

# Portabilità dei dati e regolazione dei mercati digitali

DI MAURIZIO BORGHI

**SOMMARIO:** Il nuovo Regolamento sulla protezione dei dati ha introdotto il «diritto alla portabilità dei dati personali». Concepita per dare efficacia a interessi individuali, la norma rappresenta al contempo uno strumento pro-concorrenziale con importanti effetti regolativi sui mercati digitali. In conseguenza dell'interpretazione estensiva di «dato personale» che si è consolidata nel diritto europeo, il diritto alla portabilità si applica di fatto a un ampio spettro di dati, sovrapponendosi ed entrando in conflitto con altri interessi. Se l'applicazione del diritto solleva questioni sul bilanciamento di tali interessi, la sua efficacia come strumento regolatore dipende fortemente dalla struttura dei mercati. L'effetto pro-concorrenziale della portabilità è più pronunciato nei mercati dove vigono sistemi comuni nel trattamento dei dati, e più incerto in assenza di standard interoperabili condivisi.

## 1. Introduzione

Il diritto alla portabilità è una delle novità più significative introdotte dal Regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD)<sup>1</sup>. L'idea di fondo è semplice: consentire a ciascun individuo che utilizza servizi online di «portare» i propri dati da un servizio all'altro, in modo da poterli riutilizzare in piena autonomia senza perdere il patrimonio di informazioni creato in precedenza. L'esempio solitamente addotto riguarda l'uso di piattaforme online come i *social network*, i quali raccolgono dai propri utenti una grande quantità di dati personali e informazioni, oltre che materiali come foto, testi e video. Il nuovo diritto alla portabilità permette all'utente di ottenere una copia dei propri dati

<sup>1</sup> Regolamento 2016/679 del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati), art. 20.

e archivarli nel proprio computer, oppure trasmetterli a un'altra piattaforma per essere lì riutilizzati e valorizzati.

La norma introdotta dal legislatore europeo è ampia e si applica a tutti i soggetti che trattano dati personali elettronicamente, a prescindere dal tipo di servizio offerto e dalle dimensioni dell'impresa: dalla grande piattaforma di e-commerce al servizio di *cloud storage*, fino all'applicazione per smartphone sviluppata da una piccola start-up, tutte le imprese che trattano dati personali devono consentire ai propri utenti la portabilità dei loro dati. La principale *raison d'être* della norma è il rafforzamento dei diritti individuali in un ambiente digitale sempre più imperniato sullo sfruttamento commerciale dei dati personali. In tal senso, la norma rafforza il principio che i dati appartengono alla persona anche quando siano in possesso di altri soggetti, e che la persona deve poter decidere in piena autonomia l'uso che viene fatto dei propri dati. Ma, per come è configurata, la norma ha ricadute considerevoli sui rapporti tra persone e imprese, e tra imprese fra di loro, nell'ambiente digitale. Il diritto alla portabilità introduce infatti per la prima volta un meccanismo che regola l'accesso ai dati e il modo in cui i dati sono trasmessi, il quale incide in maniera significativa sul trattamento, scambio e riutilizzo dei dati nei mercati digitali. Si tratta, insomma, oltre che di un diritto individuale, di un vero e proprio strumento di regolazione del mercato che risponde a precisi obiettivi concorrenziali, di apertura del mercato e promozione della concorrenza.

Questo articolo si propone di esaminare il nuovo diritto alla portabilità dei dati sotto il profilo dei suoi effetti regolativi, allo scopo di individuarne le potenzialità e i limiti come strumento concorrenziale. L'articolo è diviso in quattro parti. Nella prima parte si ricostruisce la genesi del diritto alla portabilità come norma a protezione, al contempo, di diritti individuali e collettivi, il suo fondamento giuridico e gli obiettivi di *policy* ad esso connessi, nonché la storia legislativa. La seconda parte affronta il funzionamento del diritto in quanto tale, il suo scopo di applicazione e le limitazioni. La quarta parte discute il complesso bilanciamento con altri diritti confliggenti, quali i diritti di proprietà intellettuale, i segreti industriali e i diritti derivanti dal contratto. La terza parte, infine, si interroga criticamente sugli effetti pro-concorrenziali della portabilità e il suo futuro nel quadro degli interventi legislativi a sostegno del mercato unico digitale.

## 2. Portabilità dei dati nei mercati digitali

La portabilità dei dati è un concetto ampio che trova applicazione in vari contesti nel mercato unico e si riferisce in generale all'assenza di impedimenti tecnici e legali all'uso dei propri dati attraverso strumenti diversi, o in relazione a servizi diversi, o in paesi diversi dell'Unione<sup>2</sup>. Nelle telecomunicazioni, anche

<sup>2</sup> In quest'ultimo senso si veda il Regolamento 2017/1128 del 14 giugno 2017 relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno.

prima dell'avvento dell'economia digitale, legislazioni nazionali hanno imposto la *mobile data portability* (MDP), cioè il trasferimento del numero di telefonia mobile da un operatore a un altro, e tali norme sono state poi armonizzate dalla Direttiva servizio universale del 2002<sup>3</sup>. Nel settore bancario, la Direttiva sui servizi di pagamento PSD2 prevede una forma di portabilità di dati dei conti del cliente presso un istituto bancario a favore dei servizi di pagamento<sup>4</sup>. Nell'ambito della pubblica amministrazione, alcune norme contenute nella Direttiva sulle informazioni del settore pubblico (c.d. Direttiva Psi2) impongono l'adozione di standard che agevolino la portabilità tra sistemi informatici<sup>5</sup>.

L'articolo 20 del RGPD introduce per la prima volta una norma «orizzontale» in relazione al trasferimento dei dati personali. I profili di regolazione del mercato sono diversi. Innanzitutto, si richiede che i dati siano forniti all'interessato «in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico». Ciò impone di fatto l'adozione di standard interoperabili nell'archiviazione dei dati. L'interessato ha poi il diritto di trasmettere i dati ricevuti a un altro titolare del trattamento «senza impedimenti» da parte del titolare iniziale. Ciò favorisce la circolazione dei dati e il loro riutilizzo. Inoltre, la richiesta di portabilità dev'essere esaudita gratuitamente e speditamente, e ciò riduce i costi di *switching* e le barriere all'entrata. Infine, come già ricordato, il regime si applica in maniera orizzontale a tutti i soggetti che trattano dati personali, a prescindere dal settore e dalle dimensioni, e ancor meno dal sussistere di posizioni dominanti. In tal senso, il diritto alla portabilità opera in via preventiva come una regola pro-concorrenziale all'accesso e circolazione dei dati.

## 2.1. Il fondamento giuridico e di *policy*

Gli elementi appena evidenziati sono impliciti nelle ragioni che hanno portato all'adozione di questo strumento nel RGPD. Come accennato, il principale obiettivo del nuovo diritto consiste nel rafforzamento del controllo sui propri dati personali quando siano detenuti da altri, e ciò in base al principio – largamente accettato nella dottrina europea – che la protezione dei dati personali serve interessi che eccedono la tutela della *privacy* e si estendono all'«autodeterminazione informativa»<sup>6</sup>. Il principio si ancora all'articolo 8 della

<sup>3</sup> Direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (modificata dalla Direttiva 2009/136/CE).

<sup>4</sup> Direttiva 2015/2366 del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, artt. 66 e 67.

<sup>5</sup> Direttiva 2013/37/UE del 26 giugno 2013 che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

<sup>6</sup> Per un'analisi dei principi che sottendono la protezione dei dati in Europa si veda O. Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015. In particolare, sull'autodeterminazione informativa si veda anche F. Ferretti, *A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's*

Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che menziona espressamente «il diritto di accedere ai dati raccolti» che riguardano una persona, estendendone la portata. Dotando la persona degli strumenti legali per trasferire i dati personali a proprio piacimento, infatti, il RGPD consolida l'esercizio delle libertà individuali nell'ambiente digitale<sup>7</sup>.

Ma insieme al rafforzamento dei diritti individuali, la portabilità persegue anche espressamente obiettivi concorrenziali. Nella Strategia per il mercato unico digitale in Europa si afferma infatti che un «ostacolo al flusso dei dati attraverso le frontiere e allo sviluppo di servizi nuovi [...] è costituito dalla mancanza di sistemi e servizi aperti e interoperabili e di portabilità dei dati fra servizi»<sup>8</sup>. In che modo, dunque, la portabilità dei dati personali contribuisce a rimuovere tale ostacolo?

La prima e più immediata conseguenza della portabilità è che si agevola il passaggio da un servizio all'altro o *switching*. Il diritto rafforza la facoltà di scegliere tra servizi concorrenti. Riduce i costi di *switching* e rende possibile il *multi-bousing*, ovvero l'impiego simultaneo dei propri dati su servizi diversi. Ad esempio, un utente di Facebook può trasferire i propri contenuti su un'altra piattaforma senza dover «cancellare» il proprio profilo da Facebook. Più che un diritto allo *switching*, la portabilità è infatti un diritto alla «moltiplicazione» dei dati su più servizi, i quali possono riutilizzare i dati in modi diversi. In tal modo, per fare un altro esempio, l'utente di una applicazione che calcola le calorie e la composizione degli alimenti assunti durante i pasti può «portare» i dati raccolti su un'altra applicazione che calcola le calorie consumate durante l'attività sportiva, la quale può fornire ulteriori informazioni combinando i due insiemi di dati. Il diritto alla portabilità abilita dunque il *riutilizzo* dei dati e rimuove un ostacolo allo sviluppo di nuovi servizi e applicazioni.

La conseguenza indiretta consiste nello stimolo alla concorrenza tra servizi. Riducendo i costi di *switching*, la portabilità rende più difficile per gli operatori del mercato digitale «bloccare» gli utenti all'interno del proprio servizio. In questo senso, l'art. 20 si configura come un rimedio concorrenziale a priori: previene a monte l'insorgere di situazioni di *lock-in* dovute a ingiustificati costi di *switching* e riduce le barriere all'entrata.

*Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously*, in «European Review of Private Law», 20, 2, 2016, pp. 473-506.

<sup>7</sup> Non affrontiamo qui la questione se la portabilità implichi l'insorgere di un diritto «proprietario» sui dati personali. Il punto è discusso in I. Graef, M. Husovec, N. Purtova, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series, 22/2017, pp. 6-7. Si può concordare con gli autori che la portabilità, anche in combinazione con il diritto di cancellazione (art. 17 RGPD), non crea un diritto di esclusione *erga omnes* paragonabile a quello dei diritti di proprietà intellettuale.

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(201), 0192 final, § 4.1.

Questi due principali effetti costituiscono la spina dorsale dell'art. 20, e in parte spiegano la sua storia legislativa.

## 2.2. La storia legislativa dell'art. 20

Nelle intenzioni della Commissione, il diritto alla portabilità dei dati risponde all'obiettivo generale di «instaurare un clima di fiducia negli ambienti on line», in particolare fornendo gli utenti di strumenti per esercitare un effettivo controllo sui propri dati personali posseduti da fornitori di servizi online<sup>9</sup>. Il diritto compare per la prima volta nella proposta di Regolamento pubblicata nel gennaio 2012, nella sezione che comprendeva i diritti di rettifica e cancellazione<sup>10</sup>. In questa prima formulazione, il diritto si articolava in tre elementi distinti: (1) il diritto, da parte dell'interessato, di ottenere dal titolare copia dei dati personali «ove [...] siano trattati con mezzi elettronici e in un formato strutturato e di uso comune», in modo tale che l'interessato possa farne «ulteriore uso»; (2) il diritto di trasmettere tali dati «a un altro sistema» «senza impedimenti da parte del responsabile del trattamento» se i dati sono stati forniti per un trattamento basato sul consenso o su un contratto; e infine (3) la possibilità da parte della Commissione di specificare il formato elettronico e le modalità tecniche di trasmissione dei dati personali per dare effetto al diritto nelle sue due componenti («ottenimento» e «trasmissione»). Nelle successive revisioni, la norma è stata in un primo tempo accorpata al diritto di accedere ai propri dati, così da formare un «diritto di accesso e di ottenere dati»<sup>11</sup>, per poi ricomparire come istituto autonomo nella versione finale<sup>12</sup>.

Nel corso delle negoziazioni, l'introduzione di un diritto alla portabilità è stata oggetto di molte critiche e riserve da parte degli Stati Membri, in particolare riguardo al possibile conflitto con i diritti di proprietà intellettuale e segreti commerciali dei *data controllers*. Alcuni contestavano l'inclusione della portabilità nel Regolamento, in quanto materia più affine alla concorrenza e al diritto dei consumatori che non alla protezione dei dati personali. Tuttavia, l'introduzione del nuovo diritto appariva coerente con le dichiarate finalità del Regolamento di rafforzare il controllo degli interessati sui propri dati e garantirne la libera circolazione nel mercato unico. Per temperare i possibili

<sup>9</sup> Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, SEC(2012) 72 final.

<sup>10</sup> Proposta di Regolamento concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati), Bruxelles, 25.1.2012 COM(2012) 11 final, art. 18.

<sup>11</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), Emendamento 113. Il termine «portabilità» veniva espunto dal testo del Regolamento e il relativo diritto diventava un sotto-insieme del «Diritto di accesso e di ottenere dati per l'interessato» (art. 15).

<sup>12</sup> Art. 20 RGPD.

effetti negativi sugli interessi dei terzi, nella versione finale veniva introdotta la clausola per cui l'esercizio della portabilità «non deve ledere i diritti e le libertà altrui»<sup>13</sup>. Infine, la determinazione degli standard da utilizzare per la trasmissione dei dati veniva lasciata all'autoregolamentazione del mercato, e non più decisa a livello centrale dalla Commissione<sup>14</sup>.

Allo scopo di preparare i titolari del trattamento all'applicazione del nuovo diritto alla portabilità, il Gruppo di Lavoro articolo 29 (GL29)<sup>15</sup> ha pubblicato nell'aprile del 2017 le linee guida sull'applicazione dell'articolo 20 del Regolamento<sup>16</sup>. Il diritto è quindi diventato effettivo con l'entrata in vigore del RGPD il 25 maggio 2018.

Qual è dunque il campo di applicazione di questo nuovo istituto? E in che modo si esplica il suo effetto regolativo sui mercati?

### 3. L'applicazione del diritto alla portabilità dei dati

L'applicazione del diritto è definita da tre elementi connessi: in primo luogo, dal tipo di dati su cui si esercita; in secondo luogo, dal modo in cui è disciplinata la sua attuazione; e infine dai limiti imposti al suo esercizio.

#### 3.1. Quali dati sono oggetto di portabilità?

Il diritto alla portabilità si esercita su «dati personali che [...] riguardano» un interessato, e che siano stati «forniti» dallo stesso interessato «a un titolare del trattamento»<sup>17</sup>. La prima condizione esclude i dati che non riguardino una persona fisica, come ad esempio quelli che si riferiscono a un'attività commerciale, un'impresa o un'organizzazione. La seconda esclude i dati che non riguardano la persona che chiede di esercitare il diritto alla portabilità. Rientrano in questa fattispecie non solo i dati riguardanti altre persone, ma anche quelli resi completamente anonimi, cioè non più idonei a identificare una persona fisica<sup>18</sup>.

La seconda condizione è più specifica: essa richiede che i dati personali siano stati *forniti* dall'interessato, ed è a sua volta soggetta a un'ulteriore qua-

<sup>13</sup> Art. 20(4) RGPD.

<sup>14</sup> Nel linguaggio del Considerando 68, l'articolo 20 si limita a «incoraggiare i titolari del trattamento a sviluppare formati interoperabili che consentano la portabilità dei dati».

<sup>15</sup> Il Gruppo di Lavoro articolo 29 è un gruppo consultivo istituito dall'articolo 29 della Direttiva 95/46, composto da rappresentanti delle autorità di protezione dei dati personali di ciascuno Stato Membro. Con l'entrata in vigore del RGPD il 25 maggio 2018, il GL29 è stato sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati.

<sup>16</sup> Gruppo di Lavoro articolo 29, Linee-guida sul diritto alla «portabilità dei dati», adottate il 13 dicembre 2016, versione emendata e adottata il 5 aprile 2017, 16/EN, WP 242 rev.01.

<sup>17</sup> Art. 20(1) RGPD.

<sup>18</sup> I dati anonimizzati sono esclusi in partenza dall'applicazione del RGPD (così come della precedente Direttiva 95/46). La definizione di dato «completamente anonimo», cioè inadatto a identificare una persona, è estremamente problematica soprattutto nell'ambiente dei *big data* (P. Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymisation*, in «UCLA Law Review», 57, 2009). Si veda anche Gruppo di Lavoro articolo 29, Parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione, adottato il 10 aprile 2014.

lificazione, includendo solo quei dati forniti dall'interessato che siano trattati, con mezzi automatizzati, o sulla base del consenso dell'interessato o nell'esecuzione di un contratto sottoscritto dall'interessato<sup>19</sup>.

L'oggetto del diritto alla portabilità è dunque definito da una serie di condizioni cumulative: innanzitutto la *natura* del dato su cui si esercita il diritto («personale» e «riguardante» la persona che esercita il diritto), unitamente alla sua *provenienza* (deve essere «fornito» da tale persona); quindi il *fondamento legale* del trattamento («consenso o contratto») e infine il *modo di trattamento* del dato («automatizzato»). Tali condizioni definiscono il campo d'azione del diritto alla portabilità e devono essere qui esaminate in qualche dettaglio<sup>20</sup>.

### *i) Dati personali forniti dall'interessato*

La definizione di dato personale contenuta nel RGPD riprende quella data dalla Direttiva 95/46 e comprende qualsiasi informazione riguardante una persona fisica che sia identificata o identificabile, direttamente o indirettamente, tenuto conto dei mezzi di cui ci si può ragionevolmente avvalere per tale identificazione<sup>21</sup>. Come ricordato, dati completamente anonimi sono esclusi dall'applicazione del Regolamento e dunque anche dallo scopo del diritto alla portabilità. Ma la crescente disponibilità di strumenti di *data analytics* che permettono l'identificazione di persone fisiche anche a partire da dati anonimi o non personali<sup>22</sup> ha indotto un'interpretazione sempre più espansiva del concetto di «dato personale», anche supportata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte europea di giustizia<sup>23</sup>. Dati biometrici, valori dei beni immobili, indirizzi IP dinamici, informazioni meteorologiche, velocità di un veicolo, sono solo alcuni esempi di dati che possono rientrare nella definizione di «dato personale». Come affermato dalla Corte europea di giustizia nel caso *Nowak*, l'uso dell'espressione «qualsiasi informazione» sottende la volontà del legislatore di attribuire un'accezione estesa alla nozione di dato personale, tale da comprendere «potenzialmente ogni tipo di informazioni, tanto oggettive quanto soggettive, sotto forma di pareri o di valutazioni, a condizione che esse siano "concernenti" la persona interessata»<sup>24</sup>. Nel caso al vaglio della corte, il candidato a un esame professionale chiedeva di accedere alle correzioni e ai commenti

<sup>19</sup> Art. 20(1)(a) e 20(1)(b) RGPD.

<sup>20</sup> Tralasciamo la quarta condizione (trattamento effettuato con mezzi automatizzati), che è soddisfatta per definizione nell'ambito dei mercati digitali oggetto di questo articolo.

<sup>21</sup> Art. 2(a) Direttiva 95/46, e art. 4(1) e Cons. 26 RGPD.

<sup>22</sup> P. Ohm, *Broken Promises*, cit., p. 170.

<sup>23</sup> Per una rassegna si veda N. Purtova, *The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law*, in «Law, Innovation and Technology», 10, 1, 2018, pp. 40-81.

<sup>24</sup> Causa C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner* (2017), § 34.

dell'esaminatore sui propri elaborati in ragione del fatto che tali correzioni e commenti costituiscono «dati personali» su cui il richiedente poteva esercitare il diritto di accesso<sup>25</sup>. Nell'accogliere tale interpretazione, la Corte affermava il principio secondo cui un'informazione è da ritenersi un dato personale qualora sia connessa a una determinata persona «in ragione del suo contenuto, della sua finalità o del suo effetto»<sup>26</sup>.

Se, dunque, un'informazione può riguardare una determinata persona anche solo in virtù del suo *effetto* (a prescindere cioè dal suo contenuto), è chiaro che una gran parte delle informazioni generate dall'uso di servizi online e piattaforme digitali rientrano nell'applicazione del RGPD e di conseguenza del diritto alla portabilità. In particolare, e per analogia con il caso *Nowak*, l'utente di piattaforme di intermediazione commerciale come eBay o Airbnb può «portare» con sé valutazioni, recensioni e commenti *di altre persone* che lo riguardano. Anche punteggi assegnati da altri utenti e non resi pubblici dalla piattaforma possono rientrare tra i dati personali portabili, nella misura in cui «incidano» sulla persona – ad esempio determinandone il *ranking* nei relativi risultati di ricerca.

Tale interpretazione ampia trova però una limitazione nel fatto che il diritto si esercita unicamente sui dati che l'interessato «fornisce» al titolare del trattamento. È, questa, una condizione specifica del diritto alla portabilità, che non trova riscontro negli altri istituti affini come i diritti d'accesso, rettifica e cancellazione<sup>27</sup>. In base all'interpretazione proposta nelle linee guida del GL29, con «dati forniti» si deve intendere non soltanto i dati coscientemente e *attivamente* forniti *dall'*interessato, come ad esempio il nome, indirizzo e altri dettagli personali solitamente acclusi nel modulo di iscrizione, ma anche, entro una certa misura, i dati *passivamente* forniti, ovvero quelli che il titolare del trattamento «osserva» *sull'*interessato nel corso della fruizione del servizio. Ciò comprende, ad esempio, i dati trasmessi dallo smartphone, o da tecnologie indossabili come *activity tracker* o da altri dispositivi dell'«internet degli oggetti», quali dati sulla geo-localizzazione, la frequenza cardiaca, la velocità e combinazioni tra di essi. Sarebbero invece esclusi quei dati che il titolare del trattamento «deriva» o «inferisce» mediante analisi dei dati, come profili dell'utente, punteggi e previsioni circa il suo «comportamento». Tali dati sarebbero infatti da considerarsi «creati» dal titolare del trattamento, e non «forniti» dall'interessato, e perciò esclusi dalla portabilità.

<sup>25</sup> Art. 12 Direttiva 95/46 (ora art. 15 RGPD).

<sup>26</sup> *Ibidem*, § 35. I tre criteri riprendono l'interpretazione raccomandata dal Gruppo di Lavoro articolo 29, Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, 20 giugno 2007.

<sup>27</sup> Ad esempio, il diritto alla cancellazione (o «diritto all'oblio») si applica a qualunque dato in possesso del titolare del trattamento, a prescindere dalla sua provenienza (art. 17 RGPD). Sulle differenze tra questi diritti e il loro impatto sul riutilizzo dei dati si rimanda a B. Custers, H. Uršič, *Big Data and Data Reuse: A Taxonomy of Data Reuse for Balancing Big Data Benefits and Personal Data Protection*, in «International Data Privacy Law», 6, 1, 2016, p. 4.

La distinzione tra dati osservati *sull'*interessato e dati creati dal titolare del trattamento è cruciale per definire l'ambito di applicazione del diritto alla portabilità, ma è anche una delle più difficili da operare e richiede un esame caso per caso. Il criterio proposto dal Gt.29 si richiama a una classificazione operata dall'OCSE nel summit del 2014 sulla *privacy* nella *data-driven economy* e poi ripresa dal World Economic Forum. In quel contesto, si distingueva tra dati «derivati», ossia creati in modo meccanico per individuare *pattern* e tassonomie, e dati «inferiti» mediante processi analitici probabilistici. I *data set* di chi opera sui mercati digitali contengono, tipicamente, un'ampia tipologia di dati tra questi due estremi: da un lato, informazioni consapevolmente fornite dall'interessato e, dall'altro, dati creati dal gestore del servizio mediante *data analytics*. I dati che si trovano verso quest'ultimo lato dello spettro sarebbero esclusi dalla portabilità. Su di essi, l'interessato può esercitare un più limitato diritto di informazione e opposizione qualora tale trattamento sia finalizzato a processi decisionali automatizzati che lo riguardino, inclusa la profilazione<sup>28</sup>. Non avrebbe però il diritto di «ottenere» tali dati dall'operatore.

*ii) Dati trattati sulla base del consenso o contratto*

In secondo luogo, il diritto alla portabilità si applica unicamente sui dati personali trattati sulla base del consenso dell'interessato<sup>29</sup> o per le necessità derivanti dall'adempimento di un contratto<sup>30</sup>. Sono dunque esclusi i dati trattati sulla base di altri fondamenti legali, in particolare il legittimo interesse del titolare<sup>31</sup>. L'articolo 20(3) esclude poi espressamente la portabilità quando il trattamento è «necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento»<sup>32</sup>. La *ratio* di questa esclusione è probabilmente quella di impedire l'uso del diritto alla portabilità per ottenere di fatto un accesso indiscriminato a documenti di autorità pubbliche, su cui peraltro gravano precisi obblighi di messa a disposizione del pubblico disciplinati dalla già ricordata Direttiva Psi<sup>33</sup>.

Più significativa appare l'esclusione dei dati trattati senza consenso, ma sulla base del legittimo interesse del titolare. Tale base legale è di primaria importanza nell'ambiente dei *big data*, dove è impossibile ottenere il con-

<sup>28</sup> Artt. 21 e 22 RGPD (diritto a non essere sottoposto a profilazione).

<sup>29</sup> Art. 6(1)(a) e, per certe categorie di dati, art. 9(2) RGPD.

<sup>30</sup> Art. 6(1)(b) RGPD.

<sup>31</sup> Art. 6(1)(f) RGPD.

<sup>32</sup> RGPD, art. 20(3) e Cons. 68.

<sup>33</sup> Direttiva 2013/37/UE del 26 giugno 2013 che modifica la Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. La Direttiva impone agli enti pubblici di mettere a disposizione i propri documenti «ove possibile e opportuno, in formati aperti leggibili meccanicamente e insieme ai rispettivi metadati» (art. 5), ad esclusione però di «documenti il cui accesso è escluso o limitato [...] per motivi di protezione dei dati personali» (art. 1(1)(c *quater*)).

senso degli interessati per tutte le forme di trattamento a cui i dati sono sottoposti<sup>34</sup>. La portata di questo principio è dunque fondamentale per definire il campo di applicazione del diritto alla portabilità e il suo impatto sui mercati digitali. Alcune forme di trattamento che sono state considerate lecite su questa base includono il trattamento di dati per proteggere il proprio sito web da attacchi informatici<sup>35</sup>, oppure il trattamento di dati personali messi a disposizione su internet per rendere un'informazione accessibile ad altri utenti mediante motore di ricerca – fatto salvo il diritto dell'interessato alla rimozione del dato dai risultati della ricerca<sup>36</sup>. Il legittimo interesse non si applica solo a dati personali pubblicamente accessibili, anche se il fatto che i dati trattati senza consenso siano contenuti in fonti pubbliche ha rilevanza nel bilanciamento dei diritti richiesto dall'art. 6(1)(f) RGPD e dal suo equivalente nella precedente normativa<sup>37</sup>.

L'esclusione dei dati trattati su basi legali diverse dal consenso e il contratto pone un'ulteriore, importante, restrizione in riferimento ai dati «osservati», dal momento che una porzione importante di essi è trattata senza il consenso dell'interessato. Ad esempio, sono esclusi dalla portabilità i dati che un motore di ricerca o una piattaforma possiede su numero e provenienza delle ricerche effettuate sull'interessato, o di accessi al suo profilo, e così via.

### 3.2. In che modo si esercita la portabilità?

L'articolo 20 impone condizioni specifiche quanto al *modo* in cui l'interessato deve ricevere i dati dal titolare del trattamento. Queste condizioni rappresentano l'aspetto più peculiare del diritto alla portabilità e ne definiscono il contenuto, anche rispetto agli istituti affini ricordati in precedenza. Tre sono le componenti da considerare: l'interessato ha innanzitutto il diritto di ricevere i dati in un formato interoperabile, che ne consenta cioè il riutilizzo in altri sistemi; ha quindi il diritto di trasmetterli a un altro titolare «senza impedimenti»; e infine ha il diritto di ottenere la trasmissione diretta da un titolare all'altro «se tecnicamente fattibile». Nel loro insieme, questi tre requisiti creano di fatto un obbligo, in capo al titolare del trattamento, di utilizzare formati che consentano il riutilizzo di tali dati da parte di altri operatori.

Il titolare del trattamento deve fornire all'interessato una copia dei dati «in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da un dispositivo automatico». Il Considerando 68 riprende il testo dell'articolo e chiarisce che tale formato deve essere «interoperabile». Il concetto di portabilità dei dati si salda qui con quello di *interoperabilità*, ossia la possibilità di trasferire dati e infor-

<sup>34</sup> Per un esame critico si veda F. Ferretti, *Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado about Nothing or the Winter of Rights?*, in «Common Market Law Review», 51, 3, 2014, p. 843.

<sup>35</sup> Causa C-582/14, *Breyer c. Germania*.

<sup>36</sup> Causa C-131/12, *Google Spain c. Costeja*.

<sup>37</sup> Causa C-468/10, *ASNEF c. Aministracion del Estado*.

mazioni in generale da un sistema, un'applicazione o un dispositivo a un altro, e di utilizzarli su ciascuno di essi<sup>38</sup>. Sebbene il concetto non sia nuovo nell'agenda europea sulla regolazione dei mercati digitali, per la prima volta viene introdotto un obbligo di adozione di formati interoperabili nella gestione dei dati. La citata Direttiva Psi2 dispone che gli enti pubblici mettano a disposizione i propri documenti «in formati aperti leggibili», ma solo «ove possibile e opportuno» e «nella misura del possibile» (art. 5(1)). Il requisito del RGPD è invece molto più stringente, e non lascia discrezione ai titolari del trattamento.

Come ricordato, il precedente testo della proposta di Regolamento attribuiva alla Commissione il compito di specificare il formato elettronico in cui trasferire i dati da un sistema all'altro<sup>39</sup>. Nella formulazione finale il legislatore ha però demandato tale compito all'autoregolamentazione, includendo nel Considerando 68 un generico richiamo all'opportunità di «incoraggiare i titolari del trattamento a sviluppare formati interoperabili che consentano la portabilità dei dati»<sup>40</sup>. Tale richiamo è poi temperato dallo stesso Considerando, il quale più avanti chiarisce che il diritto dell'interessato di ricevere e trasmettere i propri dati «non dovrebbe comportare l'obbligo per i titolari del trattamento di adottare o mantenere sistemi di trattamento tecnicamente compatibili»<sup>41</sup>. Questo significa che la portabilità non dovrebbe incidere sul sistema di trattamento, ma solo sul modo in cui i dati sono trasferiti. In altre parole, la portabilità richiede che i dati siano *trasferibili* in un formato interoperabile, non che siano *trattati* con sistemi compatibili.

La seconda condizione imposta dall'art. 20 è che l'interessato deve poter esercitare il diritto a trasferire i propri dati a un altro titolare «senza impedimenti» da parte del titolare iniziale. L'obbligo dell'utilizzo di formati interoperabili è funzionale al trasferimento ad altri soggetti, ma il diritto alla portabilità richiede inoltre che sia rimosso qualsiasi altro impedimento a tale trasferimento. In particolare, non devono sussistere impedimenti finanziari (come il pagamento di un prezzo) né legali<sup>42</sup>. Quest'ultimo punto è di grande rilevanza, in quanto implica la nullità di contratti che limitino la portabilità, sia direttamente che indirettamente. Ad esempio, i servizi di *cloud computing* impongono spesso clausole contrattuali che limitano la libertà di portare i propri

<sup>38</sup> Si veda J. Palfrey, U. Gasser, *Interop. The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, New York, Basic Books, 2012, p. 5. A livello europeo, il termine è definito nella Decisione 922/2009/EC come segue (art. 2(1)): «La capacità di organizzazioni diverse e disparate di interagire in vista di obiettivi comuni concordati e reciprocamente vantaggiosi, ricorrendo alla condivisione di conoscenze e informazioni tra le organizzazioni, per mezzo dei processi aziendali che su di esse si basano, tramite lo scambio di dati fra i rispettivi sistemi Tlc».

<sup>39</sup> Proposta, art. 18.

<sup>40</sup> Cons. 68.

<sup>41</sup> *Ibidem*. Come sottolinea il Gl.29 «la portabilità intende produrre sistemi interoperabili, non sistemi compatibili» (p. 19).

<sup>42</sup> Gl.29.

contenuti a un altro operatore (c.d. contratti di *data hostage*)<sup>43</sup>. Tali clausole sono da considerarsi nulle dopo l'entrata in vigore del RGPD.

Nonostante la portabilità sia un diritto esercitabile unicamente dall'interessato, cioè da una persona fisica, rientra nell'esercizio di tale diritto il trasferimento *diretto* a un altro titolare «se tecnicamente fattibile»<sup>44</sup>. Ciò impone un limite all'esercizio del diritto, nel senso che il titolare può respingere una richiesta di trasferimento diretto dove non sussistano le condizioni tecniche necessarie<sup>45</sup>.

### 3.3. I limiti all'esercizio del diritto

La portabilità non è subordinata a un particolare scopo o finalità del riutilizzo dei dati. Tuttavia, è soggetta alla condizione che «non deve ledere i diritti e le libertà altrui»<sup>46</sup>. Come chiarito nel Considerando 68, la limitazione riguarda innanzitutto gli altri individui i cui dati siano eventualmente condivisi con colui che esercita il diritto alla portabilità, o perché gli stessi dati riguardano più persone, o perché dati di più persone sono presenti nel *data set* del titolare<sup>47</sup>. In questo caso, il riutilizzo è soggetto alle limitazioni derivanti dalle norme generali sulla liceità del trattamento; in particolare, il trattamento dei dati da parte del «nuovo» titolare non potrà avere una finalità diversa da quella per cui l'altra persona aveva espresso il consenso iniziale al «vecchio» titolare (a meno, naturalmente, che venga richiesto un nuovo consenso, o che venga individuata una diversa base legale del trattamento)<sup>48</sup>. Inoltre, il trasferimento dei dati non deve pregiudicare altri diritti previsti dal RGPD, come ad esempio il diritto di accesso, rettifica e cancellazione. In questo senso, il titolare del trattamento può opporsi a una richiesta di trasferimento diretto a un altro titolare non soltanto quando non sia «tecnicamente fattibile», ma anche quando tale trasferimento possa compromettere diritti e libertà di altri interessati. Si può anzi affermare che, in questo caso, il titolare abbia un preciso dovere di opporsi al trasferimento.

Dunque, nell'esercizio del diritto alla portabilità i «diritti e libertà altrui» consistono innanzitutto in diritti di altre persone sui dati personali oggetto di

<sup>43</sup> R.H. Carpenter, *Walking from Cloud to Cloud: The Portability Issue in Cloud Computing*, in «Washington Journal of Law, Technology & Arts», 6, 1, 2010, pp. 1-14.

<sup>44</sup> Art. 20(2) RGPD.

<sup>45</sup> La European Telecommunications Networks Operators' Association (ETNO) ha sostenuto che, in assenza di formati interoperabili condivisi nel settore, l'obbligo di trasferimento diretto deve considerarsi inapplicabile (ETNO Data Portability Memo, disponibile all'indirizzo <https://etno.eu/home/positions-papers/2017/367>). Per una discussione su questo punto si rimanda a I. Graef, M. Husovec, N. Purtova, *Data Portability and Data Control*, cit., pp. 19-20.

<sup>46</sup> Art. 20(4) RGPD.

<sup>47</sup> «Qualora un certo insieme di dati personali riguardi più di un interessato, il diritto di ricevere i dati personali non dovrebbe pregiudicare i diritti e le libertà degli altri interessati», Cons. 68 RGPD.

<sup>48</sup> La base legale più comune per il trattamento senza consenso è il legittimo interesse del titolare (art. 6(1)(f) RGPD).

portabilità. Ma, come sottolineato dal Gl.29, la limitazione deve intendersi applicabile anche a eventuali diritti di proprietà intellettuale, siano essi detenuti da altre persone o dallo stesso titolare del trattamento<sup>49</sup>. Sebbene tali diritti non siano direttamente rilevanti per la portabilità, e per questa ragione non siano menzionati nel Considerando 68 relativo all'art. 20, devono tuttavia essere intesi come compresi nella definizione di «diritti e libertà altrui». In effetti, l'articolo 15 sul diritto di accesso contiene una disposizione identica a quella dell'art. 20(4), e cioè che «il diritto [...] non deve ledere i diritti e le libertà altrui»<sup>50</sup>. E il relativo Considerando 63 chiarisce che tali diritti comprendono «il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software» – specificando però che «tali considerazioni non dovrebbero condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni». È dunque a partire dall'analogia con il diritto d'accesso che il Gl.29 include la proprietà intellettuale tra i diritti che non devono essere lesi dalla portabilità, e sempre in base a questa analogia conclude che la sussistenza di tali diritti in capo al titolare non deve costituire un ostacolo alla portabilità. Su questa base, esso individua un'unica situazione in cui il diritto alla portabilità può essere limitato dalla sussistenza di diritti di proprietà intellettuale, e cioè quando l'interessato *abusi* dell'informazione ottenuta per violare una proprietà intellettuale o commettere pratiche commerciali sleali. Ad esempio, un utente potrebbe sottoporre i dati ottenuti a decompilazione o *reverse engineering* per accedere ai sottostanti segreti industriali nella gestione dei dati. In generale, però, la mera sussistenza di segreti industriali o diritti di proprietà intellettuale non sarebbe una ragione sufficiente per opporsi a una richiesta di portabilità.

L'argomento del Gl.29 presenta però qualche difetto. Se l'analogia con il diritto d'accesso è senz'altro giustificata in più di un riguardo, non altrettanto sembra la conclusione quanto al bilanciamento tra i diritti in questione. Nel caso del diritto d'accesso, l'interessato ha il diritto di *ottenere* una copia dei propri dati e una serie di informazioni riguardo il loro trattamento. Il mero «ottenimento» dei dati configura di per sé un uso privato, il quale è generalmente esente da responsabilità nei regimi di proprietà intellettuale<sup>51</sup>. Con il diritto

<sup>49</sup> «Pur se non direttamente connesso alla portabilità, si può ritenere che ciò comprenda anche «il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software» (Linee-guida sul diritto alla «portabilità dei dati», cit., p. 13).

<sup>50</sup> Art. 15(4) RGPD.

<sup>51</sup> Si veda ad esempio la Direttiva 2001/29 sul diritto d'autore nella società dell'informazione, art. 5(2)(b) (riproduzioni per uso privato), la Direttiva 96/9 sulle banche di dati, art. 9 (estrazione da banca dati non elettronica per uso privato), la Direttiva 2009/24 sulla tutela dei programmi per elaboratore, art. 5(2) (copia di riserva di software). Si veda in generale S. Karapapa, *Private Copying*, London, Routledge, 2011. Nel caso del segreto commerciale, invece, l'«acquisizione», anche a titolo personale, è sufficiente a configurare una violazione, ma a condizione che sia l'effetto di una «condotta illecita» (mentre non è sanzionabile l'acquisizione in buona fede): si veda

alla portabilità, invece, l'interessato ha anche il diritto di *trasmettere* tale copia dei dati ad altri titolari. Ciò ha conseguenze ben diverse sugli eventuali diritti di proprietà intellettuale sussistenti sul *data set*. Se il bilanciamento dei diritti in favore dell'interessato appare giustificato nel caso del diritto d'accesso, non altrettanto si può concludere nel caso del diritto alla portabilità, il quale può incidere in modo considerevole sui diritti di proprietà intellettuale del titolare<sup>52</sup>. Non sembra dunque corretto assumere che, *come regola generale*, la sussistenza di diritti di proprietà intellettuale o segreti industriali non possa costituire un impedimento alla portabilità<sup>53</sup>. In particolare, tale impedimento potrebbe essere fatto valere anche in assenza di comportamenti abusivi da parte dell'interessato.

#### 4. Bilanciamento dei diritti e funzionamento del mercato dei dati

Il bilanciamento tra diritto alla portabilità e diritti di proprietà intellettuale richiede qualche approfondimento, anche in ragione del fatto che entrambi derivano da diritti fondamentali di pari rango riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>54</sup>. In questa sede, la questione è rilevante nella misura in cui sottende un possibile conflitto tra due obiettivi di regolamentazione per il funzionamento del mercato digitale europeo: da un lato l'incentivo all'innovazione e, dall'altro, lo stimolo alla concorrenza tra servizi. I diritti di proprietà intellettuale sono tipicamente caratterizzati come *incentivi* alla creazione e all'innovazione, mentre la portabilità, come si è visto, persegue almeno indirettamente l'obiettivo di una maggiore apertura concorrenziale dei mercati. Il conflitto tra questi due obiettivi può compromettere l'effetto regolatore della portabilità. Esaminiamo qui tre scenari in cui tale conflitto si può materializzare.

##### 4.1. Conflitto con diritti posseduti dal titolare del trattamento su banche dati

I dati grezzi (*raw data*) in quanto tali non sono di per sé proteggibili da diritti di proprietà intellettuale, ma la loro raccolta sistematica e metodica in una «banca di dati» può essere oggetto di diritto d'autore o di diritto *sui generis*<sup>55</sup>. Quest'ultimo sorge automaticamente in capo al costituente di una banca dati

la Direttiva 2016/943 sulla protezione del *know how* riservato e delle informazioni commerciali riservate, art. 4(2).

<sup>52</sup> Non è forse un caso che il legislatore abbia evitato tale bilanciamento, restando silente nel secondo caso.

<sup>53</sup> Dello stesso avviso Graef, Husovec e Purtova: «we contend that WP29 underestimates the extent of potential conflict between the right to data portability and the IP rights» (*Data Portability and Data Control*, cit., p. 11).

<sup>54</sup> Art. 8 («Protezione dei dati di carattere personale») e art. 17(2) («La proprietà intellettuale è protetta»).

<sup>55</sup> Direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

che abbia effettuato un «investimento rilevante» nell'ottenimento, verifica e/o presentazione del contenuto di tale banca dati<sup>56</sup>. Ogni operatore del mercato digitale che abbia investito risorse nella raccolta ed elaborazione di dati personali può dunque vantare un diritto esclusivo sulla risultante banca dati. In che misura può questo diritto impedire la portabilità dei dati? Il diritto *sui generis* conferisce la facoltà di «vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto» della banca dati, o anche di parti «non sostanziali» qualora siano estratte in modo «ripetuto e sistematico» arrecando pregiudizio ai legittimi interessi del costituente<sup>57</sup>. Il trasferimento di dati personali «portati» da un singolo interessato non costituisce di per sé una violazione del diritto *sui generis*, dal momento che non viene estratta una «parte sostanziale» della banca dati né si causa un pregiudizio agli interessi economici del costituente<sup>58</sup>. E tuttavia, un operatore destinatario di ripetuti trasferimenti di dati da parte di utenti diversi potrebbe senz'altro arrecare un pregiudizio, in particolare qualora inducesse attivamente e sistematicamente gli utenti a esercitare la portabilità. Ad esempio, un nuovo entrante nel mercato delle applicazioni per l'*hotel booking* potrebbe reimpiegare sistematicamente i dati portati dagli utenti da un'altra applicazione, comprensivi di recensioni e prezzi praticati dagli hotel, per sviluppare un servizio concorrente. Se è vero che questo è precisamente il tipo di effetto che ci si attende dalla portabilità, è però altrettanto vero che esso apre un conflitto con il diritto *sui generis* sulla banca dati iniziale e i legittimi interessi che il suo costituente può far valere. Data la natura automatica del diritto *sui generis* e l'ampiezza del suo campo di applicazione, è facile ipotizzare una grande varietà di situazioni in cui tale diritto può costituire un ostacolo alla portabilità dei dati.

#### 4.2. Portabilità e divulgazione di segreti commerciali

I dati che formano l'oggetto del diritto alla portabilità possono contenere informazioni protette come *know how* riservato o segreti commerciali, in particolare se si tratti di dati «osservati» sull'interessato mediante strumenti o sistemi particolari di *data analytics*. Si pensi ad esempio ai programmi di fidelizzazione dei grandi distributori commerciali: i dati osservati sugli utenti

<sup>56</sup> Art. 7(1). La *ratio* del diritto *sui generis* è precisamente la tutela dell'«investimento» effettuato (come espresso dal Considerando 12: «tale investimento nei moderni sistemi di memorizzazione e gestione delle informazioni non sarà effettuato all'interno della Comunità a meno che non venga introdotta una tutela giuridica stabile ed uniforme per tutelare i costitutori di banche di dati»). Sulla fondatezza di questa *ratio*, che non ha analogie in altri diritti di proprietà intellettuale, si veda P. Hugenholz, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in S. Frankel, D. Gervais (a cura di), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2016, p. 205.

<sup>57</sup> Art. 7(1) e 7(5).

<sup>58</sup> Sulla definizione di «parte sostanziale» si è espressa la Corte europea nella Causa C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd c. William Hill Organization Ltd*, § 73.

membri del programma contengono informazioni commercialmente preziose sulle abitudini e i c.d. *behavioural patterns* dei consumatori, che vengono poi elaborate da algoritmi per determinare offerte, prezzi individualizzati e *behavioural advertising*. Il funzionamento di tali algoritmi è spesso un *know how* segreto sul quale il distributore può far valere certi diritti, ora riconosciuti anche a livello europeo<sup>59</sup>. In particolare, la *Trade Secrets Directive* proibisce l'«acquisizione, utilizzo e divulgazione *illicite*» di informazioni segrete<sup>60</sup>, definite tali se non siano «generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione»<sup>61</sup>. Non sono considerate illecite, tra le altre, le acquisizioni del segreto commerciale mediante scoperta indipendente o «osservazione» di un oggetto lecitamente in possesso del soggetto che acquisisce l'informazione<sup>62</sup>.

Il diritto alla portabilità ha un effetto indiretto non trascurabile sulla protezione dei segreti commerciali, e ciò in due rispetti: da un lato, obbligando il titolare del trattamento a divulgare i dati su richiesta dell'interessato, estende l'ambito delle informazioni «facilmente accessibili» e perciò non più proteggibili come segrete; dall'altro, per la stessa ragione, riduce la sfera di applicazione dei diritti su tali informazioni, dal momento che moltiplica le possibilità di acquisizione lecita mediante osservazione indipendente dei dati.

#### 4.3. Diritti ceduti in licenza al titolare del trattamento

Il titolare del trattamento può infine essere il licenziatario di diritti sui dati che sono oggetto di portabilità, in particolare quando i dati comprendano materiale protetto dal diritto d'autore, come ad esempio recensioni, foto o altro contenuto creativo fornito dall'utente. È fuori discussione che tale contenuto può essere simultaneamente oggetto del diritto alla portabilità e del diritto d'autore, in particolare se il contenuto sia un'opera «originale» che al contempo «riguarda» la persona fisica che l'ha fornita alla piattaforma che è anche titolare del trattamento<sup>63</sup>. Se, da un lato, il titolare non può reclamare un diritto esclusivo sui dati personali trattati sulla base del consenso, egli può tuttavia chiedere una licenza esclusiva sull'uso del materiale di cui l'utente sia l'autore. A differenza del diritto sui dati personali, il diritto d'autore è un vero e proprio

<sup>59</sup> Direttiva 2016/943 sulla protezione del *know how* riservato e delle informazioni commerciali riservate.

<sup>60</sup> Art. 1(1).

<sup>61</sup> Art. 2(1)(a).

<sup>62</sup> Art. 3(1)(a) e (b).

<sup>63</sup> Mentre il diritto d'autore riguarda la forma espressiva dell'opera e non il suo contenuto, la legge sulla protezione dei dati personali considera l'opera dal punto di vista dell'*informazione* che essa trasmette. Il semplice fatto che un'opera rechi con sé l'attribuzione a un autore (ovvero: che vi compaia il nome dell'autore o un riferimento alla sua identità) è già sufficiente per considerarla un «dato personale». Ma l'opera può costituire un dato personale anche in virtù del suo contenuto espressivo, ad esempio perché vi si esprime un'opinione o comunque un tratto della personalità del suo autore.

diritto di proprietà che può essere negoziato secondo tutte le forme lecite del contratto, e ogni operatore del mercato digitale può legittimamente chiedere, quale condizione di utilizzo del servizio, una licenza esclusiva sull'uso delle opere create dall'utente nel corso dell'uso del servizio. Dove sussista una tale licenza, sorge naturalmente un conflitto con il diritto alla portabilità, dal momento che il successivo titolare del trattamento non può riutilizzare i dati in questione senza l'autorizzazione del licenziatario.

L'effetto del diritto d'autore sulla portabilità è in realtà limitato dal fatto che le piattaforme di *user generated content* tendono a non chiedere ai propri utenti licenze esclusive sui contenuti. La ragione è che tali piattaforme beneficiano del *safe harbour* previsto dalla Direttiva sul commercio elettronico, che le esenta da responsabilità sulle informazioni caricate dai propri utenti nella misura in cui agiscono come servizi di *hosting* neutrali<sup>64</sup>. L'acquisizione di diritti esclusivi su tali informazioni causerebbe la perdita dell'immunità garantita dalla Direttiva, e per tale ragione si tende a privilegiare la formula della licenza non esclusiva sui contenuti caricati dagli utenti<sup>65</sup>. Tuttavia, come più volte ricordato, la portabilità dei dati personali si applica in maniera orizzontale a tutti i titolari del trattamento, e non solo alle c.d. piattaforme. Si possono quindi presentare numerosi casi in cui il titolare del trattamento detiene diritti esclusivi sui contenuti «forniti» dall'interessato, e tali diritti sarebbero inevitabilmente lesi dalla richiesta di esercitare la portabilità. A meno di separare la componente di dati su cui vigono diritti esclusivi dal resto dei dati forniti dall'interessato, la portabilità incontra qui un ostacolo potenzialmente insuperabile<sup>66</sup>.

## 5. Gli effetti della portabilità sul mercato

Il diritto alla portabilità impone obblighi specifici ai soggetti che operano sui mercati digitali, e come tale ha una portata che va al di là dei diritti individuali. È un diritto che agisce sulla struttura del mercato e ne condiziona le dinamiche concorrenziali. In particolare, ci sono due effetti auspicati connessi tra di loro che devono essere considerati in chiave regolativa: da un lato, dal

<sup>64</sup> Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, art. 14 («Hosting»).

<sup>65</sup> Uno studio empirico condotto qualche anno fa mostrava come la formula della *worldwide nonexclusive licence* fosse di gran lunga quella più utilizzata dai servizi online che permettono l'*upload* di contenuti. Si osservava però una minoranza significativa di servizi (circa il 14% del campione considerato) che richiedeva una licenza esclusiva sui contenuti, in particolare nel settore della distribuzione musicale. Si veda M. Borghi, M. Maggiolino, M.L. Montagnani, M. Nuccio, *Determinants in the Online Distribution of Digital Content: An Exploratory Analysis*, in «European Journal for Law and Technology», 3, 2, 2012, 1, p. 23.

<sup>66</sup> Distinguere, all'interno di un *data set*, la componente proteggibile da diritti di proprietà intellettuale, non è sempre possibile in pratica. Sul punto si veda N. Duch-Brown, B. Martens, F. Mueller-Langer, *The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data*, Digital Economy Working Paper, 2016-10, Jrc Technical Reports.

punto di vista del consumatore, la riduzione dei costi di *switching*; dall'altro, dal punto di vista dell'impresa, la riduzione delle barriere all'entrata.

### 5.1. Portabilità e riduzione dei costi di *switching*

I costi di *switching*, ovvero gli impedimenti che il consumatore incontra quando intende passare da un fornitore di servizi a un altro (*switch*), rappresentano un fattore decisivo per il funzionamento di un mercato concorrenziale. Quando i costi di *switching* eccedono i benefici che il consumatore può ricavare dal passaggio a un altro fornitore, si ha un fenomeno di *lock-in*, in cui i consumatori sono «bloccati» all'interno di un servizio anche in presenza di servizi alternativi vantaggiosi. Più i costi di *switching* aumentano, più i consumatori sono bloccati, più difficile è per un operatore entrare nel mercato con un servizio concorrente<sup>67</sup>. Come già ricordato, il diritto alla portabilità ha, tra le altre cose, il dichiarato obiettivo di ridurre i costi di *switching* e contrastare fenomeni di *lock-in* nel mercato digitale.

Una caratteristica importante dei costi di *switching* nei mercati digitali è che tali costi tendono ad aumentare con gli effetti di network: maggiori sono gli utenti che utilizzano il servizio, tanto più difficile diventa per uno di essi passare a un servizio alternativo. Ad esempio, un utente di Facebook che volesse lasciare la piattaforma e «migrare» su un altro servizio dovrebbe sopportare i costi di ricostruire il patrimonio di «amici» accumulato, a meno che non decidano anch'essi di migrare sulla nuova piattaforma. Il diritto alla portabilità non incide direttamente su questo importante elemento dei costi di *switching*, ma può prevenire comportamenti anti-concorrenziali che si fondano sugli effetti di network. Un'impresa può infatti intraprendere azioni che impediscono ai propri utenti di ricreare il proprio network al di fuori del servizio, o che rendono tale ri-creazione onerosa. Uno dei modi è quello di limitare la portabilità, ad esempio mediante l'uso di formati non interoperabili nella gestione dei dati.

La questione è stata esaminata sotto il profilo del diritto della concorrenza nel caso della fusione tra Facebook e il servizio di messaggistica istantanea WhatsApp. In questo caso, la Commissione ha concluso che non c'era evidenza che la mancanza di portabilità dei dati (contatti e messaggi) potesse costituire un significativo impedimento, per i consumatori, a passare a un altro servizio di messaggistica, e ciò per tre ragioni: la comunicazione via *app* tende a consistere in conversazioni brevi che hanno valore solo nell'immediato; in ogni caso, i messaggi precedenti rimangono accessibili all'utente anche quando questi passa a un altro servizio; infine, la lista dei contatti può di fatto

<sup>67</sup> Per un'analisi in riferimento alla portabilità e ai *big data* si rimanda a G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in «Mercato Concorrenza Regole», 3, 2016, p. 425, pp. 455-456.

essere «portata» su un altro servizio, in quanto è conservata sullo smartphone dell'utente e può facilmente essere resa accessibile a un altro operatore<sup>68</sup>.

Quest'ultimo punto è particolarmente importante, perché riguarda un'altra caratteristica tipica dei costi di *switching* nei mercati digitali, e cioè la rilevanza del *data set* controllato dal fornitore del servizio. Quanto più numerose sono le informazioni che l'utente accumula nella banca dati del fornitore, e quanto maggiore il loro valore per l'utente, tanto più alto è il costo del passaggio a un altro servizio. Un utente che ha «caricato» una grande quantità di contenuti sulla sua pagina Facebook avrà maggiori difficoltà a passare a un'altra piattaforma rispetto a un utente che ha usato il servizio solo sporadicamente. Il diritto alla portabilità incide su questo elemento dei costi di *switching* in due modi: da un lato, impone l'adozione di formati interoperabili che consentano il riutilizzo dei dati accumulati in un *data set*; dall'altro, sancisce il principio che tali dati «appartengono» all'utente e può quindi trasferirli in ogni momento senza perdere i vantaggi dell'uso del servizio. Così come la lista dei contatti sul mio smartphone è «mia», allo stesso modo sono «miei» i dati accumulati su un servizio online – sia esso una piattaforma, una *app*, o un servizio di *cloud storage*.

Rispetto a questi dati, la portabilità riduce l'autonomia contrattuale del titolare del trattamento, ad esempio rendendo nulle le clausole di *data hostage*. In linea di principio, il diritto alla portabilità abbatte i costi «legali» di *switching*, ossia i costi dovuti a condizioni contrattuali imposte dal titolare del trattamento<sup>69</sup>.

L'effetto complessivo della portabilità sulla riduzione dei costi di *switching* è difficile da valutare e richiederà un esame caso per caso. È appena il caso di ricordare che la portabilità è solo uno degli elementi che incidono su tali costi, e che altri fattori richiedono attenzione nei mercati digitali. In particolare, è stato osservato che in alcuni mercati digitali «maturi», come quello dei motori di ricerca, gli utenti tendono a percepire i costi di *switching* come più alti di quello che sono in realtà<sup>70</sup>. Dove tale fenomeno si verifici, il diritto alla portabilità può avere un effetto molto limitato nell'immediato. Tuttavia, nel lungo periodo, esso può incidere sulle abitudini dei consumatori e contribuire a cambiare tale percezione, nella misura in cui rafforza il senso di autonomia nella gestione dei propri dati.

<sup>68</sup> *Facebook/WhatsApp* (Case Comp/M.7217), Commission Decision C(2014) 7239 final, § 113. Per un esame approfondito del contesto si veda G. Colangelo, M.T. Maggiolino, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the US*, TLF Working Papers, n. 31, 2018 e, per un profilo teorico, A. Giannaccari, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2, 2017, p. 307.

<sup>69</sup> Ciò, naturalmente, limitatamente ai dati oggetto del diritto e tenuto conto delle limitazioni discusse in precedenza. Tra queste, come abbiamo visto, spiccano le limitazioni dovute alla sussistenza di diritti di proprietà intellettuale.

<sup>70</sup> M. Stucke, A. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 183-185.

## 5.2. Interoperabilità e barriere all'entrata

La riduzione dei costi di *switching* dovrebbe avere un effetto su un elemento fondamentale del mercato concorrenziale, e cioè le barriere all'ingresso. Riducendo i costi di *switching* e prevenendo situazioni di *lock-in*, la portabilità rende meno difficile per i nuovi entranti attirare utenti e conseguire le dimensioni di scala necessarie per sostenere il confronto con gli altri operatori. Inoltre, fatte salve le limitazioni discusse in precedenza, rende possibile accedere al patrimonio di dati accumulati da altri operatori che sono sul mercato da più tempo. Come si è visto, la portabilità si concretizza, dal punto di vista dei titolari del trattamento, con l'imposizione di standard interoperabili nel trasferimento dei dati. Come avviene con ogni altro requisito introdotto dal RGPD, anche il diritto alla portabilità impone maggiori costi alle imprese che trattano dati personali. Ciò significa che i nuovi entranti devono sostenere dei costi aggiuntivi per assicurare che le proprie procedure siano compatibili con il RGPD in generale, e con l'art. 20 in particolare<sup>71</sup>. Devono, come si è visto in precedenza, adottare una *interoperability by design*.

L'effetto netto di questi due opposti fattori – accesso facilitato ai dati *vs.* maggiori costi di *compliance* – dipende dalla struttura del mercato in questione ed è difficile da stimare a priori. In linea di principio, si può attendere un effetto «positivo» nei mercati in cui l'adozione di standard interoperabili è meno costosa, ad esempio perché tecnicamente più semplice o perché, per ragioni strutturali, costituisce già una norma condivisa. Viceversa, nei mercati dove tali standard non siano comunemente adottati o addirittura non siano disponibili, l'effetto netto potrebbe essere «negativo»: il costo dell'adozione di sistemi interoperabili potrebbe superare il vantaggio di un accesso più facilitato ai dati<sup>72</sup>.

Inoltre, il vantaggio procurato da un accesso agevolato ai dati accumulati dagli altri operatori dipende in modo particolare dal valore relativo dei dati in questione, e da quanto commercialmente rilevante sia il loro riutilizzo. Come si è visto, nel caso *Facebook/WhatsApp* uno dei fattori che ha permesso di concludere che l'assenza di portabilità non costituiva una barriera all'entrata era proprio lo scarso *long-term value* dei dati in oggetto, ovvero le «chat» pregresse<sup>73</sup>. La portabilità di dati di scarso valore non incide sulla riduzione delle

<sup>71</sup> T. Körber, *Is Knowledge (Market) Power? On the Relationship between Data Protection, «Data Power» and Competition Law*, 23, 2018, p. 48.

<sup>72</sup> È stato fatto notare, ad esempio, che nel settore delle telecomunicazioni non esistono formati interoperabili per la trasmissione dei dati (ETNO Data Portability Memo, cit.). Su difficoltà e rischi dell'adozione di pratiche interoperabili si veda in generale J. Palfrey, U. Gasser, *Interop*, cit.

<sup>73</sup> § 113. Si può tuttavia obiettare che il *long-term value* per i consumatori non è lo stesso che per un'impresa di dati, la quale può estrarre informazioni e valore commerciale dall'elaborazione di grandi quantità di dati.

barriere all'ingresso, a meno che il nuovo entrante non scopra un modo innovativo di estrarre valore da quei dati. In tal senso, il valore dei dati dipende da un lato dalla loro qualità (accuratezza, tempestività, ecc.), ma dall'altro, in modo forse ancora più rilevante, dall'«idea di business e la tecnologia impiegata» per estrarre valore da essi<sup>74</sup>.

In linea di principio si può affermare che la portabilità può ridurre le barriere all'entrata nei mercati in cui i dati conservano valore dopo il loro utilizzo da parte del *first comer* e in cui sono disponibili standard interoperabili a basso costo. Nelle altre situazioni, l'effetto pro-concorrenziale è più incerto o addirittura negativo.

### 5.3. Una regola concorrenziale «per se»? La portabilità come obiettivo del mercato interno digitale

Il diritto alla portabilità introdotto dal RGPD configura, seppure indirettamente, una regola concorrenziale a priori che si applica indistintamente a tutti coloro che trattano dati personali, a prescindere dal sussistere di posizioni dominanti o pratiche anti-concorrenziali di esclusione quali il rifiuto di fornire risorse essenziali, il diniego di accesso o il *tying*. Per questa ragione, la norma introdotta dal legislatore europeo ha attirato qualche critica, soprattutto da parte della dottrina antitrust statunitense, generalmente avversa all'adozione di c.d. *per se rules*<sup>75</sup>. L'obiezione contro l'«obbligo di portabilità» è la stessa che viene abitualmente mossa contro le norme che impongono l'interoperabilità o altre forme di «apertura», e cioè che riduce gli incentivi all'innovazione<sup>76</sup>. Ciò che si contesta non sono i benefici dell'interoperabilità, ma i benefici di norme che rendano l'interoperabilità *obbligatoria*. Le imprese nei mercati digitali hanno spesso bisogno di esercitare un controllo esclusivo sui dati forniti dai propri consumatori per sviluppare servizi innovativi. Inoltre, molti servizi richiedono una certa dimensione di scala, che può essere acquisita e mantenuta solo «trattenendo» i propri utenti all'interno del proprio servizio. Si pensi, ad esempio, alle *app* di navigazione nel traffico, il cui funzionamento si basa sui dati forniti in tempo reale da un numero consistente di utenti e sul confronto con i dati pregressi accumulati nel proprio database. Molti servizi innovativi come questi, basati su *crowd-collected data*, potrebbero non vedere la luce senza l'incentivo rappresentato dal controllo esclusivo dei dati. In questi casi,

<sup>74</sup> G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, cit., p. 430.

<sup>75</sup> Si veda in particolare P. Swire, Y. Lagos, *Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique*, in «Maryland Law Review», 72, 2, 2013. L'analisi di Swire e Lagos si basa sul testo della proposta di Regolamento e non sul testo finale del RGPD. Sui limiti delle regole «per se» nei mercati digitali si veda anche A. Fatur, *Eu Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries: Economic versus Legal Concepts in Pursuit of (Consumer) Welfare*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

<sup>76</sup> Per una discussione critica si rimanda a M. Stucke, A. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, cit., p. 332.

un certo livello di costi di *switching* può incoraggiare l'investimento in nuove tecnologie, e il consumatore non sarebbe danneggiato, ma anzi beneficerebbe del *lock-in*, se fosse il necessario prezzo da pagare per fruire di un servizio innovativo<sup>77</sup>.

L'argomento merita considerazione, anche perché, come si è visto, gli effetti pro-concorrenziali del diritto alla portabilità dipendono da molteplici fattori e non sono affatto univoci. Va però considerato che le stesse obiezioni rivolte alla portabilità possono essere fatte valere, *mutatis mutandis*, contro i diritti proprietari sui dati. L'affermazione secondo cui un maggiore potere di controllo sui dati incentiva l'innovazione è altrettanto (se non più) problematica della fiducia pregiudiziale negli effetti pro-competitivi di portabilità e interoperabilità<sup>78</sup>. In ultima analisi, la questione riguarda soprattutto la *qualità* dell'innovazione che il regolatore intende promuovere. In questo senso, se è vero che la portabilità e il connesso obbligo di interoperabilità possono rappresentare un dis-incentivo a investire in innovazione proprietaria, possono tuttavia orientare i mercati verso l'innovazione «aperta».

In che misura questo possa avvenire, dipende in larga misura da come il diritto alla portabilità si integrerà con le altre norme che regolano i mercati digitali. La portabilità dei dati personali è infatti il primo tassello di un quadro normativo in evoluzione. La proposta di Direttiva sui contenuti digitali, attualmente al vaglio del Parlamento europeo, introduce l'obbligo per i «fornitori di contenuti digitali» di mettere a disposizione del consumatore che recede dal contratto «gli strumenti tecnici per recuperare tutti i contenuti forniti dal consumatore e gli eventuali altri dati prodotti o generati a seguito dell'utilizzo del contenuto digitale da parte del consumatore, nella misura in cui i dati siano stati conservati dal fornitore». La norma specifica inoltre che «il consumatore ha diritto di recuperare il contenuto gratuitamente e senza particolari disagi, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune»<sup>79</sup>. La norma si distingue dall'art. 20 del RGPD in quanto entra in vigore solo nel momento della risoluzione del contratto, ma ne estende significativamente la portata in quanto si applica a *tutti i contenuti* forniti dal consumatore (e non solo, quindi, ai dati personali), nonché ai dati *prodotti o generati dal fornitore* intorno all'utilizzo dei

<sup>77</sup> P. Swire, Y. Lagos, *Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare*, cit., p. 340. Tralasciamo altre critiche meno convincenti avanzate da Swire e Lagos, come quella secondo cui la portabilità aumenta i costi di *compliance* per i nuovi entranti (ma lo stesso si può dire di tutte le norme introdotte dal RGPD) e aumenta i rischi per la sicurezza dei dati (ma, come dimostrato dal recente scandalo di Facebook e Cambridge Analytica, i dati personali non sono affatto «più al sicuro» se restano nelle mani di un singolo soggetto).

<sup>78</sup> Per un comprensivo quadro di insieme della questione si rimanda a J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – between Propertisation and Access*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 16-13, 2013.

<sup>79</sup> Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, Bruxelles, 9.12.2015 COM(2015) 634 final, art. 13(2)(c). Per una discussione di questa norma si veda I. Graef, M. Husovec, N. Purtova, *Data Portability and Data Control*, cit., pp. 22-24.

contenuti digitali da parte del consumatore, nella misura in cui siano conservati dal fornitore. Quest'ultima categoria di dati può senz'altro includere una porzione di quei dati «derivati o inferiti» che, come si è visto in precedenza, sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 20 RGPD<sup>80</sup>.

Quale concetto emergente del diritto europeo, la portabilità dei dati si va configurando come uno dei pilastri del mercato unico digitale europeo. Il compito dei regolatori sarà quello di fare in modo che il risultante regime di portabilità e interoperabilità non sia un fine in se stesso, ma costituisca un coerente strumento al servizio dell'innovazione aperta.

---

**ABSTRACT:** Data Portability and Regulation of Digital Markets (J.E.L.: K20, K21)

The EU General Data Protection Regulation has introduced a new «right to data portability». While the provision has the main purpose of strengthening individual rights, it constitutes at the same time a legal instrument that could facilitate competition in the digital markets. As a consequence of the broad construal of the concept of «personal data» in EU law, the right to data portability applies as a matter of fact to a wide range of datasets, thereby overlapping with a number of conflicting rights and interests that subsists in those datasets. This raises the issue of how to balance conflicting interests and to secure efficacy to data portability as a market regulatory instrument. The article shows that such efficacy largely depends on the structure of the relevant market. It argues that the pro-competitive effect of data portability is more pronounced in markets that adopt interoperable standards. By contrast, the effect is largely uncertain in absence of commonly shared standards of data processing.

**Keywords:** Data Protection; Interoperability; Digital Economy.

<sup>80</sup> La prima lettura del Consiglio dell'UE sembra però aver limitato l'ambito dei dati rientranti nell'art. 13(2)(c). La formulazione proposta dal Consiglio è la seguente: «il fornitore mette a disposizione del consumatore eventuali contenuti digitali [...] purché non si tratti di dati personali, caricati o creati dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto o del servizio digitale fornito» (Consiglio dell'EU, proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (prima lettura) – Orientamento generale 9901/17 del 1° giugno 2017, p. 32). Si veda I. Graef, M. Husovec, N. Purtova, *Data Portability and Data Control*, cit., p. 23.

