

112° Nexa Lunch Seminar | 27 Marzo 2024

«Pay or ok: You cannot be serious»

Marco Giraudò, Università di Torino

Indice

«Il pay or ok» è l'ultimo tentativo di salvataggio giuridico di un'industria tanto redditizia quanto giuridicamente instabile, portatrice di gravi esternalità negative dal punto di vista costituzionale ed ambientale. Come siamo arrivati a questo punto?

- Innovazione giuridica ed economica in contesti incerti
 - Futuri giuridici in competizione nella pubblicità personalizzata (capitalismo della sorveglianza)
 - Divergenze tra percezioni e valore fondamentale delle scommesse: bolle giuridiche
- L'industria della pubblicità personalizzata è stata edificata su innovazioni giuridiche respinte dalla Corte di Giustizia: caso Meta e IAB
 - Pubblicità personalizzata e GDPR: cenni
 - Scommesse su base giuridica e «modello economico» META
 - Scommesse Transparency and Consent Framework e responsabilità ecosistema IAB
- Lascia o raddoppia «pay or consent»
 - Validità del consenso ai sensi del GDPR
 - Ragioni costituzionali a tutela di un consenso «forte»: diritti individuali e dinamiche collettive
 - Il dono dello spirito maligno

O pago, o mi escludi o mi sorvegli. Non puoi essere serio.

Innovazione giuridica ed economica in contesti incerti

Lungo la frontiera dell'innovazione tecnologica, le regole giuridiche sono instabili

- Innovazioni giuridiche in competizione dalle «qualità incerte»
- agenti economici devono pianificare *oggi* investimenti e attività che verranno interpretate *domani* alla luce di conoscenze, implicazioni giuridiche e consenso giuridico futuri

Ogni scommessa giuridica è complementare ad un modello economico, con il risultato che un fallimento nel “mercato delle regole” può determinare l'insuccesso economico di un prodotto o servizio.

- Valore economico «codificato» nelle innovazioni giuridiche (Pistor, 2019) è instabile
- il successo economico sul lungo periodo dipende anche dall'esito delle “scommesse giuridiche”
- I modelli economici innovativi si rivelano redditizi se capaci di ottenere il sostegno dei tribunali nel tempo, in particolare, per quanto riguarda il Mercato UE, della Corte di Giustizia

Futuri giuridici in competizione nella pubblicità personalizzata (capitalismo della sorveglianza)

Scommesse e *dei futuri giuridici* in competizione per la **pubblicità personalizzata**

- Basi giuridiche valide (ex ante)
- Limiti teleologici e «costituzionali» compatibilità con ordine liberale e democratico (ex post)
- Effetti intertemporali dell'interpretazioni rese dalle Corte di Giustizia

Il modello di co-regolamentazione esacerba l'instabilità giuridica in tali mercati di frontiera,

- poiché è soggetto a dinamiche di azzardo morale, favorite da un'eccessiva fiducia nella buona fede degli attori privati e nelle priorità di "enforcement" delle "autorità specializzate" degli Stati membri
- "strategie di stallo" e le "catture del regolatore», «cattura culturale» della dottrina
- Particolare grado di instabilità quanto le innovazioni giuridiche sono strumentali a **«scommesse di mercificazione" di diritti fondamentali**

Divergenze tra percezioni e valore fondamentale delle scommesse

Dinamiche di hype giuridica possono distorcere le “percezioni giuridiche” espresse dal mercato portandole a divergere rispetto a quanto avviene nei tribunali e nelle corti:

- Modifica della struttura *attesa* dei titoli giuridici applicabili alle nuove attività si trasforma in una scommessa giuridica fallita
- Erosione sistemica di redditività e sostenibilità di alcuni modelli economici innovativi
- Scommesse fallite, mercati complementari e strutture dei costi *emergenti*
 - Scommesse di mercificazione e «scomparsa dei mercati immaginati»
 - Scommesse di mercificazione e «insostenibilità economica» della struttura dei costi emergenti
 - Possibili «bolle giuridiche» di fronte a noi

Giraud, Marco and Fosch-Villaronga, Eduard and Malgieri, Gianclaudio, *Competing Legal Futures* (June 1, 2023). forthcoming in *German Law Journal* (2024), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4499785>

Publicità personalizzata e GDPR: cenni

La **pubblicità personalizzata** utilizza inferenze relative alle preferenze personali ed interessi degli utenti al fine di portare alla loro attenzione inserzioni corrispondenti.

- I **dati personali** ed il loro trattamento sono una delle **risorse essenziali** per tale il modello economico

Il GDPR (2018) è il regolamento generale sulla protezione dei dati personali che stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. Art. 4 (4) GDPR definisce espressamente l'attività di profilazione

- Il mercato di frontiera che *può* esistere.
- Per la liceità del trattamento, devono sussistere alcune tassative condizioni

Divieto trattamento salvo «base giuridica» prevista art 6 GDPR

Il GDPR introduce un divieto generale di trattamento di dati personali, salvo il sussistere di alcune condizioni previste dall'articolo 6 GDPR (condizioni di liceità del trattamento)

- consenso dell'interessato 6.1 (a)
- Necessarietà esecuzione contratto 6.1 (b)
- legittimo interesse 6.1 (f)

La normativa intende essere tecnologicamente neutra e pertanto assegna agli **operatori economici la libertà e la responsabilità** di adottare soluzioni giuridiche di volta in volta adeguate al contesto, purché conformi a quanto previsto dal regolamento.

E' onere del titolare del trattamento/della profilazione **acquisire una base giuridica valida** per il trattamento ai sensi del GDPR (art. 7) interpretato alla luce del diritto dell'UE.

- La libertà di inventare nuovi mercati della pubblicità personalizzata reca con se il rischio ed i costi di un eventuale fallimento delle scommesse

Instabilità delle fondamenta giuridiche dell'industria: due casi

A partire dall'entrata in vigore del 25 maggio 2018 l'industria si è dotata di soluzioni giuridiche innovative al fine di soddisfare i requisiti previsti dalla nuova normativa.

In particolare alcuni leader di mercato hanno adottato *innovazioni giuridiche* strumentali all'*abilitazione* del proprio modello economico

- A) **Meta** attraverso il ricorso ad una iniziale «**ambiguità strategica**» ha utilizzato una soluzione fondata sulla base giuridica 6.1 (b) «contratto», poi «legittimo interesse 6.1 (f), infine 6.1 (a)»
- B) **IAB Europe** si dota di una sofisticata innovazione giuridica **Transparency & Consent Framework (TCF)**, che gli inserzionisti utilizzano per raccogliere le preferenze degli utenti. **Google, Amazon, Microsoft, TikTok**, molte altre società attive tracking-based online advertising hanno adottato il TCF system.

Esempi di anomalie gius-economiche sistemiche al cuore del Capitalismo della sorveglianza

A) Facebook/Meta 2018-2023

Con l'entrata in vigore il GDPR (maggio 2018), META sviluppa ed utilizza un'innovazione giuridica diretta a procurarsi la base giuridica per il trattamento dei cc.dd. dati "Off Facebook":

- La richiesta del trattamento avveniva in forma di alternativa secca tra accettare le condizioni contrattuali o lasciare la piattaforma, senza possibilità di negoziare *take it or leave it*
- La base giuridica il contratto ex art. 6, par. 1, lett. b), del Regolamento.
- Tesi e aspettative di META riposava su un'interpretazione estensiva della «necessarietà» del trattamento al servizio (Facebook) così come descritto nelle condizioni contrattuali
- Viene presentato reclamo davanti alla DPA austriaca (2018) che si rivolge alla DPC irlandese (autorità capofila) l'invalidità del consenso così espresso:
 - Il DPC inizialmente nega che sussistano questioni circa la validità delle basi giuridiche (2021)
 - Nell'ambito della procedura di cooperazione tra autorità di controllo ed interessate vengono sollevati rilievi che portano alla adozione di una serie di decisioni vincolanti da parte dell'EDPB circa il dovere e le modalità di verifica della (in)validità della base giuridica presentata da META (2022)

A) Facebook/Meta 2018-2023

- Nel 2022 lo EDPB assume una serie di decisioni vincolanti nei confronti del DPC irlandese stabilendo:
 - La base giuridica prevista all'Articolo 6(1)(b) GDPR è invalida ed implica la violazione del principio di minimizzazione dei dati (Para 236).
 - Impone criteri vincolanti per la determinazione di sanzioni più efficace e deterrente, proporzionato tale da non rendere le multe *“an acceptable cost of doing business”* (Para 391).
- Meta aggiorna le proprie condizioni contrattuali passando alla base giuridica del legittimo interesse 6.1.(f)

A) In -C252/21 *Bundeskartellamt* due passi avanti ed uno di lato

Nel frattempo, anche il Bundeskartellamt viene coinvolto nella valutazione di compatibilità con GDPR della soluzione “take it or leave it”.

- Decisione (2019) assunta nell’ambito di un accertamento di abuso di posizione dominante da parte di META, ai sensi dell’art. 102 TFUE, vietava a Meta di subordinare l’uso del social network Facebook, tramite condizioni generali di contratto, al trattamento dei dati Off Facebook e di procedere, senza il consenso degli utenti, al trattamento di tali dati» (D’Ippolito, 2023)

La corte di giustizia In -C252/21 *Bundeskartellamt* (4 luglio 2023):

- «Contratto» 6, 1 (b) e Legittimo interesse 6.1.(f) non utilizzabili

EDPB Urgent Binding Decision on processing of personal data for behavioural advertising by Meta (1. nov 2023) (impugnata davanti al Tribunale dell’UE)

- Impone la cessazione del trattamento dei dati personali ai fini della pubblicità personalizzata sulla base del “contratto” e legittimo interesse in tutta la (EEA)

B) IAB Europe Utilizza un Sistema noto come Transparency & Consent Framework (TCF),

- “The IAB Europe Transparency and Consent Framework (TCF) is the only GDPR consent solution **built by the industry for the industry, creating a true industry-standard approach**”.
 - The TCF’s simple objective is to help all parties in the digital advertising chain **ensure that they comply with the EU’s GDPR and ePrivacy Directive** when processing personal data or accessing and/or storing information on a user’s device, such as cookies, advertising identifiers, device identifiers and other tracking technologies.”
 - <https://iabeurope.eu/transparency-consent-framework/> (accessed 29/03/2022)
 - Il Data Protection Authority del Belgio 2022 dichiara invalido in molti punti il TCF ai sensi GDPR
 - IAB impugna davanti al Tribunale Commerciale di Bruxelles che invia alla corte di Giustizia ex 267 TFUE

B) Corte di Giustizia, marzo 2024

IAB Europe & TCF case (C-604/22)

- La Corte di giustizia conferma una decisione del DPA Belga del 2022:
 - **TC String** contiene informazioni relative a un utente identificabile e **costituisce** pertanto un **dato personale ai sensi del GDPR**.
 - Quando le informazioni contenute in una TC String sono associate a un identificatore, quale, tra l'altro, l'indirizzo IP del dispositivo dell'utente, tali informazioni possono consentire di creare un profilo di tale utente e di identificarlo.
- IAB Europe deve essere considerato un **"contitolare del trattamento"** ai sensi del GDPR
 - tale associazione sembra **esercitare un'influenza sulle operazioni di trattamento dei dati quando le preferenze di consenso** degli utenti sono registrate in una stringa TC e determinare, congiuntamente ai suoi membri, sia le finalità di tali operazioni sia i mezzi che le sottendono.
 - IAB Europe non può **essere considerato un responsabile del trattamento, ai sensi del GDPR**, per quanto riguarda le operazioni di trattamento dei dati che si verificano dopo che le preferenze di consenso degli utenti sono state registrate in una stringa TC, a meno che non si possa dimostrare che tale associazione ha esercitato **un'influenza sulla determinazione delle finalità e dei mezzi di tali operazioni successive**
- La corte non è «giudice del fatto» e rinvia all corte di merito ogni accertamento ai tali fini

Anomalie giuseconomiche sistemiche nel capitalismo della sorveglianza

Da un'indagine che ha coinvolto più di **mille Responsabili della Protezione Dati**:

- Grave divergenza tra consenso giuridico emergente dalle decisioni della Corte di Giustizia e prassi degli operatori economici sistemica
- Il 74.4% ritiene vi siano gravi violazioni in materia di trattamento dati nella propria impresa
- Il 56% riferisce di difficoltà nel persuadere la dirigenza ad implementare modifiche
- Gli strumenti di soft-law sono sorprendentemente considerati poco influenti
- eg. Solo il 15.7% trova che le linee guida dell'EDPB guidelines siano "somehow influential" e solo il 7.3% le trova "very influential". (noyb 2024)
- **Una bolla giuridica?**
 - Divergenza profonda tra percezioni giuridiche e decisioni assunte dalle Corti e DPAs
 - Struttura dei costi in subbuglio, basi giuridiche incerte e mercato precario

Lascia o raddoppia con il «pay or consent»

La grande scommessa sul salvataggio «troppo grande per fallire»:

- consenso e validazione retroattiva del modello economico
- «Lasciare il danno dove cade» (sui cittadini)
- diritti dei cittadini come variabile di aggiustamento delle esternalità costituzionali del capitalismo della sorveglianza (Padova, *Revue des Affaires Européennes*, 1/2023)

In *-C252/21 Bundeskartellamt*, the ECJ also mentions in para. 150 that in the event of refusal of consent, users must be offered "[...] *an equivalent alternative [...], if necessary for an appropriate fee*".

A gennaio 2024, META sottopone ai propri utenti una proposta "take it or leave it" relativa alla scelta tra:

- **consenso al trattamento dei dati personali**, anche ai fini della pubblicità personalizzata,
- Sottoscrizione **abbonamento mensile di una somma pari a € 251.88 all'anno** (tutti i servizi META)

Cosa si intende per «appropriate fee»?

- Assuming an **affordable fee**?
 - “If only the average installed apps were charged a similar fee, this would result in a "data protection fee" of €8,815.80 per year. This does not include fees for websites or offline consent. Even with an average EU gross income of € 34,750., this would result in a "data protection tax" of 25.3% per working person. For a family with two children, this would amount to € 35,263.20 per year just to keep the family's mobile phones free from data processing for personalised advertising.
- **Loss of profits?**
 - Past profit cannot be the benchmark as it might be overinflated by unlawful collection of personal data. You cannot compensate loss of *profit from an illicit processing*.
- **Varieties of socio economic conditions** in the EU EEA:
 - context, it should also be noted that the respondent has now introduced a standardised fee for the EEA (and Switzerland). However, the income situation in the various Member States is very different. The monthly gross average income in Bulgaria (€ 1,059) is about 17% of that in Denmark (€ 6,093), that in Greece (€ 1,381) (noyb 2024)

Validità del consenso in generale GDPR: stringenti condizioni

A partire dai Case C-61/19 Orange Romania e Planet49- C-673/17.

Onere della prova a carico del titolare del trattamento art. 7.1 GDPR

- Alcuni requisiti del consenso attivo:
 - Informed, ‘Overall, ‘the data subject must be able to determine easily the consequences of any consent’[...] ‘data subject enjoys genuine freedom of choice’ e consapevole della ‘the possibility of concluding the contract even if he or she refuses to consent to the processing’ (para 41). its own, prove ... consent, **in the absence of any indications confirming that that clause was actually read and digested**’ (para 46).
- “One may wonder how often data controllers can succeed in obtaining a valid declaration of consent”. (Esposito, de Almeida 2021)
- Nel caso particolare: **rappporto tra posizione di dominanza e validità del consenso** (
 - vedi C252/21 Bundeskartellamt e Aspetti critici antitrust e abuso posizione dominante (Recente avvio indagine violazione art. 5.2 DMA nei confronti dei big tech, inclusi META per il «Pay or Ok» (25 marzo 2024)

Divieto espresso di condizionare l'accesso ad un servizio al trattamento dei dati personali non necessario

- **Article 7(4) GDPR:**

- Nel valutare se il **consenso** sia stato liberamente prestato, si tiene nella **massima considerazione l'eventualità**, tra le altre, che l'**esecuzione** di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia **condizionata alla prestazione del consenso** al trattamento di dati personali **non necessario all'esecuzione** di tale contratto
- Assenza di opportunità di esprimere un consenso più specifico rispetto a ciascun trattamento (quali dati, per quanto tempo, per quali finalità?)
 - la volontà riguarda l'accesso al servizio non necessariamente di acconsentire al trattamento

Alla ricerca del consenso *valido* allo stato di sorveglianza continuativo (noyb and BEUC)

Inalienabilità dei diritti fondamentali: questione fondamentale e pre-contrattuale

Il fatto di collegare il consenso ai sensi dell'arti 6(1)(a) GDPR al pagamento di una somma così elevata, realizza il risultato concreto di rinunciare ad un diritto fondamentale dando luogo ad un rapporto di subiezione. Nel quale il soggetto interessato non è in grado di esercitare una scelta autonoma riguardo ai singoli trattamenti e a valutarne le conseguenze.

L'interessato assume una condition di costante esposizione a potenziali interferenze incontrollate da parte di agenti esterni (situazione di Dominio à la Pettit).

- La rinuncia al controllo su chi può interferire in una sfera privata a favore di una delega pressochè in bianco
- Contestualità e limitazione nel tempo del consenso come requisito di efficacia e validità del consenso (Jolls, 2014)

Ragioni costituzionali a tutela di un consenso «forte»: diritti individuali e dinamiche collettive

Tutela dei diritti individuali fondamentali nell'ambito dei modelli di co-regolazione. Problema di effettività ed incentivi

- La piattaforma è un repeat player e può giocare per le regole, anche a costo di perdere alcuni utenti. Coerenza strategia in infiniti turni
- L'utente individuale gioca per l'accesso al *proprio bene su cui ha investito e lo ha co-creato* «outcome» (può rigettare la regola con esito incerto)
- Questo squilibrio di incentivi e agenzia negoziale crea problemi di azione collettiva:
 - solamente di fronte ad un numero significativo di utenti organizzati le piattaforme hanno interesse a negoziare le regole
 - Soltanto di fronte alla prospettiva di una azione collettiva è ragionevole provare a negoziare da parte degli utenti

Ineffettività libertà individuali disincentive a farsene promotori e difensori

Libertà di ciascuno al prezzo di chi la valuta di meno (dittatura della maggioranza)

In contesti di incertezza riguardo alle azioni altrui è irragionevole pensare che un individuo scelga di sostenere un costo privato certo, per un beneficio anche in parte collettivo (Olson 1988)

- Il «prezzo» della libertà/privacy viene stabilito dalla maggioranza passiva a discapito dei diritti individuali
- Sottostima costi futuri e amplificazione benefici attuali nel «privacy calculus» (Jolls 2014)

Esternalità negative per chi non adotta la nuova tecnologia (calabresi 1985):

- La presenza di esternalità negativa per chi non intende adottare la soluzione si traduce in una scarsa varietà di servizi e prodotti in quanto mancano di economie di scala
- Il rischio di vedere la propria privacy violata in un contesto in cui la maggioranza aderisce alla sorveglianza rimane alto. Incidenti da circolazione.

Il dono dello spirito maligno nel mercato delle regole

Il dono dello spirito maligno, e la responsabilità dei *rule makers* in materia di tutela del consenso “forte”:

- “denying the fact that the legal system is accepting to sacrifice individuals’ liberties and safety in exchange of a “gift, but we are putting the blame for the “victims” on those who “misbehave”,
- as if good behavior could avoid all accidents without unacceptable costs, we are not only hiding from ourselves that we accepted the gift, but are indulging in ugly scapegoating as well!” (Calabresi, 1985).

Alto livello di protezione indipendentemente dal modello di innovazione giuridica:

- «*where interferences with fundamental rights are at issue, the extent of the EU legislature’s discretion may prove to be limited*”(ECJ Digital rights Ireland at 47)
- Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be. Failure to meet the “**principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of** general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others” Art 52.1 CFREU
- Interesse generale?

Teleologie contrapposte e ruolo del diritto

- Il diritto come strumento di disruption e cambiamento vs strumento di protezione
 - Zuckerberg «move fast and break things» «we changed the social norms»; IAB, legal standard *for the industry by the industry*
 - A lacuna in legal protection due to a restrictive interpretation of GDPR provision is inadmissible (Case C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957 Shufa). See Interview to **Judge Lenaets (marzo 2024)**: «Just as the law serves the people, *digital technologies must serve the people*” [...] “another important area in which *privacy must be protected* is [...] *against big tech*” (March 2024)

Sostenibilità costituzionale del «prodotto» modello economico:

- Shufa, Digital Ireland «individual freedom from the sense of constant surveillance»; sulla compatibilità PP con principio minim dati vedi Case C-446/21 (expected April 2024)
- Libertà di espressione e “manipolazione del discorso pubblico”
- Costo delle esternalità costituzionali negative ed integrità istituzioni democratiche

O pago, o mi escludi o mi sorvegli. Non puoi essere serio.

Il tempo di una Lehman Brothers nell'esuberante mercato delle regole?

Grazie.

Contatti: Marco.giraud@unito.it

Fallacia naturalistica e Accesso a beni coprodotti

Fallacia naturalistica/privacy paradox:

- Dissociazione tra volontà ed azione: Il 99% degli utenti ha dato il “consenso” al trattamento via “Pay or ok”
- Libertà e consenso non sono solamente elementi cognitivi, dipendono da incentivi e opportunità di decider nel merito del trattamento

Accesso condizionato ad un bene *proprio: proprietà vs possesso*

- Profile social è un bene co-prodotto. Il cui valore dipende dal capitale sociale che l'utente ha costruito ed investito.
- La piattaforma ha co-generato valore attraverso il trattamento illecito di dati personali dell'utente
- L'accesso ad un bene digitale (profilo facebook) co-costruito nel corso di due decenni sulla base di promesse di gratuità e protezione della privacy, non può essere condizionate alla compressione di un diritto fondamentale
- **Obbligazioni propter rem:** ci sono alternative. «Contextual advertising: Much less experimented with, yet much less hazardous»

Reazioni pubbliche, reclami ed indagini

- Lettera a EDPB (16 febbraio 2024) decine ONG e Think Thanks
 - https://noyb.eu/sites/default/files/2024-02/Pay-or-okay_edpb-letter_v2.pdf
- Lettera di 36 Membri parlamento europeo a Sir Nick Clegg, President, Global Affairs, Meta Platforms (15 marzo 2024):
 - “Urgent Concerns Regarding Meta's ‘Pay or Okay’ Model”
 - “Privacy is not a commodity – it’s a fundamental human right that should never be subject to commercial transactions.”
 - We need a true alternative to tracking and targeted advertising, with approaches such as contextual advertising. We urge Meta to scrap its ‘pay or okay’ scheme
- Recente avvio indagine violazione DMA nei confronti dei big tech, inclusi META per il «Pay or Ok» (25 marzo 2024):
 - avviato un procedimento nei confronti di Meta per verificare se il modello “pay or consent” recentemente introdotto per gli utenti nell’Ue sia conforme all’articolo 5, paragrafo 2, del DMA