

AVV. ANDREA LAZZARETTI

LA REGOLAMENTAZIONE DELLA PUBBLICITÀ ON-LINE

SOMMARIO: 1. PREMESSE; 2. INTERNET COME NUOVO MASS MEDIA; 3. INTERNET COME ORDINAMENTO GIURIDICO; 4. LA LEGGE APPLICABILE ALLA PUBBLICITÀ ON-LINE; 5. E-MAIL MARKETING; 5.1. In Generale; 5.2. E-mail non sollecitate e tutela degli utenti della Rete; 5.3. Legittimità delle forme di autotutela; 5.4. sistemi di comunicazione punto multi-punto diversi dal Web; 6. IL WEB ADVERTISING; 6.1. Web advertising ed attività distributiva; 6.1.1. Definizioni; 6.1.2. Le soluzioni adottate dalle corti statunitensi; 6.2 Valutazione di liceità della pubblicità on-line; 6.2.1. Ingannevolezza dell'attività pubblicitaria in Rete; 6.2.2. Principio della trasparenza e tutela dei cyberconsumatori; 7. REPRESSIONE IN ITALIA DELLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE ON-LINE; 8. CONCLUSIONI.

ABSTRACT

Il diritto della pubblicità, nato per regolare la comunicazione commerciale nei tradizionali mass-media, appare spesso inadeguato a garantire in Internet un'efficace protezione agli interessi di volta in volta tutelati. Questo breve studio è un tentativo d'indagare quali siano le ragioni che hanno reso e rendono sostanzialmente inefficaci, all'interno della rete telematica, le disposizioni adottate dagli ordinamenti territoriali in materia di pubblicità.

In linea generale, lo Stato, partendo dalla considerazione che Internet è sostanzialmente qualificabile come nuovo mass-media, ha esteso al Cyberspazio le norme stabilite per gli altri mezzi di comunicazione di massa. Tuttavia, date le specifiche caratteristiche della rete telematica, la suddetta qualificazione di Internet non sembra più sufficiente per cogliere la complessità del fenomeno. Infatti, la particolare strutturazione dei rapporti fra i cyberutenti e le stesse regole di funzionamento della Rete inducono a ritenere che la comunità virtuale (o "Cybercommunity") abbia acquisito, nel tempo, i caratteri di un vero e proprio ordinamento giuridico. Da ciò deriverebbe che il rapporto fra Stato e Cybercommunity non potrebbe più essere concepito in termini di prevalenza del primo sul secondo ma di reciproco riconoscimento ed integrazione dei due ordinamenti.

Prendendo le mosse da questa riflessione, siamo, quindi, passati ad esaminare i problemi che, in concreto, gli ordinamenti statali hanno incontrato e continuano ad incontrare nella regolamentazione della pubblicità on-line. In particolare, ci siamo soffermati sul conflitto esistente fra le singole leggi nazionali applicabili in materia e sulla difficoltà ad estendere all'email marketing ed al web advertising le attuali disposizioni penali e civili a tutela dei consumatori e della leale concorrenza. Quanto sopra ci ha, quindi, indotto a tracciare una linea di confine fra comunicazione commerciale vera e propria e distribuzione on-line, verificando le soluzioni proposte dalle corti statunitensi in materia.

In conclusione, l'attenzione si è spostata su quanto fino ad ora fatto, a livello nazionale ed internazionale, per consentire un controllo sulle modalità di

presentazione e sul contenuto della pubblicità on-line, nel tentativo di reprimere, anche alla interno della Rete, le forme più pericolose di pubblicità ingannevole.

* * *

Abstract

Advertising law has been adopted to regulate commercial communications in the traditional mass-media sector. Nowadays, the protection granted by advertising law seems to be insufficient to deal with new interests taken into consideration by the present legal systems. This study points to analyse the causes of the inadequacy of the rules provided by national legal systems in governing on-line advertising, since the qualification of Internet as a new mass-media has led national legal systems to apply provisions adopted for the traditional media also to the cyberspace.

However, because of the particular features of the Net, this qualification does not seem to provide a correct description of the phenomenon. Analysing the relationship existing among Cyber-users and the rules regulating the Net, it can be argued that Cyber-community has been developing itself into an independent legal system. Consequently, the relationship between State and Cyber-community cannot be built on a hierarchical basis where the former prevails over the latter: what Cyber-community do really need is integration and mutual recognition of the two systems.

After the examination of the issue concerning on-line advertising -- especially focused on States attempts to regulate the matter properly, to apply national rules in order to protect cyber-consumers and to guarantee fair competition to email-marketing and web-advertising – the paper tries to draw a line between on-line advertising and distribution on the Net, through an analysis of the solutions presented by US Courts over this topic.

Finally, the paper focuses its attention on the measures adopted, at national and international level, in order to control presentation techniques and on-line advertising content.

* * *

1. PREMESSE

Il cd. diritto della pubblicità prende in considerazione il fenomeno della comunicazione commerciale anzitutto come “*comunicazione al pubblico*” ovvero informazione rivolta ad una determinata collettività per “*sollecitare nei suoi destinatari un certo comportamento economico*”¹. Un simile approccio alla comunicazione d’impresa è sicuramente corretto con riferimento ai tradizionali mass-media (stampa, radio, televisione, etc.) in cui il flusso delle informazioni è

¹ Cfr. Fusi M. e Testa P. “Diritto & Pubblicità”, Milano, 1996, 31.

essenzialmente unidirezionale ovvero dall'impresa al pubblico, inteso come indistinto gruppo di consumatori.

Ciò premesso, l'intervento del legislatore in materia è stato prevalentemente mirato a proteggere la collettività dalla potenziale aggressività della pubblicità attraverso *“un sistema di limiti alla libertà d'informazione economica posti a tutela dei molti interessi che quest'ultima viene a toccare”*². Rilevanza minore è stata, invece, data alla comunicazione commerciale intesa quale fatto o atto giuridicamente rilevante ai fini della formazione della volontà contrattuale. Nei tradizionali mass-media, infatti, il destinatario della pubblicità è il pubblico ovvero quella parte del pubblico a cui il messaggio è indirizzato e non il singolo consumatore con cui, solo in un secondo momento, l'impresa è destinata a relazionarsi direttamente.

Nella Rete Telematica (qui di seguito **“Rete”**), al contrario, la possibilità di creare un'immediata interazione fra mittente e destinatario del messaggio impone di prendere in considerazione la comunicazione commerciale anche nella sua funzione di atto negoziale, prodromico alla creazione di un immediato rapporto giuridico fra le parti. Infatti, la relazione che si instaura fra impresa e consumatore in conseguenza della comunicazione on-line può, per molti versi, essere assimilata al rapporto fra parti contraenti nella fase delle trattative piuttosto che ad una semplice comunicazione al pubblico. Ed in tal senso sembra anche muoversi l'Unione europea la quale, in una recente direttiva³, ha stabilito a carico di coloro che effettuano comunicazioni commerciali in Rete una serie di obblighi di informazione la cui violazione dovrebbe, verosimilmente, determinare una responsabilità precontrattuale per il “prestatore del servizio” che ometta di adempiervi.

La riflessione che segue prende, quindi, le mosse dall'analisi delle specifiche caratteristiche che differenziano la Rete dagli altri mass-media, per poi passare ad un rapido esame delle singole forme di pubblicità on-line, verificando l'efficacia dei rimedi e delle sanzioni posti dall'ordinamento statale a tutela degli interessi protetti.

2. INTERNET COME NUOVO MASS MEDIA

² Cfr. Fusi M. e Testa P. “Diritto & Pubblicità”, Milano, 1996, 33.

³ 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, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (qui di seguito **“Direttiva sul Commercio Elettronico”**).

Un dato ormai acquisito è la qualificazione della Rete come **mezzo di comunicazione di massa** ovvero come “ *mezzo di comunicazione con il pubblico, il quale risulta – indipendentemente dalla ragione e finalità della sua adozione - obbiettivamente idoneo a far conoscere indiscriminatamente alla massa indeterminata di possibili acquirenti ed utenti il nome, l’attività ed il prodotto di un’azienda, restando irrilevante che detto mezzo assolva pure una funzione reclamistica o propagandistica*”⁴. Da ciò deriverebbe che qualsiasi utilizzazione della Rete diretta a promuovere la vendita di beni e servizi deve qualificarsi come “pubblicità”⁵.

Non si possono, tuttavia, ignorare le caratteristiche della Rete che la differenziano in maniera sostanziale dai tradizionali mezzi di comunicazione di massa, rendono estremamente difficoltosa l’applicazione ad Internet delle norme esistenti.

Anzitutto, rispetto agli altri mass-media la Rete garantisce una duplice forma di comunicazione ovvero punto-punto (come nel caso della posta elettronica) e punto-multipunto (come nel caso del pagine Web), la qualcosa determina una peculiare relazione fra mittente e destinatario della comunicazione on-line. Il cyber-utente, infatti, può ricercare e selezionare all’interno della Rete i dati che gli interessano, escludendo le informazioni ricevute che non siano di suo gradimento. In tal modo il consumatore acquista un vero e proprio potere di autodifesa che gli consente di reagire tempestivamente a comportamenti percepiti come aggressivi ed evitare forme di manipolazione tipiche della pubblicità tradizionale. L’utente della Rete, interagendo in tempo reale con il mittente del messaggio si trasforma, quindi, da soggetto passivo in soggetto agente della comunicazione.

Inoltre, lo scambio di informazioni fra gli utenti della Rete è rappresentato sia dai dati che vengono volontariamente trasmessi dal mittente al destinatario che da quelli inconsapevolmente disseminati nel “cyberspazio” da coloro che vi navigano (le cd. “informazioni di ritorno”). Le informazioni di ritorno, interpolate fra loro, consentono di individuare, con relativa certezza, il profilo del soggetto virtuale con cui ci si

⁴ Corte di Cassazione del 17 marzo 1992 n. 3308 in Giustizia Civile, 1993, I, 194.

⁵ In coerenza con tale impostazione l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cfr. fra l’altro la decisione del 27 marzo 1997 n. 4820, in Diritto Industriale, 1997, 1065) ha affermato che “*Internet è, e deve essere, considerato un semplice veicolo pubblicitario, con la conseguenza che le pagine ivi contenute possono perseguire comunque una finalità pubblicitaria*”.

relaziona⁶, trasformando Internet in un efficientissimo strumento di *one to one marketing*. Quanto sopra determina l'inevitabile rischio per i cyber-utenti di subire una pericolosa intrusione nella propria sfera privata e la necessità per l'ordinamento statale di intervenire a tutela della riservatezza dei membri della Cybercommunity. Pertanto, il tema della tutela della privacy dei consumatori, che non è affatto nuovo, con riferimento alla comunicazione commerciale online assume una singolare rilevanza proprio in ragione delle specifiche caratteristiche del nuovo mezzo.

Ulteriore difficoltà all'estensione alla Cybercommunity delle regole poste dall'ordinamento statale deriva dal carattere transnazionale ed "a-giurisdizionale" della Rete⁷ ovvero dalla sostanziale irrilevanza della localizzazione geografica delle relazioni all'interno del Cyberspazio e ciò in contrasto con l'efficacia sostanzialmente territoriale della legge statale.

Pertanto, la qualificazione di Internet come nuovo mezzo di comunicazione di massa, sebbene necessaria per inquadrare il fenomeno in esame, non è, tuttavia, sufficiente a dare una risposta convincente ai numerosi quesiti sollevati dalle nuove tecnologie così come qui di seguito meglio illustrato.

3. INTERNET COME ORDINAMENTO GIURIDICO

Rispetto all'originaria funzione della Rete, utilizzata da una ristretta comunità scientifica e/o militare come mezzo di scambio/comunicazione di dati ed informazioni, lo spazio digitale si presenta oggi "popolato" da un gruppo eterogeneo di soggetti che interagiscono fra loro, creando rapporti giuridici ed umani, scambiandosi idee, facendo affari, ecc.. A causa della progressiva espansione della Rete, anche la comunità degli utenti, originariamente piuttosto ristretta e

⁶ Strumenti quali il Click through (che indica il numero di utenti che visita effettivamente un link pubblicitario), il Click stream (che si riferisce al totale di pagine visitate dall'utente nel sito raggiunto grazie ad un banner), ed ancora le impressions (ovvero il numero di accessi ai siti) oltre ai ben noti cookies (che consentono una sorte di riconoscimento dell'utente virtuale) garantiscono alle aziende una verifica immediata dell'efficacia e del grado di penetrazione della comunicazione, consentendo un approccio mirato al potenziale cliente.

⁷ Fra l'altro, vale la pena ricordare che esistono, allo stato, numerose tecnologie permettono agli utenti della Rete un'immediata delocalizzazione delle proprie attività in Paesi che presentano la legge meno severa, consentendo, in tal modo, agli operatori Internet un vero e proprio forum shopping.

culturalmente omogenea, si è allargata e differenziata, stabilendo proprie regole di organizzazione⁸ e di condotta.

Invero, le caratteristiche tecniche della Rete e lo scopo comune perseguito dai relativi utenti, rappresentato dal continuo ed immediato scambio di informazioni, ha determinato una strutturazione anche gerarchica dei rapporti fra i singoli operatori, dando origine ad un vero e proprio ordinamento giuridico autonomo, che potremmo definire come “*Cybercommunity*”.

Tale ordinamento, la cui caratteristica essenziale consiste nell'impossibilità di definire un confine geografico che abbia un significato giuridicamente rilevante, è stato, peraltro, capace di imporre norme di comportamento e gerarchie sia ai propri membri che a coloro che intendono interagire con la *Cybercommunity*. Per lungo tempo, quindi, le regole create dall'utenza della Rete hanno reso sostanzialmente inefficaci le norme di fonte statale all'interno del Cyberspazio, dando l'impressione che Internet fosse una sorta di comunità anarchica.

Si consideri, infatti, che tradizionalmente la relazione fra *Cybercommunity* e ordinamento statale si è risolta nel tentativo da parte di quest'ultimo di far valere, all'interno del Cyberspazio, regole che, per loro natura, hanno un'efficacia territorialmente limitata. In tal modo si è cercato di comporre il conflitto esistente fra ordinamento statale e *Cybercommunity* attraverso un'imposizione delle regole del primo sul secondo. Il tentativo di stabilire un rapporto di supremazia-subordinazione fra i due ordinamenti ha, però, determinato la sostanziale inefficacia in Rete delle norme poste dagli ordinamenti territoriali, denunciando il fallimento del tradizionale approccio ad Internet e delegittimando progressivamente l'ordinamento territoriale e la forza delle sue regole fra i membri della *Cybercommunity*.

Sebbene implicitamente, il legislatore statale è stato, quindi, costretto ad un lento riconoscimento della *Cybercommunity* come ordinamento autonomo, con la

⁸ A tale proposito si veda Post D.G. “*Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995 J. ONLINE L. art. 3, par. 12, il quale fa notare che “*Networks - electronic or otherwise - are particular kinds of “organizations” that are not merely capable of promulgating substantive rules of conduct; their very essence is defined by such rules - in this case, the “network protocols”. Accordingly, the person or entity in a position to dictate the content of these network protocols is, in the first instance at least, a primary “rule-maker” in regard to behavior on the network.*”.

conseguente recessione dell'ordinamento statale in alcune materie⁹. Quanto sopra ha determinato e sta determinando un processo di osmosi fra le regole dei due ordinamenti, consentendo alle comunità territoriali di riassumere gradualmente il controllo di alcuni fenomeni che hanno luogo nel Cyberspazio ed ai cyberutenti di iniziare a beneficiare, anche in Rete, della medesima tutela garantita fuori dalla Rete.

Nel caso specifico della pubblicità on-line, il tentativo di assicurare anche in Rete un'efficace tutela degli interessi di consumatori ed aziende ha spesso indotto le autorità statali a promuovere forme di autoregolamentazione e codici deontologici, per i cd. *“prestatori dei servizi della società dell'informazione”*.

In Italia, nonostante le numerose petizioni di principio, l'unica iniziativa di rilievo in materia è quella intrapresa dal Ministero delle Poste e Telecomunicazioni che, in data 29 maggio 1997, ha presentato una Bozza di Codice di Autoregolamentazione in cui viene, fra l'altro, previsto l'impegno per *“il fornitore di contenuti ... a rispettare la normativa di cui al Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, sia per la pubblicità a favore dei servizi offerti, veicolata attraverso gli stessi servizi o attraverso altri mezzi, sia per la pubblicità volta a promuovere altri servizi o prodotti, in cui il servizio rappresenta unicamente il veicolo di diffusione”*¹⁰. La disposizione innanzi riportata sembra prendere atto del carattere *“a-giurisdizionale”* ed *“a-territoriale”* della Rete, promovendo fra i membri della Cybercommunity forme di autoregolamentazione che tengano conto delle esperienze più significative nel settore della pubblicità, quale il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria.

Purtroppo, però, la seconda parte della suddetta disposizione mette ancora una volta in evidenza il tradizionale vizio dell'ordinamento statale di voler subordinare la Rete ai propri fini particolari, senza tener conto delle regole di funzionamento della Cybercommunity. Tale norma, infatti, stabilisce che il fornitore dei contenuti si impegni, altresì, ad *“offrire a particolari condizioni spazi pubblicitari per la comunicazione di rilevanza sociale, in base alle stesse norme previste per la pubblicità radio televisiva”*. Il rinvio alle *“norme previste per la pubblicità radiotelevisiva”* ha, in realtà, poco senso in un codice di autodisciplina diretta agli

⁹ Per un approfondimento in merito alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici ed alle metodologie di risoluzione di tale conflitto si veda Modugno F., *“Pluralità degli Ordinamenti”*, in Enciclopedia del Diritto, XXXIV, Milano, 1980.

operatori della Rete. Le norme richiamate, in realtà, hanno un carattere essenzialmente territoriale che mal si concilia con la natura di Internet intesa come *“rete mondiale in cui tutti i contenuti e servizi presenti sono accessibili da qualsiasi utente ovunque esso si trovi, senza vincolo di tipo geografico”*¹¹.

Peraltro, la Bozza in esame, nonostante sia stata recepita nell'ultima versione del Codice di Autoregolamentazione per i servizi Internet, presentata dall'Associazione Italiana Internet Providers (AIIP), è ancora oggi lettera morta non essendo stata approvata né sottoscritta da alcuna associazione di categoria.

Un'iniziativa degna di attenzione è, invece, quella condotta a livello comunitario dall'Alleanza Europea per l'Etica in Pubblicità (qui di seguito **“AEEP”**), un organismo che riunisce tutte le organizzazioni europee che adottano codici di autodisciplina pubblicitaria e che ha come scopo quello di *“cercare di raggiungere una convergenza dei principi che governano i sistemi di autodisciplina attualmente operanti in Europa”* e *“dimostrare che i meccanismi nazionali di autodisciplina sono da preferire a un'estensione della legislazione a livello europeo”*¹².

Il modello proposto dall'AEEP è basato sul cd. principio del Paese d'Origine¹³ e mira ad assicurare ai consumatori dei diversi paesi europei la stessa tutela garantita nel paese d'origine della comunicazione commerciale attraverso il mutuo riconoscimento dei sistemi autodisciplinari¹⁴. Tale sistema dovrebbe consentire un'integrazione a livello comunitario fra i diversi sistemi di autodisciplina al fine di *“evitare [attraverso controlli volontari esercitati da organismi autodisciplinari] azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi”*. Naturalmente, il successo in Rete del suddetto modello presuppone l'adesione dei *“prestatori dei servizi della società dell'informazione”* ai codici di

¹⁰ Cfr. Art. 9 e) della Bozza TC6.1 del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni è accessibile all'indirizzo internet: <http://www.interlex.it/testi/cod65bis.htm>

¹¹ Cfr. l'Introduzione alla *“Bozza di Codice di Autoregolamentazione”* del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni più volte citata.

¹² Una descrizione dell'attività dell'Alleanza Europea per l'Etica in Pubblicità e degli obiettivi da questa perseguiti si può trovare sulle pagine del sito del suddetto organismo: <http://www.easa-alliance.org>

¹³ Sulle difficoltà ad applicare tale principio ad Internet si faccia riferimento a quanto illustrato nel Capitolo 4.

¹⁴ Il suddetto sistema, meglio conosciuto come *“Cross-border Complaints System”*, prevede che, qualora un consumatore inoltri un reclamo all'autorità disciplinare competente, quest'ultima lo trasferisca all'autorità disciplinare del Paese in cui ha origine il messaggio decettivo, che, a sua volta, applicherà le norme del proprio codice di autodisciplina.

autodisciplina dei rispettivi Paesi, la qualcosa, per quanto concerne l'Italia, sembra, al momento, lontana a venire.

Quanto sopra dimostra che il processo di integrazione fra ordinamenti giuridici, auspicato nella parte iniziale di questo capitolo, è ancora alle battute iniziali e ciò sta creando ed ha creato non poche difficoltà in particolare con riferimento alla legge applicabile a singoli fenomeni che hanno luogo nel Cyberspazio.

4. LA LEGGE APPLICABILE ALLA PUBBLICITÀ ON-LINE

Ciascun ordinamento stabilisce quali siano gli specifici criteri in base ai quali debba valutarsi la liceità della comunicazione pubblicitaria e quali gli interessi, di volta in volta, prevalenti rispetto alla libertà d'iniziativa privata su cui si basa la cd. *'libertà di pubblicità'*. Tuttavia, data la natura "a-giurisdizionale" e transnazionale della Rete, diventa estremamente difficile stabilire il 'prisma' attraverso cui debba essere effettuata la selezione di tali interessi.

L'estensione ad Internet delle norme destinate ad individuare la legge applicabile agli altri mass-media è risultata spesso deludente, costringendo l'interprete ad inutili "funambolismi" giuridici. A tale proposito basti menzionare il tentativo di assimilare la comunicazione su Internet alle trasmissioni satellitari, estendendo anche alla Rete il principio secondo cui il *"controllo dei servizi della società dell'informazione deve essere effettuato all'origine dell'attività"*¹⁵. Quanto sopra implica che la valutazione di liceità della comunicazione venga effettuata prendendo in considerazione *"unicamente"* le norme del Paese di origine della comunicazione stessa ovvero dello Stato in cui *"i segnali portatori del messaggio sono inseriti [nella Rete] in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta"*¹⁶.

A prescindere dalla considerazione che il suddetto criterio non sembra incontrare unanime consenso a livello internazionale neanche in materia di trasmissioni satellitari¹⁷, appare, comunque, evidente che il rinvio ai principi previsti in materia di radiodiffusione anche alle comunicazioni on-line non può rappresentare una soluzione adeguata per garantire un'effettiva tutela agli interessi di consumatori ed

¹⁵ Cfr. Considerando 22 della Direttiva sul Commercio Elettronico.

¹⁶ Cfr. Art. 1.2.b della Direttiva CEE/83/93 del 27 settembre 1993 in tema di *"coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo"*.

aziende che operano in Rete e ciò sia per ragioni di ordine tecnico che di politica del diritto.

Anzitutto, a differenza delle comunicazioni satellitari, in cui è tutto sommato agevole individuare quale sia il Paese di origine del messaggio, risulta assai complesso stabilire il luogo in cui un messaggio è stato per la prima volta immesso nella Rete. Peraltro, diversamente di quanto accade per le comunicazioni radiotelevisive, una volta immessa in Rete, la comunicazione illecita risulta accessibile agli altri cyber-utenti¹⁸ in qualsiasi momento e da qualsiasi luogo, con una evidente reiterazione dell'illecito e, conseguente, allargamento del danno.

D'altro canto, la stessa natura degli interessi che il cd. diritto della pubblicità intende salvaguardare (ovvero la tutela della fede pubblica e della concorrenza leale fra le aziende, la protezione dei minori, ecc.) impone che vengano prese in considerazione le posizioni giuridiche di volta in volta protette nello Stato in cui il messaggio on-line è destinato a produrre i propri effetti. In caso contrario, si rischia di lasciare i consumatori e le aziende che operano in Internet senza alcuna protezione nei confronti dei soggetti più "spregiudicati" che, attraverso una serie di accorgimenti tecnici, siano in grado di delocalizzare la propria attività, effettuando una vera e propria operazione di forum shopping.

Lo stessa Commissione europea, nell'Explanatory Memorandum alla Proposta di Direttiva sul Commercio Elettronico, ha correttamente affermato che *"l'applicazione del criterio del Paese d'origine, in questo momento, non può essere preso in considerazione come un modello per eventuali future negoziazioni a livello internazionale, dal momento che un simile approccio può essere adottato solo laddove vi sia un sufficiente grado di integrazione giuridica"*.

Quanto sopra ci induce a ritenere che il criterio più corretto per valutare la legittimità del messaggio pubblicitario on-line dovrebbe essere quello basato sulla legge del luogo in cui sono "stabiliti" i soggetti a cui tale messaggio è destinato. L'adozione del criterio del Paese di destinazione della comunicazione, infatti, consente di garantire un analogo livello di protezione sia dentro che fuori dalla Rete. Il criterio del Paese di destinazione impone, peraltro, di verificare, caso per caso, se sussistono elementi di

¹⁷ Per un'interessante disamina dei problemi connessi all'adozione di tale criterio in materia di diritto d'autore si legga Sterling J.A.L. "World Copyright Law", London, 1998, 322 e ss.

“collegamento” giuridicamente rilevanti¹⁹ fra la comunicazione commerciale, illegittima alla luce della *lex fori*, ed i soggetti eventualmente lesi da tale condotta, e ciò al fine di stabilire se vi sono “*act by which the defendant purposesfully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum state, thus invoking the benefits and protections of its laws*”²⁰.

Tale approccio è condiviso anche dalle corti statunitensi che, in più di un’occasione, hanno affermato il potere del giudice di decidere in merito alla liceità dei messaggi diffusi attraverso Internet sulla base della *lex fori* laddove venga dimostrata la sussistenza di elementi significativi di contatto fra il luogo in cui il messaggio viene ricevuto e l’attività svolta dal prestatore dei servizi in Rete.

Nella stessa direzione, peraltro, sembra orientarsi il giudice italiano che, in una recente decisione avente ad oggetto l’utilizzo di un domain name registrato negli Stati Uniti, pur affermando la propria giurisdizione sulla materia de qua, ha escluso la sussistenza dell’illecito ritenendo che non vi fossero elementi sufficienti a dimostrare che il titolare del domain name avesse inteso svolgere o di fatto avesse svolto un’attività commerciale rivolta al mercato italiano²¹. Pertanto, la determinazione della legge applicabile potrà essere correttamente effettuata solo a posteriori ovvero tenendo conto delle modalità concrete con cui viene condotta dai singoli operatori la relativa attività pubblicitaria.

Inoltre, una valutazione di legittimità della comunicazione commerciale basata sulla legge del luogo di destinazione sarebbe conforme al disposto dell’art. 62 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 in tema di “*Responsabilità per fatto illecito*” secondo cui “*la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l’evento*”. Ciò detto, posto che la Direttiva sul Commercio Elettronico “*non è volta a introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato sui conflitti di leggi, né tratta della competenza degli organi giurisdizionali*”, si ritiene che, ai sensi della legge italiana, le disposizioni applicabili alle comunicazioni commerciali

¹⁸ Cfr. *Inset System, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D.Conn. Apr. 17, 1996).

¹⁹ I giudici statunitensi hanno spesso ritenuto quali elementi di collegamento rilevanti ai fini della determinazione della propria giurisdizione la lingua utilizzata nel sito ovvero la presenza di un numero di telefono da contattare, il tipo di attività pubblicizzata nonché gli altri veicoli pubblicitari utilizzati dall’impresa che effettua la pubblicità on-line.

²⁰ *State v. Granite Gate Resorts, Inc.* No. C6-95-7227, 1996, WL 767431 (Minn. Ramsey County Dist. Ct. Dec. 11, 1996).

on-line, prima e dopo la suddetta Direttiva, siano essenzialmente quelle dello Stato in cui si trovino i cyberutenti a cui le comunicazioni sono dirette. Solo in via eventuale, si potranno applicare le norme del Paese d'origine, se esso è uno degli Stati Membri dell'Unione e se l'illegittima condotta violi le norme della leale concorrenza in tale Paese.

5. E-MAIL MARKETING

5.1 In generale

Fra le differenti forme di comunicazione in Rete quella più utilizzata è rappresentata dall'e-mail (comunemente definita anche come "posta elettronica") ovvero quel sistema di trasmissione che consente di ricevere e trasmettere attraverso Internet informazioni e dati in tempo reale. Data l'economicità del mezzo e l'enorme numero di soggetti potenzialmente raggiungibili con la posta elettronica, era naturale che tale sistema venisse utilizzato dalle aziende come strumento di direct marketing, per informare i potenziali clienti sui prodotti e servizi offerti.

Sebbene l'associazione fra questa forma di pubblicità e quella per corrispondenza sia immediata, le caratteristiche tecniche della posta elettronica rendono difficilmente applicabile al nuovo mezzo la disciplina relativa alla pubblicità per corrispondenza. Infatti, a differenza di quanto accade per sistemi di corrispondenza tradizionale, il destinatario di e-mail, oltre a subire il disagio di ricevere materiale non richiesto, è anche tenuto a pagare una parte sostanziale del costo relativo alla trasmissione dei messaggi in funzione del maggior tempo di connessione necessario per "scaricare" la posta elettronica dal server di giacenza sul proprio computer.

5.2 E-mail non sollecitate e tutela degli utenti della Rete

In linea generale, si deve notare che numerose disposizioni sembrano vietare il cd. "*unsolicited commercial e-mail*" in difetto di un'espressa autorizzazione da parte del ricevente, e ciò, fra l'altro, a tutela della privacy del cyberutente. Il titolare di un indirizzo di posta elettronica ha, infatti, 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*

²¹ Trib. Di Roma, Ordinanza 9 marzo 2000, Soc. Carpoint c. Microsoft Corporation, in Foro Italiano, 2000, I, 2334 e ss.

*compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva*²². Nella stessa direzione sembra anche muoversi l'attuale normativa in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, prevedendo espressamente che *“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 attivo dell'abbonato”*²³.

Pur in presenza di una chiara affermazione del principio secondo cui il ricevente ha diritto di rifiutare una comunicazione non richiesta, non sembra tuttavia risolta la questione se vi sia un onere da parte dell'utente Internet di iscriversi in appositi registri per prevenire l'invio di “junk mail” nella propria casella di posta elettronica (il cd. sistema di “*opt out*”) ovvero il divieto per le aziende di inviare informazioni commerciali attraverso la Rete in assenza di una preventiva accettazione del relativo destinatario (il cd. sistema di “*opt in*”).

A livello comunitario il legislatore sembra aver lasciato aperte entrambe le strade, anche se risulta evidente la preferenza accordata dalla Direttiva sul Commercio Elettronico al sistema dell'*opt out*. L'Art. 7 comma II della Direttiva, infatti, impone agli Stati Membri esclusivamente l'obbligo di *“adottare 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”*.

Quanto sopra, peraltro, conferma quanto disposto a livello comunitario in tema di protezione dei consumatori nei contratti a distanza²⁴, laddove si richiede il consenso preventivo dell'utente Internet solo nel caso di impiego, da parte del relativo fornitore, di un sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata) ovvero di fax (telecopia). In tutti gli altri casi, invece, le tecniche di comunicazione a distanza che consentono una comunicazione individuale possono essere liberamente impiegate salvo che il consumatore non si dichiari esplicitamente contrario.

²² Cfr. Art. 13 della Legge 31 dicembre 1996, n. 675.

²³ Cfr. Art. 10 del D.Lgs. del 13 maggio 1998 n. 171.

Nonostante il legislatore europeo abbia imposto agli Stati Membri esclusivamente l'adozione di sistemi di opt out, i Paesi dell'Unione sono stati, comunque, invitati ad incoraggiare ed agevolare “*appropriate iniziative di filtraggio da parte delle imprese del settore*”²⁵ delle comunicazioni commerciali non sollecitate, facendo quanto possibile “*affinché tali comunicazioni ... siano identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve*”²⁶.

Inoltre, in ossequio al principio di trasparenza, la Direttiva sul Commercio Elettronico ha stabilito alcune condizioni minime che, “*oltre agli altri obblighi d'informazione posti dal diritto comunitario*”, dovranno essere rispettate dalle “*comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante*”²⁷. In particolare, le comunicazioni commerciali, così come i soggetti per conto dei quali queste vengano effettuate, dovranno essere chiaramente ed immediatamente identificabili. Tale disposizione, ove correttamente interpretata, dovrebbe impedire agli operatori Internet di porre in essere procedure di “*re mailing*” dei messaggi di posta elettronica non sollecitati se ed in quanto tali procedure non consentano ai relativi destinatari di identificare con certezza gli autori di tali messaggi.

5.3 Legittimità delle forme di autotutela

Ben più efficaci delle teoriche affermazioni di principio, si sono dimostrate, fino a questo momento, le forme di autoprotezione poste in essere dagli utenti della Rete contro i comportamenti più aggressivi dei soggetti che operano in Internet. A tale proposito è sufficiente menzionare due strumenti che si sono dimostrati alquanto efficaci per disincentivare le attività di “*spamming*”²⁸ da parte delle aziende che operano in Internet ovvero il “*flaming*”²⁹ ed il “*silencing*”³⁰.

In base al principio di legittima difesa, l'attività di ***flaming*** si può ritenere lecita se ed in quanto essa si sostanzia nell'invio di messaggi elettronici di risposta da parte di più

²⁴ Cfr. Art. 10 della Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997.

²⁵ Considerando N.30 della Direttiva sul Commercio Elettronico.

²⁶ Art. 7 comma 1 della suddetta Direttiva.

²⁷ Art. 6 “Informazioni da fornire” della Direttiva sul Commercio Elettronico.

²⁸ Per spamming si intende l'invio di messaggi non sollecitati ad uno o più utenti di Mailing List o Newsgroup in violazione alle regole stabilite dalla Netiquette.

²⁹ Il flaming consiste nell'invio da parte dei destinatari di comunicazioni e-mail non sollecitate di messaggi di risposta all'indirizzo elettronico del mittente il cui effetto è quello di determinare una paralisi temporanea dei sistemi di trasmissione dei suddetti messaggi.

Cyberutenti che abbiano ricevuto comunicazioni commerciali non sollecitate. Nel caso di specie, infatti, sussisterebbero entrambi i requisiti previsti dalla legge per l'applicazione della causa di giustificazione sia dell'illecito civile che di quello penale³¹. Lo spamming, infatti, deve considerarsi come un'aggressione attuale ad un interesse giuridicamente protetto dell'utente Internet, il quale, oltre al disagio di ricevere junk mail, si trova costretto a sopportare il costo di ricezione del messaggio. Conseguentemente, una reazione dei danneggiati che si sostanzia nell'invio di e-mail appare più che proporzionata all'offesa subita, anche se il risultato finale possa comportare un fermo temporaneo del sistema di posta elettronica del mittente della comunicazione commerciale³².

Dubbi sussistono, invece, in merito alla legittimità del flaming laddove tale condotta venga effettuata non dal destinatario della comunicazione ma da un operatore della Rete che, avendo avuto notizia dell'attività di spamming, si senta investito del ruolo di tutore degli interessi dei propri clienti o, addirittura, di 'garante' degli utenti della Rete. Nell'ipotesi in esame sembra difettare il requisito dell'attualità del pericolo/offesa dell'interesse protetto, con la conseguenza che l'autore del flaming potrebbe non beneficiare della "causa di giustificazione" prevista dall'art. 2044 del cod. civ.³³ ed essere ritenuto responsabile dei danni arrecati al mittente delle comunicazioni o, nel caso in cui venga riconosciuta un'ipotesi di legittima difesa

³⁰ Il silencing consiste nell'attività condotta da un utente della Rete che, accedendo al sistema di un altro utente, distrugge gli archivi destinati allo spamming, impedendo, così, la reiterazione dell'illecito.

³¹ In linea di massima si ritiene che il flaming difficilmente possa integrare gli estremi della fattispecie penale del danneggiamento prevista dall'art. 635bis del cod. pen., in quanto l'inservibilità totale o parziale del sistema informatico determinata da questo tipo di attività, generalmente, non si protrae per un lasso di tempo giuridicamente apprezzabile nè il ripristino della funzionalità originaria richiede spese ingenti. A tale proposito si faccia riferimento a Dolcini E. e Marinucci G., "*Codice Penale commentato*", Milano, 1999, 3483.

³² Si dubita in merito alla legittimità del comportamento del singolo cyberutente che, ricevendo comunicazioni commerciali non sollecitate, reagisca inondando il sistema del mittente con messaggi e-mail inviati attraverso sistemi automatici di posta elettronica. In tal caso, infatti, potrebbe non ravvisarsi una proporzionalità fra l'offesa subita e la relativa reazione e, conseguentemente, l'autore del flaming potrebbe essere ritenuto responsabile di eccesso colposo di legittima difesa, con le relative conseguenze di natura civilistica.

³³ L'Art. 2044 del codice civile, in base al quale "*non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri*", rinvia implicitamente all'Art. 52 del cod. pen. ed all'interpretazione che di tale disposizione ha dato la giurisprudenza. In particolare, in relazione al requisito dell'attualità del pericolo, la Cassazione ha più volte sottolineato che la scriminante in esame si applica esclusivamente laddove sussista un pericolo "presente", "in atto" o "incombente" mentre non rileva nel caso in cui un soggetto abbia reagito ad un pericolo futuro o già esauritosi.

putativa, essere condannato a pagare un indennizzo equitativamente determinato dal giudice.

Profili di illiceità ben maggiori presenta l'attività di *silencing* che, comportando una distruzione permanente degli archivi di coloro che svolgono l'attività di spamming, non solo costituisce un illecito civile ma integra altresì gli estremi della fattispecie penale di danneggiamento prevista dall'art. 635bis del cod. pen.. Peraltro, nell'ipotesi in questione, non sembra esserci una proporzionalità fra l'offesa subita dal destinatario del messaggio e la relativa reazione, con la conseguente impossibilità di applicare il principio della legittima difesa a favore dell'autore del silencing.

A ciò si aggiunga che, nella maggioranza dei casi, coloro che pongono in essere comportamenti di silencing possiedono elevate conoscenze tecniche che consentirebbero di adottare soluzioni alternative meno "aggressive" per fermare l'attività di spamming. Pertanto, anche a ravvisare nel silencing una forma di naturale reazione ad un'aggressione di un terzo, la condotta dell'autore del silencing dovrebbe, comunque, qualificarsi come eccesso colposo di difesa con le relative conseguenze sia da un punto di vista civilistico che penale.

5.4 Sistemi di comunicazione punto multi-punto diversi dal Web

La possibilità per gli utenti della Rete di comunicare contemporaneamente con un elevato numero di persone ad un costo sostanzialmente irrisorio, ha determinato, fra l'altro, la creazione di alcuni "spazi virtuali", all'interno dei quali i membri della Cybercommunity possono scambiarsi dati e informazioni³⁴ in base a regole predeterminate.

Naturalmente, dal momento che il sistema utilizzato per comunicare all'interno dei suddetti "spazi virtuali" è sostanzialmente assimilabile alla posta elettronica, anche nel caso di specie si ripropongono questioni analoghe a quelle già discusse nel paragrafo precedente, a cui, pertanto, si fa rinvio. Tuttavia, lo sfruttamento delle tecnologie di comunicazione punto multi-punto solleva ulteriori problemi che

³⁴ La caratteristica che accomuna i sistemi di comunicazione in esame consiste nell'utilizzo di un meccanismo per l'invio automatico (e sostanzialmente simultaneo) di messaggi di posta elettronica a tutti coloro che hanno aderito alla Mailing List. Fra i sistemi di comunicazione simultanea ma non in tempo reale di posta elettronica meritano particolare attenzione i Newsgroup ed i Bulletin Board System.

cercheremo di riassumere qui di seguito e che sono, per lo più, connessi all'applicabilità alla Rete delle norme relative alla trasparenza della pubblicità.

Anzitutto, accade spesso che “*i prestatori di servizi della società dell'informazione*” intervengano all'interno di Newsgroup o Bulletin Board sotto mentite spoglie, diffondendo fra gli iscritti notizie ed informazioni con il fine esclusivo di promuovere la propria immagine ovvero un certo prodotto o servizio. Considerando che quanto sopra rappresenta una violazione del principio di riconoscibilità della pubblicità, che impone all'operatore di distinguere fra attività pubblicitaria ed attività informativa³⁵, ci si chiede se ed in che limiti sia legittima la reazione dell'utente che riceve il messaggio on-line e quella del soggetto che ospita il gruppo di discussione³⁶. Si tenga, peraltro, presente che le caratteristiche della comunicazione in Rete rendono spesso difficile una differenziazione del contenuto pubblicitario o meno del messaggio, come, ad esempio, nel caso in cui in un'email avente natura prevalentemente informativa venga inserito un link ad una pagina web contenente materiale *lato sensu* pubblicitario.

Inoltre, laddove la comunicazione attraverso Bulletin Board o Newsgroup venga assimilata alla comunicazione a mezzo stampa, così da alcuni come sostenuto³⁷, l'autore dell'eventuale pubblicità non solo sarebbe tenuto a renderla identificabile come tale “*in modo chiaro e inequivocabile*” ma dovrebbe, altresì, adottare “*modalità grafiche di evidente percezione*” per distinguere la pubblicità “*dalle altre forme di comunicazione al pubblico*”³⁸. Invero, l'estensione alla Rete di tale principio creerebbe, da un lato, enormi difficoltà di carattere pratico e, dall'altro, evidenzerebbe un difetto di coordinamento fra normativa comunitaria e legge italiana

³⁵ Cfr. Art. 4 del D.lg. n. 74 del 25 gennaio 1992 (qui di seguito “**D.lgs. 74/92**”) e Art. 7 del Codice di Autodisciplina.

³⁶ In linea di massima la reazione del moderatore del gruppo è quella di estromettere dalla discussione l'utente che è sospettato di svolgere attività pubblicitaria, in violazione delle regole imposte dalla cd. Netetiquette ovvero dallo stesso moderatore.

³⁷ In merito alla qualificazione giuridica dei Bulletin Board o dei Newsgroup non ci risultano essere precedenti delle corti italiane; tuttavia, in una recente pronuncia il Tribunale di Napoli ha genericamente affermato che “*la rete Internet in quanto sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche è equiparabile ad un organo di stampa*” (cfr. Tribunale Napoli, 8 agosto 1997, in Giust. civ. 1998, I, 259). Da ciò si dovrebbe dedurre che, indipendentemente dal fatto che la comunicazione avvenga in formato elettronico o cartaceo, essa deve, comunque, essere assimilata alla pubblicazione a mezzo stampa, con la conseguente applicazione delle norme sulla stampa anche alle comunicazioni punto-multipunto via Internet.

³⁸ Art. 4 della D.Lgs. 74/92.

in materia. Infatti, mentre la Direttiva sul Commercio Elettronico si limita ad stabilire che la comunicazione commerciale deve rispettare esclusivamente i requisiti minimi ivi indicati, la normativa italiana imporrebbe al mittente del messaggio pubblicitario on-line l'obbligo di differenziare la propria comunicazione qualora intendesse rivolgersi a Bulletin Board o Newsgroup "italiani".

Ulteriori problemi nascono nel caso in cui i gruppi di discussione vengano sponsorizzati da aziende che, in tal modo, intendano promuovere la propria immagine all'interno della Rete. In linea di massima, non si dubita della legittimità di iniziative di tal genere nel caso in cui (i) gli iscritti al gruppo di discussione vengano debitamente informati sullo sponsor e (ii) lo sponsor si astenga dal porre in essere forme di pubblicità occulta o redazionale e dall'interferire nella discussione abusando del proprio ruolo di mediatore (ad esempio escludendo dalla discussione, senza giustificato motivo, "voci" che possano avere un effetto negativo sulla propria immagine).

Si pone, infine, la questione, ancora irrisolta, relativa all'applicabilità ai gruppi di discussione in Rete delle norme poste a tutela dei consumatori in materia di *"modalità di espletamento dei servizi audiotex e videotex"*. In particolare, ci si chiede se si debba estendere anche ad Internet l'Art. 11 del Decreto Ministeriale del 13 luglio 1995 n. 385 che stabilisce che *"1. Le informazioni o prestazioni audiotex e videotex non possono ospitare inserti pubblicitari. 2. Nel rispetto delle modalità previste dal comma 2 dell'art. 3, fuori dal <<messaggio di presentazione>> è ammessa la citazione dell'eventuale sponsor del servizio. 3. Sono, inoltre, ammessi messaggi informativi nei servizi esplicitamente e chiaramente destinati ad offrire supporti informativi per gli acquisti, in cui l'azione dell'utente si configura in termini di ricerca attiva e volontaria dei suddetti messaggi"*³⁹.

Se la disposizione in esame dovesse estendersi anche alla Rete, si dovrebbe escludere la legittimità di Mailing List, Newsgroup e Bulletin Board che ospitino inserti pubblicitari ed in cui i relativi membri abbiano dovuto sostenere un costo d'iscrizione. In tal caso, infatti, l'utente della Rete si troverebbe costretto a pagare per ben due volte il costo del servizio richiesto senza che ciò gli sia stato chiaramente rappresentato prima della relativa accettazione. Rientrerebbero, invece, nelle eccezioni previste dal

³⁹ Cfr. Art. 11 del Decreto Ministeriale del 13 luglio 1995 n. 385.

Il e III comma della norma in esame le Newsletter informative sponsorizzate da una o più aziende e le comunicazioni Internet il cui fine dichiarato sia quello di aggiornare l'utente Internet su nuovi prodotti o servizi in un determinato settore.

In ogni caso, sembra ragionevole sostenere che il mittente del messaggio sia, comunque, tenuto a conformarsi alle altre norme a tutela del ricevente e della liceità del messaggio stabilite dal Decreto Ministeriale del 13 luglio 1995 n. 385. In particolare, i servizi offerti attraverso Bulletin Bord e Newsgroup *“non devono avere per oggetto la fornitura di informazioni o prestazioni errate, inesistenti o non rispondenti alla realtà e non devono indurre in errore l'utente a causa di omissioni, ambiguità o esagerazioni non immediatamente e palesemente riconoscibili come tali”* e *“non devono essere di tipo tale da indurre in errore circa il contenuto ed il costo delle informazioni o prestazioni offerte. I servizi, in relazione alla unicità o molteplicità delle informazioni o delle prestazioni fornite e alla semplicità o complessità dei messaggi relativi, non devono essere irragionevolmente prolungati o contenere pause che ne amplino artificiosamente la durata o le modalità di accesso e consultazione”*.

Tuttavia, prendendo atto della sostanziale incapacità degli ordinamenti statali ad intervenire in modo efficiente per reprimere forme di pubblicità redazionale all'interno di Bulletin Bord e Newsgroup, i service provider di maggior rilievo hanno stabilito regole interne e codici di condotta a cui sono tenuti a conformarsi tutti i soggetti che prendono parte alla discussione. La violazione di tali regole, pur non implicando obblighi di risarcimento immediati, comporta a carico del trasgressore vari tipi di sanzioni che vanno dal richiamo ufficiale, al flaming sino all'espulsione definitiva dal gruppo.

6. IL WEB ADVERTISING

Il servizio World Wide Web consiste in un sistema remoto di distribuzione delle informazioni che, utilizzando come linguaggio di comunicazione il formato HTML (*“Hyper Text Markup Language”*), consente di processare documenti contenenti testi, immagini, animate o meno, e suoni, resi accessibili ai cyberutenti per mezzo di un software denominato *“browser”*. Navigando attraverso il Web, l'utente Internet è in grado di ricercare e selezionare i contenuti di proprio interesse messi a disposizione dagli altri operatori della Rete, interagendo in tempo reale con questi ultimi.

Naturalmente, il sempre crescente numero di cyberutenti ha indotto le imprese a stabilire in Internet una propria presenza attraverso “vetrine virtuali” (ovvero siti e pagine web) dirette, da un lato, ad informare i consumatori sui servizi e prodotti offerti, consentendo l’eventuale acquisto on-line, e, dall’altro, a promuovere l’immagine delle rispettive aziende. Accanto ad una funzione informativa si è, quindi, affiancata una finalità pubblicitaria del Web che ha indotto l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad affermare che *“Internet è, e deve essere, considerato un semplice veicolo pubblicitario”* con la conseguenza che *“anche senza la espressa promozione di un bene o di un servizio può, comunque, aversi pubblicità anche se ciò che viene pubblicizzato è la sola immagine dell’operatore pubblicitario: cd. pubblicità istituzionale”*⁴⁰. Alla comunicazione commerciale via Internet deve, pertanto, essere estesa la normativa dettata in materia di pubblicità ingannevole così come le disposizioni poste dall’ordinamento statale a tutela del consumatore e della leale concorrenza in esecuzione al principio per cui *“quello che è illecito fuori dalla Rete resta illecito anche in Rete”*⁴¹.

In senso analogo si è anche mossa la Federal Trade Commission che ha affermato che il principio secondo cui *“fraud and deception are unlawful no matter what the medium”*, ricordando, tuttavia, che, nonostante molte delle norme in materia di pubblicità si applicano anche alle comunicazioni commerciali in Rete, le nuove problematiche sorgono con la stessa velocità con cui si sviluppa la tecnologia⁴².

6.1 Web Advertising ed attività distributiva

6.1.1 Definizioni

Definire con esattezza la linea di confine fra comunicazione pubblicitaria e attività distributiva in Internet è impresa assai ardua, dal momento che, come innanzi accennato, il destinatario della comunicazione on-line ha la facoltà di interagire con il soggetto mittente ed ultimare, in tempo reale, l’eventuale transazione proposta agli utenti della Rete attraverso il sito o la pagina web.

⁴⁰ Autorità garante della concorrenza e del mercato – Provvedimento del 27 marzo 1997 N. 4820.

⁴¹ Comunicazione relativa al contenuto illecito e dannoso su Internet [COM(96)0487 – C4-0592/96].

⁴² Cfr le *“Dot Com Disclosures”* della Federal Trade Commission in nota 62.

Un'analisi sistematica del fenomeno suggerisce di prendere le mosse dalla definizione prevista dall'Art. 2 del D.lgs. 74/92, secondo cui è 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”*.

Caratteristiche essenziali della comunicazione pubblicitaria sono, quindi, (i) lo scopo promozionale del messaggio e (ii) la sua divulgazione fra il pubblico, inteso non come gruppo indefinito di soggetti ma come collettività dei potenziali fruitori del bene o servizio a cui il messaggio è destinato (il cd. “target”). Laddove la comunicazione aziendale non presenti le suddette caratteristiche, essa non dovrebbe essere assoggetta alle disposizioni che regolano la pubblicità ed il suo leale svolgimento ma, semmai, potrebbe essere presa in considerazione come offerta o promessa al pubblico ovvero, a seconda del caso, come semplice attività informativa.

Una particolare attenzione merita, quindi, l'individuazione del “target” del cd. web advertising. La determinazione dei potenziali fruitori dell'informazione on-line rileva sia per l'applicabilità del cd. diritto della pubblicità alla suddetta informazione che quale parametro di riferimento per il giudizio di legittimità del singolo messaggio.

Come sottolineato dalla Corte Distrettuale di New York, *“the mere fact that a person can gain information on the allegedly infringing product is not the equivalent of a person advertising, promoting, selling or otherwise making an effort to target its product in New York”*⁴³. La corretta qualificazione di una comunicazione effettuata attraverso un sito web necessita, pertanto, di un'indagine di fatto che tenga conto di tutta una serie di circostanze quali la lingua utilizzata all'interno del sito, l'eventuale divisa in cui sono espressi i prezzi ivi esposti, il funzionamento del sito stesso nonché i servizi accessori offerti dal suddetto sito agli utenti della Rete⁴⁴. Attraverso l'analisi

⁴³ *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996) aff'd, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997). La corte di New York, sia in primo che in secondo grado, ha rigettato la richiesta da parte del noto locale newyorkese “Blue Note” di condannare l'omonimo e meno conosciuto locale situato nel Missouri il quale aveva promosso la propria immagine su Internet attraverso un proprio sito web. Il giudice adito ha, infatti, affermato un difetto di giurisdizione in quanto dal tipo di attività condotta dalla resistente e dal modo con cui era stato costruito il sito contestato risultava chiaro che la convenuta non avesse inteso beneficiare del privilegio di condurre affari all'interno dello stato di New York.

⁴⁴ In senso analogo sembra anche muoversi il Tribunale di Roma che, in una recente decisione avente ad oggetto l'illecita utilizzazione di un marchio da parte di una nota società statunitense,

di tali elementi dovrebbe essere possibile accertare se la comunicazione web abbia avuto lo scopo di promuovere l'immagine dell'azienda o i relativi prodotti/servizi presso una certa collettività ovvero se il titolare del sito abbia inteso creare esclusivamente una vetrina "virtuale" che, date le caratteristiche tecniche della Rete, risulta di fatto accessibile anche a soggetti ai quali la comunicazione non era originariamente diretta.

Da un punto di vista giuridico la differente qualificazione del fenomeno assume una rilevanza sostanziale. Infatti, mentre la pubblicità ha "*generalmente il significato di un invito all'acquisto, salva la disponibilità della merce e senza che il pubblicizzante sia vincolato dai prezzi indicati*"⁴⁵, l'esposizione della merce in vetrina viene "*presa in considerazione, come un caso particolarmente significativo e frequente di comportamento concludente attraverso cui si realizza un'offerta al pubblico*"⁴⁶. Inoltre, analogamente a quanto accade per la merce esposta in vetrina ed a differenza della pubblicità tradizionale, i prodotti e servizi offerti attraverso il world wide web sono sempre a disposizione dell'utente, il quale in qualsiasi momento può accedere al sito, negoziare con l'azienda offerente e, ove possibile, ultimare l'eventuale transazione.

In senso opposto sembra muoversi la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci laddove afferma che "*una proposta rivolta a persone indeterminate deve considerarsi semplicemente come un invito ad offrire a meno che la persona che ha fatto la proposta non abbia chiaramente indicato il contrario*"⁴⁷. Da ciò si dovrebbe dedurre che, ai sensi della suddetta Convenzione, la presentazione di un catalogo di prodotti/servizi acquistabili attraverso un sito web ad un prezzo predeterminato avrebbe, di per sé, gli stessi effetti giuridici della pubblicità. Una costruzione di tal genere lascia piuttosto perplessi ed, il più delle volte, non sembra rispondere alla realtà dei fatti. La valutazione in merito alla natura della comunicazione effettuata attraverso un sito web non può, infatti, prescindere dalla

ha rigettato le istanze della ricorrente sul presupposto che, in concreto, tutte le circostanze escludevano il rischio di confusione pur sussistendo un'affinità fra i servizi offerti dalla parti in causa.

⁴⁵ Bianca M.C., "*Il Contratto*", Milano, 2000, pg. 247.

⁴⁶ Scognamiglio, "*Dei contratti in generale*", Bologna/Roma, 1970, 197.

⁴⁷ Cfr. Art. 14 comma II della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980.

ricostruzione della volontà del titolare del sito, così come oggettivizzata nel meccanismo di funzionamento del sito stesso.

Le aziende, in realtà, creano e sviluppano i propri siti in base al tipo di “web presence” che intendono stabilire all’interno della Cybercommunity. E’, quindi, alla cd. “geografia” del sito ed al tipo di attività concretamente condotta in Rete che si deve fare riferimento per stabilire se una certa comunicazione rappresenti o meno una forma di pubblicità. Pertanto, nel caso in cui si accerti che il contenuto del sito e l’attività di fatto svolta sul web abbiano una funzione essenzialmente informativa o distributiva, si dovrà escludere l’applicazione delle norme che regolano l’attività pubblicitaria.

Invero, la sensazione è che con l’espressione “web advertising” si tendano a definire fenomeni giuridicamente eterogenei che hanno come presupposto comune l’esistenza di un sito web. Infatti, a differenza di quanto avviene per gli altri mass media, la comunicazione web può atteggiarsi sia come informazione vera e propria che come proposta o pubblicità a seconda del contesto in cui essa si svolge. L’utilizzo di astratte categorie giuridiche non calate nel contesto in cui si sviluppa “*the stream of the e-commerce*”, rischia non solo di penalizzare ingiustificatamente gli operatori Internet ma anche di non garantire una ragionevole tutela agli interessi protetti fuori dalla Rete.

6.1.2 Le soluzioni adottate dalle corti statunitensi

Con riferimento alle ipotesi di “*solicitation*” effettuate attraverso il World Wide Web i giudici d’oltreoceano, seguendo un approccio piuttosto empirico, hanno più volte ribadito che l’attività in Rete attraverso un sito deve considerarsi come vera e propria distribuzione all’interno degli Stati Uniti se tale attività sia diretta a consentire e/o facilitare la commercializzazione di beni, ed in particolare di beni immateriali (come, ad esempio, immagini) ai consumatori ivi localizzati.

In tal senso, il giudice Scheindlin, in una ormai storica decisione⁴⁸, ha affermato che il semplice invito (nel caso di specie in lingua inglese) rivolto agli utenti Internet a “scaricare” immagini rese disponibile su un sito web può di per sé considerarsi come un comportamento che contribuisce a ed è causa di una distribuzione di tale materiale

nello stato di New York anche se, per avere accesso alle suddette immagini, il consumatore americano debba ottenere una specifica autorizzazione da un soggetto che si trova in Italia. Non avrebbe, quindi, alcun pregio la tesi, sostenuta dalla difesa della resistente, secondo cui il titolare del sito, limitandosi ad “inviare” il materiale in questione ad un server localizzato in Italia, avrebbe di fatto distribuito le immagini fuori dagli Stati Uniti in un luogo in cui tale attività era consentita⁴⁹. A detta della corte newyorkese un simile approccio rischierebbe di vanificare nel Cyberspazio la protezione garantita dalle leggi nazionali ai beni immateriali ed al commercio in generale, e ciò a causa della facile delocalizzazione delle attività in Rete.

Vero è che uno Stato non può proibire la creazione di o l'accesso a siti web posti fuori dai confini nazionali in ragione della speciale protezione che dovrebbe essere assicurata ad Internet come luogo in cui il pubblico dibattito può essere condotto senza riguardo a nazionalità, religione, sesso, età o ai freni imposti dagli standard di decenza propri di ciascuna comunità⁵⁰. Tuttavia, la suddetta protezione non può spingersi fino al punto di affermare che un soggetto si può legittimamente sottrarre alle regole del Paese in cui di fatto conduca la propria attività economica attraverso un sito web. Come correttamente affermato dalla Corte d'Appello dello Stato del Minnesota, “*a defendant cannot hide behind the structuring of its distribution system when [the defendant's] intent was to enter the market [in the forum state] and profit thereby*”⁵¹.

Peraltro, la considerazione che l'attività svolta attraverso un sito web non si sostanzia in una distribuzione e/o attiva sollecitazione dei cyberutenti ma semplicemente “*as merely maintaining a passive website*”⁵² deve essere respinta laddove la presenza di un'azienda in Rete abbia essenzialmente il fine di creare un contatto diretto ed immediato con coloro che accedono ad un determinato sito e ciò attraverso l'invio automatico e indiscriminato di una risposta alle richieste dei cyberutenti. In tal caso,

⁴⁸ *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc.*, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y.), rigettato il ricorso per riesame, 939 F. Supp. 1041 (1996).

⁴⁹ A detta della resistente, infatti, “*the use of the Internet is akin to boarding a plane, landing in Italy, and purchasing a copy of the .. magazine, an activity permitted under Italian law*”, la qualcosa avrebbe dovuto escludere che l'attività svolta dalla *Chuckleberry Publishing* possa legittimamente qualificarsi come distribuzione nel territorio degli Stati Uniti

⁵⁰ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 117 S. Ct. 2329 (1997).

⁵¹ *State v. Granite Gate Resorts, Inc.* No. C6-95-7227, 1996, WL 767431 (Minn. Ramsey County Dist. Ct. Dec. 11, 1996)

L'attività svolta attraverso il sito non può essere ritenuta un comportamento passivo ma "*amounts to promotional activities or active solicitations*" ed è pertanto sufficiente per affermare che il titolare del sito si è avvalso del privilegio di condurre la propria attività commerciale nel Paese in cui si trovavano i consumatori che hanno avuto accesso al sito ed ai servizi da questo offerti.

Le decisioni analizzate, invero, sono basate sul cd. principio della "*long-arm personal jurisdiction*" che stabilisce la giurisdizione delle corti statunitensi ogni qualvolta esistano dei "contatti minimi" giuridicamente rilevanti fra il resistente ed il foro in cui quest'ultimo è convenuto, assicurando che l'esercizio della giurisdizione non offenda "*traditional notions of fair play and substantial justice*". Sarebbe, pertanto, interessante verificare se, in situazioni analoghe, anche i nostri giudici sarebbe giunti a conclusioni simili a quelle delle corti americane, pur applicando principi di diritto internazionale privato e processuale sostanzialmente diversi da quelli innanzi esposti.

6.2 Valutazione di liceità della pubblicità on-line

6.2.1 Ingannevolezza dell'attività pubblicitaria in Rete

In linea di massima, anche in Rete vale il principio secondo cui la pubblicità non deve essere ingannevole ovvero non deve, in alcun modo, indurre in errore o essere in grado di indurre in errore i soggetti a cui essa è rivolta, creando, a causa del proprio carattere decettivo, un pregiudizio al comportamento economico dei relativi destinatari ovvero ledendo o potendo ledere un concorrente.

L'applicazione in Internet di tale principio ha, tuttavia, creato (e, di fatto, continua a creare) non poche difficoltà dovute principalmente alla mancanza di riconoscibilità e trasparenza dell'attività pubblicitaria. Si pensi, ad esempio, al fenomeno dei cd. "cookies", che consentono alle aziende che operano in Internet di "plasmare" la comunicazione commerciale intorno all'utente basandosi sulle sue pregresse "esperienze virtuali"; ovvero ai "metatag"⁵³ ed ai motori di ricerca, che da strumenti per localizzare in Rete le informazioni disponibili, si sono trasformati in potenti mezzi

⁵² In tal senso cfr. *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo.), rigettata la richiesta di riesame, 947 F. Supp. 1338 (1996).

⁵³ I metatag sono elementi all'interno di un documento in formato HTML che consentono la reperibilità di una pagina o sito web da parte di "search engines", quali Altavista, Hotbot, ecc. che utilizzano i tag come uno dei parametri della propria ricerca.

di web marketing; od ancora ai “link” e “frames” che, di fatto, sono in grado di creare forme di pubblicità comparativa non sempre legittima.

Anzitutto, una corretta valutazione relativamente all’ingannevolezza o meno di una determinata comunicazione on-line impone di definire le caratteristiche proprie del cyberconsumatore. A differenza del destinatario della pubblicità tradizionale che subisce la comunicazione commerciale, il navigatore Internet ha la facoltà di selezionare l’informazione sul Web utilizzando tutta una serie di strumenti tecnici che, in linea teorica, gli consentono di rifiutare tutto ciò che interferisca con l’obiettivo della sua ricerca. Il cyberconsumatore, infatti, ha poteri di reazione ed autotutela ben maggiori rispetto a quelli del consumatore tradizionale avendo, in qualche modo, la possibilità di “giocare alla pari” con gli altri operatori della Rete. L’utente della Rete, in realtà, può escludere le informazioni che non gli interessano o, se non soddisfatto, richiedere ulteriori informazioni; se necessario, può effettuare, in tempo reale, una comparazione fra prodotti e servizi analoghi e chiedere ad altri consumatori le loro impressioni in merito. E’ stato correttamente detto che *“il web ... rende il pubblicitario o una qualsiasi azienda un semplice cittadino di una metropoli senza particolari punti di vantaggio, in cui però gli altri abitanti sono molto curiosi e tendenzialmente socievoli. Il problema è che su Internet non ci si può imporre, come invece avviene sui media tradizionali; è l’utente che sceglie quali informazioni cercare ed acquisire. Non è più un individuo passivamente bombardato dalla pubblicità mentre la sua attenzione è concentrata sul medium per motivi estranei alla pubblicità stessa, bensì è un personaggio attivo che va convinto con dei metodi di ancoraggio emozionale dedicati”*⁵⁴. Il giudizio di legittimità del web advertising è, quindi, subordinato ad una concreta valutazione dei “metodi di ancoraggio emozionale” utilizzati dai “prestatori dei servizi della società dell’informazione” e della loro eventuale idoneità ad ingannare l’utente della Rete.

Resta, naturalmente, inteso che il parametro di valutazione della decettività dei messaggi o delle tecniche di comunicazione on-line non potrà essere il consumatore astrattamente inteso ma l’utente Internet, sia esso il cyberconsumatore medio (secondo quanto suggerisce la giurisprudenza civile) ovvero il cyberutente più sprovveduto (secondo il criterio adottato dall’Autorità Garante e dal Giurì

dell'autodisciplina pubblicitaria)⁵⁵. Esiste, infatti, una sostanziale differenza fra l'utente dei mezzi di comunicazione tradizionali ed il cyberconsumatore: mentre nel primo caso la gerarchia dei bisogni è eterodefinita in quanto *“la pubblicità commerciale tradizionale, canale di riconoscimento individuale, ha contribuito a strutturare i bisogni in funzione di parametri formali”*⁵⁶, il cyberconsumatore approda alla Rete con una gerarchia di bisogni già strutturata.

Il World Wide Web è il luogo a cui il consumatore si rivolge per avere informazioni in merito all'oggetto della sua ricerca e l'imperativo del web marketing diventa quello di interessare l'utente Internet. Si forniscono, quindi, a quest'ultimo informazione e servizi che lo inducano a “navigare” in una direzione piuttosto che un'altra, costruendo, se possibile, intorno al cyberutente il messaggio pubblicitario attraverso le stesse richieste che questi “rivolge” alla Rete. Da ciò deriva che la valutazione dell'ingannevolezza o meno di una determinata comunicazione on-line non potrà limitarsi all'analisi del contenuto del messaggio finale, prescindendo dalle modalità concrete attraverso cui il cyberconsumatore è condotto a tale messaggio dal titolare del sito.

6.2.2 Principio della trasparenza e tutela dei cyberconsumatori

Da quanto detto, appare evidente il ruolo cruciale assunto dal principio della trasparenza della comunicazione commerciale al fine di garantire protezione in Internet agli interessi tutelati dal cd. diritto della pubblicità. Come più volte ribadito dallo stesso Giurì della Pubblicità⁵⁷, l'occultamento delle finalità commerciali di una determinata comunicazione consente di neutralizzare *“gli istintivi meccanismi di autodifesa”* che, sulla Rete in particolare, rappresentano la più efficace protezione dei consumatori contro l'aggressione della pubblicità.

⁵⁴ Ottaviano C. *“La Pubblicità su Internet”*, accessibile all'indirizzo web <http://www.poli.studenti.to.it/~s87577/webad.htm>

⁵⁵ Da ciò deriva che la legittimità della comunicazione on-line (i) l'ideale ad indurre in errore delle tecniche utilizzate dal titolare del sito e (ii) gli strumenti generalmente a disposizione dell'utente Internet per neutralizzare l'efficacia pervasiva della pubblicità.

⁵⁶ Stabile S. *“La pubblicità nel cyberspace fra business, etica ed autodisciplina”*, in *Giurisprudenza Pubblicitaria*, 1997, 110.

⁵⁷ Fra tutte cfr. Giurì della Pubblicità 11/80.

In tale direzione, sembrano anche muoversi le corti statunitensi⁵⁸ che hanno, recentemente, censurato l'attività ad alcuni operatori i quali, dopo aver riprodotto su un proprio sito il contenuto di pagine web di altri siti, dirottavano automaticamente i relativi utenti verso siti per adulti attraverso meccanismi di "hijacking" (cioè indirizzamento del browser verso un sito non scelto) e "mouse trapping" (ovvero mantenimento del browser nel sito contro la volontà dell'utente) e ciò al fine di accrescere il valore degli spazi pubblicitari all'interno dei siti di destinazione. L'episodio innanzi menzionato rappresenta solo un esempio estremo dei meccanismi attraverso cui i web advertiser sono in grado di "ridirezionare" la navigazione degli utenti Internet, offrendo loro gratuitamente informazioni e servizi con il fine esclusivo di promuovere la propria attività economica. Sono, infatti, frequenti i "prestatori di servizi" che mettono a disposizione dei Cyberutenti giochi, premi o semplicemente contenuti che servono, da un lato, ad attirare il "navigatore" all'interno del sito e, dall'altro, a creare con il consumatore il primo contatto con l'azienda al fine di stabilire una relazione commerciale.

In Rete, tuttavia, il confine fra comunicazione promozionale, ammessa, e pubblicità redazionale, vietata, risulta essere estremamente labile e un'intromissione poco ponderata da parte degli ordinamenti statali nell'attività comunicativa dei membri della Cybercommunity rischia di avere un effetto negativo sulla libera circolazione delle informazioni che, allo stato, rappresenta il vero patrimonio offerto ai consumatori in Internet. Pertanto, sia a livello comunitario che internazionale, sono state promosse iniziative di vario genere intese, da un lato, a garantire la trasparenza dell'attività promozionale condotta in Rete e, dall'altro, a ridurre al minimo l'intervento repressivo degli ordinamenti statali all'interno della Cybercommunity.

A tale proposito particolare importanza rivestono le "Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet" del 2 aprile 1998 predisposte dalla Camera di Commercio Internazionale, il cui scopo dichiarato è quello di stabilire "standards of ethical conduct to be observed by all involved with advertising and marketing activities on the Internet". Il suddetto documento contiene una serie di principi e regole di condotta diretti ad "accrescere la fiducia del pubblico nella pubblicità e nel marketing

⁵⁸ Cfr. FTC v. Pereira, W.T.F.R.C. PTY Ltd. E Giuseppe Nirta No. 99-1367-A (E.D. Va. Filed Sept. 14, 1999. La Preliminary Injunction della District Court for the Eastern District

effettuato attraverso i nuovi sistemi interattivi; salvaguardare il meglio della libertà di espressione per gli inserzionisti e gli operatori di marketing; ridurre al minimo la necessità di un intervento legislativo e regolamentare da parte di governi ed entità intergovernative; [e] venire incontro alle ragionevoli aspettative di tutela della privacy” dei cyberconsumatori.

Anche le istituzioni comunitarie hanno più volte ribadito che *“i codici di condotta ... sono lo strumento privilegiato per enunciare le regole deontologiche sulla comunicazione commerciale”*⁵⁹ e ciò per una ragionevole sfiducia del legislatore europeo nei confronti di forme di eteroregolamentazione della Rete, sulla cui efficacia sussistono seri dubbi sia di carattere teorico che pratico. In particolare, sia nella Direttiva riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza⁶⁰ che nella più volte citata Direttiva sul Commercio Elettronico, il legislatore comunitario ha posto l'accento sulla necessità di *“determinare le informazioni che devono essere obbligatoriamente trasmesse al consumatore a prescindere dalla tecnica di comunicazione”*⁶¹ e ciò per garantire la trasparenza della comunicazione e dei suoi fini e consentire all'utente Internet una corretta selezione delle informazioni sulla Rete.

Dal canto suo, la Federal Trade Commission, in un documento denominato *“Dot Com Disclosures”*⁶², ha formalizzato una serie di precetti a cui dovrebbero conformarsi le aziende che intendono promuovere la propria attività in Rete per adempiere in modo corretto ai principi stabiliti dalla normativa statunitense in materia di *“unfair and deceptive acts and practices”*. Ed è nel principio della *“disclosure clear and conspicuous”* che è stato identificato l'elemento cruciale attraverso cui garantire sulla Rete un'adeguata tutela al consumatore.

Tuttavia, diversamente dal legislatore comunitario⁶³, l'Authority statunitense ha posto una particolare attenzione alle modalità concrete con cui le informazioni devono

of Virginia è accessibile al seguente indirizzo internet
<http://www.ftc.gov/os/1999/9909/atarizpreliminaryinjunction.htm>

⁵⁹ Considerando 32 della Direttiva sul Commercio Elettronico.

⁶⁰ Direttiva 97/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997.

⁶¹ Considerando 11 della Direttiva sul Commercio Elettronico.

⁶² Il documento in esame è disponibile in Internet al sito web della Federal Trade Commission
<http://www.ftc.gov>

⁶³ Nessuno dei testi ufficiali dell'Unione Europea, infatti, suggerisce agli operatori della Rete i criteri di massima che devono essere seguiti per evitare che un sito venga considerato decettivo. La stessa Direttiva sul Commercio Elettronico si è limitata ad elencare il tipo di informazioni

essere presentate per non risultare ingannevoli agli utenti della Rete, prendendo in considerazione non l'astratta ed indefinita figura del "consumatore", attorno a cui ruotano le direttive comunitarie, ma il cyberutente medio che non legge l'intera pagina web, è generalmente distratto dalla propria ricerca e si sofferma solo su ciò che realmente è in grado di attirare la sua attenzione.

Nel tentativo di prevenire la violazione delle norme poste a tutela dei consumatori, la Federal Trade Commission, in collaborazione con le autorità canadesi, ha costituito quella che è stata denominata la "*Consumer Sentinel*" ovvero un database in cui sono inserite le segnalazioni, pervenute anche via Internet, dei comportamenti illeciti a danno anche dei cyberconsumatori. Al suddetto database hanno accesso i funzionari canadesi e statunitensi che hanno il potere d'intervenire reprimendo gli eventuali illeciti e ammonendo gli autori di forme di web advertising di dubbia legittimità.

7. REPRESSIONE IN ITALIA DELLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE ON -LINE

L'adozione di sistemi di autoregolamentazione e di codici di condotta da parte degli operatori della Rete è promossa ed incentivata anche per cercare di ovviare alle numerose difficoltà che le autorità nazionali incontrano per rendere efficaci, all'interno della Cybercommunity, le norme poste dall'ordinamento statale. A mero titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, esamineremo nel presente paragrafo i problemi di carattere teorico e pratico connessi all'esecuzione in Rete dei provvedimenti in materia di pubblicità ingannevole da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'Art. 7 del D.Lgs. 74/92, l'Autorità Garante, su istanza dei soggetti legittimati⁶⁴, ha il potere di inibire "*gli atti di pubblicità ingannevole o la loro continuazione*", così come di assumere i provvedimenti necessari all'eliminazione degli effetti derivanti da tali atti.

che il prestatore dei servizi della società dell'informazione deve rendere "*facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità*" (Art. 5). Purtroppo, formule così ampie aiutano poco a chiarire quali regole debbano essere seguite dai web advertiser per costruire un sito non ingannevole e, contrariamente a quanto auspicato, sono destinate a far crescere il contenzioso.

⁶⁴ Il D.Lgs. 74/92 ed il relativo regolamento d'attuazione del 10 ottobre 1996, n. 627 (qui di seguito "**Regolamento**") indicano, fra i soggetti legittimati ad adire l'Autorità Garante, "*i concorrenti, i consumatori, le loro associazioni ed organizzazioni*". Ci si chiede, quindi, se la suddetta definizione che estende la legittimazione ad agire a chiunque ne abbia interesse, di fatto legittimi a denunciare condotte illecite anche associazioni di cyberutenti la cui esistenza è puramente "virtuale".

Nel caso della pubblicità on-line appaiono, immediatamente, evidenti le difficoltà di identificare con certezza l'eventuale destinatario del provvedimento dell'Autorità Garante, considerando che in Rete non sempre è agevole stabilire quale sia il *“committente del messaggio pubblicitario”* ed *“il proprietario del mezzo con cui il messaggio pubblicitario è diffuso”*⁶⁵. Peraltro, l'Art. 5 del Regolamento prevede che il responsabile del procedimento comunichi l'avvio del procedimento stesso *“al committente del messaggio pubblicitario e, se conosciuto, al suo autore”* e, *“quando il committente non è conosciuto, il responsabile del procedimento fissa un termine al proprietario del mezzo perché fornisca ogni informazione idonea ad identificarlo”*.

E' facile intuire che le informazioni che gli Internet provider possono fornire all'Autorità potrebbero essere fondamentali per la buona riuscita dell'intera procedura. Tuttavia, accade di frequente che il web advertiser, anche italiano, si affidi a provider esteri i quali, a loro volta, si avvalgano di strutture servizi di altri provider. L'individuazione dell'identità del responsabile dell'illecito si perde, quindi, nei *“meandri”* della Rete e, salvo che il web advertiser non sia ben noto o il suo comportamento particolarmente dannoso, vi è in generale il rischio che il danneggiato non trovi adeguata tutela a propri interessi. Si pone, quindi, il problema di stabilire se ed in che limiti debbano essere coinvolti nella procedura prevista davanti all'Autorità Garante i service provider che abbiano contribuito alla diffusione del messaggio illegittimo nonché quelli che, attraverso le proprie strutture e servizi, abbiano concorso alla consumazione dell'illecito.

Difficoltà ancora maggiori si presentano nel caso in cui la comunicazione commerciale abbia avuto origine fuori dal territorio italiano ma incida sugli interessi protetti dal D.Lgs. 74/92. Si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui il subdistributore estero di un prodotto, commercializzato anche in Italia, effettui su Internet una pubblicità considerata illecita secondo la legge italiana ma legittima nel paese in cui tale subdistributore opera. In Internet, infatti, la localizzazione geografica dell'autore del messaggio, ovvero del soggetto che per la prima volta ha immesso la comunicazione in Rete, ha un significato assolutamente relativo, dal momento che lo

⁶⁵ Cfr. Art. 2, lett. c) del D.Lgs. 74/92.

stesso concetto di Cyberspazio mina alla base la relazione esistente fra fenomeni giuridicamente significativi (in Rete) e luogo geografico⁶⁶.

Di sicuro interesse è, poi, il problema dell'esecuzione dei provvedimenti di condanna dell'Autorità Garante nei confronti dei cyberoperatori. Il fine di tali provvedimenti è, infatti, quello di inibire l'atto illecito, rimuovendone gli effetti, nonché di prevenire la reiterazione del comportamento illegittimo anche per il futuro. Nel caso della pubblicità on-line si dubita che il suddetto scopo possa essere agevolmente raggiunto attraverso uno dei provvedimenti previsti dall'Art. 7 del D.Lgs. 74/92, in quanto lo stesso meccanismo di funzionamento della Rete può risultare di ostacolo per l'efficacia del provvedimento dell'Autorità. Infatti, al fine di consentire la più rapida circolazione delle informazioni all'interno della Rete, le pagine web vengono temporaneamente salvate su "caching servers", ovvero computer destinati a contenere le informazioni maggiormente utilizzate dai cyberutenti e che si trovano fuori della disponibilità del committente e/o del proprietario del mezzo con cui il messaggio pubblicitario illecito è stato trasmesso. Dal momento che le informazioni salvate su tali server vengono aggiornate soltanto periodicamente, potrebbe accadere che una pubblicità censurata, continui ad essere accessibile agli utenti della Rete e ciò nonostante l'inibitoria dell'Autorità Garante. Quanto sopra per tacere del caso in cui il materiale costituente la pubblicità illecita sia stato di fatto riutilizzato da altri operatori della Rete che non abbiano con il web advertiser relazione alcuna e che intendano fornire ai cyberutenti esclusivamente un servizio d'informazione.

Un'ultima considerazione riguarda, poi, lo svolgimento del procedimento davanti all'Autorità Garante nel caso in cui l'oggetto d'indagine sia una comunicazione commerciale on-line. L'Art. 7 comma 5 del D.Lgs. 74/92 stabilisce che "*Quando il messaggio pubblicitario è stato o deve essere diffuso attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità Garante, prima di provvedere, richiede il parere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*". A tale proposito, il prof. Zeno-Zencovich, in un interessante scritto apparso nel 1996, ha affermato che "*poiché ... i servizi di telecomunicazione non appaiono equiparabili alla stampa o alla radiotelevisione non dovrebbe richiedersi da parte dell'Autorità Antitrust – come*

⁶⁶ Johnson D.R. – Post D.G., "*Law And Borders--The Rise of Law in Cyberspace*", 48 Stanford

*prevede l'art. 7, comma 5 – il preventivo parere del Garante per l'editoria e la radiodiffusione*⁶⁷.

Sebbene anche l'Autorità Garante sembra aver adottato una soluzione simile a quella innanzi esposta, l'assetto normativo introdotto nel settore delle telecomunicazioni dalla Legge 31 luglio 1997 n° 249 (qui di seguito "**Legge 249/97**") e la progressiva convergenza fra Internet e televisione suggerirebbero di riconsiderare le conclusioni fino ad ora raggiunte. In realtà, la Legge 249/97 ha devoluto all'Autorità per le Telecomunicazioni non solo "*le funzioni e le competenze assegnate al Garante per la radiodiffusione e l'editoria*"⁶⁸, ma anche competenze nuove in materia di pubblicità secondo quanto stabilito dall'Art. 1 comma 6, lett. b, n. 3 e 5⁶⁹. L'impressione è che il legislatore abbia voluto investire l'Autorità per le Telecomunicazioni con poteri maggiori rispetto a quelli precedentemente devoluti all'Autorità garante per l'editoria e la radiodiffusione, assegnandole il compito di sorvegliare ed intervenire nel settore delle telecomunicazioni ogni qualvolta ciò fosse ritenuto necessario per tutelare i consumatori e la leale concorrenza fra i singoli operatori.

Peraltro, dal momento che "*le comunicazioni commerciali sono essenziali per il finanziamento dei servizi della società dell'informazione e per lo sviluppo di un'ampia gamma di nuovi servizi gratuiti*"⁷⁰, la richiesta di parere all'Autorità delle Telecomunicazioni, ex Art. 7 comma 5 del D.Lgs. 74/92, sembra quasi necessaria per consentire il buon funzionamento delle regole del mercato e la tutela della concorrenza e dei consumatori all'interno della Rete.

8. CONCLUSIONI

Law Review 1367 , 1996.

⁶⁷ Zeno-Zenchovich V., "*La pubblicità nei servizi di telecomunicazione*", AIDA, 1996, 256.

⁶⁸ Cfr. Art. 6, lett. c) n. 9 della Legge 249/97.

⁶⁹ In particolare, il n. 5 della disposizione in esame stabilisce che la commissione per i servizi e i prodotti, organo dell'Autorità delle Telecomunicazioni, "*in materia di pubblicità sotto qualsiasi forma e di televendite, emana i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l'interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l'utente, che comporti acquisizione di informazioni dall'utente, nonché l'utilizzazione delle informazioni relative agli utenti*". Dalla lettura della suddetta norma emerge che la competenza a regolamentare la raccolta e l'utilizzo di informazioni attraverso la Rete (ad esempio attraverso i cookies) spetti all'Autorità delle Telecomunicazioni. Non si vede, quindi, perché la suddetta Autorità non possa intervenire nel caso concreto e dare il proprio contributo per stabilire se una certa attività promozionale in Rete sia lecita o meno.

⁷⁰ Considerando 29 della Direttiva sul Commercio Elettronico.

Da quanto detto appare evidente che un'efficace tutela degli interessi presi in considerazione dal cd. diritto della pubblicità non può prescindere da un'interazione fra ordinamenti territoriali ed i cd. rule-makers della Cybercommunity.

L'estensione alla Rete di disposizioni connotate da un carattere eminentemente territoriale può rappresentare un'efficace soluzione solo nel caso in cui il rispetto di tali norme venga garantito da meccanismi di coercizione interni alla Rete stessa ovvero laddove autorità esterne alla Rete vengano legittimate dalla Cybercommunity. Quanto detto, comporta il riconoscimento, perlomeno implicito, della parziale inefficacia delle norme di fonte statale all'interno del Cyberspazio e la conseguente attribuzione di sfere di competenza a soggetti esterni allo Stato ai quali l'ordinamento territoriale, di fatto, delega un potere-dovere di controllo.

In tema di pubblicità on-line, un efficace intervento a tutela degli interessi dei consumatori e delle aziende in Rete presuppone che si operi su tre differenti livelli:

- (i) rafforzando la collaborazione con i soggetti che operano in Internet, e riconoscendo, fra l'altro, efficacia giuridica a codici di condotta e norme di autoregolamentazione adottate dai membri della Cybercommunity e compatibili con gli interessi protetti dal diritto della pubblicità;
- (ii) realizzando forme di cooperazione fra i vari Paesi, al fine di garantire un comune livello minimo di protezione negli Stati in cui, di fatto, è localizzata la maggior parte degli operatori della Rete;
- (iii) incentivando forme di tutela di natura privatistica, anziché pubblicistica, in caso di violazione delle norme in materia di pubblicità.

Naturalmente, si tratta di una soluzione *de iure condendo* verso cui, tuttavia, sembrano tendere sia i Paesi membri dell'Unione Europea che gli Stati Uniti, anche se, ancora oggi, non mancano "rigurgiti" statalisti che tendono a rallentare i processi di "*Internet governance*" richiesti per un efficiente e corretto funzionamento mercato virtuale.

* * *

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Bianca M.C., "*Il Contratto*", Milano, 2000.

- Fusi M. e Testa P. “*Diritto & Pubblicità*”, Milano, 1996.
- Gambino A.M, “*La Pubblicità Telematica*”, Concorrenza e Mercato, 1997.
- Graham A. “*Advertising on the Net*”, SCL Electronic Magazine, 1997/1998.
- Johnson D.R. – Post D.G., “*Law And Borders--The Rise of Law in Cyberspace*”, 48 Stanford Law Review 1367 , 1996.
- L. I. Bauman, “*Personal Jurisdiction and Internet Advertising*”, Computer Lawyer, 1997.
- Luria M.M. “*Controlling Web Advertising: Spamming, Linking, Framing, and Privacy*” the Computer Lawyer, 1997.
- Modugno F., “*Pluralità degli Ordinamenti*”, in Enciclopedia del Diritto, XXXIV, Milano, 1980.
- Nespor S., “*Internet e la Legge*”, Milano, 1999.
- Ottaviano C. “*La Pubblicità su Internet*”, accessibile all’indirizzo web <http://www.poli.studenti.to.it/~s87577/webad.htm>
- Pasquariello S., “*Autodisciplina, Pubblicità e Internet*”, Giurisprudenza Pubblicitaria, 1997.
- Post D.G. “*Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995 J. ONLINE L.
- Sarzana di Sant’Ippolito F., “*Il Commento alla Direttiva sul Commercio Elettronico*”, Corriere Giuridico, 2000.
- Scognamiglio, “*Dei contratti in generale*”, Bologna/Roma, 1970.
- Stabile S., “*L’Attività di Comunicazione nei Siti Web*”, Diritto Industriale, 2000.
- Stabile S., “*La Pubblicità in Internet*”, Diritto Industriale, 1997.
- Stabile S., “*La Pubblicità nel Cyberspace fra Business, Etica e Autodisciplina*”, Giurisprudenza Pubblicitaria, 1997.
- Sterling J.A.L “*World Copyright Law*”, London, 1998.
- Torroni O – Parise S., “*Internet e Diritto*”, Milano, 1997.
- Tosi E. “*I Problemi Giuridici di Internet*”, Milano, 1999.
- Valeriani A., “*La Direttiva 97/7/CE in materia di vendita a Distanza e la pubblicità via Internet*”, Diritto dell’Informazione e dell’Informatica, 1999.
- Zeno-Zencovich V., “*La Pubblicità nei Servizi di Telecomunicazione*”, AIDA, 1996.