

MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

R O M A D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

#### **ITALIA**

## L'E-COMMERCE app. Cod. Cons. D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 70 di Avv. Francesco Misuraca www.smaf-legal.com

Il termine *e-commerce* (abbreviazione di *electronic commerce*) va ad indicare quell'ampio e particolare fenomeno volto alla conclusione di transazioni commerciali tramite quel sistema informatico internazionale che, collegando milioni di *computers* tra di loro, ha dato luogo ad una rete denominata Internet.

La miglior definizione del termine di *e-commerce* resta quella fornita dalla Commissione europea nella sua comunicazione del 15 aprile 1997 ove si afferma che "il commercio elettronico ha come oggetto lo svolgimento degli affari per via elettronica. Esso si basa sull'elaborazione e la trasmissione elettronica delle informazioni, inclusi testi, suoni e video immagini. Il commercio elettronico comprende molte attività diverse, quali la compravendita di bene e servizi per via elettronica, la distribuzione in linea di contenuti digitali, il trasferimento elettronico di fondi, le contrattazioni elettroniche di borsa, le polizze di carico elettroniche, le gare di appalto e le vendite all'asta, il design e la progettazione in collaborazione, la selezione in linea dei fornitori, il marketing diretto dei beni e servizi per il consumatore, nonché l'assistenza post vendita".

Il commercio elettronico può essere suddiviso in due categorie a seconda del canale utilizzato per la consegna del prodotto. Può essere di tipo indiretto, quando viene effettuato tramite una semplice ordinazione per via elettronica di beni materiali, la cui consegna fisica è pur sempre effettuata tramite canali di tipo convenzionale, quali la posta o i corrieri commerciali. E' invece classificato come commercio elettronico, quando l'ordinazione, il pagamento e la consegna di beni e servizi immateriali quali materiali di intrattenimento, servizi informativi o software informatico avvengano interamente on-line. Tanto il commercio elettronico diretto quanto il commercio elettronico indiretto offrono opportunità specifiche: spesso sono entrambi praticati dalla medesima società, che ad esempio vende software on-line ma anche in punti vendita di tipo tradizionale. Mentre

**20123 MILANO (MI), Italia** Via Monti, 8 tel.:+(39 02) 006 15 017 fax:+(39 02) 700 50 81 00 00198 ROMA (RM), Italia Via Savoia, 78 Tel.: +(39) 06 92 938 008 fax.: +(39) 06 8928 10 51



MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

però il commercio elettronico indiretto dipende da una serie di fattori esterni (quali l'efficienza del sistema dei trasporti), il commercio elettronico diretto, che consente transazioni elettroniche da punto a punto senza soluzione di continuità oltre i confini geografici, è in grado di sfruttare tutte le potenzialità dei mercati elettronici globali.

La particolarità di internet è quella di aver dato vita ad un mondo virtuale, il cyberspazio, caratterizzato dal fatto che durante la cd. navigazione si esce fuori innumerevoli volte dalle frontiere del proprio Stato senza neppure rendersene conto. Proprio questa transnazionalità, che è l'elemento caratterizzante internet, ha portato i governi a ricercare soluzioni per armonizzare il fenomeno con la disciplina legislativa del commercio in generale. La possibilità fornita da internet di concludere transazioni commerciali in tutti gli stati del mondo ha evidenziato l'insufficienza del diritto internazionale privato e processuale ad affrontare e risolvere le problematiche da ciò scaturenti. Le operazioni legate all'e-commerce si svolgono in uno spazio non fisico ma virtuale. Tale smaterializzazione non si riferisce soltanto al luogo di formazione del consenso contrattuale, che resta l'aspetto più evidente dei contratti cd. informatici, ma può investire anche la fase dell'esecuzione (come avviene con il meccanismo del download) o dello stesso pagamento del prezzo che sempre più spesso si effettua mediante la comunicazione, anch'essa informatica, degli estremi della carta di credito dell'acquirente. Pertanto molte categorie elaborate dal diritto quali il luogo di esecuzione dell'obbligazione, il luogo in cui si verifica l'evento dannoso, la contraffazione di marchi, la responsabilità per danni da prodotti difettosi non riescono ad adattarsi a tale realtà.

# LE TRANSAZIONI INTERNAZIONALI ON LINE IL LUOGO DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Alla luce della natura soltanto virtuale dello spazio nel quale si svolge la contrattazione via internet, è stato variamente affrontato il tema della determinazione del luogo in cui questo tipo di negozio giunge a perfezionamento. Di fatto sulla rete l'offerta contrattuale viene diffusa in due modi:

1) presentandola in una pagina web, in un sito;

**20123 MILANO (MI), Italia** Via Monti, 8 tel.:+(39 02) 006 15 017 fax:+(39 02) 700 50 81 00 00198 ROMA (RM), Italia Via Savoia, 78 Tel.: +(39) 06 92 938 008 fax.: +(39) 06 8928 10 51



MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

2) inviandola per *e.mail* o posta elettronica.

Nel primo caso la qualificazione giuridica più corretta appare quella dell'offerta al pubblico, essendo la stessa rivolta "ad incertam personam" e, pertanto, troverà la sua disciplina di riferimento nell'art. 1336 c.c.

Secondo tale disposizione normativa "l'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi".

Nel secondo caso, invece, si applicherà la fondamentale disposizione dell'art. 1335 c.c. che considera pervenuta la proposta quando essa giunge all'indirizzo del destinatario a meno che questi non provi di non esserne venuto, senza colpa, a conoscenza. La norma dell'art. 1326 c.c. stabilisce, poi, che il contratto è concluso nel momento in cui il proponente viene a conoscenza dell'accettazione della controparte. Con riferimento allo specifico dell'*e-commerce* sembra diventare sempre più diffusa la tesi che tale momento e tale luogo devono individuarsi in quello in cui ha sede il *server* o *provider* presso cui l'accettazione perviene. Tale luogo, rispetto a quello della persona fisica che, con modalità diverse, può provvedere allo scarico della posta elettronica appare più certo e fermo.

#### IL DIRITTO APPLICABILE

Ferma restando l'identificazione del *locus* e *tempus contracti* come sopra stabiliti, resta il problema, per contratti stipulati tra soggetti spesso residenti in ordinamenti giuridici diversi, della determinazione del diritto da applicare. Non vi è dubbio che, anche per l'*e-commerce*, valgono i criteri di collegamento fissati dall'art. 57 della legge 218/1995.

Come è noto, tale disposizione fa espresso richiamo alle regole approvate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva in Italia con la legge 18/12/1984, 975. L'art. 3 della Convenzione assume come primario criterio di collegamento quello della scelta delle parti. Nella pratica commerciale di internet tale intesa preventiva è divenuta regola consueta. E' difficile, infatti, che tale aspetto non

**20123 MILANO (MI), Italia** Via Monti, 8 tel.:+(39 02) 006 15 017 fax:+(39 02) 700 50 81 00 00198 ROMA (RM), Italia Via Savoia, 78 Tel.: +(39) 06 92 938 008 fax.: +(39) 06 8928 10 51



MILANO ROMA BOLOGNA

MILANO BOLOGNA F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

venga esplicitamente preso in esame ed illustrato, insieme alle condizioni economiche e merceologiche dell'offerta, all'atto dell'accettazione della proposta. Soltanto qualora tale scelta manchi troveranno applicazione gli altri criteri fissati dalla Convenzione di Roma. Sempre con specifico riferimento all'effettività realtà operativa dell'*e-commerce* va, peraltro, rilevato come, nella maggior parte dei casi, il contratto venga concluso tra un consumatore (il navigatore) ed un soggetto che svolge l'attività commerciale in forma imprenditoriale (il titolare della pagina *web*). In tali casi, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione, a tutela della parte economicamente più debole, dovrà, in deroga alle regole generali, trovare applicazione la legge del paese in cui il consumatore abbia la sua abituale residenza.

In particolare verranno esaminati sedici dei principali Stati facenti parte dell'Unione Europea tra cui l'Italia e allo scopo verranno evidenziate le differenze e le somiglianze delle discipline. Si tratterà in particolare, di verificare il recepimento della principale Direttiva europea in tema di *e-commerce* e consumatore, la n. 97/7 sulle vendite a distanza.

# LA COMMERCIALIZZAZIONE DEI SERVIZI FINANZIARI A DISTANZA Codice del Consumo artt. 67 bis e 67 vicies bis

Dopo due anni esatti, il Codice del consumo con il Decreto Legislativo n. 146/2007, ha recepito alcune norme comunitarie inserendole nella sezione IV bis intitolata "commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori", articoli dal 67-bis al 67 vicies bis.

Tali articoli prevedono che:

- in fase di trattativa debbono essere fornite specifiche informazioni in modo chiaro e comprensibile, indipendentemente dal tipo di tecnica di comunicazione a distanza che venga utilizzata. La mancanza di tale informativa comporta la nullità del contratto, nullità che deve essere fatta valere dal consumatore. L'onere della prova sull'adempimento degli obblighi ricade sul fornitore.

20123 MILANO (MI), Italia Via Monti, 8

tel.:+(39 02) 006 15 017 fax:+(39 02) 700 50 81 00 **00198 ROMA (RM)**, **Italia** Via Savoia, 78 Tel.: +(39) 06 92 938 008

Tel.: +(39) 06 92 938 008 tel.: +(39) fax.: +(39) 06 8928 10 51 fax: +(39)

Via Urbana, 5/3 tel.: +(39 051) 64 40 543 fax: +(39 051) 09 52 565

40123 BOLOGNA, Italia



MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

#### Le informazioni da ricevere sono:

# A) SUL FORNITORE DEL SERVIZIO (banca, compagnia di assicurazioni, finanziaria, etc.)

- identità del fornitore, sua attività ed indirizzo geografico della sede e di eventuali altri punti di riferimento rilevanti per il consumatore;
- identità dell'eventuale rappresentante del fornitore e suo indirizzo geografico;
- identità dell'eventuale professionista che abbia diretto contatto col consumatore;
- il registro di commercio a cui sia eventualmente iscritto il fornitore e gli estremi della competente autorità di controllo qualora il fornitore sia soggetto ad autorizzazione.

## B) SUL SERVIZIO VENDUTO (contratto r.c. auto, finanziamento, etc.)

- descrizione delle principali caratteristiche del servizio;
- prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere per il servizio, compresi tutti gli oneri, commissioni e spese nonché le imposte. Se non e' possibile indicare il prezzo esatto, va fornita la base di calcolo dello stesso, in modo che il consumatore possa verificarlo;
- avvisi riguardanti l'eventuale rapporto del servizio con strumenti che implicano rischi dovuti a loro caratteristiche o alle operazioni da effettuare oppure nei casi in cui il prezzo sia legato alla fluttuazione dei mercati finanziari. Ciò, tipicamente, nei casi di servizi di investimento:
- l'eventuale esistenza di altre imposte e costi non pagati direttamente tramite il fornitore.
- eventuali scadenze dell'offerta proposta;
- le modalità di pagamento e di esecuzione del servizio nonché le condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento;
- eventuali costi inerenti l'utilizzo della comunicazione a distanza;
- gli eventuali collegamenti con altri servizi finanziari (per esempio un contratto di conto corrente legato all'attivazione di una carta di credito), con illustrazione degli effetti derivanti dalla combinazione.

### C) SUL CONTRATTO



MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

- informazioni sull'esistenza o la mancanza del diritto di recesso con le condizioni e le modalità per il suo esercizio specificando i mezzi (dev'essere prevista in ogni caso la raccomandata a/r), i termini massimi e l'indirizzo geografico a cui inviare la lettera. Devono essere fornite informazioni anche sugli importi che potrebbero venir trattenuti nonché sulle conseguenze del mancato esercizio di tale diritto;
- la durata minima del contratto, in caso di prestazione permanente o periodica;
- tutte le informazioni sui diritti delle parti riguardo la rescissione anticipata, anche unilaterale, comprese le penali eventualmente dovute;
- lo Stato membro o gli Stati membri sulla cui legislazione si basa il rapporto prima della conclusione del contratto e le clausole contrattuali sulla legislazione applicabile al contratto nonché il foro competente per le controversie;
- la lingua o le lingue utilizzate per le comunicazioni delle condizioni contrattuali e delle varie informative e le comunicazioni da emettersi durante il periodo di validità del contratto.

### D) SUI RICORSI

- esistenza o mancanza di procedure conciliative di reclamo e/o ricorso accessibili al consumatore e le modalità per avvalersene;
- esistenza di fondi di garanzia o altri mezzi di indennizzo.

## E) SE I PRIMI CONTATTI AVVENGONO PER TELEFONO

- l'identità del fornitore e lo scopo della chiamata devono essere dichiarate all'inizio della conversazione.

In questo caso le uniche informazioni da fornire, su consenso del consumatore, sono:

- identità del chiamante e suo rapporto col fornitore;
- descrizione delle principali caratteristiche del servizio;
- prezzo totale del servizio comprensivo di imposte. Se non e' possibile indicare il prezzo esatto, va fornita la base di calcolo dello stesso, in modo che il consumatore possa verificarlo;
- l'eventuale esistenza di altre imposte e costi non pagati direttamente tramite il fornitore;



MILANO ROMABOLOGNA

 $\mathsf{M} \; \mathsf{I} \; \mathsf{L} \; \mathsf{A} \; \mathsf{N} \; \mathsf{O}$ BOLOGNA F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro

www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

- informazioni sull'esistenza o la mancanza del diritto di recesso con le condizioni e le modalità per il suo esercizio specificando i mezzi (dev'essere prevista in ogni caso la raccomandata a/r) ,i termini massimi e l'indirizzo geografico a cui inviare la lettera. Devono essere date informazioni anche sugli importi che potrebbero venir trattenuti nonché sulle conseguenze del mancato esercizio di tale diritto.

Riguardo alle altre informazioni (fornitore, contratto e ricorsi) l'operatore deve comunicare al consumatore che essere saranno disponibili su richiesta, precisandone la natura.

In ogni caso il fornitore deve dare le informazioni nel momento in cui il contratto viene concluso, inviandone copia scritta.

#### F) CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

In caso di adesione da parte del consumatore all'offerta, il fornitore deve inviare copia del contratto, cartacea o su un supporto durevole.

L'invio "fisico" avviene, tipicamente, nel caso in cui la conclusione sia avvenuta per telefono, mentre nel caso si sia utilizzato Internet, le condizioni contrattuali sono di solito rese disponibili subito, on-line.

In tutti i casi, il contratto deve giungere o risultare accessibile, prima che diventi definitivamente vincolante, in tempo utile per esercitare il recesso.

Il consumatore ha diritto, inoltre, di ricevere copia cartacea delle condizioni contrattuali in qualsiasi momento, su specifica richiesta.

## G) SICUREZZA DEI MEZZI DI PAGAMENTO

I pagamenti sono effettuati nei tempi e modi previsti dal contratto. Possono esservi incluse le carte di credito o di debito e in tal caso, ovviamente, l'ente che gestisce tale strumento deve provvedere a riaccreditare gli importi non autorizzati o per i quali il consumatore dimostri l'eccedenza rispetto a quanto pattuito col fornitore del servizio oppure l'esecuzione fraudolenta sia da parte del fornitore che di terzi.

L'onere della prova riguardo alla regolarità degli addebiti spetta al gestore della carta.

## H) IL DIRITTO DI RECESSO

fax: +(39 02) 700 50 81 00

00198 ROMA (RM), Italia



MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

Il consumatore dispone di un termine di 14 giorni per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo della sua decisione, ovvero incondizionatamente. Il termine e' di 30 giorni, invece, per tutti i contratti di assicurazione sulla vita e per i PIP (piani individuali pensionistici). Il termine decorre:

- dalla data di conclusione del contratto. Per le assicurazioni sulla vita, il termine decorre dal momento in cui al consumatore e' data notizia di tale conclusione;
- dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali, se ciò avviene dopo la conclusione (tipicamente quando l'adesione e' avvenuta telefonicamente). Perché il recesso sia esercitato correttamente, il consumatore deve inviare entro il suddetto termine una comunicazione scritta mediante raccomandata a/r o altro mezzo indicato nel contratto Il consumatore che esercita il recesso e' tenuto a pagare SOLO l'importo del servizio eventualmente già prestato dal fornitore, tenendo conto che l'esecuzione del contratto può iniziare solo su propria richiesta.

Tale importo non può essere di entità tale da costituire una penale e va calcolato in modo proporzionale considerando il periodo di validità del contratto e il tipo di prestazioni previste. Il pagamento di tale somma e' condizionato dalla prova che il consumatore sia stato informato sul prezzo del servizio e dal fatto che la prestazione sia partita subito - prima che decorresse il termine di recesso- su richiesta del consumatore. Non e' dovuto alcun importo, quindi, in tutti i casi in cui fornitore abbia dato avvio all'esecuzione del contratto prima della scadenza del termine di recesso e senza preciso consenso del consumatore.

Entro 15 giorni dal ricevimento della raccomandata di recesso il fornitore deve restituire tutti gli importi riscossi e non dovuti.

Il consumatore, da parte sua, deve restituire i beni che eventualmente avesse già ricevuto -nonché gli importi che avesse già incassato- entro 15 giorni dalla comunicazione di recesso. Non e' prevista la restituzione di eventuali indennizzi -riferiti al verificarsi dell'evento assicurato- già percepiti nel frattempo.

Il recesso non si può esercitare:

- in tutti i casi in cui il contratto sia stato interamente eseguito da ambedue le parti, dietro richiesta scritta del consumatore, prima che sia decorso il termine utile per il recesso;



MILANO ROMA BOLOGNA

M I L A N O B O L O G N A F. Misuraca A. Faraudo

ROMA D. Sgro www.smaf-legal.com - info@smaf-legal.com

- per i contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni derivanti dalla circolazione di veicoli a motori e natanti, nei casi in cui si sia verificato l'evento assicurato (un incidente, tipicamente) prima che sia decorso il termine utile per il recesso;
- per le polizze di assicurazione inerenti i bagagli, i viaggi, o polizze analoghe a breve termine, di durata inferiore al mese;
- per quei servizi, tipicamente di investimento, il cui prezzo dipende da fluttuazioni di mercato finanziario che il fornitore non e' in grado di controllare e che possono manifestarsi durante il periodo concesso per il recesso, come i servizi inerenti le operazioni di cambio, gli strumenti del mercato monetario, i valori mobiliari (azioni, obbligazioni), quote di fondi comuni di investimento, etc. Rimangono praticamente incluse nel recesso solo le gestioni patrimoniali.

Si fa presente che se al contratto da cui si vuole recedere ne e' collegato un altro (sempre sottoscritto a distanza, e inerente servizi finanziari prestati dallo stesso fornitore o da un terzo sulla base di accordi intercorrenti tra loro), tale contratto aggiuntivo si risolve automaticamente, senza penali, al momento in cui si esercita il recesso per quello principale.

Esempi: un conto corrente a cui sia legato un contratto relativo ad una carta di credito o un'assicurazione r.c. auto collegata ad un conto corrente.

### G) SANZIONI, CONTESTAZIONI

I contratti attivati senza rispettare le regole di informativa precontrattuale dettate dalla legge, o per i quali il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso o non rimborsi nei termini previsti le somme eventualmente già pagate, sono nulli. La nullità dev'essere fatta valere dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto eventualmente percepito. Il consumatore e', inoltre, libero di agire per il risarcimento dei danni. I fornitori che contravvengono alle regole sono punibili con sanzioni che variano da 5.000 a 50.000 euro, da comminarsi da parte delle specifiche autorità di vigilanza. E' interessante osservare che l'onere della prova riguardo all'adempimento degli obblighi di informazione, alla prestazione del consenso del consumatore inerente la conclusione del contratto, all'esecuzione dello stesso e agli eventuali inadempimenti, grava sul fornitore. Sono considerabili vessatorie tutte le clausole che prevedessero qualcosa di diverso.

**20123 MILANO (MI), Italia** Via Monti, 8 tel.:+(39 02) 006 15 017 fax:+(39 02) 700 50 81 00

**00198 ROMA (RM), Italia** Via Savoia, 78 Tel.: +(39) 06 92 938 008 fax.: +(39) 06 8928 10 51