

Giorgio Giannone Codiglione

**REPUTAZIONE ON LINE, SISTEMI
DI RATING E ANONIMATO IN
UNA RECENTE DECISIONE DELLA
CORTE DI CASSAZIONE TEDESCA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

**CORTE SUPREMA
FEDERALE TEDESCA**
23 SETTEMBRE 2014
VI ZR 358/13

Germania

- **Protezione dei dati personali**
- **Internet**
- **Libertà di espressione e d'informazione**
- **Diritto generale della personalità**
- **Professioni sanitarie**
- **Divieto di pubblicazione**
- **Obbligo di cancellazione**
- **Non sussistono**

Il diritto all'autodeterminazione informativa (artt. 2, co. 1 e art. 1, co. 1, Grundgesetz; art. 8, co. 1, CEDU) e quello di libertà di esercizio della professione (art. 12, co. 1, GG) di un medico incluso in un portale di rating professionale non prevalgono sull'interesse del prestatore alla raccolta e alla conservazione commerciale ai fini della trasmis-

*sione a terzi dei dati di base dei medici e delle valutazioni degli utenti, protetto dal diritto di libertà di espressione, nonché sulla libertà di tutti i consociati d'informazione, di opinione sulle prestazioni sanitarie e di scelta del professionista a cui rivolgersi (art. 5, co. 1, GG; art. 10, co. 1, CEDU; art. 12, co. 1, GG) *.*

Germania

- **Internet**
- **Manifestazione del pensiero in forma anonima**
- **Protezione costituzionale**

L'utilizzo in forma anonima è immanente in Internet. Limitare la libertà di opinione alle espressioni attribuibili ad un determinato individuo contrasta con l'art. 5, co. 1, della Carta costituzionale della Repubblica federale di Germania.

La Corte d'appello ritiene che in capo all'attore non si configuri né il diritto alla cancellazione dei dati oggetto della causa né quello di ottenere un divieto di pubblicazione.

Gli interessi dell'attore ad essere escluso dalla raccolta, conservazione o modifica dei dati non prevalgono su quelli della convenuta e degli utenti.

Gli interessi meritevoli di tutela dell'attore sono sufficientemente garantiti dai meccanismi di controllo attuati dalla società convenuta.

L'obbligo di comunicare un indirizzo di posta elettronica verificabile garantisce alla convenuta la possibilità di chiedere chiarimenti a ciascun utente. Ciò vale segnatamente anche nel caso in cui il medico interessato intenda sfruttare la facoltà di segnalare problemi in relazione alle valutazioni ricevute.

È irrilevante il fatto che il medico non abbia l'opportunità di confrontarsi direttamente con l'utente che effettua la valutazione in virtù della facoltà di utilizzo in forma anonima connaturata ad Internet.

L'attore è già sufficientemente tutelato da eventuali valutazioni diffamatorie o illegittime grazie all'esistenza di diverse modalità di reclamo esercitabili nei confronti della convenuta, quali ad esempio quelle rappresentate dall'uso dell'apposito tasto sulla pagina Internet o, ancora, dal contatto telefonico o per iscritto. Neanche il fatto che a fianco dei dati

* Traduzione di Giorgio Giannone Codigione.

personali dell'attore sia collocato il link che consente all'utente di effettuare la valutazione configura un uso distorto ed inammissibile dei dati ai sensi del § 29 della Legge federale sulla protezione dei dati [*Bundesdatenschutzgesetz* - BDSG], che si occupa proprio dei casi di uso commerciale dei dati personali ai fini della loro trasmissione; lo scopo della norma non si limita ad autorizzare la presa di contatto.

Anche il fatto che via Internet sia possibile uno “scambio di opinioni di portata molto vasta” non permette di pervenire a considerazioni differenti. La libertà di opinione abbraccia il diritto a scegliere il mezzo di divulgazione cosicché l'attore, che in considerazione del diritto alla libera scelta del medico deve porsi in concorrenza con gli altri colleghi e soggiace ai meccanismi di mercato, deve accettare anche la valutazione fornita per mezzo di Internet.

Non è infine neppure pertinente la considerazione svolta dall'attore per cui la convenuta non verifica se l'utente sia stato effettivamente un paziente del medico che sta valutando, poiché secondo le dichiarazioni della convenuta — non efficacemente contestate — ciascun utente è tenuto a pronunciarsi in merito a tale questione al momento della valutazione attraverso una apposita “*Checkbox*”.

La sentenza impugnata regge al riesame della Cassazione. Correttamente la Corte d'appello ha ritenuto insussistenti le pretese fatte valere dall'attore nei confronti della convenuta volte ad ottenere la cancellazione dei dati che lo riguardano pubblicati sul sito Internet www.jameda.de (I.), il divieto di pubblicazione di un “Profilo personale” dell'attore nel predetto sito (II.) ed il risarcimento delle spese legali preprocessuali (III.).

I.

A tenore del § 35 co. 2, n. 1, BDSG, i dati personali devono essere cancellati laddove la loro conservazione sia inammissibile. Ciò non sussiste nel caso di specie.

1. Il § 35 BDSG trova essenzialmente applicazione in questa controversia, come anche le restanti disposizioni della Terza sezione della medesima legge citata.

a) Il BDSG è applicabile ai sensi del § 1, co. 2, n. 3 e la terza sezione del BDSG ai sensi del § 27, co. 1, n.1, primo periodo, essendo la convenuta — quale soggetto di diritto privato che non rientra nelle ipotesi di cui al § 2, commi 1-3, BDSG — un organismo privato a norma del § 2, co. 4, primo periodo, BDSG, che effettua un trattamento dei dati personali dell'attore ai sensi del § 3, co. 1, BDSG con l'ausilio di appositi strumenti.

b) Il *Medienprivileg* (cfr. § 57, co. 1, fr. 1, dell'Accordo interstatale sulla radiotelevisione [*Rundfunkstaatsvertrag* — RStV] e il § 41, co. 1, BDSG) non contrasta con la piena applicazione della Legge federale sulla protezione dei dati, poiché in ogni caso, sulla scorta degli accertamenti svolti dalla Corte d'appello, non si può presumere che le valutazioni siano oggetto di elaborazioni di carattere giornalistico-redazionale.

2. L'ammissibilità della conservazione dei dati dell'attore oggetto della controversia va valutata, diversamente da quanto sostenuto nel ricorso in

Cassazione, non sulla base del § 28 BDSG, ma con riferimento al § 29 BDSG.

a) Il fattore determinante che permette di delimitare la portata del § 28 BDSG da quella del § 29 BDSG è la finalità perseguita dal responsabile del trattamento. Se il trattamento dei dati è un “mezzo per soddisfare proprie finalità economiche”, esso è soltanto un mezzo ausiliario per soddisfare determinate altre finalità proprie dell’organismo che provvede al trattamento, così la sua ammissibilità va valutata sulla base del § 28 BDSG. Per contro, nell’ipotesi in cui i dati siano trattati in modo commerciale “ai fini della trasmissione”, è proprio quest’ultima a essere l’effettivo oggetto dell’attività commerciale.

Stanti gli accertamenti dei fatti svolti dall’*Amtsgericht* oggetto di analisi della Corte d’appello, all’interno del portale la convenuta mette a disposizione degli utenti tramite visualizzazione le informazioni personali dei medici archiviate, ossia i c.d. Dati di base, nonché note e commenti a testo libero.

Il fine diretto perseguito dal gestore del portale e, di conseguenza, l’oggetto dell’attività della convenuta è pertanto la trasmissione di tali dati agli utenti.

Anche la raccolta e la conservazione dei dati effettuate a tale scopo hanno la medesima finalità. Posto che l’attività è orientata alla ripetizione e mira ad avere una certa durata, sono commerciali anche la raccolta e la conservazione dei dati, requisito necessario per l’applicazione del § 29 BDSG.

b) Non è pertinente già per motivi di ordine processuale l’eccezione sollevata nel ricorso in Cassazione avverso l’applicazione del § 29 BDSG, per cui la convenuta utilizzerebbe i “Dati di base” dei medici e le valutazioni raccolte non solo ai fini della trasmissione a terzi ma, in primo luogo, con lo scopo di offrire ai medici interessati i c.d. *Service* a fronte di un compenso mensile.

aa) Nel ricorso in Cassazione si sostiene infatti che la convenuta offra dietro compenso ai medici interessati i c.d. Pacchetti Premium, che comprenderebbero una “presentazione speciale su *jameda.de*”. In particolare, visualizzando il profilo di un medico, grazie ai “*Service*” inclusi nei pacchetti non apparirebbe la pubblicità mirata di altri medici in diretta concorrenza con il professionista cercato. I medici che non acquistano dalla convenuta un “Pacchetto Premium” dovrebbero al contrario sopportare che potenziali pazienti siano attirati nel portale dal proprio nome e dalle valutazioni raccolte sul loro conto, per poi divenire destinatari in maniera mirata di inserzioni pubblicitarie — collocate subito dopo i dati di base e prima dello spazio relativo alle valutazioni — riguardanti medici concorrenti della stessa area e con la medesima specializzazione, presentati tuttavia con una “valutazione migliore”. Così facendo la convenuta procura ai medici che hanno acquistato un “Pacchetto Premium” un diretto vantaggio concorrenziale. Viceversa, sussiste una pressione, quantomeno indiretta, che dovrebbe indurre i medici ad acquistare un “Pacchetto Premium”.

bb) Tali deduzioni non possono essere considerate in Cassazione.

A tenore del § 559, co. 1, fr. 1, del Codice di procedura civile [*Zivilprozessordnung* - ZPO], sono soggette al giudizio della Corte fede-

rale di Cassazione solo le allegazioni di parte risultanti dalla sentenza di appello o dal verbale di udienza.

Sono sostanzialmente inammissibili in Cassazione nuove allegazioni nel merito.

Il fatto che l'attore abbia già formulato nei gradi di merito le affermazioni sull'offerta di "Service" della convenuta non è deducibile né dalla sentenza di appello né dal verbale di udienza. Quanto detto vale anche se il ricorso in Cassazione fa riferimento allo scritto della convenuta accluso all'atto di citazione sub allegato K2, nel quale si informa l'attore di una valutazione che lo riguarda in *www.jameda.de*. Detto documento fa parte delle allegazioni di parte risultanti dalla sentenza di appello, poiché la sentenza impugnata rimanda alla fattispecie della sentenza dell'*Amtsgericht*, che a sua volta fa riferimento alle memorie scambiate tra le Parti. Ciò è essenzialmente sufficiente.

Tuttavia, le allegazioni nel merito poste alla base della contestazione non si evincono dal predetto scritto. Infatti, in relazione ai "Service" si dichiara soltanto:

"Desidera sfruttare questa opportunità a suo vantaggio per essere trovato più facilmente da pazienti (privati)? Allora si informi sulla nostra offerta Service".

Da ciò non si comprende in che cosa consistano questi "Service".

Inoltre lo scritto, al quale la costituzione in Cassazione rimanda correttamente, è stato prodotto dall'attore unicamente a comprova del fatto di essere stato informato dalla convenuta della ricezione di un'(ulteriore) valutazione.

La nuova — per quanto esposto — rappresentazione dei fatti in sede di giudizio di legittimità non può essere contemplata neanche in via eccezionale. La giurisprudenza ha ammesso deroghe al principio che si desume dal § 559, co. 1, ZPO per questioni di economia processuale.

In particolare, il § 559, co. 1, ZPO deve essere interpretato limitatamente all'eventualità che nel ricorso in Cassazione possano in una certa misura essere considerati fatti anche nuovi, rilevanti ai fini della situazione di diritto sostanziale, qualora essi siano incontestati e non contrastino con gli interessi meritevoli di tutela della controparte. Inoltre è essenziale che i fatti nuovi si siano verificati soltanto nel corso del procedimento di Cassazione ovvero dopo la conclusione dell'ultima trattazione orale in appello.

Ciò non si verifica nel caso di specie.

3. La conservazione dei dati oggetto della causa è ammessa ai sensi del § 29 BDSG.

a) La disciplina del § 29, co. 1, n. 1, primo periodo, BDSG determina in modo univoco il criterio di verifica. I c.d. Dati di base sono desunti incontestabilmente da fonti pubblicamente accessibili. L'ammissibilità della loro conservazione dovrebbe pertanto essere valutata secondo il dettato del § 29, co. 1, n. 2, primo periodo, BDSG, che risulta meno severo rispetto al § 29, co. 1, n. 1, BDSG. Le circostanze del caso di specie richiedono tuttavia un'analisi in relazione all'immagazzinamento delle valutazioni, poiché soltanto l'utilizzo congiunto dei dati soddisfa il fine perseguito dalla convenuta.

b) A tenore del § 29, co. 1, n. 1, BDSG, la raccolta e la conservazione dei dati personali ai fini della loro trasmissione è ammessa laddove non vi sia alcun motivo per supporre che l'interessato abbia un interesse meritevole di tutela a che la raccolta o la conservazione sia esclusa.

L'indeterminatezza del riferimento ad un "interesse meritevole di tutela" impone di considerare l'interesse della persona alla tutela dei propri dati e l'importanza che la pubblicazione e l'utilizzo dei dati stessi riveste per la stessa, unitamente agli interessi degli utenti per cui si effettua la conservazione, tenendo in considerazione l'ordine di valori obiettivo dei diritti fondamentali. Per tale rilievo si deve far riferimento ai principi formulati nella sentenza della Sezione giudicante del 23 giugno 2009 - VI ZR 196/08.

c) Nel caso di specie è necessario considerare da una parte la tutela del diritto all'autodeterminazione informativa spettante all'attore di cui all'art. 2, co. 1, art. 1, co. 1, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania [*Grundgesetz* - GG] e dell'art. 8, co. 1, CEDU e, dall'altra, il diritto della convenuta alla libertà di espressione a tenore dell'art. 5, co. 1, GG e dell'art. 10, co. 1, CEDU, senza trascurare la *Drittwirkung* mediata prodotta su entrambe le Parti dal diritto fondamentale di cui all'art. 12, co. 1, GG.

aa) L'inserimento dell'attore nel portale di valutazione tocca in primo luogo il suo diritto all'autodeterminazione informativa, che comprende la facoltà del singolo di determinare essenzialmente in modo autonomo se, quando ed entro che limiti debbano essere resi pubblici i propri dati personali. Esso non si esaurisce nella funzione dell'*Abwehrrecht* (diritto a "non subire intrusioni") del cittadino nei confronti dello Stato, ma quale diritto fondamentale sviluppa una *Drittwirkung* estendendo la propria influenza anche sull'ordine di valori di diritto privato.

L'attore è altresì colpito nel suo diritto al libero esercizio della professione, tutelato dall'art. 12, co. 1, GG, che parimenti esercita una *Drittwirkung* mediata. È protetta ogni attività relativa ed utile all'esercizio di una professione, pertanto anche la presentazione al pubblico di liberi professionisti volta ad incrementarne il successo professionale. Tale diritto fondamentale non protegge dalla diffusione di informazioni pertinenti e oggettive potenzialmente rilevanti sul comportamento degli operatori di mercato, finanche nel caso in cui i contenuti si ripercuotono in modo pregiudizievole sulle singole posizioni concorrenziali. L'inserimento nel portale della convenuta va però oltre. Esso costringe il medico ad essere presentato ad un ampio pubblico nella (angusta) cornice preimpostata dalla convenuta e, ospitando le valutazioni effettuate da soggetti non esperti in campo medico, lo obbliga ad essere paragonato ad altri colleghi, potendo così influire considerevolmente sulle sue opportunità professionali e sulla sua situazione economica.

bb) In favore della convenuta è necessario considerare il diritto alla libertà di espressione sancito dall'art. 5, co. 1, GG e dall'art. 10, co. 1, CEDU, che la riguarda quale persona giuridica di diritto privato. Anche l'art. 5, co. 1, primo periodo, GG tutela il processo comunicativo in quanto tale. Ne consegue che la comunicazione di un'opinione altrui o di un'affermazione fattuale può rientrare nell'ambito di tutela del diritto

fondamentale perfino quando il soggetto comunicante non la fa sua né la vincola alla propria opinione. Un portale di valutazione come quello gestito dalla convenuta favorisce innanzitutto lo scambio di esperienze avute con medici reali tra persone che non si conoscono direttamente.

Quale gestore del portale la convenuta deve essere considerata un “Mediatore indispensabile”.

Già per tale motivo la gestione del portale rientra nell’ambito di tutela dell’art. 5, co. 1, primo periodo, GG. La gestione del portale di valutazione si differenzia comunque dalla mera trasmissione tecnica, la cui tutela ex art. 5, co. 1, GG è in ogni caso incerta, per il fatto che nell’ottica dell’utente il portale, anche con la visualizzazione della media dei voti, ha la pretesa di delineare un quadro completo delle valutazioni fornite dagli utenti stessi sulla base di criteri prestabiliti.

Viene inoltre coinvolta la libertà di opinione e d’informazione degli utenti.

L’obbligo di cancellazione delle registrazioni presenti all’interno del portale rappresenterebbe altresì per la convenuta una restrizione all’esercizio della propria attività commerciale e, quindi, un limite alla tutela della libertà di esercizio della professione ad essa spettante in qualità di soggetto di diritto privato.

d) Il giudizio della Corte d’appello regge al riesame al quale è stato *in toto* sottoposto. È corretta l’opinione della Corte d’appello per cui gli interessi dell’attore all’esclusione dalla conservazione dei dati oggetto della causa non prevalgono su quelli della convenuta e degli utenti alla gestione del portale e alla conservazione dei dati ad essa connessa.

aa) In primo luogo, è certamente opportuno osservare che essere inserito nel portale di valutazione gestito dalla convenuta comporti per il medico un onere più che irrilevante.

(1) Correttamente il ricorso in Cassazione fa innanzitutto riferimento al fatto che nel caso della valutazione di medici nel portale gestito dalla convenuta, diversamente da quanto avviene per le valutazioni degli insegnanti nel portale scolastico oggetto della sentenza del 23 giugno 2009 - VI ZR 196/08, non si tratta semplicemente di dati “inconsistenti”, solo moderatamente pregiudizievoli per la personalità e la carriera professionale dell’attore. Ciò perché le valutazioni possono non soltanto avere ripercussioni considerevoli sulle istanze di affermazione sociale e professionale di un medico, ma anche influire sulla scelta del professionista da parte di persone che ne hanno necessità, per cui produrre effetti diretti sulle *chance* del medico in concorrenza con altri colleghi e comprometterne addirittura la carriera professionale nel caso di valutazioni negative.

L’impatto esercitato dal portale della convenuta è assai notevole. Diversamente dal caso del portale scolastico sopra menzionato, la possibilità di un suo utilizzo non è limitata agli utenti registrati. Tutti coloro che navigano in rete possono visualizzare i dati riguardanti un medico inserito nel portale. I dati possono essere reperiti in modo semplice con l’ausilio dei motori di ricerca, anche digitando il nome di un medico, cosa che amplifica ulteriormente il peso del pregiudizio al diritto all’identità personale.

Nello specifico, anche colui che cerca in rete informazioni del tutto differenti, quali gli orari di colloquio o l'indirizzo di un determinato medico, può trovarsi di fronte alle valutazioni di medici memorizzate dal portale della convenuta.

Né è escluso l'abuso da parte dei soggetti che effettuano una valutazione. Sulla scorta dell'opportunità concessa agli utenti di poter esprimere valutazioni anche a testo libero, vi è il rischio che attraverso il portale vengano pubblicate in rete dichiarazioni riguardanti un medico false, offensive o parimenti inammissibili. Questo rischio è acuito ulteriormente dal fatto che le valutazioni possono essere effettuate in forma anonima. Per poter inserire una valutazione è necessario essere registrati, ma non è necessario fornire il nome esatto, essendo sufficiente indicare un indirizzo di posta elettronica al quale ha accesso colui che sta effettuando la registrazione. Sono ipotizzabili anche valutazioni ripetute da parte della medesima persona e valutazioni senza essere stati effettivamente in cura.

(2) Tuttavia, le informazioni raccolte e archiviate dalla convenuta incidono unicamente sulla sfera sociale dell'attore. Le valutazioni riguardano l'attività professionale dell'attore, quindi un ambito nel quale lo sviluppo della personalità avviene a priori attraverso il contatto con l'esterno. Secondo la nozione sviluppata della giurisprudenza in relazione al diritto generale della personalità inteso quale diritto "quadro" che rende meritevoli di tutela determinate sfere secondo una sequenza graduata, la garanzia del diritto generale della personalità copre anche nell'ambito della sfera sociale il diritto all'autodeterminazione nella divulgazione di fatti della vita personale. Tuttavia, il livello di tutela è minore rispetto a quello offerto nel caso di dati riguardanti, ad esempio, la sfera intima o segreta.

Nell'ambito della sfera sociale il singolo deve aspettarsi a priori, per gli effetti che la propria attività produce nei confronti degli altri, che il suo comportamento sia oggetto di osservazione da parte di una platea molto ampia e che il proprio operato possa essere criticato.

Quanto detto vale segnatamente anche per i medici che svolgono la libera professione e che offrono le loro prestazioni ponendosi in concorrenza con altri colleghi. Le dichiarazioni rilasciate nell'ambito della sfera sociale possono essere associate a una sanzione negativa solo in caso di ripercussioni gravi sul diritto della personalità, ad esempio se si può temere la stigmatizzazione, l'emarginazione sociale o la messa alla gogna.

Tali ipotesi non sono da considerare nel caso di specie. Per la parte restante l'attore non è esposto ai rischi del portale senza ricevere tutela alcuna. In particolare egli può opporsi all'eventuale ricorrenza di affermazioni fattuali false e valutazioni offensive o inammissibili, rivolgendosi alla convenuta e chiedendone la cancellazione. Secondo le osservazioni svolte della Corte d'appello, nel portale egli ha a disposizione a tale riguardo un apposito tasto. Qualora la convenuta dovesse rifiutarsi di soddisfare la richiesta, l'attore può chiamarla a risponderne in sede giudiziale — cosa che la Corte d'appello ha fatto correttamente notare — ed eventualmente anche in sede cautelare.

Lo stesso si deve affermare con riferimento ad eventuali diritti al risarcimento del danno, anche nella considerazione del disposto di cui al

§ 10 della Legge in materia di servizi di telecomunicazione [*Telemediengesetz* - TMG]. Al fine di prevenire che possano configurarsi ipotesi di valutazioni ripetute o prive di concreto fondamento, la convenuta fornisce degli strumenti di tutela, seppur non privi di lacune.

Infine, gli oneri in concreto rappresentati dall'attore non hanno un peso eccessivo. Egli infatti non riferisce di essere divenuto vittima di una valutazione inammissibile *de jure* o anche solo in violazione delle condizioni generali di utilizzo del servizio. L'attore asserisce certamente di subire delle perdite di fatturato, ma sul punto mancano dichiarazioni argomentate.

bb) I fatti pregiudizievoli per gli interessi legittimi dell'attore sin qui rappresentati non hanno un peso maggiore del diritto della convenuta alla libertà d'informazione.

(1) Bisogna innanzitutto prendere le mosse dall'interesse, assai rilevante, che le persone detengono a ricevere informazioni sulle prestazioni mediche.

Le persone che intendono ricorrere a prestazioni mediche sono sostanzialmente libere nella scelta del professionista a cui rivolgersi.

Il portale gestito dalla convenuta può contribuire a rendere disponibili al paziente le informazioni necessarie a tale scopo. Non cambia nulla se in determinate circostanze esistano altre fonti da cui trarre tali informazioni, ad esempio l'esperienza personale dei conoscenti oppure, nel caso degli specialisti, il parere del medico di famiglia precedentemente consultato dal paziente.

La sostanziale idoneità del portale a contribuire a una maggiore trasparenza delle prestazioni rese in ambito sanitario non contrasta con il fatto che le valutazioni in esso inserite non siano fornite, di norma, da esperti del settore e hanno una connotazione soggettiva.

Certamente le dichiarazioni valutative sulla qualità di un trattamento medico spesso non possono rispondere a criteri tecnici che il profano non conosce e nel singolo caso possono essere influenzate dal mancato successo del processo di cura, non imputabile al medico né dallo stesso finanche dovuto. Ciò nonostante, il servizio offerto della convenuta può costituire un'opportuna integrazione delle fonti tradizionali di informazione. Il giudizio soggettivo espresso nelle valutazioni può aiutare altre persone nella scelta del medico — specialmente con riguardo a fattori estranei al trattamento, quali ad esempio l'organizzazione dello studio — che meglio soddisfa esigenze attinenti la cura desiderata e anche preferenze di carattere personale.

(2) Il fatto che — a prescindere dall'indicazione di un indirizzo di posta elettronica — nel portale gestito dalla convenuta le valutazioni possano essere effettuate in forma anonima, non implica che l'interesse dell'attore alla cancellazione dei dati sia superiore a quello che la convenuta detiene alla loro conservazione. Come sopra rappresentato, i medici oggetto di valutazione — e con essi anche l'attore — non rimangono privi di tutele.

Inoltre, l'utilizzo in forma anonima è immanente in Internet.

Le norme volte alla tutela dei dati relativi agli utenti nei confronti del *service provider* si trovano nei §§ 12 ss. TMG.

Limitare la libertà di opinione alle espressioni attribuibili a un determinato individuo non è compatibile con l'art. 5 co. 1 fr. 1 GG.

Per la parte restante, la possibilità di fornire valutazioni anche in forma anonima all'interno di un portale di valutazione di medici acquista un peso molto particolare, poiché frequentemente la valutazione di un medico è connessa alla comunicazione di informazioni sensibili afferenti la salute, per esempio relative al motivo della cura o al tipo di terapia svolta. Se l'inserimento di una valutazione fosse ammesso solo a condizione che venisse svelata la propria identità, vi sarebbe il rischio concreto che i pazienti intenzionati a formulare un giudizio, proprio per tale motivo, rinunciassero ad esprimersi.

(3) Allo stesso modo, non sancisce la prevalenza degli interessi dell'attore il fatto che la convenuta, nell'ipotesi di cancellazione del profilo dell'attore, possa continuare a gestire il portale in maniera invariata anche in assenza di quel profilo personale. Un portale di valutazione che dipenda dal consenso dei medici valutati — potendo essere eventualmente revocato nel caso di una valutazione mediocre — perseguirebbe il proprio scopo in maniera tutt'al più limitata.

cc) Non è pertinente l'eccezione mossa nel ricorso in Cassazione per cui la valutazione della Corte d'appello sarebbe anche incompleta e scorretta poiché non contemplerebbe l'interesse dell'attore a non utilizzare i dati raccolti su di lui e sulla propria attività professionale allo scopo di mettere contestualmente a disposizione degli internauti che fanno ricerche digitando il suo nome le inserzioni pubblicitarie di diretti concorrenti, poiché detta eccezione si basa su nuove allegazioni nel merito che, come esposto, non possono più essere prese in considerazione nel ricorso in Cassazione. Lo stesso dicasi per l'eccezione mossa nel ricorso in Cassazione, per cui la Corte d'appello non avrebbe neppure considerato il fatto che la convenuta gestisce il portale con l'obiettivo di vendere i suoi "Service" ai medici che vogliono evitare che all'atto della visualizzazione del proprio profilo appaia la pubblicità di diretti concorrenti, facendo pagare agli interessati l'importo mensile a tal fine richiesto "quasi alla stregua di una tangente".

II.

L'attore non ha neppure alcun diritto a che sia vietata la pubblicazione dei dati oggetto della causa attraverso la trasmissione agli utenti che li consultano ai sensi del § 823, co. 2, e § 1004 BGB letto in combinato disposto con il § 4 co. 1 BDSG. Piuttosto tale trasmissione è ammissibile ai sensi del § 29, co. 2, BDSG.

1. In base al testo del § 29, co. 2, BDSG, la trasmissione di dati personali è ammessa quando, in primo luogo, il terzo al quale i dati vengono trasmessi ha manifestato in modo attendibile un interesse legittimo a venirne a conoscenza e, secondo, non vi è motivo di supporre che il soggetto interessato abbia un interesse meritevole di tutela nell'escludere la trasmissione stessa. Con riguardo ai portali di valutazione in Internet, in base alla giurisprudenza di questa Sezione, la norma deve essere correttamente interpretata giudicando l'ammissibilità della trasmissione dei dati verso gli utenti che intendono consultarli sulla scorta di una valutazione globale che contempli da una parte il diritto della

personalità dell'interessato e, dall'altra, il diritto all'informazione di colui al quale vengono trasmessi i dati via Internet.

A questo proposito, devono essere posti a confronto gli interessi meritevoli di tutela del soggetto interessato, l'interesse del soggetto che cerca i dati di venirne a conoscenza e quello alla loro trasmissione del soggetto trasmittente. Per contro non è necessaria l'esposizione credibile dello specifico interesse legittimo alla visualizzazione dei dati prevista dalla lettera della norma.

2. Nel caso di specie la prevista ponderazione volge in favore della convenuta e dei suoi utenti. Ciò si evince dalle medesime considerazioni che fanno apparire ammissibile anche la conservazione dei dati oggetto della causa ai fini della loro trasmissione.

III.

Non sussistendo i diritti alla cancellazione e all'inibitoria fatti valere dall'attore, egli non ha neppure alcun diritto al risarcimento delle spese di giustizia preprocessuali.

REPUTAZIONE ON LINE, SISTEMI DI RATING E ANONIMATO IN UNA RECENTE DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE TEDESCA

1 La sentenza in commento affronta, sotto differenti angoli visuali, il problema della tutela della reputazione *on line* in relazione all'esercizio della professione medica.

L'avvento dei c.d. *reputation system* rappresenta uno dei più interessanti fenomeni connessi all'evoluzione del mondo digitale: alle facoltà di accesso, generazione, circolazione e condivisione di qual-

sivoglia contenuto offerte dalle piattaforme web “generaliste”, si è accostata la nascita di aggregatori di informazioni dedicati al commercio o alla mera promozione di particolari categorie di beni e servizi, che incoraggiano l'interazione critica e collaborativa degli utenti ¹.

Questo modello, inizialmente introdotto su piattaforme “chiuse”, in cui il soggetto registrato può valutare il comportamento di un altro utente in relazione al buon esito di una transazione *on line* (con l'indicazione di *feedback* positivi, neutri o negativi) al fine di prevenire e sanzionare

¹ Sul tema v. C. DELLAROCAS, *The Digitization of Word-of-Mouth: Promise and Challenges of Online Feedback Mechanisms*, MIT Sloan Working Paper no. 4296-03, 2003; A. GHOSE - P. IPEIROTIS - A. SUNDARARAJAN, *The Dimensions of Reputation in Electronic Markets*, NYU Center for Digital

Economy Research Working Paper no. CeDER-06-02, 2009; L. STRAHILEVITZ, *Wealth Without Markets? The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, in Yale L. J., vol. 116, 2007, p. 1472 ss.

eventuali frodi ed abusi, si è poi prestato ad una differente e più estesa applicazione ².

Dalle strutture ricettive e di ristorazione (*TripAdvisor*, *Yelp!*), ai viaggi (*Travelocity*), ai libri (*Judy's Book*) o ai più disparati beni di consumo (*Kelkoo*), sino a giungere alle prestazioni professionali (docenti, medici, idraulici), l'utente accede con semplicità ai dati "di base" previamente raccolti e organizzati dal prestatore rispetto ad alcuni parametri di riferimento (specifiche tecniche, prezzo, distanza geografica) e, soprattutto, può partecipare attivamente all'implementazione della piattaforma comunicando il relativo grado di soddisfazione rispetto ad una scala prestabilita (ad es. da 1 a 5) o ancora in forma libera (ma spesso vincolata ad un massimo di caratteri).

Il contenuto, autonomamente generato ed immesso nel circuito comunicativo e collaborativo dei *social media*, orienta l'opinione pubblica con un potenziale disseminativo molto più ampio, incisivo e persuasivo della "tradizionale" pubblicità commerciale ³.

L'utente pertanto, da terminale passivo di inviti all'acquisto, diviene al contempo consumatore e produttore di impulsi informativi (c.d. *prosumer*), stravolgendo le consolidate dinamiche socio-economiche del capitalismo di mercato, in cui è la produzione e l'offerta di beni e servizi a dominare e "manovrare" la domanda ⁴.

La facoltà di diffondere su larga scala la nostra personale opinione riguardo la qualità o l'affidabilità di un bene o di un servizio valicando la tradizionale dimensione "nucleare" del passaparola tra parenti e amici, rappresenta una rivoluzionaria declinazione della libertà di espressione in ambito digitale, che esercita una costante pressione sul complessivo e delicato quadro di tutela dei diritti fondamentali.

Con riferimento al diritto alla privacy, spicca il problema della liceità della raccolta dei dati effettuata dal prestatore in assenza del consenso dell'interessato (nella fattispecie il professionista) e il connesso diritto all'autodeterminazione informativa di cui è titolare. Specularmente, emerge la necessità di non sottoporre a vincoli o censure il diritto di accesso alle informazioni veicolate in rete spettante all'intera comunità.

Questione nota, ma ancora insoluta è poi quella attinente la forma e l'efficacia delle tutele offerte dal prestatore e dall'ordinamento nelle ipotesi di abuso, temperate sia in termini sostanziali che operazionali dall'aspettativa di anonimato dell'utente ⁵.

² Il riferimento va chiaramente a eBay: la famosa piattaforma di aste *on line* sin dal 1996 adotta un modello di controllo basato sulla reciproca valutazione tra acquirenti e compratori. Nel 2008 il sistema di *feedback* è stato sottoposto ad alcune modifiche che hanno previsto la compressione della finestra di discrezionalità concessa al venditore, adesso limitata all'assegnazione di soli *feedback* neutri o positivi.

³ Sul punto cfr. quanto affermato enfaticamente da J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero*, Milano, 2014, spec. p. 352 s. e 396 ss. Sul tema v. anche G. RIVA, *I*

social network, Bologna, 2010, pp. 136-143.

⁴ Questo fenomeno viene ad esempio descritto, sotto diverse prospettive, da D. HARVEY, *Breve storia del neoliberismo*, Milano, 2007, p. 54 s.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 36 s.; J. RYAN, *Storia di Internet e il futuro digitale*, Torino, 2011, p. 166 ss.

⁵ Sulla questione dell'anonimato in rete si rimanda agli atti del convegno "Anonimato, diritti della persona e responsabilità in rete" tenutosi presso l'Università di Milano l'11 novembre 2013 e raccolti in

Infine, se ci si pone in una prospettiva di mercato, appare fondamentale indagare attorno all'effettiva genuinità delle recensioni (con ricadute sulla disciplina della pubblicità e delle pratiche commerciali scorrette ⁶) e agli effetti che le modalità di gestione di tali sistemi di *rating* apprestate ancora con riguardo dai *provider* (nonché le finalità in concreto perseguite) producono sul generale assetto concorrenziale.

2. - L'attore, un ginecologo tedesco, nel 2012 apprendeva di essere stato oggetto di alcune valutazioni sul portale web gestito dalla società convenuta.

Jameda.de ⁷ è una piattaforma che raccoglie, conserva e mette a disposizione i dati identificativi, di contatto e di specializzazione dei professionisti della sanità che operano in Germania, permettendo inoltre all'utente di formulare giudizi sul loro operato.

Le recensioni, aventi la forma di voto o commento a testo libero, possono essere pubblicate anche in maniera anonima, previa indicazione (e verifica) di un indirizzo e-mail valido; esse sono poi visualizzabili all'interno della pagina profilo del medico.

Le richieste del professionista, prima indirizzate direttamente al prestatore (anche con una lettera del proprio avvocato) e, a seguito del rifiuto di *Jameda*, divenute oggetto del *petitum*, erano volte ad ottenere: a) la rimozione dei dati personali pubblicati nel portale; b) il divieto di inclusione nel portale del profilo del medico; c) il risarcimento delle spese preprocessuali.

La domanda attorea, respinta sia dall'*Amtsgericht* di Monaco ⁸ che, in sede di appello, dal Tribunale di Monaco ⁹, giungeva in ultima istanza innanzi al *Bundesgerichtshof* ¹⁰.

3. - La Corte di *Karlsruhe* ha operato una dettagliata disamina delle motivazioni su cui si basa il giudizio di appello, confermando e consolidandone contenuto e validità.

Nella motivazione viene in primo luogo valutata la legittimità della richiesta di cancellazione dei dati formulata dall'attore sulla base delle

questa *Rivista*, 2014, 2, pp. 111-223, nonché a G.M. RICCIO, *Anonimato e responsabilità in Internet*, in questa *Rivista*, 2000, p. 314; Id., *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, in L. NIVARRA - V. RICCIUTO (a cura di), *Internet e il diritto dei privati*, Torino, 2002, p. 25 ss.; R. NATOLI, *La tutela dell'onore e della reputazione in Internet: il caso della diffamazione anonima*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 441 ss.; G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2008, passim.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Indiritto IP, reti wi-fi e responsabilità per illeciti commessi da terzi*, in questa *Rivista*, 2013, p. 107 ss.; N. LUGARES, *Cittadino digitale e anonimato in rete*, draft vers., reperibile all'URL: [\[resiunitn.files.wordpress.com/2013/10/luga-resi-anonimato1.pdf\]\(http://luga-resiunitn.files.wordpress.com/2013/10/luga-resi-anonimato1.pdf\).](http://luga-</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶ Per una prima ricostruzione del problema si rimanda a C. COSENTINO, *Comparatori di prezzo e pratiche commerciali sleali: l'esperienza italiana e francese*, in *Comp. e dir. civ.*, (www.comparazonediritto-civile.it), 2012.

⁷ Sulla *home page* del sito, *Jameda* si proclama "*Deutschlands größte Arzttempfehlung*", il portale di valutazione dei medici più grande della Germania.

⁸ AG München, 12 ottobre 2012 - 158 C 1391/12.

⁹ LG München I, 19 luglio 2013 - 30 S 24145/12.

¹⁰ BGH, 23 settembre 2014 - VI ZR 358/13, in *Comp. e dir. civ.*, 2014.

disposizioni nazionali sulla privacy contenute nel *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG)¹¹.

Secondo il § 35, secondo comma, n. 1, BDSG, i dati personali dell'interessato possono essere cancellati qualora la loro conservazione sia inammissibile: in questo contesto, l'attività svolta dal prestatore è stata inquadrata come un'ipotesi di raccolta e conservazione commerciale di dati ai fini di una loro trasmissione, ai sensi del § 29 BDSG.

Secondo i giudici di legittimità infatti il prestatore, inteso come organismo privato che effettua il trattamento dei dati con l'ausilio di appositi strumenti, agisce con la finalità di mettere a disposizione degli utenti i "Dati di base" dei medici — liberamente reperibili da fonti accessibili al pubblico — e le valutazioni ed i commenti a testo libero riguardanti il loro operato.

La raccolta e la conservazione commerciale dei dati del professionista sarebbe soltanto un mezzo per perseguire il fine ultimo della trasmissione, non rientrando nella disposizione di cui al § 28 BDSG, che regola le ipotesi di "raccolta e conservazione per scopi commerciali propri".

Questo assunto fondamentale permette di collocare l'attività svolta del prestatore in un ambito non precipuamente economico, ma piuttosto di utilità sociale, influenzando in maniera determinante sugli esiti dell'iter interpretativo.

Invero l'attore, seppur tardivamente, eccepiva che la convenuta non avrebbe raccolto i dati solo al fine di trasmetterli ai terzi, ma, soprattutto con lo scopo di trarre chiari benefici economici dalla vendita di pacchetti di servizi extra ai medici interessati. Con l'acquisto dei servizi Premium il professionista abbonato fruirebbe di una diversa e più favorevole collocazione all'interno del portale: il profilo dedicato apparirebbe agli utenti senza l'apposita finestra pubblicitaria (ubicata a metà tra i dati di contatto e la parte dedicata alle recensioni) che promuove, eventualmente anche con un "voto" migliore) altri medici con la medesima specializzazione.

Tale nuova contestazione mossa dalla parte attrice non è stata però reputata ammissibile poiché in contrasto con il § 559, primo comma, ZPO, che stabilisce i limiti per il riesame degli accertamenti di fatto.

Sulla base di tali premesse, la Corte ha intrapreso un articolato giudizio di bilanciamento: in primo luogo, la conservazione dei soli "Dati di base", è stata ammessa ai sensi del § 29, co. 1, n. 2, primo periodo, che contempla le ipotesi in cui i dati risultino estraibili da fonti accessibili a tutti.

Rilevato che il trattamento svolto da *Jameda* presupponeva la conservazione e la trasmissione anche delle valutazioni degli utenti, è stato altresì preso in esame il § 29, co. 1, n. 1, primo periodo, BDSG, per cui l'ammissibilità della raccolta e della conservazione dei dati personali deve essere vagliata alla luce dell'eventuale insorgenza di un interesse meritevole di tutela che ne possa al contrario giustificare l'esclusione.

¹¹ La Legge federale tedesca sulla protezione dei dati fu emanata nel 1977 e poi oggetto di riforma già nel 1990: sul punto v. P. GOLA - R. SCHOMERUS, *BDSG Kommentar*, 11° ed., München, 2012; G. SPINDLER - F.

SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, 2° ed., München, 2011, p. 45 ss.; F. CARDARELLI - S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali*, Giuffrè, 2004, p. 11 ss.

Il generico riferimento ad ogni “interesse meritevole di tutela” ha imposto una riflessione attenta ad ogni profilo di ingerenza dell’attività del portale di *rating* sulle posizioni giuridiche dell’attore e di tutti i consociati, nel contesto dell’“ordine obiettivo dei diritti fondamentali”¹².

La motivazione si occupa pertanto di esplorare l’eventuale conflitto sussistente tra il diritto all’autodeterminazione informativa dell’attore (artt. 2, co. 1 e art. 1, co. 1, *Grundgesetz*)¹³ e il diritto di libertà di espressione della convenuta (artt. 5, co. 1 GG e 10 CEDU), nonché la *Drittwirkung* mediata esercitata su entrambe le parti dal diritto alla libertà della professione di cui all’art. 12, primo comma, GG¹⁴.

La legittima aspettativa di privacy dell’attore, azionata nella fattispecie nella forma dell’*informationelle selsbstbestimmung*, viene inoltre rafforzata dai potenziali effetti negativi prodotti in termini reputazionali e competitivi.

La raccolta e la messa a disposizione in favore di un pubblico sconfinato dei dati di base dei medici in combinazione con le valutazioni generate da soggetti privati non esperti in materia, inciderebbe sulle istanze di affermazione sociale e professionale dell’attore — con ricadute sul piano economico e della carriera — e sulla connessa libertà di scelta del pubblico.

I servizi offerti da *Jameda* sortirebbero infatti un “impatto notevole” sulla sfera personale e professionale dell’attore: l’immissione di recensioni e commenti anche in forma anonima e ripetuta nel tempo si presterebbe ad usi distorti, diffamatori e lesivi della libertà di esercizio della professione, nonché del diritto all’identità personale. Tali effetti pregiudiziali sarebbero poi amplificati dall’accesso libero degli utenti non registrati attraverso i motori di ricerca, diversamente da quanto in precedenza riscontrato dallo stesso *BGH* in un caso che coinvolgeva un portale di *rating* di insegnanti¹⁵.

¹² Il richiamo all’“*Objektive Wertordnung der Grundrechte*” è connesso alla diretta influenza esercitata dal sistema dei diritti fondamentali “sculpto” nel *Grundgesetz* sull’ordinamento giuridico dello Stato, sancita per la prima volta dal *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza Lüth del 1958. Questo effetto, che impone una visione “costituzionalmente orientata” di tutti i settori dell’attività giuridica statale, è stato dalla dottrina definito di “irradiazione”. Sul punto, in giurisprudenza si veda BVerfG, 15 gennaio 1958 - I BvR 400/51, in *NJW*, 1958, 257 e BGH, 23 giugno 2009 - VI ZR 196/08, in *NJW*, 2009, 2888, richiamata più volte dalla Corte, come si vedrà *infra*. In dottrina cfr. R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 480 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Roma-Bari, 2007, p. 724 ss.; G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 177-198.

¹³ Il *Recht auf informationelle selsbstbestimmung*, coniato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca più di trent’anni fa con la celebre *Volkszählungsurteil* ed ispiratore della riforma del 1990 del BDSG, può essere considerato il primo stadio del percorso evolutivo seguito dal moderno diritto alla privacy, nel cui contesto si può collocare la recente affermazione del diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici di informazione. V. BVerfG, 15 dicembre 1983 - I BvR 209/83, in *NVwZ*, 1984, 167 e 27 febbraio 2008 - I BvR 370/07 - I BvR 597/07, in *Comp. e dir. civ.* Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 122 e *Id.*, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 316 ss.

¹⁴ « Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo e le sedi di lavoro e la formazione. L’esercizio della professione può essere regolato per legge ».

¹⁵ Cfr. BGH, 23 giugno 2009 - VI ZR 196/08, cit., in cui la pretesa di un’inse-

Ribaltando la prospettiva, la finalità comunicativa del trattamento effettuato dal prestatore, inquadrata *in primis* quale attività volta a favorire lo scambio e il confronto di esperienze umane e di cura tra persone lontane nello spazio, abbraccerebbe il diritto di libertà di espressione nelle diverse forme della libertà di informazione riconosciuta a *Jameda*, inteso come “mediatore indispensabile” (*unverzichtbare Mittlerperson*) e, ancora, del diritto di accesso alle informazioni e della libertà di opinione di tutti i consociati. Specularmente, poi, la cancellazione dei dati agirebbe in maniera negativa sull’esercizio della libertà d’impresa del prestatore.

La sincronica sovrapposizione tra i diritti fondamentali di prestatore, medico e consociati, in un complesso quadro ibrido e tripartito è stata risolta dal BGH affermando la preminenza del diritto di libertà di espressione sugli interessi alla cancellazione dei dati e alla non inclusione nel portale di *rating* professionale della parte attrice.

Innanzitutto, i dati raccolti e diffusi da *Jameda* coinvolgerebbero la personalità dell’attore soltanto nella propria “sfera sociale”.

Richiamando il legame intercorrente tra il diritto all’autodeterminazione informativa e la figura del “diritto generale della personalità” (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*)¹⁶, inteso come “diritto quadro”, di portata non assoluta, che scompone le prerogative personalissime del titolare garantendo ad esse una tutela graduata e flessibile in rapporto allo specifico contesto in cui operano¹⁷, la Corte di Karlsruhe ha rilevato che le informazioni raccolte e diffuse da *Jameda* coinvolgerebbero soltanto la

gnante tedesca a veder rimosse le valutazioni sul proprio operato ospitate sul sito di *rating* professionale *spickmich.de* è stata rigettata in favore del riconoscimento della libertà di espressione degli studenti registrati al portale. Sul tema si rimanda a G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet: Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, Gutachten F. zum 69. Deutschen Juristentag, München, 2012, spec. p. 16 ss. e 42 ss.

¹⁶ Sulla tutela dei diritti della personalità (con riguardo alle teorie “moniste” e “pluraliste”) nell’ordinamento italiano e tedesco si rimanda in via preliminare all’indagine svolta da G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, spec. p. 100 ss. e ancora a V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1997, XIII, p. 430 ss. Per una rassegna dell’evoluzione dottrinale italiana in tema di protezione della personalità umana, anche in un ambito sociale e relazionale, cfr. A. DE CUPIS, *Il diritto all’identità personale*, Milano, 1949; Id., *I diritti della personalità*, 2° ed., Milano, 1982; V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, passim.; Id., voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1993, pp. 294-303; G. PINO, *Il di-*

ritto all’identità personale ieri e oggi: informazione, mercato, dati personali, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, I, pp. 257-321; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in questa Rivista, 2007, p. 511 ss.; G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V agg., Torino, 2010, pp. 721-738.

¹⁷ La giurisprudenza sull’*allgemeines Persönlichkeitsrecht* richiamata dalla sentenza evidenzia infatti la tendenza ad utilizzare la figura del diritto generale della personalità non solo in una prospettiva di tutela di quelle categorie di interessi non tipizzati, ma anche nell’ottica di un bilanciamento tra diritti in tensione riconosciuti all’individuo e alla collettività che è conseguenza ad es. dell’avvento delle tecnologie della comunicazione e dell’informazione. In questo senso la protezione del diritto all’autodeterminazione informativa in relazione al diritto generale della personalità non è assoluta e deve essere rapportata all’eventuale sussistenza di motivi di ordine pubblico o di interessi giuridici superiori attribuibili a terzi, nonché nel contesto della garanzia di un equilibrio generale tra la gravità del pregiudizio subito e la ragionevolezza delle cause che ne giustificano una eventuale limita-

“sfera sociale” della personalità dell’attore — inquadrato quale professionista — strutturalmente connessa agli effetti che il proprio operato produce sull’opinione dei consociati. In questo senso l’ordinamento favorirebbe l’esercizio del diritto di critica dei pazienti, apprestando le sue tutele soltanto in estreme ipotesi di stigmatizzazione, emarginazione e messa alla gogna del medico.

Dall’altra parte l’attore non avrebbe rappresentato l’occorrenza di un pregiudizio così marcato: le valutazioni ricevute non venivano descritte come inammissibili e il danno economico subito in termini di perdita di fatturato non risultava sufficientemente provato.

Il generale assetto di interessi ad egli riconducibile, poi, sarebbe adeguatamente protetto dal sistema di reclamo apprestato da *Jameda* e, in via subordinata, dalla facoltà di accedere ai rimedi giudiziari di carattere reale o personale garantiti anche dalla legislazione speciale in tema di comunicazioni elettroniche (nello specifico, il riferimento è al § 10 del *Telemediengesetz*, sulla responsabilità dell’*host provider* ¹⁸).

Qualificata in maniera chiara la natura e la consistenza delle prerogative attoree, la sentenza fissa alcuni interessanti principi con riguardo alla posizione degli utenti.

La garanzia della libertà d’informazione del prestatore di servizio diviene strumentale all’esercizio del diritto di accesso alle informazioni sulle prestazioni mediche e alla connessa libertà di scelta del professionista: il servizio rappresenterebbe infatti “un’opportuna integrazione” delle tradizionali fonti di informazione medica, prodotte perlopiù da esperti del settore, nell’ottica di una maggiore trasparenza delle prestazioni offerte in ambito sanitario.

Quanto alla possibilità di generare valutazioni in forma anonima, la Corte ha ribadito la preminenza dell’interesse alla conservazione dei dati ai fini di una loro trasmissione su quello alla cancellazione avanzato dall’attore, prendendo atto che l’anonimato rappresenta una prerogativa intrinseca all’utilizzo di Internet, garantita in particolare dal combinato disposto dell’art. 5, 1° comma, GG, sulla libertà di espressione e il § 13

zione. Sul punto cfr. BGH, 10 marzo 1987 - VI ZR 244/85, in *ZUM*, 1988, 31; BGH, 13 ottobre 1987 - VI ZR 83/87, in *NJW*, 1988, 1016; BGH, 13 novembre 1990 - VI ZR 104/90, in *ZUM*, 1992, 3 e naturalmente BGH, 2 aprile 1957 - VI ZR 9/56, in *NJW*, 1957, 1146 e *BVferG*, 15 dicembre 1983 - I BvR 209/83, cit. In dottrina P. RESCIGNO, *Presentazione*, in V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, cit., spec. p. XXVI s., riconosce quella componente flessibile e maggiormente protesa all’evoluzione per primo sostenuta da O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personenrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 705, in <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22143555%22>, come segnalato da G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., p. 101, n. 174. Sul rapporto tra *privacy* e diritto generale della personalità

v. G. ALPA - G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (dir. da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2006, p. 572 e ivi ampia bibliografia citata, nonché S. GOTTWALD, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht: ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell*, Berlin, 1996; B. BUCHNER, *Informationelle selbstbestimmung im Privatrecht*, Tübingen, 2006, p. 214 ss.; F. KÜBLER, *Medien, Menschenrechte und Demokratie: das Recht der Massenkommunikation*, Heidelberg, 2008, p. 387 ss.; G. SPINDLER, *Persönlichkeitschutz im Internet*, cit., p. 38 ss.

¹⁸ Sul tema, si rimanda all’indagine svolta nel 2007 per conto della Commissione europea da T. VERBIEST - G. SPINDLER - G.M. RICCIO, *Study on the liability of internet intermediaries*, Markt/2006/09/E, spec. p. 34 s., rintracciabile all’URL: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf/.

TMG, che obbliga il prestatore ad agevolare, ove sia tecnicamente possibile e ragionevole, l'utilizzo del mezzo comunicativo in forma anonima o con pseudonimi ¹⁹.

Nel caso di specie, il riconoscimento del diritto all'anonimato in rete garantisce un imprescindibile incentivo al libero esercizio del diritto di critica in un ambito così sensibile quale quello che gravita attorno al diritto alla salute.

Viene poi censurata la possibilità che attraverso l'esercizio del diritto alla cancellazione, la gestione del portale possa dipendere dal consenso dei medici, venendo meno in tutto o in parte la complessiva finalità perseguita dal prestatore.

Al termine di questa precisa ricostruzione i giudici di *Karlsruhe* hanno infine respinto le richieste attoree di inibitoria alla pubblicazione e alla trasmissione dei dati nonché di risarcimento delle spese preprocessuali, sempre sulla base dell'affermata preminenza degli interessi alla conservazione, alla trasmissione e all'accesso delle informazioni riconosciuti alla convenuta e agli utenti.

4. - La sentenza del *Bundesgerichtshof* rappresenta uno tra i primi e più completi contributi offerti dalla giurisprudenza di legittimità europea in tema di portali di *rating* di beni e servizi, denotando però una lacuna attinente il profilo puramente commerciale dell'attività svolta dalla convenuta (la vendita dei c.d. pacchetti Premium), non affrontato in sede di *Revision* per motivi di carattere processuale.

La lesione del diritto alla concorrenza nel contesto delle valutazioni apprestate dagli utenti rappresenta invero un interessante campo d'indagine, non ancora esplorato in maniera solida ed esaustiva finanche dalla giurisprudenza d'oltreoceano.

In *Seaton v. TripAdvisor* ²⁰, la Corte d'appello per il Sesto Circuito ha confermato gli esiti del giudizio svolto dalla *Eastern Court of Tennessee* ²¹, affermando che la classifica annuale dei peggiori alberghi degli Stati Uniti generata sulla base delle valutazioni fornite dagli utenti del noto portale di *rating*, rappresenterebbe un'opinione personale, non oggettivamente verificabile, per tale motivo protetta dal *First Amendment* e non passibile di essere reputata diffamatoria o lesiva della *privacy*.

¹⁹ Il riconoscimento del diritto all'anonimato in rete è stato oggetto di diverse pronunce in tema di *rating on line* di medici, aventi per oggetto la richiesta di *disclosure* del nome e dell'indirizzo degli autori delle valutazioni. Le controversie, da ultimo con una recente sentenza del *Bundesgerichtshof*, si sono tutte risolte con l'affermazione dell'insussistenza in capo al prestatore di un obbligo legale di rendere noti i dati identificativi dell'utente in assenza del suo consenso nelle ipotesi di lesione dei diritti della personalità del professionista oggetto di valutazione. Sul punto cfr. LG München I, 3 luglio 2013 - 25 O 23782/12, in *ZUM*, 2013, 979, citata da G. RESTA, *Ano-*

nimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato, in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 201, con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza e ancora BGH, 1 luglio 2014 - VI ZR 345/13, in *NJW*, 2014, 2651.

²⁰ No. 12-6122 (6th Cir. Aug. 28, 2013).

²¹ *Seaton v. TripAdvisor LLC*, 2012 WL 3637959 (E.D. Tenn., Aug. 22, 2012), commentata da S. SICA, *Tripadvisor e responsabilità: il Tennessee non convince!*, in *medialaws.eu*, ottobre 2012. V. anche l'interessante prospettiva analitica offerta da J. GRIMMELMANN, *Three Theories of Copyright in Ratings*, in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 14, 2012, p. 851 ss.

Da una lettura della classifica, infatti, non si potrebbe ragionevolmente trarre l'affermazione fattuale che l'albergo dell'attore sia "il peggiore in America"; piuttosto essa "impiega un linguaggio dissoluto ed iperbolico", "non comunicando qualcosa di più dell'opinione degli utenti di TripAdvisor", in un'ottica di intrattenimento. Quanto ai possibili effetti negativi sortiti dalle recensioni sui rapporti commerciali della parte attrice, la Corte ha rigettato l'istanza per carenza di prove.

In *Levitt v. Yelp!*²², la Corte d'appello per il Nono Circuito ha confermato il rigetto di una *class action* per *civil extortion* e concorrenza sleale intentata da un gruppo di quattro imprenditori, per cui il portale di *rating* avrebbe estorto o tentato di estorcere proventi sotto forma di inserzioni pubblicitarie, manipolando le recensioni degli utenti e avallando giudizi negativi in violazione delle leggi vigenti nello Stato della California.

L'istanza dei *plaintiffs* — con alcune analogie con il caso *Jameda*, in cui l'acquisto di pacchetti di servizi Premium è stato descritto dall'attore "quasi alla stregua di una tangente" — è basata in primo luogo sul particolare sistema di filtraggio e pubblicazione delle recensioni.

Secondo le accuse, *Yelp!* avrebbe manipolato i commenti autonomamente generati dagli utenti e pagato terzi soggetti per introdurre nel circuito collaborativo valutazioni false e fuorvianti²³, al fine di indurre gli esercenti ad acquistare pacchetti pubblicitari che consentono di fruire di vantaggi ad esempio in termini di visibilità, collocazione all'interno degli elenchi di esercizi di analoga tipologia, maggiore risalto alle recensioni positive rilasciate dagli utenti.

La Corte, anche in questo caso confermando il *dismissal order* emanato in prima istanza²⁴, ha constatato che la complessiva riduzione del *rating* ascrivibile alle possibili manipolazioni delle recensioni effettuate da *Yelp!* non rappresenta una condotta illecita (*wrongful conduct*), nella specifica forma dell'"uso illecito del timore economico" (*wrongful use of economic fear*) e dunque non è atta a configurare un'ipotesi valida di *civil extortion*, in conformità della *Unfair Competition Law* (UCL) e dell'*Hobbs Act*, nonché delle leggi civili vigenti in California²⁵.

²² *Levitt v. Yelp! Inc.*, 2014 WL 4290615 (9th Cir. Sept. 2, 2014).

²³ Il fenomeno, già noto agli esperti e diffusosi con l'avvento dei blog è il c.d. *astroturfing*, ovvero la simulazione di consensi (o dissensi) attorno ad un prodotto o servizio attraverso l'uso di false identità o il pagamento di "censori qualificati", che si accosta al *buzz marketing*, in cui l'informazione introdotta abusivamente nel circuito comunicativo punta ad innescare un passaparola ad esempio attorno all'entrata nel mercato di un nuovo bene di consumo. Sul punto v. K. DOHSE, *Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews*, in U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y, 2013, pp. 363 - 392, R. SPRAGUE - M.E. WELLS, *Regulating Online Buzz Marketing: Untangling a Web of De-*

ceit, in *Am. Bus. L. J.*, vol. 47, 3, 2010; J. BERGER - A. JONAH - E.M. SCHWARTZ, *What Do People Talk About? Drivers of Immediate and Ongoing Word-of-Mouth*, in *J. of Mark. Res.*, 2011, 48, 5, pp. 869 - 880.

²⁴ *Levitt v. Yelp Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 124082 (N.D. Cal. Oct. 26, 2011).

²⁵ Secondo l'*opinion* citata, ai sensi del *Federal Hobbs Act*, (§ 1951, (b)(2), 18 U.S.C.) l'estorsione consiste nell'"ottenimento della proprietà da parte di un altro soggetto e con il suo consenso, indotto dall'uso illecito di costrizione, violenza o timore concreto o minacciato, o col pretesto di un diritto ufficiale". La minaccia di un danno economico, per essere illecito, presupporrebbe l'esistenza di un preesistente diritto della vittima ad essere libera dalla minaccia di un danno economico. In questo

Le circostanze rappresentate dai *plaintiffs* non sono poi state reputate nemmeno sufficienti ad accertare una violazione della disciplina *antitrust*, poiché consistenti nella mera asserzione che *Yelp!* falserebbe la concorrenza favorendo gli acquirenti di pacchetti pubblicitari rispetto agli esercenti che fruiscono dei servizi base ²⁶.

In Italia la questione è stata di recente affrontata, seppur con presupposti normativi ed esiti contrastanti, sia dalla giurisprudenza di merito che ancora dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nella sentenza del maggio 2013 resa nel caso *Albergo Major c. Holidaycheck*, il Tribunale di Rimini pare avere seguito la visione di *Seaton v. TripAdvisor*, affermando la natura personale ed opinabile delle valutazioni e l'assenza di malafede dell'utente ²⁷.

Dall'altra parte l'Agcm, nel maggio del 2014, ha avviato un procedimento istruttorio sulle presunte false recensioni veicolate su *TripAdvisor* ²⁸, conclusosi con la recente condanna della società al pagamento di una sanzione amministrativa pari a € 500.000 ²⁹.

L'inquadramento della fattispecie operato dall'Agcm si discosta dalla tutela del mero equilibrio concorrenziale tra imprese inserzioniste, posizionandosi sulla protezione dell'utente inteso come consumatore: l'accesso al portale di *rating* al fine di reperire "informazioni imparziali ed affidabili" sulle attività recensite e poste in comparazione è stato infatti rapportato all'insorgenza di condotte del prestatore/professionista che potessero essere caratterizzate dai parametri di "scorrettezza" o "slealtà" poiché false, o idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori ³⁰.

Il provvedimento del dicembre 2014 si fonda sull'accertamento della ricorrenza di pratiche commerciali sleali (o scorrette) poste in essere dalla società convenuta in violazione degli art. 20, 21 e 22 del d.lgs. n. 206/2005

senso, minacciare un danno economico al fine di indurre qualcuno a pagare per un servizio lecito non è estorsione. Secondo il *circuit judge* Berizon infatti l'applicazione di uno standard interpretativo meno severo significherebbe che un ampio novero di attività economiche lecite rientrerebbero nella nozione di estorsione. *Levitt v. Yelp! Inc.*, cit., p. 13 s.

²⁶ *Levitt v. Yelp! Inc.*, cit., p. 25 s., con rif. a *Cel-Tech Commc'ns, Inc. v. L.A. Cellular Tel. Co.*, 20 Cal. 4th 163, 180 (1999): « In business-competitor claims, the word 'unfair' (...) means conduct that threatens an incipient violation of an antitrust law, or violates the policy or spirit of one of those laws because its effects are comparable to or the same as a violation of the law, or otherwise significantly threatens or harms competition. (...) As to violations of antitrust principles, the business owners allege generally that Yelp's conduct "harms competition by favoring businesses that submit to Yelp's manipulative conduct and purchase advertising to the detriment of competing businesses that decline to pur-

chase advertising." This very general allegation does not satisfy Cel-Tech's requirement that the effect of Yelp's conduct amounts to a violation of antitrust laws or otherwise significantly threatens or harms competition ».

²⁷ Trib. Rimini, 7 maggio 2013, in questa *Rivista*, 3, 2013, pp. 382-389, con nota di A. SALERNO, *Rating nei servizi commerciali e responsabilità*.

²⁸ Procedimento n. PS9345 "TripAdvisor - false recensioni *on line*", in Bollettino Agcm n. 20 del 19 maggio 2014, pp. 60-66.

²⁹ Il provvedimento del 22 dicembre 2014 è disponibile all'URL: http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4619-ps9345scorrsanz-omi.html.

³⁰ Cfr. l'art. 18, 20, 2° co. e l'art. 21, d.lgs. 206/05. Sul punto v. L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza sleale e pubblicità*, 4° ed., Padova, 20089, p. 323 ss.; V. D'ANTONIO - G. SCIANCALEPORE, *Le pratiche commerciali*, in A. MUSIO - P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore*, in M. BESSONE (dir. da), *Tratt. dir. civ.*, XXX, Torino, 2009, p. 133 ss.

(c.d. Codice del consumo) e consistenti nella « *diffusione di informazioni ingannevoli sulle fonti delle recensioni pubblicate, rispetto alle quali gli strumenti e le procedure adottati non risultano adeguati per contrastare il fenomeno delle false recensioni* ».

L'articolata attività istruttoria svolta dall'Agcm è giunta alla conclusione che *TripAdvisor* sia in grado di manipolare ed orientare le scelte dei consumatori diffondendo informazioni ingannevoli, non garantendo al contempo un sistema di autoregolamentazione e reclamo adeguato agli scopi ed incidendo altresì in misura mediata sulla libertà d'impresa degli stessi inserzionisti.

5. - In conclusione, appare utile leggere i principi affermati dal *Bundesgerichtshof* alla luce della recente pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Google Spain* e, ancora, nella prospettiva dell'adozione del nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali ³¹.

La sentenza del 14 maggio 2014 ³², oltre a cancellare quel limite all'effettività della normativa comunitaria rappresentato dalla nozione di "stabilimento del responsabile del trattamento" di cui all'art. 4, dir. 95/46/CE, ha affermato che l'utente ha il diritto di impedire l'accesso su larga scala ad informazioni e dati personali pubblicati sui c.d. siti sorgente attraverso la richiesta — indirizzata direttamente ai *search engine* — di rimozione dei collegamenti visualizzabili all'atto di una ricerca effettuata partendo dal proprio nome.

Le motivazioni e gli esiti del caso *Google Spain*, oltre che legittimare l'esercizio di un "nuovo" diritto all'oblio digitale, o più correttamente del diritto alla deindicizzazione, inteso quasi come una "libertà naturale" dell'internauta, frutto in di un'interpretazione evolutiva dei diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati personali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, hanno altresì indotto autorevole dottrina ad affermare l'avvento di un nuovo ordine gerarchico basato sui principi, che in ipotesi di conflitto garantisce la prevalenza dei diritti fondamentali sulla logica di mercato, individuando nella solidarietà "uno dei criteri sovraordinati rispetto all'interesse economico" ³³.

Questo interessante approccio ermeneutico, collegato alla massima per cui gli « *articoli 7 e 8 della Carta devono essere ritenuti prevalenti, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere*

³¹ Il riferimento va alla 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, COM(2012) 11 final.

³² CGE (Grande sez.), 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, in questa *Rivista*, 4/5, 2014, pp. 535-562. Per una prima rassegna delle diverse opinioni sul tema si rimanda ai contributi raccolti nel *supra* citato numero monogra-

fico di questa *Rivista*, spec. pp. 563-829, nonché a A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano*, 1, 2014 e volendo a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Motori di ricerca, trattamento di dati personali ed obbligo di rimozione: diritto all'oblio o all'autodeterminazione informativa?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2014, pp. 1054-1072.

³³ S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Bari-Roma, 2014, p. 92 s.

all'informazione suddetta in occasione di una ricerca » parrebbe venire disatteso dalla sentenza in epigrafe, in cui il diritto all'autodeterminazione informativa dell'interessato viene considerato soccombente rispetto agli interessi di prestatore ed utenti.

Al contrario, se sottoposta ad un'attenta lettura, la pronuncia sembra invero tracciare una linea di continuità con la sentenza *Google Spain*, peraltro citata nella stessa motivazione.

In primo luogo, *Jameda.de* va a ragione classificato come “sito sorgente”, collocandosi in quella distinta tipologia di trattamento dei dati disegnata dalla giurisprudenza comunitaria, come viene implicitamente confermato dal *BGH* quando si afferma che l'accesso ai dati e alle recensioni degli utenti può avvenire anche con l'ausilio dei motori di ricerca, “cosa che amplifica ulteriormente il peso del pregiudizio al diritto all'identità personale”³⁴.

In questo senso la Corte distingue la richiesta dell'attore mirata alla cancellazione dei dati ospitati dal sito sorgente (e all'inibitoria) dagli effetti prodotti dalla visualizzazione dell'elenco dei risultati di una ricerca, passibili di un'autonoma richiesta di deindicizzazione, posta preliminarmente al vaglio dello stesso prestatore di servizi e, soltanto in via subordinata, a quello del Garante o dell'Autorità giudiziaria³⁵.

In secondo luogo, il medico accede al rimedio giudiziario in qualità di professionista portatore di un interesse personale non di carattere assoluto e “proprietario”, bensì dinamico ed operante in un ambito relazionale: i dati di cui si chiede la cancellazione incidono infatti sulla sfera sociale della propria personalità con ricadute sotto il profilo della reputazione economica³⁶.

Il ragionamento della Corte non pare inoltre contrastare con l'idea di una *Wertordnung* che sovverta la logica del bilanciamento assolutamente paritario tra diritti fondamentali, fonte di tensioni e conflitti, garantendo il primato sul mero interesse economico di quelle categorie di diritti fondamentali che siano espressione dei principi supremi di dignità, uguaglianza e solidarietà contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione³⁷.

La finalità della raccolta e della conservazione commerciale dei dati e delle valutazioni ai fini della loro trasmissione, è infatti stata investita di una chiara matrice solidaristica e collaborativa, poiché ritenuta indispen-

³⁴ BGH, 23 settembre 2014, cit., p. 10.

³⁵ Questa distinzione tra autodeterminazione informativa *tout court* e diritto alla deindicizzazione pare essere stato altresì contemplata dalla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet elaborata dalla Commissione dei diritti e doveri in Internet costituita presso la Camera dei deputati ed ora sottoposta a consultazione pubblica, che all'art. 5 prevede il diritto all'autodeterminazione informativa mentre all'art. 10 discorre di un diritto all'oblio riferito alla cancellazione degli indici dei motori di ricerca.

³⁶ Sul tema v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore*

e reputazione nel sistema del diritto civile, cit., p. 141 ss.; P. AUTERI, *La tutela della reputazione economica*, in G. ALPA - M. BESSONE - L. BONESCHI - G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, p. 93 ss.; AR. FUSARO, *Informazioni economiche e “reputazione d'impresa”*, 2° ed., Torino, 2010, spec. p. 61 ss.; G. GHIDINI, *Informazione economica e controllo sociale: il problema del Warentest*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 626 ss.; G. RESTA, *Circolazione delle informazioni e responsabilità civile: il caso del Warentest*, in questa *Rivista*, 1998, p. 285 ss. e ivi altri riferimenti bibliografici.

³⁷ S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 108.

sabile e strumentale a garantire il perseguimento dell'interesse generale all'accesso, alla generazione e alla circolazione delle informazioni riguardanti i medici, che a sua volta si collega, aprendosi in un ideale caleidoscopio di diritti, al diritto alla salute e alla libertà di scegliere il professionista a cui affidarsi in caso di necessità.

L'interpretazione del § 29 BDSG apprestata dalla Corte suprema tedesca abbraccia dunque una visione dinamica del rapporto tra libertà di espressione e tutela dei dati personali che dall'altra parte rispetta la regola del "doppio trattamento" sintetizzata dalla giurisprudenza comunitaria: se nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione il diritto di libertà di espressione di cui all'art. 11 della Carta è citato solo all'inizio, nel punto in cui viene enunciato l'art. 9 della direttiva 95/46/CE sulle esenzioni in caso di trattamento effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria³⁸, nel caso *Jameda* esso è posto al vertice della motivazione³⁹.

Parallelamente, l'attività svolta dal motore di ricerca è stata tassativamente esclusa dalle ipotesi di esenzione di cui all'art. 9, dir. 95/46, mentre i servizi offerti da *Jameda*, seppur implicitamente non ricondotti entro l'alveo delle attività giornalistico-redazionali⁴⁰, sono stati investiti di una funzione disseminativa dell'altrui opinione che ne giustifica il carattere sovraordinato⁴¹.

Questo approccio in qualche modo evoca lo spirito della proposta di Regolamento europeo sul trattamento dei dati personali, che con riguardo all'esercizio del "Diritto all'oblio e alla cancellazione" e alla connessa esenzione per fini giornalistici di cui agli artt. 17, n. 3, lett. a) e 80 afferma, al considerando 121, che « *per tenere conto dell'importanza del diritto alla libertà di espressione in tutte le società democratiche è necessario interpretare in modo esteso i concetti relativi a detta libertà, quali la nozione di giornalismo, per cui « ai fini delle esenzioni e deroghe da stabilire nel presente regolamento, gli Stati membri dovrebbero classificare come "giornalistiche" le attività finalizzate alla diffusione al pubblico di informazioni, pareri o idee, indipendentemente dal canale utilizzato per la loro trasmissione, senza limitarle alle imprese operanti*

³⁸ CGE (Grande sez.), 13 maggio 2014, cit., punto n. 9.

³⁹ Per una ricostruzione sistematica del problema v. S. SICA, *Libertà d'informazione e principi comunitari*, in S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 4^a ed., Padova, 2015, pp. 1-20; V. D'ANTONIO, "The Right to tell people what they do not want to hear": i moderni confini del diritto di fare informazione, in V. D'ANTONIO - S. VIGLIAR (a cura di), *Studi di diritto della comunicazione*, Padova, 2009, pp. 1 - 50 e V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004.

⁴⁰ Nella sentenza infatti il *BGH* afferma che né il *Medienprivileg* di cui al § 57, co 1., dell'Accordo interstatale sulla radio-

televisione né il § 41, co. 1 BDSG contrasterebbero con la piena applicazione della Legge sulla privacy tedesca, atteso che le valutazioni degli utenti non sarebbero "oggetto di elaborazioni di carattere giornalistico redazionale".

⁴¹ Questo doppio canale interpretativo pare essere avallato dalla stessa giurisprudenza comunitaria: CGE (Grande sez.), 13 maggio 2014, cit., punto n. 85: « il trattamento da parte dell'editore di una pagina web, consistente nella pubblicazione di informazioni relative a una persona fisica, può, eventualmente, essere effettuato « esclusivamente a scopi giornalistici » e beneficiare così, a norma dell'articolo 9 della direttiva 95/46, di deroghe alle prescrizioni dettate da quest'ultima, mentre non sembra integrare tale ipotesi il trattamento effettuato dal gestore di un motore di ricerca ».

nel settore dei media ma includendovi le attività intraprese con o senza scopo di lucro ».

Infine, di là delle soluzioni adottate dalle Corti, emerge ancora il basilare problema della commistione tra funzioni comunicative e sociali e finalità di lucro connaturata ai servizi offerti sul web, dai motori di ricerca ⁴² sino ai *social media*, che nel caso di specie si estrinseca nella necessità di apprestare adeguati meccanismi che tutelino la genuinità delle valutazioni ⁴³, la contrapposta facoltà di reclamo del soggetto investito dall'opinione soggettiva degli utenti, nonché il diritto all'anonimato, seppur in forma parziale ⁴⁴, ad essi riconosciuto.

In via generale appare poi imprescindibile definire con chiarezza, sia in termini formali che sostanziali, i “confini sommersi” tra le attività commerciali e i servizi standard offerti ad utenti e imprese dai prestatori, dal cui difficile accertamento sovente dipende nella prassi il regime di responsabilità ad essi applicato ⁴⁵.

GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE

⁴² Si pensi alla c.d. funzione Auto-Complete o, ancora al caso “Adwords”: sul punto sia consentito rimandare a BGH, 13 maggio 2013, VI ZR 269 12, con nota di G. GIANNONE CODIGLIONE, *Funzione “AutoComplete” e neutralità del prestatore di servizi*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 541-557 e ivi ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁴³ Nel caso in commento ad esempio, la società convenuta si opponeva alle contestazioni mosse dal medico in merito alla possibilità che gli autori delle valutazioni potessero essere anche utenti “non pazienti”, affermando che all'atto della pubblicazione del commento l'utente verrebbe interrogato sul punto attraverso un'apposita “checkbox”.

⁴⁴ Di “anonimato parziale”, ovvero di ipotesi in cui l'identità dell'utente che genera l'informazione sia nota al soggetto che permette la comunicazione ma non al destinatario discorre G.M. RICCIO, *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, cit., p. 39.

⁴⁵ Grande scalpore ha suscitato la notizia dell'approvazione da parte del Parlamento Europeo della “Risoluzione a sostegno ai diritti dei consumatori nel mercato unico digitale” (2014/2973(RSP)), che rimarca la necessità di garantire l'imparzialità e la trasparenza del processo e dei risultati di ricerca al fine di « mantenere la ricerca in Internet non discriminatoria, garantire una maggiore concorrenza e una più ampia scelta per gli utenti e i consumatori, nonché salvaguardare la diversità delle fonti di informazione » affermando che « per quanto riguarda i servizi interconnessi, i motori di ricerca devono garantire piena trasparenza nel mostrare i risultati di ricerca » ed invitando infine la Commissione a « impedire qualsiasi abuso nella commercializzazione di servizi interconnessi da parte dei gestori dei motori di ricerca » nonché « a prendere in considerazione proposte volte a separare i motori di ricerca da altri servizi commerciali quali strumenti potenziali a lungo termine per conseguire gli obiettivi summenzionati ».