</sup> e 98/27/CE.

Considerando, posti a premessa della direttiva, sono molto chiari su questo aspetto, in particolare i numeri 3<sup>6</sup> e 5<sup>7</sup>, il numero 3 mette in correlazione l'esigenza di fornire un'ampia scelta di servizi fi-

nanziari per meglio assecondare i bisogni del consumatore e la necessità di garantire una poderosa tutela per aumentarne la fiducia nello strumento del commercio a distanza e favorirne così la diffusione. Il considerando n°5 illustra in modo più approfondito il naturale connubio tra commercio a distanza e servizi finanziari, evidenziando la natura immateriale di quest'ultimi che li rende ideali per lo strumento del commercio a distanza, il tutto inserito in un'adeguata cornice giuridica.

Quindi già nel 2002 l'esigenza di tutele, che abbiano riscontrato nei provvedimenti europei più recenti, era sentita e già proiettata al mercato digitale, in un periodo storico nel quale l'adsl iniziava a diffondersi nelle grandi città ed era una chimera nei piccoli centri. Questa riflessione è prodromica ad un'ulteriore considerazione, la notevole e lodevole lungimiranza delle istituzioni europee nel comprendere la necessità di dover disciplinare il mercato digitale prima ancora che nascesse<sup>8</sup>.

Una corretta disamina della direttiva 2002/65/CE non può prescindere dalla definizione di contratto a distanza, contenuta nell'Art 2 alla lettera a)<sup>9</sup>. Il paragrafo relativo alla vendita a distanza è generico sulla tecnica di comunicazione utilizzabile dal fornitore, ma appare chiaro, già nel 2002, che lo strumento di maggiore utilizzo è internet.

Sul punto è assolutamente chiaro il considerando n°6<sup>10</sup> della Direttiva in esame, che esplicita la necessità di raccordare l'ambito di applicazione della Direttiva 2002/65/CE con la disciplina contenuta nella Direttiva 2000/31/CE.

Infatti il legame tra la direttiva 65/2002/CE e la di-

4 Il provvedimento, tra l'altro, consente agli enti crediti di aprire succursali e fornire servizi in qualsiasi stato membro, sulla base dell'autorizzazione fornita dall'autorità di vigilanza del paese di origine.

5 Era espressamente prevista l'esclusione, dal suo ambito di applicazione, dei contratti relativi ai servizi finanziari.

6 Nell'ambito del mercato interno, è interesse dei consumatori poter accedere senza discriminazione alla gamma quanto più ampia possibile di servizi finanziari disponibili nella Comunità, onde poter scegliere quelli meglio rispondenti ai loro bisogni. Per assicurare la libertà di scelta dei consumatori, loro diritto essenziale, occorre un livello elevato di protezione del consumatore per aumentare la fiducia del consumatore nel commercio a distanza. (Considerando n°3)

7 Per la loro natura immateriale i servizi finanziari si prestano particolarmente al commercio a distanza, e l'instaurazione di un quadro giuridico applicabile alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari dovrebbe accrescere la fiducia del consumatore nell'utilizzazione delle nuove tecniche di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, come il commercio elettronico (Considerando n°5).

8 La Direttiva 97/7/CE nella disciplina dei contratti a distanza, all'art 3 prevedeva l'esclusione dei servizi finanziari dal suo ambito di applicazione.

9 «contratto a distanza»: qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari, concluso tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso; nonché dalla descrizione di servizio finanziario enunciata al medesimo articolo alla lettera b);

«servizio finanziario»: qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento;

10 La presente direttiva dovrebbe essere applicata conformemente al trattato ed al diritto derivato, ivi compresa la direttiva 2000/31/CE (4) sul commercio elettronico che è applicabile unicamente alle operazioni rientranti nel suo campo d'applicazione.

rettiva 2000/31/CE, che è tra le prime a disciplinare il commercio online, è molto stretto, al punto che, in virtù del considerando n°6, le due discipline si intersecano, in modo che, i principi enunciati dalla direttiva 2000/31/CE trovano piena applicazione nella direttiva 65/2002/CE, che ne introduce solamente di nuovi. Un esempio significativo è l'Art 11 della direttiva 2000/31/CE, che prevede per il fornitore di "accusare la ricevuta" dell'ordine al destinatario del servizio, in altre parole, deve notificare l'avvenuta ricezione dell'ordine. Tale pratica è molto comune per tutti noi, infatti riceviamo sempre, via mail, la conferma dell'ordine effettuato su un qualsiasi sito di e-commerce. Ebbene tale disciplina si applica anche per i prodotti finanziari proprio in ossequio alla complementarità tra le due direttive.

Anche questa direttiva, come tutte quelle che abbiamo esaminato, è improntata ad un bilanciamento tra esigenze dei cittadini/consumatori e aziende fornitrici, nella gestione dei servizi finanziari però, s'impone una considerazione che renderà maggiormente comprensibile l'approccio della direttiva sulla materia.

Il consumatore di questo mercato è un consumatore "debole", poiché è una parte negoziale che si andrà a confrontare, nell'acquisto di servizi finanziari, con banche e assicurazioni che abusando della loro posizione potrebbero influenzare o manipolare, fino a distorcerlo, il rapporto con il consumatore.

Quindi i provvedimenti in materia, per assolvere alla loro funzione di contemperazione nella sua pienezza, non possono prescindere da questo presupposto.

Infatti una delle maggiori innovazioni della direttiva 2002/65/CE è contenuta negli articoli 3,4 e 5, che prevede un'ampia serie di prescrizioni tese ad ottenere la massima trasparenza da parte del fornitore, obbligandolo ad una intensa attività d'informazione in favore del consumatore<sup>11</sup>. L'art. 3, specifica le informazioni che dovranno essere fornite al consumatore in un elenco dettagliatissimo, tra le più rilevanti abbiamo: l'obbligo di fornire le informazioni in tempo utile, prima che il cliente sia vincolato dalla conclusione del contratto a distanza, alcuni dati sul

fornitore, la sua identità, la sua attività principale, indirizzo, eventuali iscrizione ad un registro ed eventuale autorità di controllo, inoltre dovrà descrivere il tipo di servizio finanziario che verrà offerto, il suo prezzo totale o il modo in cui verrà calcolato se non determinabile ex ante, costi fiscali, durata delle informazioni rese, modalità di pagamento ed eventuali costi aggiuntivi per la conclusione a distanza del contratto. Infine le modalità di gestione del diritto di recesso e quanto il consumatore è tenuto a versare se lo esercita. Questo elenco non è esaustivo ma solo rappresentativo delle numerosissime informazioni, che il fornitore dovrà garantire al consumatore. L'Art 4 contempla la possibilità che possa essere ampliato il numero d'informazioni dagli Stati Membri o dalla normativa comunitaria. Infine l'Art 5 prevede che tutte le informazioni siano fornite su supporto durevole o cartaceo se richiesto.

Mette conto sottolineare che, la trasparenza è sempre stata un obiettivo per qualsiasi provvedimento legislativo sia nazionale che europeo, in materia di servizi finanziari, ma la direttiva 2002/65/CE pone al centro del sistema il consumatore/investitore, consapevole che solo quando si avranno le necessarie tutele nei suoi confronti si potrà conseguire l'obiettivo ambizioso di un grande mercato europeo dei servizi finanziari che mai potrebbe prescindere dalla diffusione a distanza, quindi via internet, dei suoi prodotti.

Proprio la volontà di conseguire questi ambiziosi obiettivi, che abbiamo appena descritto, ha indotto le autorità europee ad inserire una particolare disciplina del diritto di recesso, avendo riguardo del consumatore/investitore come parte debole del rapporto contrattuale.

L'Art 6 porta a quattordici giorni di calendario il tempo in cui è possibile esercitare il diritto di recesso, che non decorrono come in precedenza dal momento in cui il contratto è concluso, ma da quando il fornitore adempie alle sue obbligazioni, inoltre i giorni in cui è possibile esercitare il diritto di recesso diventano trenta se oggetto del contratto è un'assicurazione sulla vita o un piano previdenziale.

L'Art 7 disciplina i presupposti che prevedono il pa-

<sup>11</sup> In merito, la direttiva 2002/65/CE conferma in senso rafforzativo l'obiettivo del legislatore (legge 17 febbraio 1992, n. 154, recante norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari; legge 19 febbraio 1992, n. 142 sul credito al consumo; d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 in materia bancaria e creditizia; legge 2 gennaio 1991, n. 1 sull'attività d'intermediazione mobiliare).

gamento per i contratti rescissi che però hanno esecuzione immediata, quindi nei quali il consumatore/investitore ha usufruito del prodotto o servizio finanziario per un breve lasso di tempo.

Inoltre, il fornitore, per ottenere il pagamento del prezzo, dovrà dimostrare di aver adeguatamente informato il consumatore e che sia stata una scelta di quest'ultimo l'immediata esecuzione del contratto.

In relazione alla rescissione, è meritevole di attenzione il criterio della proporzionalità, infatti il fornitore deve attenersi nella commisurazione del prezzo, così che lo stesso non possa divenire come una sorta di penale per la rescissione del contratto, è evidente che tale previsione sia estremamente favorevole al consumatore/investitore ed è un forte incentivo alla conclusione dei contratti a distanza e quindi online.

Il sistema è evidentemente "sbilanciato" a favore del consumatore/investitore per i motivi che abbiamo già illustrato, nel medesimo quadro s'inseriscono gli Art 11 e 12 della Direttiva, il primo prescrive che gli Stati membri prevedano sanzioni in capo ai fornitori che non rispettino le legislazioni nazionali recettive del provvedimento europeo, fino ad arrivare alla possibilità per il consumatore di recedere dal contratto in qualsiasi momento.

L'Art 12, come abbiamo avuto modo di osservare in altre direttive, statuisce il carattere della cogenza dei diritti attribuiti al consumatore dalla Direttiva 2002/65/CE, quindi nessuna clausola contrattuale, se pur specificatamente approvata dal consumatore, può implicare una sua rinuncia alle garanzie previste in suo favore dal provvedimento in esame.

La Direttiva 2002/65/CE ha trovato accoglimento nel nostro ordinamento con il D.lgs 190/2005, che in ossequio all'efficacia vincolante della fonte del diritto europea, ne ha recepito integralmente i principi e le prescrizioni

### 3.2 MIFID

Nelle pagine iniziali di questo testo divulgativo, abbiamo scritto che il diritto non può prescindere dagli accadimenti umani, questa considerazione è la migliore introduzione ad un rapido esame della Direttiva 2004/39/CE, meglio nota come mifid acronimo inglese che sta per Markets in Financial Instruments Directive, in italiano Direttiva sui Mercati degli Strumenti Finanziari", l'acronimo inglese è quello più conosciuto perché è così che ci viene presentato negli

istituti di credito quando apriamo un conto corrente o al più tardi quando chiediamo di accedere ad una qualsiasi forma d'investimento.

Infatti, proprio perché il diritto non può prescindere dagli eventi umani, intorno alla fine del millennio, emerse, con prepotenza, l'esigenza di una tutela del consumatore/investitore che si doveva confrontare con una serie di nuovi prodotti finanziari, hedge fund, prodotti derivati, obbligazioni in valuta estera. La precedente direttiva, che disciplinava la materia dei servizi d'investimento, la 93/22/CEE, meglio nota come ISD, acronimo inglese per Investment Services Directive, era divenuta obsoleta e non più adatta ad assolvere il suo scopo, cioè la tutela del consumatore e l'armonizzazione del mercato.

La Mifid l'abroga sostituendola in toto, ed insieme ad altre direttive, la Mad sugli abusi di mercato, quella relativa ai prospetti informativi e la Direttiva sull'armonizzazione degli obblighi di informativa degli enti quotati, realizzano il piano di azione sui servizi finanziari adottato dalla Commissione europea nel 1999.

La nuova normativa interviene in modo significativo su tre aspetti in particolare, l'ambito di applicazione, l'offerta dei servizi di negoziazione e la trasparenza delle condizioni.

L'ambito di applicazione viene esteso, ampliando la definizione dei servizi finanziari e quella dei prodotti finanziari, ad esempio aggiungendo tra i servizi anche la consulenza sugli investimenti e includendo, tra gli altri, nei prodotti finanziari i derivati sulle merci.

L'offerta dei servizi di negoziazione viene ampliata abbandonando il principio della concentrazione a favore del sistema multilaterale di negoziazione, che ha come fine ultime l'ampliamento della concorrenza.

La trasparenza delle condizioni attiene ad una serie di prescrizioni inerenti le comunicazioni obbligatorie, ex ante e post, del prezzo e del volume degli scambi, con obblighi differiti per categorie di operatori, delineate nelle nuove definizioni di offerte dei servizi di negoziazione.

Questi tecnicismi, propri di un settore dove si confrontano operatori professionali di livello assoluto, quali banche e assicurazioni, tendono a garantire un'effettiva armonizzazione del mercato, rendendolo più aperto ed espandendo in modo da innalzare il livello di tutela del consumatore/investitore.

Nello spirito divulgativo che permea questa pubblicazione e quindi al di là di un'arida disamina di norme dal contenuto iperspecialistico, la percezione più comune della Direttiva Mifid è quella del famoso questionario a cui veniamo sottoposti prima di qualsiasi operazione d'investimento ed è funzionale alla nostra classificazione quale consumatori/risparmiatori.

L'Art 4 infatti, nel descrivere le definizioni dei soggetti a cui la Direttiva è rivolta specifica: 10) «cliente»: persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento e/o servizi accessori; 11) «cliente professionale»: cliente che soddisfa i criteri stabiliti nell'allegato II; 12) «cliente al dettaglio»: cliente che non sia un cliente professionale.

Tali definizioni non sono scevre di conseguenze, infatti nei rapporti con i clienti per come individuati nell'Art 4, quindi i piccoli risparmiatori, gli intermediari dovranno rispettare dei principi, contenuti nell'Art 19, che potremo distinguere in adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione degli ordini.

Pertanto, il fine ultimo di quelle domande è tracciare un nostro profilo, che vada a stabilire che grado di cultura economica finanziaria abbiamo e quale propensione al rischio.

Infatti l'intermediario finanziario che offre consulenza e gestione del patrimonio, dovrà valutare sulla base delle risposte fornite al questionario, quale esperienza nel campo degli investimenti ha il cliente, la sua situazione finanziaria e che obiettivi si pone.

Il servizio di consulenza e gestione del patrimonio, dovrà rispettare il principio dell'adeguatezza quindi questa peculiarità dovrà essere presente nelle operazioni o negli investimenti eseguiti per conto del cliente oltre che nel perseguimento degli obiettivi fissati dal cliente, in assenza di informazioni volte a valutare l'adeguatezza, l'intermediario dovrà astenersi dal prestare il servizio.

Qualora il servizio non sia di consulenza e gestione, il criterio da seguire sarà quello dell'appropriatezza, quindi l'intermediario, valuterà grado d'istruzione, attività lavorativa la sua cultura economica finanziaria, all'esperienza, è in grado di comprendere i rischi conseguenti al prodotto che gli viene offerto o che lui stesso richiede, indagando anche con quali strumenti d'investimento ha maggiore familiarità, qualora queste informazioni siano carenti, magari perché

il cliente si rifiuta di fornirne alcune, l'intermediario è obbligato ad avvisare l'investitore che non potrà effettuare una valutazione sull'appropriatezza del prodotto, ma assolto tale obbligo potrà comunque procedere a fornire il servizio finanziario.

L'ultima ipotesi riguarda la mera esecuzione di un ordine, in questo caso nessun obbligo è posto in caso all'intermediario che è appunto mero esecutore, ma è ristretto il numero dei prodotti che possono essere acquistati con questa formula dal cliente, devono essere azioni quotate, obbligazioni, titoli di debito e comunque strumenti d'investimento ritenuti non complessi.

Come sempre portiamo nell'ambito del nostro quotidiano, la portata di queste norme, l'obiettivo è la tutela dell'investitore debole, che come abbiamo detto è il fine ultimo di questa direttiva, le cronache negli anni precedenti all'introduzione della Mifid erano piene di crac di grosse aziende, ad esempio Parmalat, dove piccoli investitori perdevano i risparmi di una vita perché intermediari privi di scrupoli vendevano loro prodotti ad altissimo rischio o magari ad elevato grado di complessità quali i derivati, senza che il risparmiatore fosse consapevole del rischio che correva, quando molto spesso l'obiettivo che si prefiggeva era una remunerazione, anche minima del capitale.

Questa pratica, frequente, da parte degli intermediari, non aveva alcuna conseguenza, lasciando privi di tutela gli investitori deboli.

Lo schema di tutte le direttive, che abbiamo esaminato, disciplina sempre anche la parte relativa al fornitore del servizio e anche la Mifid non fa eccezione, proprio perché una buona tutela dei consumatori o dei risparmiatori e la crescita di un mercato, può aver luogo solo quando anche gli aspetti afferenti agli operatori del mercato sono regolamentati.

L'Art 13 della direttiva in esame poi meglio approfondita dal Capo II della Direttiva 2006/73/CE, definisce dei criteri tesi ad ottenere omogeneità ed uniformità sull'organizzazione e sul controllo degli intermediari, attraverso dei requisiti minimi che lasciano comunque un'ampia autonomia sull'organizzazione e sulla gestione, così da evitare un'eccessiva burocratizzazione, potremmo definirle delle linee guida che rendano l'esercizio dell'attività d'intermediazione trasparente, corretta, con particolare attenzione alla gestione dei reclami e al controllo delle operazioni.

La direttiva 2004/39/CE è stata recepita nel nostro ordinamento giuridico, con il D.lgs. N°164 del 17 settembre 2007 e con successivi interventi di tipo regolamentari da parte della Consob<sup>12</sup>.

L'evoluzione umana e quella del diritto sono legate in modo indissolubile, lo abbiamo evidenziato in numerosi passaggi di questo testo, quindi se pur la Mifid ha costituito una pietra miliare nella disciplina del diritto e della gestione dei servizi finanziaria, è un provvedimento del 2004, che non ha resistito all'usura del tempo, che nella materia che ci occupa scorre velocemente, pertanto è stata rifiuta dalla Mifid II, nome gergale per indicare la direttiva 2014/65/UE e dal regolamento UE n°600/2014 denominato Markets in financial instruments regulation, il cui acronimo inglese è MIFIR, per come si evince dal considerando n°7: "Alla luce di quanto precede, la direttiva 2004/39/CE è ora in parte rifiuta nella presente direttiva e in parte sostituita dal regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio (1). Insieme i due strumenti dovrebbero costituire il quadro giuridico che disciplina i requisiti applicabili alle imprese di investimento, ai mercati regolamentati, ai prestatori di servizi di comunicazione dei dati e alle imprese di paesi terzi che effettuano servizi o attività di investimento nell'Unione. La presente direttiva dovrebbe pertanto essere letta in combinato disposto con il regolamento".

Sulle esigenze, che hanno portato il legislatore a nuovi interventi, il Considerando n°1 è chiarissimo: "La direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (4) ha subito sostanziali modifiche in diverse occasioni (5). Poiché si rendono necessarie nuove modifiche, a fini di chiarezza, è opportuno procedere alla sua rifusione."<sup>13</sup>

La tutela dell'investitore è sempre l'obiettivo principale anche di questi nuovi provvedimenti, in particolare la Mifid II amplia in modo incisivo le informa-

zioni che l'intermediario deve fornire agli investitori e rende più completa l'attività di profilatura del risparmiatore.

I soggetti a cui si riferisce la nuova direttiva sono i medesimi della prima, quindi in primo luogo banche, assicurazioni quando agiscono in campo finanziario, le sim (società investimento mobiliare) le sgr (società gestione risparmio), oltre ad altri soggetti.

Tra gli obiettivi c'è, oltre che la tutela dell'investitore, la trasparenza del mercato, per come esplicitato in premessa nel considerando n°4<sup>14</sup> che fa riferimento alla crisi finanziaria del 2008, iniziata con il fallimento della "Lehman Brothers" che ha evidenziato l'opacità dei meccanismi che regolano il mercato finanziario. Ulteriore finalità di non poco conto è l'ampliamento del mercato così che gli investitori in virtù del c.d. passaporto unico europeo possano accedere a società d'investimento a livello transfrontaliero, con condizioni identiche in tutti gli stati dell'Unione.

Così come premesso esaminando la Mifid I, anche la Mifid II è una direttiva molto tecnica, quasi da addetti ai lavori, che esulerebbe dal target di questa pubblicazione a vocazione divulgativa, se non fosse per alcuni aspetti che anche in questa direttiva coinvolgono la nostra quotidianità ed in particolare il nostro ruolo di piccoli risparmiatori.

La prima novità di cui avremo concreta percezione è contenuta nell'Art 24, che determina i nuovi criteri del contenuto del prospetto informativo, una definizione che abbiamo imparato a conoscere, poiché è usata di frequente anche nelle pubblicità di alcuni prodotti finanziari, che ci invitano a consultarlo prima di aderire all'offerta.

L'Art 24 amplia moltissimo il contenuto del prospetto, ma la novità di maggior rilievo è probabilmente contenuta al Comma 4 lettera c<sup>15</sup>, infatti dall'entrata in vigore delle norme nazionali di recepimento, l'intermediario dovrà fornire agli investitori un prospet-

12 Regolamenti intermediari n°16190, mercati n°16191 e regolamento congiunto Banca d'Italia e Consob denominato Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio.

13 Gli atti integrativi Mifid di secondo livello sono ben 30 tra cui direttiva delegata UE n°2017/593, regolamento delegato UE 2017/565, regolamento delegato UE 2017/576, numerosi sono anche gli atti integrativi al Mifid.

14 La crisi finanziaria ha fatto emergere carenze nel funzionamento e nella trasparenza dei mercati finanziari. L'evoluzione dei mercati finanziari ha evidenziato la necessità di rafforzare il quadro per la regolamentazione dei mercati degli strumenti finanziari, anche quando la negoziazione in tali mercati avviene fuori borsa (OTC), al fine di aumentare la trasparenza, tutelare meglio gli investitori, rafforzare la fiducia, includere i settori non regolamentati e assicurare che le autorità di vigilanza dispongano di poteri adeguati per svolgere i loro compiti."

15 Le informazioni su tutti i costi e gli oneri connessi, devono comprendere informazioni relative sia ai servizi d'investimento che ai servizi accessori, anche sul costo eventuale della consulenza, ove rilevante, sul costo dello strumento finanziario raccomandato o offerto in vendita al cliente e sulle modalità di pagamento da parte di quest'ultimo, includendo anche eventuali pagamenti a terzi.

to chiaro in forma aggregata di costi ed oneri, quindi distinguendo tutte le voci che compongono il costo finale, evidenziando commissioni relative al deposito alla gestione alla consulenza o erogato a terze parti. Queste informazioni dovranno essere fornite sia nella fase iniziale del rapporto tra intermediario e investitore sia nel rendiconto di fine periodo.

L'impatto di questa previsione normativa, sulla nostra vita da piccoli risparmiatori è enorme, la trasparenza si realizza in modo completo, consentendo un'analisi dei costi impensabile prima, ma proprio questa analisi sarà un volano eccezionale per la concorrenza in virtù di una comparazione dei costi molto più agevole per l'investitore.

Non meno rilevanti sono le novità contenute nell'Art 24, che nel comma 7<sup>16</sup> pone l'attenzione su un delicato problema di trasparenza, l'indipendenza dell'intermediario, un altro aspetto poco disciplinato in passato, le commissioni che l'intermediario prendeva dall'emittente del prodotto finanziario, che spesso erano la causa di consulenze o gestioni poco indipendenti, infatti all'Art. 24 comma 7 lett B) si specifica, che può dirsi indipendente un'intermediazione che non preveda alcun beneficio da parte di terzi o per conto di terzi.

Pertanto, con il Mifid II l'intermediario percepirà le commissioni solo dall'investitore, quale garanzia di un'effettiva indipendenza nel fornire le sue prestazioni professionali

Sempre nel solco, dell'esclusiva remunerazione da parte del cliente e del raggiungimento di una effettiva indipendenza nella consulenza e gestione, s'innesta il Comma 10 dell'Art 24<sup>17</sup>, che vieta all'intermediario di concedere remunerazioni o altri tipi

di vantaggi, anche in tema di valutazione delle prestazioni lavorative, ai dipendenti per incentivarli a vendere un particolare servizio finanziario, se uno strumento d'investimento differente risulta più adatto all'esigenze del cliente.

Anche questa previsione normativa, come quella della profilazione dell'investitore, che abbiamo esaminato nella Mifid I trae origine da alcuni fallimenti assurti agli onori delle cronache nazionali, allorché i dipendenti di alcuni istituti di credito, nell'intento di giustificare la vendita di alcuni prodotti non adeguati ai piccoli risparmiatori, rivelarono che venivano incentivati economicamente in tal senso o che per non incorrere in sanzioni dovevano raggiungere determinati target di vendita del prodotto rischioso.

Meno evidente agli occhi dell'investitore ma certamente rilevante sotto il profilo della sua tutela, è l'attività di profilazione, molto più accurata che nella Mifid I, ma soprattutto la nuova disciplina del servizio finanziario, assimilato sempre più ad un prodotto che già nella fase della sua creazione deve corrispondere ad un preciso target di cliente a cui sarà destinato, sul punto l'Art 16 comma 3, che disciplina la product governance del prodotto ha un passaggio significativo: "...Il processo di approvazione del prodotto precisa per ciascuno strumento finanziario il determinato mercato di riferimento di clienti finali all'interno della pertinente categoria di clienti e garantisce che tutti i rischi specificamente attinenti a tale target siano stati analizzati e che la prevista strategia di distribuzione sia coerente con il target stesso.", che va letto in combinato disposto con l'Art 24 comma 2: Le imprese di investimento che realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela fanno

16 Quando l'impresa di investimento informa il cliente che la consulenza in materia di investimenti è fornita su base indipendente, essa:

a. valuta una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che devono essere sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non devono essere limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti

i. dall'impresa di investimento stessa o da entità che hanno con essa stretti legami o

ii. da altre entità che hanno con l'impresa di investimento stretti legami o rapporti legali o economici - come un rapporto contrattuale - tali da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata;

non accetta e trattiene onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi in relazione alla prestazione del servizio ai clienti. Occorre comunicare chiaramente i benefici non monetari di entità minima che possono migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che, per la loro portata e natura, non possono essere considerati tali da pregiudicare il rispetto da parte delle imprese di investimento del dovere di agire nel migliore interesse dei clienti; tali benefici sono esclusi dalla presente disposizione.

17 L'impresa di investimento che fornisce servizi di investimento ai clienti evita di remunerare o valutare le prestazioni del proprio personale secondo modalità incompatibili con il suo dovere di agire nel migliore interesse dei clienti. In particolare non adotta disposizioni in materia di remunerazione, target di vendita o d'altro tipo che potrebbero incentivare il personale a raccomandare ai clienti al dettaglio un particolare strumento finanziario, se l'impresa di investimento può offrire uno strumento differente, più adatto alle esigenze del cliente.

sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con il target. L'impresa d'investimento adotta inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target. La previsione normativa investe anche la fase distributiva del prodotto, creando un rapporto coerente tra la fase d'ideazione del prodotto e quella della vendita, che devono condividere il medesimo target, quindi "progettando" il prodotto finanziario per una determinata fascia di clienti accomunati dalle medesime esigenze ed aspettative sull'investimento e rivolgersi a loro in fase di vendita.

L'individuazione del target, quindi dell'investitore a cui il prodotto è destinato, avviene con la profilazione, che però va letta nella nuova ottica fornita dall'Art 25 comma II<sup>18</sup> che pur tenendo fermi tutti i precedenti criteri, si arricchisce di un nuovo elemento, decisamente rilevante, non solo la propensione al rischio dell'investitore ma la sua capacità di sostenere le perdite, in modo da avere un contrappeso con il criterio della propensione al rischio che potrebbe essere alta, ma poi metterebbe l'investitore nell'incapacità di far fronte ad eventuali perdite, quindi quasi a volerlo proteggere da se stesso.

Ma l'ampliamento delle tutele per il piccolo risparmiatore investe di nuove ed ulteriori responsabilità l'intermediario, probabilmente sono meno vistose delle precedenti ma non per questo meno efficaci nel risultato.

Ad esempio l'Art 24 Comma 7 lett. A)<sup>19</sup> rimodula la proposta d'investimento, che deve essere avanzata

offrendo una serie diversa di prodotti, tutti corrispondenti al profilo dell'investitore e non esclusivamente quelli che sono emessi o forniti dall'intermediario prescelto, tale previsione è la naturale conseguenza di quanto disposto nell'Art 23<sup>20</sup> della Direttiva che prevede per l'intermediario l'obbligo d'informare il cliente su eventuali conflitti d'interesse e sulle misure adottate per limitarne l'impatto.

Tutti questi articoli hanno come obiettivo quello di creare un prodotto che sin dall'origine sia trasparente con un target determinato e che eviti conflitti d'interessi tra la fase d'intermediazione e di emissione o creazione del prodotto finanziario.

Il D.Lgs n°129 del 3 agosto 2017 è la norma che ha recepito nel nostro ordinamento, la direttiva Mifid 2, ma l'effettiva attuazione è slittata al 3 gennaio 2018, secondo alcuni autorevoli osservatori, il ritardo è da attribuire alle difficoltà organizzative ed in alcuni casi alla resistenza opposta dei diversi operatori, proprio per i principi di trasparenza e tutela che contiene.

### 3.3 Pagamenti terze parti

Una disamina divulgativa dei principali provvedimenti europei in materia di servizi finanziari non può prescindere da alcune osservazioni sulla Direttiva 2015/2366EU, il cui acronimo è PSD2 ed ha ad oggetto i sistemi di pagamento online "aprendo" ai servizi offerte da terze parti, i cosiddetti TPP (third party provider)<sup>21</sup>.

Questa direttiva abroga la precedente direttiva in materia, la n°2007/64/CE ed è un fondamentale punto di svolta nella realizzazione dell'open banking, un progetto ambizioso teso ad ampliare il mercato dei servizi di pagamento elettronici e conseguenzialmente a rafforzare il mercato digitale di cui abbiamo

18 2. Quando effettua consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio, l'impresa di investimento ottiene le informazioni necessarie in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente o potenziale cliente in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio, alla sua situazione finanziaria, tra cui la capacità di tale persona di sostenere perdite e ai suoi obiettivi di investimento, inclusa la sua tolleranza al rischio, per essere in grado di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari che siano adeguati al cliente o al potenziale cliente e siano in particolare adeguati in funzione della sua tolleranza al rischio e della sua capacità di sostenere perdite.

19 Quando l'impresa di investimento informa il cliente che la consulenza in materia di investimenti è fornita su base indipendente, essa: a) valuta una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che devono essere sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non devono essere limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti.

20 "Quando le disposizioni organizzative o amministrative adottate dall'impresa di investimento a norma dell'articolo 16, paragrafo 3, per impedire conflitti di interesse lesivi degli interessi della propria clientela non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, l'impresa di investimento informa chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti di tali conflitti di interesse e delle misure adottate per mitigare tali rischi".

21 Un TPP necessita d'iscrizione in un registro pubblico tenuto dalla Banca d'Italia quale NCA - National Competent Authority, con esplicitate i servizi a cui son autorizzati, le medesime informazioni sono contenute nel registro dell'EBA - European Banking Authority.

trattato nei precedenti paragrafi.

Le innovazioni più rilevanti in tema di servizio di pagamento elettronici sono essenzialmente racchiusi in tre acronimi inglesi, PISP-AISP-CISP.

La terminologia, potrebbe apparire più astrusa di una materia già colma di tecnicismi per addetti ai lavori, ma l'apparenza inganna, perché queste sigle hanno un notevole impatto sulla nostra vita di tutti i giorni, specialmente nel nostro ruolo di consumatore digitale.

La PSD2 si potrebbe definire la summa di tutte le direttive che abbiamo esaminato in questo testo, infatti, per potere conseguire gli obiettivi che si prefigge, vi è la necessità di avere un intenso interscambio di informazioni personali per come disciplinate dal GDPR e va a completare il quadro della gestione dei servizi e contenuti digitali, poiché garantisce nuovi e più efficaci strumenti di pagamento elettronico che sono alla base della realizzazione e dell'espansione del mercato digitale, quindi condivide le finalità delle direttive in materia.

Analizzando i 3 acronimi nel dettaglio sarà tutto più chiaro, iniziamo dall'AISP, account information service provider, questa previsione normativa, crea una nuova figura di fornitore di servizio, capace di aggregare tutte le informazioni finanziarie dell'utente, quindi racchiudendo i dati provenienti da diversi conti correnti e carte, fornendo al cliente prospetti e statistiche sulle sue spese i suoi investimenti, senza che il consumatore debba "controllare" ogni singolo estratto conto o dossier titoli, per poi ricavarci da solo l'andamento del suo patrimonio.

A tal fine è prevista la creazione di una nuova piattaforma di condivisione delle informazioni, denominata API Application Programming Interface, dove gli istituti di credito potranno fornire in sicurezza i dati relativi ai clienti che intendono usufruire di un fornitore di servizi previsti dall'AISP.

Quindi il GDPR è un protagonista assoluto di questo servizio, laddove l'informazione stessa è l'oggetto del servizio fornito con una cessione a terze parti (il fornitore servizio aisp), da parte dell'ente che le ha raccolte (l'istituto di credito).

L'elaborazione di questi dati darà luogo ad un servizio di aggregazione con le finalità che abbiamo già descritto, creando uno strumento di trasparenza e controllo assolutamente innovativo per il consumatore.

Sotto l'acronimo PISP, Payment Initiation Service Providers, si "nascondono" delle triangolazioni di pagamento che utilizziamo quasi quotidianamente senza averne contezza.

Il PISP infatti svolge la funzione di tramite tra il cliente e il suo conto corrente online, in altre parole se acquisto su un sito di e-commerce, utilizzando un PISP acquisterò la merce pagando attraverso questo servizio che avrà accesso ai fondi del mio conto corrente.

I PISP quindi non detengono fondi, ogni transazione va autorizzata dal cliente attraverso le procedure di autenticazione e le Banche devono fornire tutte le informazioni necessarie per compiere l'operazione, quindi l'accesso al conto corrente.

Il vantaggio più evidente è quello di evitare di inserire le credenziali della propria carta di credito su ogni sito di e-commerce.

Sulla base di questo concetto di triangolazione abbiamo due elaborazioni più vicine al nostro vivere quotidiano, il pass through wallet, dove il cliente registra il proprio strumento di pagamento, un conto, una carta di credito, che saranno utilizzati per concludere la transazione dal terzo, si basano su questo sistema Google Pay, Amazon Pay, Apple Pay.

La seconda elaborazione, detta staged wallet, che è la prima per diffusione, per utilizzo e per esordio sul mercato è quella utilizzata da PayPal, che accede al nostro conto o carta trasferendoli sul nostro conto PayPal, previa nostra autorizzazione ed effettua il pagamento al terzo, che però deve a sua volta avere un conto PayPal per accettare il pagamento.

Le osservazioni sui vantaggi e sull'impulso che queste innovazioni hanno apportato alla creazione e all'allargamento del mercato digitale, sono quasi superflue per quanto sono evidenti e diffuse tra tutti i consumatori digitali.

L'ultimo acronimo il CISP Card Issuing Service Provider, questo istituto prevede la possibilità per un istituto di credito o un altro operatore autorizzato, di fornire servizi di pagamento su carta basate su conto corrente online accesso presso un'altra banca.

Quindi i CISP non detengono i fondi dei clienti e non ne conoscono la disponibilità totale, sulla carta non ci sono fondi, come per le prepagate, ma per ogni transazione effettuata dovranno interrogare la banca presso la quale è acceso il conto corrente online, per verificare la disponibilità della cifra necessaria al

completamento della transazione, il tutto ovviamente previa autorizzazione del cliente.

I vantaggi di quest'ultimo istituto sono forse meno evidenti, ma non meno consistenti per il consumatore, probabilmente l'App Curve ed i suoi servizi sono il modo migliore per illustrare le positive innovazioni che andranno a diffondersi.

Questa app opera come CISP, racchiudendo in unica carta tutti i propri conti correnti online e relative carte, così che con un unico pin potranno accedere a tutti i loro fondi anche se detenuti presso istituti di credito diversi, potranno selezionare quale usare per il pagamento che stanno effettuando, magari scegliendo un rivenditore convenzionato con cui ottenere un cashback (nota cioè una restituzione della somma spesa di solito nella misura di 1-3% dell'importo speso) e come previsto dal PSD2 potranno attivare la c.d. time machine, cioè entro 14 giorni dal pagamento, cambiare la carta sulla quale addebitare l'operazione.

Una vera rivoluzione a cui stiamo partecipando in modo inconsapevole, ma da protagonisti.

L'ultima grande innovazione contenuta nella direttiva in esame è rappresentata dall'introduzione del sistema di autenticazione forte, SCA, acronimo inglese per strong customer authentication.

È un tema fondamentale, che come sempre serve ad operare quel bilanciamento tra sicurezza e tutela del consumatore/cliente e aziende, al fine di poter realizzare un mercato che ampio trasparente tutelato.

La SCA è prevista per ogni operazione di pagamento elettronico ed è basata sulla combinazione di almeno due fattori sui tre previsti dall'istituto.

I fattori di autenticazione sono 3, il primo è qualcosa che solo l'utente conosce ( il pin)<sup>22</sup>, il secondo è qualcosa che sia in suo possesso, inizialmente erano le chiavette che gli istituti di credito fornivano ad i clienti per generare combinazioni numeriche, oggi sono sms di conferma o app che assolvono la funzione della chiavetta, infatti spesso ci viene chiesto un numero di cellulare per poter usufruire dell'internet banking<sup>23</sup>, infine il terzo che è un elemento d'inerenza, cioè una caratteristica biometrica quale

l'impronta digitale o la forma del volto<sup>24</sup>.

Questi fattori devono essere indipendenti tra di loro, così che l'eventuale violazione di uno di loro non comprometta la sicurezza degli altri.

I vantaggi di questo rafforzamento del sistema di autenticazione risiedono principalmente nel contrasto alle attività di frode, che oltre il danno economico in sé contribuiscono ad indurre sfiducia nel consumatore e ad allontanarlo dal mercato.

Questo testo si conclude proprio con la direttiva sull'apertura alle terze parti dei pagamenti online, perché come abbiamo già osservato racchiude in sé tutte quelle precedentemente esaminate, sarebbe impensabile autorizzare le terze parti ad effettuare pagamenti se non ci fosse un'attenta disciplina dei dati personali, non sarebbe possibile creare un esteso mercato digitale se non ci fossero sistemi di pagamenti avanzati volti alla tutela del consumatore, non ci sarebbe open banking senza le direttive che tutelano il contraente debole nei rapporti con gli intermediari finanziari.

L'obiettivo precipuo di quest'opera è avvicinare il lettore al Diritto in un'epoca nella quale con molta superficialità viene considerato distante dalle reali esigenze del cittadino, forse per una disaffezione verso la politica, che ha perso il suo ruolo di centralità e di passione nella nostra vita, ma questa sovrapposizione è certamente riduttiva.

Perché se è pur vero che sono i politici nell'esercizio del potere esecutivo e legislativo a dar vita alle Leggi e quindi al Diritto, esso vive di vita propria per la sua naturale indole di non venir mai meno alla sua funzione, quella di regolare, disciplinare, tutelare la vita dei cittadini e seguirli nella loro evoluzione, la speranza degli autori di questo testo è che tale funzione sia più evidente alla fine della lettura di queste pagine, che si prefiggono un approccio divulgativo su materie che se pur all'apparenza sembrano distanti dal sentire comune dei cittadini, ne rivoluzionano la vita anche nella loro inconsapevolezza.

<sup>22</sup> Ma anche risposta alla domanda di sicurezza, o passphrase o il pattern.

<sup>23</sup> La registrazione del dispositivo si chiama enrollment.

<sup>24</sup> Ma anche scansione iride o retina, strumenti funzionali al riconoscimento continuo grazie a strumenti quali smart watch o occhiali di realtà virtuale, quindi dopo il riconoscimento biometrico si rimane connessi fin tanto che s'indossa il dispositivo.

## SITOGRAFIA

I seguenti siti sono stati consultati tra ottobre e dicembre 2020

<https://www.cyberlaws.it/2017/articolo-4-gdpr-regolamento-generale-sulla-protezione-dei-dati-ue2016679/>

<https://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/11/I-principi-ispiratori-del-Regolamento-UE-2016679-sulla-protezione-dei-dati-personali-e-la-loro-incidenza-sul-contesto-normativo-nazionale.pdf>

<https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/portabilita-dei-dati-nel-gdpr-cosa-significa-e-cosa-implica-questo-nuovo-diritto/>

[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/principles-gdpr/purpose-data-processing/can-we-use-data-another-purpose\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/principles-gdpr/purpose-data-processing/can-we-use-data-another-purpose_it)

<https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/secondary-use-cosi-la-ue-ribalta-il-gdpr-e-apre-allaccesso-indiscriminato-ai-nostri-dati/>

<https://www.suiteprivacy.it/pages/regolamento-ue.aspx>

<https://protezionedatipersonali.it/cessione-dati-personali-a-terzi>

<https://legalblink.it/privacy-cessione-dati-personali-sanzione/>

<https://www.mmlex.it/magazine/la-comunicazione-di-dati-personali-terzi-base-al-gdpr-il-caso-della-comunicazione-finalita-di-marketing-e-di-quella-nel-contesto>

<https://legaldesk.it/blog/profilazione-nuove-regole-gdpr>

<https://www.diritto.it/profilazione-degli-utenti-e-aspetti-giuridici/>

<http://www.dirittodellinformatica.it/privacy-e-sicurezza/like-di-facebook-conseguenze-sul-trattamento-dei-dati-personali-degli-utenti.html>

<https://protezionedatipersonali.it/profilazione>

<https://protezionedatipersonali.it/dato-personale>

<https://www.privacylab.it/IT/205/I-dati-sensibili-nel-GDPR/>

<https://protezionedatipersonali.it/cessione-dati-personali-a-terzi>

<https://www.cybersecurity360.it/legal/privacy-dati-personali/privacy-e-cookie-post-gdpr-le-soluzioni-al-le-problematiche-tecniche-e-giuridiche/>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=DE>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2019:136:FULL&from=ES>

<https://www.studiolegalestefanelli.it/it/sharing-knowledge/articoli/a/mercato-unico-digitale-modernizzazione-diritto-dei-consumatori>

<https://www.software.avvocatoferrante.it/diritto-d-autore-e-distribuzione-opere-digitali.html>

<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/#>

<https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/contenuti-digitali-la-loro-disciplina-dallantitrust-alle-direttive-ue/>

<https://www.diritto.it/la-cittadinanza-digitale-e-i-diritti-digitali/>

<https://dirittodiinternet.it/dati-personali-cambio-contenuto-digitale-servizi-digitali-la-direttiva-2019770ue/>

<https://www.cbmlaw.it/nuove-opportunita-e-nuovi-obblighi-per-le-imprese-il-new-deal-for-consumers-a-un-mese-dalla-pubblicazione-in-gazzetta-ufficiale-delle-direttive-770-2019-e-771-2019/>

<https://www.fasi.biz/it/notizie/norme/21466-ue-in-vigore-il-nuovo-accordo-a-tutela-dei-consumatori.html#>

<https://www.key4biz.it/vendita-di-beni-o-servizi-digitali-come-la-direttiva-ue771-2019-disciplina-alcuni-aspetti-contrattuali/316817/>

<https://www.franzrusso.it/condividere-comunicare/facebook-abbandona-la-parola-gratis-dal-vecchio-slogan/>

<https://www.mglobale.it/contrattualistica/tutte-le-news/la-direttiva-ue-2019-771-sulla-garanzie-per-i-beni-di-consumo-le-principali-novita.kl>

<https://www.osborneclarke.com/it/insights/e-commerce-arrivo-nuove-norme-ue-per-proteggere-consumatori/>

<https://www.universitaeuropediroma.it/giurisprudenza/profilo/diritto-gestione-nuove-tecnologie>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1011&from=EN>

<https://www.egs.com/it/polo-di-conoscenza-compliance/blog/regolamento-mar/>

<https://www.money.it/Fintech-cos-e>

## Servizi Finanziari

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/83/politica-in-materia-di-servizi-finanziari>

<http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=662&cat=9>

<https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/05190dl.htm>

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/13/18G00004/sg>

<https://www.altalex.com/documents/leggi/2018/01/15/pagamenti-elettronici-le-nuove-regole>

[https://www.ing.it/faq/conti/servizi-digitali/che-cos-e-psd2-come-funziona.html#:~:text=La%20nuova%20Direttiva%20sui%20Servizi,del%20denaro%20e%20dei%20pagamenti.&text=Tra%20le%20principali%20novit%C3%A0%20della,di%20nuovi%20potenziali%20operatori%20\(cd](https://www.ing.it/faq/conti/servizi-digitali/che-cos-e-psd2-come-funziona.html#:~:text=La%20nuova%20Direttiva%20sui%20Servizi,del%20denaro%20e%20dei%20pagamenti.&text=Tra%20le%20principali%20novit%C3%A0%20della,di%20nuovi%20potenziali%20operatori%20(cd)

<https://www.economyup.it/fintech/pagamenti-elettronici-e-psd2-ecco-i-3-servizi-che-innovano-il-banking/>

<https://www.dday.it/redazione/31989/direttiva-europea-psd2-pagamenti-online-banche>

<https://www.bankpedia.org/index.php/it/115-italian/m/21127-mifid-enciclopedia>

<https://fundspeople.com/it/ecco-i-benefici-che-la-mifid-ii-prevede-per-l-investitore/>

## Gli autori



### **PAOLA D'ELIA**

laureata in Relazioni Internazionali presso l'Università degli Studi di Salerno con 110 e lode, dottore e assegnista di ricerca presso il medesimo ateneo, è autrice e coautrice di pubblicazioni nell'ambito del Diritto Privato e del Diritto Privato Comparato con riferimento al Diritto dell'Informazione. Dal 2016 collabora con le cattedre di Istituzioni di Diritto Privato e di Diritto Privato dell'Informazione e della Comunicazione presso le facoltà di Scienze Politiche e di Scienze della Comunicazione dell'ateneo salernitano.



### **AGOSTINO GHIGLIA**

Componente del Garante per la protezione dei dati personali.

Laurea Magistrale in Giurisprudenza.

Da giugno 2020 a luglio 2020 - Presidente Consorzio 5T.

Da luglio 2014 a luglio 2020 - Amministratore delegato di Nexttrain Srl (Formazione professionale).

Da giugno 2017 a luglio 2020 - Amministratore delegato e fondatore di "Mutua con te".

Dal 2009 a luglio 2020 - Consigliere di Amministrazione di Neos-tech srl (strumenti e servizi per la gestione della sosta e dei parcheggi in oltre 100 città, tra cui Napoli, Torino, Palermo).

Dal 2009 al 2014 - Amministratore unico di Coopservice (Servizi informatici e telematici per le imprese).

Da marzo 2013 a giugno 2014 - Assessore regionale (energia, innovazione, sviluppo, ricerca, internazionalizzazione, commercio, artigianato, società partecipate) - Regione Piemonte.

Dal 2008 al 2013 - Deputato - Camera dei Deputati (Capogruppo in Commissione VIII e Componente in Commissione Bicamerale di Controllo sulla gestione del ciclo dei rifiuti).

Dal 2005 al 2008 - Consigliere Regionale - Regione Piemonte.

Dal 2001 al 2005 - Deputato - Camera dei Deputati (Capogruppo in Commissione VIII).

Dal 1995 al 2001 - Consigliere Regionale - Regione Piemonte.

Dal 1994 al 2011 - Consigliere Comunale - Comune di Torino (Commissioni Attività produttive, Energia, Cultura, Commercio e Bilancio).

Dal 1994 al 1997 - Vice presidente CIT - Consorzio intercomunale torinese.

Dal 1985 al 1990 - Consigliere di amministrazione USL 1/23 Torino.



### **MAURO ROSARIO NICASTRI**

è Responsabile dell'Ufficio VIII "ICT, logistica e servizi generali" e Responsabile per la Transizione al Digitale dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale. Ha ricoperto il ruolo di Consigliere per la Trasformazione Digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Agenzia per l'Italia Digitale e di Responsabile dell'area amministrazione, controllo di gestione, programmazione e pianificazione, trasparenza e prevenzione della corruzione e competenze digitali dove ha preso parte, tra l'altro, alla stesura dei piani nazionali per la "Banda Ultra Larga", per la "Crescita Digitale" e il "Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione" che definiscono gli obiettivi di crescita indicati dell'Unione Europea per favorire l'innovazione, il progresso e la crescita economica facendo leva sul potenziale delle tecnologie ICT e facilitare lo sviluppo del mercato unico digitale.

È Presidente di Italian Digital Revolution – AIDR ([www.aidr.it](http://www.aidr.it)), associazione senza fini di lucro nata con lo scopo di stimolare e veicolare riflessioni di esperti sia nel settore pubblico, sia nel settore privato per sensibilizzare cittadini e imprese ad utilizzare il digitale come leva di trasformazione economica e sociale. È stato funzionario del Garante per la protezione dei dati personali ([www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)) e IT Manager del Consorzio Asmez ([www.asmez.it](http://www.asmez.it)). Autore di pubblicazioni e articoli in materia di e-government e innovazione, insegna in diverse università nell'ambito dei programmi previsti dall'Agenda Digitale Europea, dell'Agenda Digitale Italiana e del Codice dell'Amministrazione Digitale.



#### **DARIO SCRIVANO**

nato a Cosenza il 12/3/1976.

Laureato in Giurisprudenza all'Università LUISS-Guido Carli di Roma con tesi in Informatica Giuridica, dal titolo "Internet Limiti e Libertà".

Avvocato penalista, patrocinante in Cassazione e dinanzi le magistrature superiori.

Specializzato nel Diritto penale carcerario e nell'esecuzione della pena.

utile a promuovere e diffondere la cultura digitale nel nostro Paese.



**ITALIAN**  
**DIGITAL**  
**REVOLUTION**

---

**Associazione Italian Digital Revolution - AIDR**

Via Terenzio, 10 - 00193 Roma (RM)

Codice Fiscale: 97886610589

info@aidr.it [www.aidr.it](http://www.aidr.it)