

PRIMI APPUNTI IN TEMA DI COMMERCIO ELETTRONICO

SOMMARIO: Introduzione: il contenuto della proposta di Direttiva; 1. Le comunicazioni commerciali via Internet; 1.1. Individuazione delle comunicazioni commerciali; 1.2. La trasparenza delle comunicazioni commerciali; 2. La conclusione dei contratti telematici; a) La validità dei contratti conclusi tramite Internet; b) Requisiti della proposta e dell'accettazione; c) Documentazione relativa al contratto; d) Diritto di recesso; 3. Controllo degli operatori telematici; a) Informazioni circa l'identità del fornitore; b) Illeciti realizzati per mezzo di Internet e responsabilità del provider; c) Sanzioni; 4. Legge regolatrice del rapporto e soluzione delle controversie; 4.1. Individuazione del foro competente; 4.2. La legge applicabile al rapporto; a) Il rapporto tra la proposta di Direttiva e la normativa comunitaria in vigore; b) La normativa applicabile nel caso di contratti conclusi con soggetti non appartenenti all'UE; 5. Codici di condotta e portata internazionale del commercio elettronico.

Abstract

La proposta di direttiva comunitaria approvata dalla Commissione Europea il 23 novembre 1998 ha lo scopo di promuovere lo sviluppo del commercio elettronico, superando sia le differenze presenti nella legislazione degli Stati membri, sia gli eventuali ostacoli da esse previsti per l'utilizzo dei mezzi elettronici nei rapporti commerciali.

A tal fine la proposta si occupa sia della conclusione dei contratti telematici che della responsabilità per le operazioni immesse in rete.

Sotto il primo profilo la proposta impone agli Stati membri di assicurare la validità del contratto stipulato tramite Internet e stabilisce che esso può considerarsi concluso nel momento in cui il destinatario della proposta riceve la comunicazione dell'avvenuta ricezione della sua accettazione e conferma tale ricevuta.

La proposta, tuttavia non chiarisce quali siano i requisiti della proposta e dell'accettazione, nè si occupa di alcuni dei procedimenti di conclusione del contratto più

diffusi nella prassi, quali la digitazione del numero di carta di credito dell'accettante o l'invio della proposta e dell'accettazione mediante posta elettronica.

L'art. 1 della proposta stabilisce che l'emanazione della direttiva lascia impregiudicata l'applicazione della normativa comunitaria in vigore, con particolare riferimento alle norme posta a tutela del consumatore. A tali norme può dunque farsi riferimento per la disciplina di alcuni degli aspetti contrattuali non disciplinati dalla proposta, quali ad esempio il diritto di recesso dell'utente telematico.

Con riferimento al controllo sugli operatori telematici la proposta si limita a prevedere la necessità di fornire alcune informazioni relative al provider, non garantendo invece alcuna indicazione circa coloro che trasmettono informazioni tramite il provider stesso.

La proposta esclude che il provider e l'hosting rispondano dell'illiceità delle informazioni trasmesse in rete, e per l'attività di caching purché non abbiano modificato le informazioni stesse ed abbiano provveduto alla loro immediata rimozione una volta verificatane la provenienza illecita.

Uno dei punti centrali della proposta è quello relativo alla individuazione della legge applicabile al rapporto tra operatori ed utenti telematici, che determina alcuni problemi di coordinamento con la preesistente normativa comunitaria, in particolare con la Convenzione di Roma del 1980, e dal quale dipende anche la possibilità di applicare la disciplina che si intende introdurre nei rapporti con i Paesi extraeuropei.

Introduzione: il contenuto della proposta di Direttiva

La recente proposta di Direttiva comunitaria sul commercio elettronico, approvata dalla Commissione Europea il 18 novembre 1998, affronta alcuni dei problemi giuridici da esso sollevati ed in particolare si occupa:

- a) delle comunicazioni commerciali tramite Internet;
- b) della conclusione dei contratti telematici e della loro validità;
- c) del regime di responsabilità per le informazioni inserite in rete.

Si tratta di questioni che incidono, tra l'altro, anche sulla propensione dei consumatori a servirsi del nuovo strumento negoziale e quindi sulle sue stesse chances di sviluppo, specie sul piano internazionale.

Scopo della Direttiva proposta è, infatti, quello di promuovere il commercio elettronico, superando sia le differenze attualmente esistenti nella legislazione dei vari Stati membri, sia gli eventuali ostacoli previsti dalle legislazioni nazionali all'utilizzazione di Internet nei rapporti commerciali ⁽¹⁾, tenendo conto che l'uso dei computer rappresenta una necessità per gli operatori economici, specie in un contesto sovra-nazionale, nel quale più forti sono le esigenze di immediatezza delle operazioni e di rapidità nella trasmissione di messaggi o documenti, proprie del commercio in genere ⁽²⁾.

Tali obiettivi erano già stati formulati nella Comunicazione del 16 aprile 1997 della Commissione Europea, la quale, accanto alla necessità di garantire la diffusione dello strumento telematico e la fiducia in esso da parte di operatori ed utenti, indicava la necessità di garantire la compatibilità tra la normativa dell'UE e quella di carattere internazionale. Gli stessi organi comunitari, tuttavia, hanno preso atto della difficoltà di realizzare i citati obiettivi con una legislazione di tipo comunitario ed hanno pertanto sottolineato l'opportunità di procedere all'elaborazione di un codice

⁽¹⁾ Cfr. l'art. 4.1 della proposta, il quale vieta agli Stati membri di subordinare l'attività degli operatori telematici ad una loro preventiva autorizzazione.

⁽²⁾ Cfr. C. COSTA, *Il credito documentario nell'era dei computers e della "smaterializzazione" dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, in *Banca, Borsa, Tit. Cred.*, 1989, I, p.602.

internazionale del commercio elettronico nell'ambito dell'organizzazione mondiale per il commercio ⁽³⁾.

1. Le comunicazioni commerciali via Internet

1.1. Individuazione delle comunicazioni commerciali

La definizione della fattispecie è contenuta nell'articolo 2 lett. e) della proposta, a norma del quale per "comunicazioni commerciali" si intendono tutte quelle comunicazioni finalizzate a promuovere direttamente o indirettamente beni o servizi, oppure l'immagine di una società, di una organizzazione o di una persona che esercita un'attività commerciale, industriale o artigianale, o che pratica la libera professione ⁽⁴⁾.

Secondo la proposta non costituiscono invece comunicazioni commerciali:

- a) il semplice possesso di un sito;
- b) la diffusione di informazioni non aventi carattere promozionale;
- c) la cosiddetta "attività promozionale indipendente", ossia l'attività consistente nella gestione di un sito contenente comunicazioni commerciali relative a soggetti diversi da quello che gestisce il sito stesso, e rispetto ai quali quest'ultimo si pone in una posizione di indipendenza;
- d) la menzione di un domain name, di un indirizzo di posta elettronica, di un logo o di un brand name, quando essa avviene in assenza di un qualunque vincolo economico nei confronti del loro titolare.

⁽³⁾ Cfr. la risoluzione del Parlamento Europeo del 14 maggio 1998.

⁽⁴⁾ Cfr. sull'argomento il Libro Verde sulle comunicazioni commerciali nel mercato interno, COM(1988)121 final, 4-3-1998.

1.2. La trasparenza delle comunicazioni commerciali

Dopo aver fornito una definizione di “comunicazione commerciale” la proposta ne detta la disciplina negli artt. 6 e 7, i quali appaiono conformi ai principi della normativa comunitaria in materia di trasparenza già enunciati nelle direttive in materia pubblicitaria.

In particolare, a norma delle disposizioni citate, la comunicazione commerciale deve possedere i seguenti requisiti:

a) deve essere riconoscibile come tale.

Ne consegue l'illiceità di comunicazioni commerciali “nascoste”, con le quali si indichino le qualità di un prodotto su commissione del suo produttore e dietro versamento di un compenso da parte di quest'ultimo, qualora tali circostanze non risultino dall'informazione stessa;

b) deve poter essere ricondotta ad un soggetto determinato;

c) deve essere “trasparente”, ossia non deve lasciare alcun dubbio, non solo circa la propria natura, ma anche riguardo alle condizioni in essa previste.

d) nel caso in cui abbia ad oggetto offerte promozionali, ovvero concorsi o giochi, deve indicare chiaramente le condizioni per partecipare ai ribassi, ai premi o agli omaggi in essa indicati.

Trattandosi di comunicazioni provenienti da soggetti che esercitano una professione protetta è inoltre prescritto che esse devono conformarsi alle regole professionali e agli eventuali codici di condotta propri di quella professione ⁽⁵⁾.

Nel caso in cui si tratti di comunicazione commerciale trasmessa mediante posta elettronica e che non sia stata sollecitata dall'utente, l'art. 7 della proposta stabilisce che “la comunicazione commerciale deve apparire in modo chiaro ed inequivocabile sin dal momento in cui il destinatario la riceve”.

Per una migliore tutela del destinatario, invece, sarebbe stato forse preferibile prevedere che il carattere pubblicitario dell'informazione trasmessa debba emergere sin dal momento in cui essa appare sul computer

⁽⁵⁾ Cfr. International IT and new media update, Freshfields newsletter.

del destinatario, senza che sia necessario aprire il messaggio o il file che la contiene.

2. La conclusione dei contratti telematici

a) *La validità dei contratti conclusi tramite Internet*

Con riferimento al contratto concluso mediante l'uso di strumenti elettronici ⁽⁶⁾, l'art. 9 della Direttiva proposta impone agli Stati Membri di assicurarne la validità, ma consente che essa sia esclusa per quei contratti per i quali appare necessaria la presenza di una persona fisica o di entrambe le parti, come avviene in ambito familiare o successorio, oppure per i contratti che devono essere redatti o sottoscritti davanti ad un notaio o ad un'altra pubblica autorità ⁽⁷⁾.

Nel caso in cui tali ostacoli non ricorrano e, dunque, il contratto possa essere stipulato tramite Internet, si pone il problema di individuare il momento nel quale questo possa considerarsi concluso ⁽⁸⁾. La Direttiva proposta dalla Commissione Europea, tenendo conto di alcune delle modalità tecniche secondo le quali gli utenti concludono le loro contrattazioni telematiche, distingue due casi:

1) il caso in cui il destinatario abbia solo la possibilità di accettare o rifiutare l'offerta;

⁽⁶⁾ Nella stessa direzione è la legge modello sul commercio elettronico predisposta dall'UNCITRAL, la quale, all'art. 11 ammette la possibilità che la proposta e l'accettazione siano espresse mediante data message, ossia tramite "un'informazione generata, inviata o memorizzata in forma elettronica, ottica o con mezzi simili (...)".

⁽⁷⁾ Cfr ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997 II, p. 25; PASQUINO, *La vendita attraverso reti telematiche: profili civilistici*, in *Riv. Inf.*, 1990, p. 697ss.; STALLONE, *La forma dell'atto giuridico elettronica*, in *Contr. e impresa*, 1990, p. 762.

⁽⁸⁾ A. M. GAMBINO, *I principi regolativi dei contratti telematici*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 614ss.; CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985, p. 85.

2) quello in cui vi sia una offerta contrattuale da parte del provider, che richiede l'accettazione del destinatario.

Nonostante che non vi sia alcuna indicazione in merito, sembra che nel caso in cui l'oblato abbia solo la possibilità di rispondere positivamente o negativamente all'offerta, il contratto si debba ritenere concluso nel momento in cui l'utente abbia digitato la propria risposta affermativa sulla tastiera elettronica, anche se ciò può determinare alcuni problemi interpretativi.

In primo luogo, infatti, può avvenire che il contratto si concluda senza che il proponente abbia avuto notizia dell'avvenuta accettazione. Inoltre può determinarsi un margine di incertezza circa la persona dell'accettante, il quale viene individuato soltanto in base alla postazione dalla quale l'accettazione è stata inviata, rendendo possibile il compimento di abusi, come nel caso in cui a digitare l'accettazione non sia il titolare della postazione ma un altro soggetto autorizzato ad utilizzarla ⁽⁹⁾.

Nella seconda delle ipotesi disciplinate dalla proposta, invece, è previsto che il contratto si concluda nel momento in cui il destinatario riceve comunicazione, da parte del provider, dell'avvenuta ricezione della sua accettazione e conferma tale ricevuta ⁽¹⁰⁾. L'articolo 11 prevede, poi, che la conoscenza della ricevuta e la sua conferma si hanno quando le parti sono in grado di accedere ai documenti dai quali esse risultano, in base ad un principio analogo a quello del nostro codice civile (art. 1335 c.c.), secondo cui la dichiarazione si intende conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, a meno che questi non l'abbia incolpevolmente ignorata ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. DI GIOVANNI, *Il contratto concluso mediante computer alla luce della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, in *Riv. comm. int.*, 1993, p. 596.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 11 della proposta, il quale in tal modo risolve il problema di un supporto cartaceo dal quale risulti il contratto concluso, quanto meno come prova dell'avvenuta stipulazione.

Cfr. anche l'art. 11 della legge modello dell'UNCITRAL che, pur non individuando il tempo e il luogo di conclusione del contratto, stabilisce il momento nel quale un data message può considerarsi inviato.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 158, il quale, nel caso di accettazione mediante posta elettronica ritiene che, in capo al proponente, si configuri un

Il procedimento tuttavia diviene piuttosto complesso, in quanto si articola in tre momenti distinti:

- 1) la manifestazione di consenso dell'utente, il quale accetta la proposta cliccando sull'icona indicata nel sito;
- 2) la comunicazione del provider, con la quale egli attesta di aver ricevuto l'accettazione;
- 3) la conferma della ricevuta da parte dell'utente.

In tal modo se si garantisce la consapevolezza da parte dei contraenti dell'avvenuta conclusione del contratto, non si rispettano le esigenze di immediatezza e di certezza proprie della contrattazione telematica.

Sotto il primo profilo si renderebbe invece necessaria la previsione di un termine entro il quale il provider deve comunicare l'avvenuta ricezione del consenso dell'utente e di quello entro il quale quest'ultimo deve confermare la sua dichiarazione di volontà.

Sotto l'altro profilo non appare chiaro se, nelle more del procedimento, il rapporto tra le parti si trovi in una fase ancora riconducibile a quella delle trattative, oppure debba ritenersi che queste si siano in qualche modo vincolate a concludere il contratto e se, in quest'ultimo caso, l'eventuale obbligo assunto possa ritenersi coercibile secondo meccanismi analoghi a quello previsto dall'art. 2932 c.c.

La proposta, infine, omette di considerare alcuni procedimenti di conclusione del contratto che, pure, hanno una notevole diffusione pratica, quali quello che prevede che l'accettazione della proposta contrattuale sia contestuale al pagamento mediante digitazione del numero della carta di

onere di collegamento con il provider per controllare la posta in arrivo, quanto meno durante il periodo di apertura dell'esercizio commerciale di riferimento. Vedi anche l'art. 15 della legge modello dell'UNCITRAL secondo il quale un data message si considera inviato quando entra in un sistema informativo posto fuori dal controllo dell'autore o della persona che l'ha spedito a suo nome.

credito dell'accettante ⁽¹²⁾ o quello in cui la proposta e l'accettazione vengano inviate mediante posta elettronica ⁽¹³⁾.

b) Requisiti della proposta e dell'accettazione

La Direttiva proposta si limita a stabilire la necessità che il provider fornisca preventivamente informazioni chiare e complete circa il modo di formazione del contratto, con particolare riferimento alle varie fasi da seguire e ai mezzi di correzione degli eventuali errori, allo scopo di assicurare la formazione di un consenso pieno ed impegnativo ⁽¹⁴⁾, mentre nulla dispone riguardo alle modalità di individuazione della proposta contrattuale e della relativa accettazione.

Resta da stabilire, dunque, quali siano le caratteristiche che una dichiarazione in rete deve avere per poter essere considerata come proposta contrattuale e non come semplice invito ad offrire, considerato che spesso l'offerta telematica appare come un annuncio pubblicitario o un invito ⁽¹⁵⁾, mentre nelle schermate successive si configura una vera e propria offerta ⁽¹⁶⁾.

c) Documentazione relativa al contratto

⁽¹²⁾ Cfr. A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 143, il quale ritiene che nell'ipotesi in esame il contratto si concluda mediante inizio di esecuzione da parte dell'oblato, secondo la previsione dell'articolo 1327 primo comma c.c.

⁽¹³⁾ Cfr. A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit. p. 155, il quale ritiene che in questo caso il contratto debba considerarsi concluso nel momento in cui un'accettazione conforme alla proposta giunga nel contenitore dei messaggi del provider, a meno che il destinatario non dimostri di essere stato incolpevolmente nell'impossibilità di averne notizia.

⁽¹⁴⁾ Art. 10 della proposta.

⁽¹⁵⁾ Sui messaggi pubblicitari via Internet vd. ZENO ZENCOVICH, *La pubblicità nei servizi di telecomunicazione*, in AIDA, 1996, p. 254.

⁽¹⁶⁾ Circa la possibilità di inquadrare le proposte inserite in rete nell'ambito dell'offerta al pubblico, vd. ALBERTINI, *Osservazioni*, cit., p. 46. In senso contrario CLARIZIA, *op. cit.*, p. 150. Cfr. anche A. M. GAMBINO, *I principi regolativi dei contratti telematici*, cit., p. 614, il quale avvicina la fattispecie in esame a quella dei contratti per adesione, quanto meno nel caso in cui vi siano delle condizioni prefissate, senza la possibilità di una trattativa.

Il provider è libero di decidere se provvedere o meno alla documentazione del contratto stipulato, essendogli solo imposto di comunicare all'altra parte la propria scelta, nonché la possibilità o meno di avere accesso al documento eventualmente redatto ⁽¹⁷⁾.

Ciò determina l'impossibilità di concludere tramite mezzi elettronici i contratti per i quali è necessaria la forma scritta, almeno nel caso in cui si tratti di un requisito di validità del contratto ⁽¹⁸⁾.

Tale problema non dovrebbe porsi, almeno in linea teorica, nel nostro ordinamento, nel quale la L. n. 59/97 e il d.p.r. 513/97 disciplinano la firma digitale e il documento elettronico. La prima consente, infatti, di individuare con certezza l'autore dell'atto, del quale assicura anche l'integrità, mentre il secondo, se redatto in conformità con le norme del citato decreto, soddisfa il requisito della forma scritta, a prescindere dalla sua trasposizione su un documento e, qualora sia sottoscritto con la firma digitale, equivale ad una scrittura privata ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Circa la necessità che sia agevole ottenere un supporto cartaceo dal quale risulti la stipulazione, vedi GHIDINI, GIRINO, ESTRANGEROS, *Il commercio elettronico, alla ricerca di certezze giuridiche*, in *La società e la legge*, n.13/1998, p. 31.

⁽¹⁸⁾ Circa la possibilità di attribuire al documento elettronico la stessa efficacia probatoria del telegramma o della riproduzione meccanica vd. DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 602.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ZAGANI, *Firme digitali, crittografia e validità del documento elettronico*, in *Dir. Inf.*, 1996, p. 151ss.; M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Il Corriere giuridico*, 1998, p. 1035ss; TONALINI *La sottoscrizione elettronica dei documenti*, in *Il Corriere giuridico*, 1997, p. 442; MICCOLI, *Documento e commercio telematico. Guida alla lettura del d.p.r. n. 513*, Milano, 1998, p. 123.

Circa la concreta attuazione della normativa prevista dalle norme sopra citate vedi il recente d.p.r. 8 febbraio 1999, contenente le regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici, in G.U. 15 aprile 1999 n. 87.

d) *Diritto di recesso*

La Direttiva proposta dalla Commissione non si occupa della configurabilità o meno dello *ius poenitendi*, previsto dalla normativa sui contratti a distanza e normalmente riconosciuto anche all'utente per via telematica, considerato che, anche in caso di vendita conclusa tramite computer, questi non ha la possibilità di controllare le qualità del prodotto o le caratteristiche del servizio nel momento in cui viene sollecitato all'acquisto⁽²⁰⁾.

Ciò probabilmente si spiega con il rilievo per cui l'articolo 1 della proposta stabilisce che l'emanazione della Direttiva non pregiudica l'applicabilità delle altre norme comunitarie, in particolare di quelle poste a tutela dei consumatori, per cui l'attribuzione di un tale diritto può discendere dall'applicazione della normativa sopra citata.

Del resto, almeno per l'Italia, il d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, di attuazione della Direttiva n. 85/577 ha espressamente esteso la portata della normativa in essa contenuta, oltre che alla stipulazione "per corrispondenza" (art. 1 lett. d), anche alla "vendita telematica" (art. 9 comma 1)⁽²¹⁾.

Occorre sottolineare tuttavia che, in base alla normativa sui contratti a distanza, il diritto di recesso risulta escluso nel caso in cui si tratti di contratti di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata prima della scadenza del termine per il recesso, con il consenso del consumatore. Si tratta di un'ipotesi piuttosto frequente nei contratti telematici, specie per l'acquisto di beni che possono essere trasmessi on line tramite file, come libri o brani musicali. In questi casi, infatti, l'ordinazione del prodotto, il pagamento e la stessa esecuzione della prestazione avvengono on line, con la conseguenza che all'acquirente è preclusa la possibilità di recedere.

⁽²⁰⁾ Per altri aspetti del rapporto contrattuale non esaminati dalla direttiva proposta, ma disciplinati da convenzioni internazionali, vd. A. M. GAMBINO, *I principi regolativi dei contrats telematiques*, cit., p. 300.

⁽²¹⁾ La norma citata dispone infatti l'applicazione del decreto ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici. Cfr. sull'argomento A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit. p. 116; PASQUINO, *Le "vendite telematiche" nella disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, In *Dir. Inf.*, 1992, p. 973ss.; ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers*, cit. p. 47; TROIANO, *L'ambito oggettivo di applicazione e le esclusioni nel d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50*, in *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, p. 72 nota 28.

3. Controllo degli operatori telematici

a) Informazioni circa l'identità del fornitore

Considerata l'incertezza circa l'identità del fornitore con il quale i contratti telematici vengono conclusi e circa l'affidabilità della sua organizzazione, si pone anche un problema di controllo dei soggetti che operano in rete ⁽²²⁾.

Si potrebbe pensare ad un controllo preventivo, tale da garantire l'accesso in rete soltanto a quegli operatori che forniscano idonee garanzie di serietà e professionalità. Tuttavia, a parte la difficoltà di svolgere in concreto tale controllo, ciò determinerebbe una regolamentazione eccessiva del fenomeno, contraria non solo alle caratteristiche di immediatezza e di rapidità degli scambi, tipiche del commercio elettronico, ma anche alla stessa libertà di iniziativa economica delle imprese.

La Direttiva proposta dalla Commissione si limita, a tale proposito, a prevedere la necessità di fornire informazioni sul provider, ed in particolare:

- a) il suo nome ed indirizzo, anche elettronico;
- b) il luogo dove esso è eventualmente registrato su un registro commerciale o professionale;
- c) il numero di tale registrazione;
- d) il titolo professionale eventualmente posseduto nello Stato di provenienza ⁽²³⁾.

Nessuna informazione è invece garantita circa coloro che trasmettono informazioni commerciali tramite il provider ⁽²⁴⁾, nè riguardo ai

⁽²²⁾ Sulla questione vd. GHIDINI, GIRINO, ETRANGEROS, *op. cit.*, p. 30; MANSANI, *La protezione dei database in Internet*, In AIDA, 1996, p. 149.

⁽²³⁾ Art. 5 della proposta.

⁽²⁴⁾ Sugli obblighi di informazione da parte dell'operatore, cfr. MONINA, *Contratti informatici e obblighi di informazione*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. ALPA e V. ZENO

soggetti ai quali l'utente possa fare riferimento per ottenere un'assistenza successiva alla conclusione del rapporto o per presentare eventuali reclami.

b) - Illeciti realizzati per mezzo di Internet e responsabilità del provider

Si tratta di una molteplicità di ipotesi, che riguardano:

- a) i comportamenti abusivi tenuti dai gestori di Internet ai danni degli utilizzatori e che possono determinare l'applicazione della normativa antitrust o delle norme che reprimono la concorrenza sleale ⁽²⁵⁾;
- b) gli illeciti commessi ai danni della rete, quali l'immissione di un virus o l'accesso non autorizzato alla memoria di un elaboratore elettronico ⁽²⁶⁾;
- c) la possibilità che vengano inserite in rete delle informazioni vietate dalla legge, o ingannevoli nei confronti dei consumatori, o comunque lesive dei diritti di terzi.

La Direttiva proposta si preoccupa di disciplinare quest'ultima categoria di illeciti, distinguendo a tale proposito tre tipi di attività:

- 1) la mere conduit, ossia l'attività di semplice trasmissione di informazioni;
- 2) l'attività cosiddetta di caching, ossia di creazione di copie dell'informazione on line trasmessa da terzi, finalizzata ad evitare agli utenti di interrogare direttamente la fonte del servizio;
- 3) l'attività cosiddetta di hosting, ossia di memorizzazione di informazioni fornite da un utente su un suo sito gestito dal provider, tramite l'immissione di dati nel server.

Per le prime due ipotesi il principio generale è quello della esclusione della responsabilità sia del provider che dell'hosting per le informazioni trasmesse in rete su richiesta del destinatario, a meno che esse non siano state modificate, ovvero fosse chiara la loro natura o provenienza illecita ⁽²⁷⁾.

ZENCOVICH, Milano, 1987, p. 124ss; ALPA, *Consumatori e utenti: il problema dell'informazione*, in *Dir. Inf.*, 1985, p. 884ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. MAGNI e SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni ed internazionali*, in *Riv. Informazione e Informatica*, 1997, p. 254.

⁽²⁶⁾ Cfr. MAGNI e SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 258.

⁽²⁷⁾ Artt. 12, 13 e 14 della proposta.

In effetti ciò può giustificarsi in base al rilievo per cui, considerata l'impossibilità per tali soggetti di controllare tutti i dati immessi in rete dagli utenti, una diversa disposizione avrebbe comportato in sostanza una loro responsabilità oggettiva per l'attività di altri soggetti, senza che a ciò corrispondesse l'attribuzione di alcun corrispettivo economico ⁽²⁸⁾.

Un analogo esonero di responsabilità è previsto per il provider che svolga l'attività di caching. Anche in tal caso l'esclusione di responsabilità è subordinata al ricorrere di alcune condizioni, ed in particolare al fatto che il fornitore non abbia modificato l'informazione trasmessa, si sia conformato alle condizioni di accesso ad essa ed abbia subito provveduto ad eliminarla o ad impedirne l'accesso una volta verificatane la provenienza illecita ⁽²⁹⁾.

La proposta esclude, inoltre, che il provider abbia l'obbligo di controllare le informazioni da lui inserite in rete, a meno che ciò non gli venga temporaneamente richiesto dalle autorità giudiziarie dello Stato di provenienza, per motivi di ordine pubblico ⁽³⁰⁾.

Da tali disposizioni discenderebbe l'esclusione di ogni responsabilità del provider per l'operato dei venditori in rete, la quale appare tanto ingiustificata quanto una sua completa responsabilizzazione. Infatti, se è necessario evitare una regolamentazione opprimente, è tuttavia necessario anche garantire agli utenti un'adeguata tutela, sia pure evitando una protezione eccessiva, che renda possibile il compimento di abusi o che comunque esoneri i consumatori da quell'onere di diligenza che impone al contraente di qualunque rapporto contrattuale di valutare l'affidabilità dell'altra parte⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. DONATO, *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, in *Dir. Inf.*, 1996, p. 137; ALBERTINI, *I contratti di accesso a Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, p. 100.

⁽²⁹⁾ Cfr. art. 13 della proposta.

⁽³⁰⁾ Art. 15 della proposta. Nella prassi, inoltre, è frequente l'adozione di clausole limitative della responsabilità del provider anche nei confronti dei soggetti ai quali fornisce i propri servizi: vedi ALBERTINI, *I contratti di accesso a Internet*, *cit.*, p. 112.

⁽³¹⁾ Cfr. GHIDINI, GIRINO, ETRANGEROS, *op. cit.*, p. 33; A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, *cit.* p. 143, il quale ritiene operante, nel commercio telematico, un principio di autoresponsabilità, dal quale discende la soggezione dell'utente al cosiddetto "rischio informatico".

c) Sanzioni

Nessuna indicazione si ha per ciò che riguarda le sanzioni per la violazione delle norme comunitarie e statali sul commercio elettronico, la cui previsione viene rimessa agli Stati Membri mentre, al fine di garantire la loro effettività, sarebbe auspicabile l'introduzione di una disciplina organica, quanto meno in ambito comunitario.

Dovrebbe comunque trattarsi non solo di sanzioni economiche, ma anche di carattere commerciale, come l'esclusione da parte del provider ospitante e l'impossibilità di essere nuovamente ammessi nella rete, nonché la pubblicazione di tali provvedimenti, eventualmente anche in rete.

4. Legge regolatrice del rapporto e soluzione delle controversie

Si tratta di stabilire se, per il raggiungimento delle finalità della Direttiva, risulti preferibile, in caso di controversia, che l'individuazione del foro competente e della legge applicabile avvengano secondo la legge nazionale dell'utente, ovvero secondo quella del provider.

La soluzione adottata dalla proposta è in quest'ultimo senso, secondo un principio già adottato nell'ordinamento comunitario con la Direttiva 89/552/CEE, in base alla quale, per l'esercizio dell'attività radio-televisiva, è sufficiente il rispetto delle disposizioni del Paese d'origine dell'operatore ⁽³²⁾.

In effetti la decisione di regolare il rapporto secondo la legge nazionale del consumatore e di consentirgli di adire il suo giudice nazionale a

⁽³²⁾ Cfr. GASPARINETTI, *Unicità della rete e pluralità degli ordinamenti giuridici: "the clash of codifications"*, intervento al convegno sul commercio elettronico del 30 aprile 1999, Luiss, Roma, secondo il quale l'adozione di tale principio, detto dell'*home country control*, si giustifica per il fatto che in ambito comunitario vi è omogeneità di disciplina, in quel determinato settore e, dunque, sono adeguatamente garantiti gli interessi generali. Diversamente, l'adozione di tale principio determinerebbe un vantaggio ingiustificato per i produttori, i quali potrebbero decidere di localizzare la loro attività in Paesi nei quali vigano controlli meno rigorosi e dove, di conseguenza, minori sono le garanzie per gli utenti.

tutela dei suoi diritti porrebbe il produttore nella difficile condizione di dover conoscere la normativa di ciascuno degli Stati nei quali opera, ma è anche vero che tale necessità discenderebbe, in ogni caso, dal fatto di svolgere la propria attività in quei Paesi. A tal fine, infatti, il produttore è comunque tenuto ad osservare le norme che disciplinano alcuni profili della sua attività e che, ad esempio, richiedano il possesso di particolari requisiti per il suo svolgimento o gli vietino di avvalersi di una determinata forma di pubblicità.

D'altra parte la soluzione opposta rischia di ingenerare sfiducia nel consumatore il quale, dunque, potrebbe preferire l'uso di altri strumenti per la conclusione dei contratti, al fine di vedersi riconosciute le garanzie sopra citate.

4.1. Individuazione del foro competente

La Direttiva proposta non si occupa di dettare i criteri in base ai quali individuare il giudice competente a conoscere delle eventuali controversie ⁽³³⁾, limitandosi ad auspicare la creazione di organismi che assicurino una loro soluzione stragiudiziale, nel rispetto dei principi di indipendenza, del contraddittorio, di legalità del procedimento e delle decisioni e di rispetto del diritto di difesa, che si affiancano alle soluzioni giudiziali che i vari Stati sono chiamati a disciplinare in conformità con le esigenze di celerità del commercio elettronico.

Nel caso in cui si scelga di adire l'autorità giudiziaria, dunque, occorrerà distinguere a seconda che il rapporto intercorra tra cittadini dell'UE, ovvero una delle parti appartenga ad uno Stato estraneo all'UE.

Nel primo caso il foro competente sarà individuato in base alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e dunque il giudice competente, nel caso di contratto con il consumatore, sarà il giudice del luogo nel quale questi ha il suo domicilio, purchè si tratti di un contratto che abbia ad oggetto la fornitura di beni mobili o di servizi e sia stato preceduto da un'offerta al

⁽³³⁾ Cfr. ALBERTINI, *Osservazioni, cit.*, p. 53, il quale ritiene necessaria la sua individuazione in base al domicilio e alla residenza del consumatore, per una sua maggiore e più efficace tutela.

pubblico, da un invito ad acquistare o da pubblicità nello Stato in cui il consumatore ha il suo domicilio ⁽³⁴⁾ e purché in essi egli abbia compiuto gli adempimenti necessari alla conclusione del contratto stesso.

La competenza del giudice del luogo in cui il consumatore ha il suo domicilio sarà esclusiva nel caso in cui ad essere convenuto in giudizio sia il consumatore stesso ed alternativa nel caso in cui sia quest'ultimo a convenire in giudizio il fornitore, essendogli consentito di scegliere se proporre la relativa azione davanti al suo giudice nazionale o davanti al giudice dello Stato nel quale l'altra parte ha il suo domicilio.

Diversamente, qualora il rapporto intercorra con un soggetto non appartenente all'UE, il foro competente sarà individuato in base alle norme di diritto internazionale privato.

In effetti ciò non esclude necessariamente l'applicazione della Convenzione di Bruxelles, la quale potrebbe essere applicata come disciplina scelta dalle parti, ovvero, nel caso in cui si tratti di un consumatore avente il proprio domicilio in Italia, come disciplina richiamata dalle stesse norme di diritto internazionale privato ⁽³⁵⁾.

Ciò che occorre verificare, in questi casi, è la possibilità o meno che il consumatore, una volta ottenuta una sentenza o un provvedimento a lui favorevole, possa ottenerne l'esecuzione nei confronti del provider. Infatti, mentre tra i Paesi Europei la possibilità di ottenere l'esecuzione di un provvedimento emanato al di fuori del territorio nazionale è garantita dalla Convenzione di Bruxelles, non esiste alcuna certezza circa la possibilità di ottenere tale esecuzione in uno Stato che non abbia sottoscritto la citata Convenzione, con la conseguenza che il consumatore rischia di ottenere dal proprio giudice nazionale un provvedimento nei confronti del provider senza avere la possibilità di eseguirlo ⁽³⁶⁾.

4.2. *La legge applicabile al rapporto*

⁽³⁴⁾ Cfr. ESTRANEROS, *Il giudice e la legge applicabile, lo ius poenitendi nel contratto con il consumatore concluso on line*, intervento al Convegno sul Commercio Elettronico del 30 aprile 1999, Luiss, Roma.

⁽³⁵⁾ Cfr. art 3 secondo comma della L. 218/95.

⁽³⁶⁾ Cfr. sul punto ESTRANEROS, *op. cit.*

L'art. 2 lett. c della proposta subordina l'applicazione della normativa in essa contenuta alla presenza, nel territorio comunitario, di una sede fissa del provider ed al fatto che quest'ultimo vi svolga la sua attività per un periodo di tempo indeterminato, mentre prescinde dalla presenza o meno di mezzi tecnici predisposti a tale scopo ⁽³⁷⁾.

Da tale disposizione discende che l'applicazione della emananda Direttiva risulterebbe subordinata alla presenza di un prestatore di servizi che operi nel territorio comunitario, mentre risulterebbe esclusa per i rapporti intercorrenti tra utenti comunitari e soggetti operanti al di fuori dell'UE.

Inoltre, anche all'interno di quest'ultima, si renderebbe necessario un coordinamento tra la proposta di direttiva qui esaminata e la preesistente normativa comunitaria.

a) Il rapporto tra la proposta di direttiva sul commercio elettronico e la normativa comunitaria in vigore

In materia di obbligazioni contrattuali, tra gli Stati membri dell'UE trova applicazione la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, il cui art. 4 stabilisce che, nel caso in cui le parti non abbiano scelto la legge applicabile al loro rapporto contrattuale, quest'ultimo sia regolato dalla legge del Paese con il quale presenti il collegamento più stretto. La disposizione successiva chiarisce che, per l'individuazione di tale Paese, occorre fare riferimento al luogo in cui la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica risiede al momento della conclusione del contratto, ovvero al luogo in cui, trattandosi di persona giuridica, quest'ultima abbia la sua amministrazione centrale ⁽³⁸⁾.

Nel caso in cui sia il provider ad eseguire la prestazione caratteristica del contratto si pone quindi il problema di stabilire se il rapporto contrattuale debba essere disciplinato dalla legge nazionale di quest'ultimo, in base alle disposizioni sopra citate, ovvero se possa trovare applicazione la emananda Direttiva sul commercio elettronico.

⁽³⁷⁾ Cfr. l'art. 2 della proposta, che applica il criterio formulato dalla Corte di Giustizia.

⁽³⁸⁾ Cfr. art. 4.2 della Convenzione di Roma.

Diversamente, qualora la prestazione caratteristica del contratto non sia quella eseguita dal provider, si rende necessario stabilire se la legge applicabile debba essere quella dell'altra parte, secondo le previsioni contenute nella Convenzione di Roma ovvero se, anche in questo caso, possa applicarsi la normativa specifica sul commercio elettronico.

Del resto, nel caso in cui si ritenesse in ogni caso prevalente la Convenzione di Roma, alla normativa sul commercio elettronico si attribuirebbe una rilevanza meramente residuale, in quanto il suo ambito di applicazione sarebbe limitato ai casi in cui vi sia compatibilità tra le disposizioni in essa contenuta e quella della Convenzione sopra citata ⁽³⁹⁾.

In materia di contratti con il consumatore, invece, la legge applicabile sarà quella del luogo di residenza del consumatore, in quanto richiamata dall'art. 5 della Convenzione di Roma e applicabile anche ai contratti telematici per effetto dell'art. 1.2 della proposta a norma del quale, come si è rilevato in precedenza, l'emanazione della Direttiva non pregiudica l'applicazione della precedente normativa comunitaria, tra l'altro, in materia di contratti con il consumatore.

b) La normativa applicabile nel caso di contratti conclusi con soggetti non appartenenti all'UE

Più complessa è, invece, l'individuazione della legge applicabile ai contratti telematici nel caso in cui questi ultimi siano stati conclusi con soggetti appartenenti a Stati che non sono membri dell'Unione Europea, tra i quali figurano anche importanti partners commerciali dei Paesi europei, come gli Stati Uniti.

Nel caso in cui il provider abbia una rappresentanza stabile in uno Stato membro della Comunità, la direttiva sul commercio elettronico troverebbe applicazione per effetto del citato art. 2 lett. c, ma ciò potrebbe determinare un contrasto con le norme di diritto internazionale privato dello Stato extraeuropeo e con la legge individuata in base ad esse.

⁽³⁹⁾ In senso contrario IMPERIALI, *Commercio elettronico e rapporti internazionali*, in *Diritto e pratica societaria*, 1999, p. 40.

Negli altri casi, invece, la legge applicabile al rapporto sarà individuata in base alle norme di diritto internazionale privato, con un conseguente ampio margine di incertezza circa la sua individuazione, dovuto al fatto che la connessione tra diversi siti rende possibile una molteplicità di richiami territoriali.

Un altro aspetto problematico dei rapporti commerciali con Paesi estranei all'Unione Europea è quello relativo alla legge applicabile ai contratti con il consumatore. Anche in questo caso, infatti, la legge regolatrice del rapporto sarà individuata sulla base dei criteri di collegamento previsti dalle norme di diritto internazionale privato, senza alcuna garanzia che la legge applicabile risulti essere quella del consumatore.

Ne discende il rischio di una sfiducia nel mezzo elettronico da parte del consumatore e, in genere, da parte di qualunque operatore ed utente che intenda avere rapporti commerciali con Stati non appartenenti all'Unione Europea, in contrasto con uno degli obiettivi fondamentali della proposta di direttiva, rappresentato dall'intento di promuovere lo sviluppo del commercio elettronico.

5 Codici di condotta e portata internazionale del commercio elettronico

Da quanto si è detto emerge la presenza di alcuni profili del rapporto telematico che non trovano un'adeguata regolamentazione nella proposta elaborata dalla Commissione Europea.

Si tratta, in particolare:

- a) della responsabilità degli operatori telematici;
- b) della loro corretta individuazione da parte dei partner commerciali;
- c) dell'individuazione del foro competente a conoscere delle eventuali controversie;
- d) della legge che disciplina il rapporto;
- e) delle sanzioni da applicare in caso di inosservanza delle disposizioni contenute nella direttiva.

Per alcune di tali questioni la proposta auspica l'adozione di codici di condotta da parte di associazioni commerciali o professionali, scelta che del resto è stata già praticata da alcune imprese, sia singolarmente che in collaborazione con altre dello stesso settore.

Secondo la proposta, tali codici potranno essere redatti sia a livello nazionale che comunitario, dovranno essere ispirati ai principi contenuti nella proposta stessa e sottoposti al controllo della Commissione, la quale ne valuterà la conformità con la normativa comunitaria ⁽⁴⁰⁾.

Una maggiore uniformità sarebbe invece garantita dall'adozione, da parte degli organi comunitari, di un 'modello di codice' cui gli Stati membri debbano conformarsi, allo scopo di determinare un effettivo "ravvicinamento" dei vari codici nazionali.

In ogni caso, comunque, occorre chiedersi se una regolamentazione a livello nazionale ed eventualmente comunitario sia la più idonea a tutelare operatori ed utenti e soprattutto ad incoraggiare lo sviluppo del commercio elettronico ⁽⁴¹⁾. La difformità dei vari codici di condotta, infatti, non solo spingerebbe gli operatori europei ad intrattenere rapporti commerciali entro i confini nazionali, o quanto meno all'interno dell'Unione Europea, ma rischierebbe di avere lo stesso effetto sugli operatori stranieri, i quali, considerata l'incertezza della disciplina applicabile ai loro rapporti commerciali, non avrebbero alcun interesse ad intrattenere rapporti con soggetti europei. Considerata la portata globale del fenomeno, si renderebbe invece opportuna una disciplina internazionale, eventualmente nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio, la quale preveda l'emanazione di un codice obbligatorio per tutti gli operatori telematici, quindi non solo per i provider, ma anche per i singoli venditori e fornitori di beni e servizi ⁽⁴²⁾.

In particolare, il provider potrebbe subordinare l'accesso, da parte di questi ultimi, alla rete, all'esibizione di un documento che attesti la loro esistenza e regolare operatività, conformemente alle norme dell'ordinamento

⁽⁴⁰⁾ Art. 16 della proposta.

⁽⁴¹⁾ In senso contrario GHIDINI, GIRINO, ETRANGEROS, *op. cit.*, p. 31.

⁽⁴²⁾ Circa l'attività della Organizzazione Mondiale per il Commercio in materia di commercio telematico vd. "Declaration on global electronic commerce", adopted on 20 May 1998; "A global framework for electronic commerce", Berlin 17 september.

di provenienza, e negarlo nel caso in cui il venditore non pratichi le condizioni minime previste dal codice di condotta, oppure non esibisca entro un certo margine di tempo la documentazione richiesta ⁽⁴³⁾.

L'adozione di un codice internazionale permetterebbe inoltre di ottenere una migliore e più efficace regolamentazione di alcune delle altre questioni che la proposta di Direttiva lascia sostanzialmente irrisolte.

Bibliografia

A. M. GAMBINO, *I principi regolativi dei contrats telematiques*, in *Dir. comm. int.*, 1997;

A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997;

ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997, II;

ALBERTINI, *I contratti di accesso a Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997, II;

ALPA, *Consumatori e utenti: il problema dell'informazine*, in *Dir. Inf.*, 1985;

C. COSTA, *Il credito documentario nell'era dei computers e della "smaterializzazione" dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, in *Banca, Borsa, Tit. Cred.*, 1989, I;

CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985;

DI GIOVANNI, *Il contratto concluso mediante computer alla luce della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, in *Riv. comm. int.*, 1993;

DONATO, *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, in *Dir. Inf.*, 1996;

GHIDINI, GIRINO, ESTRANGEROS, *Il commercio elettronico, alla ricerca di certezze giuridiche*, in *La società e la legge*, n.13/1998;

IMPERIALI, *Commercio elettronico e rapporti internazionali*, in *Diritto e pratica societaria*, 1999;

M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Il Corriere giuridico*, 1998;

⁽⁴³⁾ In tal senso GHIDINI, GIRINO, ESTRANGEROS, *op. cit.*, p. 33.

- MAGNI e SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni ed internazionali*, in *Riv. Informazione e Informatica*, 1997;
- MANSANI, *La protezione dei database in Internet*, In AIDA, 1996;
- MICCOLI, *Documento e commercio telematico. Guida alla lettura del d.p.r. n. 513*, Milano, 1998;
- MONINA, *Contratti informatici e obblighi di informazione*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. ALPA e V. ZENO ZENCOVICH, Milano, 1987;
- PASQUINO, *La vendita attraverso reti telematiche: profili civilistici*, in *Riv. Inf.*, 1990;
- PASQUINO, *Le "vendite telematiche" nella disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, In *Dir. Inf.*, 1992;
- STALLONE, *La forma dell'atto giuridico elettronico*, in *Contr. e impresa*, 1990;
- TONALINI, *La sottoscrizione elettronica dei documenti*, in *Il Corriere giuridico*, 1997;
- TROIANO, *L'ambito oggettivo di applicazione e le esclusioni nel d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50*, in *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995;
- ZAGANI, *Firme digitali, crittografia e validità del documento elettronico*, in *Dir. Inf.*, 1996;
- ZENO ZENCOVICH, *La pubblicità nei servizi di telecomunicazione*, in AIDA, 1996.

Michela Dini