

La disciplina dell'attività di comunicazione commerciale via internet e le norme anti - spamming dopo il decreto legislativo n° 21 del 2014

Autore: Visconti Gianfranco

In: Diritto civile e commerciale

Per **attività di "comunicazione commerciale" via Internet** si intende l'invio di comunicazioni pubblicitarie, promozionali, informative a scopo commerciale per via telematica, cioè per posta elettronica, ai potenziali clienti. Per tali messaggi l'art. 8 del Decreto Legislativo n° 70 del 2003, di attuazione della Direttiva Europea n° 31 del 2000 sul commercio elettronico ed i servizi della società dell'informazione, dispone che esse "devono contenere, in modo chiaro ed inequivocabile, una **specifica informativa**" che evidenzia i seguenti aspetti: che si tratta di comunicazione commerciale, chi la invia e, se lo è, che si tratta di un'offerta promozionale con tutte le informazioni ad essa relative.

Nel caso di "**comunicazioni commerciali non sollecitate**" (il c.d. "spam" o "spamming", cioè l'invio di e-mail pubblicitarie non richieste), trasmesse da un prestatore per posta elettronica, l'art. 9 dello stesso Decreto dispone che queste devono essere chiaramente identificabili come tali (per esempio, con la dicitura "Comunicazione commerciale non sollecitata" o la sigla "NS" nell'oggetto della posta) e devono contenere l'indicazione delle modalità con cui il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni (per esempio, un sistema molto usato è quello che consiste nell'invio al mittente un'e-mail vuota di risposta).

In caso di controversia, il secondo comma dell'art. 9 stabilisce che la prova del carattere sollecitato delle comunicazioni commerciali è onere del prestatore (venditore o proponente).

Sono queste le c.d. “**norme anti - spamming**” e di tutela della privacy di chi entra in contatto con siti di commercio elettronico o di altri servizi della società dell’informazione.

Ad esse si aggiungono le norme relative al generale divieto della pubblicità ingannevole contenute negli articoli da 18 a 27 del Dlgs 206/2005 e che furono introdotte per la prima volta dall’abrogato Decreto Legislativo n° 74 del 1992, che recepiva la Direttiva CEE n° 450 del 1984.

Ricordiamo che gli attuali articoli da 18 a 27 del Dlgs 206/2005 sono stati poi modificati dal Decreto Legislativo n° 146 del 2007, attuativo della Direttiva CE n° 29 del 2005 e riguardano solo la pubblicità ingannevole o comparativa scorretta rivolta ai consumatori che rientrano nelle “pratiche commerciali scorrette” che sono vietate alle imprese ed ai liberi professionisti nei rapporti che intrattengono sempre coi consumatori oppure con le microimprese (cioè con quelle imprese, qualunque sia la loro forma giuridica, che occupano meno di 10 persone ed hanno un fatturato annuo od un totale dell’attivo dello stato patrimoniale inferiore a due milioni di Euro ai sensi dell’art. 2, paragrafo 3, dell’allegato alla Raccomandazione n. 2003/361/CE). Questa tutela è prevista, specificamente, dagli attuali artt. 21, 22, 23 e 27 del Dlgs 206/2005. La pubblicità ingannevole o comparativa scorretta rivolta alle imprese di qualsiasi tipo e dimensione ed ai liberi professionisti è, invece, oggi disciplinata e sanzionata dal Decreto Legislativo n° 145 del 2007, che ha ripreso la precedente disciplina con alcune modifiche apportate in attuazione dell’art. 14 della Direttiva CE 29/2005.

In particolare, la lettera c) del 1° comma dell’art. 26 del Dlgs 206/2005 stabilisce che è in ogni caso da ritenersi aggressiva e, pertanto, scorretta la pratica commerciale consistente nell’esecuzione ripetuta e non richiesta di sollecitazioni commerciali attraverso la posta elettronica, vale a dire lo “spamming”, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui queste siano giustificate dalla legge nazionale per l’esecuzione di una obbligazione contrattuale e fatto salvo quanto previsto dall’art. 130 del Decreto Legislativo n° 196 del 2003, il cui contenuto è di seguito esposto.

L'art. 13 della Direttiva CE n° 58 del 2002 relativa al "Trattamento dei dati personali ed alla tutela della vita privata (la c.d. privacy) nel settore delle comunicazioni elettroniche", dedicato alle "Comunicazioni indesiderate" (sempre lo "spamming"), rafforza questa tutela dell'utente prescrivendo che l'invio di posta elettronica o di telefax o l'uso di sistemi automatizzati di chiamata (cioè funzionanti senza l'intervento di un operatore) è possibile soltanto col **consenso espresso e**, pertanto, **preventivo del destinatario** e che questo è sempre obbligatorio per l'invio di comunicazioni elettroniche di questi tipi con scopi commerciali. Inoltre, ogni e-mail o fax con questi contenuti deve dare al destinatario la possibilità di interrompere questi invii con un messaggio all'indirizzo elettronico del mittente od al suo numero di fax.

Questa norma è stata recepita in Italia attraverso l'art. 130 del Decreto Legislativo n° 196 del 2003 contenente il "Codice in materia di protezione dei dati personali" che estende la necessità dell'acquisizione del preventivo consenso del destinatario a tutti i messaggi "pubblicitari o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale" inviati per via elettronica attraverso "posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia messaging service) o Sms (Short messaging service) o di qualsiasi altro tipo".

Si tenga presente che, ai sensi del 1° comma dell'art. 167 sempre del Dlgs 196/2003, la violazione dell'art. 130 configura il reato di trattamento illecito di dati per cui "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto [...] dall'art. 130, è punito, se dal fatto deriva nocumento (cioè un danno alla persona a cui i dati si riferiscono), con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione dei dati, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi".

Il 4° comma dell'art. 130 del Dlgs 196/2003 pone **una eccezione** alla regola dell'acquisizione preventiva del consenso del destinatario del messaggio, vale a dire **il caso in cui il mittente utilizza le coordinate di posta elettronica fornite dall'interessato nel contesto della vendita** (di solito via Internet, ma non solo: in qualsiasi contesto o modalità di effettuazione della vendita) **di un prodotto o servizio** sempre

che i messaggi si riferiscano a prodotti o servizi analoghi a quelli acquistati in precedenza e purché il destinatario, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso, inizialmente od in occasione di successive comunicazioni. Sempre il destinatario, in occasione dell'invio di ogni comunicazione effettuata per il fine citato, deve essere informato della possibilità di opporsi in ogni momento ad altri invii di messaggi, in maniera agevole e gratuita (anche se, per esempio, l'invio di una comunicazione di rifiuto per posta elettronica, che è il sistema più usato nella pratica, un costo, sia pur minimo, lo ha).

Quest'ultima norma era poi stata implicitamente abrogata da quella successiva nel tempo contenuta nel 1° comma dell'art. 58 del Dlgs 206/2005 ("Codice del consumo") che stabiliva che "l'impiego da parte di un professionista (cioè di un operatore economico professionale, impresa o libero professionista) del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax richiede il consenso preventivo del consumatore", senza eccezioni tranne quella riportata nel terzultimo capoverso di questo articolo che non riguarda, però, il commercio elettronico.

Si era così ripristinato, senza eccezioni di sorta, per le imprese dell'e-commerce, l'obbligo (e l'onere, abbastanza ingiustificato, secondo noi, anche in un'ottica di tutela del consumatore) dell'acquisizione del consenso preventivo

del destinatario all'invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica anche nel contesto della vendita via Internet di un prodotto o servizio. Tale obbligo veniva confermato negli anni successivi al 2005 da una giurisprudenza costante del Garante della Privacy, consultabile sul sito: www.garanteprivacy.it. [1]

Questa situazione è di nuovo cambiata con l'abrogazione dell'art. 58 del Dlgs 206/2005 da parte dell'art. 1°, 1° comma, del Decreto Legislativo n° 21 del 2014 (entrato in vigore il 13 Giugno 2014), che, attuando la Direttiva UE n° 83 del 2011, ha introdotto in Italia la nuova disciplina legislativa comunitaria dei contratti a distanza e di quelli negoziati fuori dai locali commerciali. Tale riforma, oltre ad averlo abrogato, non ha sostituito il previgente art. 58 con una norma equivalente che richiede l'acquisizione del consenso preventivo del destinatario all'invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica senza la previsione di eccezioni, **per cui è tornato pienamente in vigore il 4° comma dell'art. 130 del Dlgs 196/2003** il cui contenuto abbiamo esposto nel testo dell'articolo.

Un'altra eccezione all'obbligo dell'acquisizione del consenso preventivo del consumatore è stata introdotta nell'art. 130 del Dlgs 196/2003 dal 4° comma dell'art. 20-bis della Legge n° 166 del 2009 e riguarda le telefonate (di qualsiasi tipo: da telefono fisso o mobile, per comunicazioni vocali o scritte, cioè SMS, oppure video ed esclusi quindi i fax) fatte da un professionista per chiamare numeri telefonici presenti negli elenchi pubblici (sono le c.d. operazioni di "marketing telefonico" o "telemarketing"). Essa è possibile solo nei confronti di coloro, consumatori od altri professionisti (vale a dire imprese o liberi professionisti), che non abbiano esercitato il diritto di opposizione a ricevere tali chiamate mediante l'iscrizione del numero o dei numeri telefonici di cui sono intestatari nel registro pubblico delle opposizioni (disciplinato dal comma 3°-ter del citato art. 130 e reperibile al sito web: www.registrodelleopposizioni.it). Questa eccezione, come si comprende agevolmente, non riguarda il commercio elettronico o e-commerce su Internet.

Inoltre, ricordiamo che gli artt. 4 e 5 della Direttiva n° 58 del 2002 obbligano il fornitore di servizi di comunicazione elettronica (pertanto anche il provider in quanto fornitore di un servizio di posta elettronica, quindi di "comunicazione asincrona", cioè i cui messaggi non sono contemporanei, o di uno di Chat, vale a dire di "comunicazione sincrona", che rende possibili messaggi contemporanei) a garantire la sicurezza e la riservatezza delle comunicazioni e la protezione dei dati sul traffico, sull'identità e sull'ubicazione fisica ed elettronica (domicilio, residenza e indirizzo di posta elettronica) degli utenti (art. 9).

Infine, l'art. 122 del Dlgs 196/2003 vieta l'uso di qualsiasi tipo di rete di comunicazione elettronica per "accedere ad informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o utente, al fine di archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente" stesso a meno che questi non abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato almeno con le modalità semplificate di cui al 3° comma dell'art. 13 dello stesso Decreto.

<https://www.diritto.it/la-disciplina-dell-attivita-di-comunicazione-commerciale-via-internet-e-le-norme-anti-spamming-dopo-il-decreto-legislativo-n-21-del-2014/>