



### Economia e mercato dei dati. Note a margine del c.d. *Data Act*



Vincenzo Ricciuto

Prof. ord. dell'Università di Roma Tor Vergata

**SOMMARIO:** 1. Nascita *normativa* di un mercato dei dati. – 2. La dinamica del mercato. – 3. Il contratto di condivisione dei dati. – 4. Una vicenda internazionale sui dati come investimento. Il caso *Einarsson vs Canada*. – 5. I dati come segreti di impresa. – 6. I dati non personali e i dati personali. Il rapporto tra il *Data Act* e il *GDPR*.

#### 1. Nascita *normativa* di un mercato dei dati

Assistiamo oggi alla nascita *normativa* di un mercato dei dati *non* personali, muovendo dalla indiscussa – ed indiscutibile – considerazione che l'erompere delle nuove tecnologie basate su di essi producono effetti trasformativi in tutti i campi dell'economia, digitale e non. Ed in effetti, il Considerando 119 Regolamento europeo (UE) 2023/2854 (cd. *Data Act*), individua tra i suoi obiettivi quello di “garantire l'equità nella ripartizione del valore dei dati tra gli attori dell'economia dei dati e promuovere un accesso e un utilizzo equi dei dati al fine di contribuire all'istituzione di un vero mercato interno dei dati”.

Soprattutto, non può certo negarsi, come opportunamente il legislatore europeo, in quel Regolamento, rileva e ci ricorda che “la proliferazione di prodotti connessi a internet ha aumentato il volume e il valore potenziale dei dati per i consumatori, le imprese e la società. Dati interoperabili e di elevata qualità provenienti da diversi settori aumentano la competitività e l'innovazione e garantiscono una crescita economica sostenibile. Gli stessi dati possono essere utilizzati e riutilizzati per una varietà di scopi e in misura illimitata, senza alcuna perdita in termini di qualità o quantità” (Considerando 1 del Reg.)

Ora, a parte quest'ultima affermazione (ci aspettiamo una qualche nota critica dagli economisti), si può ben comprendere la preoccupazione del legislatore europeo di intervenire per rispondere alle esigenze dell'economia digitale e realizzare le condizioni per il buon funzionamento del mercato interno dei dati. Da qui, il tentativo di definire norma-

tivamente “un quadro armonizzato che specifichi chi ha il diritto di utilizzare i dati di un prodotto o di un servizio correlato, a quali condizioni e su quale base”.

Tentativo che ha come oggetto – più che un oggetto, un postulato logico-concettuale – i dati *non* personali, i soli (?) per i quali è sostenibile una politica europea economico-sociale che realizzi un fenomeno di condivisione di *quei* dati, la loro allocazione ottimale nell’economia e nella società, favorisca gli incentivi per i titolari dei dati a concludere accordi di condivisione dei dati stessi, risolva le incertezze sui diritti e gli obblighi in relazione ad essi, rimuova gli ostacoli per l’accesso ai dati come gli abusi degli squilibri contrattuali in ordine al loro uso e alla loro circolazione. Insomma, un mercato, trasparente, equilibrato, secondo le logiche del buon funzionamento dello scambio di ogni ricchezza, che promuova la creazione di valore fondata sui dati da parte delle imprese dell’Unione.

Ma, se questi sono i tratti costitutivi di ogni mercato, di ogni efficiente ed equilibrato settore economico, va detto che, già a prima lettura del *Data Act*, si devono rilevare elementi e profili di disciplina che vanno in tutt’altra direzione, estranei o assai problematicamente riconducibili a quel diritto dei privati che con una qualche affermazione enfatica – che ricorre spesso proprio per fare il contrario – il legislatore del *Data Act* ritiene centrale nel fenomeno che va a regolare la condivisione dei dati: “Le norme di diritto privato sono fondamentali nel quadro generale della condivisione dei dati” (Considerando 5).

Invero, come si vedrà, di autonomia privata, di libertà contrattuale, di poteri privati di decidere se e come disporre dei dati, di determinazione dello stesso corrispettivo a fronte della messa a disposizione dei dati c’è poca traccia, al punto che l’affermazione contenuta nel Considerando 9 secondo cui “il presente regolamento non pregiudica il diritto contrattuale nazionale, comprese le norme sulla formazione, la validità o l’efficacia dei contratti, o le conseguenze della risoluzione di un contratto” deve intendersi come una sorta di *excusatio non petita*, una affermazione a cui non crede nemmeno chi l’ha formulata.

La disciplina del *Data Act* è, in buona sostanza, una normativa che definisce nei suoi precisi e non derogabili termini l’operazione di condivisione dei dati, ne detta il contenuto, ne limita l’ambito e la portata negoziale. Configura poteri (privati e pubblici), diritti, obblighi, responsabilità. Fissa le condizioni della negoziazione, ne costituisce e ne regola gli effetti.

E d’altra parte, al di là del formale quanto inutile omaggio al diritto privato e del dichiarato rispetto, come si è appena visto più sopra, del diritto contrattuale nazionale, il legislatore europeo finisce con l’ammettere che il Regolamento in analisi adegua “le norme di diritto contrattuale e impedisce lo sfruttamento degli squilibri contrattuali che ostacolano l’accesso equo ai dati e il loro utilizzo”. L’interprete italiano (come quello dei singoli Paesi europei) se ne faccia una ragione: la ricerca dell’equità contrattuale – a cui ci siamo dedicati chi più chi meno, a volte con più passione della ricerca dell’araba fenice – è, nell’economia dei dati e dell’economia digitale, compito ed affare della disciplina europea e dei suoi giudici, operazione tutta e solo rimessa a quelle sedi perché è solo in quell’ambito che trova le proprie fonti di interpretazione e sistemazione.

## 2. La dinamica del mercato

Costruzione di un mercato dei dati *non* personali, s'è detto. Ed i soggetti di questo mercato sono consumatori e imprese, ci dice il *Data Act*, ai quali si affianca la società, *tout court*, così, come entità interessata agli equilibri sociali, all'allocazione delle risorse offerte dai dati. Insomma, i dati come beni che fanno la fortuna di tutti: la loro condivisione evita squilibri economici e sociali, realizza (finalmente) l'equità nell'economia digitale, aumenta la competitività e l'innovazione e così la crescita di un'economia sostenibile.

La dinamica di questo mercato è così illustrata dal *Data Act*: “il presente regolamento garantisce che gli utenti del prodotto connesso o di un servizio correlato nell'Unione possano accedere tempestivamente ai dati generati dall'uso di tale prodotto connesso o servizio correlato e che tali utenti possano utilizzare i dati, anche condividendoli con terzi di loro scelta. Esso impone ai titolari di dati l'obbligo di mettere i dati a disposizione degli utenti e dei terzi scelti dagli utenti in determinate circostanze. Garantisce inoltre che i titolari dei dati mettano i dati a disposizione dei destinatari dei dati nell'Unione a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie in modo trasparente” (Considerando 5).

Si ricorderà che nel 2020, l'Unione Europea, nella Comunicazione “Una strategia europea per i dati” aveva posto la circolazione dei dati (di *tutti* i dati) al centro delle proprie politiche, rilevando che “nel corso degli ultimi anni le tecnologie digitali hanno trasformato l'economia e la società, influenzando ogni settore di attività e la vita quotidiana di tutti i cittadini europei. I dati sono un elemento centrale di tale trasformazione, che non fa che cominciare”. Dopo aver ribadito la necessità di una circolazione protetta dei dati personali (che, com'è noto trova la sua consacrazione normativa nell'art. 1 *GDPR*), la Commissione dell'Unione pone l'accento sul “volume crescente di dati industriali non personali e di dati pubblici in Europa”, il quale, “unito ai cambiamenti tecnologici riguardanti le modalità di conservazione ed elaborazione dei dati, costituirà una potenziale fonte di crescita e innovazione che è opportuno sfruttare”.

In un tale contesto, politico-economico, l'obiettivo primario diviene quello di rendere accessibile e fruibile il dato.

Dato che, ovviamente, è nella disponibilità naturale di colui che ne è titolare in ragione della circostanza che egli mette a disposizione l'infrastruttura tecnologica (prodotto, servizio, ecc.) che consente di generare un *nuovo* dato.

Una siffatta genesi del dato vede, ovviamente ed inevitabilmente, la partecipazione di un soggetto (utente, consumatore, ecc.) che si avvale dell'infrastruttura tecnologica, “mettendola in moto” ed utilizzandola, e così lasciando tracce, informazioni, collegate ad un tale uso. E d'altra parte, nell'ipotesi in cui quel soggetto sia una persona fisica identificata o identificabile che, nell'uso dell'infrastruttura, offre informazioni su di sé, quello stesso soggetto assume *anche* la qualificazione di interessato (art. 4, p.to 1 *GDPR*).

È chiaro, così, che l'obiettivo europeo di rendere accessibile e fruibile il dato richiede il coinvolgimento, nel fenomeno circolatorio dello stesso, dei due protagonisti di quella vicenda: chi detiene il dato (o, meglio, colui che ne è titolare, secondo la definizione di cui all'art. 2, p.to 13 del *Data Act*), e colui che ha contribuito a generarlo, l'utente (art. 2, p.to 12).

Un prima, più lineare, forma di circolazione del dato è dal titolare (che lo detiene) all'utente (che ha contribuito a generarlo). Qui il rapporto è diretto tra colui che mette a disposizione dell'utente l'infrastruttura e quest'ultimo. Un rapporto inevitabilmente giuridico che trova la propria fonte in un contratto e che si arricchirà *ex lege* degli obblighi in capo al titolare del dato di *condividere* con l'utente i dati generati (art. 3, *Data Act*).

Una seconda e più articolata forma di circolazione del dato è quella dal titolare ad un soggetto terzo, che non ha partecipato alla vicenda di generazione del dato, e che, tuttavia, ha un interesse (proprio o altrui) ad entrarne nella disponibilità.

In tal caso, l'impulso alla vicenda circolatoria è fornito innanzitutto dalla richiesta dell'utente, rivolta al titolare. L'art. 5 del *Data Act*, prevede a tal proposito, che "su richiesta" di un utente, o di una parte che agisce per suo conto, il titolare dei dati "mette a disposizione di terzi i dati prontamente disponibili, nonché i pertinenti metadati necessari a interpretare e utilizzare tali dati". Il fulcro dell'operazione, dunque, è la scelta dell'interessato di avviare la *condivisione-circolazione* del dato, da cui consegue la nascita dell'obbligo del titolare a comunicarlo ad un terzo destinatario.

Vi è, tuttavia, un'ulteriore ipotesi in cui sorge in capo al titolare l'obbligo di condivisione del dato con terzi destinatari, ed è quella in cui sia una legge (europea o nazionale) a prevederlo, individuandone circostanze ed ampiezza in casi specifici (art. 8 e 12 *Data Act*). In tali casi, il rapporto in cui si sostanzia la circolazione del dato ha fonte direttamente da un'esplicita previsione di legge che, evidentemente, motiverà una tale condivisione, ne disciplinerà il contenuto, gli obblighi e le responsabilità.

### 3. Il contratto di condivisione dei dati

È evidente che le vicende circolatorie come sopra descritte chiamano alla qualificazione di quei rapporti in termini negoziali.

Ancora una volta è più semplice inquadrare la vicenda nell'ipotesi di circolazione del dato verso l'utente. In tal caso, infatti, esiste un pregresso vincolo che ha costituito il rapporto di utenza tra l'utente medesimo e il fornitore del prodotto o del servizio (ad es. contratto di vendita, locazione, noleggio di un prodotto connesso). L'obbligo che graverà su quest'ultimo troverà fonte in quel contratto e non potrà che avere il contenuto individuato nel *Data Act*, sebbene l'art. 4 par. 2 dello stesso consenta all'autonomia contrattuale delle parti di limitare la portata dell'obbligo. Obbligo che, tuttavia, si impone al titolare del dato *ex lege*.

Ed ancora una volta, risulta più complessa ed articolata la vicenda circolatoria del dato dal titolare ad un terzo destinatario. In questo caso, sarà determinante comprendere quale schema contrattuale rappresenti l'operazione economica a base trilaterale sopra descritta.

Né sarebbe improprio richiamare l'ipotesi di un *contratto imposto* al titolare, né quella di configurare una tale vicenda contrattuale in termini di *obbligo legale a contrarre* in capo al titolare del dato. E, d'altra parte, questo è indirettamente confermato dalla previsione di cui all'art. 1.10 del *Data Act*, secondo cui "il presente regolamento non preclu-

de la conclusione di contratti di condivisione dei dati volontari e legittimi, ivi compresi contratti conclusi su base reciproca, che siano conformi ai requisiti di cui al presente regolamento”. Il che, letto specularmente, significa che le ipotesi di cui il Regolamento si occupa sono quelle di contratti “non volontari”, sicuramente con riferimento all’*an*, con i quali i dati vengono fatti circolare.

Peraltro, anche la volontarietà di questi contratti di condivisione è relativa al solo *an*, poiché questa stessa disposizione impone che, quanto al contenuto dei “contratti volontari” e ai suoi requisiti essi siano conformi al *Data Act*.

Insomma, si conferma anche nel mercato dei dati e nel mercato digitale la dimensione dell’autonomia privata propria dell’economia moderna: si tratta, insomma, di mercati regolati e di contratti regolati. Non a caso è ampio il ricorso del *Data Act* alla disciplina eteronoma del contenuto del contratto e della sua equità, attraverso la previsione e il richiamo di norme in materia consumeristica (si pensi alle clausole contrattuali abusive) e alla regolazione dell’equità del compenso per la messa a disposizione dei dati.

Il *Data Act*, nel prevedere e nel riferirsi ai *contratti di condivisione* e nello stabilirne il contenuto e gli effetti, tuttavia, non propone un modello contrattuale tipico.

La normativa non individua un “tipo contrattuale” pur soffermandosi sull’operazione di condivisione e stabilendone l’onerosità. Lo schema astratto, a ben vedere, non consente di individuare tutte le prestazioni e i diritti sui dati nella vicenda circolatoria. La sua prospettiva sembra quella di definire le norme di carattere generale sulla condivisione dei dati, qualsiasi sia il settore applicativo di riferimento; di individuare i presupposti alla base della circolazione dei dati come, ad esempio, il principio che, di norma, la circolazione avvenga su richiesta dell’utente o per obbligo di legge; di definire le regole e i compiti delle istituzioni del mercato della circolazione dei dati. La situazione soggettiva acquisita dal terzo destinatario dei dati (attraverso un contratto “volontario” – almeno nell’*an* – o un contratto “imposto”, come si è visto), non è espressamente qualificata dal Regolamento. Così, ad es., non si fa riferimento ad un trasferimento di un diritto di stampo proprietario sui dati (ammesso che ciò sia possibile), né si fa riferimento al trasferimento di un diritto relativo di uso di tali beni, alla stregua di un diritto di godimento, né, si limita la tipologia di uso che del dato può essere effettuato.

Certamente la vicenda circolatoria viene limitata per alcuni profili.

Ad esempio, il diritto (quale esso sia) che il terzo destinatario acquista sui dati non può essere ceduto o subconcesso ad altri, almeno in via di principio. A norma dell’art. 6, par. 2, lett. c), infatti, il terzo destinatario “non mette a disposizione di altri terzi i dati che riceve, a meno che i dati siano messi a disposizione sulla base di un contratto con l’utente e a condizione che l’altro terzo adotti tutte le misure necessarie concordate tra il titolare dei dati e il terzo per preservare la riservatezza dei segreti commerciali”.

I limiti a quella vicenda circolatoria, alla libertà potenzialmente esprimibile con il contratto, però, non sono di scarsa portata. Si pensi, ad esempio, al “compenso per la messa a disposizione dei dati” di cui all’art. 9 del *Data Act*. In questo caso il compenso, pur lasciato alla definizione contrattuale, è, tuttavia, predeterminato dalle disposizioni del *Data Act* (art. 9) dove si prevede che tale compenso per la condivisione dei dati è “non discriminatorio e ragionevole” e “può includere un margine” (addirittura!)

La forte impronta impositiva del provvedimento normativo esprime, a ben vedere, una sua natura vincolistica, in tutti gli aspetti attinenti al fenomeno della condivisione dei dati. Al punto che si affacciano seri dubbi sulla possibilità che i titolari dei dati (le imprese) possano considerare realmente remunerativo – e dunque investire adeguatamente su quel terreno – il fenomeno dell'economia dei dati, a fronte di siffatta disciplina di condivisione degli stessi.

La scelte normative che delineano il fenomeno circolatorio, al di là del modello della condivisione – e al di là della difficoltà alla costruzione di uno schema negoziale sotto un profilo strutturale e causale dell'operazione – sono, a ben vedere, espressione di una filosofia “collettivistica”, che qualifica il dato in una prospettiva socio-pubblicistica, con buona pace dell'affermazione del *Data Act* secondo cui “le norme di diritto privato sono fondamentali nel quadro generale della condivisione dei dati” (Considerando 5). Intendiamoci: le ricerca e la realizzazione di una equità contrattuale anche nell'economia dei dati e nell'economia digitale sono da perseguirsi con accanita e costante applicazione, evitando anche qui vicende negoziali sperequative, di squilibrio contrattuale e discriminatorie. Ma l'impressione che, almeno a prima lettura, suscita il *Data Act* è che l'equità distributiva perseguita intorno ai dati personali ed alla loro condivisione escluda, proprio per principio, i profili di accumulo e di sfruttamento di quella risorsa (i dati), senza possibilità per le imprese del settore di perseguire logiche di profitto.

L'impressione, ancora, è che il legislatore del *Data Act*, muovendo dalla filosofia di “una strategia europea per i dati” sulla cui base, già nel 2020, aveva posto la circolazione dei dati (di *tutti* i dati) al centro delle proprie politiche economiche e sociali, sulla considerazione che tale risorsa, un così pervasivo valore economico e sociale finisca sempre più intensamente per influenzare la vita quotidiana di tutti i cittadini europei, abbia tuttavia finito per trascurare la circostanza che nell'economia dei dati questi beni, sempre più centrali nello sviluppo economico e sociale sono frutto di investimenti, esercizio di attività d'impresa, rischio imprenditoriale, dinamiche competitive nel mercato. Ed al pari, osservato il fenomeno della condivisione nella prospettiva dell'utente-consumatore, il rischio è che esso determinerà un evidente aumento dei costi per questi soggetti del mercato, laddove il *prezzo della condivisione* con altri soggetti terzi rispetto all'utente-consumatore porterà fatalmente ad un aumento dei costi dei prodotti connessi e dei servizi correlati a quell'utente. Sarà, in definitiva, su questi soggetti del mercato che si scaricheranno le conseguenze economiche di questa singolare vicenda circolatoria.

#### **4. Una vicenda internazionale sui dati come investimento. Il caso *Einarsson vs Canada***

Una questione che, tra le tante, sta animando il dibattito internazionale in tema di circolazione dei dati, *sub specie* “condivisione dei dati” (senza riferimento al *Data Act* europeo), ha riguardato una controversia tra una società del Canada ed il governo di quel Paese. L'attività di quella società (Geophysical Services Incorporated – GSI, di proprietà della famiglia Einarsson) consiste nella creazione, concessione di licenze, archiviazione



e rielaborazione di dati sismici da utilizzare per l'esplorazione di petrolio e gas nell'*offshore* canadese. E nel corso degli anni – ed in ragione della normativa canadese – la GSI ha presentato i dati sismici, i derivati dei dati sismici e le relative informazioni riservate e commerciali al governo del Canada.

La controversia nasce allorché il governo canadese ha consentito l'accesso ai dati sismici a soggetti terzi in Canada senza il consenso di GSI, e così suscitando la reazione di quest'ultima secondo cui la divulgazione unilaterale dei dati sismici a terzi ha violato il diritto d'autore e la protezione dei segreti commerciali sui dati secondo la legge canadese e internazionale. E ciò anche sul rilievo che i dati sismici sono protetti dalla legge canadese sul *copyright* e che la divulgazione (*rectius*: la condivisione dei dati) non autorizzata di tali dati ha violato i diritti esclusivi degli autori di autorizzare la riproduzione, l'adozione e l'alterazione delle opere protette da *copyright* e gli obblighi internazionali del Canada secondo la Convenzione di Berna.

Il contenzioso è stato affidato ad una procedura arbitrale, chiamata a decidere una controversia tra investitori e Stati – in questo caso il Canada – ai sensi dell'Accordo nordamericano di libero scambio (cd. NAFTA) e della Convenzione di Berna.

È interessante richiamare il dibattito sorto intorno al caso (ormai noto come *Einarsson vs Canada*) che ha portato a ricondurre la vicenda a questioni inerenti non solo il diritto d'autore ma anche la tutela della riservatezza dei dati che viene posta sotto il profilo dei dati come investimenti, soprattutto considerando che ad oggi “gli Accordi Internazionali sugli Investimenti (AII) non fanno riferimento ai ‘dati’ nella definizione di investimento e finora nessuna controversia si è basata sul funzionamento di entità digitali che ruotano intorno ai dati”.

Il dibattito e la sua attualità e portata si colgono nel documento TTLF (Transatlantic Technology Law Forum) Working Papers n. 97 (del 2023) frutto di un'iniziativa congiunta della Stanford Law School and the University of Vienna School of Law, dove si rileva che a fronte della rilevanza dei dati ed anche della necessità di strumenti normativi per regolare questa nuova economia occorre tuttavia stare attenti che “*state measures would result in undue interference with data or social media companies digital operations*”. E proprio nella causa *Einarsson vs Canada*, il ricorrente ha sostenuto che “*seismic data is comprised of original literary, artistic and sound recording works within the meaning of copyright under the Canadian Copyright Act. Therefore, seismic data comprised of copyright subject matter was treated as an investment*”. I dati, sotto forma di *copyright* e di segreti commerciali, sono stati considerati dalla società ricorrente come forma di protezione della proprietà intellettuale proprio ai sensi degli Accordi Internazionali sugli Investimenti (AII).

Nel citato documento del Transatlantic Technology Law Forum, si propone proprio di affrontare la vicenda *Einarsson vs Canada* in termini di dati come investimenti per le aziende operanti nel settore dell'economia e dei servizi digitali; e un tale inquadramento offrirebbe a quelle imprese di promuovere controversie tra investitore e Stato, nell'ambito dell'ISDS, un meccanismo *ad hoc* di risoluzione delle controversie regolato dalla Convenzione del Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie sugli Investimenti (ICSID). Ed ancora in quel documento si sottolinea come le imprese dell'economia digitale fondano la loro stessa esistenza attorno alla continua generazione di dati “*which*

*is the cornerstone of their business*”, (da Facebook a Instagram, a Twitter, ecc.), con la conseguente capacità di generare i ricavi dai dati prodotti.

Sempre nella controversia *Einarsson vs Canada*, il tema che si è imposto è quello della protezione del segreto commerciale per i dati (sismici, in tale vicenda) raccolti dall’impresa ricorrente e divulgati dal governo canadese, in violazione della protezione di quei segreti. Secondo la Geophysical Services Incorporated (GSI) la divulgazione dei dati sismici da parte del governo canadese a terzi configura un illecito, muovendo dalla documentata prova che i dati sismici sono costitutivi del business della società.

Così si legge nel TTL Working Papers sopra citato: “*Creating marine seismic is a capital-intensive and time-consuming process. It requires significant investment in order to produce final works, which are, in turn, extremely valuable. Seismic surveys cost millions of dollars to create and are closely guarded trade secrets governed by strict licensing agreements relating to the confidentiality and reproduction of the data*”. Ed ancora: “*Trade secrets are commercial information that is not available in the public domain*”. E la logica di tale protezione “*is based on the incentive to invest and develop valuable information and use that information without the risk of knowledge spillovers*”.

Ed in questa prospettiva del fenomeno, la controversia *Einarsson vs Canada* è il primo caso dove la protezione del segreto commerciale è stata rivendicata su dati che sono (anche) protetti come *copyright*, anche considerando l’assunto di partenza del ricorrente secondo cui la generazione di dati è il risultato di ingenti investimenti, essenziali per l’attività e l’esistenza stessa dell’azienda.

## 5. I dati come segreti di impresa

Nel *Data Act* non si pone la questione dei dati e della loro protezione sotto il profilo del *copyright*. Si può qui solo sottolineare che la vicenda *Einarsson vs Canada* ed il dibattito che ne è seguito sono coevi alla pubblicazione dello stesso provvedimento normativo europeo, pubblicato nel 2023, dove si legge solo una generica – ed irrilevante, nell’economia del testo del *Data Act* – affermazione secondo cui “nel trattamento dei dati dovrebbe essere rispettati eventuali diritti di proprietà intellettuale” (Considerando 30).

E tuttavia al legislatore europeo non è sfuggita la questione della *condivisione dei dati* in rapporto al tema della segretezza degli stessi, con particolare riferimento ai *segreti commerciali*.

Nel considerando 31 del *Data Act*, la scelta – poi esplicitata nella parte dispositiva del Regolamento all’art. 4, p. 6 e 7 – è stata quella di prevedere che “i titolari dei dati dovrebbero poter richiedere all’utente o a terzi scelti dall’utente di preservare la riservatezza dei dati considerati segreti commerciali”.

Viene qui richiamata la Direttiva (UE) 2016/943 dell’8 giugno 2016 “sulla protezione del *know-how* e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l’acquisizione, l’utilizzo e la divulgazione illeciti”, dove all’art.2, in sede di definizioni, si intende per “segreto commerciale” quelle informazioni segrete “nel senso che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, gene-



ralmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione”; e che “hanno valore commerciale in quanto segrete” e che “sono state sottoposte a misure ragionevoli, secondo le circostanze, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a mantenerle segrete”.

La scelta del *Data Act* va nella direzione di un “segreto commerciale” *negoziabile*, che renda possibile, da un lato, la tutela dell’interesse dell’impresa (titolare dei dati) a circoscrivere la condivisione dei dati; dall’altro, riesca a consentire pur sempre *quella* condivisione, secondo un procedimento che in realtà non offre una tutela assoluta a quelle conoscenze ed informazioni, appunto, segrete ma ne definisce solo più rigorosamente l’ambito di accesso e circolazione. Questa la sequenza normativa: “I titolari dei dati dovrebbero individuare i segreti commerciali prima della divulgazione e dovrebbero avere la possibilità di concordare con gli utenti, o con terzi scelti dall’utente, le misure necessarie per preservare la riservatezza, anche mediante l’uso di clausole contrattuali tipo, accordi di riservatezza, protocolli di accesso rigorosi e norme tecniche, nonché mediante l’applicazione di codici di condotta”. (Considerando 31; v. anche art. 4, p.6 dell’articolato normativo).

In buona sostanza, “segreto d’impresa” fino ad un certo punto: l’impresa titolare di dati, alla quale è (apparentemente) rimesso il diritto di qualificare i dati come “segreto commerciale”, per la loro particolare natura e funzione per il *business* di *quell’impresa* – al punto che ben potrebbe volere l’esclusione della loro condivisione –, si vede *solo* attribuito il diritto a stabilire le modalità del trasferimento delle conoscenze e delle informazioni così centrali per l’attività se non l’esistenza stessa dell’impresa, negoziando, appunto, con l’utente o con terzi scelti dall’utente le condizioni contrattuali per quella condivisione. Insomma, la regola, anzi il principio espresso dal *Data Act* è quello del *primato della condivisione* che si impone su ogni *interesse alla segretezza* dei dati: il loro rapporto non è, a ben vedere, neanche in termini di regola (la condivisione) ed eccezione (la segretezza), dopo che il legislatore del *Data Act* ha voluto esprimere con forza la posizione dell’Unione Europea sul punto: “ I titolari dei dati non possono, in linea di principio, rifiutare una richiesta di accesso ai dati ai sensi del presente regolamento unicamente sulla base del fatto che determinati dati sono considerati segreti commerciali, poiché ciò sovvertirebbe gli effetti attesi del presente regolamento”.

E così, l’impresa titolare dei dati può certo bloccare o sospendere la condivisione dei dati costitutivi di un segreto commerciale, ove non vi sia un accordo sulle misure necessarie per la condivisione ovvero qualora l’utente o terzi scelti dall’utente non attuino “le misure concordate o pregiudichino la riservatezza dei segreti commerciali”. Ma perché possa procedere al blocco o alla sospensione della condivisione, l’impresa titolare vede la tutela della segretezza degradare in una situazione soggettiva che configurare in termini di diritto soggettivo (e men che mai assoluto) è esercizio di stile di mero omaggio alle nostre antiche categorie concettuali: il titolare dovrà fornire, senza ritardo, la decisione all’utente o al terzo per iscritto (quando si dice l’economia digitale!); ovvero “notificare all’autorità competente dello Stato membro in cui è stabilito il titolare dei dati di aver bloccato o sospeso la condivisione dei dati e indicare quali misure non sono state concordate o attuate e, se del caso, di quali segreti commerciali è stata pregiudicata la ri-

servatezza”. Da qui, un inevitabile contenzioso, con oneri probatori di tutti i tipi a carico dell’impresa titolare, l’esposizione ad una dialettica processuale, la valutazione e la decisione di un terzo – il giudice – e l’inevitabile rischio che quei dati del segreto commerciale finiscano per circolare ben oltre le parti dell’originario accordo contrattuale.

Ma ancora ad ulteriore conferma dell’assolutezza del principio della condivisione dei dati e non certo della loro segretezza, è previsto nel *Data Act* che “in circostanze eccezionali, un titolare dei dati che detenga un segreto commerciale dovrebbe poter rifiutare, caso per caso, una richiesta per i dati specifici in questione se può dimostrare all’utente o al terzo che, malgrado le misure tecniche ed organizzative adottate dall’utente o dal terzo, è altamente probabile che la divulgazione di tale segreto commerciale produca un danno economico. Un grave danno economico implica perdite economiche gravi e irreparabili. Il titolare dei dati dovrebbe debitamente motivare il proprio rifiuto, per iscritto e senza indebito ritardo, all’utente o al terzo e notificarne l’autorità competente”. Ed una tale motivazione dovrebbe basarsi su elementi oggettivi, a partire dal rischio concreto di grave danno economico conseguente alla condivisione dei dati; non solo, ancora onere del titolare dei dati è quello di provare che le misure adottate per la tutela della segretezza dei dati non sono da ritenersi sufficienti. Inutile dire che contro una tale posizione del titolare l’utente o un terzo possono contestare la decisione del titolare e proporre reclamo all’autorità competente.

Quanto rimanga del diritto al segreto commerciale con riferimento ai dati, quanto ancora si possa configurare un diritto soggettivo alla segretezza, soprattutto in tema di attività economica, che pure aveva impegnato la dottrina e la giurisprudenza (di cui qui non si darà conto, per la natura di questo scritto) a costruirne il concetto, il contenuto, la struttura, i limiti e le responsabilità nel caso della sua violazione, è operazione intellettuale pressoché impossibile e sostanzialmente inutile, sacrificata sul terreno di un principio generale espressione della strategia europea dei dati, ricordando, ancora una volta, con il *Data Act* che “i titolari dei dati non possono, in linea di principio, rifiutare una richiesta di accesso ai dati se sensi del presente regolamento unicamente sulla base del fatto che determinati dati sono considerati segreti commerciali, poiché ciò sovvertirebbe gli effetti attesi del presente regolamento”.

Certamente, già da molti anni, “l’area della segretezza” nell’ambito dell’attività economica – e dunque la tutela dell’impresa rispetto al rischio della circolazione delle informazioni inerenti alla sua attività – ha visto via via ridotto il proprio ambito di operatività, soprattutto a fronte dello sviluppo delle nuove tecnologie digitali che hanno portato ad una accresciuta vulnerabilità dell’impresa.

La normativa europea sui dati (anche a partire dalla Direttiva CE n. 46/1995) con la crescente facilità della circolazione dei dati economici offerta dalle nuove tecnologie della comunicazione ha reso sempre più difficoltosa la tutela di quelle conoscenze ed assai più oneroso, per le imprese titolari di quelle conoscenze (i dati), l’investimento nelle tecniche di protezione o negli accordi che vincolino al “segreto” coloro che siano o possano essere a conoscenza dei dati relativi all’attività economica dell’impresa.

Tradizionalmente, il “segreto d’impresa” è stato inteso come una delle modalità attraverso le quali l’imprenditore decide di sfruttare economicamente conoscenze che

formano il risultato degli investimenti dell'impresa. E siamo stati formati a ritenere che in queste ipotesi il segreto, che è risultato di una attività dell'impresa, quella di "secrezione", è *atto di iniziativa economica* e, anche in virtù di tale natura, quella situazione soggettiva che è la segretezza trovasse o dovesse trovare nei principi costitutivi del nostro ordinamento il proprio fondamento normativo, a partire dalla disposizione costituzionale dell'art. 41 Cost., che sancisce il principio della libertà di iniziativa economica, che certamente ricomprende quella di destinare al segreto l'informazione, la conoscenza, il dato.

Certamente, l'interesse dell'impresa titolare del dato alla sua segretezza può porsi in conflitto con quello alla condivisione dello stesso, soprattutto, ad esempio, con il principio della concorrenza che proprio nella massima circolazione delle conoscenze economiche, tecniche, scientifiche crea le premesse dello sviluppo equilibrato del sistema economico e sociale. Ma in questi casi, si dovrebbe procedere secondo il metodo del bilanciamento degli interessi, soprattutto se essi hanno tutti un fondamento ordinamentale. Ove però si rifletta sulla normativa del *Data Act* si deve rilevare che il rapporto segretezza dei dati e loro condivisione non ammette, sostanzialmente nessuna ricerca di equilibrio, nessun bilanciamento, appunto: il principio è la condivisione dei dati, l'eccezionalità (si badi, non l'eccezione, che almeno ammetterebbe un criterio di proporzionalità) è quella dei "segreti commerciali", di cui non viene lasciata neanche la possibilità di individuare la *funzione in concreta* svolta dal segreto, offrendo, in quest'opera di bilanciamento, criteri di qualificazione e definizione così come parametri di valutazione su quale delle due situazioni, ed in presenza di quali elementi e circostanze, debba o possa di volta in volta proporsi come maggiormente meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

Al contrario, appare poco più di una *boutade* giuridica la previsione del *Data Act* dove si afferma che "i titolari dei dati dovrebbero individuare i segreti commerciali prima della divulgazione": e dunque? Nulla, così tanto per dire.

## 6. I dati non personali e i dati personali. Il rapporto tra il *Data Act* e il GDPR

Il legislatore europeo ha dovuto affrontare una questione di non poco momento, soprattutto nella consapevolezza che il fenomeno dei dati ricomprende informazioni e conoscenze di natura variegata, non sempre esattamente riconducibili ad una esatta categoria che li definisca di volta in volta. Da qui, appunto e preliminarmente, la necessità di definire l'ambito definitivo dei dati oggetto del *Data Act* (Reg. UE 2023/2854); e dunque costringendo il legislatore europeo anche a dover superare una qualche inibizione di pudicizia definitiva, laddove ci dice che "dati non personali sono quelli "diversi dai dati personali" (art. 2, punto 1, *Data Act*), questi ultimi definiti dall'art. 4, punto 1, del Regolamento UE 2016/679.

E tanto più delicata dev'essere apparsa la questione della distinzione tra i primi ed i secondi, soprattutto dopo che – nonostante la riluttanza da parte di organismi europei di vigilanza e regolazione del fenomeno dei dati personali – si è finito con il dover ammette-

re che anche questi ultimi sono ormai assurti *anche* a valore economico, se ne è costruita la valenza patrimoniale, se ne è definita la prospettiva di circolazione, rimessa, come ogni trasferimento di ricchezza, a schemi negoziali e dunque ad operazioni contrattuali. Vicenda negoziale che si aggiunge alla tradizionale vicenda di tutela della sfera privata e della personalità morale dell'individuo.

Riassunta così, l'idea di costruire un mercato dei dati *non* personali dovrebbe risultare assai più agevole, ove solo si consideri che per *questi* dati non dovrebbero valere, per la loro stessa natura, quelle gravi limitazioni, sotto il profilo della tradizionale ostilità ad ammettere la negoziabilità di quelli personali, che hanno portato per lungo tempo (qualche focolaio di resistenza ancora si coglie qua e là) ad escludere qualunque profilo di patrimonializzazione e dunque di fenomeno di negoziabilità e di mercato alle informazioni riguardanti “una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”)”. E “si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale” (art. 4, punto 1, Regolamento UE 2016/679).

E proprio muovendo dall'*incipit* definitorio, il legislatore europeo del 2023 (il *Data Act*) ha dovuto limitarsi a definire “dati” (semplicemente) come “qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva”; e tuttavia esprimendo opportunamente ed assai realisticamente la preoccupazione che nella vicenda dell'accesso ai dati (non personali) e la pretesa di una loro condivisione da parte di tutti i soggetti del mercato (basterà chiedere) finiscano anche i dati personali, ben potendo immaginare quella che lo stesso legislatore del *Data Act* definisce una *combinazione di dati personali e non personali*.

Certo, ancora il legislatore europeo ci dice che “nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere applicata o interpretata in modo da ridurre o limitare il diritto alla protezione dei dati personali o il diritto alla vita privata e alla riservatezza delle comunicazioni”. Ed aggiunge che “qualsiasi trattamento di dati personali a norma del presente regolamento dovrebbe rispettare il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, tra cui il requisito di una valida base giuridica del trattamento a norma dell'art. 6 del regolamento (UE) 2016/679 e, se del caso, le condizioni di cui all'art. 9 di tale regolamento...”. Ma proprio la disposizione dell'art.6 (liceità del trattamento) è servita *anche* a sostenere la negoziabilità del dato personale, la sua circolazione contrattuale ove *quel* dato entri in un fenomeno di scambio, in un'operazione economica.

In sostanza, se il *dato personale* è oggetto di un trattamento correlato ad un'operazione economica, è elemento di un'operazione di scambio patrimoniale, esso sarà inevitabilmente coinvolto nella vicenda della condivisione dei dati come disciplinata dal *Data Act*; mentre questo provvedimento – ed è questa l'unica limitazione individuabile nella disciplina di questo Regolamento rispetto alla circolazione contrattuale di quel dato – non potrà costituire una base giuridica per la raccolta e la generazione di dati personali da parte del titolare dei dati.

In definitiva, se il dato personale è stato oggetto di operazione economico-patrimoniale, esso è circolato secondo meccanismi negoziali-contrattuali e come tutti i beni economici è entrato a comporre una vicenda di mercato, secondo lo schema classico di domanda ed offerta; e se è stato trattato secondo questa prospettiva in base alle norme del *GDPR*, che ne avrà consentito la genesi ed il percorso in quest'ottica, esso ben potrebbe finire in una vicenda di condivisione e di messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati ai destinatari dei dati, secondo la disciplina del cd. *Data Act*.

Una qualche consapevolezza di questa (sempre più inevitabile) commistione tra *dato personale* e *dato non personale* si coglie, sia pure non chiaramente, nel *Data Act*, dove tuttavia si legge che “quando l'utente è una persona fisica, l'uso di un prodotto connesso o di un servizio correlato può generare dati che si riferiscono all'interessato”. La conseguenza è che il diritto applicabile è quello del Regolamento (UE) 2016/679: il trattamento che ne consegue è quello disciplinabile dal *GDPR* e ciò anche qualora i dati personali e non personali all'interno di un insieme di dati siano indissolubilmente legati. E dopo aver precisato che l'interessato può essere l'utente o altra persona fisica, la previsione del *Data Act* è che “i dati personali possono essere richiesti solo da un titolare del trattamento o da un interessato” (considerando 34).

Ed è qui l'ulteriore complicazione della vicenda circolatoria, allorquando la figura dell'utente e dell'interessato non coincidano. Non sempre, infatti, le due figure coincidano.

In questo caso all'utente del prodotto connesso, al titolare dei dati, al terzo destinatario degli stessi, si aggiunge un quarto soggetto: l'interessato, la persona fisica identificata o identificabile alla quale si riferiscono i dati personali (art.4 *GDPR*) che l'utente richiede vengano condivisi. Ebbene, in questo caso non è sufficiente la richiesta dell'utente del prodotto connesso rivolta al titolare dei dati per la legittima condivisione di dati personali altrui, ma è necessario il consenso dell'interessato (che non usa il prodotto connesso e, dunque, non è “utente”) a quel trasferimento. Perché in termini generali, dichiaratamente non derogati dal *Data Act*, è il consenso dell'interessato a fornire la base della circolazione dei dati personali (artt. 6 e 7 *GDPR*). E dunque, ci conferma l'art. 5 par. 7 del *Data Act* che “se l'utente non è l'interessato i cui dati personali sono richiesti, i dati personali generati dall'uso di un prodotto connesso o di un servizio correlato, sono messi a disposizione del terzo dal titolare dei dati solo se esiste una valida base giuridica per il trattamento a norma dell'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679”, e dunque, in via di principio, del consenso.

## ABSTRACT

Il Reg. (UE) 2023/2854 (c.d. *Data Act*) definisce normativamente il fenomeno del mercato dei dati non personali. Tuttavia, occorre sottolineare le criticità di tale provvedimento, soprattutto in relazione alla scarsa attenzione ai temi dell'autonomia e della libertà contrattuale che, anche se affermate, non trovano spazio di manifestazione pur a fronte di un fenomeno economico che coinvolge soggetti privati.

*EU Reg. (EU) 2023/2854 (the so-called Data Act) defines the phenomenon of the non-personal data market. However, it is necessary to emphasise the critical aspects of this act, especially in relation to the scant attention paid to the issues of contractual autonomy and freedom, which, even if affirmed, do not find space to manifest themselves in the face of an economic phenomenon involving private subjects.*