

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA EUROPEA SUL COMMERCIO ELETTRONICO E SUI SERVIZI DELLA SOCIETA' DELL'INFORMAZIONE

§ 1) I principi fondamentali e l'ambito di applicazione del Decreto Legislativo n° 70 del 2003 e della Direttiva Europea n° 31 del 2000.

Il 14 Aprile 2003, con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Decreto Legislativo n° 70 del 2003, è stata attuata nel nostro ordinamento l'importante Direttiva Europea n° 31 del 2000 relativa alla disciplina dei servizi della società dell'informazione, in particolare al commercio elettronico (*e-commerce*).

Questa Direttiva ed il relativo Decreto di attuazione rappresentano una tappa decisiva nella creazione a livello comunitario e nazionale di un quadro organico, specifico e chiaro di regole giuridiche per un fenomeno, quello del commercio elettronico, nato e cresciuto impetuosamente in pochissimi anni, sostanzialmente dal 1996 in poi, ed in continua trasformazione.

Nel presente articolo esponiamo i contenuti di essi completandoli con quelli degli atti normativi già in vigore che disciplinavano il commercio elettronico, in maniera tale da dare un quadro organico di queste norme, e, soprattutto, tentando di collegare la terminologia giuridica da essi utilizzata a quella economica, tecnica e, soprattutto, di *marketing* (il c.d. "*web marketing*") che si sta sviluppando su questo fenomeno e che è quella usata correntemente nella pratica.

L'obiettivo fondamentale della Direttiva e del suo Decreto di recepimento è quello di favorire la libera circolazione e lo sviluppo di queste attività e, pertanto, di questo strategico settore dell'economia, stabilendo con precisione gli obblighi, i diritti e le responsabilità delle parti coinvolte nel processo di informazione – conoscenza, di acquisto e di erogazione dei "servizi della società dell'informazione", cioè delle "attività economiche svolte in linea (*on line*)" mediante la connessione di accesso alla rete globale Internet e la presenza stabile in essa degli operatori economici per mezzo di un sito *web* (articolo 2 del Decreto Legislativo n° 70 del 2003: tutte le norme indicate nel testo, se non è altrimenti specificato, provengono da questo Decreto).

Queste parti sono sostanzialmente tre: colui che svolge *on line* un'attività economica di scambio di beni o servizi (definito, nell'articolo 2, "prestatore"), colui che offre un servizio di accesso – connessione alla rete e di memorizzazione delle informazioni in essa accessibili (il c.d. *Provider*, anch'esso definito "prestatore", ma che sarebbe stato meglio differenziare dal primo tipo, data la sua natura particolare e strategica per l'utilizzo della rete da parte degli utenti, anche professionali), colui che accede alla rete per acquistare beni o servizi o riceve tramite essa informazioni a

contenuto commerciale, senza finalità professionali (“consumatore”) o con finalità professionali (“destinatario del servizio”).

La definizione di “servizio della società dell’informazione” data dal Decreto, coincide con quella economica di *e-commerce* più diffusa, che comprende le attività di scambio di beni e di servizi (quale che sia il titolo giuridico di esse: compravendita, locazione, permuta negli scambi tra pari o *peer to peer*, ecc.) e quelle di pubblicità, promozione ed informazione a fini commerciali effettuate su Internet.

Inoltre, anche se è stato creato soprattutto per il primo, il Decreto si applica sia al commercio elettronico di tipo B2C – *Business to Consumer*, vale a dire agli scambi fra imprese e consumatori, sia a quello B2B – *Business to Business*, vale a dire agli scambi commerciali fra imprese, che, per quantità, valore e tasso di crescita, supera largamente il primo. Infatti, soprattutto le piccole imprese che effettuano i loro approvvigionamenti su Internet (il c.d. *e-procurement*) hanno esigenze di tutela molto simili a quelle dei consumatori finali (singoli e famiglie).

Per il primo tipo di commercio elettronico (B2B), il Decreto n° 70 del 2003 integra la disciplina di tutela dei consumatori nei c.d. “contratti a distanza” contenuta nel Decreto Legislativo n° 185 del 1999 (attuativo della Direttiva CE n° 7 del 1997), ossia di tutti quei contratti stipulati per mezzo di strumenti di comunicazione interpersonale a distanza senza la contemporanea presenza delle due parti nello stesso luogo fisico, come quelli conclusi via Internet, per telefono, per corrispondenza, ecc. Inoltre, restano salve le norme specifiche per gli investimenti finanziari e le assicurazioni (articolo 4).

L’accesso alle attività di commercio elettronico è libera, quindi “non è soggetta ad autorizzazione preventiva” (articolo 6). La libera circolazione di un servizio della società dell’informazione (cioè, in sostanza, di commercio elettronico) può essere limitata dall’Autorità Giudiziaria od Amministrativa di Vigilanza solo per motivi di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale, tutela della salute pubblica e tutela dei consumatori e degli investitori (articolo 5).

Si tenga presente che, per principio generale, l’operatore commerciale sul *web* deve rispondere, come responsabilità civile e penale, all’Autorità Giudiziaria (ed a quella fiscale per l’imposizione diretta sui redditi di impresa) del paese in cui ha “stabile organizzazione” (l’articolo 2 lo definisce “prestatore stabilito”), vale a dire dove esercita la propria attività economica con presenza stabile e duratura. Non è rilevante a tal fine il fatto che il sito *web* dell’operatore sia ospitato sul *server* (computer di grandi dimensioni di memoria) di un *provider* (ISP – vedi il terzo paragrafo) ubicato fisicamente all’estero.

§ 2) La disciplina dei contratti conclusi con strumenti telematici su Internet.

In questo paragrafo esaminiamo la disciplina delle transazioni elettroniche (*e-commerce*), vale a dire dei contratti conclusi con strumenti telematici sulla rete globale

Internet, contenuta sempre nel Decreto Legislativo n° 70 del 2003, attuativo della Direttiva Europea n° 31 del 2000.

In primo luogo, il prestatore (venditore) ha degli obblighi di informazione e trasparenza (articolo 7), in quanto deve fornire ai clienti potenziali (o, meglio, ai visitatori – utenti del suo sito *web*) tutte le informazioni necessarie ad identificarlo con precisione (ragione sociale, indirizzo del domicilio o sede legale, Partita Iva, numero di iscrizione al Registro delle Imprese, ecc.) ed a contattarlo (*e-mail*, numero telefonico, ecc.), oltre all'indicazione “chiara ed inequivocabile” dei prezzi, evidenziando le imposte (Iva, ecc.), i costi di spedizione e tutti gli altri eventuali costi aggiuntivi. Si devono inoltre specificare tutte le attività consentite all'acquirente e gli estremi del contratto nel caso in cui questo sia di licenza d'uso di un bene (tipico dei *software*).

A queste informazioni obbligatorie si aggiungono quelle sulle caratteristiche essenziali del bene o servizio, sulle modalità di pagamento e di consegna, sulla durata temporale della validità dell'offerta, richieste dall'articolo 3 del Decreto Legislativo n° 185 del 1999.

Oltre a ciò, il prestatore deve fornire ai visitatori del sito, prima dell'eventuale inoltro di un ordine di acquisto, informazioni chiare e comprensibili sulle fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, l'archiviazione di esso, l'accesso e le modalità di correzione degli errori, gli strumenti di composizione delle controversie. Questo secondo gruppo di informazioni non è obbligatorio per i contratti conclusi mediante il solo scambio di messaggi di posta elettronica (articolo 12). L'inosservanza di questi obblighi informativi e di quelli sulle comunicazioni commerciali (vedi oltre) è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da 103 a 10.000 Euro (articolo 21).

In secondo luogo, vi è un obbligo di chiarezza contrattuale (articolo 13): il venditore o fornitore sul *web*, dovrà inviare la ricevuta dell'ordine e comunicare con chiarezza al consumatore i termini dell'acquisto attraverso un dettagliato riepilogo di ogni condizione contrattuale, delle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, del prezzo, dei costi di spedizione e consegna e dei tributi applicati, dei mezzi di pagamento, delle modalità del diritto di recesso.

Tale diritto, ricordiamo, a norma dell'articolo 5 del Decreto Legislativo n° 185 del 1999, può essere esercitato dal consumatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento inviata entro 10 giorni lavorativi dalla conclusione del contratto, per i servizi, o del ricevimento della merce, per i beni, senza alcuna penalità ed anche senza motivo e dà diritto al rimborso del prezzo pagato. Lo stesso articolo (comma 3°) prevede che il diritto di recesso non si applica ai contratti di acquisto di beni digitalizzabili (*software*, musica, immagini, *e-book* o libri elettronici, ecc.) scaricati in FTP (*File Transfer Protocol*) dal sito Internet del venditore (il c.d. *download*), in quanto la prestazione è immediata ed irreversibile.

Anche per i contratti conclusi per via telematica vale l'obbligatorietà dell'accettazione espressa, da parte del consumatore, delle c.d. “clausole vessatorie” presenti nel contratto, prevista dall'articolo 1341 del Codice Civile e l'inefficacia di quelle previste dall'articolo 1496 *bis* dello stesso Codice, introdotto dall'articolo 25 della Legge n° 52 del 1996 (Legge Comunitaria per il 1994), in attuazione della

Direttiva CEE n° 13 del 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati coi consumatori.

Inoltre, ricordiamo che anche l'acquirente telematico usufruisce della garanzia per i difetti di qualsiasi bene mobile acquistato (non per i servizi), la cui durata è stata fissata a 26 mesi dalla consegna di esso dal Decreto Legislativo n° 24 del 2002 (attuativo della Direttiva Comunitaria n° 44 del 1999) che ha introdotto l'articolo 1519 - *sexies* del Codice Civile.

Il contratto telematico si conclude come tutti gli altri, vale a dire "quando il proponente ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte", come dispone il primo comma dell'articolo 1326 del Codice Civile, con la specificazione che "l'ordine e la ricevuta (telematiche) si considerano pervenuti quando le parti hanno possibilità di accedervi" (articolo 13): per esempio, il caso più frequente di questo fenomeno si ha quando l'*e-mail* di ricevuta – accettazione dell'ordine è scaricabile da parte dell'acquirente dal *server* del *Provider* che gli fornisce la connessione ad Internet.

L'articolo 19 prevede che le controversie relative a questi contratti possono essere portate, dai prestatori - erogatori e dai clienti - destinatari dei servizi della società dell'informazione, oltre che davanti all'Autorità Giudiziaria, anche ad organi di composizione stragiudiziale che operano per via telematica (per esempio, in Italia: www.risolvionline.it della Camera di Commercio di Milano, la prima ad istituire in tal modo nel nostro paese un c.d. ODR – *On line Dispute Resolution*) e che possono far parte della Rete Europea di Composizione Stragiudiziale delle Controversie, il c.d. *European Extra – Judicial Network* il cui sito *web* è: www.eejnet.org.

Dall'applicazione del Decreto Legislativo n° 70 del 2003 sono esclusi i contratti che istituiscono o trasferiscono diritti reali su beni immobili, esclusi quelli di locazione, i contratti che richiedono per legge la forma dell'atto pubblico (redatto da un notaio) o, comunque, l'intervento di organi giurisdizionali o di pubblici poteri, i contratti di garanzia prestata da consumatori (fideiussione, pegno, ipoteca), quelli disciplinati dal diritto di famiglia o di successione (articolo 11).

Infine, le associazioni imprenditoriali, professionali e dei consumatori possono promuovere Codici di Condotta sulle pratiche e sulle consuetudini adottate dai loro associati nelle attività di commercio elettronico. Questi Codici, una volta adottati, devono essere resi accessibili per via telematica in più lingue (italiano, inglese ed almeno un'altra lingua comunitaria) e vanno trasmessi al Ministero delle Attività Produttive ed alla Commissione Europea (articolo 18).

Il Ministero delle Attività Produttive si impegna a fare opera di informazione e di assistenza dei prestatori e degli utenti dei servizi di commercio elettronico per mezzo del proprio sito *web* (articolo 20), il cui indirizzo è: www.minindustria.it.

§ 3) La responsabilità del *Provider*, cioè del fornitore dell'accesso e di altri servizi per operare su Internet.

Per quanto riguarda la responsabilità dei *Provider*, vale a dire dei fornitori dei servizi di accesso e di memorizzazione di informazioni su Internet, la Direttiva n° 31 del 2000 ed il suo Decreto di attuazione n° 70 del 2003 pongono il principio che la responsabilità dell'ISP (*Internet Service Provider* – Fornitore di servizi Internet di base: accesso e memoria) o dell'ASP (*Application Service Provider*: sviluppatore e/o gestore di un sito *web* altrui) i cui servizi siano stati utilizzati a scopo illegale non sussiste solo se questo abbia avuto l'unico ruolo passivo di trasferire i dati, senza conoscerne i contenuti.

Infatti, l'articolo 17 stabilisce che il prestatore – *provider* non ha un “obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”, ma, qualora ne venga a conoscenza, è tenuto “ad informare senza indugio l'Autorità Giudiziaria o quella di Vigilanza” e, comunque, “a fornire a queste le informazioni in suo possesso per identificare i destinatari (clienti) dei suoi servizi, al fine di individuare o prevenire attività illecite” ed a bloccare prontamente, su richiesta sempre di queste, l'accesso a contenuti illeciti.

L'articolo 14 stabilisce che il prestatore – *provider* di un servizio di mera trasmissione (c.d. “*Mere conduit*”) non è responsabile delle informazioni trasmesse da parte di un destinatario – cliente (per esempio, dei suoi messaggi di posta elettronica) a meno che non sia lui che dia origine alla trasmissione o selezioni il destinatario della trasmissione o selezioni o modifichi le informazioni trasmesse.

L'articolo 15 prevede che il *provider* non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea (c.d. “*Caching*”) delle informazioni trasmesse dai suoi clienti (per esempio, ancora, la memorizzazione delle *e-mail* fino a quando non vengono scaricate dal destinatario sul suo computer), a meno che non modifichi le informazioni, non si conformi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle stesse, non interferisca con l'uso della tecnologia da parte del cliente per ottenere dati sull'impiego delle informazioni da parte di questo ed agisca prontamente per rimuovere le informazioni trasmesse o per disabilitarne l'accesso, una volta che queste siano state rimosse dal luogo della rete dove si trovavano inizialmente.

Infine, l'articolo 16 stabilisce la mancanza di responsabilità dello stesso soggetto nell'attività di memorizzazione permanente di informazioni (c.d. *Hosting*: memorizzazione non temporanea, ma per un periodo lungo: indica l'attività di gestione di un sito *web* da parte di un'organizzazione esterna a quella del suo proprietario, tipicamente di quella di un *provider*, per la quale, appunto, occorre tale memorizzazione) a meno che questo non sia a conoscenza dell'illiceità dell'attività o dell'informazione dei destinatari – clienti o di fatti che la rendono manifesta e non agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso.

Questa disposizione non si applica “se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità od il controllo del prestatore” (articolo 16, secondo comma): ciò esclude anche le attività c.d. di “*housing*”, vale a dire quelle di realizzazione e gestione di un sito *web* da parte di membri dell'organizzazione interna dell'impresa proprietaria di esso.

In ogni caso, per ciascuna di queste tre attività, l'Autorità Giudiziaria o quella Amministrativa di Vigilanza possono esigere che il prestatore – *provider* impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (illeciti).

§ 4) Le regole dell'attività di “comunicazione commerciale” via Internet e le “norme anti – spamming”.

Per quanto riguarda poi l'attività di “comunicazione commerciale”, vale a dire l'invio di comunicazioni pubblicitarie, promozionali, informative a scopo commerciale per via telematica, cioè per posta elettronica, ai potenziali clienti, l'articolo 8 del Decreto Legislativo n° 70 del 2003 dispone che esse “devono contenere, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa” che evidenzia i seguenti aspetti: che si tratta di comunicazione commerciale, chi la invia e, se lo è, che si tratta di un'offerta promozionale con tutte le informazioni ad essa relative.

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

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

Sono queste le c.d. “norme anti – spamming” e di tutela della *privacy* di chi entra in contatto con siti di commercio elettronico.

Ad esse si aggiungono le norme relative al generale divieto della pubblicità ingannevole contenute nel Decreto Legislativo n° 74 del 1992, che ha recepito la Direttiva CEE n° 450 del 1984..

Per concludere, segnaliamo poi che l'articolo 13 della recente (e non ancora recepita, cioè attuata, in Italia) Direttiva CE n° 58 del 2002 relativa al “Trattamento dei dati personali ed alla tutela della vita privata (la c.d. *privacy*) nel settore delle comunicazioni elettroniche”, dedicato alle “Comunicazioni indesiderate” (sempre lo “*spamming*”), rafforza questa tutela dell'utente prescrivendo che l'invio di posta elettronica con sistemi automatici di chiamata (cioè senza operatore) è possibile soltanto col consenso espresso del destinatario (previsione contenuta anche nell'articolo 10 del decreto Legislativo n° 185 del 1999) e che questo è sempre obbligatorio per l'invio di *e-mail* con scopi commerciali. Inoltre, ogni *e-mail* di questo tipo deve dare al destinatario la possibilità di interrompere questi invii con un messaggio all'indirizzo elettronico del mittente.

Infine, gli articoli 4 e 5 di questa recente Direttiva obbligano il fornitore di servizi di comunicazione elettronica (quindi anche il *provider* in quanto fornitore di un servizio di posta elettronica, quindi di “comunicazione asincrona”, cioè i cui messaggi non sono contemporanei, o di uno di *Chat*, vale a dire di “comunicazione sincrona”, con messaggi contemporanei) a garantire la sicurezza e la riservatezza delle comunicazioni e la protezione dei dati sul traffico, sull’identità e sull’ubicazione fisica ed elettronica (domicilio, residenza e indirizzo di posta elettronica) degli utenti (articolo 9).

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Per gli aspetti giuridici del commercio elettronico:

- Alpa, Guido: “Il diritto dei consumatori” – Ed. Laterza, 1997;
- Antonucci, Antonella: “*E-commerce*. La Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete” – Ed. Giuffr , 2001.

Per gli aspetti economici e di marketing e per i concetti tecnici fondamentali del commercio elettronico:

- Ministero delle Attività Produttive (gi  Ministero dell’Industria): “Guida all’*e-commerce*” – Edizione di solito annuale. Contiene i dati quantitativi del fenomeno in Italia. Scaricabile da www.minindustria.it;
- Vaciago, Elena e Giacomo: “*La New Economy*” – Ed. Il Mulino, 2001;
- www.impresit.com: “Corso *on line* sul commercio elettronico”.

Gianfranco Visconti

Consulente di direzione aziendale e formatore

Data: 24 Giugno 2003