

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

RECLAMO EX ART. 142 CODICE PRIVACY

Per ALTROCONSUMO associazione indipendente di consumatori, con sede in Milano, Via Valassina 22 in persona del Direttore Dr. Andrea Doneda, in forza dei poteri ad esso attribuiti dallo Statuto (doc. 1), elettivamente domiciliata in Roma, Via di Monte Giordano, 36 presso lo studio dell'Avv. Guido Scorza che la rappresenta e difende, in virtù di mandato in calce al presente atto

- reclamante -

E

Per i Sig.ri elettivamente domiciliati in Roma, Via di Monte Giordano, 36 presso lo studio dell'Avv. Guido Scorza che li rappresenta e difende, in virtù di mandati in calce al presente atto

- altri reclamanti -

FATTO

(1) Nel mese di aprile 2007, migliaia di utenti e consumatori italiani - tra i quali i firmatari del presente reclamo e molti altri associati di ALTROCONSUMO (doc. 2) – hanno ricevuto una comunicazione trasmessa loro dallo Studio Legale Mahlkecht & Rottensteiner di Bolzano nell'interesse della propria assistita, Peppermint Jam Records GmbH, con sede legale in Hannover (Germania), Boulevard der EU, 8 (d'ora innanzi per brevità la "Peppermint") (doc. 3).

In tale comunicazione i legali della Peppermint riferivano di aver ricevuto incarico da quest'ultima di agire nei confronti del destinatario in relazione ad una violazione dei propri diritti di proprietà intellettuale che

questi avrebbe posto in essere ponendo a disposizione del pubblico, uno o più file digitali contenenti un brano musicale.

Nella stessa comunicazione si faceva inoltre presente che tali informazioni erano state “registrate e raccolte” dalla Logistep Ag, con sede in 6312 Steinhausen (Svizzera) (d’ora innanzi per brevità la “Logistep”) attraverso un apposito software antipirateria e che il nominativo ed il recapito erano stati successivamente acquisiti dall’internet service provider cui il Tribunale di Roma – accogliendo un ricorso in tal senso proposto dalla stessa Peppermint – aveva ordinato di porre detti dati a disposizione della casa discografica tedesca.

Attraverso la medesima lettera, i legali della Peppermint, dicendosi “certi del fatto che un procedimento giudiziario a suo carico in sede penale e/o civile Le causerebbe conseguenze indesiderabili” proponevano al destinatario di “risolvere bonariamente la controversia”, riconoscendo alla società discografica tedesca l’importo di Euro 330 a fronte della rinuncia da parte di quest’ultima “a sporgere denuncia penale...ed a non agire in sede civile per la violazione commessa”.

Alla comunicazione veniva quindi allegata la bozza di un accordo transattivo attraverso il quale l’utente si impegnava – oltre che a versare Euro 330 alla Peppermint – a non porre a disposizione del pubblico nelle reti telematiche opere musicali di artisti facenti capo alla casa discografica tedesca sotto pena di un indennizzo “convenzionale” di 10.000 Euro.

Quest’ultima, dal canto suo, rinunciava ad agire sia in sede civile che penale in relazione alla sola condotta consistente nella messa a

disposizione del pubblico dello specifico brano musicale di cui alle informazioni raccolte dalla Logistep.

(2) I destinatari della predetta comunicazione di cui al documento prodotto sub 3 si sono, quindi, rivolti ad Altroconsumo per ricevere indicazioni circa la posizione da assumere in relazione a detta lettera e veder tutelati i propri diritti di utenti e consumatori con particolare riferimento a quelli nascenti dalla vigente disciplina in materia di riservatezza e trattamento dei dati personali.

Altroconsumo – come già segnalato all’interessata Autorità con propria comunicazione del 18 maggio 2007 - e gli altri reclamanti ritengono il trattamento dei dati personali posto in essere dalla società Logistep, e dalla Peppermint illecito sotto i seguenti profili di

DIRITTO

I) Sulla condotta della Logistep Ag.

La Logistep Ag è una società con sede in Svizzera ma operante in diversi Paesi europei ed extra-europei nei quali – stando a quanto si legge sul proprio sito internet (www.logistepag.com) – svolgerebbe, per via telematica, un’attività investigativa nel settore dell’antipirateria, monitorando gli upload e download di files nelle piattaforme di peer to peer nell’ambito di un network cui farebbero parte studi legali e società con sede in diversi Paesi extra-europei quali gli Stati Uniti d’america, gli Emirati Arabi, Israele, la Polonia e molti altri (www.internetpiraterie-portal.de).

La società svizzera svolgerebbe la propria attività - non è chiaro se sulla base di un preventivo mandato da parte delle società titolari dei

diritti d'autore o in via autonoma - attraverso uno speciale software di monitoraggio dell'attività degli utenti delle citate piattaforme di peer to peer le cui caratteristiche sono dettagliatamente illustrate nel documento che si produce sub doc. 4, documento redatto dal Sig. Richard M. Schneider, Direttore Generale della stessa società svizzera.

Stante la natura "proprietaria" di detto software non si dispone, allo stato, di informazioni prodotte da terze parti circa le sue funzionalità e modalità di registrazione/acquisizione dati.

Tale condotta risulta illegittima sotto diversi profili.

(a) Omessa notificazione all'Autorità Garante.

L'art. 37, lett. d) del Codice Privacy stabilisce che "il titolare notifica al Garante il trattamento di dati personali cui intende procedere (solo) se il trattamento riguarda: d) dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato, o ad analizzare abitudini o scelte di consumo, ovvero a monitorare l'utilizzo di servizi di comunicazione elettronica con esclusione dei trattamenti tecnicamente indispensabili per fornire i servizi medesimi agli utenti".

Alla luce di quanto si è riferito circa il trattamento dei dati personali degli utenti delle piattaforme di peer to peer posto in essere dalla Logistep e da quanto emerge dal documento versato in atti sub doc. 3, appare pacifico che la società svizzera, prima dell'avvio del trattamento avrebbe dovuto provvedere alla notificazione all'intestata Autorità.

Nessun dubbio, d'altra parte, sembra poter sussistere circa la circostanza che gli indirizzi IP e le altre informazioni acquisite attraverso

il citato software costituiscano dei dati personali alla stregua della disciplina vigente né che il trattamento - ancorché svolto da una società con sede in Svizzera - rientri nell'ambito di applicazione del Codice Privacy ai sensi del comma 2 dell'art. 5.

In assenza della prescritta notificazione il trattamento posto in essere dalla Logistep è evidentemente illegittimo.

(b) Omesso rilascio dell'informativa ed omessa richiesta di consenso.

La condotta della Logistep risulta egualmente illegittima poiché posta in essere senza rilasciare agli interessati la prescritta informativa e senza il loro consenso.

Il trattamento realizzato dalla società svizzera non rientra, infatti, nell'ambito di operatività di alcuna deroga prevista dalla disciplina vigente circa l'obbligo di fornire all'interessato idonea informativa ed ottenere da questi il consenso.

L'unica deroga che astrattamente potrebbe venire in rilievo nella vicenda oggetto del presente procedimento è quella di cui agli artt. 13 e 24 del Codice Privacy in relazione a trattamenti posti in essere "ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento".

Né la Logistep né la Peppermint - anche ammesso che quest'ultima abbia mai dato incarico alla prima di procedere alla citata

attività di investigazione - hanno a tuttoggi, ad oltre 15 mesi dall'acquisizione dei citati dati, proceduto a far valere alcun diritto "in sede giudiziaria".

La Peppermint, infatti - come si è già riferito - si è limitata a far indirizzare dallo Studio Mahlknecht & Rottensteiner di Bolzano, agli utenti identificati, una comunicazione contenente una proposta di risoluzione stragiudiziale della controversia, attività, evidentemente non riconducibile alla deroga contenuta nei richiamati articoli 13 e 24 del Codice Privacy.

Le specifiche modalità utilizzate dalla Logistep per la raccolta dei dati personali degli utenti, d'altro canto, le avrebbero agevolmente consentito di informare questi ultimi dell'avvenuta acquisizione dei propri dati personali e delle modalità con le quali essa e la propria mandante avrebbero successivamente proceduto al trattamento degli stessi.

Tale informativa non avrebbe in alcun modo compromesso l'acquisizione dei dati né avrebbe, conseguentemente, pregiudicato i diritti della Peppermint.

(c) L'ulteriore trattamento da parte della Logistep dei dati acquisiti.

Si è già riferito che la Logistep è membro di un network di studi legali e società che operano a tutela dei diritti di proprietà intellettuale in tutto il mondo e, tra gli altri, in Paesi come gli Stati Uniti, la Polonia, gli Emirati Arabi e Israele.

La Logistep, d'altro canto, svolge la medesima attività di

monitoraggio in relazione a presunte violazioni di diritti di proprietà intellettuale poste in essere nell'ambito delle piattaforme di peer to peer conto di decine di altre società, pubblicizzando, tra l'altro, sul proprio sito i risultati, di volta in volta raggiunti, al fine di promuovere la propria attività presso eventuali nuovi clienti (<http://www.logistepag.com/en/urteile.php>).

In tale contesto sussiste evidentemente il rischio che i dati raccolti in occasione del trattamento oggetto del presente procedimento siano stati - o possano essere - comunicati a soggetti diversi dalla Peppermint o, comunque, conservati anche a seguito dell'esaurimento dell'attività in ipotesi - ma la circostanza dovrà formare oggetto di verifica - commissionata dalla casa discografica tedesca.

Tenuto conto della mole dei dati acquisiti e conservati e della circostanza che gli stessi - alla stregua di quanto riferito dalla stessa Logistep nel documento versato in atti sub doc. 4 - risultano trattati attraverso strumenti informatici appare indispensabile verificare, senza ritardo, se ed in che misura la società svizzera abbia adottato le misure minime di sicurezza previste dal Codice Privacy e, in particolare, dal suo Allegato B.

Risulta, d'altra parte, evidente che un'eventuale diffusione dei dati personali degli utenti trattati dalla Logistep potrebbe determinare un serio pregiudizio a questi ultimi che potrebbero vedersi preclusa - per effetto dell'adozione di appositi sistemi di protezione da parte dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale - la possibilità di accedere ad una o più piattaforme di peer to peer, vedendo, così, compromesso l'esercizio di

una libertà fondamentale come quella di manifestazione del proprio pensiero che può, innegabilmente, estrinsecarsi anche attraverso la messa a disposizione del pubblico di contenuti digitali.

Alla luce delle considerazioni che precedono, Altroconsumo e gli altri ricorrenti ritengono che l'adita Autorità Garante debba, senza ritardo, accertare se ed in che misura la Logistep continui a porre in essere operazioni di trattamento relative ai citati dati e, in caso affermativo, disporre il blocco.

In ogni caso, inoltre, andrà ordinato a quest'ultima di fornire a tutti gli interessati idonea informativa circa le modalità attraverso le quali i propri dati personali sono stati trattati, la natura di tali dati e la specifica finalità del trattamento e di adottare le misure tecniche di sicurezza prescritte dalla vigente normativa.

Qualora l'Autorità adita ne ritenga sussistenti i presupposti, infine, andranno comminate alla Logistep le previste sanzioni per le violazioni poste in essere previa eventuale trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria ordinaria perché proceda per i reati eventualmente configurabili.

II) Sulla condotta della Peppermint Jam Records Gmbh.

(a) Omessa notificazione, rilascio dell'informativa e richiesta di consenso.

Le considerazioni svolte al punto precedente a proposito del trattamento posto in essere dalla Logistep appaiono valide anche per il trattamento posto in essere dalla Peppermint che, egualmente, ha omesso di provvedere alla notificazione al Garante, di prestare la

richiesta informativa agli interessati e di richiedere a questi ultimi il consenso al trattamento.

Neppure il trattamento posto in essere dalla Peppermint, d'altra parte, appare rientrare nell'ambito di operatività della deroga di cui agli artt. 13 e 24 del Codice privacy in materia di trattamento dei dati per far valere un diritto in sede giudiziaria.

Come si è già riferito, infatti, la Peppermint si è sin qui limitata ad indirizzare a migliaia di utenti - tra i quali gli attuali ricorrenti - una comunicazione contenente una proposta di bonario componimento, evidentemente non riconducibile alla deroga di cui agli artt. 13 e 24 del Codice Privacy.

La lettera della norma, d'altro canto, non può essere interpretata sino a svuotare il riferimento alla "sede giudiziaria" nel cui ambito occorre far valere il diritto ai fini dell'operatività della deroga di ogni significato.

A quanto precede - ed a conferma della illegittimità della condotta posta in essere dalla Peppermint - si aggiunga che la casa discografica tedesca ha ottenuto dal Tribunale di Roma ex art 156 bis Legge Diritto d'Autore il richiesto provvedimento di ostensione da parte degli ISP dei nominativi dei titolari delle utenze telefoniche/ADSL degli utenti, sulla base della dedotta volontà di agire in giudizio contro tali soggetti mentre violando il limite implicito del citato provvedimento ha poi utilizzato i dati personali così ottenuti con le modalità già riferite.

Il Tribunale di Roma - qualora avesse conosciuto le reali intenzioni della Peppermint - infatti, con ogni probabilità, non avrebbe

ordinato agli ISP di porre le richieste informazioni a disposizione di quest'ultima in aperta e palese violazione della disciplina sulla privacy.

La Peppermint ha, pertanto, ottenuto anche gli ulteriori dati comunicabile dagli ISP in modo illegittimo sottacendo all'Autorità giudiziaria le proprie reali intenzioni circa il trattamento dei dati degli utenti.

Anche in relazione al trattamento dei dati personali posti in essere dalla Peppermint, infine, sussistono i dubbi e le perplessità già rappresentati a proposito della Logistep circa la prosecuzione del trattamento e la mancata adozione delle misure tecniche di sicurezza eventualmente adottate dalla società discografica a tutela dell'integrità dei dati oggetto del presente procedimento.

(b) Trattamento di dati personali inesatti e/o non corretti.

Si è già riferito in fatto che la Peppermint è pervenuta all'individuazione degli autori delle presunte violazioni dei propri diritti di proprietà intellettuale combinando i dati raccolti dalla Logistep relativi all'indirizzo IP dal quale sarebbe stata generata la messa a disposizione del pubblico delle proprie opere con quelli fornite dall'Internet Service Provider circa l'assegnatario del predetto indirizzo IP.

Il risultato di tale *data matching*, tuttavia, risulta poco affidabile e, almeno in un certo numero di casi, certamente inesatto.

Al riguardo occorre, innanzitutto, rilevare che gli indirizzi IP vengono assegnati – nella più parte dei casi – dagli ISP in modalità, c.d. dinamica con la conseguenza che il medesimo indirizzo IP, in un intervallo temporale molto ristretto, è assegnato a più utenti.

E', dunque, alto il rischio che, per effetto di un non corretto rilevamento dell'orario della registrazione di una data condotta (è sufficiente un disallineamento di qualche decimo di secondo tra l'orario assunto a riferimento nel corso dell'investigazione e quello utilizzato dall'ISP) si sia erroneamente pervenuti all'individuazione di un soggetto diverso dall'autore della presunta violazione.

Analogo rischio – in misura ancor più rilevante – sussiste in ragione del fatto che, sotto un profilo tecnico operativo, non vi è alcuna corrispondenza univoca tra il titolare di un'utenza telefonica/ADSL e l'utente di una piattaforma di peer to peer.

Alla luce delle considerazioni che precedono risulta, pertanto, evidente che la Peppermint e/o i propri legali stanno trattando dati personali idonei ad offrire una rappresentazione non veritiera della personalità degli interessati, ritraendo questi ultimi come autori di condotte illecite che non hanno, in realtà, mai posto in essere.

Alla luce delle considerazioni che precedono, Altroconsumo e gli altri ricorrenti ritengono che l'adita Autorità Garante debba, senza ritardo, accertare se ed in che misura la Peppermint continui a porre in essere operazioni di trattamento relative ai citati dati e, in caso affermativo, disporre il blocco.

In ogni caso, inoltre, andrà ordinato a quest'ultima di fornire a tutti gli interessati idonea informativa circa le modalità attraverso le quali i propri dati personali sono stati trattati, la natura di tali dati e la specifica finalità del trattamento e di adottare le misure tecniche di sicurezza prescritte dalla vigente normativa.

Qualora l’Autorità adita ne ritenga sussistenti i presupposti, infine, andranno comminate alla Peppermint le previste sanzioni per le violazioni poste in essere previa eventuale trasmissione degli atti all’autorità giudiziaria ordinaria perché proceda per i reati eventualmente configurabili.

III) La principale questione di diritto sottesa alla definizione del presente procedimento.

La presente azione non mira a garantire ai reclamanti ed agli altri utenti di piattaforme di peer to peer una sostanziale impunità in relazione ad eventuali condotte di violazione dei diritti d’autore di terze parti da questi poste in essere nell’ambito delle piattaforme di peer to peer ma, piuttosto, ad individuare una posizione di equilibrio tra il diritto alla privacy degli utenti di tali piattaforme ed i titolari dei diritti di proprietà intellettuale sui contenuti “condivisi” in dette piattaforme.

Si tratta, d’altra parte, di questione sulla quale, già de tempo, il Gruppo di Lavoro ex Art. 29 dei Garanti Europei ha richiamato l’attenzione, evidenziando l’esigenza di individuare il predetto equilibrio (doc. 5).

In tale prospettiva il presente procedimento andrà definito alla stregua della disciplina dettata dagli artt. 13 e 24 del codice privacy in materia di trattamento dei dati personali per far valere un diritto in sede giudiziaria.

Appare, infatti, evidente che qualora l’Autorità adita dovesse aderire ad un’interpretazione estensiva – ma sarebbe, probabilmente, più corretto dire analogica – di dette previsioni, la condotta posta in

essere dalla Logistep e dalla Peppermint pur continuando a risultare illecita sotto il profilo dell'omessa notificazione e del trattamento di dati inesatti e/o non veritieri, potrebbe risultare legittima sotto gli altri denunziati profili, mentre laddove si aderisse ad una rigorosa interpretazione delle medesime previsioni, nessun dubbio potrebbe residuare circa la radicale illegittimità del trattamento denunciato.

Si è già dedotto che il riferimento alla "sede giudiziaria" contenuto negli artt. 13 e 24 del Codice Privacy non può essere svuotato di contenuto a pena di compromettere l'equilibrio tra il diritto alla privacy degli interessati e quello che il titolare intende far valere a tutto vantaggio di quest'ultimo ed a svantaggio dei primi.

Il necessario coinvolgimento dell'Autorità Giudiziaria serve, infatti, nella struttura della norma, a garantire che il trattamento dei dati personali svolto in assenza delle garanzie minime (informativa e consenso) prescritte dalla disciplina vigente non possa essere utilizzato per ledere ulteriormente la posizione dell'interessato addebitandogli condotte o responsabilità ad esso non addebitabili al di fuori della dinamica del processo e, ad un tempo, a garantire un controllo – sebbene ex post – sulla liceità del trattamento medesimo.

Si tratta, a ben vedere, esattamente degli scenari venuti a determinarsi nella vicenda oggetto del presente procedimento.

La Peppermint, infatti, sta utilizzando delle informazioni che, probabilmente, nell'ambito di un giudizio avrebbero modesta efficacia probatoria per cercare di far valere, nei confronti degli interessati, dei pretesi diritti a tuttoggi non riconosciuti dall'autorità giudiziaria, con la

conseguenza di porre gli interessati medesimi in una posizione di innegabile debolezza.

Molti dei destinatari della lettera loro trasmessa dalla Peppermint, infatti, nelle scorse settimane, hanno provveduto al pagamento dell'importo loro richiesto, rimanendo, peraltro, esposti – a loro insaputa, a causa del tenore ambiguo e reticente della comunicazione in oggetto – al rischio di subire comunque le conseguenze di un procedimento penale e/o di vedersi richiedere dalla stessa Peppermint un risarcimento del danno che quest'ultima potrebbe sempre assumere di aver sofferto a fronte della messa a disposizione del pubblico, da parte dell'utente, di un brano diverso da quello individuato nella proposta transattiva.

Si tratta di una situazione, a nostro avviso, incompatibile con la corretta applicazione delle disposizioni di legge attualmente vigenti.

Detta situazione, peraltro, è ancor più grave se si considera che l'indagine posta in essere dalla Logistep e dalla Peppermint è stata interamente posta in essere attraverso strumenti informatici che, per le ragioni cui già si è fatto cenno, ben potrebbero aver prodotto, in molti casi, una rappresentazione della realtà non veritiera in danno degli interessati.

In tale contesto - e ferma restando l'esigenza di verificare la liceità della condotta della Logistep e della Peppermint sotto i distinti profili dell'omessa notificazione. Della mancata adozione delle misure tecniche di sicurezza e del trattamento di dati inesatti – appare opportuno che l'adita Autorità, nel pronunciarsi chiarisca altresì i limiti

della deroga di cui agli artt. 13 e 24 del Codice e ciò, anche in vista del ripetersi di analoghe iniziative nei prossimi mesi ad opera della stessa Peppermint e/o di altri soggetti.

Nell'insistere per l'accoglimento delle già articolate istanze, i ricorrenti chiedono sin d'ora all'intestato Ufficio di essere sentiti al fine di meglio illustrare i fatti ed i motivi di diritto a fondamento del presente procedimento.

In via istruttoria si producono i seguenti documenti già citati in narrativa:

- 1) Statuto dell'Associazione "ALTROCONSUMO"
- 2) Lista associati di Altroconsumo
- 3) Lettera inviata ai Sig.ri dallo Studio Legale Mahlkecht & Rottensteiner del 30 aprile 2007;
- 4) Documento redatto dal Sig. Richard M. Schneider, Direttore Generale della Logistep Ag
- 5) Relazione del Gruppo di Lavoro ex Art. 29 dei Garanti Europei.

Roma, 28 giugno 2007

Avv. Prof. Guido Scorza