

09920/2022



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/03 in quanto:
 disposto da ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati

FRANCESCO A. GENOVESE	Presidente
LAURA TRICOMI	Consigliere
GIULIA IOFRIDA	Consigliere
FRANCESCO TERRUSI	Consigliere - Rel.
ANTONIO PIETRO LAMORGESE	Consigliere

Oggetto

Privacy - telefonia mobile - attività di commercializzazione diretta - nozione - acquisizione consenso - fattispecie

Ud. 16/02/2022 CC
Cron. 9920
R.G.N. 8923/2020

F.U.

ORDINANZA

sul ricorso 8923/2020 proposto da:

Garante per la Protezione dei Dati Personali, in persona del presidente pro tempore, domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi n.12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che lo rappresenta e difende ope legis;

-ricorrente -

contro

V

GRW
527
2022

(omissis) S.p.a. (già (omissis)), in persona
dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in
(omissis) presso lo studio dell'avvocato (omissis)
(omissis) , che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati
(omissis) giusta procura
in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 10789/2019 del TRIBUNALE di ROMA,
pubblicata il 01/08/2019;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
16/02/2022 dal cons. TERRUSI FRANCESCO;
lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del Sostituto
Procuratore Generale dott. ALBERTO CARDINO che chiede
l'accoglimento del ricorso.

Fatti di causa

La (omissis) (oggi _____ (omissis))
ha impugnato il provvedimento del (omissis) col quale
il Garante per la protezione dei dati personali, su
segnalazione proveniente da privati, le aveva vietato, ai sensi
degli artt. 143, 144 e 154 del cod. privacy, l'ulteriore
trattamento per finalità promozionali dei dati personali
concernenti le utenze oggetto di campagne volte ad acquisire
il consenso all'effettuazione di attività di marketing.

Il tribunale di Roma ha accolto il gravame con sentenza
resa pubblica il 1° agosto 2019, nella quale ha ritenuto che
l'art. 130, primo comma, del cod. privacy, seppur vietando le

attività pubblicitarie o promozionali in assenza di consenso, non è di ostacolo all'invio di messaggi (nel caso concreto sms) diretti proprio ad acquisire il detto consenso, da manifestarsi poi in modo consapevole da parte del cliente e finalizzato al successivo inoltro da parte dell'azienda di offerte commerciali.

Il Garante ha proposto ricorso per cassazione in unico motivo, al quale la ^(omissis) ha replicato con controricorso e memoria.

Gli altri intimati non hanno svolto difese.

Ragioni della decisione

I. - Con l'unico motivo di ricorso il Garante assume la violazione degli artt. 2 cost., 8 Cedu, 8 della Carta dei diritti fondamentali della UE, 6.1. del Regolamento UE n. 679 del 2016 e 130 cod. privacy.

Censura la sentenza per non aver colto che la condotta di ^(omissis) esplicitasi nell'invio di sms ai fini dell'acquisizione del consenso per l'effettuazione di attività di marketing a un bacino di utenti i cui dati personali erano stato trattati in difetto del consenso originario, aveva integrato essa stessa un'attività *contra legem*, siccome costituente trattamento per finalità di marketing nei riguardi di chi quel consenso non aveva manifestato.

II. - Il motivo è fondato.

Dalla sentenza si evince che l'attività di ^(omissis) si era concretata nell'invio di sms aventi il seguente tenore:

- quanto alla clientela di nuova acquisizione: *"grazie per averci scelto ! Vorremmo darle il benvenuto nel mondo delle esclusive promozionali di ^(omissis) ma ad oggi non ci risulta il suo consenso ai contatti commerciali. Non perda l'occasione*

e chiami gratuitamente il ^(omissis) entro il giorno mese anno per fornire il suo consenso (..)";

- quanto ai clienti già presenti nella customer base, ma che non avevano prestato il consenso all'effettuazione di attività promozionale sulla propria utenza telefonica: "gentile cliente, la informiamo che ad oggi non ci risulta il suo consenso ai contatti commerciali e promozionali ^(omissis) Se desidera entrare nel mondo delle esclusive promozionali di ^(omissis) rilasci il consenso ai contatti commerciali chiamando gratuitamente il ^(omissis) entro il giorno mese anno. Per info privacy visiti il sito ^(omissis)."

III. - L'art. 130 del cod. privacy disciplina le cd. comunicazioni indesiderate prevedendo in generale, al primo comma, che "l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso del contraente o utente".

La norma richiede il consenso non solo per l'invio di materiale o per la vendita diretta, ma anche e più semplicemente per l'invio di generiche "comunicazioni commerciali".

Ove il consenso sia richiesto per successive attività commerciali o promozionali si è già in presenza di una "comunicazione commerciale", poiché codesta resta comunque integrata dal fine perseguito.

Invero sempre l'art. 130 ha cura di specificare, al secondo comma, che "la disposizione (..) si applica anche alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi

indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo".

IV. - Nel testo conseguente al d.lgs. n. 69 del 2012, applicabile a decorrere dal 1° giugno 2012 e quindi anche alla fattispecie in esame, la stessa norma stabilisce inoltre, al quinto comma, che è vietato in ogni caso l'invio di comunicazioni per le finalità anzidette o, comunque, a scopo promozionale, effettuato camuffando o celando l'identità del mittente o in violazione dell'art. 8 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, o senza fornire un idoneo recapito presso il quale l'interessato possa esercitare i diritti di cui agli artt. da 15 a 22 del Regolamento, *"oppure esortando i destinatari a visitare siti web che violino il predetto articolo 8 del decreto legislativo n. 70 del 2003"*.

V. - La natura degli invii mediante sistemi automatizzati di comunicazione impone di correlare la disciplina anzidetta alla *ratio* protettiva individuabile nella Direttiva cd. e-privacy 2002/58-CE, vigente *pro tempore*, esplicitamente tesa a evitare l'utilizzo surrettizio di mezzi rivolti all'attività di marketing nonostante la mancanza di consensi esplicitamente, e anteriormente, non rilasciati dai soggetti interessati.

Va rammentato che questa Corte ha già chiarito che ogni consenso in questa materia è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato (v. Cass. n. 14381-21 e Cass. n. 17278-18).

VI. - Non possiede base giuridica la pretesa di scindere, come fatto dal tribunale di Roma, l'attività rispetto al fine

promozionale, a seconda che sia tesa ad acquisire un consenso anteriormente non prestato ovvero a svolgere direttamente il marketing.

Questa Corte ha difatti anche riconosciuto che una comunicazione telefonica finalizzata a ottenere il consenso per fini di marketing da chi l'abbia precedentemente negato, deve considerarsi essa stessa "*comunicazione commerciale*" poiché la finalità alla quale è imprescindibilmente collegato il consenso richiesto per il trattamento concorre a qualificare il trattamento stesso. Ne consegue che deve ritenersi illegittimo, ai sensi dell'art. 130, terzo comma, e 23 del cod. privacy, il trattamento dei dati personali delle persone contattate, in assenza di consenso legittimamente manifestato, anche a prescindere dal fatto che l'interessato sia iscritto nel registro pubblico delle opposizioni (v. Cass. n. 11019-21).

VII. - Ai rilievi svolti in detto precedente è opportuno aggiungere i seguenti.

L'art. 13 della Direttiva citata in effetti contiene la regola dettagliata nell'oggetto, secondo la quale "*l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso*".

Purtuttavia il concetto di "*commercializzazione diretta*" è integrato in funzione della menzionata *ratio* protettiva delle interferenze nella vita privata degli abbonati, in ragione della quale le campagne pubblicitarie sono ritenute - dalla stessa

Direttiva - legittime a condizione che siano state precedute da un "consenso esplicito".

A tal riguardo il Considerando 40 della direttiva, dopo aver sollecitato la previsione di "misure per tutelare gli abbonati da interferenze nella loro vita privata mediante comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in particolare mediante dispositivi automatici di chiamata, telefax o posta elettronica, compresi i messaggi SMS" e dopo aver avvertito che "tali forme di comunicazioni commerciali indesiderate possono da un lato essere relativamente facili ed economiche da inviare e dall'altro imporre un onere e/o un costo al destinatario", e che "inoltre, in taluni casi il loro volume può causare difficoltà per le reti di comunicazione elettronica e le apparecchiature terminali", ha avuto cura di specificare che per tali forme di comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta è giustificato prevedere "che le relative chiamate possano essere inviate ai destinatari solo previo consenso esplicito di questi ultimi", poiché - si dice ancora - il mercato unico prevede un approccio armonizzato per garantire "norme semplici a livello comunitario", sia per le aziende che gli utenti.

VIII. - La *ratio* complessiva sottesa a siffatte previsioni induce allora - per l'appunto e semplicemente - a equiparare la mancanza del consenso al dissenso, per modo di affermare che, ove il consenso alle campagne di marketing non sia stato anteriormente prestato, la condizione è nel senso di doversi ritenere che lo stesso sia stato semplicemente già negato al momento del contratto. Cosicché ogni successiva attività integrata da comunicazioni automatizzate volte a

7

11

farne mutare il senso diventa essa stessa un'interferenza illegittima, poiché finalizzata a commercializzare il servizio aggiuntivo nonostante la mancanza del consenso esplicito.

Poiché – come dice la Direttiva – la condizione di fondo è quella di un mercato unico prevedente approcci armonizzati per garantire norme comportamentali semplici a livello comunitario, sarebbe in contrasto con la Direttiva medesima ipotizzare un meccanismo valutativo sofisticato del tipo di quello preteso dalla ^(omissis) e validato dal tribunale di Roma.

IX. – In conclusione, il ricorso va accolto e l'impugnata sentenza cassata.

Segue il rinvio al medesimo tribunale di Roma, in diversa composizione, per nuovo esame.

Il tribunale si uniformerà agli esposti principi e provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

p.q.m.

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia al tribunale di Roma anche per le spese del giudizio di cassazione.

Dispone che, in caso di diffusione della presente ordinanza, siano omesse le generalità e gli altri dati significativi.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 16 febbraio 2022.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia Barone

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Il 28 MAR. 2022

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia Barone



8