

Law and Media Working Paper Series

no. 3/2019

ANDREA MANTOVANI¹

Questioni relative al trattamento dei dati personali per finalità di marketing e profilazione²

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Alcune considerazioni generali su *marketing* e profilazione nel contesto del Regolamento (UE) n. 2016/679 in materia di protezione dei dati personali – 3. L'importanza delle definizioni – 4. La base giuridica del trattamento, fra legittimo interesse e consenso – 5. Le caratteristiche del consenso

1. *Premessa*

Il presente lavoro prende le mosse dall'esigenza di riflettere su quanto la disciplina in materia di protezione dei dati personali introdotta dal Regolamento (UE) n. 2016/679 (il GDPR) abbia inciso sulle attività di *marketing* e di profilazione.

L'impatto è in effetti notevole ed opera sotto diversi profili, i quali, come si esporrà, coinvolgono non solo il più ovvio aspetto sanzionatorio ma anche, e fra l'altro, la tematica dell'*accountability*. Senza contare che lo svolgimento di attività di *marketing* o profilazione nei confronti di interessati che si trovino nel territorio dell'Unione europea rende oggi applicabile la normativa europea in materia di *data protection* a imprese che un tempo non ne erano soggette.

¹ Avvocato in Roma, Dottore di Ricerca in Diritto Commerciale (Diritto Privato per l'Europa), LL.M. (Columbia Law School).

² Scritto destinato alla pubblicazione negli atti del Convegno su "La Tutela dei dati personali nella nuova disciplina europea - Profili innovativi, nuovi problemi e un confronto con la disciplina svizzera" tenutosi il 26 ottobre 2018 presso l'Università degli Studi dell'Insubria di Como.

Un tema che sta suscitando notevole interesse e che, per questo motivo, troverà ampio spazio nel presente lavoro riguarda la possibilità di fondare il trattamento dei dati personali sul legittimo interesse.

In termini generali, con il GDPR, il legittimo interesse è divenuto una base giuridica ben più agevolmente accessibile rispetto a prima e, nel contesto delle attività di *marketing* e profilazione, prescindere dall'onere della preventiva raccolta del consenso degli interessati può certo comportare notevoli vantaggi operativi per i titolari del trattamento.

Tuttavia, i limiti positivi all'impiego della base giuridica del legittimo interesse nel contesto delle attività in questione (e soprattutto in materia di *marketing*) sono tutt'altro che trascurabili rispetto a quanto, invece, accade per altre attività di trattamento. Il presente lavoro si propone dunque di delineare quali siano gli effettivi margini applicativi del legittimo interesse nel trattamento di dati personali per finalità di *marketing* e profilazione, tenendo conto dell'intreccio delle diverse fonti normative rilevanti e della posizione restrittiva che il Garante per la protezione dei dati personali ha nel tempo assunto sul tema.

Poiché il consenso dell'interessato rimane la base giuridica più frequente (e spesso imprescindibile), in chiusura del presente lavoro, ne verranno analizzati i requisiti fondamentali, alla luce sia del GDPR, sia del consistente contributo interpretativo che il Garante per la protezione dei dati personali ha fornito nel corso degli anni.

2. Alcune considerazioni generali su marketing e profilazione nel contesto del Regolamento (UE) n. 2016/679 in materia di protezione dei dati personali

In un sistema di mercato nel quale la produzione è sempre più influenzata dalla personalizzazione dell'offerta³, l'analisi delle preferenze dei destinatari dei messaggi promozionali assume un ruolo sempre più nevralgico nelle strategie di *marketing*. L'evolversi della tecnologia permette che tali analisi siano sempre più puntuali e affidabili: ne derivano effetti indubbiamente positivi per le imprese, che vedono aumentare le prospettive di vendita, e per gli utenti, che,

³ Cfr. A. VALERIANI, *Commento all'articolo 130*, in *Codice della privacy. Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, commenti a prima lettura coordinati da V. Italia, Milano, 2004, p. 1610. Cfr., altresì, V. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/1996 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997.

invece di vedersi recapitare proposte commerciali generiche, ricevono suggerimenti su prodotti ai quali sono interessati⁴.

Come è noto, da tempo si percepiscono anche i pericoli insiti nel trattamento dei dati che è alla base di queste strategie commerciali⁵.

Fra l'altro, l'analisi di comportamenti e preferenze degli utenti comporta il trasferimento di un patrimonio di ricchezza da ciascun interessato alle imprese, che pone questioni connesse alla sua equa distribuzione. Inoltre, è oggi possibile la raccolta e l'analisi di informazioni (anche in quantità notevole, quando si discorre di *big data*) attraverso tecnologie come l'*internet* delle cose e l'intelligenza artificiale nonché la creazione di profili degli utenti sempre più articolati e la correlazione di informazioni relative a diversi interessati, compresa l'individuazione di relazioni esistenti fra più persone. Più questa attività di *data mining* è complessa, più difficile è per gli interessati averne contezza e controllarla⁶.

In proposito, la normativa in tema di protezione dei dati personali offre rilevanti strumenti di tutela degli interessati, che il GDPR ha indubbiamente rafforzato, fra l'altro, sotto il profilo della

⁴ La profilazione permette, infatti, «sia di orientare la produzione, adattando il prodotto da commercializzare ad una categoria individuata di potenziali consumatori, sia di incentivare nuovi consumi, tramite la creazione di specifici prodotti funzionali ai bisogni manifestati, più o meno esplicitamente, dai consumatori medesimi» (A. VALERIANI, *op. loc. cit.*).

⁵ Sul tema, oltre a S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 66, cfr. G. MACCABONI, *La profilazione dell'utente telematico fra tecniche pubblicitarie online e tutela della privacy*, in *Dir. inf.*, 3, 2001, p. 436, A. MANTELERO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragioni d'impresa*, Milano, 2007, p. 318 e R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 3, 2013, p. 604.

⁶ Osserva E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2016, p. 1815 ss. come le tecnologie robotiche consentano oggi «di ottenere conoscenze approfondite sui desideri e gli interessi di consumo del pubblico in modo grandemente accresciuto rispetto alle potenzialità delle strategie già oggi comunemente usate ..., poiché l'interazione con i clienti e la rilevazione analitica di informazioni non avverranno solo attraverso strumenti telematici, ma ovunque. Di queste informazioni sarà possibile tenere traccia, processarle e combinarle per poi impiegarle in tecniche di *marketing* atte ad ottenere il più elevato tasso di conversione tra offerta di un prodotto e vendita effettiva». G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 3, 2007, pag. 511, ricorda come, da tempo, «la cultura giuridica ha acquisito la consapevolezza che la libera costruzione dell'identità può essere concretamente posta in pericolo non soltanto nelle ipotesi di travisamento o de-contestualizzazione da parte dei *mass-media*, ma anche qualora il flusso delle informazioni che riguardano la persona non avvenga attraverso canali trasparenti e all'interno di un ben preciso quadro di garanzie. Le tecniche di raccolta dei dati e profilazione individuale, rese possibili dalle nuove tecnologie, determinano il rischio che l'io venga frammentato, a sua insaputa, in una molteplicità di banche dati, offrendo così una raffigurazione parziale e potenzialmente pregiudizievole della persona, la quale verrebbe così ridotta alla mera sommatoria delle sue proiezioni elettroniche» (cfr. già S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, p. 134).

trasparenza (e, dunque, dell'informazione da fornire agli interessati) e dei diritti (come quelli di accesso, portabilità, rettifica e opposizione) il cui esercizio può consentire agli interessati un controllo sui propri dati⁷.

Inoltre, il GDPR (che ha trovato applicazione a partire dal 25 maggio 2018) ha suscitato grande attenzione in ragione delle severe sanzioni che ha introdotto. Questo aspetto interessa di certo anche le pratiche di *marketing* e profilazione, da tempo oggetto di particolare considerazione da parte delle autorità garanti dei vari Paesi europei. Infatti, nell'ultimo anno è stata fervente l'attività di *compliance* degli operatori economici, condivisibilmente preoccupati, fra l'altro, di assicurare che le proprie attività siano coperte da un'adeguata informativa e dalla corretta base giuridica, nonché di garantire l'esistenza di appropriate procedure volte a consentire l'esercizio dei diritti degli interessati e, più in generale, che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto dei principi di *privacy by design* e *privacy by default*.

Il GDPR ha dato nuova luce agli istituti del *marketing* e della profilazione anche sotto un profilo più generale, attraendoli fra i criteri mediante i quali è stato esteso l'ambito di applicazione territoriale della normativa europea in materia di *data protection*. Infatti, al tradizionale criterio dello stabilimento nel territorio dell'Unione di chi tratti i dati personali (già previsto dall'art. 4 dell'abrogata Direttiva 95/46/CE), l'art. 3, comma 2, del GDPR ha aggiunto quelli dell'offerta di beni o prestazione di servizi⁸ a interessati che si trovino nel territorio dell'Unione e del

⁷ Osservano M. SIANO - L. MONTUORI, *Evoluzione del concetto di consenso informato nel mondo digitale e transizione del marketing tradizionale alle attuali sfide della profilazione*, in *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, a cura di G. Busia, L. Liguori e O. Pollicino, Roma, 2016, p. 105, che «i capisaldi del regolamento prevedono una maggiore trasparenza ed un maggiore ed effettivo controllo degli interessati sui dati personali che si declina nella possibilità ... di esercitare concretamente la ... autodeterminazione informativa, da intendersi come vero potere di controllo e autodeterminazione dell'individuo sulla circolazione delle informazioni che lo riguardano».

⁸ Il considerando 23 del GDPR, coerentemente con quanto elaborato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co and Hotel Alpenhof v Heller* (cause riunite C-585/08 e C-144/09), chiarisce che, per stabilire se ricorra l'offerta di beni o servizi a interessati che si trovano nell'Unione, deve essere apparente l'intenzione di indirizzare l'attività a tali interessati. Pertanto, mentre «la semplice accessibilità del sito *web* del titolare del trattamento, del responsabile del trattamento o di un intermediario nell'Unione, di un indirizzo di posta elettronica o di altre coordinate di contatto o l'impiego di una lingua abitualmente utilizzata nel paese terzo in cui il titolare del trattamento è stabilito sono insufficienti per accertare tale intenzione, fattori quali l'utilizzo di una lingua o di una moneta abitualmente utilizzata in uno o più Stati membri, con la possibilità di ordinare beni e servizi in tale altra lingua, o la menzione di clienti o utenti che si trovano nell'Unione possono evidenziare l'intenzione del titolare o del responsabile del trattamento di offrire beni o servizi agli interessati nell'Unione».

monitoraggio⁹ del comportamento degli interessati all'interno dell'Unione. Dunque, con l'entrata in vigore del GDPR, la disciplina europea in materia di *data protection* deve essere rispettata anche (e proprio) da coloro che, pur non essendo stabiliti nel territorio dell'Unione, vi indirizzino determinate attività di *marketing* o di profilazione¹⁰.

Anche il principio generale di responsabilizzazione, che permea l'intero GDPR, incide sugli istituti del *marketing* e della profilazione.

Ad esempio, la notifica preliminare al Garante per la protezione dei dati personali in caso di profilazione, di cui all'(oggi abrogato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101) art. 37, comma 1, lett. d) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (il Codice Privacy), è ora assorbita dagli adempimenti in tema di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, ove applicabili¹¹.

È inoltre attribuito al titolare del trattamento il compito di procedere alla determinazione dei tempi di conservazione dei dati personali. Nel 2005, il Garante aveva stabilito che «i dati relativi al dettaglio degli acquisti con riferimento a clienti individuabili» potessero «essere conservati per finalità di profilazione o di *marketing* per un periodo non superiore, rispettivamente, a dodici e a ventiquattro mesi dalla loro registrazione, salva la reale trasformazione in forma anonima ...»¹².

⁹ Nel considerando 24 del GDPR si precisa che, per stabilire se ricorra il monitoraggio di cui all'art. 3, comma 2, «è opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su *internet*, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali». Nelle *Linee guida sui responsabili della protezione dei dati*, adottate il 13 dicembre 2016 e successivamente emendate il 5 aprile 2017, p. 11, il Gruppo di Lavoro Articolo 29 (oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati) ha chiarito che «la nozione di monitoraggio non trova applicazione solo con riguardo all'ambiente *online*, e ... il tracciamento *online* va considerato solo uno dei possibili esempi di monitoraggio del comportamento degli interessati».

¹⁰ Sul tema, si vedano le *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, adottate il 16 novembre 2018 dal Comitato europeo per la protezione dei dati e, alla data di redazione del presente lavoro, disponibili ancora soltanto nella versione soggetta a consultazione pubblica.

¹¹ In proposito, sulla base delle *Linee Guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679* adottate dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 il 4 aprile 2017 e successivamente emendate il 4 ottobre 2017 nonché delle osservazioni rese dal Comitato europeo per la protezione dei dati con il parere n. 12/2018 adottato il 25 settembre 2018, il Garante per la protezione dei dati personali ha redatto un (dichiaratamente non esaustivo) "Elenco delle tipologie di trattamenti, soggetti al meccanismo di coerenza, da sottoporre a valutazione d'impatto", consultabile alla pagina <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/ALLEGATO+1+Elenco+delle+tipologie+di+trattamenti+sogetti+al+meccanismo+di+coerenza+da+sottoporre+a+valutazione+di+impatto>.

¹² Cfr. il provvedimento "*Fidelity card*" e garanzie per i consumatori. Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione - 24 febbraio 2005 (doc. web n. 1103045)

Ove un titolare del trattamento avesse inteso estendere il periodo di conservazione di tali dati per le predette finalità, avrebbe dovuto sollecitare una “verifica preliminare” del Garante, ai sensi del previgente art. 17 del Codice Privacy¹³. Con l’entrata in vigore del GDPR (e l’abrogazione dell’istituto della verifica *ex art. 17 del Codice Privacy*, ad opera del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), è rimessa al titolare del trattamento la determinazione dei periodi di conservazione dei dati per finalità di *marketing* e profilazione¹⁴, ovviamente nel rispetto del principio di “limitazione della conservazione” di cui all’art. 5, comma 1, lett. e) del GDPR¹⁵. Di certo, può accadere che un titolare tratti i medesimi dati personali per diverse finalità (ad esempio, l’indirizzo di posta elettronica dell’interessato potrebbe essere utilizzato sia per l’esecuzione di un contratto con l’interessato stesso sia per attività di *marketing* diretto). In tal caso, i periodi di conservazione potrebbero essere

¹³ L’esigenza di estendere oltre quanto indicato dal Garante il periodo di conservazione dei dati trattati per finalità di *marketing* e profilazione è stata particolarmente sentita, ad esempio, nel contesto della commercializzazione di beni di lusso, rispetto ai quali la frequenza media di acquisto per ciascun cliente è tipicamente più bassa che in altri casi (cfr., ad esempio, Garante per la protezione dei dati personali, *Trattamento e conservazione di dati personali della clientela per finalità di profilazione. Verifica preliminare richiesta da Bulgari S.p.A. - 24 aprile 2013*, doc. web n. 2499354).

Ad avviso di chi scrive, stante il tenore letterale del citato provvedimento “*Fidelity card*” e garanzie per i consumatori. *Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione - 24 febbraio 2005*, il limite che il Garante aveva stabilito per i tempi di *data retention* doveva ritenersi non riguardare i meri dati di contatto degli interessati (ad esempio, numero di telefono, indirizzo postale o indirizzo *e-mail*), suscettibili, dunque, di essere conservati e trattati per l’invio di comunicazioni commerciali anche oltre i tempi indicati in tale provvedimento (salvi, ovviamente, opposizione o revoca del consenso da parte di ciascun interessato).

I dati di contatto di una persona fisica sono dati personali. Invero, ai sensi dell’art. 4, § 1 del GDPR, è dato personale «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Cfr., di recente, quanto all’indirizzo di posta elettronica, Cass., Sez. II, 5 luglio 2018, n. 17665.

¹⁴ Cfr., ad esempio, Garante per la protezione dei dati personali, *Verifica preliminare. Trattamento dei dati personali riferiti a propria clientela per finalità di profilazione e marketing - 16 maggio 2018* (doc. web n. 8998339): «a decorrere dal 25 maggio 2018, data di applicazione del Regolamento (UE) 2016/679, il titolare del trattamento, in ossequio al principio di responsabilizzazione di cui all’art. 24, dovrà valutare autonomamente la conformità del trattamento che intende effettuare alla disciplina vigente, verificando il rispetto di tutti i principi in materia ed effettuando, ove necessario, una valutazione di impatto *ex art. 25 del citato Regolamento* ovvero attivando la consultazione preventiva ai sensi dell’art. 36 del Regolamento medesimo».

¹⁵ In forza di tale principio, i dati personali possono essere «conservati in una forma che consenta l’identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati ...».

diversi per ciascuna delle finalità e questa circostanza deve essere chiarita nell'informativa fornita all'interessato.

3. L'importanza delle definizioni

L'aspetto definitorio è sempre importante nell'analisi di una disciplina. Nel caso di specie, questo è particolarmente rilevante, dato che la normativa segna i confini delle fattispecie del *marketing* e della profilazione in maniera non necessariamente corrispondente alla comune percezione che si ha di questi concetti.

Il *marketing* che interessa ai fini della presente trattazione è quello "diretto". Dunque, si tratta del *marketing* rivolto a specifici destinatari e non riguarda, ad esempio, attività promozionale che un'impresa faccia sul proprio sito *internet*. La definizione è molto estesa e si trova nell'art. 130 del Codice Privacy: si tratta dell'attività svolta nei confronti di un destinatario «per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale». La nozione di "comunicazione commerciale" si desume, poi, dall'art. 2, comma 1, lett. f), del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70¹⁶ e può arrivare a comprendere ogni forma di comunicazione che sia destinata «a promuovere beni, servizi o» anche soltanto «l'immagine» di un'impresa¹⁷.

¹⁶ Decreto legislativo recante l'attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

¹⁷ Osserva E. TOSI, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70*, Milano, 2003, p. 100, che «la funzione della comunicazione commerciale, a prescindere dal mezzo utilizzato per veicolare il messaggio, risiede in un unico obiettivo consistente nella stimolazione del comportamento economico del destinatario del messaggio: la domanda di beni e servizi». F. ROMEO, *Marketing diretto*, in *Il codice del trattamento dei dati personali* a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2007, p. 649, nota che, nella definizione normativa, «è possibile individuare una specifica linea di tendenza: essa segna l'espandersi del suo ambito di riferimento, in accordo con il grande sviluppo delle attività di *marketing* diretto determinato dal progresso tecnologico». La Raccomandazione del Consiglio d'Europa N.R. (85) 20, relativa alla protezione dei dati a carattere personale utilizzati al fine di *direct marketing*, adottata il 25 ottobre 1985, definisce in modo ampio il «*direct marketing*» come il «il complesso delle attività e dei servizi ausiliari a quelli che permettono di offrire prodotti e servizi o di trasmettere una serie di messaggi pubblicitari a segmenti di popolazione per mezzo della posta, del telefono o di altri mezzi, diretti a fornire informazione o al fine di sollecitare una reazione da parte della persona interessata» (paragrafo 1.2). Invero, come osserva R. TORINO, *Diritto di opposizione*, in *GDPR e normativa privacy*, commentario a cura di G.M. Riccio, G. Scorza ed E. Belisario, Milano, 2019, p. 213, «nella prassi economico-aziendale per *marketing* diretto si intende ogni tipo di comunicazione informativa o promozionale direttamente rivolta all'acquirente finale del bene o del servizio, sovente un consumatore, finalizzata a generare da parte del potenziale acquirente una risposta quantificabile e misurabile».

L'ampiezza di tale definizione ha comportato l'assoggettamento alla relativa disciplina di attività assolutamente preliminari rispetto alla formulazione di proposte commerciali, ivi incluso il contatto di un destinatario finalizzato a richiederne il consenso a ricevere comunicazioni commerciali¹⁸.

Inoltre, le disposizioni del Codice Privacy poste a tutela dei «contraenti» destinatari di comunicazioni indesiderate non proteggono soltanto le persone fisiche (come invece accade normalmente in materia di *data protection*): esse trovano «applicazione anche alle persone giuridiche, enti ed associazioni»¹⁹.

Quanto alla profilazione, la definizione che si trova nell'art. 4(4) del GDPR²⁰ permette di escludere dall'ambito di applicazione della relativa disciplina attività come la mera "segmentazione" che non abbia come finalità la valutazione delle caratteristiche individuali di un interessato.

La definizione di profilazione fa perno su tre elementi: (i) è una forma di trattamento automatizzato; (ii) è effettuata su dati personali; (iii) il suo obiettivo è quello di valutare aspetti

¹⁸ Nel criticare una proposta di legge (poi non recepita dal legislatore) volta a prevedere la possibilità di stabilire (con chiamate vocali effettuate da addetti) un "primo contatto", non sollecitato, per richiedere all'interessato il consenso a proseguire la conversazione con la formulazione di comunicazioni commerciali, il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto che simili chiamate abbiano «già di fatto natura promozionale» (cfr. la *Nota del Presidente del Garante privacy, Antonello Soro, alla Ministra per la Semplicazione e la Pubblica Amministrazione in tema di attuazione delle norme in tema di accesso civico - 30 maggio 2017*, doc. web n. 6439745). Giova ricordare anche un caso nel quale un noto operatore telefonico ha contatto ex clienti per "recuperare" consensi *marketing* non prestati in passato: nel provvedimento *Trattamento per finalità di marketing di dati personali riferiti ad utenti telefonici - 22 giugno 2016* (doc. web n. 5255159), il Garante ha ritenuto che questa campagna configurasse un'attività di *marketing* diretto. Cfr. anche, nello stesso senso, Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, adottato il 27 febbraio 2004, p. 5, nonché lo studio *ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation*, pubblicato dalla Commissione europea nel 2015, p. 94 (reperibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eprivacy-directive-assessment-transposition-effectiveness-and-compatibility-proposed-data>).

¹⁹ Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento in ordine all'applicabilità alle persone giuridiche del Codice in materia di protezione dei dati personali a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 201/2011 del 20 settembre 2012* (doc. web n. 2094932).

²⁰ L'art. 4, n. 4 del GDPR definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

personali relativi a una persona fisica²¹. Per aversi profilazione è dunque necessario che i dati siano trattati per valutare determinati aspetti personali dell'interessato, in particolare per analizzarne o prevederne la capacità di eseguire un compito, gli interessi o un comportamento probabile²². Possono perciò ritenersi escluse dalla definizione attività come la «semplice classificazione di persone basata su caratteristiche note quali età, sesso e altezza» che non miri a «effettuare previsioni o trarre conclusioni in merito a una persona specifica»²³.

La profilazione richiede che il trattamento avvenga in maniera automatizzata ma, come ha chiarito il Gruppo di Lavoro Articolo 29, non è necessario che esso sia *totalmente* automatizzato: la «profilazione deve implicare una qualche forma di trattamento automatizzato, sebbene il coinvolgimento umano non comporti necessariamente l'esclusione dell'attività dalla definizione»²⁴.

Inoltre, diversamente dal caso del *marketing*, l'applicazione della disciplina in materia di profilazione presuppone che i dati trattati siano relativi a persone fisiche.

4. La base giuridica del trattamento, fra legittimo interesse e consenso

In tema di *marketing* diretto, ha suscitato particolare attenzione la precisazione, contenuta nel considerando 47 del GDPR, secondo cui «può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di *marketing* diretto».

Ne discende, infatti, la possibilità di trattare dati personali (in primo luogo, i recapiti utilizzati per contattare i destinatari delle comunicazioni commerciali²⁵) per finalità di *marketing* pur in assenza del consenso di tali destinatari, quando ricorrano le condizioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. f) del GDPR.

Nello specifico, il trattamento deve essere «necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che», in esito a un bilanciamento fra la posizione di chi vanta l'interesse e quella della persona dei cui dati personali si tratta (c.d. *balancing*

²¹ Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e successivamente emendate il 6 febbraio 2018, p. 7.

²² Cfr. anche Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 8.

²³ Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 7.

²⁴ Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 7.

²⁵ Circa la qualificazione dei dati di contatto di una persona fisica come dati personali cfr. la nota 11, *supra*.

test)²⁶, «non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

Giova anche osservare che l'art. 21, comma 2, del GDPR riconosce all'interessato «il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano» e che siano «trattati per finalità di *marketing* diretto»²⁷, ciò che ha senso nel caso in cui la base giuridica del trattamento sia il legittimo interesse del titolare ancor più che nel caso di *marketing* basato sul

²⁶ Come chiarito dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, nell'informativa *privacy*, si dovrebbe esplicitare la possibilità per gli interessati di ottenere informazioni sul *balancing test*, atteso che «si tratta di un aspetto essenziale per garantire una trasparenza efficace qualora l'interessato nutra dubbi circa la correttezza del *test* di bilanciamento o intenda proporre reclamo dinanzi a un'autorità di controllo» (Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, adottate il 29 novembre 2017 e successivamente emendate l'11 aprile 2018, p. 38).

²⁷ Si tratta di un diritto incondizionato dell'interessato ad opporsi al trattamento dei suoi dati personali per finalità di *marketing* diretto, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale *marketing* diretto. Ciò significa che, diversamente dalla fattispecie disciplinata dal comma 1 dell'art. 21 (dove il titolare può contrastare l'opposizione dell'interessato dimostrando l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato o che il trattamento serve per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria), nel caso in esame «il titolare del trattamento deve rispettare le volontà dell'interessato senza mettere in discussione i motivi dell'opposizione» (Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 21). Cfr. R. TORINO, *op. cit.*, p. 214: «si ritiene che il titolare non possa esprimere un rifiuto alla richiesta di opposizione, essendo sufficiente che si verta in un caso di trattamento dei dati ai fini di *marketing* diretto». Sul tema, cfr. anche A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 235, la quale osserva che, «attraverso il riconoscimento di un così ampio diritto ad opporsi, in tutto o in parte, al trattamento dei dati personali, si tutela non solo il diritto alla protezione dei dati personali, inteso come controllo sull'uso di detti dati effettuato da terzi, ma anche il diritto alla riservatezza, nella sua accezione tradizionale di essere lasciato in pace, evitando di essere contattato o comunque raggiunto nella dimensione privata da sollecitazioni di natura commerciale».

Pertanto, tale diritto di opposizione deve essere «esplicitamente portato all'attenzione dell'interessato [e] presentato chiaramente e separatamente da qualsiasi altra informazione al più tardi al momento della prima comunicazione con l'interessato» (art. 21, comma 4, del GDPR). Nel *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit., p. 6, il Gruppo di Lavoro Articolo 29 chiarisce la necessità che venga offerta «una possibilità di esclusione in ciascun messaggio inviato. Tale esclusione dovrebbe essere possibile, come minimo, utilizzando lo stesso servizio di comunicazione (ad esempio inviando un SMS per essere escluso da una lista di *marketing* basata sul sistema SMS)».

consenso: infatti, in quest'ultimo caso, all'interessato basta revocare il consenso *ex art. 7, comma 3, del GDPR*, senza necessità di esercitare il diritto di opposizione²⁸.

Dal considerando 47 emergono importanti limiti all'impiego della base giuridica del legittimo interesse, poiché esso «richiede un'attenta valutazione» circa l'eventualità che, già «al momento e nell'ambito della raccolta dei dati personali», l'interessato «possa ragionevolmente attendersi» che i suoi dati personali saranno trattati per l'invio di comunicazioni commerciali²⁹. Secondo quanto indicato nel considerando 47, ciò potrebbe verificarsi in contesti nei quali già esista una relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento, come nel caso in cui l'interessato sia un cliente o sia alle dipendenze del titolare del trattamento.

La possibilità di fondare l'attività di *marketing* sulla base giuridica del legittimo interesse non è una novità assoluta del GDPR. Prima dell'avvento di tale Regolamento, la base giuridica del legittimo interesse a livello dell'Unione europea era disciplinata dall'art. 7, lettera f), della Direttiva 95/46/CE. Il Gruppo di Lavoro Articolo 29 aveva da tempo segnalato che – sebbene in casi come «quelli che comportano la creazione di profili completi, la condivisione dei dati, l'invio di materiale pubblicitario *online* o la pubblicità comportamentale, occorra prendere in considerazione il consenso» quale base giuridica – «in alcuni casi», salva l'adozione di adeguate cautele e a subordinatamente all'esito positivo del *balancing test*, «un fondamento giuridico adeguato» per l'attività di *marketing* diretto «potrebbe essere rappresentato dall'articolo 7, lettera f)»³⁰.

²⁸ Cfr., in termini generali, Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, adottate il 28 novembre 2017 e successivamente emendate il 10 aprile 2018, p. 33: se «l'attività di trattamento di dati si basa sul consenso, i diritti dell'interessato subiscono alcune ripercussioni: l'interessato può avere il diritto alla portabilità dei dati (articolo 20), ma non il diritto di opposizione (articolo 21), sebbene il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento possa portare a un esito analogo».

²⁹ Nel testo del considerando 47 è anche precisato che la valutazione della possibilità di ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse va fatta «tenuto conto delle ragionevoli aspettative nutrite dall'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento». Al contrario, qualora l'interessato «non possa ... ragionevolmente attendersi» il trattamento dei suoi dati personali per finalità di *marketing*, potrebbe reputarsi che «gli interessi e i diritti fondamentali dell'interessato» prevalgano sull'interesse del titolare, con la conseguente impossibilità di ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse.

³⁰ Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/EC*, adottato il 9 aprile 2014, p. 22. In ogni caso, secondo quanto osservato dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 nel *Parere* in commento, il ricorso al legittimo interesse «non deve essere trattato come "estremo rimedio" per situazioni rare o impreviste in cui non si ritengono applicabili altri fondamenti giuridici per il trattamento legittimo dei dati. Tuttavia, non si deve decidere automaticamente di avvalersi di tale [base giuridica] né se ne deve ampliare indebitamente l'utilizzo in base alla percezione che sia meno vincolante rispetto agli altri criteri» (p. 3).

Del resto, il diritto di opposizione al *marketing* diretto (che, come detto, trova ragion d'essere più nel caso di *marketing* fondato sul legittimo interesse che in quello del *marketing* fondato sul consenso) era già riconosciuto, ancor prima dell'avvento del GDPR, dall'art. 14, comma 1, lett. b) della Direttiva 95/46/CE e dall'art. 7, comma 4, lett. b) del Codice Privacy.

Una fondamentale novità per l'ordinamento italiano, introdotta dal GDPR, è però la possibilità di ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse a discrezione del titolare del trattamento e non più soltanto «nei casi individuati dal Garante», come invece prevedeva il previgente art. 24, comma 1, lett. g) del Codice Privacy³¹. Oggi è il titolare a dover effettuare il *balancing test* per valutare se ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse per determinati trattamenti di dati personali, a meno che l'esistenza di una diversa base giuridica non sia imposta dalla legge. Ovviamente, il Garante mantiene il potere di sindacare le valutazioni (comprese quelle connesse all'esito del *balancing test*) fatte dal titolare e potrà essere in disaccordo con esse ove investito *ex post* della questione³².

³¹ Invero, in base all'art. 24, comma 1, lett. g) del Codice Privacy, oggi abrogato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 in conseguenza dell'applicazione del GDPR, il Garante emanava provvedimenti, generali o specifici, di "bilanciamento di interessi" in ragione dei quali era possibile fondare il trattamento di dati personali sul legittimo interesse.

Peraltro, ad avviso di chi scrive, tale previsione, era di dubbia legittimità, nella misura in cui introduceva requisiti supplementari per l'applicazione della regola stabilita nella Direttiva 95/46/CE. Infatti, come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) v Administración del Estado* (cause riunite C-468/10 e C-469/10), a prescindere da qualunque inasprimento che la legislazione nazionale tentasse di introdurre, l'art. 7(f) della Direttiva 95/46/CE (che non conteneva i citati requisiti di cui all'art. 24, comma 1, lett. g) del Codice Privacy) aveva effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri e questi ultimi non potevano prevedere requisiti supplementari che ne modificassero la portata (si vedano i paragrafi 38-39 della relativa sentenza: l'«art. 7, lett. f), prevede due condizioni cumulative perché il trattamento dei dati personali sia lecito, cioè, da una parte, che il trattamento dei dati personali sia necessario alla realizzazione dell'interesse legittimo perseguito dal [titolare] del trattamento oppure dal o dai terzi ai quali tali dati vengono comunicati e, dall'altra, che non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata....[P]er quanto riguarda il trattamento di dati personali, l'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46 osta a qualsiasi normativa nazionale che ... prescriva oltre alle due condizioni cumulative menzionate al punto precedente, requisiti supplementari».

³² Cfr. L. BOLOGNINI, *Legittimo interesse del titolare o di terzi*, in *Il regolamento privacy europeo*, commentario a cura di L. Bolognini, E. Pelino e C. Bistolfi, Milano, 2016, p. 299: «anche al fine di evitare conclusioni "capricciose" e non fondate su elementi oggettivi, è chiaro che una valutazione di legittimità operata dal titolare del trattamento potrebbe essere smentita in un successivo apprezzamento da parte dell'autorità, in tutti i casi in cui il legittimo interesse non sia corrispondente a uno degli esempi cristallizzati in via generale nella norma o in provvedimenti del [Garante]». Cfr. anche M. MASSIMI, *Quali orizzonti per il marketing*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, a cura di R. Panetta, Milano, 2019, p.

L'ambito di operatività del legittimo interesse nel contesto del *marketing* è comunque notevolmente circoscritto, in ragione di vincoli posti dalla normativa *ePrivacy* a tutela dei destinatari di comunicazioni commerciali indesiderate. Infatti, il considerando 173 nonché gli artt. 21, comma 5, e 95 del GDPR fanno salvo quanto previsto dalla «direttiva 2002/58/CE» (cosiddetta Direttiva *ePrivacy*) nonché gli «obblighi specifici» che ne derivano³³. Tale Direttiva (in particolare, l'art. 13) prevede esplicitamente che non possa prescindersi dal consenso degli interessati in relazione a determinate fattispecie di *marketing*³⁴.

La Direttiva *ePrivacy* è stata recepita, per quanto interessa in questa sede, nel testo degli artt. 129 e 130 del Codice Privacy, le cui previsioni sono confermate nella sostanza anche a seguito del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che ha modificato il Codice Privacy alla luce del GDPR.

In forza di tali previsioni, comunicazioni di *marketing* «mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo» necessitano del consenso del destinatario (art. 130, comma 2, del Codice Privacy)³⁵, a meno che non si tratti di c.d. *soft spam* (art. 130, comma 4, del Codice Privacy).

497, la quale ricorda che oggi il GDPR «attribuisce al titolare la possibilità, e al tempo stesso l'onere, di valutare autonomamente ... la sussistenza del legittimo interesse nel caso concreto» e che ciò «non significa ovviamente che l'Autorità non possa successivamente sindacare una valutazione di legittimità».

³³ Circa il rapporto «*lex generalis-lex specialis*» esistente fra GDPR e Direttiva *ePrivacy*, cfr. l'*Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, pp. 13 ss., adottata il 12 marzo 2019 dal Comitato europeo per la protezione dei dati e, alla data di redazione del presente lavoro, non disponibile in lingua italiana.

³⁴ Il 10 gennaio 2017, la Commissione europea ha presentato una proposta di Regolamento *ePrivacy* che, una volta adottato, andrebbe a sostituire, aggiornandone i contenuti, la Direttiva *ePrivacy* e, a differenza di quest'ultima, si applicherebbe direttamente, in maniera uniforme, nei vari Stati membri dell'Unione europea. Fra l'altro, nell'art. 16, comma 1, della originaria proposta di Regolamento (susceptibile ovviamente di modifiche fino all'approvazione) si legge che le «persone fisiche o giuridiche possono avvalersi dei servizi di comunicazione elettronica al fine di inviare comunicazioni di commercializzazione diretta a utenti finali aventi natura di persone fisiche che hanno espresso il loro consenso». Alla data di redazione del presente lavoro, il testo della proposta di Regolamento *ePrivacy* risulta ancora al vaglio del Parlamento europeo e del Consiglio. Come osservato dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, è «probabile che ai sensi del futuro strumento le organizzazioni necessitino del consenso per la maggior parte dei messaggi di *marketing online*, per le chiamate di *marketing* e per i metodi di tracciamento *online*, compreso tramite l'uso di *cookie*, applicazioni o altri *software*» (*Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 4). Nello *Statement 3/2019 on an ePrivacy regulation*, adottato il 13 marzo 2019, il Comitato europeo per la protezione dei dati ha osservato che «[t]he *ePrivacy Regulation* must under no circumstances lower the level of protection offered by the current *ePrivacy Directive 2002/58/EC* and must complement the *GDPR* by providing additional strong guarantees for all types of electronic communications».

³⁵ Osserva M. MASSIMI, *op. cit.*, p. 499, che ciò che accomuna i citati strumenti di comunicazione elettronica «è senz'altro la loro grande capacità di disturbo e intrusione nella vita privata delle persone, ragione per la

Il *soft spam* riguarda il caso di un interessato con il quale il titolare abbia già un rapporto e del quale il titolare può usare il recapito di posta elettronica³⁶, reperito al momento della vendita di un prodotto o di un servizio³⁷, per comunicazioni volte a promuovere «servizi analoghi a quelli oggetto della vendita»³⁸, purché l'interessato sia stato adeguatamente informato in proposito e abbia avuto al momento della raccolta del recapito di posta elettronica (nonché abbia in occasione di successive comunicazioni) la possibilità di opporsi al trattamento³⁹. Peraltro, la disciplina del *soft*

quale vengono comunemente associati al fenomeno dello *spamming* e il loro utilizzo per finalità di *marketing* è da sempre subordinato al preventivo consenso espresso di contraenti e utenti».

³⁶ Nel *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit., p. 4, il Gruppo di Lavoro Articolo 29 ha puntualizzato che i servizi coperti dalla definizione di posta elettronica «comprendono: la posta basata sul protocollo SMTP (*Simple Mail Transport Protocol*), vale a dire la "posta elettronica" classica; il servizio di messaggi brevi "SMS" (il considerando 40 della Direttiva 2002/58/CE chiarisce che la posta elettronica comprende gli SMS); i servizi di messaggi multimediali "MMS"; i messaggi nelle segreterie telefoniche; i sistemi di messaggia vocale compresi nei servizi mobili; infine, le comunicazioni inviate tramite internet e dirette a un indirizzo IP. Anche i bollettini di informazione inviati per posta elettronica sono compresi in questa definizione. Questo elenco non può essere considerato esaustivo e può richiedere una revisione che tenga conto dei progressi del *marketing* e della tecnologia».

Con il provvedimento *Semplificazioni di taluni adempimenti in ambito pubblico e privato rispetto a trattamenti per finalità amministrative e contabili - 19 giugno 2008* (doc. web n. 1526724), il Garante ha esteso la disciplina del *soft spam* ai recapiti di posta cartacea forniti dall'interessato (in aggiunta a quelli di posta elettronica, come già previsto per legge).

³⁷ Sebbene, come notato anche dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, «la prima frase del paragrafo 2 dell'articolo 13» della Direttiva 2002/58/CE limiti l'eccezione del *soft spam* «ai clienti» (*Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit., p. 9), l'Information Commissioner's Office britannico, nella propria guida sul *direct marketing*, ha adottato una interpretazione piuttosto ampia del contesto nel quale il recapito di posta elettronica viene acquisito, comprendente anche la semplice negoziazione (p. 40 della guida *Direct marketing*, reperibile al seguente link: <https://ico.org.uk/media/1555/direct-marketing-guidance.pdf>). Un'interpretazione restrittiva è invece proposta nello studio *ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation*, pubblicato dalla Commissione europea nel 2015, cit., p. 96.

³⁸ In base alle indicazioni fornite dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 nel *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit. p. 9, il concetto di "servizi analoghi" andrebbe interpretato in senso restrittivo. Elemento cardine di tale valutazione è la ragionevole aspettativa dell'interessato, piuttosto che la prospettiva del mittente (del resto, come sopra riferito, lo stesso considerando 47 del GDPR impone di tener conto delle «ragionevoli aspettative nutrite dall'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento».

³⁹ L'interessato, al momento della raccolta del recapito di posta elettronica e in occasione dell'invio di ogni comunicazione di *marketing*, deve essere informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente.

spam si applica solo se «la stessa persona fisica o giuridica che ha raccolto i dati» invia i «messaggi di posta elettronica a fini di commercializzazione»⁴⁰.

Il consenso è altresì necessario per comunicazioni di *marketing* mediante telefonate senza l'intervento di un operatore (art. 130, comma 1, del Codice Privacy).

Invece, quanto alle telefonate con operatore e alla posta cartacea, si possono usare i recapiti contenuti negli «elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico» di cui all'art. 129 del Codice Privacy (elenchi dei contraenti, già noti come elenchi degli abbonati)⁴¹ senza il consenso preventivo del destinatario della comunicazione, purché questi non abbia esercitato il diritto di opposizione (*opt-out*), mediante iscrizione della propria numerazione nel registro pubblico delle opposizioni gestito dalla Fondazione Bordoni di Roma (art. 130, comma 3-*bis*, del Codice Privacy). Chi acconsenta all'inclusione del proprio recapito negli elenchi dei contraenti e non lo iscriva nel registro delle opposizioni presta una sorta di "silenzio-assenso" alle comunicazioni per finalità di *marketing*⁴².

Peraltro, chi abbia iscritto il proprio recapito nel registro delle opposizioni e rilasci a un determinato titolare del trattamento il consenso ad essere contattato per finalità di *marketing* può essere validamente contattato in virtù di tale consenso⁴³.

⁴⁰ Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit., p. 10, ove si puntualizza anche che «le società sussidiarie o le società madri non sono considerate la stessa società». Cfr. anche il considerando 41 della Direttiva 2002/58/CE: «nel contesto di una relazione di clientela già esistente è ragionevole consentire l'uso delle coordinate elettroniche per offrire prodotti o servizi analoghi, ma unicamente da parte della medesima società che ha ottenuto le coordinate elettroniche».

⁴¹ Trattasi degli elenchi telefonici "alfabetici", costituiti tramite estrazione dalla base di dati unica degli operatori di comunicazione elettronica, e degli elenchi telefonici "categorici", organizzati secondo categorie merceologiche (cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Prescrizioni per il trattamento di dati personali per finalità di marketing, mediante l'impiego del telefono con operatore, a seguito dell'istituzione del registro pubblico delle opposizioni - 19 gennaio 2011*, doc. web n. 1784528). Il regime di cui all'art. 130, comma 3-*bis* è limitato ai dati reperiti dagli elenchi dei contraenti. Tale regime non opera, invece, se i dati sono ricavati da altre fonti, anche se pubblicamente accessibili (ad esempio, albi professionali o siti *internet*).

⁴² Ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 178 (regolamento recante istituzione e gestione del registro pubblico dei contraenti che si oppongono all'utilizzo dei propri dati personali e del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali), l'uso per finalità di *marketing* dei recapiti presenti negli elenchi dei contraenti è condizionato alla presentazione di apposita istanza al gestore del registro delle opposizioni.

⁴³ Come chiarito anche dal Garante, l'iscrizione al registro delle opposizioni «impedisce esclusivamente l'utilizzo per chiamate promozionali delle numerazioni contenute negli elenchi telefonici, ma non esclude invece l'utilizzo delle numerazioni (fisse o mobili) raccolte e successivamente utilizzate in base ad un consenso altrimenti prestato, anche inavvertitamente, dall'interessato» (cfr. la pagina informativa sul sito

Le chiamate con operatore (e il *marketing* per mezzo della posta cartacea) a recapiti che non siano contenuti negli elenchi dei contraenti non rientrano fra le fattispecie per le quali l'art. 130, commi 1 e 2 del Codice Privacy impone esplicitamente il ricorso alla base giuridica del consenso. Pertanto, ad avviso di chi scrive, per tali tipologie di contatto può valutarsi la possibilità di ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse, ove ricorrano le condizioni descritte dal considerando 47 del GDPR⁴⁴ (e salva comunque l'iscrizione dei recapiti nel registro delle opposizioni, perché, in tale caso, la base giuridica per il relativo trattamento per finalità di *marketing* dovrebbe individuarsi nel consenso⁴⁵).

Del resto, l'art. 130, comma 3, del Codice Privacy permette, fuori dei casi descritti dai commi precedenti, comunicazioni per finalità di *marketing* «ai sensi degli articoli 6 e 7» del GDPR (richiamando, dunque, anche il legittimo interesse, disciplinato dall'art. 6)⁴⁶.

La posizione del Garante sul punto è stata sempre restrittiva⁴⁷, nel senso che, «per utilizzare i numeri telefonici non presenti in elenchi degli abbonati (quali ad esempio quelli relativi ai numeri dei telefoni mobili che allo stato in prevalenza non sono inseriti in tali elenchi) per finalità di

ufficiale del Garante per la protezione dei dati personali, *Telefonate pubblicitarie indesiderate: come opporsi*, doc. web n. 1794339).

⁴⁴ Del resto, lo stesso art. 13, comma 3, della Direttiva *ePrivacy* prevede che gli Stati membri possano scegliere, per quanto riguarda canali di comunicazione diversi da quelli per i quali è imposto il consenso dei destinatari, se il loro uso debba essere inibito «se manca il consenso degli abbonati interessati oppure se gli abbonati esprimono il desiderio di non ricevere questo tipo di chiamate», lasciando dunque aperta la possibilità di impiego di meccanismi di *opt-out*. Quanto sopra fatta salva l'eventualità che la necessità del consenso sia imposta, anche per queste fattispecie, dall'emanando Regolamento *ePrivacy*.

Nella misura in cui sia libero di valutare se basare il trattamento dei dati personali sul consenso o sul legittimo interesse, il titolare dovrà comunque tener conto della circostanza che la base giuridica va selezionata in anticipo rispetto al trattamento (anche perché essa va riflessa nell'informativa che, nel caso in cui i dati siano raccolti presso l'interessato, deve essere a questi fornita già «nel momento in cui i dati personali sono ottenuti», ex art. 13 del GDPR) e, ad esempio, non potrà «ricorrere retroattivamente alla base dell'interesse legittimo in caso di problemi di validità del consenso» (Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 26).

⁴⁵ Cfr. *infra* circa l'ampliamento dell'ambito di operatività del registro delle opposizioni per effetto della legge 11 gennaio 2018, n. 5.

⁴⁶ Tale previsione, peraltro, era presente anche nel Codice Privacy *ante* entrata in vigore del GDPR, ove si faceva riferimento alle previsioni di cui agli artt. 23 e 24 del medesimo Codice (oggi, appunto, sostituite dagli artt. 6 e 7 del GDPR).

⁴⁷ Si noti che i provvedimenti del Garante emanati prima dell'entrata in vigore del GDPR continuano ad applicarsi nella misura in cui essi siano compatibili con il GDPR e con il Codice Privacy, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (cfr. l'art. 22, comma 4, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101: «a decorrere dal 25 maggio 2018, i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali continuano ad applicarsi, in quanto compatibili con il suddetto regolamento e con le disposizioni del presente decreto»).

carattere promozionale resta ferma la necessità di acquisire preventivamente il consenso informato» dei destinatari delle chiamate⁴⁸. Peraltro, la circostanza che un utente abbia deciso di non includere il proprio recapito negli elenchi dei contraenti può ben essere indice del fatto che questi voglia tutelarsi proprio dal rischio di ricevere comunicazioni commerciali indesiderate⁴⁹.

In ogni caso, come detto, il GDPR assegna al titolare del trattamento il compito di valutare in prima battuta la possibilità di ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse in casi nei quali una diversa base giuridica non sia imposta dalla legge. Dunque, ad avviso di chi scrive, ove un titolare intenda effettuare chiamate con operatore o inviare comunicazioni commerciali mediante posta cartacea a dei recapiti che non siano contenuti negli elenchi dei contraenti (e salvo, come detto, il caso di iscrizione di tali recapiti nel registro delle opposizioni), è possibile che questi verifichi (effettuando il *balancing test*) la sussistenza dei requisiti per fondare il trattamento sul legittimo interesse piuttosto che sul consenso preventivo dei destinatari delle comunicazioni. In

⁴⁸ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Prescrizioni per il trattamento di dati personali per finalità di marketing, mediante l'impiego del telefono con operatore, a seguito dell'istituzione del registro pubblico delle opposizioni* - 19 gennaio 2011, cit. Con riguardo ai messaggi promozionali inviati tramite posta cartacea, cfr. il provvedimento *Ricezione di messaggi promozionali indesiderati tramite posta cartacea* - 5 marzo 2015 (doc. web n. 3871397). Secondo la posizione espressa dal Garante, «senza il consenso preventivo ... non è possibile inviare comunicazioni promozionali ... neanche nel caso in cui i dati personali siano tratti da registri pubblici, elenchi, siti web atti o documenti conosciuti o conoscibili da chiunque. Analogamente, senza il consenso preventivo degli interessati, non è lecito utilizzare per inviare e-mail promozionali gli indirizzi pec contenuti nell'«indice nazionale degli indirizzi pec delle imprese e dei professionisti» (Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam* - 4 luglio 2013, doc. web n. 2542348).

Anche di recente, il Garante ha censurato il comportamento di una società che contattava «telefonicamente le utenze autonomamente reperite in internet (di regola nell'area «contatti» presente nei siti web) riferite a persone giuridiche come pure a professionisti e imprese individuali senza aver previamente acquisito il consenso dei destinatari delle comunicazioni telefoniche» (Garante per la protezione dei dati personali, *Trattamento di dati personali per finalità di marketing* - 12 gennaio 2017, doc. web n. 5986406) nonché il «trattamento dei dati personali riferiti ai prospect che sono stati contattati ... mediante il canale telefonico ... in assenza di un consenso validamente manifestato dagli stessi a tale trattamento» (Garante per la protezione dei dati personali, *Trattamento di dati relativi a utenze telefoniche per finalità di marketing* - 18 aprile 2018, doc. web n. 9358243).

⁴⁹ Cfr. il provvedimento con il quale il Garante ha censurato il comportamento di una società che aveva effettuato chiamate promozionali su un'utenza riservata, rilevando che «con riguardo a coloro i quali hanno espresso la loro volontà di mantenere riservata la propria utenza ..., permane la disciplina che prevede l'acquisizione del consenso preventivo, specifico e informato dell'interessato al trattamento dei propri dati personali per finalità di marketing» (Garante per la protezione dei dati personali, *Ricezione di telefonate promozionali relative a prodotti e servizi su un'utenza riservata* - 1° ottobre 2015, doc. web n. 4449190).

particolare, il titolare dovrà accertare che l'interessato «possa ... ragionevolmente attendersi» il trattamento dei dati personali in questione, come indicato nel considerando 47 del GDPR⁵⁰.

Simile "ragionevole aspettativa" sembra peraltro plausibile, in termini generali, quando si usi un recapito proveniente da una fonte conoscibile da chiunque (ad esempio, il sito *internet* di un professionista) per comunicazioni telefoniche di *marketing* con operatore o per l'invio di comunicazioni commerciali tramite posta cartacea, se tali comunicazioni abbiano ad oggetto offerte direttamente connesse (mediante un "vincolo di finalità") all'attività svolta dall'interessato che è posta alla base dell'inserimento del recapito in tale fonte, sempreché non vi sia (o vi sia stata) opposizione al trattamento⁵¹.

⁵⁰ Come detto, il Garante mantiene il potere di sindacare le valutazioni (ivi compreso l'esito del *balancing test*) fatte dal titolare e dunque, ove investito *ex post* della questione, potrà ritenere insussistente il legittimo interesse.

Peraltro, il ricorso al legittimo interesse sarebbe comunque da escludere, in ragione di interpretazione già consolidata, per alcune attività di *marketing*, come quelle comprendenti attività estese di profilazione e, in specie, in casi che comportano la creazione di profili completi, la condivisione dei dati, l'invio di materiale pubblicitario *online* o la pubblicità comportamentale (cfr. Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 95/46/EC* del, cit., p. 22). Si veda anche Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 16.

⁵¹ In tali casi, il Garante già permetteva l'attività di *marketing* prescindendo dalla richiesta di consenso preventivo del destinatario della comunicazione in quanto suscettibile di fondarsi sul previgente art. 24 comma 1, lett. c) del Codice Privacy (cfr., *inter alia*, Garante per la protezione dei dati personali, *Prescrizioni per il trattamento di dati personali per finalità di marketing, mediante l'impiego del telefono con operatore, a seguito dell'istituzione del registro pubblico delle opposizioni - 19 gennaio 2011*, cit.). Tale disposizione riguardava il caso di trattamento di «dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati».

L'esimente di cui al previgente art. 24 comma 1, lett. c) del Codice Privacy non è inclusa fra le alternative al consenso di cui all'art. 6 del GDPR ma (almeno) in casi come questo sembra potersi giustificare il ricorso alla base giuridica del legittimo interesse quando, esistendo un vincolo di finalità fra la comunicazione commerciale e l'attività esercitata dall'interessato, questi possa ragionevolmente attendersi di essere contattato per una proposta di *marketing* direttamente funzionale all'attività svolta, per come emerge dalla fonte ove il recapito è pubblicato.

In assenza di tale aspettativa, valgono le precisazioni già fatte dal Garante, secondo cui «la circostanza che le numerazioni telefoniche utilizzate siano di fatto conoscibili da una pluralità di soggetti in quanto presenti in *Internet*, non implica che le stesse possano essere legittimamente trattate per qualsivoglia finalità nel caso di specie, quella promozionale da parte di terzi» (Garante per la protezione dei dati personali, *Trattamento di dati personali per finalità di marketing - 12 gennaio 2017*, cit.).

Deve peraltro considerarsi che il Garante ha adottato un'interpretazione restrittiva del vincolo di finalità, ad esempio ritenendo che «il vincolo di finalità con la professione esercitata dall'interessato, nel caso in esame quella forense, deve essere interpretato in termini rigorosi nel senso che tale vincolo implica la stretta

È importante segnalare che l'ambito di operatività del registro delle opposizioni è destinato ad ampliarsi notevolmente.

La legge 11 gennaio 2018, n. 5 ha infatti previsto, fra l'altro, che «tutte le utenze telefoniche, fisse e mobili» (art. 1, comma 2), anche non incluse negli elenchi dei contraenti (c.d. utenze riservate), potranno essere iscritte, a richiesta degli utenti, nel registro delle opposizioni.

Peraltro, tale iscrizione avrà l'effetto di revocare i consensi precedentemente espressi per ricevere chiamate di *marketing* mediante operatore. Sono tuttavia fatti salvi i consensi prestati nell'ambito di specifici rapporti contrattuali in essere, ovvero cessati da non più di trenta giorni, aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi, per i quali è comunque assicurata, con procedure semplificate, la facoltà di revoca.

Inoltre, nel registro delle opposizioni saranno «comunque inserite anche le numerazioni fisse non pubblicate negli elenchi degli abbonati» (art. 1, comma 3).

Ne discenderà, come è evidente, una drastica riduzione delle numerazioni contattabili per finalità di *marketing* telefonico⁵².

Le nuove disposizioni diventeranno operative con l'intervento di un regolamento attuativo (che dovrà essere emanato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dello Sviluppo Economico), con cui saranno apportate le opportune modifiche alle disposizioni regolamentari vigenti che disciplinano le modalità di iscrizione e il funzionamento del registro delle opposizioni.

Alla data di redazione del presente lavoro, l'unico intervento regolamentare si è però avuto soltanto in materia di *marketing* mediante posta cartacea. Il D.P.R. 8 novembre 2018, n. 149 (pubblicato il 19 gennaio 2019) ha equiparato il trattamento per finalità di *marketing* degli indirizzi

attinenza del trattamento per finalità di *marketing* all'esercizio di tale specifica professione, come potrebbe ad esempio ritenersi l'invio di pubblicazioni scientifiche per finalità di aggiornamento ed approfondimento di tematiche giuridiche», dovendosi escludere, dunque, che tale vincolo esista per «l'offerta di servizi di telefonia *business*» (cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Vietate le telefonate promozionali a fini di marketing verso numeri tratti da albi professionali senza il consenso preventivo dell'interessato* - 29 settembre 2011, doc. web n. 1851415).

⁵² Per una lettura critica del testo normativo (anche con riguardo alla circostanza che le relative disposizioni, nel riferirsi agli "interessati" come definiti dalla normativa in materia di *data protection*, non riguardano le utenze intestate a persone giuridiche e ad altri soggetti diversi dalle persone fisiche) cfr. L. BOLOGNINI, *Telemarketing*, Bolognini: "Ecco tutti i pericoli nascosti nella nuova legge", reperibile al seguente link: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/telemarketing-bolognini-ecco-tutti-i-pericoli-nascosti-nella-nuova-legge/>.

postali presenti negli elenchi telefonici pubblici a quello delle relative numerazioni telefoniche, consentendo, in assenza di opposizione, contatti pubblicitari tramite posta cartacea.

A differenza che per il *marketing* diretto, le disposizioni *ePrivacy* e quelle in materia di registro delle opposizioni sopra commentate non vincolano la selezione della base giuridica per la (sovente connessa) attività di profilazione⁵³. Il titolare del trattamento che intenda prescindere dalla richiesta di consenso dell'interessato⁵⁴ e ricorrere alla base giuridica del legittimo interesse per trattare dati personali per finalità di profilazione deve comunque effettuare un *balancing test*⁵⁵ che

⁵³ Con riguardo a strumenti di profilazione quali i *cookie* (*et similia*), cfr., però, l'art. 122 del Codice Privacy e, in particolare, il relativo comma 1, ai sensi del quale «[l']archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate». Al riguardo, cfr. anche Comitato europeo per la protezione dei dati, *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, cit., pp. 13-14.

⁵⁴ In ogni caso, ove la profilazione abbia ad oggetto "categorie particolari di dati personali" di cui all'art. 9 del GDPR, il trattamento deve basarsi sul preventivo consenso dell'interessato.

Il consenso («esplicito») dell'interessato è anche necessario nel caso (su cui si vedano ampiamente le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., *passim*) in cui vengano adottate decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producano effetti giuridici o incidano in modo analogo significativamente sull'interessato (art. 22, commi 1 e 2, del GDPR), ciò che però di solito non accade nel caso di profilazione finalizzata al *marketing* diretto.

Osserva M. MASSIMI, *op. cit.*, p. 494, che la «centralità storicamente riconosciuta al consenso dell'interessato è legata, come noto, al fatto che lo stesso rappresenta una delle principali espressioni di quel dritto all'autodeterminazione informativa e al controllo sui propri dati personali nel quale consiste il moderno *right to privacy*. Bisogna però anche considerare che nella società dell'*Internet* e dei *big data* non sempre esso riesce ad esprimersi pienamente, principalmente per il divario, di natura non solo economica, ma anche tecnologica, che c'è tra interessati e titolari del trattamento e che porta molto spesso i primi a non avere una piena percezione della realtà nella quale sono immersi e quindi a rilasciare consensi che difficilmente possono dirsi realmente liberi e consapevoli».

⁵⁵ Cfr. Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 16: «il titolare del trattamento deve procedere a una ponderazione per valutare se gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato non prevalgono sui propri interessi».

Nel *Provvedimento del 22 febbraio 2018* (doc. web n. 8080493), il Garante ha ritenuto la necessità che «sia effettuata, prima di procedere al trattamento, la valutazione di impatto di cui all'art. 35 del Regolamento» nel caso di «trattamento fondato sul legittimo interesse, allorché venga effettuato tramite l'uso di nuove tecnologie o strumenti automatizzati», considerato che tale trattamento «può di per sé presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, ferma restando la necessità di consultare preventivamente il Garante ai sensi dell'art. 36 del Regolamento medesimo, qualora all'esito della valutazione d'impatto il rischio residuo rimanga elevato, in quanto le garanzie, le misure e gli accorgimenti previsti dal titolare non risultano sufficienti ad attenuarlo a un livello accettabile»

tenga conto, «particolarmente», del «livello di dettaglio del profilo», della «completezza del profilo», dell'«impatto della profilazione (gli effetti sull'interessato)» e delle «garanzie destinate ad assicurare la correttezza, la non discriminazione e l'esattezza nel processo di profilazione»; in ogni caso, «sarebbe difficile per il titolare del trattamento giustificare il ricorso al legittimo interesse come base legittima per pratiche intrusive di profilazione e tracciamento per finalità di *marketing* o pubblicità, ad esempio quelle che comportano il tracciamento di persone fisiche su più siti *web*, ubicazioni, dispositivi, servizi o l'intermediazione di dati»⁵⁶.

5. Le caratteristiche del consenso

Quando la base giuridica del trattamento dei dati personali per finalità di *marketing* o di profilazione è il consenso dell'interessato, questo deve rispettare i requisiti descritti nel punto 11 dell'art. 4 del GDPR. Dunque, deve trattarsi di una manifestazione di volontà dell'interessato inequivocabile, informata, libera e specifica⁵⁷.

Una manifestazione inequivocabile di volontà è una dichiarazione o azione positiva indubitabile. Come precisato nel considerando 32 del GDPR, «ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito *web*, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto». Dunque, il consenso può essere raccolto attraverso una dichiarazione scritta o verbale (registrata), anche tramite mezzi elettronici⁵⁸. In ogni caso, il silenzio o l'inattività da parte dell'interessato, così come

⁵⁶ Cfr. sempre le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 16. Cfr. anche la nota 48, *supra*.

⁵⁷ Come osservato dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, nelle *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 5, la «nozione di consenso rimane sostanzialmente simile a quella della direttiva 95/46/CE». Il considerando 171 del Regolamento (UE) n. 2016/679 chiarisce che i titolari del trattamento che hanno raccolto il consenso degli interessati prima dell'entrata in vigore del Regolamento (UE) n. 2016/679 non sono sempre tenuti a raccoglierlo nuovamente dato che il «consenso ottenuto continua ad essere valido nella misura in cui è in linea con le condizioni stabilite nel regolamento generale sulla protezione dei dati» (Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 34).

⁵⁸ Cfr. Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 18 s., ove si precisa anche che «il modo più rigoroso per soddisfare il criterio della "dichiarazione scritta" consiste nell'assicurarsi che l'interessato scriva una lettera o un messaggio di posta elettronica al titolare del trattamento spiegando ciò a cui acconsente esattamente. Tuttavia, spesso ciò non è realistico. Le dichiarazioni scritte possono avere forme e formati diversi che potrebbero essere conformi al regolamento generale sulla protezione dei dati». Secondo il Gruppo di Lavoro Articolo 29, nel contesto dei requisiti di cui al Regolamento (UE) 2016/679, il titolare del trattamento è comunque «libero di sviluppare un flusso di

il semplice procedere all'uso di un servizio, non equivalgono a una manifestazione attiva di scelta, così come non sono in generale ammesse procedure di rinuncia (*opt-out*) che richiedano un intervento dell'interessato per rifiutare il consenso⁵⁹.

Dovendo fondare la legittimità del trattamento, il consenso dev'essere preceduto da idonea informativa⁶⁰ e dev'essere già stato prestato quando il trattamento ha luogo⁶¹. Dunque, l'uso dei recapiti di un interessato per contattarlo a fini di *marketing* non può avvenire prima che questi abbia prestato il consenso informato: «ai fini della legittimità della comunicazione promozionale effettuata, non è lecito, con la medesima, avvisare della possibilità di opporsi a ulteriori invii, né è lecito chiedere, con tale primo messaggio promozionale, il consenso al trattamento dati per finalità

consenso adatto alla propria organizzazione» (ad esempio, far scorrere una barra su uno schermo, muovere la mano davanti a una telecamera intelligente, ruotare lo *smartphone* in senso orario o far compiere ad esso un movimento a otto potrebbero essere opzioni per indicare un consenso, purché siano fornite informazioni tali da rendere inequivocabile che l'azione dell'interessato implica un consenso a una richiesta specifica).

⁵⁹ Cfr. ancora Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 18, ove si puntualizza che l'accettazione globale delle «condizioni generali di contratto/servizio non può essere considerata come un'azione positiva inequivocabile ai fini del consenso all'uso dei dati personali».

⁶⁰ L'interessato «deve essere previamente informato oralmente o per iscritto riguardo a una serie di elementi obbligatori e indefettibili. Fra questi, vanno specificate le modalità che saranno eventualmente utilizzate per il trattamento dati ... ossia telefonate automatizzate e modalità assimilate (quali fax, e-mail, sms, mms), oltre che quelle tradizionali come posta cartacea e telefonate con operatore, nonché le finalità del trattamento stesso (ad esempio, ricerca statistica, *marketing* o profilazione)» (Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit.).

⁶¹ Il Gruppo di Lavoro Articolo 29, nelle *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 19 s., ha ribadito che «il consenso deve sempre essere ottenuto prima che il titolare del trattamento inizi a trattare i dati personali per i quali è necessario il consenso»: sebbene il GDPR non prescriva esplicitamente all'articolo 4, punto 11, che il consenso debba essere manifestato prima dell'attività di trattamento, «ciò è chiaramente implicito. La rubrica dell'articolo 6 e il verbo "ha espresso" di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), confermano tale interpretazione».

L'art. 13 della Direttiva 2002/58/CE, alla luce del quale dev'essere letto l'art. 130 del Codice Privacy (*ex multis*, sulla necessità di interpretare la legislazione nazionale conformemente al diritto europeo, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentación SA* (causa C-106/89), p. I-4135, punto 8), specifica che l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore, del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è permesso soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso «preliminarmente» il loro consenso. Cfr. anche Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit., p. 3: la «norma del consenso esplicito richiede che il consenso sia dato dagli abbonati prima dell'utilizzazione degli apparati di chiamata automatica, dei fax o della posta elettronica, compresi gli SMS, a fini di vendita diretta».

promozionali»⁶². Il consenso potrà essere ottenuto, ad esempio, nel contesto della conclusione di un contratto. Ove invece il titolare del trattamento abbia la necessità di raggiungere l'interessato per richiederne il consenso, potrà fare ciò utilizzando modalità che non lo presuppongono. Ad esempio, il titolare può contattare l'interessato mediante telefonata con operatore ad un numero che sia incluso negli elenchi dei contraenti e non iscritto nel registro delle opposizioni e, in quella sede, ottenere il suo consenso informato all'inoltro di comunicazioni commerciali via *e-mail*⁶³.

Come è noto, la regola della libertà del consenso⁶⁴ implica l'illiceità di meccanismi di raccolta del medesimo tramite caselle precompilate⁶⁵.

Sotto altro profilo, il consenso al trattamento dei dati per finalità di *marketing* o profilazione non è libero se, ove non fornito, all'interessato venga negata la prestazione di un servizio⁶⁶. Del resto, è

⁶² Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit.

⁶³ Come precisato dal Garante nelle *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit., è possibile, fra l'altro, «contattare telefonicamente mediante operatore (per chiedere al contraente di esprimere un consenso a ricevere comunicazioni promozionali secondo le modalità di cui all'art. 130, commi 1 e 2 i numeri presenti in elenchi telefonici e non iscritti nel Registro pubblico delle opposizioni)».

⁶⁴ In generale, può dirsi non libero il consenso che, «pur non essendo viziato da errore, violenza e dolo ai sensi degli artt. 1427 s. cod. civ., è indotto da pressioni, situazioni di debolezza contrattuale o da altre circostanze che non lo rendono frutto di una determinazione spontanea o consapevole o che lo piegano al raggiungimento di obiettivi che esulano dalla causa del negozio concluso» (G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997, p. 285). Osserva S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2016, p. 513, che la «nozione di debolezza contrattuale abbraccia tuttavia situazioni diverse (dalla mancanza di informazioni all'esercizio di pressioni di vario tipo) e il requisito della libertà del consenso può assumere un differente contenuto a seconda di quale sia la situazione di debolezza cui si intende porre rimedio».

⁶⁵ Cfr. il considerando 32 del GDPR. Nel *Parere 5/2004 relativo alle comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13 della direttiva 2002/58/CE*, cit., p. 5, il Gruppo di Lavoro Articolo 29 precisa che «le caselle preselezionate, ad esempio nei siti *web*», non sono «compatibili con la definizione della direttiva». Nelle *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit., il Garante ricorda che «non è corretta la predisposizione di moduli in cui la casella (c.d. "checkbox") di acquisizione del consenso risulta pre-compilata con uno specifico simbolo (c.d. *flag*)». Cfr. anche, nello stesso senso, lo studio *ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation*, pubblicato dalla Commissione europea nel 2015, cit., p. 94.

⁶⁶ Il Gruppo di Lavoro Articolo 29, nelle *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 6, spiega che l'elemento della manifestazione di volontà "libera" «implica che l'interessato abbia una scelta effettiva e il controllo sui propri dati. Come regola generale, il regolamento stabilisce che se l'interessato non dispone di una scelta effettiva, si sente obbligato ad acconsentire o subirà conseguenze negative se non acconsente, il consenso non sarà valido. Se il consenso è parte non negoziabile delle condizioni generali di

la stessa normativa a stabilire che, nel «valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto» (art. 7, comma 4, del GDPR)⁶⁷. Con tale previsione, il Regolamento intende garantire che il trattamento dei dati personali per cui viene richiesto il consenso non si trasformi, direttamente o indirettamente, in una controprestazione contrattuale⁶⁸. In questa prospettiva, pare eccentrico quanto statuito dalla Suprema Corte con sentenza n. 17278 del 2 luglio 2018, ove si è ritenuto valido il consenso alla ricezione di comunicazioni promozionali imposto agli utenti come condizione di iscrizione a un servizio di *newsletter*⁶⁹.

contratto/servizio, si presume che non sia stato prestato liberamente. Di conseguenza, il consenso non sarà considerato libero se l'interessato non può rifiutarlo o revocarlo senza subire pregiudizio».

Ancora, nelle *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit., il Garante ha affermato che «il consenso del contraente per l'attività promozionale deve intendersi libero quando ... non risulta - anche solo implicitamente in via di fatto - obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento. Esemplificando, non è libero il consenso prestato quando la società condiziona la registrazione al suo sito *web* da parte degli utenti e, conseguentemente, anche la fruizione dei suoi servizi, al rilascio del consenso al trattamento per la finalità promozionale ...». Cfr. altresì, *ex multis*, Garante per la protezione dei dati personali, *Trattamento dei dati raccolti attraverso un pop up - 22 maggio 2018* (doc. *web* n. 8995274), *Servizi online: richiesta di consenso "obbligato" per finalità promozionali - 27 ottobre 2016* (doc. *web* n. 5687770), *Invio di comunicazioni promozionali indesiderate mediante posta elettronica - 10 marzo 2016* (doc. *web* n. 4988238), *Utilizzo per finalità promozionali, senza consenso e idonea informativa, dei dati rilasciati per l'iscrizione ad un portale web - 1° ottobre 2015* (doc. *web* n. 4452896), *Invio di comunicazioni promozionali indesiderate mediante posta elettronica - 20 dicembre 2012* (doc. *web* n. 2223607), *Servizi on-line e uso dei dati a fini di marketing - 22 febbraio 2007* (doc. *web* n. 1388590) e *Istituti di credito - Criteri generali in materia di informativa e richiesta del consenso dell'interessato - 28 maggio 1997* (doc. *web* n. 40425).

⁶⁷ Cfr. anche il considerando 43 del GDPR: si presume «che il consenso non sia stato liberamente espresso se ... l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione».

⁶⁸ Cfr. Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 8 s., ove si osserva che le «due basi legittime per la liceità del trattamento dei dati personali, ossia il consenso e l'esecuzione di un contratto, non possono essere riunite e rese indistinte». Cfr., però, a sostegno della «ammissibilità dello schema "servizi contro dati"», G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2018, p. 411.

⁶⁹ La Corte di Cassazione ha ritenuto valido simile consenso alla ricezione di comunicazioni commerciali argomentando che il servizio per l'accesso al quale il consenso *marketing* è imposto è un «servizio fungibile», cui l'utente può «rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di *newsletter* su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro)». Tale ragionamento non sembra in linea con la posizione espressa dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, secondo cui il consenso non può considerarsi prestato liberamente solo perché «il titolare del trattamento sostiene che esiste una scelta tra il suo servizio che prevede il consenso

Il requisito della specificità del consenso impone innanzitutto che il titolare del trattamento acquisisca un consenso *ad hoc* per ciascuna distinta finalità perseguita⁷⁰. Se poi il titolare intende cedere i dati personali a terzi perché questi svolgano proprie attività di *marketing* e/o profilazione, servirà un consenso specifico anche per tale trattamento⁷¹.

Quanto all'attività di *marketing*, il Garante ha chiarito che è sufficiente raccogliere un unico consenso che copra le varie possibili finalità di *marketing*, ossia quelle di invio di materiale pubblicitario, di vendita diretta, di compimento di ricerche di mercato e di comunicazione commerciale. Infatti, tali attività sono «funzionali, nella maggior parte dei casi, a perseguire un'unica finalità (*lato sensu*) di *marketing*, con la conseguenza che il connesso trattamento appare giustificare – sempre di norma – l'acquisizione di un unico consenso»; ciò per evitare una moltiplicazione dei consensi, anche alla luce del principio di semplificazione delle modalità di adempimento degli obblighi del titolare del trattamento⁷².

Sempre nel contesto del *marketing*, nell'ottica di semplificazione degli adempimenti, il Garante ha anche permesso, in alternativa alla raccolta di due distinti consensi, rispettivamente per le modalità "tradizionali" di contatto (come posta cartacea e telefonate con operatore) e per quelle di

all'uso dei dati personali per finalità supplementari, da un lato, e un servizio equivalente offerto da un altro titolare del trattamento, dall'altro» (Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 10).

La Suprema Corte ha riconosciuto comunque la necessità che «il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti».

⁷⁰ Pertanto, il Garante ha ritenuto che il consenso prestato per il *marketing* non legittimi, di per sé, anche la profilazione e viceversa (Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit.). Il requisito della specificità è speculare a quello della "granularità" del consenso, per cui l'interessato deve essere «libero di scegliere quale finalità accettare anziché dover acconsentire a un insieme di finalità» (Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 11, ove si chiarisce anche che la «granularità è strettamente correlata alla necessità che il consenso sia specifico ... Quando il trattamento di dati mira a perseguire finalità diverse, la soluzione per soddisfare le condizioni per la validità del consenso risiede nella granularità, ossia nella separazione delle finalità e nell'ottenimento del consenso per ciascuna di esse»).

⁷¹ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit.

⁷² Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit. Secondo E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in *Il regolamento privacy europeo*, commentario a cura di L. Bolognini, E. Pelino e C. Bistolfi, Milano, 2016, p. 217, si porrebbe alla medesima soluzione, ma in modo più lineare, non ravvisando nelle citate attività «tante diverse finalità di *marketing* quanto piuttosto molteplici operazioni di trattamento (invio di materiale pubblicitario, vendita diretta, ecc.) strumentali alla medesima finalità. In quanto operazioni, non devono essere oggetto di specifico consenso, è la finalità nel suo insieme che deve ricevere consenso».

cui all'art. 130, commi 1 e 2 del Codice Privacy, la raccolta di un unico consenso che comprenda i due tipi di modalità⁷³.

Come detto, un consenso *ad hoc* (distinto da quello che il titolare richiede per il proprio trattamento dei dati personali) è necessario anche per trasmettere i dati personali a terzi che li trattino per proprie finalità promozionali⁷⁴. Affinché tale consenso sia valido, l'informativa fornita agli interessati al momento della raccolta dei dati deve indicare ciascuno dei terzi o, in alternativa, le loro categorie, economiche o merceologiche, di appartenenza (ad esempio: "finanza", "editoria", "abbigliamento"), che comunque possono anche essere diverse da quella alla quale appartiene il titolare del trattamento che raccoglie i dati⁷⁵. Queste regole «devono applicarsi anche quando i soggetti terzi – ai quali si intenda comunicare (o cedere) i dati raccolti per finalità di *marketing* – siano società controllate, controllanti, o comunque a vario titolo collegate con il soggetto che ha raccolto i dati personali degli interessati»⁷⁶.

⁷³ Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit. In tale caso, l'informativa agli interessati deve chiarire le singole modalità utilizzate per il *marketing* (modalità "tradizionali" e modalità di cui all'art. 130, commi 1 e 2, del Codice Privacy). Inoltre, dall'informativa e dalla richiesta di consenso deve risultare che il consenso prestato per l'invio di comunicazioni di *marketing* ex art. 130, commi 1 e 2, del Codice Privacy si estende anche alle modalità "tradizionali". L'informativa deve anche indicare che il diritto di opposizione dell'interessato al trattamento dei propri dati personali effettuato attraverso le modalità di contatto ex art. 130, commi 1 e 2, del Codice Privacy si estende a quelle tradizionali e che comunque resta salva la possibilità per l'interessato di esercitare tale diritto in parte, opponendosi, ad esempio, al solo invio di comunicazioni promozionali effettuato tramite strumenti automatizzati.

⁷⁴ Qualora l'interessato presti il suddetto consenso per la comunicazione a soggetti terzi, questi potranno effettuare nei suoi confronti attività promozionale senza dover acquisire un nuovo consenso.

⁷⁵ Ove i terzi siano stati individuati singolarmente nell'informativa e siano stati forniti all'interessato anche gli altri elementi che l'informativa relativa al trattamento da questi svolto deve contenere, non sarà necessario che i terzi in questione rilascino all'interessato un'ulteriore informativa. Altrimenti, i terzi potranno inviare all'interessato le proprie comunicazioni promozionali solo dopo il rilascio di una propria informativa. Cfr., sempre, Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit.

⁷⁶ Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - 4 luglio 2013*, cit. Cfr. anche l'esempio 7, a p. 11 delle *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Gruppo di Lavoro Articolo 29*, cit.: nel «contesto della medesima richiesta di consenso, un rivenditore chiede ai propri clienti il consenso a utilizzare i loro dati per inviare comunicazioni di *marketing* tramite posta elettronica e per condividere i dati con altre società del gruppo. Tale consenso non è granulare in quanto non è distinto per queste due finalità, pertanto non sarà valido. In questo caso è necessario un consenso specifico all'invio dei dati di contatto ai *partner* commerciali».

Infine, qualunque consenso deve poter essere revocato senza che l'interessato ne subisca un pregiudizio⁷⁷, fermo restando che la «revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca» (art. 7, comma 3, del GDPR). Il requisito della facilità della revoca «è un elemento necessario del consenso valido. Se il diritto di revoca non soddisfa i requisiti del regolamento, il meccanismo di consenso del titolare del trattamento non è conforme al regolamento»⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. il considerando 42 del GDPR. Peraltro, il consenso deve poter essere «revocato con la stessa facilità con cui è accordato» (art. 7, comma 3, del GDPR).

⁷⁸ Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., p. 25.