

Aspetti giuridici del commercio elettronico  
Dispensa della lezione del Dott. Enrico Ghirotti

\* \* \*

Prima di addentrarci nel tema della disciplina normativa dei contratti del commercio elettronico, è necessario inquadrare questo fenomeno come espressione dell'attuale sviluppo delle cd. nuove tecnologie ed in particolare del sistema di telecomunicazione che è internet. Questo strumento, che nasce come opportunità di circolazione di flussi informativi che coinvolge tutto il pianeta, a poco a poco è diventato sempre più anche scenario e mezzo di realizzazione di transazioni commerciali, regolato dalle leggi economiche del mercato, ma che va altresì regolato anche dalle norme giuridiche.

Il commercio elettronico via internet per un'impresa presenta innumerevoli vantaggi, ma deve essere preventivato e programmato, sia a livello di strategie commerciali, sia di struttura organizzativa. Internet è evidentemente un ottimo veicolo di promozione, consentendo all'impresa di essere (potenzialmente) nello stesso momento in tutti i luoghi del mondo in cui vi sia un computer ed un collegamento alla rete. Tale opportunità non è consentita dagli strumenti tradizionali, sia promozionali che distributivi.

Il commercio elettronico via Internet è, tuttavia, più difficilmente programmabile, poichè con minore precisione l'impresa è in grado di programmare la propria attività produttiva o distributiva, in quanto non può convenientemente anticipare la risposta di un mercato che è al tempo stesso potenzialmente vastissimo, ma reale solo quando giunge l'ordine di acquisto.

Indubbiamente lo strumento Internet ben si adatta alla commercializzazione di quei prodotti, in particolare quelli "di nicchia", che con i canali distributivi tradizionali verrebbero penalizzati dai costi fissi e dai bassi volumi di vendita.

Infine, ma non meno importante, è la consapevolezza dell'imprenditore che il commercio elettronico non può essere una avventura, ma deve essere preparato, soprattutto attraverso una struttura aziendale duttile ed elastica che sia in grado di adeguare la produttività alle naturali oscillazioni di quel mercato.

Le figure del commercio elettronico sono sostanzialmente tre, ognuna che richiama fattispecie sia economiche che giuridiche del commercio tradizionale: la definizione si riferisce ai soggetti che sono parte del rapporto negoziale.

Con terminologia anglosassone che indica i mercati in cui si sono diffuse inizialmente, si distinguono, business to business (nell'acronimo B2B), business to consumer (B2C) e consumer to consumer (C2C). Quest'ultima figura, che è sicuramente la meno rilevante, ha come parti del rapporto due soggetti privati che non agiscono nell'ambito di una attività d'impresa e corrisponde come fattispecie alle inserzioni che si pubblicano sui giornali o sulle riviste specializzate di annunci economici (un esempio di questo è [www.secondamano.it](http://www.secondamano.it), o [www.portaportese.it](http://www.portaportese.it)).

Ben più diffuse e importanti sono le altre due forme di commercio elettronico; il B2B, di cui non ci occuperemo in questa sede, ha come soggetti coinvolti due imprenditori, cioè due parti che professionalmente esercitano l'attività ed hanno il ruolo contrattuale di acquirente e venditore. Questa forma di transazione commerciale ha l'obiettivo di integrare sempre più le strutture aziendali delle parti e certamente è destinata ad avere nei prossimi anni uno sviluppo più intenso.

Approfondiremo la figura del business to consumer che riveste importanti profili di interesse, in particolare perchè è espressione di un rapporto in cui i soggetti coinvolti non partono da un piano di parità.

Infatti, mentre una delle parti è un imprenditore, l'altra è un consumatore, un utilizzatore del bene o del servizio, un soggetto che non partecipa alla relazione negoziale come parte professionale.

La naturale dinamica del rapporto di interdipendenza funzionale fra produttore e consumatore fa sì che quest'ultimo sia il contraente più debole, quello che finisce per subire il ruolo che ad esso è assegnato dal mercato. Il consumatore si trova in posizione di sicura inferiorità, in quanto è facilmente influenzabile, anche se la sua libertà contrattuale non risulta comunque mai assolutamente compressa.

La situazione di soggezione psicologica e materiale, si è notevolmente alleggerita, oltre che con la maturità del consumatore e la sua maggiore consapevolezza del ruolo che occupa, grazie anche alla specifica legislazione e tutela che è stata accordata sia a livello comunitario sia a livello nazionale, considerando - a ragione - il cliente come l'anello debole della catena produttiva.

Se per le tradizionali vicende del commercio è abbastanza semplice individuare e disciplinare le fattispecie, molto meno semplice è l'operazione di lettura del fenomeno e di normazione per internet ed in particolare per il commercio elettronico.

Ciò che deve essere chiaro è che anche il commercio elettronico ha (ovviamente) una base contrattuale, per cui deve essere letto con gli occhi del diritto e specificatamente del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

In particolare, per quanto riguarda la tutela del consumatore nell'ambito del rapporto di B2C, gli strumenti a disposizione, partendo dalla disciplina codicistica, si sono andati, col tempo e con gli interventi del legislatore, via via affinando.

La prima norma cui possiamo riferirci è l'art. 1341 in tema di condizioni generali di contratto.

L'art. 1341 c.c. si occupa di tutelare il contraente che conclude un contratto le cui clausole sono state predisposte dall'altro contraente. Queste sono efficaci se al momento della conclusione del contratto la parte le aveva conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando la normale diligenza.

Tuttavia talune clausole, dette "vessatorie", non hanno effetto, se non approvate specificamente per iscritto, e sono quelle che stabiliscono a favore di colui che le ha predisposte limitazioni di responsabilità, facoltà di recesso unilaterale o sospensione dell'esecuzione del contratto, o quelle che sanciscono per l'altro contraente decadenze, limitazioni, restrizioni alla libertà contrattuale, proroghe o rinnovazioni contrattuali tacite, clausole compromissorie e deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Un passo avanti si è fatto con la Direttiva 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che è stata recepita in Italia ed inserita nel codice civile con un apposito capo aggiunto ora all'art. 1469 c.c.

Per effetto dell'introduzione nel codice civile degli artt. 1469 bis c.c. e segg., nei contratti conclusi tra un consumatore e un professionista (imprenditore), aventi per oggetto la cessione di beni o servizi, si considerano vessatorie, o abusive, le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio degli obblighi derivanti dal contratto.

L'art 1469 bis c.c. , al comma 3, forma un elenco preciso dei tipi di clausole (venti) ritenute per legge vessatorie. L'accertamento della vessatorietà delle clausole contrattuali viene effettuato in concreto tenendo conto, ai sensi dell'art. 1469 ter c.c., della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto ed alle altre clausole dello stesso.

Le clausole vessatorie sono inefficaci se non si dimostra che sono state oggetto di trattativa individuale. Sono comunque inefficaci a vantaggio del consumatore, anche se oggetto di trattativa o approvate dallo stesso, le clausole che abbiano per oggetto o per effetto di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista per morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista in caso che questi sia inadempiente o adempita in modo inesatto;
- c) prevedere l'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto modo di conoscere prima della conclusione del contratto.

Parzialmente sovrapponibile alla disciplina codicistica è la normativa in tema di contratti conclusi fuori dei locali commerciali, contenuta nella Direttiva 85/577/CEE attuata in Italia con il D. LGS. n° 50/92. Essa si applica, come recita l'art. 1, alle forniture di beni o servizi, negoziate fra un operatore commerciale ed un consumatore e stipulati:

- a) a domicilio del consumatore (es. il Folletto Vorwerk), o di un altro consumatore (prodotti di cosmetica es. Avon, Stanhome e simili presso gruppo di amiche di cui una presenta i prodotti);
- b) sul posto di lavoro del consumatore o dove egli si trova (rappresentanti di libri specializzati);
- c) durante escursioni e al di fuori dei locali commerciali (gite e presentazione di prodotti da acquistare);
- d) in luoghi pubblici o aperti al pubblico con la sottoscrizione di una nota di ordine (pseudo-interviste in strada eseguite da avvenenti fanciulle che poi invitano a firmare un foglio senza impegno, salvo successiva scoperta, quando arrivano pacco e solleciti di pagamento, di aver acquistato corsi di lingue, enciclopedie, corsi di computer con buone prospettive di lavoro, ecc.);
- d) per corrispondenza o in base a cataloghi da consultare (Postalmart, Vestro, Euronova, ecc.).

Caposaldo di detta normativa è la facoltà per il consumatore di recedere dal contratto. Ciò dopo aver considerato taluni aspetti particolarmente importanti come l'informazione che l'operatore commerciale deve fornire al consumatore circa le modalità di esercizio del diritto, termini e condizioni, il soggetto destinatario della comunicazione del recesso.

L'esercizio del diritto di recesso avviene mediante comunicazione con lettera raccomandata a.r. all'operatore commerciale nel termine di 7 (sette) giorni di calendario dalla data di sottoscrizione della nota d'ordine o dalla ricezione dell'informazione circa il diritto di recesso, o dalla data di ricevimento della merce per le forniture di beni.

Da tener particolarmente in considerazione è il fatto che, se l'operatore non fornisce le informazioni obbligatorie, o le stesse sono incomplete, il termine per recedere è di sessanta giorni. Gli effetti del diritto di recesso si hanno con la ricezione della raccomandata da parte dell'operatore, il quale è obbligato a restituire le eventuali anticipazioni a titolo di acconto o caparra entro trenta giorni dal recesso.

Questa disciplina si applica anche alle televendite e alle vendite effettuate tramite canali telematici.

Come abbiamo visto fin qui, la materia della tutela del consumatore è quantomai variegata e complessa, contraddistinta com'è da una moltitudine di previsioni legislative, sia comunitarie che nazionali, e da molteplici discipline tra loro diverse e talora concorrenti.

Tuttavia, finora nessuna di quelle citate, pur importanti, completamente si attaglia alla fattispecie del commercio elettronico B2C.

Si rendeva, pertanto, necessaria una apposita disciplina che tutelasse i consumatori che utilizzano lo strumento Internet per effettuare acquisti di beni o di servizi.

Una importante normativa, di derivazione comunitaria, è ora vigente in Italia per effetto del D. Lgs. 22 Maggio 1999 n° 185 rubricato "protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza".

Tale strumento legislativo è estremamente innovativo poichè viene a disciplinare tutti quei contratti che utilizzano tecniche di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto, tra cui, ovviamente, può ricomprendersi Internet.

La normativa segue il solco tracciato dal D.Lgs. 50/92 soprattutto come conferma del caposaldo rappresentato dal diritto di recesso per il consumatore.

Accanto a questo istituto particolarmente significativo, il D.Lgs 185/99 prevede tutta una serie di tutele e garanzie per il consumatore che acquista beni o servizi anche attraverso Internet.

Scorrendo rapidamente l'articolato della legge, dobbiamo soffermarci sull'art. 3 che impone al produttore di informare, prima della conclusione del contratto a distanza, il consumatore sui principali aspetti dell'operazione che lo stesso sta per intraprendere. Infatti, il consumatore deve conoscere l'identità del fornitore, le caratteristiche e le prestazioni del prodotto che intende acquistare, il prezzo e le spese di consegna, le modalità di pagamento e di consegna, la durata di validità dell'offerta e del prezzo. Di notevole importanza è poi l'informazione sull'esistenza del diritto di recesso e sulle modalità di esercizio.

Tutte le predette informazioni, oltre ovviamente a tutti i dati relativi al contratto, dovranno essere confermati per iscritto, normalmente vengono stampati in automatico.

Il diritto di recesso, ai sensi della normativa in esame, può essere esercitato dal consumatore senza penalità e senza indicare il motivo, entro 10 (dieci) giorni lavorativi decorrenti dal ricevimento della merce, laddove il produttore abbia dato l'informativa relativa, ovvero entro tre mesi in caso di omessa informativa.

L'esercizio del diritto di recesso deve avvenire mediante comunicazione con lettera raccomandata a.r. all'operatore commerciale nel termine previsto che si considera rispettato con il deposito della lettera presso l'Ufficio postale accettante.

Va qui sottolineata la differenza dei termini fra le normative che si sono succedute: mentre nel D. Lgs 50/92 il termine per l'esercizio del diritto di recesso era (ed è ancora, poiché tale normativa è ancora in vigore e si applica alle quattro fattispecie ivi previste) di sette giorni di calendario, nella disciplina in esame il termine è di dieci giorni lavorativi, tenendo conto che sono da considerarsi festivi la domenica e gli altri giorni festivi infrasettimanali, ma non il sabato ancorché per molti non sia giorno di lavoro.

Per inciso, i termini suddetti, previsti dalle citate normative per il diritto di recesso, non devono essere confusi con un altro termine piuttosto noto, quello di otto giorni, che, invece, è previsto dall'art. 1495 c.c. per la denuncia, a pena di decadenza, dei vizi della cosa venduta.

Diverse altre norme meritano attenzione: tra esse, l'art. 6 che prevede un termine di esecuzione del contratto fissato in trenta giorni; l'art. 8 che codifica la modalità di pagamento con carta di credito, imponendo all'istituto di emissione il riaccredito di quelle somme fraudolentemente sottratte dal fornitore o da terzi (situazione che può accadere nelle transazioni commerciali via Internet); l'art. 9 che vieta espressamente le forniture non richieste, per le quali il silenzio o la mancata risposta del consumatore non significa consenso.

Di particolare rilievo sono, altresì, la norma (art. 11) che sanziona con la nullità l'apposizione di clausole contrarie alle disposizioni del D.Lgs 185/99, in particolare relativamente alla irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore, e l'art. 14 che, in caso di controversia, individua in maniera inderogabile quale giudice competente quello del luogo in cui risiede il consumatore, se ubicato nel territorio dello Stato.

Recentissima è l'attuazione della Direttiva comunitaria sul commercio elettronico. Con il D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 70, in vigore dal 14 Maggio 2003, il Legislatore nazionale ha introdotto nell'Ordinamento una normativa che si applica al commercio elettronico diretto, nonché alla fase prenegoziale e negoziale del commercio elettronico indiretto.

Si parla di commercio elettronico diretto se l'oggetto del contratto telematico è un bene immateriale, in particolare quei servizi, normalmente a pagamento, prestati a distanza per via elettronica (pensiamo al download di file musicali, software, films, ecc.).

Si parla invece di commercio elettronico indiretto se l'oggetto del contratto è un bene materiale, per cui non può essere effettuato on-line ogni aspetto relativo alla consegna della merce o alla prestazione di servizi erogati non per via elettronica.

La disciplina del decreto n. 70 è particolarmente importante perché essa fissa alcuni parametri relativi alla conclusione di contratti telematici.

Dopo aver ribadito all'art. 7 la necessità che il destinatario del servizio abbia tutte le informazioni generali riferibili al prestatore, il Legislatore si occupa di chiarire all'art. 12 che devono essere rispettati ulteriori obblighi informativi. Infatti, il prestatore del servizio deve fornire al destinatario informazioni circa le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso, i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore, gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica, le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano, l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

Meritano, infine, un accenno le norme contenute negli artt. da 14 a 17 dedicati alla materia della responsabilità degli intermediari della comunicazione (internet provider). A questo proposito il Legislatore ha incentrato la disciplina sull'esclusione di qualsiasi obbligo di sorveglianza a carico degli intermediari e sulla non responsabilità di tali soggetti, eccezion fatta per quelle situazioni che conseguono all'esercizio di attività illecite.

In conclusione, occorre sottolineare che questa normativa non si sovrappone nè sostituisce quelle precedenti finalizzate alla tutela dei consumatori, ma anzi con esse si integra e ad esse si aggiunge.

Infatti le normative precedentemente commentate attengono alla tutela della parte contrattuale debole, cioè il consumatore, il decreto legislativo n. 70/03, invece, concerne la disciplina del contratto telematico. Pertanto prevale la tutela del consumatore e in generale la inderogabilità delle norme stabilite a favore del consumatore e la irrinunciabilità dei diritti dalla legge ad esso assegnati.