

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

Tutela del cyberconsumatore e nuove frontiere dell'informazione commerciale

Guido Scorza

1. La pubblicità in Rete.

Dopo una fase iniziale di diffuso scetticismo circa la reale possibilità di commercializzare prodotti e servizi *online* (il c.d. commercio elettronico in senso stretto) il mondo imprenditoriale italiano, specie nell'ultimo anno, ha iniziato a mostrare tangibili segni di entusiasmo verso il fenomeno dell'*e-commerce*.

Nonostante tale crescente entusiasmo, tuttavia, la piccola e media impresa continua ad utilizzare il *Web* per iniziative di carattere prevalentemente promozionale e pubblicitario su vasta scala ed a costi contenuti o, addirittura irrisori, se rapportati a quelli che sarebbe necessario sostenere per realizzare campagne di analogo impatto attraverso i *media* tradizionali.

Detta tendenza è confermata dalle stime dell'*Internet Advertising Bureau*, secondo le quali - limitando, per ora, l'ambito della ricerca al nostro Paese - gli investimenti in pubblicità sul *Web* continuano a crescere in maniera esponenziale passando dagli oltre 15 miliardi del 1998, ai cinquantaquattro del 1999 sino ad arrivare a quasi duecento miliardi nel corso del 2000.

In questa nuova corsa all'oro, proprio come accadeva ai tempi del Klondike, spesso ci si muove nella Rete nell'errata convinzione che essa rappresenti uno spazio al di fuori dell'ordinamento nel quale è possibile diffondere informazioni commerciali sottraendosi al controllo dello Stato, al rispetto della normativa vigente ed alle contestazioni di concorrenti e consumatori.

Tale atteggiamento, che trova conferma nell'inserimento, nei siti ufficiali di imprese e multinazionali, di avvisi attraverso i quali i cyberconsumatori sono resi edotti del carattere puramente indicativo dei prezzi, delle caratteristiche e delle prestazioni dei beni promossi nonché della possibile difformità tra dette informazioni e quelle poi riscontrabili presso la rete di vendita, è all'origine di un già consistente contenzioso dinanzi alle competenti Autorità.

In realtà, né il nostro ordinamento né quello sovranazionale prevedono alcuna deroga espressa o tacita all'applicabilità all'informazione commerciale diffusa nel c.d. cyberspazio della normativa vigente per la corrispondente attività promozionale realizzata attraverso i *media* tradizionali.

Ciò induce a ritenere che anche la pubblicità a mezzo Internet debba rimanere assoggettata alla disciplina di livello nazionale e comunitario in materia di non

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

ingannevolezza e trasparenza delle comunicazioni commerciali e di completezza e correttezza nella formulazione e diffusione delle offerte rivolte ai consumatori.

Tuttavia, pur a prescindere dai problemi di concreta attuazione di tale normativa nel cyberspazio, occorre riconoscere che la pubblicità in Rete è soggetta a regole e dinamiche affatto diverse da quelle tradizionali e che vi sono alcune nuove forme di comunicazione commerciale che sfuggono all'ambito di applicazione della disciplina vigente e richiedono un intervento urgente del legislatore a pena di compromettere i diritti dei consumatori e degli utenti o di determinare gravi squilibri nel mercato.

In primo luogo, infatti, come è stato recentemente dimostrato da uno studio condotto per conto dell'*Internet Advertising Bureau*, il cyberconsumatore davanti allo schermo di un PC è, in genere, molto più attento di quanto non lo sia un distratto spettatore davanti alla televisione e, conseguentemente, recepisce molto di più il messaggio diffuso attraverso un piccolo *banner* riprodotto su una *home page* che non quello trasmesso attraverso un lungo e ricercato *spot* televisivo da cineteca.

In secondo luogo, poi, grazie alla caratteristica interattività della comunicazione telematica chi naviga in Rete, al pari di chi intende utilizzarla a fini commerciali, mira sempre a ricreare nel c.d. «mondo virtuale» quel rapporto diretto tra venditore ed acquirente (*face to face*) che, come si è detto, caratterizzava il mercato di molto tempo fa e che consente a chi si avvicina ad un prodotto o un servizio di individuarne le peculiarità, le condizioni d'uso e quelle d'acquisto ed a chi intende commercializzarlo, di adattare la propria offerta al cyberconsumatore con il quale, di volta in volta, si trova a trattare.

Peraltro, nonostante il legislatore dell'Unione Europea con la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione e, in particolare, il commercio elettronico nel mercato interno si sia fatto carico di intervenire anche in materia di comunicazioni commerciali, la portata di tale intervento non costituisce una disciplina esaustiva per tutte le nuove forme di pubblicità *online*.

Infatti, fatta salva un'unica disposizione in materia di informazioni commerciali non sollecitate della quale si dirà più avanti, nella Direttiva 2000/31/CE il legislatore si è in buona sostanza limitato a dichiarare applicabile al commercio elettronico la disciplina vigente.

2. *Lo spamming.*

Uno dei più diffusi canali pubblicitari *online* è senz'altro rappresentato dall'invio di informazioni commerciali tramite posta elettronica: si tratta di uno strumento particolarmente efficace perché consente all'imprenditore che intende far conoscere il proprio prodotto o i propri servizi di raggiungere, a costi estremamente ridotti, un pubblico enormemente vasto di potenziali cyberconsumatori in tempi rapidissimi ed anzi, nel c.d. tempo reale.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

Dinanzi a tale fenomeno l'interprete è inevitabilmente colto dalla tentazione di applicare analogicamente alla fattispecie la disciplina dettata per l'ipotesi di comunicazioni commerciali non sollecitate a mezzo fax dal D. Lgs. 13 maggio 1998, n. 171 secondo cui «l'uso di un sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore o del telefax per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, è consentito con il consenso espresso dell'abbonato».

Al riguardo, tuttavia, il secondo comma dell'art. 10 dello stesso D. Lgs. 171/98 secondo cui «le chiamate per le finalità di cui al comma 1, effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 11 e 12 della legge» induce a resistere a tale tentazione ed a spostare l'attenzione sull'art. 13 della Legge 31 dicembre 1996, n. 675.

Come è noto tale disposizione riconosce all'interessato, tra l'altro, il diritto «di opporsi, in tutto o in parte, al trattamento di dati personali che lo riguardano, previsto a fini di informazione commerciale o di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva e di essere informato dal titolare, non oltre il momento in cui i dati sono comunicati o diffusi, della possibilità di esercitare gratuitamente tale diritto».

L'esperienza di ogni navigatore, tuttavia, insegna che, assai di frequente, per difendersi dallo *spamming* è più efficace rimanere 'in silenzio' e non rispondere piuttosto che avvalersi del diritto di cui all'art. 13 L. 675/96; in tale ultima evenienza, infatti, si finisce con il dare conferma allo *spammer* che l'indirizzo di posta elettronica oggetto delle sue 'attenzioni' è attivo e viene regolarmente utilizzato.

Peraltro, il problema è stato di recente affrontato e, almeno in astratto, risolto dal legislatore Europeo che all'art. 7 della recente Direttiva 2000/31/CE ha stabilito che «oltre agli obblighi posti dal diritto comunitario, gli Stati membri che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedono affinché tali comunicazioni commerciali trasmesse da un prestatore stabilito nel loro territorio siano identificabili come tali, in modo chiaro ed inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve» e che «fatte salve le Direttive 97/7/CE e 97/66/CE, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali».

3. Il sito Internet.

Un altro veicolo pubblicitario sempre più utilizzato in Rete è, certamente, costituito dalle pagine *Web* attraverso le quali le grandi multinazionali al pari dei piccoli e medi

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

imprenditori possono farsi conoscere dal grande pubblico dei navigatori e far conoscere i propri servizi e prodotti.

In realtà l'*home page* costituisce - almeno in astratto - la modalità di comunicazione più innocua per il cyberconsumatore che ben difficilmente si ritrova per caso a sfogliarne una, mentre molto più di frequente vi accede volontariamente alla ricerca di informazioni sulle caratteristiche di un certo prodotto o, per confrontarne il prezzo di vendita con quello praticato, per lo stesso prodotto, presso un altro *e-shop*.

Secondo gli stessi pubblicitari, in altre parole, il cyberconsumatore accede alle pagine *Web* commerciali con un livello critico e di reattività piuttosto alto e, in ogni caso, superiore rispetto a quello del consumatore tradizionale «costretto» a subire un autentico indottrinamento promo-pubblicitario mentre assiste al suo programma televisivo preferito, sfoglia il suo periodico o sorseggia Coca-Cola al cinema in attesa dell'inizio dello spettacolo.

Nonostante tali rassicuranti considerazioni circa il carattere innocuo o, almeno, meno offensivo delle pagine *Web*, l'interprete, vista la crescente diffusione del fenomeno ed i contenuti - non sempre corretti e trasparenti - diffusi attraverso le pagine *Web*, è stato comunque chiamato ad occuparsi del problema della possibilità di considerare - alla stregua nella normativa vigente - il sito Internet come un veicolo di comunicazione commerciale o piuttosto, semplicemente, come un luogo - sebbene «virtuale» - nel quale l'imprenditore o il professionista esercita la propria attività.

La questione non è di poco conto specie se si considera che dalla risposta a tale domanda deriva l'applicabilità o meno alle informazioni diffuse in un sito Internet della vigente normativa in materia di pubblicità ingannevole.

L'unica Autorità che, sino ad oggi, nel nostro Paese, ha avuto occasione di occuparsi del problema è stata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alla quale, come è noto, è attribuito il compito di tutelare «dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività, commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari».

Negli ultimi anni, l'Autorità Garante, considerato anche che l'art. 2, lett. (a) del D. Lgs. 74/92 definisce pubblicità «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o servizi» ha in diverse pronunzie chiarito che «la natura di messaggio pubblicitario, ai sensi» della predetta disposizione «di un'informazione commerciale non appare in contrasto né può essere esclusa dalla sua diffusione attraverso la rete informatica internet la quale contiene spesso appositi siti finalizzati alla

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

veicolizzazione di messaggi diffusi nell'esercizio di attività imprenditoriali, industriali, artigianali o professionali al fine di promuovere la vendita di servizi o prodotti»¹.

Un cenno merita, infine, il problema dei limiti territoriali della «giurisdizione» dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, problema questo che, come è ovvio, assume particolare rilievo nell'ipotesi di comunicazioni commerciali diffuse attraverso Internet.

Se, infatti, nessun problema sussiste nell'individuazione di tale giurisdizione ogni qualvolta il messaggio pubblicitario incriminato è diffuso da una società italiana attraverso il *server* di un *provider* italiano, maggiori difficoltà sorgono, invece, quando la pubblicità diffusa in Italia sia inviata da una società straniera attraverso i *server* di un *provider* anch'esso straniero.

Al riguardo, l'Autorità Garante sembra orientata a «valorizzare» il dato dell'idoneità della condotta esaminata a trarre in inganno ed a condizionare le scelte economiche dei consumatori italiani riconoscendo pertanto la propria giurisdizione ogni qualvolta, pur a prescindere dalla collocazione geografica delle macchine del *provider*, il messaggio incriminato sia diffuso in Italia.

Tale orientamento sembra peraltro trovare una conferma – seppure indiretta – in una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella quale, affrontando l'analoga questione della pubblicità transfrontaliera trasmessa a mezzo radiotelevisione ha chiarito che «la normativa statale posta a tutela dei consumatori e dei minori può comportare l'adozione di provvedimenti sanzionatori a carico dell'emittente transfrontaliera purché non si impedisca la ritrasmissione in sé e per sé delle trasmissioni televisive dell'emittente, né interceda sullo smercio dei prodotti nazionali o provenienti da altri Stati membri oggetto della pubblicità. Spetta al giudice *a quo* verificare se tali disposizioni siano necessarie per soddisfare esigenze imperative attinenti all'interesse generale»².

4. I newsgroup e le discussion list.

Il *boom* del commercio elettronico anche in un Paese come l'Italia, nel quale certamente manca una cultura informatica e non esiste grande fiducia nella contrattazione per via telematica, è da ricollegare alla circostanza che molte imprese italiane hanno compreso le straordinarie potenzialità comunicative di Internet e si sono risolte a sfruttarle se non per commercializzare i propri prodotti o servizi, almeno per promuoverne l'acquisto attraverso i canali tradizionali.

¹ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 5.019 del 22 maggio 1997 e, in senso conforme, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 4.820 del 27 marzo 1997, n. 5.779 del 12 marzo 1998, n. 5.884 del 15 aprile 1998, n. 7.136 del 22 aprile 1999, nn. 7.178 e 7.186 del 6 maggio 1999 nonché n. 7.303 del 17 giugno 1999.

² Corte di giustizia dell'Unione Europea, 9 luglio 1997, Konsumentobudsmannen – De Agostini – Forlag AB – Tv-shop I Sverige AB.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

Si è anche visto come questo convincimento e questa volontà di sfruttare a pieno le potenzialità promo-pubblicitarie del nuovo *medium* telematico abbiano fatto nascere e proliferare tutta una serie di nuove soluzioni di *marketing* e comunicazione commerciale sconosciute nel «mondo reale» e per questo estranee all'ambito di applicazione della normativa vigente.

È questo, certamente, il caso dell'utilizzo a fini promozionali dei *newsgroup* e delle *discussion list*.

I primi (c.d. *newsgroup*) sono delle grandi bacheche elettroniche nelle quali ogni utente della Rete può lasciare un messaggio e leggere quelli lasciati da altri utenti talvolta persino in forma anonima.

Le seconde (c.d. *discussion list*) sono dei veri e propri elenchi di nominativi ed indirizzi di posta elettronica iscrivendosi ai quali è possibile ricevere ogni giorno i messaggi inviati da tutti gli altri iscritti alla lista e inviarne di propri a singoli iscritti o all'intera *mailing list*.

Lo sviluppo della Rete ed il moltiplicarsi del popolo dei navigatori ha fatto nascere attorno ai *newsgroup* ed alle *discussion list* delle vere e proprie comunità virtuali nelle quali, quotidianamente, ci si confronta, ci si raccontano esperienze professionali e private, ci si scambiano ricette di cucina o, ancora, si discute di politica, costume, moda, finanza ed economia.

Alcuni di questi *newsgroup* e di queste *discussion list* vengono definiti «dedicati» in quanto in essi si affrontano e ci si confronta esclusivamente su determinati argomenti: esistono, per esempio, diversi *newsgroup* di diritto, di costume o semplicemente per farsi nuovi amici.

La peculiarità di questo strumento di comunicazione consiste nella sua capacità di raggiungere migliaia di utenti accomunati da analoghi interessi (è ovvio che un chirurgo ben difficilmente si iscriverà al *newsgroup* degli avvocati italiani e che un appassionato di musica lirica difficilmente vorrà essere inserito nell'elenco dei *fans* di Madonna) e di consentire la circolazione di informazioni, notizie ed opinioni in modo, per così dire, trasversale.

Per questa ragione le informazioni che circolano in un *newsgroup* o in una lista di discussione vengono generalmente recepite dagli iscritti con quella stessa naturalezza e con quello stesso basso livello critico con il quale si partecipa ad una chiacchierata al bar tra amici.

È ovvio che gli esperti di *marketing* e comunicazione pubblicitaria più attenti allo sviluppo delle nuove tecnologie e del mercato virtuale non si sono lasciati sfuggire questa straordinaria occasione di raggiungere in modo silente diversi *target* di cyberconsumatori che, iscrivendosi a questo *newsgroup* o a quella lista di discussione manifestano pubblicamente il proprio interesse per determinati prodotti o servizi e le loro particolari tendenze e preferenze personali.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

È nato così, negli Stati Uniti - ma, negli ultimi mesi va diffondendosi anche in Italia - il c.d. *schmooze*, una tecnica di *marketing* e comunicazione commerciale ai limiti della legalità e assai pericolosa per gli interessi ed i diritti dei cyberconsumatori.

Tale pratica consiste, in buona sostanza, nell'infiltrare all'interno dei *newsgroup* e delle liste di discussione degli scaltri *promoters* che, fingendosi normali utenti della Rete, riescono, nel tempo, a pilotare la discussione su certi argomenti esaltando poi le qualità ed i pregi di determinati prodotti o servizi o, magari, denigrando prodotti e servizi dei concorrenti.

Capita così sempre più di frequente di imbattersi in comunità virtuali nelle quali ci si ritrova, di messaggio in messaggio, nel termine di poche ore, ad esprimere il proprio parere sui consumi di una determinata autovettura o sulle prestazioni eccezionali di un certo PC.

Nel nostro ordinamento, ovviamente, manca una previsione che disciplini espressamente tali fattispecie (ben difficilmente, infatti, sino a ieri, la grande multinazionale avrebbe investito uomini, denaro e risorse per inviare suoi emissari ad infiltrarsi nei bar dei paesi a parlar bene di questo o quel prodotto).

Tuttavia, considerato che l'art. 4 del Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 che, come si è detto, disciplina in Italia la materia pubblicitaria, prevede espressamente che «la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale», la pratica del c.d. *schmooze* sembrerebbe dover essere considerata illecita in quanto integrante un'ipotesi di pubblicità occulta.

Tale regola, peraltro, pur essendo presente in molte discipline in tema di pubblicità - a cominciare dal *Code de Pratiques Loyales en Matière de publicité* della Camera di commercio Internazionale e dal Codice di autodisciplina pubblicitario italiano, il cui art. 7 recita testualmente: «La pubblicità deve essere sempre riconoscibile come tale» a continuare con la Legge 6 agosto 1990 n. 223 (disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato) che all'art. 8 stabilisce che la pubblicità televisiva «deve essere riconoscibile come tale ed essere distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici ed acustici di evidente percezione» - non è tra quelle contenute nella Direttiva 84/450 CEE in attuazione della quale è stato emanato il D. Lgs. 74/92 e rappresenta pertanto una creazione del legislatore italiano.

La *ratio* ed il perché di una simile previsione normativa è facilmente comprensibile e conferma la necessità che detta disciplina venga considerata applicabile anche allo *schmooze*: la pubblicità occulta, cioè quella non riconoscibile come tale dal consumatore, è più insidiosa di quella palese in quanto aggira molte delle naturali difese che, di norma, il destinatario, sviluppa davanti ad una comunicazione commerciale e anche in quanto avendo l'apparenza di un'informazione neutrale e disinteressata è registrata in modo più autorevole ed attendibile.

In altre parole, mentre un consumatore medio sa benissimo che il produttore di un certo oggetto tende, normalmente, ad esaltarne pregi e qualità ed è quindi portato a ridimensionare il contenuto dei messaggi pubblicitari che questi indirizza lui, lo stesso

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

consumatore non ha ragione di ritenere che tale esaltazione di un prodotto o servizio sia compiuta da un suo conoscente od amico (anche se virtuale) ed è quindi portato a dare maggiore peso alle informazioni ed alle notizie circa un certo prodotto diffuse da quest'ultimo.

Tale principio, tuttavia, pur apparendo ineccepibile in astratto crea diverse e rilevanti difficoltà nella sua applicazione pratica in quanto capire quando si è in presenza di una forma di pubblicità occulta e quando invece della semplice espressione di un'opinione di una persona - tra l'altro, come tale, costituzionalmente garantita dall'art. 21 - è operazione tutt'altro che facile.

Nessun problema, infatti, sussiste ogni qualvolta sia possibile riuscire a dimostrare l'esistenza di un rapporto di committenza tra il soggetto che esprime una certa opinione lusinghiera sulle qualità di un certo prodotto ed il produttore o il distributore di tale prodotto.

Tuttavia quando - e si tratta, come è ovvio, della maggior parte dei casi - non si riesce a dimostrare l'esistenza di detto rapporto ed occorre procedere per presunzioni, il compito dell'interprete diviene piuttosto arduo e il conflitto tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero e quello alla trasparenza delle informazioni pubblicitarie piuttosto acuto.

Per questa via si corre il rischio di andare a ricavare la natura pubblicitaria o meno di una determinata informazione dall'esame del suo contenuto, il che non può non suscitare diversi dubbi e perplessità che divengono ancor maggiori se si prova ad applicare tale principio nei *netsgroup* o nelle *discussion list* ove - stante l'assoluta informalità dei «protocolli» di comunicazione generalmente utilizzati ed il maggior livello di chiarezza propria delle comunicazioni a distanza - si è sempre portati ad esagerare ed a parlare senza alcun filtro o freno inibitorio.

5. Le altre tecniche pubblicitarie in Rete.

Di fronte alla crescita esplosiva della Rete e del mercato virtuale le *advertising agency* - le agenzie che anche nel mondo «reale» gestiscono gli spazi ed i canali pubblicitari - non stanno certo a guardare e si sforzano di inventare, ogni giorno, nuovi sistemi e tecniche pubblicitarie per poter offrire ai propri clienti campagne promozionali efficaci e mirate a determinati *target* di cyberconsumatori.

Sono nati così i *banner*, i *cookies*, le affiliazioni e la visualizzazione di pubblicità a pagamento: tutte tecniche più o meno rispettose dei diritti del cyberconsumatore sulle quali la giurisprudenza non ha ancora avuto occasione di pronunziarsi né tantomeno il legislatore di disciplinare il settore.

Cercando di collocare tali nuovi strumenti in un'ipotetica classifica di «offensività» per il cyberconsumatore, vengono certamente in rilievo per primi i c.d. *cookies*.

Dietro ad un nome (in inglese letteralmente significa «biscotto») assolutamente innocuo si nasconde, in realtà, una tecnologia ormai diffusissima attraverso la quale le

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Ciberspazio e Diritto" (<http://www.ciberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CIBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.ciberspazioediritto.org>

agenzie pubblicitarie o, direttamente, i titolari delle imprese virtuali riescono a seguire passo dopo passo le fasi della navigazione di ogni cyberconsumatore e, quindi, a conoscere quante volte al giorno questi accede ad un determinato sito, attraverso quale percorso, in quali momenti della giornata, della settimana o del mese o, ancora, per quanto tempo si «intrattiene» in ogni singola pagina.

È evidente che, così facendo, le *advertising agency* e gli imprenditori virtuali riescono a predisporre campagne pubblicitarie *ad hoc* per determinate categorie di cyberconsumatori aventi analoghi profili e, soprattutto, ad «intercettarli» durante la navigazione.

In altre parole sapendo che il nostro Sig. Paolo Rossi è solito «visitare» in sequenza alcuni siti contenenti informazioni su concerti, mostre ed eventi culturali, la società cybermusic - spregiudicata neofita dell'*e-commerce* e specializzata nella vendita *on-line* di biglietti per eventi mondani - avrà facile gioco a farlo ritrovare nella sua *home-page* ed ad offrirgli l'acquisto della prevendita per assistere al concerto che il suo cantante preferito (facilmente ricavato dall'analisi delle pagine più frequentemente visitate nell'ultimo mese) terrà la settimana successiva nella sua città di residenza (anche questa agevolmente ricavata dall'IP dal quale il nostro amico usualmente si collega).

Anche se i dati acquisiti attraverso i *cookies* rientrano certamente tra quelli personali di cui alla Legge n. 675 del 1996 e se, quindi, il cyberconsumatore sembra in realtà in possesso di uno strumento giuridico efficace - sebbene perfettibile - di reazione alla condotta invasiva della propria sfera privata posta in essere in suo danno, nel caso di specie, il diritto sembra dover lasciare il posto alla tecnologia: non sussiste, infatti, alcun dubbio, che la miglior soluzione da suggerire al nostro Sig. Rossi sarà quella di dotarsi di uno dei tanti *software* «scaricabili» anche gratuitamente dalla Rete³ che consentono di rimuovere i *cookies* alla chiusura di ogni sessione di navigazione o in alternativa di settare le opzioni del suo *browser* in maniera da monitorare o inibire gli stessi. In tale ultima evenienza il cyberconsumatore rischia peraltro di dover subire - da parte del titolare del sito Internet che intende visitare - un vero e proprio ricatto.

Molto spesso, infatti, se il navigatore rifiuta l'invio dei cookies i titolari di alcuni siti gli proibiscono di accedervi.

Tale pratica si pone, con ogni evidenza, in contrasto con il tenore letterale dell'art. 11 della legge sulla *privacy* secondo il quale «il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente».

Proseguendo nella discesa lungo la nostra immaginaria classifica, troviamo quindi i *banner* (letteralmente stendardo o striscione) e cioè delle finestre di testo ed immagini che si aprono automaticamente all'accesso in alcuni siti e che attraverso alcuni *link* conducono il cyberconsumatore che incuriosito vi «clicca» sopra ad entrarvi.

In realtà tale pratica, a differenza di quella precedentemente considerata, non si pone in aperto contrasto con alcuna disposizione di legge vigente ma è innegabile che essa

³ www.intermute.com, www.falken.net/webfree, www.cookiecentral.com.

Attenzione: il presente testo è una bozza dell'articolo omonimo pubblicato nella versione cartacea della Rivista Scientifica "Cyberspazio e Diritto" (<http://www.cyberspazioediritto.org>). Si tratta di una BOZZA: può quindi contenere differenze e, soprattutto, imprecisioni, inesattezze o refusi che sono stati poi corretti all'atto della correzione delle bozze e della messa in stampa dell'articolo. Si consiglia, pertanto, di riferirsi, nelle citazioni, esclusivamente all'articolo pubblicato a stampa. Il riferimento dell'articolo che segue è TUTELA DEL CYBERCONSUMATORE E NUOVE FRONTIERE DELL'INFORMAZIONE COMMERCIALE, GUIDO SCORZA, IN CYBERSPAZIO E DIRITTO, 2000, VOLUME I, NUMERO IV, PP. 521-536. Articolo tratto dal sito <http://www.cyberspazioediritto.org>

finisca comunque con il rappresentare un'indebita pressione sulla libertà del cyberconsumatore di navigare nei siti di proprio interesse senza distrazioni o rallentamenti provocati dall'estemporanea apertura dei *banner* di questa o quella società.

Sembra d'altra parte difficile revocare il dubbio che l'improvvisa apertura di una finestra di testo ed immagini (in alcuni casi anche di suono) non possa finire con l'indurre il cyberconsumatore ad acquistare prodotti o servizi che egli non aveva in animo neppure di valutare nel momento in cui si è posto «in navigazione».

Infine un altro profilo che occorre considerare è quello relativo al c.d. affollamento pubblicitario e cioè alle conseguenze pregiudizievoli per la libertà del cyberconsumatore e per la sua attività in Rete che possono essere provocate da un'eccessiva concentrazione di *banner* pubblicitari sulle pagine di uno stesso sito.

Il fenomeno è analogo a quello che per la pubblicità diffusa attraverso il sistema radio-televisivo è disciplinato dalla legge 223/90 - la c.d. legge Mammì dal nome dell'allora Ministro delle Poste e Telecomunicazioni - e dalla normativa d'attuazione successivamente emanata che detta precisi limiti alla concentrazione pubblicitaria e vieta le inserzioni commerciali in determinati programmi ad elevato contenuto culturale o informativo.

Via via che si moltiplicano le iniziative di *e-commerce* e che, conseguentemente, la Rete assume crescente importanza quale strumento irrinunciabile di attività promozionale, si avverte sempre di più l'esigenza di estendere anche alla pubblicità a mezzo Internet la normativa attualmente vigente per quella diffusa attraverso il sistema radio-televisivo, normativa che, allo stato, stante il carattere tassativo delle previsioni in essa contenute, non è certamente applicabile all'informazione commerciale telematica.

Nessun problema sembra invece sollevare l'ultima frontiera della comunicazione commerciale *on-line*: la visualizzazione di messaggi pubblicitari a pagamento.

L'idea è nata dall'esigenza delle *advertising agency* americane e dei grandi *provider* di garantire ai propri clienti che i messaggi pubblicitari attraverso loro diffusi siano effettivamente letti da un determinato numero di cyberconsumatori selezionati secondo profili predefiniti e consiste nel pagamento di un certo corrispettivo per ogni ora nella quale il cyberconsumatore si dichiara disponibile ad «ospitare» il *banner* promozionale sul proprio schermo.

A ben vedere, se si considera che il cyberconsumatore può in qualunque momento ritirarsi dall'iniziativa, tale pratica sembra in realtà, ben più rispettosa degli interessi e della libertà del consumatore di quanto non lo siano molte altre da tempo diffuse nel c.d. «mondo reale».