

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Messaggi pubblicitari indesiderati e protezione dei dati personali

Sintesi delle conclusioni dello studio (*) - Gennaio 2001

Serge Gauthronet & Étienne Drouard

Da più di cinque anni il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato importanti direttive che garantiscono un elevato livello di protezione della vita privata delle persone per quanto riguarda il trattamento informatico dei dati personali. Si tratta della direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, e della direttiva 97/66/CE sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni. Nel momento in cui i paesi membri dell'Unione stanno per ultimare il recepimento delle disposizioni di queste direttive nel rispettivo diritto nazionale, le società moderne sono confrontate a problemi sempre più preoccupanti legati allo sviluppo di Internet e del commercio elettronico: raccolta "selvaggia" di dati personali, costituzione di ampi archivi di profili, commercio incontrollato dell'informazione, dilagare della pubblicità, moltiplicazione delle pratiche sleali, gravi violazioni della sfera privata delle persone.

La Commissione si occupa di questi problemi da diversi anni e si è interessata in particolare della questione dei messaggi pubblicitari indesiderati, noti anche come "spamming". Essa ha affidato a Serge Gauthronet e a Etienne Drouard, consulenti dello studio ARETE, il compito di fare piena luce su questo tema.

Lo studio prende in considerazione due aspetti: quello commerciale e quello giuridico. Lo studio dell'aspetto commerciale consiste nell'analizzare il modo in cui si presentano l'attività, la sua evoluzione nel corso degli ultimi anni, l'offerta tecnologica e le pratiche; per raccogliere elementi significativi, questa parte dello studio è stata svolta negli Stati Uniti. Questo approccio ha permesso di rivelare come la società americana, sotto la pressione degli utenti di Internet, vada dotandosi a poco a poco di strumenti di resistenza all'invasione pubblicitaria nelle caselle di posta elettronica degli utenti di Internet; al tempo stesso, l'osservazione della situazione americana mette in luce il diffondersi di nuove strategie di marketing via e-mail fondate sul consenso e l'autorizzazione e sviluppate sul mercato mondiale da alcune imprese leader; queste strategie, nettamente più rispettose della "privacy" spostano la problematica della protezione della vita privata senza darvi una risposta totalmente soddisfacente. La parte giuridica dello studio traccia invece un panorama dei quadri giuridico, regolamentare, amministrativo, giurisprudenziale, dottrinale e deontologico entro i quali la pubblicità elettronica indesiderata si sviluppa o si svilupperà negli Stati mem-

*) DG Mercato interno – Contratto n. ETD/99/B5-3000/E/96

bri dell'Unione europea nello stato attuale del diritto comunitario. In secondo luogo, sono messe in evidenza le somiglianze o le divergenze esistenti tra i vari modi nazionali, d'origine pubblica o privata, di affrontare il fenomeno. Infine, queste analisi permettono di formulare riflessioni e indicazioni sull'inquadramento giuridico che sembra più idoneo a favorire la sicurezza giuridica dei commercianti elettronici europei e di proteggere i diritti riconosciuti in Europa agli utenti di Internet.

I) – L'aspetto commerciale del marketing via e-mail e dei messaggi pubblicitari indesiderati: situazione generale, pratiche e offerta di servizi

Le osservazioni svolte nel quadro dello studi possono essere sintetizzate in sei punti principali, che permettono di tracciare il quadro economico del marketing via e-mail, la sua storia e le pratiche attuali degli operatori, la sua evoluzione tecnologica e le forme nuove fondate sul marketing autorizzato (*permission based marketing*).

I.1) – Il marketing interattivo trova con Internet un terreno di sviluppo molto adatto, come rivelano gli spostamenti d'investimenti degli inserzionisti negli Stati Uniti. In questo paese le spese per marketing diretto rappresentano già il 50% del totale del bilancio destinato alla pubblicità dagli inserzionisti. Tre principali ragioni spiegano lo sviluppo di Internet:

- i costi di una campagna su Internet sono di gran lunga inferiori rispetto ai sistemi tradizionali: il prezzo medio di una campagna di *e-mail marketing* negli Stati Uniti è di 10 cents per invio unitario, mentre il costo di un invio pubblicitario mediante i servizi postali varia tra 50 cents e 1 \$ per unità spedita.
- i tassi di concretizzazione dell'*e-mail marketing* variano tra il 5 e il 10%, mentre quelli degli invii postali tradizionali sono solo dello 0,5% - 2%.
- esiste un divario di efficacia significativo a favore dell'*e-mail marketing* che raggiunge tassi di *click-through* (1) dell'ordine del 18%, mentre quello generato dalle insegne pubblicitarie continua a diminuire da qualche tempo e, secondo Forrester Research, non supera lo 0,65%; secondo altre fonti (Nielsen Netratings – marzo 2000) sarebbe anzi passato dal 2,5% nella metà degli anni '90 allo 0,36% nel marzo 2000.

È quindi assai probabile che si assista nei prossimi anni a trasferimenti d'investimenti sempre più consistenti verso il marketing diretto su Internet e più in particolare verso l'*e-mail marketing*.

I.2) – Lo "spamming", malattia infantile dell'e-mail marketing. Si può affermare che lo *spamming*, quale lo si è conosciuto nella metà degli anni '90 ed essenzialmente negli Stati Uniti, sia ormai in declino. Basta consultare le varie liste nere di *spammers* accessibili in linea per constatare che si tratta di un fenomeno che ha co-

1) Ossia l'azione di un utente che clicca su un iperlegame e accede così direttamente al sito Web dell'inserzionista e alla sua offerta commerciale; il passaggio all'atto d'acquisto è un *click-order*.

nosciuto la massima fortuna tra gli anni 1995 e 1998 e che le iscrizioni in queste liste nere tendono a regredire da circa due anni a questa parte. Quattro fattori spiegano questa recente evoluzione:

- **1° fattore: l'azione dei fornitori di accesso ad Internet (ISP)**, che hanno acquisito una buona capacità di controllo dei flussi sui server di posta elettronica e di notizie e si sono dotati di strumenti di reazione rapida: sistema MAPS-RBL per Internet (*The Mail Abuse Prevention System* e la *Realtime Blackhole List*) (2) e UDP per il mondo Usenet (*Usenet Death Penalty*).
- **2° fattore: le disposizioni regolamentari americane** (3), certo imperfette, ma che hanno la caratteristica di comminare agli *spammer* ammende cospicue; la tariffa media è di 10 \$ per invio in massa con un massimo stima di 25 000 \$ al giorno; per i piccoli operatori, con risorse finanziarie limitate, si può ritenere che si tratta di un mezzo relativamente dissuasivo, in certi casi anche radicale.
- **3° fattore: l'azione delle organizzazioni e dei sindacati professionali**, in particolare quella dell'AIM, filiale indipendente della potentissima DMA, che sulla base di studi molto pragmatici, afferma un'opposizione netta e senza equivoci nei confronti dello *spamming*; dai lavori svolti da questa organizzazione emerge molto nettamente la differenza di efficacia tra l'invio di e-mail pubblicitari non richiesti e le operazioni di *e-mail marketing* che si basano sulla preesistenza di una relazione commerciale; l'AIM ha adottato quest'anno un insieme di direttive molto chiare che condannano le pratiche ben note degli *spammer*. La DMA, meno avanzata nell'analisi, propone il servizio di una *stop-list* (e-MPS - *Electronic Mail Preference Service*) (4).

2) I fornitori d'accesso, nella grande maggioranza, braccano oggi senza pietà gli *spammer*, tra i loro diversi modi d'intervento, si sono organizzati per mezzo di una rete di amministratori volontari denominata [The Mail Abuse Prevention System](#) (MAPS – Redwood City, California) che è all'origine della lista nera Realtime Blackhole List (RBL). Questa lista è uno strumento di boicottaggio di massa; permette agli amministratori di sistema degli ISP che controllano migliaia di router e di server di posta elettronica d'informarsi reciprocamente e regolarmente sugli "attacchi", ossia le operazioni di *spamming*, di cui sono oggetto e di mettere all'indice gli indirizzi IP e nomi di dominio conosciuti per essere all'origine di invii pubblicitari indesiderati. Tutti gli abbonamenti di *spammer* disdetti sono riportati nella lista, di modo che altri ISP, in questo caso i 2 000 ISP di tutto il mondo abbonati alla RBL, ossia un terzo del mercato, che potrebbero essere avvicinati dallo *spammer* sono immediatamente informati della vera natura delle attività del cliente con cui hanno a che fare e possono allora rifiutare di ospitarlo. Accanto a questa funzione abbastanza classica di *reporting* il sistema MAPS è anche un filtro che permette mediante algoritmi di bloccare automaticamente l'invio di messaggi provenienti da uno *spammer* identificato e dell'ISP che lo ospita e che si considera quindi che non faccia il lavoro d'igiene della rete che sarebbe tenuto a compiere per salvaguardare gli interessi collettivi di Internet.

3) Precedendo l'amministrazione federale, una ventina di Stati americani hanno adottato lo scorso anno o stanno per farlo, testi di legge repressivi nei confronti dello *spamming*; alcuni di questi testi sono già stati utilizzati nel quadro di procedimenti aperti contro *spammer*; è da notare che vari di questi testi riguardano anche i messaggi pubblicitari inviati per fax. Le principali disposizioni di questi testi consistono nell'imporre la presenza di un dispositivo di "*opt-out*" e l'effettivo accoglimento delle richieste di ritiro avanzate dagli utenti Internet; vietano ben inteso ciò che è proprio di queste pratiche, ossia il falso indirizzo e il mascheramento delle intestazioni del messaggio o del loro oggetto; alcuni impongono la presenza di un marchio nell'intestazione che indichi che si è in presenza di un messaggio pubblicitario (ADV) o di un annuncio riguardante un sito riservato agli adulti (ADLT); un terzo di queste leggi definisce lo *spamming* come l'invio di messaggi ad utenti di Internet senza una preventiva esplicita domanda da parte loro.

4) Questa lista funziona come un servizio gratuito che permette ad ogni utente di registrare il proprio indirizzo e-mail in questa *stop-list* indicando le categorie dei messaggi per le quali desidera esercitare

- **4° fattore: la controcultura dell'e-marketing** che si basa sempre più sulle tesi del *permission marketing* in reazione alla pubblicità di massa che satura e confonde lo spirito del pubblico. Il *permission marketing* consiste nel comunicare con i consumatori su base volontaria, costruendo a poco a poco una relazione d'interesse e poi di fiducia: più la fiducia cresce, più il consumatore, stimolato da promesse corrispondenti alle sue aspettative e ovviamente mantenute (*incentive marketing*) è motivato ad estendere sempre più l'autorizzazione concessa, autorizzazione a raccogliere più dati sul proprio stile di vita, i propri passatempi, i propri interessi; autorizzazione all'invio di messaggi pubblicitari su nuove categorie di prodotti o di servizi, autorizzazione a ricevere punti regalo, campioni, abbonamenti temporanei, ecc. In questo modo a poco a poco si costruiscono questi scambi, l'individuo anonimo diventa persona con cui entrare in contatto, cliente potenziale, poi un giorno cliente e infine cliente fedele. La creazione di questa relazione richiede tempo e frequenza e se possibile costi accettabili; quale mezzo può offrire meglio di Internet questa interattività e progressività? Quale contesto d'autorizzazione più favorevole si può trovare di quello che si basa sull'iscrizione volontaria in liste di *opt-in*? I costi di spedizione sono estremamente contenuti, i risultati di test di campagna pressoché istantanei, i tassi di risposta quindici volte superiori, la relazione con i clienti potenziali può essere continua senza aggravio per il bilancio pubblicitario degli inserzionisti né di quello del servizio clienti, a condizione di saperlo sufficientemente industrializzare, l'impressione è di gratuità. Tutta questa tesi è egregiamente illustrata da Seth Godin, vicepresidente di Yahoo, e i professionisti del marketing o del commercio in linea sono sempre più conquistati dalla rivelazione del marketing autorizzato: scoprono l'efficacia delle campagne pubblicitarie indirizzate a persone volontarie e consenzienti e oggi negli Stati Uniti non si parla più che di ***opt-in e-mail marketing***.

II.3) – Purtroppo lo spamming esiste ancora e si manifesta attraverso l'esistenza di un'offerta di prodotti (lo "spamware") e servizi che proviene per lo più da piccole imprese. Si distinguono due categorie di *spamware*, strumenti di "traino" ossia di aspirazione degli indirizzi e strumenti di "spinta", ossia strumenti di invio massiccio di messaggi. I software di "mietitura" sono innanzitutto di una relativa semplicità d'uso. Funzionano in base al principio di una navigazione automatizzata su siti Web e sugli spazi pubblici di Usenet utilizzando o un elenco di URL specificati preventivamente, o parole chiave sottoposte a motori di ricerca che permettono di costituire un elenco di URL pertinenti. Il software effettua quindi una raccolta sistematica di tutti gli indirizzi e-mail trovati sulle pagine di questi siti o nei forum. Questi programmi pretendono tutti di essere in grado di sventare gli *spam-traps*. Gli strumenti di spinta sono motori che permettono di realizzare gli invii in massa senza passare da un server di posta

l'*opt-out* (da impresa a consumatore, da impresa a impresa, o entrambi). Dal canto loro, gli operatori di marketing diretto, contro pagamento di 100 \$ per i non aderenti alla DMA, possono far epurare il loro elenco di indirizzi e-mail presso il sistema e-MPS; questo avviene in linea e richiede soltanto alcune ore. La creazione di questo elenco è severamente criticata dalla comunità americana dei militanti anti-spam, in particolare i rappresentanti di MAPS, Junkbusters Corp. e di CAUCE; anche alcuni membri della DMA dissentono dalle posizioni della loro organizzazione professionale. Varie critiche sono rivolte a questo dispositivo: si può infatti deplorare che la DMA non abbia voluto rendere il sistema e-MPS accessibile agli ISP che potrebbero voler esercitare un *opt-out* globale per tutti i loro nomi di dominio e i loro abbonati. La DMA ha adottato questo atteggiamento partendo dal principio che il sistema funziona sulla base di richieste di *opt-out* individuali.

elettronica specifico o proprio a ogni ISP. I prodotti che si trovano correntemente sul mercato permettono all'elaboratore su cui sono installati di comportarsi come un vero e proprio server di posta elettronica, senza correre il rischio di norma di vedersi rimproverare di saturare la banda passante degli ISP presso cui lo *spammer* è abbonato. I motori sono più o meno potenti per rompere i filtri anti-spam dei server di posta elettronica e permettere una perfetta falsificazione delle intestazioni di messaggio. È abbastanza paradossale che si possano trovare apertamente sul mercato tali prodotti, commercializzati da distributori apparentemente ufficiali, sapendo che una parte delle loro funzionalità corrisponde a modalità di dirottamento del traffico su Internet ormai vietate in un numero crescente di Stati americani.

L'offerta di servizi si presenta schematicamente in due grandi categorie di prestazioni: l'organizzazione di campagne (*host-spamming*) e l'intermediazione di file d'indirizzi e-mail. Nel primo caso viene offerta una prestazione completa di servizi per l'organizzazione di campagne di *spamming*; varie piccole aziende ne fanno apertamente professione sulla rete; le loro tariffe variano da 5 \$ al migliaio per una spedizione a 20 \$ al migliaio se il cliente vuole disporre degli indirizzi. Alcuni si sono specializzati nell'offrire un servizio "a prova di pallottola", ossia in grado di sfuggire in linea di principio alle azioni repressive degli ISP. I mediatori d'indirizzi sono abbastanza numerosi: varie società propongono offerte di *membership* comprendenti tre formule d'abbonamento a elenchi d'indirizzi. 1a formula: 300 000 indirizzi alla settimana per \$ 19,95 al mese; 2a formula: 500 000 indirizzi alla settimana per \$ 29,95 al mese, 3a formula: 1 000 000 d'indirizzi alla settimana per \$ 39,95 al mese. Esistono anche offerte d'acquisto in linea di indirizzi immediatamente scaricabili: da \$ 19,95 per 300 000, ad esempio, a \$ 49,95 per 1 000 000 di indirizzi Internet e, per gli indirizzi AOL da \$ 19,95 per 300 000 indirizzi a \$ 99,95 per 4 000 000. Le molteplici proposte di elenchi di indirizzi e-mail inducono immancabilmente a porsi la questione della qualità degli indirizzi stessi, della loro validità, senza parlare del grado di autorizzazione reale con il quale sono stati raccolti. Gli elenchi mirati sono presentati per lo più in modo abbastanza vago; i criteri di selezione più comuni sono il paese, lo Stato, la città di residenza, il sesso, gli interessi, la professione e il settore d'attività. I centri d'interesse si scompongono in una cinquantina di segmenti correnti che ricordano la struttura dei grandi domini su Usenet.

Quanto agli *spammer* che persistono in una via pericolosa e sconfessata da tutta la comunità, la loro pratica resta quella di dilettanti o di opportunisti che cercano sul Web di commercializzare la loro cattiva idea. Vari casi recenti di *spamming* sono stati studiati da vicino e i pochi casi conosciuti in Europa dimostrano che si è in presenza di operatori poco scrupolosi, spesso insensibili alle ingiunzioni della giustizia ma che corrono il rischio di essere condannati a pagare forti risarcimenti di danni; questa formula, anche se non è pienamente soddisfacente dal punto di vista del diritto alla protezione dei dati personali, è tuttavia efficace e potrebbe a breve termine contribuire a debellare il fenomeno.

I.4) – In realtà, il vero mercato, il più attivo, il più ricco di prospettive, è quello dell'e-mail marketing, su cui oggi non opera più nessuno senza rivendicare la stretta applicazione di una politica della privacy e la garanzia di lavorare con elenchi di clienti potenziali perfettamente consenzienti. L'*e-mail marketing* si consolida secondo un modello molto più potente sul piano finanziario e su quello tecnologico; di-

ventano centrali, in questo caso, gli aspetti della lealtà nella raccolta dei dati e di una relazione tra gli inserzionisti e i potenziali clienti fondata sul consenso di questi ultimi. Queste imprese, per lo più "start-up", stanno costruendo il marketing su Internet dei prossimi anni. Il loro modo di affrontare la questione della protezione della vita privata sulla base di "**opt-in e-mail lists**" merita una certa attenzione.

Esistono oggi una cinquantina di fornitori di servizi, alcuni dei quali sono di dimensione internazionale e insediati quindi sul territorio europeo, dove detengono quote di mercato significative nel marketing diretto via e-mail. Si possono citare [24/7 Media](#), [NetCreations Inc.](#), [YesMail.com](#), [Exactis.com Inc.](#), [MessageMedia](#), [BulletMail](#), [Axciom](#); le società che praticano il marketing incitativo come [MyPoints](#), [Netcentives](#), [Beenz](#), [CyberGold](#), [ClickRewards](#), [Freeride.](#); i portali come [www.xoom.com](#) entrano anch'essi sul mercato grazie ai loro schedari di varie decine di milioni di abbonati, che ricevono regolarmente via e-mail le offerte commerciali in linea mirate in funzione dei loro bisogni ed interessi. È da notare, infine, che le società di vendita di spazi pubblicitari, come [DoubleClick](#) in primo luogo o [Flycast](#), sviluppano ormai un'offerta di *e-mail marketing*. Molte di queste imprese sono quotate al Nasdaq e presentano tutte le caratteristiche delle imprese della net-economia: attività in pieno sviluppo, forte capitalizzazione, deficit di redditività. Per la maggior parte, adottano un modello di crescita esterna attraverso l'acquisizione di società dello stesso settore. Sia pure con gradi diversi di convinzione, queste imprese sono infine accomunate dal fatto di condividere gli stessi valori sul piano professionale e sostengono i principi del marketing autorizzato e dell'*opt-in e-mail*.

Queste società di *e-mail marketing* sviluppano un campo d'attività molto ampio: acquisto di dati personali, amministrazione e gestione di basi di dati cooperative, mediazione di indirizzi, concezione di campagne di *e-mail marketing*, operazioni di spinta, gestione della relazione con i clienti (5), seguito, relazionamento, fatturazione delle campagne e remunerazione dei siti collettori di clienti potenziali.

Il meccanismo d'acquisizione di dati su base consensuale consiste nell'appoggiarsi a una rete di 100 o 200 siti a forte traffico su cui vengono spediti i moduli di *opt-in* che il visitatore compila per ricevere una *newsletter*, partecipare a un concorso, a un programma o un'operazione promozionale qualsiasi, e sia l'oggetto di offerte commerciali mirate in funzione degli interessi che sono stati precisati; altrettante buone ragioni che possono legittimare la raccolta esplicita di dati personali da parte di un sito Web. Queste società recuperano così una copia dei dati forniti nel modulo (6); questi dati vanno ad alimentare basi di 15 - 20 milioni d'indirizzi e-mail; si può stimare che un quarto circa in media di questi indirizzi corrisponda ad utenti di Internet europei.

5) Si tratta di un'attività consistente nell'occuparsi per conto del cliente inserzionista della relazione individuale che s'instaura per e-mail con il cliente potenziale e nell'indurre quest'ultimo ad acquistare: arricchimento della base d'informazioni con dati personali complementari, elevazione della relazione di fiducia, fedelizzazione, gestione delle domande di iscrizione o di *opt-out*, trattamento dei problemi di consegna, trattamento delle varie questioni degli utenti e dei reclami, invio di messaggi di conferma, trattamento dei cambiamenti d'indirizzo e-mail. Questa attività si basa su specifiche applicazioni informatiche dette di CRM (*Customer Relationship Management*) o di ERM (*E-mail Relationship Management*).

6) Si osservano due grandi modelli di circolazione dei dati; può trattarsi in certi casi di trasferimenti periodici per lotti di informazioni che sono aggregate nella base di dati cooperativa o in altre di trasferimento in tempo reale; certe società di *e-mail marketing* offrono anche una prestazione di *hosting* dei moduli di *opt-in* per conto dei loro clienti.

Questo schema comporta varianti per quanto riguarda la correttezza delle pratiche, che vanno dalle caselle precontrassegnate (7), fino all'altro estremo, che consiste nel richiedere la visitatore un doppio *opt-in*, ossia una conferma dell'iscrizione con invio di un messaggio automatico nella sua cassetta delle lettere (8).

Tutti questi sistemi e tutti i messaggi che producono comportano evidentemente dei legami di *opt-out* che permettono di cancellare facilmente i propri nomi dagli elenchi di registrazione. Alcune società ricevono più domande di *opt-out* quotidiane, nonché domande di precisazioni da parte di persone che desiderano sapere dove, cioè su quale sito, e quando il loro *opt-in* è stato registrato; alcune domande individuali riguardano anche la natura esatta e l'estensione delle informazioni personali detenute nelle basi di dati. Per rispondere a queste domande alcune società di *e-mail marketing* storicizzano la relazione con il cliente e in particolare le informazioni che permettono di restituire il contesto del rilascio dell'*opt-in*.

La commercializzazione degli indirizzi avviene per intermediazione o ospitando campagne (ESB : *E-mail Service Bureau*). In generale una prestazione standard condotta sugli schedari cooperativi comprende cinque operazioni: la locazione degli indirizzi propriamente detti, la programmazione di un legame al messaggio sul sito dell'inserzionista, l'operazione di spinta dei messaggi, il seguito dei *click-through* e il bilancio della campagna; la tariffa è calcolata su una base CPM identica a quella praticata dalle società di vendita di spazi pubblicitari; il prezzo di riferimento ammonta per l'*e-mail marketing* professionale a \$ 200 per migliaio, ossia 20 cents per unità. A questa tariffa standard bisogna aggiungere la fatturazione delle diverse selezioni che possono essere richieste: per nomi di dominio e per zone geografiche, per caratteristiche sociodemografiche (sesso/classe d'età/stato civile/numero di figli), per fasce di reddito, per posizioni occupate nelle imprese, per livelli di diploma, per centri d'interesse.

7) Si constata che alcuni programmi di marketing autorizzato comportano caselle di *opt-in* precontrassegnate, in particolare nel caso dei moduli d'iscrizione spediti sui siti di BigFoot, Dreamlife o Theglobe.com, tre siti i cui moduli di *opt-in* sono gestiti in relazione con 24/7 Media. Non si può non considerare questa pratica poco conforme allo spirito del marketing autorizzato, perché non dà la garanzia del consenso del cliente, che può aver saltato la riga senza averla letta. Si corre allora il rischio che i messaggi pubblicitari inviati siano considerati indesiderati, dato che il destinatario è convinto di non averli mai richiesti.

8) Il funzionamento del doppio *opt-in* è abbastanza esemplare dal punto di vista della qualità del consenso ottenuto e della trasparenza del processo. Infatti, quando ci si abbona ad esempio ad una *newsletter* del gruppo CNET, l'utente riceve in una finestra sovrapposta una proposta di una serie di caselle da contrassegnare corrispondenti a temi sui quali accetta di ricevere offerte commerciali; in fondo alla lista figura un legame che permette di accedere alla pagina di "*privacy policy*" del sito CNET; le indicazioni fornite sono molto complete e comprendono un'avvertenza concernente l'iscrizione ad una *newsletter* da cui risulta esplicitamente il ruolo della società terza, in questo caso il prestatore di e-marketing Netcreation che raccoglie i dati. Dopo aver compilato il modulo e definito i temi su cui desidera essere informato, l'utente convalida la sua iscrizione e questo costituisce il primo atto di *opt-in*; istantaneamente egli riceve un messaggio di conferma da parte di Netcreation, che ha lo scopo di accertare che l'*opt-in* sia stato veramente effettuato dalla persona stessa e non a nome suo da qualcun altro. Il ricevimento di quest'ultimo messaggio merita tre osservazioni: la prima è che porta di nuovo a conoscenza del destinatario l'esistenza e la denominazione di un terzo nella sua relazione col sito a partire dal quale egli s'iscrive alla *newsletter*; questo punto non è trascurabile e copre l'eventualità in cui l'utente non abbia cliccato sul legame della "*privacy policy*"; la seconda è che questo messaggio ricapitola le *newsletter* e la lista di diffusione commerciale precisa a cui egli si è iscritto; la terza è che nessuna comunicazione potrà aver luogo con lui senza il ritorno dell'e-mail di conferma; è quasi un atto contrattuale che l'utente di Internet conclude con il sito. Non appena la conferma dell'*opt-in* perviene al prestatore, l'abbonato riceve automaticamente un ultimo e-mail di benvenuto.

Le selezioni per centri d'interesse sembrano inesauribili nel grado di finezza che è possibile raggiungere, ma non fanno altro che rispecchiare la precisione delle informazioni raccolte attraverso i moduli. Dal punto di vista della protezione dei dati, alcuni elementi di qualificazione dello schedario sono incontestabilmente di natura sensibile quando permettono d'identificare, senza derogare alle regole dell'autorizzazione, gruppi etnici, gruppi religiosi, fumatori, malati di diabete o di cancro. Le liste di indirizzi e-mail contengono anche dati comportamentali ad elevato valore aggiunto, in particolare quando si tratta di dati riguardanti gli acquisti in linea effettuati nel corso degli ultimi mesi (1 mese, 3 mesi, 6 mesi, 12 mesi); in numerosi casi si tratta di un'informazione non raccolta per mezzo di dichiarazioni, ma riferite da operatori commerciali partner della società di *e-mail marketing* presso i quali i clienti potenziali hanno effettuato acquisti. Ogni selezione particolare su questi dati complementari che permette di meglio qualificare la popolazione destinataria ha un costo supplementare al migliaio; più le selezioni richieste sono sofisticate, più sono care; la selezione più apprezzata e più costosa riguarda la propensione ad effettuare acquisti in linea.

Si osserva infine che queste società pagano una commissione ai siti collettori d'indirizzi e-mail; ogni volta che un indirizzo è utilizzato, il sito che ne è all'origine è retribuito su una base variabile, ma che spesso è pari al 50% del prezzo di vendita. Alcune società di *e-mail marketing* hanno messo a punto un sistema sofisticato che permette di scegliere tra due siti collettori che rivendicano la proprietà di uno stesso indirizzo: la regola consiste nel remunerare il sito Web la cui lista d'indirizzi e-mail ha la preferenza del cliente. Si osserva anche l'esistenza di una pratica di anticipi sulle entrate ai siti Web partner.

I.5) – Lo sviluppo rapido dell'attività di *e-mail marketing*, versione "autorizzata", destinata a diventare il modello prevalente di comunicazione pubblicitaria su Internet, suscita **interrogativi sulla qualità dell'*opt-in*** e sui difetti d'interpretazione, nonché sugli abusi che potranno verificarsi.

Occorre innanzitutto prendere coscienza del fatto che, per creare una relazione di *opt-in*, un inserzionista può essere tentato di stabilire una relazione detta di *interruption marketing* e quindi trovarsi nella situazione di utilizzare uno schedario di indirizzi non qualificati e più o meno consensuali. Ci si può chiedere se lo *spamming* non sia un passaggio obbligato per l'*opt-in e-mail marketing*. Posta così, la domanda può sembrare provocatoria; in realtà vale la pena di porsi, perché il vero problema per gli operatori di vendita diretta è quello di iniziare il rapporto autorizzato e purtroppo non si conoscono altri metodi se non quelli consistente nel provocare il pubblico, suscitare la sua attenzione, spingerlo ad entrare in contatto per mezzo di provocazioni di ogni tipo, ben note ai pubblicitari. Come farsi conoscere sul net? La tentazione può evidentemente essere l'*e-mail marketing* mirato; il rischio è allora di rivolgersi a un *broker* di elenchi d'indirizzi e di inviare la propria offerta in massa, per milioni, nella speranza che, nel gran rumore, ci sia qualcuno che senta il messaggio ed abocchi. Questa formula, però, è socialmente poco accettabile e contraria alle regole etiche a cui sempre più spesso dichiarano di aderire le organizzazioni professionali che sostengono il principio dell'*accettazione preventiva* dell'utente; la sola che lo sia veramente, se pure con qualche riserva, è quella della pubblicità applicata a Internet, ossia l'affissione di insegne pubblicitarie mirate su profili di centri d'interesse e di stili di vita compatibili con l'offerta di prodotti o servizi dell'inserzionista. L'insegna pubbli-

taria può allora permettere di fare affluire dei *click-through* su un sito Web e di stabilire la relazione di *opt-in e-mail* a partire dalla compilazione di moduli da parte dei visitatori.

D'altra parte, è certo che tutti i grandi operatori commerciali e di marketing diretto su Internet si stanno attualmente allineando sull'*opt-in*, compresi i siti pornografici, che pure hanno praticato ampiamente lo *spamming* nel corso degli ultimi anni. Questo porta inevitabilmente a interrogarsi sulla qualità dell'*opt-in* e a chiedersi se domani gli inserzionisti, di qualsiasi tipo, non avranno la spiacevole tendenza a sviluppare una concezione dell'*opt-in* perlomeno estensiva. Questa concezione estensiva sembra basarsi in certi casi sul semplice fatto, per esempio, che il visitatore di un sito abbia cliccato inavvertitamente sul bottone OK in una finestra di dialogo che gli chiede se desidera aggiungere questo sito ai suoi preferiti; niente di più semplice, infatti, che giocare sulle parole e inserire un'oscura clausola nella pagina introvabile delle condizioni d'uso di un sito in cui l'operatore indica a piccoli caratteri che il fatto di apporre un *bookmark* sul suo sito legittima il successivo invio di e-mail pubblicitari. In modo più anodino, ci si può chiedere se il fatto di essersi iscritto un giorno in una lista di amatori di sport subacquei per ricevere offerte commerciali su attrezzature giustifica il fatto di ricevere proposte di soggiorni in tutti i centri di sport subacquei del mondo. È legittimo subissare un acquirente occasionale in linea di proposte commerciali più volte la settimana? Grandi siti commerciali leader del commercio in linea, come Amazon, Barnes & Noble, CD Now o Travelocity, farebbero bene a tener conto di questa domanda nelle loro pratiche, per moderare i loro ardori nei confronti dei clienti occasionali.

I.6) – Non si può che rilevare, infine, la pertinenza della recente proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea (12 luglio 2000) relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (9), perché riconosce tutta l'importanza che merita all'*opt-in* in materia di *e-mail marketing*. Affermiamo anzi che si tratta di una problematica di sopravvivenza di Internet, considerate le prospettive di equipaggiamento tecnologico degli operatori, che dichiarano tutti di volersi dotare di motori (*server, router e backbones*) in grado di **trasmettere 100 milioni di e-mail pubblicitari al giorno.**

Possiamo allora procedere ad alcune proiezioni statistiche e finanziarie. Esistono oggi nel mondo circa 300 milioni d'utilizzatori di Internet e circa 560 milioni di caselle di posta elettronica; se si parte dall'ipotesi che pressoché tutti gli operatori di *e-mail marketing* si doteranno di motori in grado di trasmettere 100 milioni di e-mail al giorno, il rischio di saturazione degli utilizzatori di Internet è forte. Se infatti 200 società sono dotate di tali mezzi, si può calcolare che 20 miliardi di e-mail pubblicitari saranno istradati quotidianamente su Internet, ossia che in media ogni utilizzatore di Internet riceverà un po' più di 60 e-mail, che rappresentano un tempo di scaricamento di circa un'ora a tecnologia costante e senza considerare il fatto che gli e-mail pubblicitari avranno sempre più la tendenza ad incorporare oggetti fotografici o video. Internet non rischia seriamente l'entropia, se non verranno rapidamente adottate misure

9) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, COM(2000) 385, GU n. C365 E del 19.12.2000, p. 223.

per introdurre il livello necessario di regolamentazione? Un'interpretazione estremamente rigorosa del concetto di *opt-in* appare come una condizione di sopravvivenza.

Per quanto riguarda infine la valutazione dell'onere finanziario sostenuto dagli utilizzatori di Internet, sono possibili alcuni calcoli e alcune proiezioni. Partendo dall'idea che un utilizzatore medio, che dispone di un abbonamento forfetario di 12 € per 10 ore di collegamento al mese (comunicazioni telefoniche comprese) e di un'attrezzatura standard (escluso Internet rapido) è in grado di scaricare circa 180 Kb al minuto, si ottiene un costo che può rappresentare nel peggiore dei casi fino a 30 € all'anno per lo scaricamento di una quindicina di messaggi quotidiani rappresentanti in totale tra 500 e 800 Kb. Si tratta quindi di una spesa globale assai significativa in rapporto alla scala del parco utenti di un intero paese. Sul piano mondiale e proiettandosi nel futuro, su una base di 400 milioni di utilizzatori di Internet, lo scaricamento di messaggi pubblicitari nel contesto tecnologico attuale corrisponderebbe a una spesa globale dell'ordine di almeno 10 miliardi di € per i soli costi sostenuti dagli utilizzatori stessi.

II) - Quale protezione in Europa?

Da circa quattro anni l'Unione europea discute della protezione delle persone in relazione al ricevimento di messaggi pubblicitari elettronici indesiderati. La discussione si è focalizzata essenzialmente attorno a due teorie.

La prima si propone esclusivamente di precisare le condizioni d'invio dei messaggi non richiesti. È la teoria dell'*opt-out*. I suoi fautori propongono che le persone che non desiderano ricevere messaggi pubblicitari non precedentemente richiesti possano manifestare questa volontà. Alcuni dei sostenitori dell'*opt-out* ritengono che questo diritto di opposizione debba potersi esercitare unicamente nei confronti di chi ha spedito il messaggio non richiesto. Altri seguaci dell'*opt-out* propongono di introdurre un meccanismo di liste d'opposizione, nazionali o internazionali, in cui chiunque possa iscriversi, prima o dopo il ricevimento di messaggi non richiesti, che spetterà agli operatori europei consultare regolarmente per rispettare al volontà delle persone.

La seconda teoria lega le condizioni d'invio dei messaggi non richiesti alle condizioni di lealtà della raccolta degli indirizzi e-mail. È la teoria dell'*opt-in*. I suoi fautori propongono che messaggi pubblicitari non richiesti possano essere inviati soltanto alle persone che hanno preventivamente espresso il loro consenso a ricevere tali messaggi.

II.1) - È opportuno richiamare, per chiarire i termini della discussione, il **quadro giuridico europeo in cui si colloca l'invio di messaggi pubblicitari non richiesti.**

In primo luogo, **la direttiva "generale" 95/46/CE** (10) prevede, in particolare agli articoli 6, 7, 10, 11 e 14, che il trattamento dei dati personali è lecito soltanto a condizione che i dati siano stati rilevati e trattati in modo leale e per finalità precise con un fondamento legittimo.

- *Articolo 6.1.[a] : i dati devono essere trattati lealmente e lecitamente.*
- *Articolo 7[a] : un trattamento può essere considerato legittimo se la persona interessata ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile.*
- *Articolo 7[f] : il trattamento di dati personali può essere effettuato se "è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata".*
- *Articolo 10 : in caso di raccolta diretta dei dati presso la persona interessata, questa deve essere informata delle finalità del trattamento dei dati, dei destinatari dei dati raccolti, del carattere obbligatorio o volontario della raccolta e dell'esistenza del diritto di accesso e di rettifica.*
- *Articolo 11 : quando i dati non sono raccolti direttamente presso la persona interessata, il responsabile del trattamento deve informare la persona al momento della registrazione dei dati o, qualora sia prevista una comunicazione dei dati a un terzo, all'atto della prima comunicazione dei medesimi.*
- *Articolo 14 : le persone possono opporsi gratuitamente al trattamento a fini commerciali dei dati personali che li riguardano e alla comunicazione a terzi dei loro dati, di cui devono essere informati preventivamente.*

10 Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

La direttiva "telecomunicazioni" 97/66/CE (11), anche se non contempla esplicitamente l'invio di messaggi pubblicitari per posta elettronica, prevede tuttavia (articolo 12) che *"l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata) o di telefax (telecopia) per scopi di invio di materiale pubblicitario può essere consentito soltanto nei confronti degli abbonati che hanno dato preventivamente il loro consenso"*. Per quanto riguarda altre forme di invio di materiale pubblicitario indesiderato, la direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di scegliere tra il consenso preventivo e il diritto d'opposizione.

La direttiva "vendita a distanza" 97/7/CE (12) riprende (articolo 10) la garanzia del consenso preventivo per quanto riguarda l'invio di materiale pubblicitario mediante dispositivi automatici di chiamata o fax. Inoltre, essa contempla espressamente la posta elettronica tra le tecniche di comunicazione a distanza che possono essere impiegate *"solo se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario"*.

Infine, **la direttiva "commercio elettronico" 2000/31/CE** (13) prevede due categorie di meccanismi di carattere tecnico applicabili all'invio di messaggi elettronici non richiesti.

- *Articolo 7.1 : "gli Stati membri che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedono affinché [...] siano identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve"*.
- *Articolo 7.2 : "fatte salve la direttiva 97/7/CE e la direttiva 97/66/CE, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali"*.

Riferendosi all'esistenza di "registri negativi", la direttiva dell'8 giugno 2000 promuove un dispositivo tecnico destinato a permettere l'esercizio del diritto d'opposizione. Di fatto, le audizioni svolte nel quadro del presente studio dimostrano che i fautori e gli oppositori della soluzione dell'*opt-out* sono convinti che la direttiva 2000/31/CE promuova l'esistenza di un semplice diritto d'opposizione. Si osserverà che, nel riferire dell'adozione di questo testo, gli organi d'informazione hanno largamente passato sotto silenzio la volontà, pur chiaramente espressa dal legislatore comunitario, di non trattare delle garanzie di fondo riconosciute in Europa agli utenti di Internet. L'ambiguità che ne risulta è una grave fonte d'incertezza giuridica per gli operatori del commercio elettronico.

La direttiva 2000/31/CE sembra non stabilire più un rapporto tra la regolarità dell'invio di un messaggio non richiesto e le condizioni iniziali della raccolta dell'e-mail. Certo, bisogna creare registri *opt-out*. Certo, l'articolo 7 fa riferimento agli "altri obblighi posti

11) Direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni.

12) Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Questa direttiva doveva essere recepita nel diritto interno degli Stati membri dell'Unione europea entro il 21 maggio 2000.

13) 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 (GUCE L. 178 del 17 luglio 2000), da recepire entro il 17 gennaio 2002.

dal diritto comunitario", in forza dei quali non può essere trascurata la tutela dei dati personali. Bisogna però riconoscere che questo semplice riferimento non basta a chiarire agli utenti di Internet tutte le regole che debbono rispettare.

II.2 - Lo *spamming* non ha ancora invaso l'Europa

- **Discussioni, ma poche situazioni conflittuali**

In Europa come negli Stati Uniti la questione dello *spamming* è affrontata essenzialmente dal punto di vista giuridico. A partire dal 1997 la stampa europea si è fatta l'eco del fenomeno americano dello *spamming* e della sua ampiezza. Tuttavia, la norma del diritto europeo preesisteva al fenomeno americano dello *spamming*, che, in Europa, è apparso impopolare prima ancora di esistere. Ancora oggi non si può far a meno di constatare che gli operatori europei non sono in grado di rispondere a questa domanda fondamentale: "quanto vale un indirizzo e-mail?", mentre negli Stati Uniti la commercializzazione degli elenchi di e-mail è oggetto di sistemi molto elaborati di ripartizione delle spese e dei profitti.

Finora, le denunce presentate alle **autorità nazionali di controllo** relative a casi di vero e proprio *spamming* sono state ben poche. Si può rilevare tuttavia che l'autorità spagnola ha sanzionato con una forte ammenda un'impresa che aveva inviato messaggi elettronici non richiesti e che non era stata in grado di dimostrare di aver ottenuto preventivamente il consenso degli utenti di Internet interessati. Questa decisione è attualmente oggetto di un ricorso giurisdizionale.

In Francia la CNIL (14) ha pubblicato nell'ottobre 1999 un rapporto d'orientamento (15) in cui si rilevava che "*l'invio di messaggi elettronici [...] si basa sulla raccolta preliminare di indirizzi elettronici*", i quali "*costituiscono dati personali*" e che "*le condizioni in cui gli indirizzi elettronici possono essere raccolti su Internet devono rispettare le regole fissate dalle legislazioni di protezione dei dati e i diritti delle persone interessate*", per concludere che "*la raccolta automatizzata ai fini dell'invio di e-mail pubblicitari figurante in spazi pubblici Internet è subordinata dalla direttiva generale 95/46/CE al 'consenso inequivocabile' delle persone interessate*".

Il gruppo "articolo 29" (16) ha adottato il 3 febbraio 2000 un parere formale 1/2000 sulla questione dei messaggi pubblicitari indesiderati, poi ripreso in un parere formale 7/2000 del 2 novembre 2000 sulla proposta di direttiva della Commissione europea recante modifica della direttiva 97/66/CE (17) e in un documento generale sul rispetto della vita privata su Internet adottato il 21 novembre 2000 (18). Il gruppo ha ricordato che la legislazione comunitaria sulla tutela dei dati personali si applica alle questioni

14) CNIL, Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. V. <http://www.cnil.fr>

15) Disponibile in francese su <http://www.cnil.fr/thematic/index.htm>

16) L'articolo 29 della direttiva 95/46/CE ha istituito un gruppo composto dalle autorità nazionali di protezione dei dati personali. Questo gruppo costituisce un organo consultivo indipendente dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali. Le sue attribuzioni ed i suoi compiti sono definiti dall'articolo 30 della direttiva 95/46/CE e dall'articolo 14 della direttiva 97/66/CE.

17) Parere 7/2000 **sulla proposta della Commissione europea del 12 luglio 2000 di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.**

18) Pareri pubblicati in http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/media/dataprot/wpdocs

pertinenti al commercio elettronico e che i problemi posti dall'invio di messaggi pubblicitari per via elettronica possono essere risolti alla luce dei principi generali fissati dalle direttive 95/46/CE e 97/66/CE. Per il gruppo, i dispositivi tecnici della direttiva 2000/31/CE non escludono in alcun modo l'applicazione dei principi di lealtà della raccolta, di trasparenza quanto all'uso successivo dei dati e del diritto d'opposizione all'uso commerciale dei dati nonché alla loro cessione a terzi. Il gruppo ritiene inoltre che la raccolta di indirizzi e-mail negli spazi pubblici Internet sia contraria al principio della raccolta leale (articolo 6.1[a] della direttiva 95/46/CE), al principio di finalità (articolo 6.1[b]) e al principio di legittimità dei trattamenti (articolo 7[f]). Infine, il gruppo sostiene la proposta della Commissione europea di esigere il consenso preventivo all'invio per e-mail di messaggi pubblicitari non richiesti.

Infine, lo **scarso numero di controversie giudiziarie** può essere spiegato dal fatto che le direttive 95/46/CE, 97/66/CE o 97/7/CE non sono ancora state recepite in tutti gli Stati e che gli utilizzatori di Internet hanno come prima reazione, in caso di *spamming*, quella di rivolgersi al loro fornitore d'accesso a Internet.

- **Pratiche professionali consensuali e prudenti**

Si può constatare un **relativo consenso tra i professionisti contro lo *spamming***. La FEDMA (19), come la maggior parte delle organizzazioni nazionali e internazionali di commercianti elettronici, ritiene che "sia necessario lottare contro lo *spamming*". Le federazioni di commercianti elettronici interrogati respingono l'idea che possa esistere uno *spammer* tra i loro membri, anche se nessuno dichiara di aver preso finora disposizioni per escludere un membro che si sia reso "colpevole" di *spamming*. I responsabili di "marchi", da parte loro, avvertono l'interesse di tali regole d'esclusione in caso di *spamming*, in mancanza delle quali la credibilità del loro marchio potrebbe essere messa in dubbio.

Nel frattempo sono andate costituendosi **numerose liste di *opt-out*** proprie di un organismo professionale, un settore d'attività, di portata nazionale o di dimensione internazionale. In Francia, ad esempio, la Fédération des Entreprises de vente à Distance (FEVAD) è la prima ad aver creato una lista "e-Robinson" (20) di opposizione all'invio di messaggi pubblicitari per e-mail. In Belgio l'Association Belge du Marketing Direct (ABMD) ha anch'essa creato una lista d'opposizione a cui si aggiungono le liste d'opposizione proprie di ciascun membro dell'ABMD.

Liste d'opposizione simili sono in via di costituzione, in particolare, in Inghilterra, Germania, Paesi Bassi, Spagna, Norvegia, Svezia, Finlandia e Italia. Queste iniziative professionali sono state prese tutte nel quadro dell'adozione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Tutte sono destinate ad essere applicate in primo luogo sul territorio di uno Stato membro, ma le federazioni che le promuovono prevedono, in maggioranza, di estenderle prossimamente a livello comunitario o al di là dell'Unione europea, in particolare agli Stati Uniti. Progetti di cooperazione sono attualmente in corso tra la DMA americana e alcune delle sue omologhe europee attorno ad un registro di *opt-out* comune (21). Inoltre, alcune regolamentazioni nazio-

19) FEDMA, Fédération européenne du marketing direct. V. <http://www.fedma.org>

20) <http://www.e-robinson.com>

21) V. <http://www.e-mps.org> su "E-mail Preference Service" della DMA americana.

nali molto recenti seguono le orme delle iniziative private per assicurare, in caso di molteplicità di liste d'opposizione concorrenti, una coerenza a livello nazionale.

Queste constatazioni non permettono tuttavia di negare che lo **spamming** resta una **tentazione sotto sorveglianza**. Il fatto che si verifichino pochi casi di *spamming* in Europa può essere anche dovuto all'azione "anti-spam" dei fornitori d'accesso, europei e americani. Questa lotta quotidiana genera per questi operatori un costo supplementare finanziario, umano, tecnico e commerciale, proporzionale al numero degli abbonati. Alcuni di questi operatori si scambiano "liste nere" d'indirizzi di *spammer*, la cui pertinenza e legittimità è discutibile.

L'EuroISPA (22), che rappresenta la grande maggioranza dei fornitori d'accesso europei, conduce da più di due anni una lotta contro lo *spamming* e sostiene la tesi del consenso preventivo delle persone all'utilizzazione commerciale del loro e-mail, che, secondo questa associazione, è la sola a consentire il rispetto della direttiva 95/46/CE.

II. 3 - Dalla confusione degli approcci alla diversità delle pratiche

- **Confusione tra *spamming* e pubblicità indesiderata**

Per *spamming* s'intende generalmente l'invio massiccio e ripetuto di messaggi pubblicitari non richiesti proveniente da un mittente che maschera o falsifica la propria identità. Pertanto, esso costituisce evidentemente una forma di comunicazione pubblicitaria non richiesta. Esso si distingue tuttavia per il suo carattere massiccio, ripetuto e sleale. In sostanza, lo *spamming* è una forma di pubblicità indesiderata, ma non ogni pubblicità indesiderata è *spamming*.

In senso stretto una comunicazione pubblicitaria indesiderata presenta due caratteristiche: è una forma di pubblicità ed è indesiderata, ossia non è stata preventivamente richiesta dall'utente di Internet. In questo senso sembra orientarsi la direttiva 2000/31/CE, che non distingue tra messaggi pubblicitari destinati ai clienti di un'impresa, a un semplice visitatore, o ad un utente di Internet con cui il mittente del messaggio pubblicitario non è stato in contatto diretto in precedenza.

Se la grande maggioranza degli operatori europei nega di ricorrere allo *spamming*, resta però evasiva quanto all'intenzione di spedire messaggi non richiesti. Ma quanto più si distingue lo *spamming* dalle altre forme di pubblicità non richiesta, tanto meno si affronta la questione essenziale della raccolta dell'e-mail. Tuttavia, le condizioni di regolarità dell'invio di un messaggio non richiesto dipendono innanzitutto dalle condizioni in cui gli indirizzi elettronici sono stati raccolti.

- **Dalla casella da contrassegnare alla casella precontrassegnata**

Siti Web europei sempre più numerosi propongono una casella da contrassegnare, che permette all'utente di Internet di esprimere la propria scelta di ricevere o rifiutare messaggi pubblicitari. Numerose organizzazioni professionali europee raccomanda-

22) V. <http://www.euroispa.org>

no questa pratica, che va ben oltre il dispositivo previsto dalla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Taluni commercianti propongono però ancora moduli elettronici di raccolta di informazioni che contengono una casella già contrassegnata. Lo sviluppo di tali pratiche è contrario alla trasparenza e alla lealtà richieste dalla direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 e ha la sola utilità, nel contesto attuale, di rivelare la slealtà del commerciante.

- **Dal successo della casella da contrassegnare all' *opt-in***

Taluni operatori dichiarano ormai esplicitamente la scelta dell'*opt-in* - il consenso preventivo - che considerano come la soluzione più favorevole al commercio elettronico. Questa attuale chiara tendenza risulta da un calcolo commerciale che coincide con gli obiettivi di protezione di dati personali.

Infatti, anziché suggerire la fine di una relazione commerciale con l'offerta dell'*opt-in* (diritto d'opposizione), il commerciante invita l'utente di Internet a proseguire gli scambi: il "marketing autorizzato" è avviato. Questo modo di relazioni interattive - l'*opt-in* - offre molteplici vantaggi commerciali.

Esso favorisce la prestazione di un servizio richiesto dall'utente di Internet che, esprimendo le sue esigenze, fornisce informazioni ad alto valore aggiunto che possono essere classificate e preziate, oltre ad essere accompagnate dall'autorizzazione a trattarle. Diversamente dai registri di *opt-out*, che non possono essere venduti, i registri di *opt-in e-mail* possono essere vantaggiosamente utilizzati. La raccolta e l'utilizzazione commerciale dei dati basati sul consenso preventivo delle persone costituiscono al tempo stesso una fonte di profitto, un modello di nuovo finanziamento del commercio elettronico ed il miglior modo di garantire la rintracciabilità dell'uso dei dati raccolti.

In questo schema il commerciante che ha raccolto un'informazione può essere retribuito quando uno dei suoi partner utilizza questa informazione in un'operazione pubblicitaria. Il mittente dei messaggi pubblicitari, dal canto suo, ha la certezza di rivolgersi ad una popolazione ben disposta nei confronti delle sollecitazioni commerciali e ottiene una maggiore efficacia nell'invio dei suoi messaggi pubblicitari. Le imprese che rinunciano in questo modo a una politica di pubblicità "alla cieca" controproduitiva e impopolare, suscitano la fiducia degli utenti di Internet. Inoltre, quando l'utente chiede la soppressione delle informazioni che lo riguardano o l'origine della raccolta dei propri dati, chi invia i messaggi e chi ha raccolto inizialmente i dati possono essere in grado di indicargli precisamente in quale momento, a chi e perché ha fornito il proprio indirizzo e-mail.

Questa chiara tendenza al "marketing autorizzato" ha trovato una conferma in Europa ad una conferenza internazionale svoltasi a Parigi dal 12 al 15 settembre 2000 (www.webcommerce-europe.com) e in Finlandia la forma di un codice di deontologia del marketing diretto che prevede la garanzia del consenso preventivo.

II.4 - La necessità di un chiarimento

Testi comunitari che sembrano contraddittori, pratiche professionali divergenti e una netta tendenza a favore dell'*opt-in* rendono urgente un chiarimento europeo sulla questione.

- **Attualmente, cinque Stati membri hanno già adottato un regime di consenso preventivo (*opt-in*)** all'invio di messaggi pubblicitari non richiesti.

Quattro di essi (Austria, Danimarca, Finlandia, Italia) hanno optato per questo regime di protezione in occasione del recepimento del diritto nazionale della direttiva 97/66/CE. Il quinto, la Germania, pone anch'esso il requisito del consenso preventivo, ma su altre basi giuridiche.

- **Tra gli operatori sembra esistere una certa confusione** su quello che è loro possibile fare in Europa.

Questa confusione non sembra essere stata dissipata dal gran numero di testi applicabili all'invio di messaggi pubblicitari non richiesti e sembra rafforzata dall'opinione (erronea) diffusa fra gli operatori, secondo cui le disposizioni della direttiva 2000/31/CE sarebbero autonome e sufficienti. Le due direttive del 20 maggio 1997 sulla vendita a distanza e dell'8 giugno 2000 sul commercio elettronico, che considerano soltanto le condizioni in cui un messaggio elettronico non richiesto può essere inviato, non trattano in alcun modo delle condizioni di regolarità della raccolta dell'e-mail, che sono esclusivamente oggetto della direttiva 95/46/CE.

L'invio di un messaggio pubblicitario non richiesto è quindi disciplinato in Europa dall'applicazione combinata di quattro direttive che si applicano a tre situazioni radicalmente diverse, a seconda che il messaggio pubblicitario sia inviato a:

- un cliente o un cliente potenziale che ha fornito egli stesso il proprio e-mail al mittente (1) ;
- una persona il cui e-mail sia stato ottenuto dal mittente presso un terzo che lo ha ottenuto direttamente dalla persona interessata (2) ;
- un utente di Internet il cui e-mail è stato raccolto in uno spazio pubblico di Internet (sito Web, repertorio, lista di diffusione) a sua insaputa (3).

1. Il messaggio non richiesto è destinato ad un utente di Internet che ha fornito il proprio e-mail al mittente del messaggio in occasione di un contatto diretto. In base alla direttiva "generale" 95/46/CE, l'invio di messaggi elettronici pubblicitari è lecito, fermo restando il diritto di cui dispone l'utente di Internet di opporsi a ricevere tali messaggi e/o di opporsi alla comunicazione del suo e-mail a terzi. La direttiva "vendita a distanza" 97/7/CE, prevede che tutto è possibile, salvo "opposizione dichiarata" successiva ad un'informazione esplicita dell'utente di Internet. La direttiva "telecomunicazioni" 97/66/CE lascia agli Stati la scelta tra consenso preventivo (regime adottato a tutt'oggi da 5 Stati membri) e diritto d'opposizione. Infine, la direttiva 2000/31/CE impone a chi invia un messaggio pubblicitario sia di identificare chiaramente il carattere pubblicitario del messaggio, sia di consultare i registri d'opposizione esistenti. Paradossalmente, la direttiva "commercio elettronico" può

avere come conseguenza di impedire ad un'impresa di prendere semplicemente contatto con il proprio cliente se questi è iscritto su una lista d'opposizione.

2. L'indirizzo e-mail è stato fornito dall'utente di Internet ad un commerciante che ha in seguito ceduto il proprio schedario e-mail ad un terzo che lo utilizza per l'invio di materiale pubblicitario. In base alla direttiva 95/46/CE, la cessione di questo schedario di e-mail e la sua utilizzazione sono leciti se chi ha raccolto gli e-mail ha preventivamente informato gli utenti di Internet interessati del loro diritto di opporsi gratuitamente a tale cessione. In caso di raccolta in linea presso l'utente di Internet, l'articolo 14 della direttiva 95/46/CE dispone concretamente di apporre una casella da contrassegnare accompagnata da una chiara nota d'informazione sul modulo elettronico di raccolta, relativa al diritto d'opposizione alla cessione dei dati a terzi a fini commerciali.
3. L'indirizzo e-mail è stato prelevato negli spazi pubblici di Internet (newsgroup, repertori di e-mail, ecc.). In questo caso le persone interessate non hanno potuto opporsi preventivamente a tale raccolta. Questa pratica è vietata dalla direttiva del 1995. Viola il principio di finalità (articolo 6), è contestabile in relazione al principio di legittimità dei trattamenti (articolo 7[f]) ignora le disposizioni degli articoli 10 e 11 e viola l'articolo 14.

- **Per eliminare la confusione, occorre passare dal dibattito sulla regolarità di un invio pubblicitario al dibattito sulle condizioni di liceità della raccolta dei dati**

Nonostante il richiamo all'applicazione degli "altri obblighi posti dal diritto comunitario", la direttiva 2000/31/CE sembra affermare il principio secondo cui l'invio di un messaggio pubblicitario non richiesto sarebbe lecito se il messaggio è identificato come pubblicitario e offre la possibilità di limitarsi ad esso, ossia di riceverne uno soltanto e di poter fare immediatamente opposizione.

Ma imponendo gli stessi obblighi a tutti gli operatori, la direttiva sul commercio elettronico impone ad un operatore che si sia occupato degli interessi del proprio cliente e che l'abbia informato dell'uso commerciale del suo e-mail, di consultare una lista d'opposizione di carattere generale, nazionale, europea o transnazionale che potrebbe vietargli di informare tale cliente delle sue nuove offerte commerciali.

Precisare le condizioni di una raccolta lecita dei dati significa permettere al commerciante e all'utente di Internet di decidere della natura e del proseguimento dei loro rapporti in un clima di trasparenza. Se non vi è alcuna direttiva che impone chiaramente una soluzione di *opt-in* nella relazione diretta tra un commerciante e il suo cliente, sembra naturale applicare all'invio di messaggi elettronici pubblicitari le regole applicabili all'invio mediante dispositivi automatici di chiamata o fax, essendo comune il loro carattere intrusivo ed irresistibile.

Da un punto di vista storico, quanto minore è il costo dell'invio dei messaggi, tanto maggiori sono i rischi d'abuso. L'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari è di gran lunga la forma di invio di massa meno cara conosciuta finora. Inoltre, la protezione offerta alle persone è sempre stata adattata al rischio di violazione della tranquillità e della vita privata, secondo una gradazione che va dal diritto d'opposizio-

ne (uso del telefono) al consenso preventivo (uso dei dispositivi automatici di chiamata e del fax).

In definitiva, **la soluzione dell'opt-in sembra la più adatta a Internet**. Permette una gestione redditizia delle basi di dati di e-mail, mantiene la relazione personalizzata di un commerciante con un utente Internet e sembra corrispondere - gli Stati Uniti ne fanno l'esperienza - alle attese degli utenti di Internet. Essa offre inoltre la sicurezza di utilizzare un dato nel rispetto della volontà dell'utente di Internet. Come, infatti, essere certi che la persona a cui viene inviato un messaggio pubblicitario non sia iscritta in un registro d'opposizione? I fautori della soluzione *opt-out* non sanno dare, oggi, una risposta a questa domanda. La FEDMA, ad esempio, indica sul proprio sito Internet che sta procedendo ad una vasta indagine per repertoriare i registri d'opposizione esistenti.

La soluzione dell'*opt-out* non permette ad un operatore che desideri scrivere al proprio cliente di essere distinto da uno *spammer* che abbia trovato una "verginità" o una "legittimità di facciata" in registri d'opposizione. È facile immaginare che, a lungo andare, una soluzione di *opt-out* duratura richiederebbe, per ragioni di certezza giuridica, l'adozione di regole nazionali o comunitarie vincolanti miranti ad iscrivere tutte le opposizioni espresse in un registro internazionale unico, il cui effetto sarebbe moltiplicato: l'opposizione di un utente Internet a ricevere invii pubblicitari da uno o alcuni commercianti varrebbe per tutti. Di conseguenza, la soluzione del consenso preventivo a ricevere invii pubblicitari sembra favorire nel modo migliore i legami personalizzati che un operatore può avere - o cessare di avere - con un utente Internet.

L'*opt-in* non vieta l'invio di messaggi pubblicitari a clienti o a visitatori. Al contrario, lo autorizza. È sufficiente che l'informazione data all'utente Internet sia stata abbastanza chiara su questo punto. L'*opt-in* non vieta la cessione a terzi di dati forniti dagli utenti Internet, che deve restare subordinata, conformemente alla direttiva del 1995, ad un'informazione preventiva e all'esercizio di un diritto d'opposizione. L'*opt-in* non vieta la compilazione di elenchi di e-mail. Al contrario, è al centro del mercato degli schedari di indirizzi e permette la loro reale valorizzazione. L'*opt-in* vieta la raccolta e l'uso sleali dei dati. In tal modo, esso garantisce una protezione efficace dei dati personali, una certezza giuridica ai commercianti, un clima di fiducia e permette di non opporre più artificialmente la protezione dei dati personali alle attività del commercio elettronico.

II.5 Conclusioni

Almeno a partire dal 1995, l'Unione europea sostiene che la protezione offerta alle persone deve essere tanto più efficace quanto più elevato è il rischio di intrusione nella vita privata. Ci si può rammaricare che i meccanismi tecnici previsti dalla direttiva "commercio elettronico" non siano più adatti alle caratteristiche dell'invio di messaggi pubblicitari non richiesti (slealtà, intrusione, costi per il destinatario) e che la redazione del testo comunitario non abbia la chiarezza che in passato aveva permesso di stabilire una regola prevedibile e commisurata ai rischi. Negli Stati Uniti, intanto, sono state adottate leggi che prevedono sanzioni penali in alcuni Stati e gli operatori dell'*e-mail marketing* hanno scoperti i vantaggi commerciali del marketing autorizzato.

Oggi la situazione europea è ibrida. Da una parte, cinque Stati membri (Germania, Austria, Danimarca, Finlandia e Italia) hanno optato per un regime di consenso preventivo. D'altra parte, le imprese si organizzano per istituire i "registri negativi" previsti dalla direttiva 2000/31/CE. Infine, alcuni commercianti elettronici europei adottano modelli commerciali basati sull'*opt-in*. In questo contesto, la proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea il 12 luglio 2000 (23) interviene al momento opportuno. Il suo obiettivo è di rendere indipendente dalle tecnologie impiegate il quadro comunitario di protezione dei dati. La scelta dell'*opt-in* deve essere mantenuta, in particolare alla luce delle constatazioni della presente relazione sulla situazione americana ed europea. Inoltre, è opportuno cogliere questa occasione di conciliare legislazioni nazionali già divergenti - prima ancora del recepimento della direttiva "commercio elettronico" - per giungere ad una posizione comune circa il consenso preventivo.

Il "consenso" della direttiva 95/46 è concepito come l'esercizio assoluto da parte della persona dei diritti che gli sono riconosciuti. I teorici del marketing autorizzato sostengono che, una volta acquisito il consenso, tutto sarebbe possibile. Un tale approccio potrebbe favorire una protezione dei dati a due velocità: una protezione per i più sfavoriti, che si ridurrebbe via via che offerte commerciali indurrebbero le persone ad acconsentire a tutto, in particolare a non esercitare i propri diritti, e una protezione per gli altri, la cui agiatezza finanziaria garantirebbe l'indipendenza del consenso. Questo approccio va però meglio definito. Da una parte, il consenso può riguardare soltanto un trattamento la cui finalità deve essere determinata. La portata del consenso dipenderà quindi in pratica dalla chiarezza dell'informazione fornita alla persona. D'altra parte, il consenso è revocabile.

Le modalità di raccolta in linea del consenso devono essere precisate. La direttiva del 1995 dà una definizione stretta del consenso (articolo 2 [h]): è un atto positivo di volontà a favore di qualcosa. Si tratterebbe quindi, per essere certi che l'utente di Internet ha dato il suo consenso a ricevere messaggi pubblicitari, di rendere obbligatoria l'espressione della sua volontà in materia. La raccolta del consenso a ricevere messaggi pubblicitari potrebbe consistere in un campo da compilare nel modulo di raccolta di informazioni. Questa forma concreta di raccolta del consenso rispetterebbe la definizione data dalla direttiva del 1995: se l'utente di Internet non attiva egli stesso un campo riservato alla raccolta del suo consenso a ricevere messaggi pubblicitari, il consenso non potrebbe essere considerato come acquisito. Al tempo stesso, occorre la massima vigilanza sulla chiarezza dell'informazione dell'utente di Internet.

Applicato al momento della raccolta, questo meccanismo permette di raccogliere contemporaneamente i dati personali e le condizioni che la persona pone per il loro trattamento. Esso favorisce, per la sua stessa esistenza, le condizioni di una raccolta leale dei dati, principio basilare delle legislazioni europee. Permette un uso commerciale immediato e sicuro dei dati, nel rispetto dei diritti delle persone.

23) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, COM(2000) 385, GU C 365E del 19.12.2000.

La trasparenza propria del meccanismo del consenso preventivo deve oggi essere generalizzata e tutti devono comprendere che è dannoso allo sviluppo del commercio elettronico lasciare che gli utenti di Internet si interrogino sulla lealtà di un commerciante al momento dell'acquisto di un prodotto o di un servizio.