-2196/16

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 6411/2014

PRIMA SEZIONE CIVILE

R.G.N. 8595/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Cron. 2196 C.I.

Dott. ANIELLO NAPPI - Presidente - Rep.

Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Consigliere - Ud. 15/01/2016

Dott. MAGDA CRISTIANO - Consigliere - PU

Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE - Consigliere -

Dott. FRANCESCO TERRUSI - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 6411-2014 proposto da:

REITEK S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CLEMENTE IX 10, presso l'avvocato LUCIA FELICIOTTI, rappresentata e difesa dagli avvocati ALESSANDRO GAETANI, GABRIELLA GAETANI, giusta procura a margine del ricorso;

2016

93

- ricorrente -

contro

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, in persona del legale rappresentante pro tempore,

domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

contro

ENEL ENERGIA S.P.A.;

- intimata -

sul ricorso 8595-2014 proposto da:

ENEL ENERGIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA MAZZINI, 27, presso lo STUDIO TRIFIRO' & PARTNERS, rappresentata e difesa dagli avvocati FRANCESCO AUTELITANO, VITTORIO PROVERA, PAOLO ZUCCHINALI, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

contro

REITEK S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 18977/2013 del TRIBUNALE di

ROMA, depositata il 26/09/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/2016 dal Consigliere Dott. FRANCESCO TERRUSI;

udito, per la ricorrente REITEK S.P.A., l'Avvocato GAETANI GABRIELLA che si riporta;

udito, per la ricorrente ENEL ENERGIA S.P.A., l'Avvocato ZUCCHINALI PAOLO che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. IMMACOLATA ZENO che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto.

6411-14
8595-14

Svolgimento del processo

A seguito di accertamento ispettivo avviato nei riguardi di Enel Energia s.p.a., teso a verificare l'osservanza delle norme in materia di protezione dei dati personali rispetto all'attività di marketing effettuata mediante autonomi soggetti (cd. teleseller) previo utilizzo di piattaforma informatica (sistema Saas) messa a disposizione da Reitek s.p.a., il Garante per la protezione dei dati personali (*hinc* solo Garante) prescriveva a Enel Energia, ai sensi degli artt. 143, 1° comma, lett. b) e 154, 1° comma, lett. c), del Codice in materia di protezione dei dati personali, l'adozione, eventualmente tramite la fornitura di apposite istruzioni ai propri responsabili, di tutte le misure, anche di carattere tecnico, atte a garantire che il sistema Saas impedisse la reiterazione di chiamate su contatto abbattuto (cd. chiamate "mute"), escludendo la possibilità di richiamare la specifica utenza per un intervallo di tempo pari almeno a trenta giorni.

Enel Energia s.p.a. e Reitek s.p.a. proponevano separate opposizioni al provvedimento, le quali, riunite, venivano rigettate dal tribunale di Roma con sentenza in data 26-9-2013.

Il tribunale, per quanto di interesse, riteneva provato il fenomeno oggetto del provvedimento in considerazione

dei numerosi reclami depositati presso il Garante da utenti che avevano lamentato la ricezione di telefonate "mute" da numeri poi risultati riconducibili a Enel Energia. Reputava quindi l'illiceità del sistema di teleselling in quanto il procedimento, che aveva condotto alla telefonata "muta", aveva integrato un trattamento di dati personali contrario al canone di correttezza indicato nell'art. 11 del cod. della privacy, atteso che i destinatari avevano visto utilizzati i propri dati per telefonate non valevoli a proporre alcun contratto ma solo a creare allarme circa la provenienza. Riteneva infine Reitek non estranea all'abusiva condotta perché essa pure responsabile del trattamento, in quanto titolare di mansioni non meramente esecutive, essendo Reitek la società ricevente i dati forniti da Enel Energia e adottante e suggerente le misure organizzative.

Per la cassazione della sentenza le società hanno proposto separati ricorsi, rispettivamente sorretti da cinque motivi (Reitek) e da tre motivi (Enel Energia).

In entrambe le cause il Garante si è costituito con controricorso, resistendo.

Enel Energia ha infine depositato una memoria.

Motivi della decisione

I. - I ricorsi, proposti avverso la medesima sentenza, sono riuniti ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ.

II. - In quello proposto per primo, Reitek s.p.a. deduce i motivi di seguito indicati:

(i) violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 11, 24, 130 del d.lgs. n. 196 del 2003, degli artt. 1, 5, 6, 7 della direttiva n. 95/46-CE e degli artt. 1, 3, 12 della l. n. 689 del 1981, nonché omesso esame di fatti decisivi, per avere il tribunale errato nel ritener provata la sussistenza del fenomeno delle cd. chiamate "mute" sanzionato dal Garante, attese le segnalazioni di soli sei utenti in un arco temporale di sei mesi, non tali da giustificare la qualificazione del fenomeno come diffuso, reiterato e continuo;

(ii) violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 11, 24, 130 del d.lgs. n. 196 del 2003, in ordine all'imputabilità della condotta illecita, stante che le telefonate "mute" erano state occasionate dal sistema informatico a seguito di impostazioni scelte dai teleseller, secondo la loro capacità di lavoro, con conseguente esclusione della riferibilità dell'illecito a essa Reitek in base al principio personalistico dettato dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981; principio da considerare estendibile, ex art. 12 della medesima legge, a ogni ipotetica violazione amministrativa;

(iii) violazione e falsa applicazione del principio di correttezza, avendo il giudice di merito introdotto

requisiti di liceità del trattamento dei dati personali ulteriori rispetto a quelli previsti dal codice della privacy e dalla evocata direttiva comunitaria, in violazione dei principi indicati da C. giust. 24-11-2011, nn. 468 e 469;

(iv) violazione del principio di legalità ex art. 1 della l. n. 689 del 1981, non essendo ancora vigenti, al 30-10-2011, data dell'accertamento ispettivo presso Reitek, le prescrizioni del garante di cui al provvedimento n. 230 del 2011, col quale era stato concesso il termine di 60 giorni (poi prorogato) per la designazione, come responsabili del trattamento dei dati personali, dei soggetti agenti in outsourcing;

(v) scusabilità dell'errore ex art. 3 della l. n. 689 del 1981.

III. - Nel ricorso di Enel Energia s.p.a., da considerare come ricorso incidentale in quanto proposto successivamente a quello di Reitek s.p.a., sono dedotti motivi così articolati:

(i) violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 24, 129, 130, 143 e 154 del cod. della privacy, nonché dell'art. 7 della direttiva 95/46-CE del Parlamento europeo e del Consiglio, non potendo considerarsi integrato alcun illecito in mancanza di una norma specifica supponente il divieto di telefonate "mute";

invero il trattamento dei dati da parte di essa ricorrente - anteriore allo schema di provvedimento generale del Garante in materia di chiamate "mute", pubblicato in g.u. n. 274 del 22-11-2013 - era avvenuto con la sola specifica finalità di eseguire telefonate commerciali, sicché erroneo doveva considerarsi l'assunto del giudice *a quo* circa la contrarietà del medesimo al canone di correttezza dell'utilizzo dei dati. In sostanza, a dire di Enel Energia, i dati non erano stati trattati con l'intenzione di eseguire chiamate "mute" - cosa non provata e neppure dedotta dal Garante - ma per legittimi fini di telemarketing. Dunque si sarebbero dovuti considerare ostativi al provvedimento adottato dal Garante, da un lato, l'art. 130, comma 3-bis, del cod. della privacy, col quale era stata prescelta in casi simili la liceità del trattamento dei dati desunti da pubblici elenchi, anche senza consenso, nei confronti di chi non avesse esercitato il diritto di opposizione, e, dall'altro, il fatto che i principi comunitari vietano (art. 7 della direttiva 95/46-CE) agli stati membri di disporre requisiti di legittimità del trattamento aggiuntivi a quelli ivi previsti;

(ii) nullità della sentenza ai sensi dell'art. 360, n. 4, cod. proc. civ., o alternativamente omessa motivazione su fatto controverso ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ.,

stante l'omesso accertamento dei fatti inerenti al fenomeno delle telefonate "mute", dato per assodato al fine di affermare l'effettiva imputabilità delle telefonate suddette a Enel Energia;

(iii) nullità della sentenza ai sensi dell'art. 360, n. 4, cod. proc. civ., o alternativamente omessa motivazione su fatto controverso ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ., non essendo stato dal tribunale considerato il motivo di opposizione col quale era stata fatta valere l'irragionevolezza della misura adottata nei riguardi della sola Enel Energia, a fronte di un fenomeno in assoluto riguardante tutte le società operative a mezzo di servizi di call center, con conseguente grave pregiudizio sul piano della concorrenza, derivante dalle restrizioni adottate unicamente nei confronti di essa società.

IV. - Le questioni agitate nei ricorsi si palesano tra loro connesse, in qualche caso anche con margini di sovrapposizione, sicché è opportuno esaminarle nel contesto di una trattazione unitaria.

A questa appare necessario anteporre la precisazione che è pacifico in punto di fatto, perché accertato dal giudice di merito con congrua e completa motivazione, che le telefonate di cui si tratta, riscontrate in base alle

segnalazioni degli utenti, erano dalle indagini ispettive risultate riconducibili a Enel Energia.

In tal senso è manifestamente infondato, quindi, ove non inammissibile perché conchiuso in mero sindacato di fatto, il secondo motivo del ricorso di Enel Energia.

V. - Onde superare alcuni fuorvianti rilievi di Reitek s.p.a., va poi ancora preliminarmente svolta una precisazione di ordine concettuale in punto di qualificazione giuridica della misura assunta dal Garante, per gli effetti che ne debbono derivare in ordine al profilo di legittimazione all'opposizione. Profilo non colto dal tribunale di Roma e che tuttavia, in questa sede, va puntualizzato ai sensi dell'art. 384, ult. comma, cod. proc. civ., a scopo correttivo della motivazione dell'impugnata sentenza nella parte corrispondente.

Si evince difatti dalla sentenza (ed è confermato dalla trascrizione operata nel ricorso di Enel Energia) che il provvedimento del Garante, al fine di eliminare o ridurre il disagio derivante dal fenomeno delle telefonate "mute", aveva imposto le prescrizioni indicate in premessa alla sola Enel Energia s.p.a., quale titolare del trattamento.

Era stato imposto in particolare a Enel Energia di adottare, eventualmente tramite la fornitura di apposite

istruzioni ai propri responsabili, tutte le misure, anche di carattere tecnico, idonee a garantire che il sistema Saas impedisse la reiterazione di chiamate di tal genere, escludendo specificamente la possibilità di richiamare la singola utenza per un intervallo di tempo pari almeno a trenta giorni.

Una prescrizione simile, tesa a contrastare fenomeni considerati lesivi del diritto al trattamento dei dati personali o a ridurne l'impatto in ambiti considerati fisiologici, non integra una sanzione amministrativa, e il soggetto legittimato all'opposizione non è qualunque titolare del trattamento, ma lo specifico titolare al quale la prescrizione sia stata imposta.

Questo perché il rimedio oppositorio è diretto a sottoporre al controllo giurisdizionale la situazione soggettiva sulla quale il provvedimento ha inciso.

L'opposizione incardina certamente un processo sul merito della questione posta al fondo dell'atto, ma è pur sempre l'atto il veicolo di accesso a quel giudizio di merito, nel quale si discute delle violazioni ritenute dal Garante in rapporto alla misura adottata.

Conseguono due effetti.

Il primo è che non essendosi dinanzi a una sanzione amministrativa, sono qui da ritenere manifestamente infondati il secondo, il quarto e il quinto motivo del

ricorso proposto da Reitek, giacché questi motivi muovono dall'errato presupposto che al provvedimento dovessero ritenersi automaticamente estese le disposizioni della l. n. 689 del 1981.

Il secondo effetto è che l'opposizione di Reitek avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile dal tribunale per difetto di legittimazione attiva ordinaria, non essendo Reitek il soggetto cui erano state imposte, dal Garante, le prescrizioni di fare, a nulla rilevando che l'accertamento ispettivo preliminare - come dal ricorso risulta - fosse stato a suo tempo esteso anche a questa società.

Reitek era titolare, secondo il suo asserto, di un rapporto giuridico semplicemente connesso a quello di Enel Energia, in quanto appunto concernente la piattaforma informatica utilizzata dai teleseller per lo svolgimento della loro attività, e non era stata attinta dal provvedimento del Garante. Quindi avrebbe potuto spiegare in giudizio il solo potere di intervento di cui all' art. 105 cod. proc. civ. Il quale, sostenuto dall'interesse a dar forza alle ragioni di Enel Energia, non poteva invece identificarsi col potere di impugnare direttamente il provvedimento, onde far valere avverso di esso motivi di opposizione autonomi. In relazione al già visto peculiare ambito della tutela giurisdizionale

successiva al provvedimento del Garante, l'interesse (per quanto giuridico, e non di mero fatto) di Reitek non poteva in particolare essere identificato con l'interesse ad agire in opposizione, essendo molto più semplicemente volto a impedire che la propria sfera giuridica potesse subire un pregiudizio dagli effetti riflessi della misura *inter alios*.

VI. - Il cuore del controversia è costituito dalle censure di cui ai residui motivi di ricorso: segnatamente dal primo e dal terzo motivo di Reitek e dal primo motivo di Enel Energia.

Si tratta di questioni sovrapponibili, come detto all'inizio, e dunque unitariamente esaminabili.

Entrambe le ricorrenti muovono al tribunale l'addebito di non aver considerato che, in rapporto alle regole comunitarie poste con la direttiva sulla tutela del trattamento e della libera circolazione dei dati personali (direttiva 95/46-CE, art. 7), gli Stati membri non possono aggiungere nuovi principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati personali, né prevedere requisiti supplementari che porterebbero a modificare l'ambito di applicazione di uno degli evocati principi.

L'affermazione è poi compiutamente argomentata da Enel Energia in base al rilievo che l'art. 130, comma 3-bis,

del cod. della privacy consentirebbe il trattamento dei dati personali mediante impiego del telefono nei confronti di chi risulti inserito negli elenchi e non abbia esercitato, nelle dovute forme, il diritto di opposizione. Sicché la norma, introdotta dal d.l. n. 135 del 2009 in adeguamento alla normativa comunitaria, avrebbe in tal modo ribaltato il principio espresso dall'art. 129 del medesimo codice, sostituendo al consenso esplicito per l'utilizzo dei dati per finalità commerciali l'opposta regola della necessaria manifestazione di un dissenso.

Le censure sono infondate per le ragioni che seguono.

VII. - Per cominciare va osservato che l'art. 7 della direttiva comunitaria non porta alcun beneficio alla tesi delle ricorrenti.

L'art. 7 è norma a effetto diretto (v. C. giust. n. 468-11) e stabilisce, in linea generale, che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando la persona interessata ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile (lett. a).

Essa consente l'effettuazione del trattamento anche in alternative ipotesi [quando (b) è necessario all'esecuzione del contratto concluso con la persona interessata o all'esecuzione di misure precontrattuali prese su richiesta di tale persona, oppure (c) è

necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il responsabile del trattamento, oppure (d) è necessario per la salvaguardia dell'interesse vitale della persona interessata, oppure (e) è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento o il terzo a cui vengono comunicati i dati, oppure (f) è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1].

Ma queste ipotesi non ricorrono nel caso di specie.

Con riferimento all'attività di telemarketing, viene in considerazione proprio la lett. (a) dell'art. 7, che implica giustappunto il consenso dell'interessato.

Contenendo norme caratterizzate da una certa elasticità, la direttiva - come ancora affermato dalla Corte di giustizia - lascia in numerosi casi agli Stati membri il compito di decidere alcuni dettagli o di scegliere tra più opzioni.

A tal fine impone di distinguere tra provvedimenti nazionali che prevedono requisiti supplementari che

modificano la portata di uno dei limiti previsti all'art. 7 della direttiva stessa (vietati) e provvedimenti nazionali che prevedono la semplice precisazione di uno di tali principi.

In questa prospettiva, quindi, il senso della previsione comunitaria è opposto a quanto paventato nei motivi di ricorso: gli Stati membri non possono aggiungere nuovi principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati personali, né prevedere requisiti supplementari che porterebbero a modificare l'ambito di applicazione di uno degli evocati principi in senso sfavorevole all'interessato.

VIII. - Ora, l'impugnata sentenza, confermando il provvedimento amministrativo del Garante, ha fatto applicazione dell'art. 11 del cod. della privacy, a tenore del quale i dati personali oggetto di trattamento debbono essere (a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; (b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, e utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; (c) esatti e, se necessario, aggiornati; (d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; (e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di

tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.

Il tribunale ha ritenuto scorretta la modalità di trattamento del dato messa in atto dal sistema di telemarketing, in quanto tale modalità aveva mirato a ottimizzare il successo delle chiamate passate agli operatori facendo ricadere il rischio, e il disagio, della chiamata "muta" sui soli destinatari.

Giova dire che una simile valutazione di contrarietà al principio di correttezza non è discorde dalla giurisprudenza di questa corte.

E' stato infatti più volte affermato che, ai sensi degli artt. 4 e 11 del cod. della privacy, i dati personali oggetto di trattamento vanno poi gestiti rispettando i canoni della correttezza, pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità del loro utilizzo (v., per l'affermazione generale, già Sez. un. n. 3033-11, nonché, *ex aliis*, benché in fattispecie peculiare, Sez. 1^ n. 18443-13). E una particolare efficacia in senso confermativo della non correttezza del trattamento di cui è causa può essere in verità attribuita alla stessa descrizione della modalità di effettuazione delle chiamate multiple che la ricorrente ha messo in evidenza nel suo ricorso. Tale modalità (cd. *predictive*) implicava

che le chiamate inviate dal sistema, tenendo conto delle telefonate fallite, determinassero la risposta dell'addetto con eccezione dei casi in cui, a fronte di minori telefonate fallite, non si fosse trovato immediatamente disponibile un corrispondente operatore.

Se ne desume che il destinatario, proprio in considerazione della prescelta modalità, era esposto al rischio di non ricevere risposta alla chiamata, e che tale rischio era stato preventivamente accettato dalla società al momento del trattamento.

Affermare - come fatto da Enel Energia - che una simile eventualità era collocabile, in base ad algoritmi di sistema tesi a minimizzare il fenomeno, in una percentuale del 3 % (oltre che assertorio, posto che nulla risulta dalla sentenza impugnata) si palesa irrilevante.

L'obiezione non sposta affatto i termini del problema, così come non li sposta il notarile rilievo di Reitek circa il minimale numero di segnalazioni di telefonate "mute" giunte al Garante, perché l'abuso era associabile alla prescelta modalità di chiamate multiple, che rendeva manifesto il ribaltamento del rischio del disagio esclusivamente sui destinatari. E solo questo alla fine conta per considerare esorbitante il metodo di utilizzo del dato personale in rapporto all'interesse o ai diritti

e alle libertà fondamentali delle persone coinvolte. Metodo infine contenuto dal Garante con un'opzione conforme a quella delle corrispondenti autorità nazionali di altri Paesi, come il Regno Unito o gli Stati Uniti (v. i provvedimenti ivi rispettivamente denominati "*Tacling abandoned an silent calls*" e "*Report and order in the matter of rules and regulations implementig the thelefone consumer protection Act*").

IX. - A ogni modo la motivazione dell'impugnata sentenza va in parte corretta ai sensi dell'art. 384, ult. comma, cod. proc. civ., giacché un'altra ragione - dirimente - ostava alla tesi delle società, e rendeva illegittimo il trattamento dei dati personali (nominativo e numero di utenza) finalizzato all'attività di telemarketing.

La ragione è che il trattamento dei dati personali era avvenuto con sistemi automatici di chiamata, e il codice della privacy consente (artt. 129 e 130) simile trattamento solo con il consenso dell'interessato.

Enel Energia obietta che il consenso, in base al comma 3-bis dell'art. 130 (aggiunto dall'art. 20-bis del d.l. 25-9-2009, n. 135, conv. in l. 20-11-2009, n. 166), non è richiesto in chi sia iscritto negli elenchi degli abbonati ai servizi di telefonia e non abbia esercitato il diritto di opposizione con modalità semplificate e anche in via telematica, mediante iscrizione della

relativa numerazione nell'apposito registro pubblico delle opposizioni (cd. opt-out).

Ma l'assunto di Enel Energia è del tutto infondato, in quanto la norma di cui all'art. 130, comma 3-bis, non ha il significato generalissimo che essa intende attribuirle, ma va interpretata in coerenza con la direttiva comunitaria 2002/58-CE sull'e-privacy; la quale, concepita per rispettare le esigenze delle tecnologie digitali, completa la direttiva sulla protezione dei dati personali e comprende tutte le tematiche di potenziale interesse per la sfera privata nell'ambito delle comunicazioni elettroniche.

In particolare la soluzione opt-out (opzione di esclusione), poi recepita dall'art. 130, comma 3-bis del codice, è stata dalla direttiva ipotizzata (v. art. 13, 3° comma) solo con riferimento alle chiamate con operatore.

Per dimostrarlo è sufficiente considerare che la previsione citata - rapportata a quella antecedente di cui all'art. 12 in ordine al corretto uso degli elenchi di abbonati - stabilisce, ai primi due commi ("paragrafi"), che l'uso di sistemi automatizzati di chiamata e di comunicazione 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 o degli utenti che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso; e che, fatta salva codesta regola, allorché una persona fisica o giuridica ottiene dai suoi clienti le coordinate elettroniche per la posta elettronica nel contesto della vendita di un prodotto o servizio ai sensi della direttiva 95/46-CE, la medesima persona fisica o giuridica può utilizzare tali coordinate elettroniche a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti o servizi, a condizione che ai clienti sia offerta in modo chiaro e distinto la possibilità di opporsi, gratuitamente e in maniera agevole, all'uso di tali coordinate elettroniche al momento della raccolta delle coordinate e in occasione di ogni messaggio, qualora il cliente non abbia rifiutato inizialmente tale uso.

Il 3° comma del citato art. 13 fa salva l'opzione di esclusione (opt-out) "in casi diversi da quelli di cui ai paragrafi 1 e 2", e dunque, appunto, solo per la commercializzazione eseguita a mezzo di operatore senza impiego di dispositivi automatici di chiamata.

Aggiunge infatti che gli Stati membri possono, alla detta condizione, adottare le misure appropriate per garantire che le comunicazioni indesiderate allo scopo di

commercializzazione diretta non siano permesse "se manca il consenso degli abbonati o utenti interessati oppure se gli abbonati o utenti esprimono il desiderio di non ricevere questo tipo di chiamate", precisando che la scelta tra queste due possibilità possa essere effettuata con salvezza della gratuità per l'abbonato o l'utente.

In pratica, la direttiva comunitaria 2002/58-CE consente l'opt-out per le chiamate con operatore, non mai invece per le chiamate automatizzate.

X. - La funzione dell'art. 130, comma 3-bis, del cod. della privacy, derogatoria rispetto alla disciplina dell'art. 129 basata - come detto - sul consenso espresso dell'interessato i cui dati personali siano inseriti in elenchi pubblici aventi una propria specifica finalità, non può considerarsi avulsa dal suddetto quadro di principi.

Secondo l'art. 129, il Garante deve individuare (1° comma) con proprio provvedimento, in cooperazione con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 154, 3° comma, e in conformità alla normativa comunitaria, le modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi agli abbonati negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico, nonché (2° comma) le idonee modalità per la manifestazione (a) del consenso

all'inclusione negli elenchi e all'utilizzo dei dati per le finalità di cui all'articolo 7, 4° comma, lett. b) [in base al principio della massima semplificazione delle modalità di inclusione negli elenchi a fini di mera ricerca dell'abbonato per comunicazioni interpersonali], e (b) del consenso specifico ed espresso qualora il trattamento esuli da tali fini, nonché in tema di verifica, rettifica o cancellazione dei dati senza oneri.

L'art. 130, comma 3-bis, deroga alla norma appena detta, stabilendo che "il trattamento dei dati di cui all'articolo 129, comma 1, mediante l'impiego del telefono e della posta cartacea per le finalità di cui all'articolo 7, comma 4, lettera b), è consentito nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione, con modalità semplificate e anche in via telematica, mediante l'iscrizione della numerazione della quale è intestatario e degli altri dati personali di cui all'articolo 129, comma 1, in un registro pubblico delle opposizioni".

Tra le finalità consentite non vi è ragione per considerare esclusa la finalità commerciale, in sintonia con la direttiva comunitaria. Ma solo per quanto riguarda il marketing diretto, effettuato mediante l'uso del telefono con l'operatore.

Solo per tale tipo di marketing può considerarsi invero devoluta agli Stati quella facoltà di scelta di cui la norma interna è espressione, relativamente ai dati personali pubblicati negli elenchi degli abbonati ai servizi di telefonia e tale per cui il trattamento degli stessi possa dirsi consentito a prescindere dal consenso preventivo dell'interessato (e salvo che, ovviamente, il diritto di opposizione attraverso l'iscrizione nell'apposito registro).

Il profilo dirimente è che, invece, non rientrano nel concetto di marketing diretto con operatore, ma involgono sistemi automatici di chiamata, le telefonate con contatto abbattuto (cd. "mute"), proprio perché in esse l'operatore manca.

E' abbastanza evidente che per tali tipologie di chiamate l'ambito operativo è del tutto simile a quello del fax che, in quanto inviato senza possibilità di interazione del destinatario col mittente, consente di veicolare messaggi pubblicitari solo col consenso dell'interessato (v. Sez. 2^ n. 14326-14).

E anzi, a scopo di definitiva chiarificazione può osservarsi che, finanche per il marketing diretto con operatore, rimane in tal guisa legittimo il trattamento del dato personale tratto da elenchi solo in quanto gli

elenchi siano pubblici, come non è - invece - per il caso della telefonia mobile.

Tanto determina il rigetto delle sopra mentovate censure di Reitek s.p.a. (primo e terzo motivo) e di Enel Energia s.p.a. (primo motivo).

XI. - Il terzo motivo di Enel Energia è di conseguenza inammissibile per difetto di decisività, essendo irrilevante, al cospetto della illiceità del trattamento per come effettuato, il regime di concorrenza con imprese asseritamente in grado di porre in essere analoghe campagne di marketing.

XII. - Può essere fissato, in conclusione, il seguente principio di diritto: "in conformità alla direttiva comunitaria n. 2002/58-CE, relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, l'art. 130, comma 3-bis, del cod. della privacy, che consente, in deroga al principio del consenso espresso previsto dall'art. 129, 2° comma, il trattamento dei dati personali mediante l'impiego del telefono per le comunicazioni di natura commerciale nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione mediante iscrizione della propria numerazione nel registro pubblico delle opposizioni (cd. opt-out), non trova applicazione nel caso in cui l'autore del trattamento abbia inviato telefonate senza operatore (cd. telefonate con contatto abbattuto o "mute") né in

quello in cui l'utenza chiamata non risulti inserita in uno degli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico di cui all'art. 129, 1° comma, del codice (come per esempio avviene per i telefoni cellulari)".

I ricorsi sono rigettati.

Le spese seguono la soccombenza.

p.q.m.

La Corte rigetta i ricorsi riuniti e condanna le ricorrenti in solido alle spese processuali, che liquida in euro 10.200,00 per compensi, oltre le spese prenotate a debito.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 15 gennaio 2016.

Il Consigliere estensore

Il Presidente

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Depositato in Cancelleria

- 4 FEB 2016

Il Funzionario Giudiziario
Arnaldo CASANO