

NICOLA BRUTTI-BARBARA GRAZZINI

PROFILI CRITICI DEL MOBILE ADVERTISING

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo di indagine ed obiettivi del lavoro. — 2. *M-advertising* e *commitment* negoziale: cenni generali. — 3. Ecosistema dell'*m-ad* e « *smartphone wars* ». — 4. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su *m-advertising* e pratiche commerciali scorrette. — 5. *M-advertising* e riflessi nel campo del trattamento dei dati personali. — 6. *M-advertising* e violazione della *privacy* come possibile pratica commerciale scorretta ed atto di concorrenza sleale. — 7. Tutela dei minori ed *m-advertising*. — 8. Rilievi conclusivi e prospettive di indagine.

1. DELIMITAZIONE DEL CAMPO DI INDAGINE ED OBIETTIVI DEL LAVORO.

I *mobile media* sono stati oggetto di un vorticoso sviluppo nell'ultimo decennio, raggiungendo funzioni sempre più sofisticate, rispetto a quelle tipicamente ascrivibili ai classici *personal computer* portatili, da un lato, ed alla telefonia fissa, dall'altro. Il fenomeno tecnologico che va sotto il nome di convergenza ha segnato, inoltre, un avvicinamento del mondo delle telecomunicazioni, nato e fondato sulle reti, a quello della radiotelevisione, nato e fondato sui contenuti¹. Integrati con tecnologie in grado di garantire l'accesso ad Internet, gli *smartphone* hanno rivelato ben presto la propria vocazione comunicativa multidimensionale², combinando

* Il presente scritto è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

** I paragrafi 1, 2, 3 del presente contributo sono curati da Nicola Brutti. I paragrafi da 4 a 8 sono curati da Barbara Grazzini.

¹ Cfr. anche Commissione UE, Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative. Verso un approccio

alla società dell'informazione, COM (97) 623, 3 dicembre 1997; S. CHAKRABORTY (et al.), *IMS multimedia telephony over cellular systems: VoIP evolution in a converged telecommunication world*, Chichester: Wiley, 2007.

² Ciò significa che, possedendo un solo *mobile media*, si può ormai spaziare dalle comunicazioni interpersonali/interattive e localizzanti (voce, sms, dati), a quelle interpersonali/interattive non localizzanti (*e-mail*, *social network*, *chat*, *e-messengers*), sino alle comunicazioni *one to many* non localizzanti (radio, tv, stampa etc.) o localizzanti (basate su rilevazione dati GPS).

tra loro funzioni caratteristiche di *media* che, fino a poco tempo fa, erano reperibili solo separatamente. Ciò ha attratto investimenti, schiudendo, secondo un'opinione largamente condivisa, nuovo valore e mercati secondari³ e confermando le enormi potenzialità di questi prodotti, in termini di vantaggi, di efficienza economica e procompetitiva.

Con l'espressione *mobile advertising* (o, per brevità, *m-ad*) si intende l'*advertising* o comunicazione commerciale veicolata attraverso la telefonia mobile nelle sue diverse declinazioni. Tale prospettiva di indagine è orientata, dunque, alle dinamiche e peculiarità dell'*advertising* dovute all'uso di un certo *media*.

Conseguentemente, l'*m-ad* non si identifica necessariamente con la comunicazione commerciale che verte sul servizio di telefonia mobile in sé (es. piani tariffari), perché questa ha un contenuto circoscritto e non è necessariamente veicolata tramite *mobile media*, potendo apparire in tv o sulla stampa. Tanto meno il fenomeno è riducibile all'*advertising on-line*, seppure quest'ultimo ne costituisca ormai parte integrante (*Mobile Web Banner*, *banner* in cima alla pagina o *Mobile Web Poster*, *banner* ai piedi della pagina)⁴. Si pensi, *in primis*, all'*advertising* veicolato tramite sms, mms, giochi, video, audio durante l'interazione con centri servizi telefonici, messaggi veicolati durante la ricezione di *mobile TV*, comunicazioni intercalari (*full screen interstitials*) che appaiono mentre un *mobile content* o una *mobile web page* stia per essere visualizzata (*loading up*)⁵.

Consapevoli della vastità delle problematiche sollevate dal tema trattato, si è preferito, per il momento, svolgere una ricognizione a volo d'uccello su alcune di esse, indicando prospettive di dibattito e approfondimento.

Il percorso si articolerà nelle seguenti fasi: i) il ruolo della comunicazione pubblicitaria nella dinamica del *commitment* negoziale; ii) architetture dell'*m-advertising* in relazione alla *patent litigation*; iii) profili delle pratiche commerciali scorrette⁶ e trattamento

Cfr. E.B. CLEFF, *Regulating mobile advertising in the European Union and in the United States*, in *Computer Law & Sec. Rep.*, 24 (2008) 421-436; In., *Effective approaches to regulate mobile advertising: Moving towards a coordinated legal, self-regulatory and technical response*, in *Computer Law & Sec. Rep.* 26 (2010) 158-169.

³ Cfr. T.H. AU, *Anticompetitive Tying and Bundling Arrangements in the Smartphone Industry*, in *Stanf. Tech. L. Rev. Vol.* 16, n. 1, 2012, 190.

⁴ Su cui, si vedano, fra gli altri, A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, Milano, 2004, 10 ss.; A. FRIGNANI et al. (a

cura di), *La comunicazione pubblicitaria d'impresa. Manuale giuridico, teorico e pratico*, Milano, 2009, 312 ss.

⁵ *Ibidem*. Vedi anche, per una prima riflessione sull'applicabilità della disciplina in tema di *privacy* delle chiamate telefoniche anche ai messaggi testuali, G.S. LACY, *Mobile Marketing Derailed: How Curbing Cell-Phone Spam in Satterfield v. Simon & Schuster May Have Banned Text-Message Advertising*, in 6 *Wash J.L. Tech. & Arts* 33 (2010).

⁶ Cfr. in ottica di riflessione critica sulla sovrapposizione di rimedi e sui contorni della nuova fattispecie, P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche*

dei dati personali; *iv*) sovraesposizione di alcune fasce sociali (in particolare i minori) a nuovi rischi tecnologici e problema del *gap* temporale e qualitativo tra innovazione industriale e risposta giuridica.

2. M-ADVERTISING E COMMITMENT NEG●ZIALE: CENNI GENERALI.

I servizi di telefonia mobile, spesso accompagnati dalla cessione anche dell'apparecchio telefonico, sono oggetto di contrattazione standardizzata⁷. Qui prevale un'adesione tacita del cliente, sicché il contratto si conclude nel momento in cui egli acquista una *sim card* in grado di attivare la sua utenza. In sede di adesione, in particolare, si assiste ad una presunzione di conoscenza delle condizioni di contratto più dettagliate, data l'ampia pubblicizzazione di queste ultime tramite i più moderni *media*. Incombe, però, sul professionista la prova della loro conoscibilità (*ex art. 1341 c.c.*).

Quando si parla di comunicazione commerciale nei nuovi *media*, non si può fare a meno di rilevare la profonda metamorfosi che questi ultimi hanno provocato sulle stesse dinamiche negoziali. Nell'era contraddistinta dall'ascesa della telefonia mobile, si è avuto modo di rilevare come il messaggio pubblicitario, riguardante le opzioni tariffarie dei vari operatori, fosse di per sé in grado di costituire un'offerta al pubblico, in quanto integrato da condizioni generali del servizio, tramite rinvii ad apposite fonti di conoscenza agevolmente accessibili (pagine *web* istituzionali dell'operatore).

Il punto cruciale è rappresentato dalla fisiologica, e spesso preordinata, incompletezza nella descrizione dei costi connessi alla sottoscrizione di un determinato servizio. Gli addebiti effettivi per la fruizione del servizio rimangono oscuri grazie ad una complessa e raffinata strategia pubblicitaria che spesso rinvia l'utente ad altri mezzi di comunicazione per un'informazione più completa⁸.

Come vedremo, una delle caratteristiche dell'*m-ad* è costituita proprio dal fatto che le tariffe per servizio traffico voce e dati stanno progressivamente perdendo rilevanza a causa dell'affer-

commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile, in *Dir. ind.*, 2011, fasc. 1, 45 ss.

⁷ La figura è riconducibile alla prassi negoziale della predisposizione unilaterale di modelli contrattuali uniformi, composti da condizioni generali di cui all'art. 1341 c.c., ovvero sottoscrivibili mediante apposizione della firma in calce ai moduli o formulari di cui all'art. 1342 c.c. Cfr. C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli*

nel diritto privato, Napoli, 1975; V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975; S. RODOVÁ, *Il controllo delle condizioni generali di contratto*, in AA.VV., *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972.

⁸ Sia consentito rinviare, per maggiori dettagli bibliografici, a N. BRUTTI, *La telefonia mobile. Profili giuridici*, Torino, 2009, 43 ss. e, comunque, v. *infra* par. 4.

marsi di nuove piattaforme e app che svolgono analoghe funzioni gratuitamente.

Essenzialmente le tecniche di veicolazione dell'*advertising* nella telefonia mobile si possono suddividere in due categorie: *push* e *pull* (letteralmente spingi e tira)⁹. Nel sistema *push*, che presenta multiformi criticità, specie sotto il profilo dell'effettività del diritto di recesso e di tutela della *privacy*, il cliente viene inserito (molto spesso senza corrette modalità di acquisizione del consenso) in una lista di destinatari di messaggi promozionali. Pertanto, il suo apparecchio verrà abilitato automaticamente alla ricezione di una serie di messaggi e, addirittura, sarà soggetto all'installazione di vere e proprie applicazioni, che, senza che l'utente se ne accorga, permetteranno l'elaborazione di dati personali e la ricezione di contenuti ad essi pertinenti¹⁰. La trasparenza dell'*m-advertising* ed il consenso dell'interessato a riceverlo appaiono qui fortemente condizionati dalle tecnologie impiegate per veicolarlo. Come evidente, la difficoltà di collegare univocamente l'invio di tali contenuti ad un determinato mittente, considerata la pluralità di attori presenti nella catena del valore dell'*m-advertising*, rende l'esercizio del diritto tutt'altro che agevole¹¹. Il meccanismo descritto comporta di solito un sostanziale anonimato del mittente, richiedendo però l'individuazione di *technological gatekeepers* che potrebbero essere il gestore del sistema operativo o l'operatore telefonico, a seconda della tecnologia utilizzata nello specifico¹².

Nel sistema *pull*, invece, il materiale è inviato volta per volta, su specifica richiesta del destinatario, ciò che comporta un grado inferiore di invasività.

L'*m-advertising* risente prima di tutto delle caratteristiche del mezzo per il fatto che i *mobile media* seguono la persona praticamente ovunque, consentendo di orientare i messaggi sulla base del

⁹ Cfr. M. DE MIGUEL MOLINA, *Self-regulation of Mobile Marketing Aimed at Children: An Overview of the Spanish Case*, in *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol. 2, n. 3, 2007, 80-93; AGCM-AGCOM, *Indagine conoscitiva riguardante le condizioni di mercato e concorrenziali attuali e prospettive dei servizi SMS (Short Message Service), MMS (Multimedia Messaging Service) e dei servizi dati in mobilità (SDM)*, Allegato A alla Delibera n. 251/09/CONS, 52 (ultima consultazione 29 agosto 2013 all'indirizzo: <http://www.agcom.it/default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=304>).

¹⁰ Per approfondimenti sugli *hidden costs* sottesi all'*m-advertising module*, vedi l'intervista al Prof. Y.C. HU (Purdue University), *Free apps drain smart-*

phone energy on « advertising modules », in *Science Daily*, (2012, April 4) consultata il 13 luglio 2013 all'<http://www.sciencedaily.com/releases/2012/04/120404144321.htm>.

¹¹ Basti pensare al dualismo fornitori di contenuti e servizi in Internet — gestori dei servizi di comunicazione mobile, per rendersi conto della complessità della questione.

¹² Cfr. A. HAMDANI, *Gatekeeper Liability*, 77 *S. Cal. L. Rev.*, 83 (2003). Sulle condizioni per una *mere conduit exemption*, cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 22 ottobre 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it* (ricorsi Wind, Vodafone, TIM); Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 12 aprile 2011, n. 2256 (in tema di corresponsabilità dell'operatore telefonico per omesse informazioni sui cd. servizi a sovrapprezzo).

profilo e dell'ubicazione del destinatario, su dati aggiornabili in tempo reale¹³. Ciò, da un lato, presenta un enorme potenziale di benefici e di servizi innovativi da mettere a disposizione della clientela, ma, dall'altro, dischiude orizzonti particolarmente intrusivi e minacciosi per la *privacy*.

Chi è in grado di valutare se la raccolta e l'elaborazione di miei dati personali finalizzate ad offrirmi nuovi servizi o prodotti siano realmente utili e desiderabili da me, se non io stesso? Ma, quanto è ampio il *gap* tra affermazione di un principio dominicale (*ius excludendi alios*) nell'ambito dei dati personali e possibilità di monitoraggio sulla circolazione dei propri dati?

Il diritto sconta qui due importanti ritardi: il primo verso le tecnologie, il cui funzionamento dovrebbe essere, ma non sempre è, in linea con i suoi precetti, senza che il giurista possa avvedersene tempestivamente; l'altro economico, strettamente collegato al primo, laddove i costi dell'applicazione di certe regole risultano in molti casi superiori ai benefici che derivano da una loro sostanziale elusione.

Ammesso che i predetti ritardi siano incolmabili, l'ipotesi di equiparare protezione delle informazioni personali riguardanti i consumatori — in epoca di pervasivo *data mining and processing* — e protezione del diritto delle imprese di comunicare (*commercial speech*) a terzi dati dei propri clienti, per finalità commerciali, desterebbe non poche perplessità, soprattutto nell'ambito della nostra Costituzione¹⁴.

In alcuni casi, l'assenza *prima facie* di una finalità commerciale potrebbe autorizzare l'impresa (o un soggetto pubblico) a inviare messaggi anche senza il preventivo consenso dell'interessato¹⁵. Secondo l'orientamento espresso dal Garante per la protezione dei dati personali, tuttavia, non sembrano sufficienti né l'esercizio della libertà di comunicazione e d'espressione del gestore, che deve attenersi, invece, solo a comunicazioni strettamente connesse

¹³ Sulle vaste implicazioni per le modalità della comunicazione e della stessa socialità, V. ZEN● ZENCOVICH, *Prefazione* al volume di A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Milano, 2006, XVIII; J.P. HEURTIN, *La téléphonie mobile, une communication itinérante ou individuelle? Premiers éléments d'une analyse des usages en France*, in *Revue de Communication - Technologie-Société*, 1998, vol. 16, n. 90, 37-50; L. GIOBBI, *Per una sociologia delle mobilità. Le nuove trame della società postmoderna*, Milano, 2010; M. SHELLER, J. URRY, *The new mobility paradigm*, in *Environment and Planning*, volume 38, 2006 207-226.

¹⁴ Cfr., in senso critico nel panorama statunitense, E.B. CLEFF, N.J. KING, *NCTA v. FCC: do commercial free speech justifications trump consumers' personal data protection rights? Answer to shape mobile advertising industry* in *Int. J. of Private Law*, 2010, vol. 3, n. 1/2, 1-42; D. KEATS CITRON, L. MELTZER HENRY, *Visionary Pragmatism and the Value of Privacy in the Twenty-First Century*, 108 *Mich. L. Rev.* 1107, 1116 n. 26 (2010); D.C. Circuit Opinion: *NCTA v. FCC*, 555 F.3d 996 (D.C. Cir. 2009).

¹⁵ Parere, 12 marzo 2003, in *Boll. n. 37/03, SMS di pubblica utilità: le regole per il corretto uso*, in www.garanteprivacy.it.

alla funzionalità del contratto in essere per cui il trattamento dei dati è autorizzato, né generiche istanze di pubblica utilità, se non in casi di pericolo imminente per la persona, interessi cioè in grado di sopravanzare nettamente il contrapposto diritto alla *privacy*¹⁶. La possibilità di prescindere dal consenso dell'interessato e l'elusione delle regole sulla *privacy* rappresentano, come dimostrato dalla più recente analisi economica del diritto¹⁷, una delle maggiori opportunità di vantaggio competitivo nell'arena delle comunicazioni elettroniche. Sicché la violazione di tali norme, oltre alle sanzioni specifiche di settore, potrebbe prefigurare anche scenari di illecito anticoncorrenziale, non meno rilevanti¹⁸.

La natura dell'*advertising* sta, quindi, mutando rapidamente: sempre più curvata sulla peculiarità del servizio offerto in mobilità e sul binomio *data profiling*/localizzazione geografica, vero e proprio costo occulto, a fronte dell'offerta di applicazioni gratuite. La proprietà intellettuale assume, come si vedrà, la veste di porta di accesso per nuove forme di *advertising* e quest'ultimo diviene moneta di scambio per i servizi, con una singolare combinazione/confusione di ruoli tra servizi a valore aggiunto e *advertising* stesso¹⁹.

Se i *mobile media* risultano adatti a permeare il mercato ed attrarre utenti, offrendo nuove funzionalità e servizi in gran parte gratuiti, si deve guardare con attenzione alla *policy* in materia di protezione dei dati personali. Rimane da intendere chi dovrebbe farsi carico di un procedimento corretto e trasparente di trattamento dei dati e di una completa e corretta informazione, in presenza di una strutturale difficoltà di tracciare il percorso dei dati personali e di risalire all'origine del consenso (sul punto vedi, comunque, *infra* cap. 5)²⁰.

Un ruolo insostituibile deve essere senz'altro riconosciuto alle forme di regolamentazione dirette a coinvolgere il più possibile gli operatori del settore, anche in chiave di *self-regulation* o, ancor meglio, di coregolamentazione, come avviene per i codici deontologici adottati in attuazione della disciplina sul trattamento dei

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. D.L. BAUMER, J. BRANDE EARP, P.S. EVERS, *Tit for Tat in Cyberspace: Consumer and Website Responses to Anarchy in the Market for Personal Information*, in *North Carol. J. of L. & Tech.*, vol. 4, 2, 2003, 241 ss.

¹⁸ Per un caso nostrano di intreccio fra norma di protezione della *privacy* e concorrenza sleale: Trib. Roma, Sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale, 26 luglio 2007, in *Corr. giur.*, 2008, fasc. 6, 839-848 con nota di S. SERAFINI, *La violazione delle norme sulla privacy nell'attività di telemarketing:*

una fattispecie « inedita » di concorrenza sleale?

¹⁹ Cfr. L. SHAVER, *Illuminating Innovation: From Patent Racing To Patent War*, in 69 *Wash & Lee L. Rev.*, 1891 (2012), 1933 ss.

²⁰ Per un approfondimento sul tema, cfr. N.J. KING, *Direct Marketing, Mobile Phones, and Consumer Privacy: Ensuring Adequate Disclosure and Consent Mechanisms for Emerging Mobile Advertising Practices*, in 60 *Fed. Comm. L.J.*, 229 (2008); E.B. CLEFF, *Regulating mobile advertising in the European Union and in the United States*, cit., 434.

dati personali ed emanati dal Garante stesso ed alla cui redazione sono chiamati i soggetti più rappresentativi degli interessi del settore²¹. Sul piano internazionale, si rileva come la *Mobile Marketing Association* (MMA)²² e l'*Interactive Advertising Bureau* (IAB)²³ abbiano pubblicato delle *guidelines* con valenza di *best practices* (una sorta di *self-regulation* priva di sanzioni) che offrono — al momento — un quadro tecnicamente aggiornato delle diverse prassi e delle cautele da adottare in sede di m-ad. In particolare, la versione più aggiornata è costituita dalle *Mobile Application Advertising Measurement Guidelines*, redatte congiuntamente da MMA, IAB e Media Rating Council²⁴.

3. ECOSISTEMA DELL'M-AD E « SMARTPHONE WARS ».

Nel contesto dell'*e-advertising*, elevando a sistema quella dinamica già osservata nel *product placement*, la pubblicità viene sempre più individualizzata, basandosi sulla disponibilità dei dati personali dell'utente. Il suo valore patrimoniale non è più intrinseco alla singola campagna e predeterminato nei rapporti tra committente ed appaltatore, ma diviene relazionale, coinvolgendo una serie di intermediari tecnologici (che si interpongono nella catena comunicativa presso il pubblico). Il prezzo può misurarsi in rapporto alla effettiva fruizione-circolazione della pubblicità, calcolandolo sulla base del volume di contatti ottenuti.

Nella convergenza tecnologica che caratterizza l'm-ad, si assiste ad un passaggio ulteriore. Il *mobile media* può ricevere messaggi da una linea telefonica, da una pagina *web* o da una *mobile application* o da altri collegamenti attivati localmente. È sempre a portata di mano e raramente disattivato, in quanto destinato in primo luogo alla comunicazione interpersonale e considerato, ormai, parte della sfera intima dell'individuo. Il *quid pluris*, di cui si è detto, è, perciò, costituito dalla ancor più organica interazione tra comunicazione commerciale e dati personali dell'utente, destinatario di una pervasiva e diuturna interlocuzione e costantemente seguito nei suoi spostamenti tramite la sua permanente loca-

²¹ Si veda l'art. 140 del Codice per il trattamento dei dati personali, con riferimento al codice deontologico per il trattamento dei dati finalizzato ad attività di *direct marketing*, vendita diretta e vendita a distanza, non ancora fatto proprio dal Garante, ma vigente a livello esclusivamente autodisciplinare, con istituzione di un apposito Giurì sul modello del Giurì per l'autodisciplina pubblicitaria. Cfr. anche A. FRIGNANI et al. (a cura di), *La comunicazione pubblicitaria d'impresa*, cit., 333, men-

tre il provvedimento del Garante è il n. 13, del 28 febbraio 2008, in G.U., n. 59, 10 marzo 2008.

²² Cfr. MMA, *Mobile advertising guidelines*, vers. 5.0, 2011 (<http://www.mma-global.com/mobileadvertising.pdf>).

²³ IAB, *Mobile advertising guidelines* (http://www.iab.net/iab_products_and_industry_services/508676/mobile_guidance).

²⁴ Si tratta della *Version 1.0, Final release July 2013*, reperibile sul sito di cui alla nota precedente.

lizzazione (*location based services*)²⁵. Sulla falsa riga di quanto riscontrabile nell'*e-advertising*, il calcolo dei corrispettivi è effettuato direttamente tramite tracciamento delle interazioni degli utenti con i messaggi pubblicitari: chi vuol farsi pubblicità paga un prezzo a seconda del numero di *views*, o *cost per impression*, o numero di *click*, o *cost per click*. Uno dei modelli più diffusi di *pricing* nel *mobile advertising* è, inoltre, conosciuto come *Cost Per Install* (CPI) e scatta per ogni installazione di un'applicazione²⁶ sul telefonino da parte dell'utente. Il modello CPI può essere poi suddiviso in *incent* o *non incent* a seconda che siano riconosciuti, in concomitanza con l'installazione, anche crediti o punti virtuali attraverso i quali ottenere altri giochi o applicazioni. Anche qui il meccanismo di accreditamento virtuale può essere subordinato, e quindi trovare un proprio — più o meno assentito — sinallagma, nella ricezione o visione di messaggi pubblicitari *una tantum* o con una certa cadenza.

Un procedimento atto a mostrare al consumatore su Internet un *advertisement* in cambio dell'accesso ad un « media product » pone il problema della sua qualificazione giuridica, oltre che della sua tutela quale oggetto di proprietà intellettuale. Nel caso *Ultracomercial v. Hulu* la Corte ha statuito che la richiesta di tutela brevettuale poteva essere accolta argomentando che il processo illustrato « *disclose a practical application* » of « *the mere idea that advertising can be used as a form of currency* »²⁷. Un originale sistema di pagamento, dunque.

In linea di principio, nulla impedisce di aderire ad un patto dove si accetti di ricevere pubblicità (per esempio via *e-mail*) a fronte della disponibilità di un bene o di un servizio, senza altri costi. Dal punto di vista degli utenti, però, è importante un'informazione trasparente sul punto, in quanto altrimenti la pubblicità potrebbe divenire un costo occulto, in termini di ridotta *privacy*, a fronte della fruizione « gratuita » di certi contenuti/servizi²⁸. Per

²⁵ Cfr. S. RODOTÁ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 740 ss. F. PIZZETTI, *Uomini e dati. Evoluzione tecnologica e diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*, 2011 fasc. 9, pt. 5, 230-240.

²⁶ Corredata da *advertising*.

²⁷ Cfr. *Ultracomercial, LLC v. Hulu, LLC* 657 F.3d 1328 (Fed. Cir. 2011), *cert. granted, judgment vacated sub nom. WildTangent, Inc. v. Ultracomercial, LLC*, 132 S. Ct. 2431 (2012). Cfr. per ulteriori approfondimenti, R.D. SWANSON, *Section 101 and Computer-Implemented Inventions*, in 16 *Stan. Tech. L. Rev.*, 167 (2012).

²⁸ Cfr. sul punto l'interessante deci-

sione dell'AGCM del 17 febbraio 2000, n. 8051, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3361. Il provvedimento riguardava un caso di pubblicità ingannevole di un'offerta: costituisce pubblicità ingannevole il messaggio, diffuso a mezzo stampa, contenente condizioni specifiche e onerose di fruibilità dell'offerta a carico del consumatore e cioè, nello specifico, l'obbligazione di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, che, perciò stesso, deve essere considerata come vera e propria prestazione passiva; ai sensi dell'art. 10, 1° comma, D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185, in materia di contratti a distanza, l'impiego — da parte di un fornitore del telefono — della posta elettronica, di sistemi automatizzati di

non parlare di altre conseguenze, quali consumo energetico e ridotte prestazioni dovute ad usura dei componenti (batteria), che il destinatario dovrebbe sopportare²⁹. Nel caso l'informazione e il consenso difettino, tuttavia, la ricezione sistematica della pubblicità, più che essere avvertita come corrispettivo per la fruizione di un servizio o la cessione di un prodotto³⁰, appare un'interferenza di dubbia liceità, in quanto imposta unilateralmente.

Se le potenzialità di guadagno sono proporzionali alle capacità di raccolta pubblicitaria, queste ultime dipendono dalla quantità di destinatari che si riesce ad agganciare. Più contatti e momenti di interazione con l'utente si ottengono, più elevati saranno i profitti. La pubblicità diviene, sempre più, moneta di scambio (*currency*), dischiudendo la prospettiva dell'*m-advertising exchange*.

Se si volge l'attenzione più in alto nella catena distributiva, i *revenue-sharing agreements* consistono nella ripartizione dei proventi del servizio offerto tra fornitore dei contenuti e operatore telefonico, secondo aliquote o criteri (di determinazione delle aliquote) prestabiliti³¹. Nel nostro caso, il titolare del sistema operativo includerà una varietà estremamente ampia di applicazioni o contenuti, corredandoli (variamente) di pubblicità; in un secondo momento riconoscerà ai fornitori di tali contenuti ed applicazioni una quota prestabilita dei guadagni corrispondenti al numero di contatti registrati (verso quella determinata applicazione o quel contenuto). Se ogni contatto con la pubblicità X vale 0,10 euro e le percentuali sono ripartite 70% e 30% tra gestore del sistema operativo e fornitore della app³², in presenza di 1.000.000 di contatti al giorno, al gestore andranno 70.000 euro, al fornitore 30.000 euro al giorno per la pubblicità X. I diversi attori del processo comunicativo (fornitori di contenuti, sviluppatori di applicazioni, titolari di applicazioni e di sistemi operativi, operatori telefonici) si dividono i guadagni derivanti dai contatti pubblicitari. La parte del leone è di norma ascrivibile a chi detiene una posizione di controllo dei dati personali degli utenti, in quanto, tra

chiamata senza intervento di un operatore o di un fax, richiede il consenso preventivo da parte del consumatore; pertanto l'ordinamento riconosce a quest'ultimo il diritto di non essere destinatario di comunicazioni d'impresa veicolate attraverso talune tecniche di comunicazione a distanza, trattandosi di diritto disponibile, per effetto del consenso esplicito e preventivo e sicuramente negoziale; per tale ragione, la circostanza che l'operatore subordini la prestazione di un servizio qualificato come gratuito all'atto di disposizione di questo diritto non è indifferente ai fini della valutazione relativa alla qualificazione dell'offerta.

²⁹ Cfr. l'intervista a C.Y. HU (Purdue University), *cit.*

³⁰ Cfr. *Ibidem.*

³¹ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 22 ottobre 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In particolare, v. Y. Ji, *Why the Google Book Search Settlement Should Be Approved: A Response To Antitrust Concerns And Suggestions For Regulation* [2011] in *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, vol. 21.1, 236.

³² Resta salva ovviamente l'applicazione delle tariffe da parte dell'operatore in relazione al traffico dati eventualmente effettuato sulla sua rete.

l'altro, incaricato di quantificare i suddetti contatti (*anti-competitive revenue-sharing agreements*): tale potere, se non adeguatamente controllato, potrebbe comportare in concreto una determinazione unilaterale del corrispettivo.

Sulla falsariga del noto caso Microsoft si è assistito a vicende competitive che, un tempo radicate nei media più tradizionali, come i *pc* basati su Internet, sono divenute ubiquie investendo la piattaforma dei telefoni mobili³³. Google, ad esempio, ha sviluppato un sistema operativo mobile chiamato Android. I sistemi operativi mobili controllano il funzionamento di un telefono mobile, svolgendo una funzione simile, ma ancor più estesa, rispetto a quella rivestita, per *pc* e portatili, da Windows, Mac OS X o Linux.

Il successo di Android, da subito evidente, è in vertiginoso aumento. Si è sostenuto, da parte di alcuni, che, con molti dei servizi e delle applicazioni significative per l'esperienza Android, si sarebbe finito per prediligere un'impostazione di *closed-source* di matrice fortemente proprietaria³⁴ attraverso una serie di accordi di esclusiva con i principali produttori di telefoni mobili ed operatori (*carriers*) del settore. Gli accordi anticompetitivi di esclusiva con i quali si impone ai produttori di apparecchi di privilegiare l'utilizzo di propri sistemi operativi e piattaforme di applicazioni (*unlawful exclusive arrangements*), attraverso cui veicolare l'*mad*, garantiscono il mantenimento ed il rafforzamento di posizione dominante. Secondo altri, l'acquisizione di società titolari di vasti portafogli brevettuali avrebbe permesso di creare un arcipelago di brevetti, frammentando sistemi già brevettati e rendendo meno nitide eventuali violazioni³⁵. Tali iniziative — secondo quest'opi-

³³ ICOMP (*Initiative for competitive on-line marketplace*), Google under the antitrust microscope, consultabile su www.i-comp.org/en_us/resources/resources/.../122, 15 ss..

³⁴ *Ibidem*. Sulle criticità per l'innovazione legate ad un ampio riconoscimento di diritti di brevetto, E. MUELLER, I. COCKBURN, M. MACGARVIE, *Access to intellectual property for innovation: Evidence on problems and coping strategies from German firms*, in *Research Policy*, 2013, 42(2):529-541.

³⁵ Di *thicket of patents*, come tratto distintivo dell'odierna industria degli *smartphone*, tratta M.A. CARRIER, *A Roadmap to the Smartphone Patent Wars and FRAND Licensing*, CPI ANTITRUST CHRON., Apr. 2012, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050743 e, in generale, v. anche le riflessioni critiche di R. POSNER, *Why There Are Too Many Patents in America*,

ATLANTIC (July 12, 2012, 10:20 AM), <http://www.theatlantic.com/business/archive/2012/07/why-there-are-too-many-patents-in-america/259725/> (Nov. 14, 2012), nonché gli studi pionieristici di I. COCKBURN, I.M. MACGARVIE, E. MUELLER, *Patent Thickets, Licensing and Innovative Performance*, in *Industrial and Corporate Change*, 2010, 19(3), 899-925. Di *defensive patenting* discorre L. SHAVER, *Illuminating Innovation: From Patent Racing To Patent War*, cit., 1934. Cfr. sul punto F. MUELLER, *Patents: Oracle wants a huge cut of Google's mobile advertising revenue plus compensation for fragmentation of Java*, Tuesday, June 7, 2011, <http://www.fosspatents.com/2011/06/oracle-wants-huge-cut-of-googles-mobile.html>. Sull'esperibilità dei rimedi antitrust avverso i titolari di *patents essential to a standard* (SEP) che richiedano *royalties* eccessive ai potenziali licenziatari, si veda la sentenza del BGH del 6 maggio 2009 -

nione — avrebbero comunque influito, a prescindere dalla loro liceità, sull'espansione del potere di mercato, detenuto quale motore di ricerca di Internet, in mercati derivati ed innovativi come quelli sviluppatisi con la diffusione degli *smartphones*.

In quella che è stata definita *smartphone war*, ha suscitato interesse anche la strategia difensiva adottata da Google³⁶, avverso le contestazioni di *patent infringement* e di comportamenti concorrenziali sleali mosse da chi, come Skyhook o Oracle³⁷, lamenta di aver subito danni dal colosso di *Mountain View*. Si fa riferimento a due importanti *patent trials*, nel primo dei quali Skyhook ha sostenuto che Google, in contrasto con le trattative in essere, avrebbe indotto³⁸ i due maggiori produttori di *smartphone* supportati dal sistema Android ad abbandonare la partnership con Skyhook, in modo da promuovere il *location service* di Google che, ad avviso di Skyhook, violava alcuni dei suoi brevetti.

Da una prima osservazione degli scenari e delle strategie adottate nel contenzioso in esame, emerge ancora una volta la complessità del tema dell'estensione della proprietà intellettuale³⁹. Come noto si contrappongono due visioni: una versione minimalista, sulla scorta dell'idea libertaria di Internet. Questa tornerebbe senz'altro utile, come un *passepartout*, quando vogliano insinuarsi dubbi sull'originalità del percorso che ha condotto i diretti concorrenti all'elaborazione e commercializzazione del prodotto. Il secondo approccio, più severo e dominicale, soccorrerebbe per far osservare gli accordi di esclusiva che rivestono un ruolo di primo piano all'interno del mercato dei *mobile media*⁴⁰.

Ma ecco che l'*m-advertising* riemerge con prepotenza laddove si passi ad indagare il tema, di portata generale, dei criteri di quantificazione dei danni da eventuali violazioni di private.

KZR 39/06 (GRUR, 2009, 694 ss.) da cui ha preso le mosse un nutrito contenzioso e un dibattito in sede di Commissione UE. Cfr. P. CAMESASCA et al., *Injunctions for standard essential patents: justice is not blind*, in *Jnl. of Competition Law & Economics* (2013) 9 (2): 285-311.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cfr. nota 32. I due casi sono, al momento in cui si scrive, ancora pendenti innanzi alle giurisdizioni statunitensi. Cfr. F. MUELLER, *Patents: Skyhook v. Google patent trial slips into 2014 as result of consolidation of two lawsuits*, Friday, March 2013, <http://www.fosspatents.com/2013/03/skyhook-v-google-patent-trial-slips.html>.

³⁸ Una delle pressioni è rappresentata dall'invito ad aderire ad un progetto rivolto a preservare l'integrità e funzionalità del sistema Android, prevenendo potenziali incompatibilità tecnologiche tra diversi

prodotti (*Android Compatibility Program*). Cfr. *Ibidem*.

³⁹ Cfr. *Ibidem*, e, in generale, sulla natura flessibile della proprietà intellettuale, P. SPADA, *Les enjeux des « exceptions et limitations » au droit d'auteur et la mystique dominicale de la propriété intellectuelle*, (Relazione al Convegno su « Les exceptions au droit d'auteur », Parigi, 21 marzo 2011), in *Dir. aut.*, 2012, fasc. 1, 1-11.

⁴⁰ Significative, in tal senso, le similitudini tra le strategie di mercato che hanno dominato le due grandi « ere geologiche » della comunicazione elettronica, *personal computer* (dominata da Microsoft) e *mobile media* (dominata da Google-Android e, seppur in prospettiva decrescente, da Apple). Si veda T.H. AU, *Anticompetitive Tying and Bundling Arrangements in the Smartphone Industry*, in *Stanf. Tech. L. Rev. Vol.*, 16, n. 1, 2012, 190 nota 5, 191 ss.

timo aspetto è reso particolarmente problematico dalla complessa strategia di *pricing* sottostante alla cessione di prodotti/servizi agli utenti. Come noto, il sistema operativo e le relative app sono messi a disposizione degli utenti, almeno per il momento, a titolo gratuito, o ad un prezzo molto basso, risultandone, sulla carta, un'estrema esiguità delle eventuali *royalties* attribuibili alla vittima delle violazioni. Invero, la gran parte dei profitti derivano dagli accordi per la messa a disposizione di spazi per l'*advertising*, basati sulla frequenza dei contatti, così come misurati dal titolare del sistema operativo.

La questione dei danni da violazione di brevetti porta ad interrogarsi sulla peculiarità del modello di *business* che contempla, da un lato, una remunerazione della proprietà intellettuale apparentemente molto bassa, ma, dall'altro, elevati profitti derivanti dall'*advertising*. Nel calcolare i danni alla proprietà intellettuale, secondo un criterio di *full compensation*, si dovrebbe tenere conto anche di quest'ultimo elemento?

Sulla scia di quanto asserito dai consulenti di Oracle nella causa promossa contro Google, si è ipotizzato di includere ai fini della quantificazione del danno (mancata corresponsione di *royalties*), proprio le *advertising revenues*, incluse quelle derivanti da *mobile searches*⁴¹. Tale criterio presuppone che la scelta del particolare *business model* sia sindacabile in giudizio, avallando un'impostazione unitaria del prodotto/servizio di cui l'*m-advertising* sarebbe da considerare parte integrante. Tuttavia, chi può dire se Oracle avrebbe adottato lo stesso sistema remunerativo basato sull'*m-ad* per i suoi brevetti, stipulando gli accordi di *revenue-sharing*? Tra eventuali violazioni e mancati guadagni il nesso pare assai flebile. L'orientamento comprensivo sopra descritto, inoltre, sembra suscitare qualche dubbio, in quanto si avallerebbe un sindacato giudiziale pervasivo circa i *comparative advantages* inerenti a quel *business model*, a discapito della prova dei mercati⁴². Altra critica, considerata la velocità evolutiva e la complessità di questo genere di prodotti, è che gli effetti lesivi dell'illecito mostrano contorni incerti, soprattutto a distanza di tempo⁴³.

Non sembra, però, da escludere che lo stesso criterio risarcitorio possa essere valorizzato nell'ambito della tutela collettiva dei

⁴¹ Le violazioni, tuttavia, sono state recentemente escluse: Oracle America, Inc. v. Google Inc., n. 10-03561 (N.D. Cal. 2012), cfr. <http://jolt.law.harvard.edu/digest/software/oracle-america-inc-v-google-inc>; Oracle America Inc. v. Google Inc., Case 3:10-cv-03561-WHA Document 1202 Filed 05/31/12, 1-41 (consultabile all'https://www.eff.org/sites/default/files/Alsup_api_ruling.pdf).

⁴² La condotta, nonostante gli effetti collaterali, potrebbe, infatti, rivelare una maggiore efficienza (rispetto ad altre opzioni), comportando effetti benefici per i consumatori. Cfr. F.H. EASTERBROOK, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, 76 Geo. L. J. 305, 306 (1987-1988); Id., *Comparative Advantage and Antitrust Law*, 75 Cal. L. Rev. 983 (1987).

⁴³ *Ibidem*.

consumatori, qualora sia riscontrata una pratica commerciale scorretta (azioni di classe).

Sotto il profilo *antitrust*, come testimoniato dall'esperienza statunitense, la tensione risiederebbe nell'alternativa tra necessari incentivi di lungo termine, a favore della stabilità del *patent system*, così come ridefinito nell'era degli *smartphone*, e il, pur legittimo, desiderio dei consumatori di avere prodotti e servizi innovativi in tempi rapidi, a prezzi molto contenuti⁴⁴.

4. L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO SU M-ADVERTISING E PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

Dal 1992, quando, con il decreto legislativo del 25 gennaio n. 74 (di attuazione della direttiva 84/450/CEE), fu introdotto in Italia il controllo amministrativo sulla pubblicità ingannevole, demandato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la tutela avverso i contegni comunicazionali scorretti si è via via ampliata, sia dal punto di vista dell'*enforcement* sia da un punto di vista sostanziale.

Quanto al primo aspetto, ai poteri inibitori si sono aggiunti nuovi strumenti di coazione: irrogazione di sanzioni pecuniarie, adozione di misure cautelari, accertamenti ispettivi, valutazione ed eventuale accoglimento di impegni da parte dell'impresa⁴⁵.

Sotto il secondo profilo, invece, mentre dapprima l'ambito di applicazione del D.Lgs. 74/1992 era circoscritto alla sola pubblicità ingannevole, successivamente, con il D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 67⁴⁶, esso veniva esteso alla pubblicità comparativa. Il

⁴⁴ Cfr. D.J. KAPPOS, *Investing in America's Future Trough Innovation: How the Debate over the Smart Phone Patent Wars (Re)Raises Issues at the Foundation of Long-Term Incentive Systems*, in 16 *Stan. Tech. L. Rev.* 485 (2013) 487. Simili valutazioni potrebbero investire, non solo la preinstallazione di apps e sistemi operativi «preferiti», ma anche le modalità dell'eventuale predisposizione di criteri preferenziali di risultato nel proprio motore di ricerca. Ciò è quanto lamentato presso le autorità *antitrust* statunitensi ed europee ad opera di un'associazione di imprese sotto la denominazione di *Fairsearch*. In particolare, questa associazione avrebbe denunciato l'acquisizione da parte di Google di vantaggi competitivi grazie alla posizione dominante detenuta con il sistema operativo Android, consistenti nel promuovere altri prodotti/servizi della stessa impresa e nel monopolizzare il mercato pubblicitario nei *mobile media*. In partico-

lare, l'impresa statunitense avrebbe autorizzato i produttori ad utilizzare Android gratuitamente, obbligandoli, però, ad incorporare nel sistema anche propri servizi e applicazioni. Cfr. per il resoconto delle risposte della Commissione al Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2013-004185&language=EN>.

⁴⁵ Sui compiti e sulle funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle varie aree di competenza ivi compresa la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette, C. RABITTI BEOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 2010. Più in generale, sull'evoluzione del fenomeno pubblicitario, A. FRIGNANI, W. CARRARO, G. D'AMICO (a cura di), *La comunicazione pubblicitaria d'impresa*, cit.

⁴⁶ Di attuazione della direttiva 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/

D.Lgs. 74/1992 veniva abrogato dall'art. 146, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (di fatto confluendo nel Codice del Consumo contenuto nel decreto legislativo da ultimo menzionato), e dal 2007 la normativa si è ulteriormente articolata: da un lato sono state dedicate regole specifiche alla tutela dei professionisti avverso le conseguenze sleali della pubblicità ingannevole ed illecitamente comparativa (è il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145⁴⁷, che riproduce sostanzialmente i contenuti del D.Lgs. 74/92 implementati con il D.Lgs. 67/2000); dall'altro (mediante il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146⁴⁸), sono stati sostituiti gli articoli da 18 a 27-*quater* del D.Lgs. 206/2005 con l'introduzione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori⁴⁹.

Queste ultime offrono una disciplina ampia, che stigmatizza qualsiasi condotta o comunicazione commerciale (ivi compresa la pubblicità) che, nella promozione, vendita o fornitura al consumatore (o nel rapporto fra professionisti e « microimprese »⁵⁰), sia in grado di falsarne in misura apprezzabile il comportamento economico. Esse censurano le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive, consistenti, le une nelle pratiche che si avvalgono di « informazioni non rispondenti al vero » o che in qualsiasi modo sono idonee ad « indurre in errore il consumatore medio » (art. 21 Cod. cons.); le altre in quelle che, « mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento », sono in grado di limitarne considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento (art. 24 Cod. cons.), in entrambi i casi spingendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso⁵¹.

CEE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, poi abrogato dall'art. 146, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

⁴⁷ Di attuazione dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

⁴⁸ Di attuazione della direttiva 2005/29/CE, cit.

⁴⁹ In materia di pratiche commerciali scorrette, per tutti, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1, 1 ss.; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012; E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2008; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le « pratiche commerciali sleali » tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007; L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a

cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, t. III, 439 ss.; A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2008, 3, 255 ss. V. di recente, anche per riferimenti, E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 688 ss.; L. BUGATTI, *Pratiche commerciali scorrette e tutela risarcitoria del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2013, 2, 195 ss.

⁵⁰ Il riferimento alle « microimprese » è stato inserito dall'articolo 7, comma 2, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1. Per le microimprese, però, la tutela in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (così l'art. 19, comma 1, Cod. cons.).

⁵¹ Come emerge dalla Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 31 marzo 2013, nel 2012 sono stati conclu-

Alcune forme di *advertising* via *mobile phone* possono porsi in contrasto con questa normativa.

È il caso dell'attivazione non richiesta di contenuti digitali sotto forma di servizi cosiddetti *premium* promossi con modalità ingannevoli.

Si tratta, in particolare dell'invio di messaggi di « aggancio » attraverso *banner*, *pop up* e *link* durante la navigazione Internet, con i canali *web* o *wap*, oppure attraverso sms, che propongono concorsi a premio, quiz o test di intelligenza, rispondendo ai quali l'utente attiva inconsapevolmente l'abbonamento a contenuti multimediali con erosione automatica del credito se il servizio telefonico è in modalità prepagata.

Questi messaggi, volti a stabilire con l'utente un primo contatto al fine di indurlo a compiere una scelta commerciale, configurano una forma di pubblicità ricompresa nella definizione di pratica commerciale di cui all'articolo 18, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo. La loro scorrettezza è stata più volte, anche di recente, rilevata dall'Autorità Garante in ragione della mancata informazione sui meccanismi di attivazione dei servizi, nonché a motivo dell'ambiguità o del difetto di indicazione sul reale oggetto dell'offerta e circa la sua onerosità⁵². Il descritto contegno integra, in particolare, una pratica commerciale ingannevole anche mediante omissione, rilevante ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 Cod. cons.; inoltre, avuto riguardo alle circostanze concrete, può delinearsi un'ipotesi di pratica commerciale aggressiva ex artt. 24, 25 e 26 Cod. cons. Infatti è considerata pratica aggressiva fra l'altro il comportamento del professionista che esiga « il pagamento immediato o differito... di prodotti che il professionista ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto » (art. 26, lett. f), e quello che lasci intendere, « contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere, compiendo una determinata azione, un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente

si 118 procedimenti istruttori in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e illecitamente comparativa. In relazione a 99 di essi è stata accertata l'esistenza di una violazione e sono state irrogate le relative sanzioni. Secondo la stessa fonte, le archiviazioni hanno invece riguardato oltre 900 fascicoli, mentre in 12 casi il procedimento si è chiuso con l'accettazione degli impegni del professionista.

⁵² Nel 2012 l'Autorità ha avviato diversi procedimenti istruttori aventi ad oggetto la promozione di servizi per la fornitura di contenuti multimediali secondo le

modalità indicate nel testo, di cui ha accertato l'ingannevolezza. Si vedano i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 23912, del 17 settembre 2012, in *Boll.* n. 38/2012; n. 23743, del 18 luglio 2012, in *Boll.* n. 30/2012; n. 23675, del 19 giugno 2012, in *Boll.* n. 28/2012; n. 23329, del 22 febbraio 2012, in *Boll.* n. 8/2012. Con il provv. n. 23765 del 25 luglio 2012 il Garante ha invece accettato gli impegni proposti dal professionista poiché idonei a sanare i possibili profili di illegittimità contestati, così chiudendo l'istruttoria senza accertare infrazioni.

è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore » (art. 26, lett. h)⁵³.

Tale pratica è in grado di interessare anche i gestori di telefonia mobile, la cui responsabilità dipende, in definitiva, dal tipo di rapporto intercorrente con il *content service provider* o con la società fornitrice dei servizi interattivi. Il gestore telefonico può essere chiamato a rispondere della pratica commerciale nella misura in cui contrattualmente legittimato ad esercitare poteri di controllo o autorizzativi in relazione all'ideazione e alla realizzazione dei messaggi promozionali o alla loro diffusione previa verifica dei contenuti⁵⁴.

Ulteriore forma di pratica commerciale scorretta nel settore della comunicazione nella telefonia mobile può coinvolgere la commercializzazione di servizi, diversi da quelli voce, associati all'acquisto di sim: è la mancata indicazione, anche in sede di acquisto presso i punti vendita, dell'esistenza sulle sim di servizi accessori preimpostati, fra i quali la navigazione Internet in mobilità e la segreteria telefonica, la cui fruizione comporta il pagamento di tariffe aggiuntive scalate dal credito per i titolari di sim in modalità prepagata oppure addebitate in bolletta per i titolari di abbonamento. Ove tali servizi associati alle sim siano operativi in quanto non disattivati su espressa richiesta dell'utente (*opt-out*), quest'ultimo, se non adeguatamente informato, potrebbe trovarsi esposto ad addebiti non voluti.

Questi contegni sono stati considerati dall'Autorità Garante pratica commerciale aggressiva ai sensi dell'art. 20, comma 2, e degli artt. 24, 25 e 26, lettera f), del Codice del Consumo, in quanto idonei a determinare indebito condizionamento e limitazione della libertà di scelta del consumatore e volti a percepire il corrispettivo per servizi non richiesti⁵⁵. Un profilo rilevante è il più elevato livello di correttezza e diligenza esigibili dagli operatori nel settore della telefonia, caratterizzato da aspetti tecnologici complessi e dalle molteplici ed innovative funzionalità connesse alla sim, non più circoscritte al traffico voce tradizionale. Tanto

⁵³ V. i provvedimenti dell'Autorità Garante n. 23912, del 17 settembre 2012, cit., e n. 23329, del 22 febbraio 2012, cit.

⁵⁴ Cfr. il provvedimento del Garante n. 23743, del 18 luglio 2012, cit., dove si rileva una « responsabilità editoriale » del gestore di telefonia, « assunta mediante il contratto stipulato con il *content service provider*, consistente nell'obbligo (preventivo e successivo) di verificare la diffusione del contenuto dei messaggi pubblicitari in questione (*banner* e *landing page* che riproduce il *banner* stesso) e di autorizzare, nell'ambito di operazioni pubblicitarie relative ai suesposti prodotti digitali recla-

mizzati, l'uso di marchi, segni distintivi, *slogan* propri e di altri "Operatori Access Provider" ». In quel caso, il logo e la denominazione aziendale dell'operatore telefonico compariva, con notevole evidenza grafica, in tutti i messaggi pubblicitari oggetto di contestazione.

⁵⁵ Si vedano, da ultimo, i provvedimenti del Garante nn. 23355, 23356, 23357 e 23358 del 6 marzo 2012, pubblicati in *Boll.* n. 10/2012, nei quali si rilevava la carenza di iniziative informative rispetto all'esistenza dei servizi preattivati e di specifici strumenti di monitoraggio sull'attività svolta dagli addetti ai punti vendita.

impone generali obblighi di protezione in vantaggio dell'utente, cui deve essere offerto uno spettro informativo in grado di colmare l'asimmetria di conoscenze tecnologiche e così garantire scelte consapevoli⁵⁶. In effetti, si registra, in generale, che l'ingannevolezza delle pubblicità aventi ad oggetto la promozione di servizi di telecomunicazione (area di intervento ricorrente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) concerne sovente l'inadeguatezza dell'informazione avuto riguardo allo squilibrio che caratterizza in tale contesto i rapporti fra professionisti e consumatori⁵⁷.

5. M-ADVERTISING E RIFLESSI NEL CAMPO DEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI.

L'*m-advertising* ha significativi riflessi in materia di *data protection*.

L'ingresso di nuove tecnologie nel settore delle telecomunicazioni⁵⁸ e l'incremento esponenziale di *smartphone* e *tablet* offre innumerevoli possibilità di acquisizione, conservazione ed utilizzazione delle informazioni e dei dati personali degli utenti, successivamente impiegati per fini pubblicitari. I dati occasionalmente utili o trattati a lungo termine vengono mantenuti ed impiegati a scopo di *advertising*.

E la cd. pubblicità comportamentale — o *behavioral advertising*⁵⁹ — che ha trovato grande sviluppo grazie a Internet: essa si avvale del tracciamento (che può avvenire tramite IP o tramite *cookie*) durante la navigazione (accesso frequente a determinati siti, parole chiave inserite nei motori di ricerca, produzione di contenuti *on-line*) al fine di creare messaggi pubblicitari mirati corrispondenti agli interessi del loro destinatario. Momento essenziale di questa operazione è la profilazione ed il *data mining*, vale a dire l'esame e l'elaborazione del complesso dei dati e delle informazioni raccolti (fra cui le scelte di navigazione oltre alle dichiarazioni esplicite di preferenze e interessi espresse ad esempio attraverso procedure di registrazione) da cui far emergere correlazioni significative a fini di *marketing*. È il caso del *keyword advertising* (consistente nell'abbinamento di parole chiave — inserite dall'u-

⁵⁶ Così fra l'altro il provvedimento del Garante n. 23355, del 6 marzo 2012, cit.

⁵⁷ Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 31 marzo 2013, cit., 186-187.

⁵⁸ Sulle emergenti tecnologie, che « sfidano i nuovi diritti e ne esigono impetuosi di nuovi », S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 15. Con rife-

rimento alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, Id., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

⁵⁹ Sul tema V. LUBELL, *Behavioural advertising e la privacy degli androidi*, in A.M. MAZZARÒ, O. POLLICINO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web: quid iuris?*, Roma, 2012, 239 ss.

tente su un motore di ricerca — alla visualizzazione di un messaggio pubblicitario su quel tema che compare insieme alle pagine dei risultati) quale tecnica pubblicitaria che consente di individuare i destinatari più ricettivi rispetto alla comunicazione, nel momento stesso in cui sono alla ricerca del prodotto o del servizio pubblicizzato.

Attraverso *smartphone* e *tablet* la profilazione risulta più aggressiva poiché viene « incrociato » un numero superiore di informazioni: non solo le scelte di navigazione, ma anche le telefonate, gli sms ed i contatti, le foto ed i video, oppure quelle fornite attraverso le molteplici nuove funzionalità interattive quali i servizi legati alla geolocalizzazione. Numerosissime sono le applicazioni (o app) per dispositivi intelligenti, soprattutto mobili, costituite da *software* studiati per assolvere una vasta gamma di possibili funzioni: dalla navigazione Internet, alla comunicazione (*e-mail*, messaggistica Internet) ed ai *social network*, dall'intrattenimento (giochi, video, musica, film) alle operazioni bancarie. Le applicazioni interagiscono spesso con il sistema operativo presente sul dispositivo dell'utente e raccolgono pertanto da esso una grande quantità di dati elaborandoli allo scopo di fornire quello specifico servizio⁶⁰. Questo flusso di dati, però, una volta acquisito, si presta ad essere ulteriormente impiegato con modalità e per fini rispetto ai quali l'utente può essere inconsapevole. Inoltre alcune applicazioni raccolgono dagli *smartphone* più informazioni rispetto a quelle strumentali alle loro funzionalità o senza che vi sia un rapporto significativo con queste ultime⁶¹.

In questo modo l'*m-advertising* penetra in profondità sul terreno dei cd. diritti di quarta generazione, categoria discussa ed eterogenea, dai contorni mutevoli legati allo sviluppo delle nuove tecnologie, fra cui spicca il diritto alla *privacy* contro le intrusioni dell'informaticizzazione e delle nuove tecniche comunicazio-

⁶⁰ Diversi sono gli studi e i documenti che si occupano dei rapporti fra apps e *privacy*. Si possono menzionare il Parere n. 2/2013 del Gruppo di lavoro per la tutela dei dati ex art. 29 dell'UE in materia di applicazioni per dispositivi intelligenti, adottato il 27 febbraio 2013; la *Guidance for Mobile App Developers* del Privacy Commissioner canadese; lo studio della *Federal Trade Commission* degli Usa su *Mobile Privacy Disclosures: Building Trust through Transparency*; il *Memorandum di Sopot* adottato dal « Gruppo di Berlino » (*International Working Group on Data Protection in Telecommunications*) nel 2012. Da ultimo si ricorda la Dichiarazione di Varsavia del 24 settembre 2013 sulla « appificazione della società », con cui, durante la trentacinquesima Con-

ferenza internazionale, i rappresentanti delle diverse Autorità per la protezione dei dati personali hanno espresso l'impegno affinché sia garantita agli utenti una migliore interazione in termini di *privacy* in questo settore. Nel documento si valorizza il ruolo dei fornitori di sistemi operativi al fine di garantire che le rispettive piattaforme operino secondo i principi cardine della protezione dei dati, predisponendo, anche all'interno delle app, informazioni chiare sui dati raccolti prima che abbia inizio il loro trattamento. Più in generale si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2011 « su un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea » (2011/2025(INI)).

⁶¹ Parere n. 2/2013 del Gruppo di lavoro ex art. 29, cit.

nali⁶². Come è stato osservato, lo *smartphone* diventa una sorta di « Pollicino elettronico » con il quale ciascuno lascia dietro di sé, quasi sempre inconsapevolmente, tracce che ne segnano ogni spostamento⁶³. Viene così ridisegnata l'identità delle persone, e dall'identità digitale all'« identità mobile » il passo appare breve⁶⁴.

In materia, il quadro giuridico di riferimento è costituito dal Titolo X, Capo I, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), applicabile, in virtù del disposto di cui all'art. 121, al trattamento dei dati personali connesso alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazioni⁶⁵.

Occorre anzitutto distinguere fra « dati relativi al traffico », « dati relativi all'ubicazione », e dati trattati ai fini di un « servizio a valore aggiunto ». I « dati relativi al traffico » sono quelli sottoposti a trattamento per la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o per la relativa fatturazione (art. 4, comma 2, lett. *h*). Si tratta di dati strumentali all'obbligazione dell'operatore di consentire la comunicazione o a quella dell'utente di effettuare il pagamento (dati di fatturazione). I

⁶² I diritti di quarta generazione sono diritti dell'età tecnologica e costituiscono un novero aperto ed eterogeneo, ricomprendendo pretese di varia natura come il diritto all'ambiente, allo sviluppo, alla riservatezza, all'integrità del patrimonio genetico ed i diritti relativi al fine-vita. In tema C. FARALLI, *Dati genetici e tutela dei diritti*, in C. FARALLI, G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, Bologna, 2007, 247 ss.

⁶³ F. PIZZETTI, *Uomini e dati. Evoluzione tecnologica e diritto alla riservatezza*, cit.

⁶⁴ Circa i problemi legati alla tutela della *privacy* nell'ambito dell'*m-advertising*, E.B. CLEFF, *Effective approaches to regulate mobile advertising*, cit., 168: « *m-advertising is carried out by means of mobile computing technologies. Such technologies have specific characteristics, such as pervasiveness of devices and communications, context awareness, user interaction, dynamic nature of networks and massive data storage with privacy implications* ». Sull'« identità digitale », G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in questa *Rivista*, 2007, 3, 511 ss.

⁶⁵ In materia di *privacy* e comunicazioni elettroniche, S. MELCHIONNA, *La tutela dei dati personali nell'ambito delle comunicazioni elettroniche*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il Co-*

dice del trattamento dei dati personali, Torino, 2007, 577 ss.; F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet nella tutela dell'identità dinamica*, in *Danno e resp.*, 2012, 7, 701 ss.; I. LUCATI, *Privacy e comunicazioni elettroniche: nuovi obblighi e sanzioni*, in *Resp. civ.*, 2012, 7, 556 ss.; L. FEROLA, *Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul web. L'esperienza applicativa italiana*, in questa *Rivista*, 2012, 6, 1001 ss.; A. PIRAINO, *Privacy e comunicazioni elettroniche*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, II, Milano, 2006, 1555 ss.; E. PODDIGHE, *La tutela della riservatezza dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e il diritto di autodeterminazione dell'interessato*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO ZENOVICH (a cura di), *Il Codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 453 ss.; S. VIGLIAR, *Privacy e comunicazioni elettroniche: la direttiva n. 2002/58/CE*, in questa *Rivista*, 2003, 2, 401 ss. Più in generale, G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012; R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003; F. LONGOBUCCO, *Garante della privacy e tutela del consumatore: tecniche di controllo e ambiti di più recente incidenza*, in *Informatica e dir.*, 2012, 1, 117 ss.

« dati relativi all'ubicazione » valgono invece ad indicare la posizione geografica del terminale (art. 4, comma 2, lett. i) e possono essere diversi dai dati relativi al traffico, in quanto non strumentali all'obbligazione di consentire la comunicazione. I « servizi a valore aggiunto » richiedono infine il trattamento di dati — siano essi relativi al traffico o all'ubicazione — oltre a quanto necessario per la trasmissione della comunicazione o per la relativa fatturazione (art. 4, comma 2, lett. l). I dati relativi all'ubicazione possono essere dati relativi al traffico oppure attenere ad un servizio a valore aggiunto⁶⁶.

Alla luce di ciò è possibile delineare la disciplina applicabile in connessione con gli artt. 122, 123 e 126, D.Lgs. 196/2003.

Quanto all'art. 122 Codice *privacy*, il testo originario escludeva il monitoraggio e l'archiviazione dei dati dell'utente e l'accesso ai dati archiviati nel suo terminale, demandando al codice di deontologia di cui all'articolo 133 l'individuazione dei casi in cui ciò era consentito, comunque limitati « alla memorizzazione tecnica per il tempo strettamente necessario alla trasmissione della comunicazione o a fornire uno specifico servizio richiesto dall'abbonato o dall'utente », previo consenso e informativa ex art. 13 del Codice⁶⁷. Questa disposizione impediva qualsiasi tipo di tracciamento attraverso marcatori quali i *cookies* o con sistemi analoghi⁶⁸. A seguito della direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che ha modificato la direttiva 2002/58/CE relativa alla tutela della vita privata nelle comunicazioni elettroniche segnando il passaggio dal sistema dell'*opt-out* a quello del consenso informato (*opt-in*) per il trattamento delle informazioni raccolte mediante il dispositivo terminale⁶⁹, anche l'art. 122 del

⁶⁶ Per questi aspetti N. BRUTTI, *La telefonia mobile*, cit., 149 ss.; S. MELCHIONNA, *La tutela dei dati personali*, cit., 587 ss.

⁶⁷ Secondo il previgente testo dell'art. 122 Codice *privacy*, « salvo quanto previsto dal comma 2, è vietato l'uso di una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o di un utente, per archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente. Il codice di deontologia di cui all'articolo 133 individua i presupposti e i limiti entro i quali l'uso della rete nei modi di cui al comma 1, per determinati scopi legittimi relativi alla memorizzazione tecnica per il tempo strettamente necessario alla trasmissione della comunicazione o a fornire uno specifico servizio richiesto dall'abbonato o dall'utente, è consentito al fornitore del servizio di comunicazione elettronica nei riguardi dell'abbonato e dell'utente che abbiano espresso il consenso sulla base di una pre-

via informativa ai sensi dell'articolo 13 che indichi analiticamente, in modo chiaro e preciso, le finalità e la durata del trattamento ».

⁶⁸ Si veda A. MANTELERO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante cookies*, in questa *Rivista*, 2012, 4-5, 781 ss.

⁶⁹ La disposizione di riferimento a livello comunitario in materia di dispositivi tecnologici usati per archiviare o accedere ad informazioni archiviate dal terminale dell'utente è l'art. 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58/CE come sostituito dalla direttiva 2009/136/CE, a norma del quale « gli Stati membri assicurano che l'archiviazione di informazioni oppure l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l'abbonato o l'utente in questione abbia espresso preliminarmente il pro-

D.Lgs. 196/2003 è stato riformato⁷⁰: è venuto meno il generale divieto di archiviazione, monitoraggio, accesso ai dati archiviati sul terminale dell'utente, ed è stato sostituito con il sistema dell'*opt-in* previsto dalla menzionata direttiva⁷¹.

Secondo l'attuale testo dell'art. 122 Codice *privacy*, mentre non è vietata l'archiviazione tecnica o l'accesso alle informazioni già archiviate se finalizzati unicamente ad effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente, l'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti solo previo espresso consenso (art. 122, comma 1). I dati relativi al traffico, per contro, sono cancellati o resi anonimi quando non più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica (art. 123).

Quanto invece alla rilevazione della posizione geografica del dispositivo da cui trae origine la trasmissione ed ai servizi a valore aggiunto che si avvalgono della georeferenziazione, troverà applicazione il successivo art. 126 Codice *privacy*. I dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico possono essere trattati solo se anonimi o se l'utente ha manifestato il suo consenso, co-

prio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo, a norma della direttiva 95/46/CE, tra l'altro sugli scopi del trattamento. Ciò non vieta l'eventuale archiviazione tecnica o l'accesso al solo fine di effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dall'abbonato o dall'utente a erogare tale servizio ».

⁷⁰ L'art. 122 Codice *privacy* è stato modificato dall'art. 1, comma 5, D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 69. Sulle novità introdotte da questo decreto legislativo, I. LUCATI, *Privacy e comunicazioni elettroniche*, cit.

⁷¹ Nel febbraio 2012, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato inviava, su specifica richiesta, al Ministro dello Sviluppo Economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti il proprio parere ai sensi dell'articolo 22 della legge 287/90 in merito agli « Schemi dei decreti legislativi volti a modificare il Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e successive modificazioni, e il Codice per la protezione dei dati personali, di cui al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in attuazione del recepimento della direttiva 2009/140/

CE del Parlamento Europeo e del Consiglio ». In particolare, l'AGCM proponeva modifiche all'articolo 122 Codice *privacy* (siccome idoneo ad avere impatto sulla concorrenza in riferimento al mercato della raccolta pubblicitaria *on-line*), rilevando che l'interpretazione letterale di tale disposizione avrebbe dato luogo ad un sistema cd. di *opt-in*, con obbligo di acquisire il consenso dell'utente prima della ricezione e installazione di ciascun *cookie*. Tale interpretazione, a parere dell'Autorità, sarebbe stata in contrasto con l'intento del legislatore comunitario di garantire che l'utente sia « informato preliminarmente » sul trattamento dei dati, ma di non richiedere un « consenso preliminare » per ogni ricezione ed installazione di *cookie*. L'Autorità auspicava pertanto l'adozione di un sistema misto di *opt-in* e *opt-out* « come modalità alternative di espressione del consenso informato dell'interessato, possibilmente basato sulle impostazioni del browser, per consentire ai soggetti operanti sul mercato dell'informazione e della pubblicità *on-line* di svolgere la propria attività a condizioni pressoché invariate e, al contempo, per assicurare un alto livello di tutela per gli interessati » (Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 31 marzo 2013, cit., 114).

munque revocabile in ogni tempo (art. 126, comma 1). Il consenso deve essere specifico e l'informativa dettagliata, con indicazione di scopi e durata del trattamento nonché della possibilità che i dati siano trasmessi a terzi (art. 126, comma 2).

Regola fondamentale è ad ogni modo quella della trasparenza, ed è da escludersi un consenso di *default* attraverso dispositivi o programmi informatici. È infatti sempre l'art. 122 Codice *privacy* ad imporre che il consenso venga reso previa specifica informativa ai sensi dell'art. 13 (sia pure con le modalità semplificate di cui al comma 3 di questa disposizione: art. 122, comma 1); inoltre, qualora per l'espressione del consenso siano impiegati dispositivi o configurazioni di programmi informatici, essi devono risultare « di facile e chiara utilizzabilità » (art. 122, comma 2). In questo modo si è ritenuto non costituire valido consenso la mancata modifica, da parte dell'utente, delle impostazioni di un *browser* o di un'altra applicazione, settate di *default* per consentire il tracciamento ai fini della ricezione di pubblicità mirata, dovendo detto consenso essere libero, specifico ed informato. In merito, poi, il legislatore italiano pare aver assunto una posizione più rigida rispetto a quello comunitario poiché il considerando n. 66 della direttiva 2009/136/CE prevede che il consenso al trattamento possa venire espresso mediante « l'uso delle opportune impostazioni di un motore di ricerca o di un'altra applicazione, qualora ciò si riveli tecnicamente fattibile ed efficace » in conformità con le disposizioni di cui alla direttiva 95/46/CE. Altro è l'idoneità dello strumento alla manifestazione della volontà, altro la semplicità di impiego⁷².

Queste previsioni possono ritenersi operanti in materia di pubblicità tramite dispositivi cellulari e della relativa raccolta di informazioni e dati personali.

Sul punto potrà svolgersi un duplice ordine di rilievi. Anzitutto l'art. 122 Codice *privacy*, al pari dell'art. 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58/CE come successivamente modificato, appare neutro da un punto di vista tecnologico⁷³: esso risulta applicabile qualunque sia il tipo di dispositivo impiegato per archiviare o accedere ad informazioni contenute nel dispositivo terminale (dunque non solo nel caso dei *tracking cookies*) e qualunque sia il genere di apparecchio terminale su cui sono rinvenute le informazioni (*pc* o telefono mobile). Inoltre che l'art. 122 Codice *privacy*, analogamente all'art. 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58/CE, parla di « informazioni » senza ulteriore specificazione. Pertanto questa norma non richiede che si tratti di dati personali secondo la defi-

⁷² Per alcuni rilievi sul punto, A. MANTELETO, *Si rafforza la tutela dei dati personali*, cit., 781 ss.

⁷³ Si veda il parere n. 2/2010 del

Gruppo di lavoro ex art. 29 in materia di pubblicità comportamentale *on-line*, adottato il 22 giugno 2010.

nizione di cui all'art. 4, comma 1, lett. b), del Codice, intesi come informazioni relative a persona fisica identificata o identificabile, direttamente o indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione ivi compreso il numero di identificazione personale. Ciò sia detto benché il rapporto col telefono cellulare risulti, molto più di quello con il pc, personale e non condiviso, cosicché ad ogni dispositivo mobile corrisponde quasi sempre un solo utente.

La raccolta e l'utilizzo di dati per scopi di *m-advertising*, non essendo strumentali alla fornitura del servizio richiesto, potrà allora avvenire solo in virtù di consenso informato dell'interessato anche in relazione alla finalità della raccolta medesima. Così si dovrà chiarire che i dati saranno utilizzati per creare profili utili alla trasmissione di messaggi pubblicitari mirati, ed indicare il tipo di informazioni che saranno raccolte⁷⁴. Per contro non può considerarsi sufficiente che l'informativa sia genericamente disponibile (ad esempio in quanto contenuta nelle condizioni contrattuali o in pagine del sito visitato dall'utente) e potrebbe dubitarsi che il consenso possa essere prestato una volta per tutte, fermo restando che lo stesso va considerato sempre revocabile⁷⁵.

6. *M-ADVERTISING* E VIOLAZIONE DELLA *PRIVACY* COME POSSIBILE PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA ED ATTO DI CONCORRENZA SLEALE.

La raccolta di dati personali o, più in generale, di informazioni a fini di *m-advertising* in violazione delle norme in materia di *privacy* potrebbe integrare gli estremi della pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 18 ss., D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, oltre che atto di concorrenza sleale.

Sotto il primo profilo, può osservarsi che, a norma dell'art. 18, comma 1, lett. d), D.Lgs. 206/2005, costituisce pratica commerciale tra professionisti e consumatori « qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori ». Secondo il successivo art. 20 Cod. cons. è scorretta la pratica commerciale « contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è di-

⁷⁴ In questo senso il parere n. 2/2010 del Gruppo di lavoro ex art. 29, cit., sia pure con riguardo al tracciamento median-

te trasferimento di *cookies* e di informazioni ad essi connesse.

⁷⁵ Parere n. 2/2010, cit.

retta ». A sua volta, è pratica commerciale ingannevole qualunque contegno del professionista, posto in essere nell'ambito della sua attività, che contenga informazioni non veritiere oppure in grado di indurre in errore il consumatore, e fra gli aspetti su cui può verte- l'inganno compaiono i « motivi della pratica commerciale » (art. 21, comma 1, lett. c). Dunque, il trattamento di dati personali e di informazioni a fini di *m-advertising* in contrasto con le regole in materia di *privacy* potrebbe delineare una fattispecie di pratica capace di condizionare indebitamente il comportamento economico del consumatore.

Quanto invece alla concorrenza sleale, potrebbe qui venire in considerazione l'art. 2598, n. 3, c.c. in materia di correttezza professionale. La violazione di norme pubblicistiche non fonda di per sé un giudizio di illiceità concorrenziale, ma può legittimarlo nel caso in cui si risolva in una turbativa delle condizioni di mercato e in un pregiudizio dell'altrui azienda. In altre parole la violazione di norme di diritto pubblico vale in sé ad integrare il divieto quando è stata causa diretta della diminuzione dell'altrui avviamento ovvero quando, pur senza un comportamento di mercato, abbia prodotto il vantaggio concorrenziale che non si sarebbe avuto se la norma fosse stata osservata⁷⁶. Può rientrare nell'ambito della clausola generale di cui all'art. 2598, n. 3, c.c. la violazione di norme pubblicistiche poste a tutela della libertà di mercato⁷⁷.

La violazione del Codice *privacy*, quindi, non realizza automaticamente un atto di concorrenza sleale. Tuttavia, il Codice *privacy* contempla una disciplina pluridirezionale, volta alla tutela di valori della persona in diversi contesti. Fra essi vi è la protezione dei dati personali utilizzati da soggetti professionali nella loro attività. In questo quadro, i dati personali e le informazioni riguardanti l'utente assumono un indubbio valore economico in quanto strumento per la promozione e l'allocatione dei prodotti e dei servizi aziendali; tanto con la conseguenza che la violazione delle norme preposte al corretto trattamento dei dati può costituire scorrettezza professionale idonea a danneggiare l'altrui azienda. In questa direzione ad esempio si è orientato il Tribunale di Roma a fronte di illecito trattamento di dati personali a fini di pubblicità effettuata via telefono (si trattava di *telemarketing*), il quale ha ritenuto che la violazione del Codice *privacy* per la promozione dei propri servizi e per l'acquisizione di nuova clientela costituisce « indice di scorrettezza nell'esercizio dell'attività stessa, potenzialmente idonea a sviare il consumatore dalla im-

⁷⁶ Cass., 27 aprile 2004, n. 8012, in *Gust. civ. Mass.*, 2004, 4.

⁷⁷ Più difficilmente invece quella di

disposizioni penali, fiscali o amministrative: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1385.

presa concorrente e a danneggiarla, diminuendone l'avviamento»⁷⁸.

La circostanza che l'illecito trattamento di dati personali a scopo di *advertising* è in grado di atteggiarsi a pratica commerciale scorretta sembra portare argomenti in favore di questa impostazione. Si è invero osservato da parte di alcuna dottrina che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, tendenzialmente allontanando il diritto dei consumi dalla tutela privatistica per accostarlo ad un modello più vicino al diritto delle imprese e del mercato⁷⁹, è diretta ad apprestare protezione al consumatore sul terreno della concorrenza sleale colmando le lacune di molte discipline nazionali⁸⁰. In questo senso depone il fatto che questa normativa concentra l'attenzione sull'attività del soggetto⁸¹, e predispone rimedi — l'inibitoria e la rimozione degli effetti, demandati peraltro ad un'Autorità amministrativa — costituenti tipiche reazioni alla concorrenza sleale⁸², mentre non si occupa di rimedi contrattuali (che si attagliano, invece, alla dimensione dell'atto) né della tutela individuale che resta affidata al diritto privato in tema di contratto⁸³.

La pubblicità *one to one* operata grazie a profilazione con modalità di raccolta dei dati personali che non renda palese il fine di *advertising*, suscita un'ulteriore suggestione. Ci si potrebbe chiedere se essa non si qualifichi alla stregua di pubblicità « occulta » quan-

⁷⁸ Trib. Roma, 26 luglio 2007, cit.

⁷⁹ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 408.

⁸⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 81 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, 775 ss.; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, cit., 45. Diversamente N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. e impr.*, 2010, 436 ss.

⁸¹ G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., 1 ss.

⁸² A norma dell'art. 27 Cod. cons. compete all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato inibire le pratiche scorrette e rimuoverne gli effetti, mentre resta salva la giurisdizione del giudice ordinario negli ambiti identificati dal comma 15 e la possibilità, in via preventiva, di ricorso all'autodisciplina ai sensi dell'art. 27-ter. Valorizza la propensione della normativa in esame verso il divieto e la cessazione G. GRISI, *Rapporto di consumo e*

pratiche commerciali, cit., 9 ss. L'A. rileva la complessità del quadro normativo in materia: ove la pratica commerciale scorretta sia lesiva degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, è prevista l'azione collettiva inibitoria di cui agli artt. 139 ss. Cod. cons.; l'art. 140-bis Cod. cons. contempla, poi, le pratiche commerciali scorrette fra i congegni idonei ad avviare l'azione di classe disciplinata da questa disposizione. Si osserva peraltro che potrebbe non essere casuale nemmeno l'abbinamento — operato nell'art. 140-bis, lett. c), Cod. cons. — tra pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali.

⁸³ G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., 12. Nel senso che la direttiva 2005/29/CE « si occupa soprattutto della protezione degli interessi economici collettivi dei consumatori, non si preoccupa, invece, né intende invadere in via immediata l'ambito proprio della tutela individuale del consumatore, che è ambito riconosciuto come proprio e specifico del diritto privato generale in tema di contratto », N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. e impr.*, 2011, 922 ss., specie 923 s.

tomeno sotto il profilo degli strumenti impiegati per la sua realizzazione. Per la verità, non si tratta qui di « pubblicità redazionale » né sembra potersi, a rigore ed in senso stretto, parlare di pubblicità non identificabile. Ad esempio, secondo l'art. 7 del Codice di Auto-disciplina della Comunicazione Commerciale « la comunicazione commerciale deve essere sempre riconoscibile come tale. Nei mezzi in cui, oltre alla comunicazione commerciale, vengono comunicati al pubblico informazioni e contenuti di altro genere, la comunicazione commerciale inserita deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti ». Analogamente, a norma dell'art. 5, D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (sulla tutela dei professionisti dalla pubblicità ingannevole ed illecitamente comparativa), « la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. La pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione ». Queste previsioni sembrano avere riguardo alle modalità di esternazione ed alla riconoscibilità del messaggio pubblicitario già « confezionato » e non alla sua formazione. Tuttavia, la mancata indicazione dello scopo di *advertising* della raccolta dei dati potrebbe costituire omissione rilevante ai sensi dell'art. 22, D.Lgs. 206/2005, la quale ricorre « quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti » per assumere consapevoli decisioni o « non indica l'intento commerciale della pratica stessa ».

7. TUTELA DEI MINORI ED *M-ADVERTISING*.

Altre questioni relative all'*m-advertising* sono legate alla tutela dei minori.

Si pensi alle app dedicate ai bambini con funzioni ludiche o educative, o alla promozione ed offerta di contenuti multimediali (ad esempio le suonerie per cellulari) destinate, per le loro caratteristiche, ad un pubblico prevalentemente giovanile.

Quanto alle app, possono emergere problematiche di diversa natura: da un lato l'offerta o promozione di app gratuite dietro le quali vi siano raccolta di dati personali o costi aggiuntivi non sufficientemente evidenziati (tipica è l'offerta di giochi gratuiti, che però comportino un pagamento per nuove funzioni o livelli ulteriori); dall'altro app cui siano associate forme di pubblicità come i *banner*. Le applicazioni possono infatti avere funzioni interattive, fra cui la connessione a *social network*, pubblicità o servizi a pagamento.

Le questioni sono, ancora una volta, di tutela della *privacy*, di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette con operatività delle relative discipline.

Il problema del trattamento dei dati personali dei minori è stato affrontato più volte dal Gruppo di lavoro per la tutela dei dati ex

art. 29⁸⁴. Nel fornire principi e raccomandazioni alle Autorità nazionali di controllo della protezione dei dati, cui compete monitorarne il trattamento, il Gruppo di lavoro ha chiarito che i principi in generale operanti in materia di trattamento dei dati (i principi di lealtà, di proporzionalità e di pertinenza)⁸⁵ vanno interpretati in modo rigoroso in caso di minori⁸⁶. Mentre in generale debbono essere rilevati e trattati solo dati adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità della raccolta, gli obblighi di aggiornamento dei dati sono particolarmente stringenti in tema di minori, in quanto soggetti in costante sviluppo ed evoluzione. Lo stesso è a dirsi per la conservazione dei dati ed il diritto all'oblio: le informazioni riguardanti i minori possono diventare rapidamente obsolete e irrilevanti rispetto alle finalità iniziali della raccolta, ed allora non vanno più conservate. Quanto al requisito del consenso informato, si ritiene che « i destinatari delle informazioni devono essere (sempre) i rappresentanti e, una volta che avrà raggiunto una capacità adeguata, anche il minore », e che « nell'informare i minori o i loro rappresentanti, è bene optare per messaggi strutturati, redatti in un linguaggio semplice, conciso e pedagogico, facilmente comprensibile »⁸⁷. Il successivo parere n. 2/2013 del Gruppo di lavoro — dedicato proprio alle « applicazioni per dispositivi intelligenti » — specifica che « ove sia possibile ottenere legalmente il consenso del minore e l'applicazione debba essere utilizzata da un bambino o da un minore, il responsabile del trattamento dei dati dovrebbe tenere conto della comprensione e dell'attenzione potenzialmente limitate del minore in merito alle informazioni sul trattamento dei dati ». Ne deriva che i responsabili del trattamento « non dovrebbero trattare ... dati di minori a fini di pubblicità comportamentale », in quanto questa operazione, essendo al di fuori delle capacità di comprensione del minore, esorbita dai limiti del trattamento lecito⁸⁸.

⁸⁴ Cfr. i pareri del Gruppo di lavoro ex articolo 29 sul Codice di condotta europeo della FEDMA (parere n. 3/2003), sulla geolocalizzazione (parere n. 5/2005) e sui dati biometrici (parere n. 3/2007). Si potrà ricordare anche il Rapporto informativo dell'Autorità antitrust americana, la *Federal Trade Commission*, sulle app destinate ai minori (*FTC Mobile Apps for Kids: Current Privacy Disclosures are Disappointing*) del febbraio 2012. In dottrina, in materia di trattamento dei dati personali dei minori, G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 201 ss.; S. PATI, *Sub art. 11*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, A. BELLELLI, F.P. LUISSO, E. NAVARRETTA, S. PATI, P.M. VECCHI (a cura di), *Tutela della privacy*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 2-3, 359 ss.

⁸⁵ I principi di lealtà, di proporzionalità e di pertinenza dei dati sono contemplati dall'art. 6, paragrafo 1, lett. a) e c) della direttiva 95/46/CE. Si veda inoltre l'art. 11, D.Lgs. 196/2003, su modalità del trattamento e requisiti dei dati.

⁸⁶ Parere n. 2/2009 in materia di protezione dei dati personali dei minori (Principi generali e caso specifico delle scuole), adottato l'11 febbraio 2009.

⁸⁷ Parere n. 2/2009, cit. Circa la necessità del consenso dell'esercente la potestà legale sul minore, G. FINOCCHIARO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ Parere n. 2/2013 del Gruppo di lavoro per la tutela dei dati ex art. 29, cit.

Altre volte le app, ivi comprese quelle dedicate ai minori, possono implicare problemi attinenti alla comunicazione commerciale in senso stretto, ad esempio se sono offerte senza adeguata evidenziazione di costi oppure se vi sono associati *banner* con contenuti ingannevoli o inadeguati all'età dei destinatari. Qui troveranno applicazione le norme, statuali (gli artt. 18 ss. del D.Lgs. 206/2005) o autoregolamentari (si veda il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, che dedica ai minori le previsioni di cui all'art. 11⁸⁹), di volta in volta pertinenti.

Nell'ambito dell'*m-advertising* dedicato ai minori si potrà altresì ricordare che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avendo riguardo al *target* di riferimento, ha in alcuni casi dichiarato scorrette per difetto di informazione comunicazioni pubblicitarie aventi ad oggetto la promozione di servizi a valore aggiunto destinati alla telefonia mobile e consistenti nella fornitura di contenuti multimediali per cellulari, quali suonerie, loghi, *wall-paper*, sms animati, servizi di intrattenimento (talora attivabili attraverso cellulare o con l'invio di un sms indirizzato al numero di cui è titolare il *content service provider* oppure, navigando in Internet su portali *wap*, mediante la procedura prevista dalle pagine del sito che li pubblicizza)⁹⁰. Questi messaggi sono incorsi in censura quando, a fronte dell'invito a « scaricare » il contenuto multimediale, non evidenziavano in modo sufficiente la natura onerosa del servizio, i costi e le modalità di addebito, le condizioni dell'offerta o le eventuali limitazioni inerenti le caratteristiche di compatibilità del cellulare. Queste comunicazioni, inoltre, sono state ritenute carenti da un punto di vista informativo in ipotesi di servizi destinati solo ai maggiorenni laddove tale circostanza non era chiaramente evidenziata.

Poiché si tratta di servizi forniti attraverso reti di comunicazione elettronica accessibili al pubblico anche mediante l'uso di specifiche numerazioni, è qui applicabile il D.M. 2 marzo 2006, n. 145 che disciplina i servizi a sovrapprezzo quanto ai contenuti ed

⁸⁹ Secondo l'art. 11 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, i messaggi che si rivolgono ai bambini e agli adolescenti o che possono essere da loro ricevuti « non devono contenere nulla che possa danneggiarli psichicamente, moralmente o fisicamente e non devono inoltre abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o del loro senso di lealtà. In particolare questa comunicazione commerciale non deve indurre a: violare norme di comportamento sociale generalmente accettate; compiere azioni o esporsi a situazioni pericolose; ritenere che il mancato possesso del prodotto oggetto della comunicazione significhi inferiorità, oppure mancato as-

solgimento dei loro compiti da parte dei genitori; sminuire il ruolo dei genitori e di altri educatori nel fornire valide indicazioni dietetiche; adottare l'abitudine a comportamenti alimentari non equilibrati, o trascurare l'esigenza di seguire uno stile di vita sano; sollecitare altre persone all'acquisto del prodotto oggetto della comunicazione ».

⁹⁰ V. al riguardo fra l'altro i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 23329, del 22 febbraio 2012, cit.; n. 14253, del 20 aprile 2005, in *Boll.* n. 16/05; n. 17856, del 10 gennaio 2008, in *Boll.* n. 1/08; n. 17065, del 3 luglio 2007, in *Boll.* n. 27/07; n. 16470, del 6 febbraio 2007, in *Boll.* n. 6/07.

alle modalità di espletamento ed attivazione, prevedendo precisi obblighi informativi e dedicando disposizioni a tutela dei minori ed altre alla pubblicità di queste tipologie di servizi⁹¹.

Più in dettaglio, a norma dell'art. 12 del decreto, la prestazione dei servizi a sovrapprezzo deve essere preceduta da un « messaggio di presentazione » chiaro ed esplicito recante informazioni circa elementi rilevanti, ivi compreso il costo (art. 12, comma 2, lett. c), d), e), f). Se i servizi a sovrapprezzo sono offerti mediante l'invio di messaggi di testo o dati in modalità *push* (sms, mms), al momento della conclusione del contratto devono essere fornite al cliente informazioni relative al costo per l'invio del singolo messaggio e quelle necessarie per la disattivazione del servizio (art. 12, comma 9). Per i servizi in abbonamento di durata superiore al mese, il messaggio gratuito con l'avviso di abbonamento in corso e l'indicazione della scadenza contrattuale deve essere inviato almeno mensilmente. Ad ogni modo è escluso il rinnovo tacito.

Quanto alla tutela di particolari categorie, l'art. 4, comma 1, D.M. 145/2006, prevede che le informazioni o prestazioni fornite tramite i servizi a sovrapprezzo « sono di norma destinate a persone maggiorenni ». Per l'eventualità che il servizio sia destinato a minori, il successivo art. 5 del decreto vieta ogni forma di abuso della loro naturale credulità o mancanza di esperienza e quanto altro possa porre a rischio la loro salute o sicurezza anche mediante induzione alla violazione di norme di comportamento o a condotte in grado di esporre a pericolo⁹². Per contro, qualora il

⁹¹ A norma dell'art. 1, lett. h), D.M. 145/2006, si intende per « servizi a sovrapprezzo » i servizi « forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, accessibili al pubblico, anche mediante l'uso di specifiche numerazioni, definite nel piano nazionale di numerazione, o a livello internazionale dagli appositi organismi che consentono l'accesso degli utenti ad informazioni o prestazioni a pagamento. Per tali servizi, il fornitore di servizi di comunicazione elettronica addebita un prezzo complessivo comprendente il trasporto, l'istradamento, la gestione della chiamata e la fornitura delle informazioni o prestazioni. I servizi a sovrapprezzo includono anche quelli realizzati con connessione ad Internet sia in modalità *dial-up*, che prevede l'identificazione del fornitore di servizi con una numerazione, sia in modalità *packet-switch*, che prevede l'identificazione del fornitore di servizi con un indirizzo IP. Sono, inoltre, inclusi tra i servizi a sovrapprezzo quelli offerti sulla piattaforma della televisione digitale interattiva, ovvero mediante invio di messaggi di testo o dati quali, ad esempio, sms o mms, su base di

singola richiesta ovvero in modalità di ricezione periodica (modalità *push*) a seguito di sottoscrizione di uno specifico contratto ».

⁹² A norma dell'art. 5, comma 1, D.M. 145/2006, « fermo restando quanto disposto all'articolo 4, le informazioni o prestazioni destinate ai minori o a soggetti che si trovino in stato, pur se temporaneo, di vulnerabilità psichica: a) non devono rappresentare una minaccia, anche indiretta, alla loro salute, sicurezza e crescita; b) non abusano della loro naturale credulità o mancanza di esperienza e del loro senso di lealtà; c) non fanno leva sui loro bisogni di affetto e protezione; d) non inducono a violare norme di comportamento sociale generalmente accettate; e) non inducono a compiere azioni od esporsi a situazioni pericolose ». Secondo quanto stabilito dall'art. 14, comma 2, del D.M., « i servizi a sovrapprezzo destinati ai minori sono erogati con modalità forfettaria e non superano l'importo complessivo di 2,75 euro, IVA inclusa. Il predetto importo può essere determinato dal Ministro delle comunicazioni con proprio decreto ».

servizio sia vietato ai minori, il « messaggio di presentazione » deve contenere l'indicazione circa la destinazione ai soli maggiorenni (art. 12, comma 2, lett. a). Gli eventuali divieti previsti per i minori vanno evidenziati in modo esplicito e leggibile anche nei messaggi pubblicitari, qualunque sia il mezzo di diffusione (art. 23, comma 3, lett. a).

Più in generale, la pubblicità dei servizi a sovrapprezzo deve evitare omissioni o ambiguità idonee ad indurre in errore e deve contenere indicazioni circa natura, durata e costi, nonché sull'identità del fornitore di informazioni o prestazioni (art. 23, commi 2, 3, 4). La pubblicità inviata tramite chiamate telefoniche, fax, messaggi sms, mms, posta elettronica o altri servizi di comunicazione elettronica, può svolgersi solo previo consenso espresso dell'interessato (art. 23, comma 5).

Il quadro normativo si completa con gli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, i quali tutelano la libertà di autodeterminazione del consumatore da ogni illecita interferenza a partire dal primo contatto pubblicitario, imponendo oneri di completezza e chiarezza⁹³.

Al fine di una puntuale valutazione di questi messaggi occorre tenere conto delle caratteristiche dell'attività e dei suoi destinatari. Quanto più è innovativo, dal punto di vista tecnologico, il servizio o il prodotto pubblicizzato o quanto più è articolata la promozione, tanto più intenso è il dovere di chiarezza e completezza incumbente sul professionista in ragione dell'asimmetria informativa fra questi ed il consumatore. Poiché, poi, si tratta di messaggi destinati essenzialmente a minori, vi sarà una valutazione più stringente sull'*an* della violazione: secondo l'art. 20, comma 3, D.Lgs. 206/2005, se la pratica commerciale, pur raggiungendo un gruppo più ampio, è in grado di falsare il comportamento di un più ristretto gruppo di persone particolarmente vulnerabili anche a motivo dell'età, il metro di valutazione è il membro medio di quest'ultimo. L'idoneità della pratica a condizionare indebitamente un pubblico di minori incide poi sull'entità della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 27, comma 9, Cod. cons., per la cui determinazione si deve tenere conto della gravità — oltre che della durata — della violazione. Infine, la contrarietà della pratica al D.M. n. 145/2006 si riflette sul giudizio di correttezza ai sensi degli artt. 20 ss. del Codice del consumo in quanto, come ritenuto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, « nell'ambito del Codice del consumo, il canone della diligenza professionale si presta ad essere valutato, tra l'altro, anche in base al parametro della legalità della condotta imposta al professionista »⁹⁴.

⁹³ Così l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provv. n. 19888, del 20 maggio 2009, in *Boll.* n. 21/09.

⁹⁴ Provv. n. 19888, del 20 maggio 2009, cit.

8. RILIEVI CONCLUSIVI E PROSPETTIVE DI INDAGINE.

Il mondo dell'*m-advertising* schiude, dunque, scenari complessi e pone molteplici problematiche contrattuali e di inquadramento di nuove fattispecie, di privativa e di diritti di proprietà intellettuale, di comunicazione commerciale e di pubblicità in senso stretto secondo la declinazione affatto peculiare determinata dal mezzo e dalla natura tecnologica dei prodotti o servizi offerti, di tutela della *privacy* e di categorie particolarmente esposte come i minori o, più in generale, i consumatori e gli utenti. Le questioni legate all'*m-advertising* si prestano poi ad essere riguardate (ed anzi è opportuno che vengano riguardate) da differenti angoli prospettici: non solo quello del diritto interno ma anche dell'analisi comparatistica, sia in ragione dell'origine comunitaria di non poche discipline nazionali, sia a motivo del carattere globale della rete e di alcuni servizi offerti, sia infine per la possibilità che gli attori economici o gli utenti si collochino in Stati diversi.

Invero, il lavoro è spesso dell'interprete. Le tecnologie si evolvono più velocemente del diritto, che fatica a stare al passo nel regolamentare in modo tempestivo fenomeni nuovi.

Appare ad esempio evidente la necessità di adattamento delle norme esistenti e delle tradizionali categorie giuridiche alle emergenti dinamiche negoziali che passano attraverso i nuovi *media*. Così richiedono mediazione giuridica i problemi, anche qualificatori e di disciplina applicabile, posti da originali schemi contrattuali (fra utenti e fornitori di contenuti o fra le imprese processo comunicativo) che coinvolgono l'*m-advertising* o che si avvalgono dell'*m-advertising exchange*. È il caso dello scambio fra accesso a prodotti multimediali e consenso alla ricezione di messaggi pubblicitari. Ulteriori spunti di riflessione sono offerti da altri profili, all'apparenza solo strettamente commerciali, fra cui modalità di calcolo dei corrispettivi e di ripartizione di proventi che tengono conto del numero dei contatti pubblicitari e comunque del profilo dell'*advertising*.

Un altro fecondo terreno di indagine e di mediazione è quello della comunicazione commerciale e della pubblicità in senso stretto, dove convergono problemi di tutela dei dati personali e di completezza ed intelligibilità (se non talora di vera e propria ingannevolezza) di informazioni vertenti su prodotti o servizi ad elevato livello di innovatività tecnologica. Qui possono trovare applicazione, non solo le norme in materia di *privacy* ove non venga raccolto consenso adeguatamente informato, ma altresì quelle repressive delle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive contenute negli artt. 18 ss. del Codice del Consumo. In parallelo, sul versante dei rapporti interimpresariali, sembra delinearsi l'ipotesi di un atto di concorrenza sleale in conseguenza dell'inosservanza di quelle normative.

Infine, la profilazione degli utenti a fini pubblicitari attraverso modalità di raccolta di dati personali che non renda palese lo scopo di *advertising* solleva l'interrogativo circa la natura — palese, o quantomeno in senso lato, occulta — di quelle pubblicità, non fosse altro che sotto il profilo del processo per la loro formazione; e ciò tenuto conto del carattere sempre più individualizzato e relazionale dell'*advertising* veicolato attraverso i nuovi *media* (qui la pubblicità è sovente *one to one*). Ad ogni modo sembra potersi parlare di pratica commerciale scorretta rilevante ai sensi del D.Lgs. 206/2005.

Per concludere, ed in prospettiva, le complesse problematiche che coinvolgono il mondo dell'*m-advertising* suggeriscono la ricerca di un punto di incontro fra le esigenze di protezione dei diritti (che spesso esorbitano la dimensione individuale) e quelle di innovazione e sviluppo tecnologico, fra istanze di tutela del consumatore e di altre categorie deboli e le necessità delle imprese e del mercato. Elemento fondamentale è la trasparenza e l'adeguatezza dell'informazione, ed una generale maggiore consapevolezza dei rischi (oltre che dei benefici) connessi alle nuove tecnologie.

Abstract

The issue of mobile phone advertising (m-advertising) is hotly topical on both economic and social grounds. This article introduces some legal aspects of m-advertising, with particular reference to US and Italian experiences. The leading idea of m-advertising is to join together a lot of services and technologies giving rise to an original product, different from commercial advertising as a whole and from Internet advertising too. This characteristic does not amount only to the fact that communication takes new forms, but rather it depends on the peculiarities of mobile media. For example, the latter works on more specific target due to real-time location data. To provide a first legal framework for m-ad, the following points are here assessed: the legal environment of a mobile market for apps; consumer protection and contractual information; privacy and personal data protection; impacts of a revenues sharing's model on patent litigation and violation of competition law. It is concluded that m-advertising needs a more tailored regulation in order to prevent market distortions and to improve consumer's informed choice.