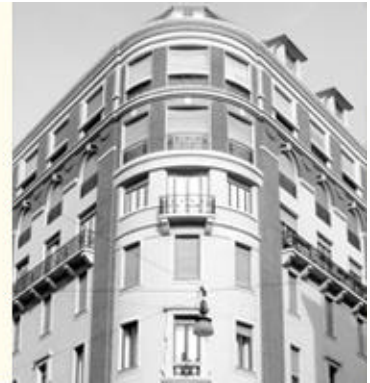




StudioLegalePojaghi
ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE



NOVEMBRE 2000

IL CONTRATTO NEL COMMERCIO ELETTRONICO

Avv. Gianluca Pojaghi

1. La Direttiva sul commercio elettronico

L'8 giugno 2000 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la Direttiva n° 2000/31/CE concernente *“taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno”*.

La Direttiva si propone di *“stabilire un quadro generale chiaro”*¹ circa le regole di tale forma di commercio, fornendo indicazioni comuni relativamente alle discipline della prestazione di servizi nella società dell'informazione.

Tali servizi vengono definiti anche attraverso il rinvio ad altre Direttive comunitarie, la Direttiva n° 1998/34/CE del 22 giugno 1988 (così come emendata dalla successiva Direttiva n° 1998/48/CE del 20 luglio 1998), che prevede una *“procedura di informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione”* e la Direttiva n° 1998/84/CE sulla *“tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato”*.

Dalla Direttiva in esame i servizi della società dell'informazione sono definiti come qualsiasi servizio prestato, normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione e di memorizzazione dei dati (compresa la trasmissione digitale) a richiesta

individuale di un destinatario di servizi. Tali servizi ² abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (*on line*), che possono consistere anche nella vendita di merci. Non sono invece contemplate attività come la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi non in linea.

Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea, talvolta si tratta di servizi non remunerati dal loro destinatario.

In base alla Direttiva il “prestatore” dei servizi è la persona, fisica o giuridica, che presta un servizio nella società dell’informazione mentre il “prestatore stabilito” è colui che offre tali servizi attraverso una installazione stabile e per un tempo indeterminato³. “Destinatario del servizio” è infine la persona, fisica o giuridica, che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione.

La Direttiva introduce il principio in base al quale il controllo dei servizi della società dell’informazione deve essere effettuato (solo) all’origine dell’attività (art. 3)⁴, ovvero nel luogo in cui si trova il prestatore del servizio offerto in rete. Il prestatore di servizi deve essere libero di offrire i propri servizi in qualsiasi Stato membro, senza necessità di autorizzazione preventiva nello Stato di destinazione, essendo soggetto agli adempimenti amministrativi di controllo soltanto nello Stato di origine.

A carattere generale, la Direttiva impone agli Stati membri l’obbligo di non creare ostacoli alla libera circolazione (cioè alla libera offerta e fruibilità) dei servizi nella società dell’informazione. Tale disposizione di principio può tuttavia essere derogata da provvedimenti nazionali, a condizione che questi siano:

- 1) necessari per motivi di ordine pubblico, di tutela della sanità pubblica, di pubblica sicurezza o di tutela dei consumatori;
- 2) relativi a un servizio della società dell’informazione che leda uno degli obiettivi di cui al precedente punto 1) o che costituisca un rischio di pregiudizio dei medesimi;

¹ Cfr. considerando n.7

² Cfr. considerando 18

³ Al riguardo è bene precisare che il concetto di stabilimento non va riferito al luogo in cui si trova la tecnologia di supporto del sito né la dove esso è accessibile, bensì al luogo in cui le società che forniscono servizi esercitano la loro attività economica (cfr. considerando 19)

3) proporzionati agli obiettivi di cui sopra⁵.

La Direttiva dedica un'intera sezione alle "comunicazioni commerciali" (artt. 6, 7 e 8), con ciò intendendosi tutte le forme di comunicazione destinate a promuovere una persona o un'organizzazione che svolge attività commerciale.

Nel caso in cui tali "comunicazioni commerciali" costituiscano un servizio della società dell'informazione fornito da un soggetto che svolge una professione regolamentata (ad es. quella di avvocato), esse sono soggette ad autorizzazione da parte degli Stati membri e debbono avvenire nel rispetto delle norme etiche e dei codici di condotta di categoria (si pensi, in questo caso, a offerte di consulenza e assistenza legale on line).

Le comunicazioni commerciali possono anche essere "non sollecitate" dal destinatario di servizi della società dell'informazione: in questo caso, tuttavia, la Direttiva impone agli Stati membri di provvedere in maniera tale da consentire la facile identificazione della natura di tali comunicazioni commerciali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve.

Altra sezione (la terza) è dedicata ai contratti conclusi per via elettronica (artt. 9, 10 e 11).

In armonia con il citato principio della libera circolazione (cioè offerta e fruibilità) dei servizi nella società dell'informazione, la Direttiva pone in proposito il principio secondo cui gli Stati membri devono non creare ostacoli alla conclusione di contratti per via elettronica. In particolare, è previsto che essi assicurino che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di validità ed efficacia in quanto stipulati per via elettronica. Anche questa affermazione di principio, tuttavia, si accompagna a possibilità di deroga per le seguenti categorie di contratti:

1) contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi dalla locazione;

⁴ E' introdotta un'eccezione a questa regola per il diritto d'autore (art. 3, comma 3), ove quindi continuerà a trovare applicazione il principio di territorialità (*lex loci*) ovvero la legge del Paese di invocata protezione.

⁵ Cfr. Art. 3, punto n° 4. Prima di adottare questi provvedimenti derogativi, ciascuno Stato membro deve avere chiesto allo Stato membro nel cui territorio è stabilito il prestatore di prendere provvedimenti e questi non li ha presi o essi non erano adeguati; inoltre, deve avere notificato alla Commissione e allo Stato membro di stabilimento del prestatore di servizi di voler adottare tali provvedimenti. In caso di urgenza, queste ultime condizioni possono essere derogate, con l'obbligo, tuttavia, per lo Stato membro di notificare i provvedimenti derogativi immediatamente alla Commissione europea.

- 2) contratti che necessitano dell'intervento di un'autorità pubblica o di professionisti che esercitano pubblici poteri;
- 3) contratti di fideiussione o garanzia prestate da persone che agiscono al di fuori della propria attività professionale o imprenditoriale;
- 4) contratti disciplinati dal diritto di famiglia e delle successioni.

La Direttiva prevede inoltre (art. 10) che gli Stati membri provvedano affinché il prestatore fornisca in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, alcune informazioni essenziali quali le varie fasi tecniche della conclusione del contratto, se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi, i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine, le lingue a disposizione per concludere il contratto.

Gli Stati membri devono inoltre provvedere affinché, nel caso in cui il destinatario di un servizio inoltri il proprio ordine mediante strumenti tecnologici, si applichino i seguenti principi:

- a) Il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica;
- b) l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi (art. 11).

Un ulteriore importante elemento della Direttiva riguarda l'identificazione dei termini della responsabilità dei prestatori intermediari dei servizi offerti on line (cosiddetti "*service provider*" -artt. 12, 13, 14, e 15).

In particolare si prevede che il service provider non è responsabile⁶ delle informazioni trasmesse a condizione che esso non origini la trasmissione, non scelga il destinatario della trasmissione e non modifichi le informazioni contenute nella trasmissione stessa, esercitando cioè attività di semplice trasporto ("mere conduit", ex art. 12, comma 1).

⁶ L'impostazione è molto simile a quella del Digital Copyright Millennium Act americano.

Per quanto concerne il c.d. “*caching*” (l’immagazzinamento temporaneo di dati lungo la rete allo scopo di un più facile accesso), le norme stabiliscono che il service provider non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni effettuata allo scopo di renderne più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari, a condizione che esso non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle informazioni medesime, non impieghi la tecnologia a disposizione per ottenere dati sull’impiego delle informazioni e agisca con prontezza per rimuovere le informazioni che ha memorizzato non appena venga a conoscenza del fatto che esse sono state rimosse all’origine.

Infine, nel caso in cui il servizio consista nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio medesimo (c.d. “*hosting*”), l’intermediario non è responsabile delle informazioni memorizzate ove esso non sia a conoscenza della illiceità di tali informazioni e sempre che, nel caso in cui venga a conoscenza di tale illiceità, esso agisca immediatamente per rimuoverle.

Infine la Direttiva pone a carico degli Stati membri l’obbligo di istituire misure giurisdizionali che consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi degli aventi diritto in rete (art. 18).

2. La validità dei contratti on-line

L’articolo 11 comma 1 del D.P.R. 10 novembre 1997 n.513 dispone che “*I contratti telematici stipulati con strumenti informatici o per via telematica mediante l’uso della firma digitale secondo le disposizioni del presente regolamento sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge*”, con ciò sancendo la piena validità nel nostro Paese del contratto telematico concluso mediante l’apposizione della firma digitale (certificata secondo le modalità individuate dallo stesso decreto), ossia del contratto “confezionato” in forma elettronica (file) mediante l’utilizzo di un codice che ne rende certa la provenienza.

Forme di garanzia contro il loro abusivo utilizzo sono oggetto dello stesso decreto, che affida all’Autorità per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione il compito di controllo sulla attività dei soggetti s cui è affidata la certificazione e pubblicazione delle chiavi di cifratura (art. 8).

Quanto invece all'ipotesi del contratto concluso on line senza firma (*rectius* certificazione di autenticità) digitale né alcun altro tipo di sottoscrizione, occorre tener presente che la forma scritta del contratto (e quindi la sua sottoscrizione) e' prevista quale elemento essenziale (e quindi requisito di validità) dell'accordo soltanto in alcune ipotesi espressamente previste dal Legislatore (art. 1350 c.c.).

Ne deriva che, in tutti gli altri casi, il contratto può essere validamente stipulato anche senza tale requisito di forma, pur con tutte le difficoltà derivanti dalla necessità di provare, in caso di controversia, il contenuto dell'accordo nonché il luogo ed il momento della sua conclusione.

3. La protezione del consumatore

Rispetto al contratto on line si è aggiunta recentemente la normativa prevista dal decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, che recepisce la Direttiva n° 1997/7/CE inerente alla "*protezione del consumatore in materia di contratti a distanza*".

Tale normativa è indubbiamente applicabile anche ai contratti on line.

L'articolo 1 del decreto definisce infatti il contratto a distanza come "*il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore ed un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso*".

Il decreto in esame si applica a tutti i contratti conclusi a distanza tra fornitori e consumatori, ad eccezione di una serie di contratti individuati dall'articolo 2: contratti relativi a servizi finanziari, contratti conclusi tramite distributori automatici, contratti relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, esclusa la locazione, contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta (cfr. in proposito le deroghe alla applicabilità della Direttiva sul commercio elettronico previste al suo art. 9).

A norma del decreto (art. 3), il fornitore è obbligato a fornire una serie di informazioni al consumatore: l'identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, in suo indirizzo; le caratteristiche essenziali del bene o del servizio; il prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o le imposte; le spese di consegna; le modalità del pagamento, della consegna del bene o della

prestazione del servizio e ogni altra forma di esecuzione del contratto; l'esistenza del diritto di recesso; le modalità e i tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; il costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; la durata della validità dell'offerta e del prezzo; la durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

Tutte informazioni che devono essere espone in modo chiaro e comprensibile e confermate per iscritto non oltre la conclusione del contratto (art. 4).

Dal contratto così concluso il consumatore gode del diritto di recesso (art. 5), la cui durata varia a seconda dell'oggetto del contratto: se il contratto prevede la compravendita di beni, il recesso è esercitabile entro dieci giorni dal giorno del ricevimento della merce o del servizio, ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione scritta - o dal giorno in cui questi ultimi siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto - e comunque non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa.

In base all'art. 9 del decreto in esame *"è vietata la fornitura di beni o servizi al consumatore in mancanza di una sua previa ordinazione nel caso in cui la fornitura comporti una richiesta di pagamento"*. Tale norma interviene in un campo particolarmente delicato, quale quello delle cosiddette vendite aggressive. E' purtroppo noto come la vendita di beni e servizi abbia conosciuto tecniche che spesso fanno dubitare delle loro liceità. Una di queste è sicuramente la cosiddetta "vendita aggressiva", ossia la vendita caratterizzata dalla particolare aggressività del venditore, che interviene consegnando o fornendo beni o servizi non richiesti e chiedendone al contempo (o, peggio, in un tempo differito) il pagamento.

L'art. 11 del decreto sancisce infine come irrinunciabili da parte del consumatore tutti diritti a lui riconosciuti dal decreto stesso.