

TRIBUNALE ROMA

26 LUGLIO 2007

PRESIDENTE: MARVASI

RELATORE: MUSCOLO

PARTI: TELECOM ITALIA S.P.A.

WIND

TELECOMUNICAZIONI S.P.A.

TELE 2 ITALIA S.P.A.

FASTWEB S.P.A.

**Concorrenza • Diritti della personalità e tutela dei consumatori • Tutela della privacy e regole del Codice del consumo • Imprese di telefonia • Attività di contatto telefonico a fini commerciali o promozionali (*direct marketing*) • Attività di *direct marketing* svolta nei confronti di clienti riservati e non contattabili dell'impresa concorrente**

- Illiceità sia sotto il profilo della lesione della *privacy* e dei diritti del consumatore che sotto il profilo della concorrenza sleale per scorrettezza
- Sussistenza
- Richiesta di consenso al trattamento dei dati rivolta all'interessato verbalmente, all'inizio della telefonata
- Illiceità. *Periculum in mora*
- Sussistenza.

*Integra atti di concorrenza sleale per scorrettezza, oltre che di lesione della privacy nonché di violazione delle norme del Codice di consumo, l'attività di contatto a scopi commerciali o promozionali effettuata da imprese di telefonia nei confronti dei clienti di un'impresa concorrente, ove si tratti di clienti che figurano negli elenchi come riservati e non contattabili e non ne sia stato previamente acquisito il consenso al trattamento dei dati personali, secondo le modalità prescritte dalla legge. Tale comportamento integra altresì un periculum in mora per l'impresa che subisce l'illecito e richiede quindi un provvedimento in sede cautelare, sia per il*

*rischio effettivo di sviamento della clientela sia per il rischio di contenzioso con gli utenti che hanno subito la lesione dei propri diritti.*

**Concorrenza • Impresa di telefonia con posizione dominante sul mercato**

- Invio ai propri clienti, insieme alle bollette telefoniche, di moduli precompilati per manifestare l'opzione negativa riguardo al proprio inserimento come riservati e non contattabili a fini commerciali negli elenchi pubblici, e in tutte le banche dati accessibili agli operatori concorrenti
- Operatività del sistema del silenzio-diniego
- Sistema idoneo a garantire il mantenimento della posizione dominante
- Illiceità.

*Integra un comportamento illecito sotto il profilo concorrenziale, da parte di un'impresa di telefonia che operi in posizione dominante di mercato, l'acquisizione del dissenso da parte dei propri clienti, mediante invio di moduli in parte precompilati insieme alle bollette telefoniche, ad essere indicati come contattabili a scopi commerciali negli elenchi pubblici o in tutte le banche dati accessibili alle imprese terze, in quanto il sistema del silenzio-diniego, applicato a comportamenti generalmente improntati all'automatismo, porta al mantenimento della posizione dominante a scapito di una effettiva competizione con gli operatori concorrenti.*

**S**ul procedimento: che Telecom Italia s.p.a. (d'ora in poi Telecom), società già monopolista e ora *leader* nel settore della telefonia sul mercato italiano, con ricorso d'urgenza agisce contro Wind Telecomunicazioni s.p.a. (d'ora in poi Wind), Tele2 Italia s.p.a. (d'ora in poi Tele2 e Fastweb s.p.a., società concorrenti per la inibitoria della attività di contatto telefonico a fini commerciali o promozionali (c.d. *telemarketing*) nei confronti dei propri clienti riservati, che non figurano cioè negli elenchi telefonici pubblici o non contattabili, cioè che non hanno espresso specifico consenso prima della telefonata, in quanto attività in violazione dell'art. 58 del Codice del Consumo, sui contratti a distanza, degli artt. 11, 23, 129 e 130 del Codice della *Privacy*, delle deliberazioni 36/02 e 180/02 dell'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni (AgCom), dei provvedimenti 23 maggio 2002 e 15 luglio 2004 del Garante per la Protezione dei Dati Personali (Garante) e del Protocollo di Intesa tra operatori telefonici, e in quanto tali caratterizzate da scorrettezza e in concorrenza sleale, nonché per la fissazione della somma di euro 500,00 per ogni violazione della inibitoria e la pubblicazione del provvedimento su tre quotidiani a tiratura nazionale;

— che le parti resistenti si costituiscono, eccependo, Fastweb in via pregiudiziale il difetto di competenza territoriale del tribunale adito, Wind e Tele2, in via preliminare il difetto di legittimazione ad agire della parte ricorrente, a fronte della violazione delle norme pubblicistiche, nonché di interesse ad agire in via cautelare in difetto di pericolo, in difetto di uno sviamento rilevante di clientela dalla società già monopolista e comunque detentrica di una quota di mercato pari al 96%, nonché tutte contestando specificamente nel merito la illiceità del proprio agire, essendo i clienti contattati presenti nelle proprie banche dati ed essendo comunque il consenso stato acquisito come primo atto della telefonata di contatto;

— che la Wind propone inoltre ricorso incidentale e riconvenzionale per la inibitoria alla Telecom della raccolta dei consensi per l'aggiornamento degli elenchi telefonici tramite l'invio di moduli precompilati con riferimento all'opzione negativa del consenso nonché della indicazione negli elenchi telefonici pubblici e in tutte le proprie banche dati accessibili agli operatori concorrenti della numerazione del cliente come non contattabile in presenza del diniego di consenso acquisito come sopra;

— che il tribunale con ordinanza dichiara in via pregiudiziale la propria incompetenza a decidere del ricorso avverso Fastweb, in via preliminare la legittimazione ad agire di Telecom e la sussistenza del pericolo, e nel merito respinge il ricorso principale per difetto di prova della provenienza dei nominativi degli utenti contattati dalle banche dati riservate di Telecom, nonché il ricorso incidentale e riconvenzionale di Wind per la

\* La decisione, che rientra nel nutrito contenzioso fra operatori di tlc per conquistare (o ri-conquistare) clienti (v. fra le tante App. Milano 16 maggio 2006, Fastweb c. Telecom Italia), nella prima massima coincide con i quasi coevi cinque provvedimenti del Garante per la Protezione dei Dati Personali 15 giugno 2007 che ordinano ai principali operatori telefonici di cessare attività di *marketing* nei confronti

degli utenti che non abbiano previamente dato il loro consenso ad essere contattati.

La seconda massima pone il problema dell'utilizzo anti-competitivo delle informazioni contenute negli elenchi telefonici. Liberalizzata la loro circolazione si è ritenuto non lesivo della concorrenza il contratto fra Telecom e Seat per la raccolta della pubblicità sugli elenchi (App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, 261).

conformità delle modalità di raccolta del dissenso con le deliberazioni delle competenti Autorità:

— che avverso tale ordinanza sia la Telecom, sia Wind e Tele2 propongono reclamo, ribadendo le proprie domande cautelari e le proprie difese e la prima depositando nuova documentazione a prova della riservatezza dei dati utilizzati, e il reclamo non viene notificato a Fastweb;

— *sulla questione pregiudiziale della integrità del contraddittorio*: che tuttavia il tribunale, postasi d'ufficio la questione della integrità del contraddittorio in mancanza della partecipazione al procedimento di reclamo di Fastweb, la risolve positivamente, non essendo applicabili al caso le regole degli artt. 331 e 332 sulla integrazione del contraddittorio in sede di impugnazione nelle cause inscindibili o tra loro dipendenti, in ragione della non analogia tra la impugnazione nel processo di cognizione ordinaria preordinato ad ottenere una decisione con efficacia di cosa giudicata e il procedimento di reclamo quale mezzo di riesame del provvedimento cautelare inidoneo alla formazione di un giudicato;

— che dunque il contraddittorio nella fase di reclamo deve ritenersi integro, essendo la lite cautelare contro Fastweb, mera litisconsorte facoltativa in un processo di merito per inibitoria definitiva e condanna al risarcimento del danno, scindibile da quella contro gli altri due concorrenti, non essendo il litisconsorzio necessario per la esecuzione della misura, e non avendo Fastweb alcun interesse a partecipare al procedimento a fronte dell'accoglimento della propria eccezione di difetto di competenza del tribunale adito;

— *sul caso*: che il caso in esame può essere ricostruito come segue, in base alle prospettazioni delle parti dei fatti rilevanti e alla documentazione in atti: Telecom, come è noto già impresa monopolista del settore della telefonia su rete fissa, dopo la liberalizzazione del relativo mercato mantiene a oggi una quota di circa il 95% del mercato rilevante, 96% circa del quale è costituito dai c.d. « clienti riservati », che non figurano negli elenchi telefonici pubblici, nonché dai c.d. « clienti non contattabili », che vi compaiono ma senza la apposizione del simbolo grafico « una cornetta telefonica » che, dal 1° agosto 2005, identifica chi ha acconsentito a ricevere comunicazioni telefoniche (tra cui quelle commerciali);

— che tale qualifica è stata attribuita in applicazione delle disposizioni del c.d. Codice della *privacy* e delle deliberazioni attuative dello stesso della Autorità Garante per la *privacy* (d'ora in poi « Garante ») e della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in poi « AgCom »), di cui in appresso, che prescrivono la raccolta del consenso alle comunicazioni commerciali con il metodo c.d. *opt out*, e cioè presumono il dissenso in difetto della manifestazione di un consenso specifico ed espresso;

— che la raccolta del consenso è avvenuta in specie mediante l'invio ai consumatori abbonati Telecom, insieme alle bollette, di un modulo predisposto con l'opzione per il dissenso e parzialmente precompilato, accompagnato da una lettera della stessa Telecom con cui essa dichiara di averlo riempito sulla base delle « scelte manifestate telefonicamente » dal cliente;

— che la circostanza della manifestazione di volontà verbale, contestato specificamente da controparte, è rimasto privo di prova, non potendosi valutare come tale il documento proveniente dalla stessa parte Telecom interessata e non potendosi presumere, in difetto di prova diretta, che la stessa, stante la larga quota di mercato detenuta, abbia contattato effettivamente per telefono i propri clienti;

— che la stessa Telecom ha ammesso che dei circa 23.000 moduli spediti le sono stati restituiti soltanto 4.000 circa, e di questi circa l'80% contenevano la dichiarazione di diniego al contatto;

— che non è in specifica contestazione la circostanza che le due società concorrenti, Wind e Tele2 (d'ora in poi OLO), effettuino attività di *telemarketing*, dei propri servizi, anche nei confronti dei clienti riservati e non contattabili di Telecom, essendo piuttosto contestati i due diversi fatti della provenienza dei nominativi contattati dalle banche dati di Telecom e non da quelle degli OLO stessi, la illegittimità della cui modalità di costituzione è a sua volta eccepita da Telecom, nonché le modalità di effettuazione della attività, in particolare per la acquisizione del consenso in relazione alla conformità o no di questo a quanto prescritto dalle deliberazioni dell'AGCM;

— il primo dei due fatti in contestazione, e cioè la fonte dei nominativi dei consumatori a cui è diretta la attività di *telemarketing* invero, non ha specifica rilevanza ai fini del decidere, giacché il conflitto non verte sulla scorrettezza della attività in concorrenza per appropriazione di informazioni riservate dalle banche dati di Telecom — essendo peraltro pacifico che i nominativi dei clienti non contattabili figurano come tali negli elenchi telefonici pubblici — ma piuttosto sulla scorrettezza di tale attività perché in violazione del Codice della *privacy* e del consumo;

— che pertanto sono ultronee la allocazione dell'onere della prova e la valutazione della stessa in relazione sia al fatto non specificamente contestato della direzione della attività, sia a quello, non rilevante in causa, della provenienza dei nominativi dei consumatori a cui la attività è diretta, e, di conseguenza, l'accertamento della liceità o no della costituzione delle banche dati degli OLO;

— che sono invece fatti rilevanti, costitutivi della pretesa della parte reclamante, in quanto prospettati quale parametro di scorrettezza della attività di controparte, nonché specificamente contestati, quelli relativi alle modalità di acquisizione del consenso da parte dei consumatori e la conformità delle medesime alle norme sulla *privacy* e a quelle consumeristiche, e pertanto rilevante è la valutazione delle allegazioni delle parti e delle prove sul punto;

— che a questo proposito Wind prospetta di raccogliere il consenso dei consumatori contattati all'inizio della stessa telefonata di contatto, e fonda le proprie difese sulla liceità di tale modalità di raccolta del consenso, mentre Tele2 ammette di non richiedere il consenso a ogni contatto, eccependo però da un lato la provenienza dei nominativi dai propri elenchi e dall'altra la acquisizione del consenso al trattamento dei dati da parte di imprese terze che li trasmettono a Tele2;

— che dunque non vi è contestazione sul fatto della mancata acquisizione di un consenso preventivo rispetto alla attività di sia di *direct marketing*, sia in *outsourcing*, svolta da entrambe le imprese e sul fatto che Tele2 non richieda in tutti i casi il consenso specifico al consumatore contattato e pertanto è ultronea la valutazione delle prove documentali su tali circostanze e la questione che residua sul punto è quella della liceità o no di tali modalità di acquisizione del consenso rispetto a norme imperative la cui violazione possa costituire *standard* di scorrettezza nell'esercizio della attività di impresa;

— le questioni: la questione preliminare della sussistenza del *periculum in mora*: e questione preliminare sollevata dalle parti reclamate è

quella della sussistenza o no dell'interesse ad agire in via cautelare e cioè del pericolo nel ritardo della decisione di merito;

— che a questo proposito la parte reclamante postula la diffusione della attività di *telemarketing* del concorrente, l'avvenuto sviamento della clientela riservata e non contattabile specularmente all'aumento dell'avviamento di Wind, e comunque il rischio di tale sviamento, nonché il rischio di contenzioso con gli utenti che, ai sensi dell'art. 14 del Protocollo di Intesa dei partecipanti alla BDU, Telecom ha obbligo di manlevare da qualunque pregiudizio e quindi anche da quello causato dalla lesione del diritto alla *privacy* e dei diritti di consumatori;

— che per contro le parti reclamate eccepiscono la insussistenza di qualsivoglia pericolo per una società che ha posizione dominante sul mercato della telefonia, anche per la proprietà esclusiva dei segmenti finali delle reti telefoniche, e semmai l'avvenuto aumento dell'avviamento di Telecom e contestano comunque la sussistenza di un nesso causale tra la attività di *telemarketing* e i flussi di clientela;

— che, premesso che, in materia concorrenziale, essendo lo stesso illecito dell'art. 2598 c.c. un illecito per danno potenziale, il pericolo nel ritardo non richiede la attualità del danno stesso e quindi dello sviamento della clientela, ferma restando la attualità del rischio di danno potenziale;

— che infatti non è in contestazione che l'attività di *telemarketing* sia in corso e può presumersi che, data le caratteristiche del mercato, o, più verosimilmente, dei mercati, rilevanti, che, per i diversi servizi di telefonia, vedono la domanda della quasi totalità degli italiani, tale modalità di contatto e promozione del servizio, anche se non l'unica, sia tra quelle elettive per le imprese concorrenti, non essendo presumibile il ricorso al contatto diretto personale di massa;

— che inoltre il notorio ricorso da parte delle imprese al *telemarketing*, anche in *outsourcing*, fa ragionevolmente presumere che tale mezzo di promozione e contatto sia ritenuto dalle stesse sufficientemente efficiente in termini di competitività, e sia quindi casualmente idoneo, con costi sostenibili, alla penetrazione del mercato;

— che a ciò consegue un pericolo di danno potenziale da sviamento di clientela ad alta e rapida diffusività, anche nel caso in cui tale danno non sia ancora attuale, non essendosi allo stato ancora intaccata la fidelizzazione del consumatore alla impresa già monopolista e comunque proprietaria del segmento finale della rete, ma essendo i fattori che possono interferire sul nesso causale tra agire del concorrente in fase di *start up* e la acquisizione di clientela destinati comunque a esaurirsi in un mercato dinamico;

— che le stesse indagini di mercato e i comunicati stampa in atti offrono elementi di prova a supporto del ragionamento presuntivo di cui sopra, nel senso dell'intensificarsi della attività di *telemarketing* da un lato e di un incremento dell'avviamento di Wind negli ultimi due anni dall'altro;

— che per tali assorbenti ragioni nel caso di specie può affermarsi la sussistenza del *periculum in mora* a prescindere dalla valutazione delle prove sulla esistenza di un danno attuale per sviamento di clientela da Telecom a Wind e Tele2;

— *la questione della rilevanza della violazione di norme pubblicistiche nella fattispecie di concorrenza sleale per scorrettezza*: che le prospettazioni residue in sede di reclamo della illiceità dell'agire di controparte sono la violazione degli artt. 11, 23, 129 e 130 del D.Lgs. 196/2003, c.d. Codice della *Privacy* e la violazione dell'art. 58 del D.Lgs. 206/2005, c.d.

Codice del Consumo, entrambe quali elementi costitutivi della fattispecie di concorrenza sleale per scorrettezza dell'art. 2598, n. 3);

— che la questione è dunque quella della rilevanza della violazione di norme pubblicistiche quale *standard* idoneo a riempire la clausola generale di scorrettezza dell'agire competitivo dell'imprenditore nei rapporti orizzontali con gli altri imprenditori, questione che si pone in particolare per la violazione delle norme del Codice della *Privacy*;

— che la tesi difensiva di parte Wind è nel senso della identificazione della direzione delle norme sulla *privacy* a protezione del consumatore sì, ma come persona e non come attore del mercato, e quindi della irrilevanza della loro violazione per la integrazione di una fattispecie di illecito economico, interpretazione che la parte postula in coerenza con una ricostruzione proconcorrenziale del sistema in cui la tutela della *privacy* non può operare come ostacolo all'accesso e alla permanenza sul mercato delle imprese concorrenti;

— che tale tesi non è condivisa dalla corte; infatti il Codice della *privacy* costituisce un esempio di legge pluridirezionale nei suoi scopi, giacché essa è diretta alla protezione dei dati personali a tutela dei diritti della persona, ma in differenti contesti ambientali, e in particolare alcune norme, tra cui quelle degli artt. 7, 129 e 130, che fanno riferimento all'invio di materiale pubblicitario, vendita diretta, ricerche di mercato e comunicazione commerciale, sono dirette alla protezione dei dati personali del consumatore quale soggetto di diritto del mercato;

— che intatti i dati personali del consumatore, attuale o potenziale, costituiscono per le imprese concorrenti sul mercato una vera e propria risorsa, e il loro trattamento assume un indubbio valore economico e di scambio, perché ne accresce il *know how* aziendale, permettendo loro la costituzione di banche dati, a mezzo delle quali contattare il cliente per la promozione e la offerta dei propri prodotti o servizi, tant'è che di tali dati può predicarsi — sia pur alle condizioni di legge — una vera e propria circolazione, come prospettato nelle difese di Tele2;

— che la coesistenza in alcune norme, quale quelle in esame, di una pluralità di *rationes*, che attengono insieme a diritti personali e a rapporti economici, costituisce una caratteristica del sistema giuridico moderno, ripetutamente rilevata dalla dottrina, nonché, come diritto vivente, dalla giurisprudenza, di patrimonializzazione delle situazioni giuridiche di base, con attribuzione di valore economico-patrimoniale a situazioni legate alla vita della persona;

— che il rispetto di norme pubblicistiche preordinate alla protezione dei diversi attori del mercato, tra cui i consumatori, opera quale limite di utilità sociale all'esercizio del diritto di impresa, posto dall'art. 41 Cost. in favore dell'*homo economicus* diverso dall'imprenditore;

— che comunque, giacché la libertà di intrapresa subisce per l'art. 41 Cost. altresì il limite della « sicurezza, libertà e dignità umana » neanche può predicarsi la irrilevanza dei diritti fondamentali della persona in quanto tale per la conformazione del diritto di libertà economica, in un bilanciamento peraltro di interessi tutti costituzionalmente protetti;

— che le più recenti interpretazioni dell'art. 2598 n. 3 di dottrina e giurisprudenza, costituzionalmente orientate, identificano gli *standards* con cui riempire la clausola generale di correttezza nella conformità al modello di Costituzione economica materiale, con riguardo a tutti gli interessi da questa protetti;

— che a questo proposito la Corte di Cassazione ha affermato che « occorre tener conto degli interessi collettivi concorrenti alla dinamica economica, in adesione ai principi e ai limiti dell'art. 41 Cost., finalizzati a garantire che il mercato conservi la qualità strutturale di luogo della libertà di iniziativa economica per tutti i suoi partecipi ovvero per chiunque pretenda di esercitare tale iniziativa » (Cass. 10684/2000), e più di recente ha ribadito come la garanzia di fisionomia concorrenziale dei mercati debba essere tale da tutelare non « l'interesse dei mercanti », ma « l'interesse del mercato » (Cass. 1636/2006);

— che in questo contesto deve oggi essere letta la meno recente Cass. S.u. 5787/911, che ha affermato che la violazione delle norme pubblicitarie, se non fonda di per sé un giudizio di illiceità concorrenziale, può invece legittimarla nel caso in cui si risolva in una turbativa delle condizioni di mercato e in un danneggiamento della altrui azienda;

— che dunque la eventuale violazione delle citate norme del Codice della *privacy*, perpetrata dalla impresa nell'effettuare attività di *telemarketing*, preordinata alla promozione dei propri servizi e alla loro offerta al fine di acquisire nuova clientela, costituisce indice di scorrettezza nell'esercizio della attività stessa, potenzialmente idonea a sviare il consumatore dalla impresa concorrente e a danneggiarla, diminuendone l'avviamento;

— che per quanto attiene al Codice del Consumo, la *ratio* delle cui norme è univocamente quella della protezione del consumatore come *homo economicus* nei rapporti di mercato, la questione presenta minori difficoltà di approccio e può essere risolta nel senso della rilevanza della violazione eventuale di dette norme per la sussistenza dell'illecito di concorrenza sleale, in piena coerenza con la contiguità di intenti del sistema di diritto della concorrenza e di quello del diritto del consumatore, la cui emersione è oggi chiara soprattutto nel dibattito, nazionale ed europeo, sul diritto *antitrust*;

— che a questo proposito può richiamarsi anche la direttiva 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che ai *consideranda* 6 e 8 menziona, accanto alla tutela diretta degli interessi economici dei consumatori, richiama quella indiretta degli interessi economici dei concorrenti legittimi, espressamente richiamando la tutela indiretta delle « attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole » (n.d.e. a protezione del consumatore), a garanzia della concorrenza leale;

— *la questione della effettiva violazione delle norme del Codice della privacy da parte di Wind e Tele2*: che così ritenuta la rilevanza della violazione delle norme sul Codice della *Privacy* per l'illecito di concorrenza sleale, esse debbono essere ricostruite in via interpretativa, anche alla luce delle deliberazioni delle Autorità competenti per giudicare in concreto se le condotte poste in essere nel caso in questione, come sopra accertato, siano effettivamente in violazione di dette regole;

— le norme che debbono essere interrogate nel caso in questione sono gli artt. 7.4 *b*), 11.1 *b*), 13.1 *d*), 23.3, 129.2 e 130.1; art. 7.4 *b*) dispone che « l'interessato ha diritto di opporsi, ... al trattamento dei dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale »;

— che l'art. 1.1.1 *b*) prevede che « i dati personali oggetto di trattamento » siano « raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti... e uti-

lizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi », e l'art.13.1 d) prescrive l'informativa circa « i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati... e l'ambito di diffusione dei dati medesimi »;

— che l'art. 23.3 definisce in via generale valido consenso dell'interessato quello « espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato » previa informazione, l'art. 129.2 con una norma specifica, attribuisce al Garante in cooperazione con la AgCom, la competenza a regolare le modalità per la manifestazione del consenso all'utilizzo dei dati per le finalità di cui all'art. 7.4 b) citato, secondo il criterio del « consenso specifico e espresso » e l'art. 130.1 ribadisce la prescrizione del consenso dell'interessato per l'« uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore » per le finalità dell'art. 7.4 B9 più volte citato;

— che al comma 1 il medesimo articolo attribuisce competenza alle stesse autorità per regolamentare le modalità di « inserimento e successivo utilizzo dei dati personali relativi agli abbonati negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico »;

— che insomma la norma desumibile dall'insieme delle predette disposizioni per il caso di trattamento dei dati a fini commerciali è prescrittiva di un consenso preventivo, informato, libero, specifico ed espresso per singoli trattamenti individuati, e con riguardo anche alla circolazione dei dati al fine del trattamento da parte di terzi che non hanno raccolto il consenso, con il c.d. sistema c.d. *opt-in*;

— che in attuazione delle norme ultime citate, le deliberazioni del Garante 23 maggio 2002 e 15 luglio 2004, agli artt. 2 ss., prevedono la forma scritta per la manifestazione del consenso dell'interessato all'inserimento negli elenchi disponibili al pubblico, mediante l'uso di un modulo predisposto dallo stesso Garante, con un ulteriore compenso apposito per l'utilizzazione dei dati personali ai fini commerciali di cui all'art. 7.4, oltre all'inclusione dei simboli uniformi accanto al nominativo stesso negli elenchi;

— che la delibera del Garante 16 febbraio 2006 permette l'acquisizione nel corso della chiamata o comunicazione personale dell'origine dei dati (da cui il consumatore può eventualmente risalire al consenso prestato al trattamento e alla circolazione dei dati stessi), ma non del consenso stesso, che appunto deve esser reso preventivamente e con le forme richieste;

— che le medesime regole prevedono altresì la facoltà per l'interessato di modificare la manifestazione del consenso in qualsiasi momento, senza onere economico ma con la medesima forma scritta, al fine di garantire quello *ius poenitendi* coesistente alla tutela effettiva del diritto, postulata nelle difese di parte Wind;

— che la relazione annuale del Garante al Parlamento per l'anno 2005 ha precisato che per le attività pubblicitarie e promozionali, le modalità di manifestazione del consenso sopradescritte possono essere derogate « per i dati personale estratti precedentemente dai vecchi elenchi... e già effettivamente registrati in precedenza in una banca dati » a condizione che « al momento della loro registrazione sia stata fornita una idonea informativa agli interessati »;

— che quindi sono difformi da quanto prescritto entrambe le modalità utilizzate da Wind e Tele2 per la acquisizione del consenso al *telemarke-*

*ting*, e cioè la richiesta di consenso, ovviamente verbale, all'inizio della telefonata per la prima, e la mancata richiesta di consenso per la seconda, sui presupposti che i dati provengano dai propri elenchi precedenti e banche, ma senza la prova della idonea informativa, fatto impeditivo dell'illecito concorrenziale che è onere della parte resistente provare, e che sia sufficiente un consenso rilasciato a terzi a un generico trattamento dei dati;

— che dunque la violazione da parte di entrambi delle norme di legge del Codice della *privacy* e di quelle regolamentari delle deliberazioni del Garante, tutte aventi rilievo pubblicistico, costituiscono indice di scorrettezza nell'agire da parte degli OLO concorrenti e integrano la fattispecie di illecito per concorrenza sleale dell'art. 2598 n. 3 c.c.;

— che il fatto di una eventuale reazione ad illeciti concorrenziali perpetrati dalla concorrente Telecom, opposta nelle difese di entrambe le parti concorrenti e di cui appresso, non può costituire una esimente rispetto a detto illecito, giacché in un mercato regolamentato i rimedi contro la altrui concorrenza sleale sono previsti dal sistema di diritto, che risolve il tipo normativo di problema, e non è permesso ricorrere a una sorta di autotutela di fatto, che rendendo selvaggia la competizione economica priva di ogni protezione il consumatore e diminuisce le garanzie di buon funzionamento del mercato stesso (così già trib. Roma, *Sit-Società Trasporti Italia s.r.l. vs Co.Tra.L-Società Trasporti Lazio e altri*);

— che le susesposte ragioni della decisione sono assorbenti rispetto alla ulteriore indagine sulla violazione delle norme del Codice del Consumo, altresì postulata da parte reclamante;

— *la questione della scorrettezza di Telecom nella acquisizione del consenso*; che nel ricorso incidentale la Wind postula una scorrettezza di Telecom nelle modalità di acquisizione del consenso dei propri abbonati iscritti negli elenchi pubblici a essere contattati da imprese terze a fini commerciali;

— che giacché le norme sopraesaminate attribuiscono alla impresa il diritto di acquisire tale consenso secondo modalità che prevedono un silenzio-diniego, la questione si risolve in quella dell'accertamento della sussistenza di un abuso del diritto stesso, cioè del suo esercizio preordinato non allo scopo previsto dalla legge, e cioè quello della tutela della *privacy* del consumatore, ma al diverso scopo di blindare la propria clientela e di mantenere la propria posizione dominante sul mercato;

— che, senza voler entrare nell'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'abuso del diritto, può tuttavia ritenersi che il suo riscontro possa far definire l'attività di impresa come scorretta, alla luce altresì della giurisprudenza anteriore alla legge 287/1990, che sussumeva nella fattispecie dell'art. 2598 n. 3 c.c. l'ipotesi più rilevante di abuso del diritto ora regolata dalla suddetta legge, quella di abuso di posizione dominante sul mercato;

— che deve premettersi che il fatto che il Garante non abbia comminato alcuna sanzione a Telecom per i fatti qui in contestazione non costituisce argomento sufficiente per escludere l'illecito, stante la diversa struttura e funzione del procedimento avanti al Garante e del processo, unica sede in cui possa accertarsi la sussistenza dell'illecito concorrenziale di cui la violazione delle norme sulla *privacy*, o l'abuso dei diritti attribuiti da quelle norme sono indice;

— che l'uso da parte di Telecom del modulo predisposto dal garante per la acquisizione del consenso, inviato insieme alle bollette telefoniche, non è sufficiente far ritenere che Telecom ha agito correttamente dando modo cioè al consumatore di esprimere con libertà effettiva il consenso, nei casi in cui la stessa ha proceduto alla precompilazione del modulo nella parte relativa al dissenso, così orientandone la scelta, a fronte della mancanza di prova della raccolta a mezzo telefono della volontà dell'interessato, per le ragioni sopraesposte nella ricostruzione del caso e della valutazione della prova;

— che in tale giudizio occorre tener conto di alcune massime di esperienza, cioè di un certo qual conservatorismo del consumatore nella scelta delle diverse offerte di servizi, per cui, in certi settori si registra la tendenza di mercato a una fidelizzazione della clientela e a un irrigidimento della domanda fondate non tanto sulla qualità del servizio offerto comparativamente con gli altri nello stesso segmento di mercato, quanto piuttosto da una certa qual resistenza a orientare diversamente la propria scelta a fronte del timore dei costi non soltanto economici (ad esempio di tempo) che la nuova scelta potrebbe causare;

— che fatto notorio è altresì quello secondo cui il consumatore medio, poco interessato appunto al cambiamento, e subissato da continue promozioni commerciali, spesso presta scarsa attenzione alle comunicazioni che accompagnano le bollette, qualunque sia la loro natura;

— che a ciò vanno aggiunti i fatti certi, per ammissione della stessa parte e anche senza entrare nel merito della valutazione delle discusse indagini di mercato, del possesso da parte di Telecom di una quota dominante sul mercato della telefonia, pari ben al 95% dei consumatori, della restituzione da parte dei consumatori alla società di un sesto soltanto dei moduli spediti, di cui l'80% portanti il diniego espresso; e della presenza conseguente tra gli abbonati Telecom di circa il 96% di non contattabili o riservati;

— da questi fatti certi, valutati insieme alle massime di esperienza di cui sopra, può ragionevolmente trarsi la conseguenza che il sistema del silenzio-diniego adottato abbia garantito alla Telecom di mantenere invariata la propria posizione dominante di mercato senza sottoporsi ad una effettiva competizione con le imprese concorrenti, giacché il mancato consenso al contatto manifestato dagli abbonati appare frutto più di un automatismo del comportamento che di una libera scelta;

— in questo contesto fattuale, le cui dinamiche non possono essere ignorate dalla impresa *leader* del settore, aver anche precompilato la parte del modulo relativo al dissenso fa qualificare le modalità l'esercizio del diritto di acquisire il consenso mediante il modulo predisposto dal Garante come abuso e l'agire della Telecom come connotato da scorrettezza ed illecito ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c.;

— *Conclusioni*: che in conclusione, per tutte le ragioni sopraesposte, sia il ricorso principale sia quello incidentale debbono essere accolti, e debbono essere inibiti a Wind e Tele2 il contatto telefonico a fini commerciali e promozionali dei clienti non contattabili e riservati di Telecom Italia che non hanno fornito il previo consenso al contatto alla medesima e a Telecom la raccolta del consenso presso gli abbonati mediante invio di moduli precompilati per la opzione negativa del dissenso e l'inserimento come non contattati o riservati negli elenchi pubblici degli abbonati il cui dissenso sia stato raccolto con tale modalità;

— che deve altresì essere accolta la richiesta reciproca di pubblicazione del provvedimento sui giornali: quotidiani a diffusione nazionale « La Repubblica », « Il Corriere della Sera » « Il Sole-24 Ore », con il duplice scopo risarcitorio e preventivo di analoghe condotte;

tutto ciò ritenuto:

1) inibisce a Wind Telecomunicazioni s.p.a. e Tele2 Italia s.p.a. il contatto telefonico a fini commerciali e promozionali dei clienti non contattabili e riservati di Telecom Italia che non hanno fornito il previo consenso al contatto alla medesima;

2) inibisce a Telecom la raccolta del consenso presso gli abbonati mediante invio di moduli precompilati per la opzione negativa del dissenso e il loro inserimento come non contattabili o riservati negli elenchi pubblici nel caso in cui dissenso sia stato raccolto con tale modalità;

3) dispone la pubblicazione dell'intestazione e del dispositivo della presente ordinanza sui giornali quotidiani a diffusione nazionale « La Repubblica », « il Corriere della Sera » « Il Sole-24 Ore »;

4) manda alla cancelleria per le prescritte comunicazioni.