

Il modello “Pay or Consent”: l’opinione dell’European Data Protection Board

Con la "Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms" il Comitato europeo per la protezione dei dati personali si è finalmente espresso sulla validità dei meccanismi “pay or consent”. Va detto che in linea di principio l’EDPB non vieta né ritiene illecito il meccanismo, ma lo sottopone a prevedibili - quanto stringenti - requisiti di conformità che i vari soggetti coinvolti sono adesso chiamati a rispettare.

Premessa

Il 17 Aprile 2024, il Comitato europeo per la protezione dei dati (“European Data Protection Board” o “EDPB”), su richiesta congiunta delle autorità di controllo olandese, norvegese e tedesca ha adottato un parere ai sensi dell’art. 64(2) del Regolamento UE n. 679/2016 (“GDPR”), sul discusso modello “pay or consent”¹ spesso utilizzato dalle Grandi Piattaforme Online e dall’editoria *online* – anche italiana – con la formula del “rifiuta o abbonati”.

Certamente, il motore di tale richiesta va ricercato nella espressa necessità di individuare un approccio uniforme in relazione a questo tipo di trattamento che, riguardando il mondo dell’editoria *online*, delle grandi piattaforme, dei *social networks*, coinvolge (potenzialmente) milioni di utenti in tutto il mondo.

Il Parere dell’EDPB si inserisce – peraltro – in un filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell’Unione Europea che, nell’ambito della causa C-252/21, Meta Platforms Inc. vs *Bundeskartellamt* dello scorso 4 luglio 2023, ha affrontato una simile questione, stabilendo che “*gli utenti devono essere liberi di rifiutare individualmente, nell’ambito del processo contrattuale, di prestare il loro consenso a [tali] trattamenti, senza essere obbligati ad astenersi completamente dall’utilizzare il servizio offerto dal gestore della rete sociale online, il che significa che a tali utenti deve essere offerta, se necessario dietro pagamento di un corrispettivo adeguato, un’alternativa equivalente non accompagnata da tali trattamenti di dati*”.

¹L’opinione 08/2024 dell’European Data Protection Board è reperibile al seguente link: [Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms | European Data Protection Board \(europa.eu\)](#)

Contatti

teamprivacy@lcalex.it

Un chiarimento tecnico: la definizione di modello “consenso o pagamento” e dei soggetti coinvolti

Risulta opportuno, nonostante l'ampia diffusione del tema, un breve cenno alle definizioni che vengono qui in rilievo, a partire, innanzitutto, dalla definizione di **modelli “pay or consent”**. Tali sono quei modelli in cui il titolare del trattamento, tipicamente il gestore di una piattaforma *online*, **pone i propri utenti di fronte ad una scelta per l'accesso ad un contenuto o ad un servizio online**: acconsentire al trattamento dei propri dati al fine di essere indirizzati con pubblicità comportamentale (ad esempio attraverso l'accettazione di cookie profilanti e strumenti di tracciamento *online*) o, in alternativa, pagare una tariffa per accedere al servizio o contenuto digitale, senza che i propri dati vengano trattati per tale finalità.

In questo senso, la **pubblicità comportamentale**² è considerata una forma particolarmente intrusiva di pubblicità, capace di offrire un quadro estremamente dettagliato della vita personale degli interessati. Inoltre, come sottolineato dall'EDPB nelle sue linee guida 8/2020 sul *targeting* degli utenti dei social media, essa solleva rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, tra cui la possibilità di discriminazione, esclusione e/o manipolazione degli utenti.

In un tale contesto, non può che venire in rilievo la definizione dei **soggetti destinatari** dell'Opinion dell'EDPB, che spesso rivestono il ruolo di titolare del trattamento: le Grandi Piattaforme Online. Il Board, a tal proposito, ricorda che il GDPR non offre una definizione di “*grande piattaforma online*” ma che è possibile ricavarne una ricostruzione. Innanzitutto, sono da considerare **Grandi Piattaforme Online**:

- le **piattaforme online**, così come definite (ma non limitate a) dall'art. 3(i) del Regolamento UE n. 2022/2065 (“**Digital Service Act**” o “**DSA**”)³, nonché le piattaforme online di dimensioni molto grandi (“**Very Large Online Platforms**”), così come delineate dallo stesso DSA⁴;
- quelle piattaforme che effettuano un **trattamento dei dati su larga scala**⁵, o che attirino un numero elevato di utenti, o che occupano una posizione dominante sul mercato;
- i “*gatekeepers*” come definiti dall'art. 3(1) del Regolamento UE n. 2022/1925 (“**Digital Markets Act**” o “**DMA**”)⁶.

Infine, seppur il perimetro dell'Opinion in oggetto sia principalmente riferito a questi soggetti, non è escluso che **l'ambito di applicabilità possa estendersi** anche a soggetti non qualificabili come Grandi Piattaforme Online ma che, in ragione dei propri servizi e del proprio *business*, applichino strategie riconducibili al modello “*pay or consent*”.

²Il Gruppo di lavoro Art. 29 (“WP29”) con il Parere 2/10 sulla pubblicità comportamentale, definisce la “*pubblicità comportamentale*” come la “*pubblicità che si basa sull'osservazione del comportamento degli individui nel tempo*”.

³Un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento.

⁴Ai sensi dell'art. 33, par.1 del DSA, sono designati come piattaforme online di dimensioni molto grandi le piattaforme online e ai motori di ricerca online che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni.

⁵Secondo i parametri delineati dalle Linee guida del WP29 sui responsabili della protezione dei dati (“DPO”), WP 243 rev.01, e alle Linee guida del WP29 sulla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA), WP 248 rev.01.

⁶Un'impresa è designata come *gatekeeper* quando a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

Contatti

teamprivacy@lcalex.it

Normativa di riferimento

La questione solleva importanti implicazioni incentrate sull'interpretazione del **concetto di consenso**. Come noto, il consenso come base giuridica per il trattamento dei dati personali – per essere considerato come lecitamente prestato, in particolare nel contesto del modello “*pay or consent*” – deve essere libero, informato, granulare e specifico⁷.

L'EDPB non manca di sottolineare, in *primis*, come la chiarezza delle diverse opzioni tra cui scegliere dovrebbe riflettersi anche nella progettazione dell'interfaccia, che non dovrebbe essere ingannevole o manipolativa, o riportare formulazioni fuorvianti o suggestive, come “continua senza pagare”. Inoltre, affinché il consenso sia liberamente prestato, è necessario prevedere la parallela possibilità di **revocarlo liberamente senza subire alcun pregiudizio**, nonché la libertà di scegliere **quali finalità di trattamento accettare**, evitando richieste che raggruppino diverse finalità.

Non solo, l'EDPB chiarisce che una **durata appropriata per la validità del consenso**, considerata l'intrusività della pubblicità comportamentale, può essere pari ad **un anno**, trascorso il quale, **il consenso andrebbe nuovamente richiesto all'utente**.

L'EDPB, in questo senso, mostra una crescente attenzione agli effetti di *lock-in online*, riconoscendo la centralità rivestita dalle Grandi Piattaforme Online nella vita quotidiana di milioni di utenti e l'imprescindibilità di potervi accedere senza pregiudizio: ed è proprio lo **squilibrio di potere in gioco** e **l'affidamento che l'interessato fa sul servizio** che fa venire meno – nella maggior parte dei casi – la libertà di scelta dell'individuo.

Cosa fare ora?

Se, da un lato, l'EDPB non prende posizione a tal punto da vietare in modo perentorio l'introduzione dei modelli binari “*pay or consent*”, d'altro lato, si spinge più volte a suggerire l'adozione di una **terza scelta che non comporti la profilazione dell'utente o il pagamento di una tariffa**, ma la semplice **fruizione del servizio senza che a ciò consegua un trattamento di dati personali** ultroneo e aggiuntivo rispetto a quelli necessari per erogare il servizio. In quest'ottica, le Grandi Piattaforme Online – e gli altri soggetti che ricorrono a schemi analoghi o a quest'ultimo riconducibili – dovranno offrire un'**alternativa ulteriore** che sia **realmente equivalente, gratuita e, certamente, che non comporti una profilazione** (es. una forma di **pubblicità generica**).

I titolari del trattamento dovranno inoltre valutare, caso per caso, che l'**alternativa del prezzo** per accedere al contenuto sia effettivamente **adeguata e proporzionata**, essendo tale da consentire in concreto agli interessati di compiere una **libera scelta senza determinare un pregiudizio**, specie se con riferimento a servizi significativi per la partecipazione alla vita sociale⁸.

L'EDPB conclude stabilendo che il consenso raccolto dalle Grandi Piattaforme Online, nel contesto di modelli “*pay or consent*”, può essere considerato come valido solo nella misura in cui tali piattaforme possono dimostrare, in linea con il principio di *accountability*, che tutti i requisiti per un consenso valido (compresa la granularità e la specificità), siano soddisfatti, e che un'**alternativa ulteriore**, non a pagamento, e che non comporti il trattamento di dati, sia sempre garantita e messa a disposizione degli utenti.

⁷Si vedano, in tal senso, le Linee Guida dell'EDPB 05/2020.

⁸In tal senso, si trova una linea di continuità con le pronunce di alcune Authorities, tra cui l'Autorità di controllo danese che, con il provvedimento dell'8 febbraio 2023, ha statuito in merito alla effettiva libertà di consenso all'accettazione di cookie non necessari a fornire i servizi, in alternativa alla sottoscrizione di un abbonamento dal valore di 29 DKK (3, 89 euro) al mese, stabilendo che “*il prezzo dell'alternativa di pagamento non è irragionevolmente alto, vale a dire che il prezzo non è così alto che la persona registrata non ha realmente e in pratica una scelta tra l'alternativa di pagamento e il consenso*”.

Contatti

teamprivacy@lcalex.it