

CAPITOLO III

IL COMMERCIO ELETTRONICO E IL CONTRATTO TELEMATICO

di *Claudio Di Cocco*

SOMMARIO: 1. Introduzione: dal commercio elettronico ai servizi della società dell'informazione. – 2. La disciplina del contratto telematico. – 2.1. La conclusione del contratto telematico. – 2.2. Il tempo e il luogo della conclusione del contratto telematico. – 3. La disciplina giuridica del commercio elettronico nella direttiva 2000/31/CE e nel relativo decreto di attuazione (D.Lgs. 70/2003). – 3.1. L'ambito di applicazione. – 3.2. Il prestatore di servizi della società dell'informazione e il suo «luogo di stabilimento». – 3.3. Gli obblighi informativi. – 3.4. La disciplina delle comunicazioni commerciali. – 3.5. I contratti conclusi per via elettronica. – 3.6. Il regime di responsabilità dei prestatori intermediari. – 3.7. Codici di condotta e composizione extragiudiziale delle controversie. – 3.8. Il regime sanzionatorio. – 4. La tutela del consumatore nel commercio elettronico. – 4.1. Le clausole vessatorie nel contratto fra professionista e consumatore. – 4.2. La legge applicabile al contratto ed il foro competente. – 5. La disciplina dei contratti a distanza fra professionisti e consumatori. – 6. Il regolamento europeo in materia di *geo-blocking*. – Riferimenti bibliografici.

1. Introduzione: dal commercio elettronico ai servizi della società dell'informazione

Fra le numerose questioni poste al giurista contemporaneo dallo straordinario sviluppo delle tecnologie informatiche e dalla diffusione della rete Internet estrema rilevanza ha certamente la possibilità offerta dai moderni strumenti telematici di compiere quell'insieme di attività che viene comunemente ricondotto al concetto di “commercio elettronico”.

Nell'ambito di tali attività, la possibilità di concludere contratti per via elettronica, senza la necessità della presenza simultanea delle parti in uno stesso

luogo e senza che debbano essere scambiati o che debbano circolare documenti cartacei, certamente è tra quelle di maggior interesse.

L'utilizzo di strumenti telematici per simili scopi non rappresenta una novità: il c.d. EDI (*Electronic Data Interchange*) – che consente a soggetti lontani, attraverso collegamenti elettronici (normalmente una rete proprietaria), di scambiarsi dati, informazioni, documenti giuridicamente rilevanti ed anche di concludere veri e propri contratti (ad esempio, nel settore bancario) – era in uso già negli anni '80.

Vi sono, però, due fondamentali caratteristiche che differenziano il commercio elettronico, così come oggi normalmente inteso, dall'EDI.

La prima riguarda lo strumento di comunicazione: a differenza che nell'EDI, dove normalmente vengono impiegati collegamenti privati e dedicati specificatamente a tale fine, secondo uno standard di trasmissione scelto dagli utilizzatori per le loro comunicazioni elettroniche, il commercio elettronico avviene attraverso una rete aperta, cioè a cui tutti possono potenzialmente accedere (dunque, ci riferiamo in particolare alla rete Internet).

In secondo luogo, le transazioni e i contratti conclusi via EDI trovano tipicamente la loro fonte disciplinare nell'accordo-quadro che i soggetti utilizzatori sono soliti preventivamente concludere per regolare lo svolgimento della loro attività per via telematica, mentre il commercio elettronico, proprio per la natura della rete utilizzata, non gode di un preciso ed univoco quadro giuridico di riferimento.

Ne consegue che il commercio elettronico si trova, sotto il profilo della sua regolamentazione, in una situazione ben diversa rispetto all'EDI, presentando numerose e peculiari questioni problematiche.

La Commissione europea, nella Comunicazione del 1997 «*Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*» (COM (97) 157), ha fornito una prima definizione di commercio elettronico: «*Il commercio elettronico consiste nello svolgimento di attività commerciali per via elettronica. Basato sull'elaborazione e la trasmissione di dati (tra cui testo, suoni e immagini video) per via elettronica, esso comprende attività disparate quali: commercializzazione di merci e servizi per via elettronica; distribuzione on-line di contenuti digitali; effettuazione per via elettronica di operazioni quali trasferimenti di fondi, compravendita di azioni, emissione di polizze di carico, vendite all'asta, progettazione e ingegneria in cooperazione; on-line sourcing; appalti pubblici per via elettronica, vendita diretta al consumatore e servizi post-vendita*»¹.

¹ Si noti come la definizione proposta si riferisca al commercio "elettronico" e non al com-

Già da tale prima definizione emerge il vasto ventaglio di attività e di rapporti riconducibili alla locuzione “commercio elettronico”.

Nella medesima Comunicazione del 1997 sono state anche introdotte le distinzioni fra commercio elettronico diretto (avente ad oggetto transazioni che si esauriscono completamente *on-line*) e indiretto (dove solo alcune delle fasi del rapporto si svolgono *on-line* ed altre, segnatamente la consegna del bene materiale oggetto della transazione, in via tradizionale), commercio elettronico *business-to-business* (laddove i soggetti coinvolti siano operatori professionali), *business-to-consumer* (dove l'operatore professionale ha come interlocutore un consumatore), *consumer-to-consumer* (rapporti intercorrenti fra consumatori), *Public Administration-to-business* (rapporti intercorrenti fra pubblica amministrazione e operatore professionale), di cui vedremo l'importanza in riferimento alla specifica disciplina applicabile².

Il concetto di commercio elettronico è stato poi ricompreso, prima a livello comunitario (con la direttiva 2000/31/CE³) e quindi nazionale, nella nozione di «servizio della società dell'informazione», definito oggi nell'ordinamento italiano come «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di

mercio “digitale” o “telematico”, come sarebbe più giusto se si volesse limitare l'ambito di operatività del concetto all'attività di commercio realizzata attraverso la rete Internet. Infatti, la definizione in parola vuole abbracciare non solo le transazioni attraverso il collegamento telematico fra computer, ma tutte le fattispecie che implicano l'utilizzo di strumentazioni elettroniche (ad esempio, il *videotext* o le c.d. offerte *off-line*). Nella presente trattazione, tuttavia, l'analisi sarà limitata al commercio elettronico che si svolge attraverso strumenti telematici e, in particolare, attraverso la rete Internet.

La definizione in parola è stata ripresa e in parte rielaborata nel documento del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato italiano intitolato “Linee di politica industriale per il Commercio elettronico” del 30 luglio 1998: «Il Commercio elettronico consiste nello svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica e comprende attività quali: la commercializzazione di beni o servizi per via elettronica; la distribuzione *on-line* di contenuti digitali; l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa; gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle pubbliche amministrazioni». Il documento chiariva come nel concetto di commercio elettronico andassero ricomprese tutte le fasi del rapporto commerciale e non solo «la semplice conduzione della transazione», bensì anche le fasi di ricerca ed individuazione dell'interlocutore/partner, di trattativa e di negoziazione, di pagamento e di consegna fisica o elettronica del bene/servizio acquistato o venduto.

² Cfr. Comunicazione della Commissione Europea COM (97) 157.

³ Cfr. Considerando n. 17 e art. 2, direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico), in *G.U.C.E.* 17 luglio 2000, n. L 178.

servizi» (art. 1 della L. 21 giugno 1986, n. 317⁴)⁵.

Tale definizione è stata ampliata dal decreto italiano di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in aderenza a quanto indicato nel Considerando n. 18 della stessa direttiva 2000/31/CE⁶. L'art. 2, comma 1, lett. a), D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70⁷, definisce i «*servizi della società dell'informazione*» come «*le attività economiche svolte in linea – on line – nonché i servizi definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317, e successive modificazioni [definizione riportata nel precedente capoverso, n.d.r.]*». La formulazione introdotta dal legislatore italiano rende evidente come la relativa disciplina debba applicarsi anche alle attività svolte *on-line* che non prevedano

⁴ L. 21 giugno 1986, n. 317, Procedura d'informazione nel settore delle norme e regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione in attuazione della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998, in *G.U.* 2 luglio 1986, n. 151. Le direttive 98/34/CE e 98/48/CE sono state sostituite dalla direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, in *G.U.C.E.* 17 settembre 2015, n. L 241. In attuazione della direttiva (UE) 2015/1535 è stata emanato il D.Lgs. 15 dicembre 2017, n. 223, Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sulla normazione europea e della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, in *G.U.* 18 gennaio 2018, n. 14, decreto che ha opportunamente modificato la L. 21 giugno 1986, n. 317.

⁵ Nel medesimo art. 1 della L. 21 giugno 1986, n. 317, viene altresì specificato come: «*ai fini della presente definizione si intende per: 1) a distanza: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; 2) per via elettronica: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale, e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici; 3) a richiesta individuale di un destinatario di servizi: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale*».

⁶ In detto Considerando si chiarisce come il concetto di servizi della società dell'informazione abbracci «*una vasta gamma di attività economiche svolte in linea*», anche se non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea o di servizi remunerati dal loro destinatario, purché costituiscano in ogni caso un'attività economica. Non vi rientrano attività come la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi non in linea, la radiodiffusione televisiva (ai sensi della direttiva 89/552/CEE) e la radiodiffusione sonora, o l'impiego di comunicazioni individuali elettroniche da parte di persone fisiche che operano al di fuori della loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale, o infine le relazioni contrattuali fra lavoratore e datore di lavoro.

⁷ D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in *G.U.* 14 aprile 2003, n. 87.

una remunerazione diretta da parte del soggetto che, sulla base di una richiesta individuale, acceda ad un servizio per via elettronica, purché a queste attività sia possibile riconoscere una valenza di tipo economico⁸.

L'attività di produzione normativa dedicata alle transazioni concluse *on-line* è stata, a partire dai primi anni '90, via via crescente, in particolare grazie alla spinta propulsiva delle istituzioni europee. Queste esercitano da sempre un forte influsso sulla disciplina della c.d. *information society* e hanno avuto (e tuttora rivestono) un ruolo determinante nella creazione dell'ormai consistente *corpus* normativo nazionale dedicato ai molteplici aspetti del commercio elettronico.

Nei paragrafi che seguono si affronteranno, in particolare, i profili relativi ai contratti telematici nell'ordinamento italiano, il contenuto della direttiva 2000/31/CE e del relativo decreto di attuazione in ambito nazionale (D.Lgs. 70/2003), nonché la tutela del consumatore nel commercio elettronico.

2. La disciplina del contratto telematico

Fra le molte attività che rientrano nel concetto di commercio elettronico rivestono indubbiamente un ruolo centrale le transazioni svolte *on-line* e dunque, sotto il profilo giuridico, *in primis* la negoziazione, conclusione ed esecuzione di accordi contrattuali.

La dottrina italiana suole distinguere la categoria dei cc.dd. "contratti telematici", cioè contratti conclusi tra soggetti non contemporaneamente presenti nello stesso luogo attraverso l'impiego di strumenti telematici, dai "contratti digitali", anch'essi conclusi in forma digitale grazie all'utilizzo di strumenti informatici, ma che non si formano necessariamente tra soggetti che agiscono a distanza. Un contratto digitale può essere, ad esempio, quello concluso con le parti simultaneamente presenti nello stesso luogo, le quali formano il documento contrattuale con l'ausilio di un computer e lo sottoscrivono con la rispettiva firma elettronica. Ancora diversa, in quanto sovraordinata ai contratti telematici e distinta da quelli digitali, risulta la categoria dei cc.dd. "contratti per via elettronica", accordi che possono essere conclusi a distanza anche con apparecchiature non necessariamente telematiche.

⁸ L'art. 1, comma 1, D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, significativamente afferma che «Il presente decreto è diretto a promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico», riconoscendo come la categoria dei servizi della società dell'informazione sia categoria generale rispetto alla *species* commercio elettronico.

La presente trattazione è dedicata precipuamente ai contratti definiti come “telematici”, in particolare a quelli conclusi a distanza attraverso due canali telematici: il *World Wide Web* e la posta elettronica.

Come anticipato, le criticità giuridiche relative ai citati contratti derivano principalmente dall'utilizzo della rete Internet da parte di soggetti normalmente non vincolati preventivamente fra loro da un accordo, a differenza di quanto avviene tipicamente nell'EDI⁹: la conclusione (ed eventuale esecuzione) di contratti telematici attraverso una rete aperta impone, allora, di affrontare diverse questioni.

Come ricordato¹⁰, la L. 59/1997 ha introdotto nell'ordinamento italiano il principio della piena validità dei contratti stipulati per via informatica o telematica: l'art. 15, comma 2, di detta legge prevede infatti che «*gli atti, i dati e i documenti formati dalla Pubblica Amministrazione e dai privati con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici e telematici, sono validi e rilevanti ad ogni effetto di legge*».

Se in via generale, dunque, nulla osta al valido perfezionamento di un contratto attraverso strumenti telematici, tale modalità di stipulazione pone tuttavia specifiche questioni in riferimento, fra l'altro, alla formazione e conclusione dell'accordo contrattuale, al suo contenuto e alla sua forma, nonché in ordine alla individuazione del tempo e del luogo della conclusione stessa.

2.1. La conclusione del contratto telematico

In ambito italiano, la disciplina generale in argomento va ricercata innanzi tutto nel Codice civile, il quale prevede una parte generale dedicata alle norme applicabili a qualunque accordo contrattuale¹¹.

In base a tali disposizioni, al fine del perfezionamento del contratto ciò che ri-

⁹ Come accennato, le operazioni svolte tramite EDI possono certamente consistere nella conclusione ed esecuzione di un contratto, ma avvengono generalmente nel quadro di un complesso rapporto negoziale (concluso a monte), che regola nel dettaglio le modalità e gli effetti giuridici di tali attività. Normalmente, infatti, il contratto quadro firmato dai soggetti fra cui intercorrono rapporti di EDI prevede nello specifico i requisiti necessari per l'ammissione all'interno del sistema, le modalità tecniche delle comunicazioni, le eventuali formalità per i pagamenti e disciplina la validità e l'efficacia da riconoscersi all'attività svolta per via telematica.

¹⁰ Vedi *supra*, cap. II.

¹¹ Codice civile, Libro quarto, Titolo II, rubricato «*Dei contratti in generale*», artt. 1321-1469. Di seguito il Codice civile sarà indicato con l'acronimo “c.c.”.

leva è la volontà concorde delle parti, cioè la piena coincidenza fra le dichiarazioni di volontà provenienti dai contraenti: questa volontà, in base al generale principio dell'autonomia contrattuale, costituisce l'elemento fondante l'instaurazione del vincolo contrattuale e può essere manifestata sia in modo espresso (oralmente, per iscritto o con qualsiasi altro segno), sia tacitamente (c.d. comportamento concludente, cioè attraverso il comportamento tenuto dalla parte che, senza dichiarare espressamente la propria volontà, da esecuzione al contratto).

Sempre in via generale, il principio dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) fa sì che le parti possano stabilire quale tipo di contratto concludere, determinarne liberamente il contenuto (sebbene nei limiti dettati dall'ordinamento), nonché eventualmente decidere di concludere un contratto c.d. atipico, cioè non corrispondente ad alcuno dei tipi contrattuali espressamente previsti dal legislatore.

In merito all'accordo contrattuale, questo può formarsi in modo simultaneo (nella medesima unità di tempo), oppure per fasi successive, attraverso l'invio prima di una proposta e quindi di un'accettazione. In quest'ultimo caso, il principio fondamentale è contenuto nell'art. 1326 c.c.: «*Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*» e l'accettazione dovrà risultare pienamente conforme alla proposta, altrimenti varrà a sua volta quale nuova proposta. La disposizione ha portata generale e trova applicazione indipendentemente dal mezzo impiegato dalle parti per concludere il contratto.

Il successivo art. 1335 c.c. introduce la c.d. presunzione di conoscenza (o, più precisamente, di conoscibilità), principio in base al quale la proposta e l'accettazione (così come l'eventuale loro revoca) si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

L'applicazione delle disposizioni codicistiche al contratto telematico (come, più in generale, a quello concluso per via elettronica) pone, però, diverse questioni peculiari legate alla sua natura di contratto *inter absentes* (cioè che si perfeziona senza che le parti siano fisicamente presenti simultaneamente nello stesso luogo) e alla circostanza che i contraenti comunichino a distanza fra loro per mezzo di uno strumento telematico, attraverso il quale si realizza lo scambio della proposta e dell'accettazione (entrambe rappresentate da documenti informatici).

Un primo problema investe l'individuazione stessa dei contraenti, i quali, agendo a distanza, non sono in grado di identificare con certezza la controparte, né di accertare che la relativa dichiarazione sia giunta integra. Sorge, pertanto, *in primis* la necessità di determinare l'imputabilità e l'integrità delle dichiarazioni negoziali trasmesse per via telematica ed il loro valore giuridico.

Il tema dell'imputazione della dichiarazione contrattuale, della sua genuinità e validità è connesso con la forma del contratto¹².

In merito a questi profili (impegnatività giuridica della dichiarazione contrattuale e forma del contratto stesso) risulterà decisivo l'impiego delle firme elettroniche¹³: in particolare, utilizzando una firma avanzata, qualificata o digitale (o quando la formazione del documento informatico avvenga previa identificazione informatica del suo autore nei termini di legge¹⁴), in grado di rendere giuridicamente certa la provenienza e l'integrità sia della proposta contrattuale sia della relativa accettazione quando rappresentate da un documento informatico, le parti potranno fare affidamento sulla avvenuta conclusione e validità del contratto, anche laddove la forma scritta sia richiesta *ad probationem* (art. 20, comma 1 *bis*, del CAD). Mentre sarà possibile concludere per via telematica contratti per i quali sia espressamente richiesta la forma scritta *ad substantiam* (cioè a pena di nullità) *ex art.* 1350 c.c., nn. 1)-12), attraverso la sottoscrizione di un documento informatico con una firma elettronica qualificata o una firma digitale; gli atti di cui al n. 13 dello stesso art. 1350 c.c. risulteranno viceversa validi se redatti su documento informatico o formati attraverso procedimenti informatici sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale ovvero formati con le ulteriori modalità (identificazione informatica dell'autore) di cui all'art. 20, comma 1 *bis*, primo periodo (art. 21, comma 2 *bis*, del CAD). In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio risulteranno liberamente valutabili dal giudice, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità del documento stesso (art. 20, comma 1 *bis*, del CAD).

¹² In linea generale, salvo nei casi espressamente previsti dalla legge, si ricorda come il principio della libertà della forma del contratto fa sì che le parti siano nella possibilità di determinare la forma da dare all'accordo, che sarà pienamente valido anche se, ad esempio, concluso oralmente. Laddove prevista, la forma scritta del contratto può essere richiesta dall'ordinamento *ad substantiam*, nel caso sia requisito per la validità stessa del contratto (come, per esempio, per il trasferimento della proprietà di beni immobili *ex art.* 1350 c.c.), oppure *ad probationem*, cioè non per la validità del contratto, bensì per eventualmente dare la prova della sua esistenza (che non potrà essere fornita né per testimoni, né per presunzioni: ad esempio, il contratto di assicurazione previsto dall'art. 1888 c.c.).

¹³ Sull'argomento si veda *supra*, cap. II.

¹⁴ Cioè, ai sensi dell'articolo 20, comma 1 *bis*, primo periodo, del CAD, quando il documento informatico «è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 [del CAD, n.d.r.] con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore».

Laddove, quindi, non si ricorra all'utilizzo di una firma elettronica, la validità della dichiarazione telematica (cioè la sua imputabilità ad un dato soggetto) dovrà valutarsi in base all'affidamento ingenerato dal dichiarante in merito alla propria identità: affidamento che risulterà ragionevole, e dunque rilevante, solo ove sia suffragato da elementi oggettivi che consentano una verifica da parte dell'altro contraente. Si ritiene possa trovare qui applicazione il principio elaborato in passato in relazione all'utilizzo del telex, che vuole l'imputabilità della dichiarazione (nel caso *de quo* contenuta in un documento informatico) legata alla qualità di custode dell'apparecchio o mezzo tecnico da cui essa viene inviata¹⁵.

Venendo alla formazione del contratto telematico, diverse sono in concreto le modalità possibili attraverso cui pervenire al perfezionamento dell'accordo.

Il contratto potrà innanzitutto perfezionarsi attraverso lo scambio di messaggi di posta elettronica fra le parti, secondo lo schema tipico *ex art.* 1326 c.c. (e 1335 c.c.) poc'anzi ricordato.

Quando invece il perfezionamento del contratto avviene *on-line*, attraverso un sito del *World Wide Web* accessibile al pubblico, gli schemi oggi maggiormente diffusi sono due.

Si potrà avere l'ipotesi, assai comune, in cui un sito *web* contenga una proposta provvista di tutti gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta: in tale caso questa si qualificherà quale vera e propria proposta contrattuale e, in particolare, quale offerta al pubblico *ex art.* 1336 c.c. Trattasi di una proposta contrattuale in *incertas personas*, rivolta ad una categoria indeterminata di soggetti o, comunque, ad un numero tale da escludere il carattere personale della proposta stessa.

Nel caso, viceversa, il sito *web* non contenga gli elementi essenziali del futuro contratto, ma soltanto alcuni di essi, non si avrà un'offerta al pubblico, bensì un invito ad offrire o proporre (che spesso assume la forma di una proposta irrevocabile per un determinato lasso di tempo). Secondo tale schema negoziale (non sempre facilmente distinguibile dall'ipotesi di offerta al pubblico), chi risponde all'invito non accetterà una proposta contrattuale, ma risulterà egli stes-

¹⁵ In altre parole, la disponibilità esclusiva dell'apparecchio o mezzo tecnico (il computer o la casella di posta elettronica, nel nostro caso) da cui viene inviata la dichiarazione fa sì che i relativi effetti giuridici si producano nei confronti del custode dell'apparecchio o del mezzo tecnico, sulla base del rischio assunto da questi per poter utilizzare lo strumento quale mezzo per ampliare la propria sfera giuridica. Stante la difficoltà di un'individuazione certa del computer o della casella di posta elettronica da cui viene inviata una comunicazione telematica, si dovrà però valutare con particolare rigore la posizione del soggetto destinatario e la ragionevolezza del suo affidamento (che ricorrerà, ad esempio, se supportato da ulteriori informazioni sulla controparte, quali, ad esempio, quelle relative alla carta di credito del mittente); cfr. F. DELFINI, *Il Commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2004, p. 74 ss.

so quale proponente e l'oblato sarà libero di decidere se effettivamente concludere o meno l'accordo contrattuale.

In merito al perfezionamento del contratto telematico nel *World Wide Web* nel caso di offerta al pubblico, la modalità che ricorre più frequentemente consiste nel manifestare la propria accettazione della proposta contrattuale attraverso il c.d. "point and click", ovvero nell'accettazione espressa attraverso la pressione di un c.d. tasto negoziale virtuale, rappresentato da un'immagine o un simbolo grafico "cliccabile" sullo schermo¹⁶.

La generale validità giuridica di tale forma di manifestazione della volontà di concludere un contratto a forma libera è riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti. In particolare, la rilevanza del tasto negoziale viene ancorata al disposto del comma 4 dell'art. 1326 c.c.: «*Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa*».

Detta rilevanza trova, però, un ostacolo laddove il contratto richieda una determinata forma oppure, come spesso avviene, le condizioni contrattuali siano predisposte da una sola delle parti e contengano clausole cc.dd. vessatorie.

Della forma del contratto si è già detto.

Circa le condizioni generali di contratto, il comma 1 dell'art. 1341 c.c. stabilisce che se tali condizioni generali sono predisposte da uno solo dei contraenti (dunque, senza alcuna trattativa), queste saranno efficaci nei confronti dell'altro solo se al momento della conclusione del contratto erano da questi conosciute o, comunque, avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. Il comma 2 dello stesso articolo prevede che specifiche clausole inserite nelle condizioni generali (od anche in contratti conclusi mediante moduli o formulari, ex art. 1342 c.c.), laddove determinino a carico dell'altra parte uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a favore di colui che le ha predisposte (ipotesi tassativamente previste, le cc.dd. clausole vessatorie), debbano essere specificatamente approvate per iscritto, risultando altrimenti prive di effetto¹⁷.

Se dunque non paiono esservi ostacoli al valido utilizzo del tasto negoziale virtuale laddove il contratto si presenti a forma libera e privo di clausole vessatorie, viceversa il suo utilizzo per l'approvazione specifica (cioè distinta dal

¹⁶ Il medesimo meccanismo del "point and click" viene naturalmente utilizzato anche per generare l'invio della proposta contrattuale, laddove lo schema adottato dal sito di commercio elettronico sia quello dell'invito ad offrire o proporre, di cui si è detto.

¹⁷ Nel caso in cui il contratto veda in veste di contraenti un professionista ed un consumatore, l'importanza della questione in parola appare ridimensionata dalla necessaria applicazione della disciplina delle cc.dd. clausole abusive, oggi prevista nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo (*G.U.* 8 ottobre 2005, n. 235), di cui si dirà nel proseguo (par. 4.1).

contratto nel suo complesso) e per iscritto (cioè in forma scritta) di tale ultimo tipo di clausole *ex art.* 1341 c.c. appare critico, per le caratteristiche oggettive che normalmente il tasto negoziale virtuale presenta. Tuttavia, va tenuta presente la formulazione dell'art. 20 del CAD, che stabilisce al comma 1-*bis* come «*l'idoneità del documento informatico [anche firmato con firma elettronica, n.d.r.] a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità*»). In considerazione di tale disposizione, secondo parte della dottrina il tasto negoziale virtuale (c.d. *point and click*), laddove accompagnato da determinate accortezze e procedure (ad esempio, la preventiva registrazione del contraente e la richiesta di uno specifico inserimento dei dati di *login* e *password* per procedere all'accettazione delle clausole vessatorie), può costituire una forma di firma elettronica c.d. debole: se così è, il documento informatico che rappresenti la richiesta di approvazione specifica di clausole vessatorie presente su un sito *web*, accettato attraverso un tasto negoziale virtuale *ad hoc* (distinto da quello per l'eventuale approvazione dell'accordo nel suo complesso e accompagnato da accortezze quali quelle sopra ricordate), potrebbe soddisfare il requisito della specifica approvazione per iscritto richiesto dall'art. 1341, comma 2, c.c. In tale ipotesi, sarà comunque solo il giudice eventualmente adito a poterlo stabilire in via definitiva, necessariamente *ex post*, in base ad una verifica delle caratteristiche oggettive del documento informatico di cui trattasi ai sensi del ricordato dettame dell'art. 20 del CAD.

Viceversa, piena validità avrà, per espresso riconoscimento normativo, l'approvazione di clausole vessatorie realizzata attraverso un documento informatico a cui sia apposta una firma elettronica qualificata, digitale o avanzata (art. 20, comma 1-*bis*, del CAD).

Lo schema di conclusione consistente nello scambio di proposta e accettazione *ex art.* 1326 c.c. non è, come anticipato, l'unico possibile.

L'art. 1327 c.c. prevede, infatti, l'ipotesi del c.d. comportamento concludente: qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. Tale modalità di conclusione non è naturalmente utilizzabile laddove la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*.

Ebbene, secondo alcuni autori, la modalità di conclusione del contratto per comportamento concludente ricorrerebbe spesso nel *World Wide Web*, tipicamente nei contratti di vendita di beni o fornitura di servizi, essendo assai diffuso il ricorso all'utilizzo della carta di credito per effettuare il relativo pagamen-

to. In tali casi, in presenza di un'offerta al pubblico, il contratto sarebbe validamente concluso attraverso l'invio dei numeri della carta di credito via *web* alla controparte, quale comportamento concludente consistente nell'adempimento (esecuzione) dell'obbligazione di pagamento, pur senza espressa accettazione della relativa proposta contrattuale¹⁸.

2.2. Il tempo e il luogo della conclusione del contratto telematico

In merito al momento esatto in cui deve considerarsi concluso il contratto, si è detto come l'art. 1326 c.c. sancisca il principio della cognizione e questo debba essere applicato in base al contenuto dell'art. 1335 c.c., che introduce una presunzione di conoscenza laddove la dichiarazione sia giunta all'indirizzo del destinatario. Nell'ambito che qui interessa deve considerarsi, inoltre, il disposto dell'art. 45, comma 2, del CAD, che a sua volta introduce un'ulteriore presunzione: «*Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore*»¹⁹. Pertanto, il documento informatico inviato per posta elettronica, che rappresenti l'accettazione di una proposta contrattuale, dovrà ritenersi conosciuto dal proponente (e il relativo contratto sarà concluso) se e nel momento in cui sia pervenuto nella sua casella di posta elettronica (presso il *server* del suo *provider*), indipendentemente dalla circostanza che questi ne abbia effettivamente avuta conoscenza (e, dunque, anche nel caso non abbia provveduto a controllare il contenuto della propria casella di posta elettronica). Lo stesso dicasi nel caso di accettazione inviata tramite tasto negoziale virtuale all'indirizzo telematico di un sito *web*: il contratto sarà concluso nel momento in cui l'impulso elettronico, incorporante e rappresentante la volontà dell'oblato, giunga al suddetto indirizzo, cioè sia registrato nel *server*

¹⁸ Le medesime considerazioni qui (e nel proseguo) svolte in riferimento al tasto negoziale virtuale di un sito del *World Wide Web* valgono naturalmente anche per il c.d. "tap", cioè la pressione esercitata con un dito su di uno schermo sensibile al tocco (c.d. *touch screen*) di un qualunque dispositivo elettronico su cui sia visualizzabile il medesimo sito *web* o, comunque, la medesima proposta al pubblico o invito ad offrire (ad esempio, tramite una c.d. "App" installata su di uno *smartphone*).

¹⁹ La formulazione dell'art. 45 del CAD farebbe ritenere che l'indirizzo elettronico rilevante ai fini della disposizione in parola possa essere "dichiarato" anche oralmente, differenziandosi dall'elezione di domicilio speciale prevista dall'art. 47 c.c. che richiede, invece, la forma scritta. Sul punto, tuttavia, si riscontrano posizioni discordanti.

del *provider* del proponente, a disposizione di quest'ultimo.

All'individuazione del momento di conclusione del contratto telematico è legata la possibilità della revoca della proposta e della relativa accettazione. Stabilisce l'art. 1328 c.c. che «*la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso*», mentre invece «*l'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione*». Stante le caratteristiche della trasmissione delle comunicazioni telematiche (che avvengo normalmente in tempo reale) e i principi sopra ricordati in merito al momento della conclusione del contratto (ivi compreso l'art. 45 del CAD), risulta evidente come la revoca della proposta si presenti effettivamente possibile (dovendo la revoca essere semplicemente inviata prima della ricezione dell'accettazione), mentre invece la revoca dell'accettazione sia in concreto difficilmente esercitabile nel mondo telematico (dovendo la revoca necessariamente giungere a destinazione prima dell'accettazione stessa)²⁰.

Diversamente da quanto ora visto in merito al momento di conclusione del contratto, nella disciplina italiana non si rivengono disposizioni specifiche volte a identificare, in via generale, il luogo della sua conclusione²¹. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza nazionali, facendo leva sul disposto dell'art. 1326 c.c. (sebbene ivi non sia contenuto alcun riferimento esplicito al luogo di conclusione), ritengono unanimemente che il luogo di conclusione del contratto sia individuabile nel luogo ove il proponente ha conoscenza dell'accettazione. Nell'ambito dei contratti telematici e alla luce delle peculiarità della trasmissione telematica, tale principio ha condotto a diverse proposte interpretative, nessuna della quale può dirsi al momento consolidata. Fra queste, si ricordano quella che vuole il contratto telematico concluso presso il luogo in cui si trova fisicamente ubicato il *server* utilizzato dal proponente per ricevere l'accettazione, o quella che individua tale luogo nella sede o presso il domicilio del proponente (quindi, indipendentemente dall'ubicazione del *server* utilizzato).

Sebbene la determinazione del luogo di conclusione possa avere un rilievo²²,

²⁰ Per la revoca dell'offerta al pubblico, l'art. 1336 c.c. prevede che «*la revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia*».

²¹ L'unica disposizione a contemplare espressamente il luogo di conclusione del contratto, in relazione però ad una specifica ipotesi, è il ricordato art. 1327 c.c. (vedi *supra*).

²² Ad esempio, in materia di individuazione della pratica interpretativa ex art. 1368 c.c., quale criterio residuale per stabilire l'eventuale giurisdizione del giudice italiano ex art. 3, comma 2, L. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in *G.U.* 3 giugno 1995, n. 68), o ancora per la determinazione del foro competente a dirimere eventuali controversie scaturenti dal rapporto contrattuale ex art. 20 c.p.c.

tuttavia la sua importanza risulta in concreto assai modesta.

Innanzitutto perché, rispetto alla individuazione della legge applicabile ai contratti fra parti appartenenti a Stati diversi, la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (richiamata dall'art. 57 della nostra legge nazionale sul diritto internazionale privato, L. 218/1995)²³ e il Regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)²⁴ (che sostituisce, per i membri dell'Unione europea, detta Convenzione di Roma) non indicano il luogo di conclusione quale criterio rilevante, bensì *in primis* la scelta da parte dei contraenti²⁵.

In secondo luogo, laddove il contratto telematico veda quali parti un consumatore ed un professionista, troveranno applicazione le norme a tutela del consumatore di cui si dirà fra breve, sia per quanto concerne la legge applicabile, sia per la determinazione del foro competente.

3. La disciplina giuridica del commercio elettronico nella direttiva 2000/31/CE e nel relativo decreto di attuazione (D.Lgs. 70/2003)

L'opera di armonizzazione del legislatore europeo nel settore dell'*information society* ha compiuto un significativo passo avanti con l'adozione del testo della già citata direttiva 2000/31/CE dedicata agli aspetti giuridici dell'*e-commerce*²⁶.

²³ Convenzione di Roma, ratificata in Italia con la L. 18 dicembre 1984, n. 975, Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *G.U.* 30 gennaio 1985, n. 25.

²⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.C.E.* 4 luglio 2008, n. L 177.

²⁵ In mancanza di scelta delle parti (art. 3), il Regolamento (CE) n. 593/2008 prevede che (art. 4):
 – il contratto di vendita di beni sia disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale;
 – il contratto di prestazione di servizi sia disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale [*Omissis*].

Al contratto internazionale, se del caso, si applicheranno altresì le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980, ratificata in Italia con la L. 11 dicembre 1985, n. 765, in *G.U.* 27 dicembre 1985, n. 303, nonché il Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.* 20 dicembre 2012, n. L 351.

²⁶ Gli articoli e i Considerando di seguito citati, senza ulteriori precisazioni, sono da intendersi riferiti alla direttiva 2000/31/CE.

In risposta alla crescita del settore del *business on-line*, a breve distanza dalla pubblicazione della direttiva europea dedicata alle firme elettroniche²⁷ e con l'obiettivo di pervenire a una rapida ed efficace armonizzazione giuridica all'interno della Comunità, il legislatore europeo ha affrontato, seppure con alcune significative deroghe, il complesso tema della regolamentazione giuridica del commercio elettronico²⁸.

Negli oltre sessanta "Considerando" che precedono l'articolato della direttiva vengono sottolineati gli scopi perseguiti e le necessità alle quali si ritiene di dover dare una tempestiva risposta.

Considerate le grandi opportunità che gli strumenti della società dell'informazione possono rappresentare per la Comunità europea, condizione primaria da realizzare è consentire, ed anzi agevolare, l'accesso alle nuove tecnologie ai cittadini e agli operatori continentali. Viene rilevato come, in realtà, si frappongano allo sviluppo del settore del commercio elettronico numerosi ostacoli giuridici, rappresentati da divergenze e difformità tra le normative degli Stati membri, nonché da difficoltà nell'individuare correttamente la disciplina applicabile ai servizi della società dell'informazione originati in un diverso paese membro. Tali ostacoli frenano la libera circolazione dei nuovi servizi, si traducono sostanzialmente in una mancanza di certezza del diritto e provocano inevitabilmente un clima di diffidenza negli operatori e nei consumatori verso l'utilizzo delle nuove tecnologie (Considerando n. 60). Di conseguenza, il legislatore comunitario indica nell'eliminazione degli ostacoli di natura giuridica e nella creazione di un quadro disciplinare continentale omogeneo gli obiettivi primari da perseguire per imprimere un forte impulso al mercato dei servizi della società dell'informazione e consentire un suo sviluppo in linea con i principi di libera circolazione nel mercato interno (Considerando n. 3).

La direttiva 2000/31/CE è stata attuata in Italia con il D.Lgs. 70/2003 che, salvo alcune eccezioni, si è attenuto a quanto stabilito nel testo della direttiva.

²⁷ Direttiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, in *G.U.C.E.* 19 gennaio 2000, n. L 013, oggi abrogata e sostituita dal Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, in *G.U.C.E.* 28 agosto 2014, n. L 257/73.

²⁸ Per altro, la formulazione della direttiva 2000/31/CE e ancor più quella del decreto di attuazione nazionale (caratterizzato da numerose incongruenze rispetto al testo comunitario) hanno sollevato non poche critiche nella dottrina italiana.

3.1. L'ambito di applicazione

La direttiva è volta a regolamentare alcuni aspetti specifici dei nuovi servizi della società dell'informazione e della loro circolazione nel mercato interno, quali lo stabilimento dei prestatori, le comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, la composizione extragiudiziale delle controversie e i ricorsi giurisdizionali²⁹.

Restano espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva l'intero settore tributario, la tutela della riservatezza³⁰, gli ambiti regolati dal diritto delle intese ed alcune particolari attività, seppure potenzialmente appartenenti a quelle dei servizi della società dell'informazione, quali le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, la rappresentanza e la difesa processuale, i giochi d'azzardo (lotterie e scommesse).

Il corrispondente art. 1 del D.Lgs. 70/2003 ha congruentemente escluso dal campo di applicazione del decreto stesso:

- a) i rapporti fra contribuente e amministrazione finanziaria connessi con l'applicazione, anche tramite concessionari, delle disposizioni in materia di tributi, nonché la regolamentazione degli aspetti tributari dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico;
- b) le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni;
- c) le intese restrittive della concorrenza;
- d) le prestazioni di servizi della società dell'informazione effettuate da soggetti stabiliti in Paesi non appartenenti allo spazio economico europeo;
- e) le attività, dei notai o di altre professioni, nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l'esercizio dei pubblici poteri;
- f) la rappresentanza e la difesa processuali;
- g) i giochi d'azzardo e i giochi di fortuna.

²⁹ La direttiva non è destinata ad essere applicata ai servizi della società dell'informazione forniti da soggetti stabiliti in paesi terzi (Considerando n. 58).

³⁰ Naturalmente, il contenuto della disciplina europea in materia di privacy è ritenuto espressamente ed integralmente applicabile ai servizi della società dell'informazione (Considerando n. 14). Semplicemente, detta disciplina già istituisce un quadro giuridico europeo nel campo della protezione dei dati personali e, pertanto, non è stato necessario includere tale aspetto nella direttiva in parola.

Si noti, incidentalmente, come nello stesso Considerando n. 14, dedicato al tema della tutela della riservatezza, si dica anche che «*la presente direttiva non può impedire l'utilizzazione anonima di reti aperte quali Internet*».

3.2. Il prestatore di servizi della società dell'informazione e il suo «luogo di stabilimento»

Il primo ostacolo rilevato dal legislatore comunitario alla libera circolazione dei servizi della società dell'informazione è rappresentato dalla mancanza di concetti giuridici uniformi in materia (Considerando n. 6).

In apertura dell'articolato della direttiva 2000/31/CE (art. 2) vengono così introdotte le definizioni necessarie a interpretare e applicare il contenuto della direttiva stessa, secondo quella che è una prassi consolidata del legislatore europeo. Alle definizioni è correlativamente dedicato l'art. 2 del D.Lgs. 70/2003.

Oggetto della disciplina sono i cc.dd. «*servizi della società dell'informazione*», di cui si è già detto.

Il soggetto che fornisce un servizio della società dell'informazione, persona fisica o giuridica, è detto «*prestatore*». Si parla di «*prestatore stabilito*» quando il prestatore, attraverso la fornitura di servizi della società dell'informazione, esercita un'attività economica in modo effettivo, a tempo indeterminato e mediante un'installazione stabile; viene precisato che perché si abbia uno «*stabilimento*» del prestatore non è determinante la presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per fornire il servizio.

Essendo di fondamentale importanza per le ricadute sul piano della individuazione della legge applicabile al prestatore, nella direttiva 2000/31/CE si precisa che, come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, la nozione di «*stabilimento*» implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile³¹. Pertanto, il luogo di stabilimento per le società che forniscono servizi tramite Internet non sarà là dove si trova la tecnologia di supporto del sito, né là dove esso è accessibile, bensì sarà il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica. Se uno stesso prestatore ha più luoghi di stabilimento, diviene importante determinare da quale luogo di stabilimento è prestato il servizio in questione. Nel caso in cui sia difficile determinare da quale dei vari luoghi di stabilimento un determinato servizio è prestato, tale luogo sarà quello in cui il prestatore ha il centro delle sue attività per quanto concerne tale servizio specifico (Considerando n. 19).

Viene introdotta, inoltre, la definizione di «*ambito regolamentato*», inteso come le disposizioni applicabili ai prestatori di servizi o ai servizi della società

³¹ Tale condizione può essere soddisfatta anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato.

dell'informazione, indipendentemente dal fatto che siano di carattere generale o loro specificamente destinate (art. 2 e art. 2 D.Lgs. 70/2003)³².

Tale concetto è stato voluto dal legislatore comunitario per sancire due principi di ordine generale.

Il primo circa il dovere di ogni stato membro a far sì che i prestatori stabiliti nel proprio territorio rispettino le relative disposizioni vigenti (appunto nell'ambito regolamentato)³³.

Il secondo relativo alla libera circolazione dei servizi della società dell'informazione nei paesi membri, laddove i servizi siano originati da uno qualunque di essi, libertà che non può essere limitata per motivi rientranti nell'ambito regolamentato.

A quest'ultimo principio gli Stati membri possono derogare solo per quanto concerne uno specifico servizio, al ricorrere di determinate condizioni tassativamente stabilite³⁴. Inoltre, entrambi i principi non si applicano a particolari settori, fra i quali quelli relativi ai diritti d'autore e ai diritti connessi, ai diritti di proprietà industriale, all'emissione di moneta, alla libertà delle parti di scegliere la legge applicabile al loro contratto, alle obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori, alla validità formale dei contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, all'ammissibilità delle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica³⁵. Tali disposizioni sono state recepite negli artt. 3 e 4 del D.Lgs. 70/2003.

Altro principio di carattere generale è quello che riguarda l'accesso all'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione e il suo esercizio. Analogamente a quanto previsto nella direttiva sulle firme elettroniche del 1999 (art. 3, direttiva 1999/93/CE, oggi sostituita dal Regolamento (UE) n. 910/2014), per garantire un libero accesso all'attività di prestatore il legislatore europeo fa espresso divieto agli Stati membri di subordinare a una qualsiasi

³² L'ambito regolamentato comprende unicamente i requisiti riguardanti le attività in linea e non comprende i requisiti legali relativi a: a) le merci in quanto tali; b) la consegna o il trasporto delle merci; c) i servizi non prestati per via elettronica.

³³ Il legislatore europeo sottolinea come sia necessario assicurare che i controlli sui servizi della società dell'informazione siano effettuati all'origine dell'attività (Considerando n. 22).

³⁴ In particolare, per necessità legate alla tutela dell'ordine pubblico, alla tutela della sanità pubblica, alla pubblica sicurezza, alla tutela dei consumatori (ivi compresi gli investitori), o relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo dei suddetti obiettivi o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi, e sempre che tali deroghe siano proporzionate a tali obiettivi. Queste deroghe sono state recepite all'art. 5 del D.Lgs. 70/2003.

³⁵ Si veda l'Allegato della direttiva 2000/31/CE.

autorizzazione preventiva (o ad altri requisiti di effetto equivalente) tale attività. Corrispondentemente, l'art. 6 del D.Lgs. 70/2003 prevede che l'accesso all'attività di prestatore di un servizio della società dell'informazione e il suo esercizio non sono soggetti, in quanto tali, ad autorizzazione preventiva o ad altra misura di effetto equivalente.

3.3. Gli obblighi informativi

A garanzia della trasparenza e della correttezza nei rapporti, in capo ai prestatori di servizi della società dell'informazione sono ricondotti una serie di obblighi informativi nei confronti dei destinatari dei servizi e dei consumatori (art. 5).

Il «*destinatario*» di un servizio della società dell'informazione viene definito come la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali o non, utilizza il servizio, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni; mentre per «*consumatore*» si intende esclusivamente qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (art. 2 e art. 2, D.Lgs. 70/2003).

Il prestatore, in aggiunta agli eventuali obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, deve rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, a tutti i destinatari del servizio e alle autorità competenti le seguenti informazioni (art. 7, D.Lgs. 70/2003):

- a) il nome, la denominazione o la ragione sociale;
- b) il domicilio o la sede legale;
- c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica;
- d) il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche, REA, o al registro delle imprese;
- e) gli elementi di individuazione, nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza, qualora un'attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione;
- f) il numero della partita IVA o altro numero di identificazione considerato equivalente nello Stato membro, qualora il prestatore eserciti un'attività soggetta a imposta;
- g) l'indicazione in modo chiaro e inequivocabile dei prezzi e delle tariffe dei diversi servizi della società dell'informazione forniti, evidenziando se comprendono le imposte, i costi di consegna e altri elementi aggiuntivi da specificare;

h) l'indicazione delle attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto, qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione o l'oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d'uso.

Per quanto riguarda le professioni regolamentate, dovranno essere indicati anche:

1. l'ordine professionale o istituzione analoga presso cui il prestatore sia iscritto e il numero di iscrizione;
2. il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato;
3. il riferimento alle norme professionali e agli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi.

3.4. La disciplina delle comunicazioni commerciali

Nel caso in cui il servizio sia costituito da comunicazioni commerciali³⁶ trasmesse via posta elettronica, o queste ne siano parte integrante, debbono essere fornite alcune ulteriori indicazioni. In particolare, dovrà essere chiaramente identificabile la natura commerciale della comunicazione e il soggetto per conto del quale viene effettuata. In caso di comunicazioni contenenti offerte promozionali, concorsi o giochi promozionali, questi devono essere chiaramente identificabili come tali e le condizioni per beneficiarne o di partecipazione dovranno essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro e inequivocabile³⁷.

La direttiva 2000/31/CE e il relativo decreto di attuazione (D.Lgs. 70/2003)

³⁶ Sono comunicazioni commerciali (art. 2, D.Lgs. 70/2003) «*tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione*».

Non sono invece di per sé comunicazioni commerciali:

- le informazioni che consentono un accesso diretto all'attività dell'impresa, del soggetto o dell'organizzazione, come un nome di dominio, o un indirizzo di posta elettronica;
- le comunicazioni relative a beni, servizi o all'immagine di tale impresa, soggetto o organizzazione, elaborate in modo indipendente, in particolare senza alcun corrispettivo.

³⁷ Anche chi esercita una professione regolamentata potrà utilizzare comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte, ma tali comunicazioni dovranno essere conformi alle regole di deontologia professionale e, in particolare, all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi (art. 10 del D.Lgs. 70/2003).

si occupano anche delle comunicazioni commerciali non sollecitate inviate per posta elettronica, cioè di quelle comunicazioni che non sono state in alcun modo originate da un comportamento attivo del destinatario (cioè da una sua specifica richiesta).

Il legislatore comunitario è intervenuto sull'argomento non per vietare in assoluto tale pratica, ma per garantire che tale attività, nei paesi in cui è consentita, sia dal destinatario chiaramente identificabile, in modo inequivocabile e sin dal momento della ricezione della comunicazione. A calmierare gli effetti indesiderati che da tale attività possono originarsi per i destinatari, la direttiva prevede l'obbligo per i prestatori e autori di queste comunicazioni di consultare regolarmente e rispettare appositi registri "negativi", in cui potranno iscriversi le persone fisiche che desiderano non essere raggiunte da tale tipo di comunicazioni (art. 7).

L'art. 9 del D.Lgs. 70/2003, invece, consente tale invio, purché le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse da un prestatore per posta elettronica siano, in modo chiaro e inequivocabile, identificabili come tali fin dal momento in cui il destinatario le riceve e contengano l'indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni³⁸.

Si tenga conto di come l'eventuale prova del carattere sollecitato delle comunicazioni commerciali spetti, in via generale, al prestatore.

3.5. I contratti conclusi per via elettronica

Nella direttiva 2000/31/CE viene espressamente affrontata la questione relativa alla validità degli accordi contrattuali conclusi attraverso strumenti elettronici.

Il legislatore comunitario ha stabilito che gli Stati membri devono provvedere a rendere compatibile il proprio ordinamento giuridico affinché sia possibile concludere validamente un contratto per via elettronica. Ciascuna normativa nazionale sulla formazione del contratto deve essere compatibile con «l'uso

³⁸ In merito alla ulteriore disciplina applicabile in argomento in ambito italiano, si vedano: il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali (*G.U.* 29 luglio 2003, n. 174, così come da ultimo modificato dal D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, *G.U.* 4 settembre 2018, n. 205), in particolare l'art. 130; il Regolamento (UE) 2016/279 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *G.U.C.E.* 4 maggio 2016, n. L119. Sull'argomento si veda il successivo cap. IV.

effettivo» dei contratti elettronici, la cui validità ed efficacia non può essere negata per il semplice fatto che si tratti di contratti stipulati attraverso strumenti elettronici³⁹.

In ambito italiano, il principio della piena validità dei contratti stipulati per via informatica o telematica è stato introdotto con la già ricordata L. 59/1997, tanto che, nel dare attuazione alla direttiva 2000/31/CE, non si è ritenuto necessario riprendere il concetto espresso nel testo comunitario.

Agli Stati membri è tuttavia riconosciuta la facoltà di introdurre alcune deroghe al principio generale anzidetto, legate al particolare tipo di contratto o all'oggetto del contratto stesso.

Il decreto di attuazione italiano prevede che siano escluse dalla sua applicazione (art. 11, D.Lgs. 70/2003):

- a) i contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili, diversi da quelli in materia di locazione;
- b) i contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che implicano l'esercizio di pubblici poteri;
- c) i contratti di fideiussione o di garanzie prestate da persone che agiscono a fini che esulano dalle loro attività commerciali, imprenditoriali o professionali;
- d) i contratti disciplinati dal diritto di famiglia o di successione.

Si noti come la disposizione in parola, a differenza di quanto previsto dall'art. 9 della direttiva 2000/31/CE, escluda i contratti citati dall'ambito di applicazione del decreto e non invece dalla possibilità di essere conclusi per via elettronica.

Il legislatore europeo, inoltre, si è adoperato affinché il destinatario, data la particolare modalità di formazione del contratto per via elettronica, sia messo nelle condizioni di ricevere dal prestatore tutte le informazioni essenziali ad una piena e consapevole formazione dell'accordo, specialmente nel caso in cui sia un consumatore (art. 10).

Salvo diverso accordo (possibile, però, solo nel caso il destinatario non sia appunto un consumatore) ed oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi nonché quelli specificatamente dovuti ai consumatori, il prestatore sarà tenuto a fornire, in modo chiaro, comprensibile, inequivocabile e in una fase anteriore all'invio dell'eventuale ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni (art. 12, D.Lgs. 70/2003):

³⁹ Nella direttiva si specifica come agli Stati membri è consentito «mantenere o definire per i contratti requisiti generali e specifici che possono essere soddisfatti con strumenti elettronici, in particolare i requisiti relativi alle firme elettroniche sicure» (Considerando n. 35).

- a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
- b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;
- c) 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;
- d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce il prestatore e come accedervi per via telematica;
- e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;
- f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

Tali doveri vengono meno solo nel caso in cui il contratto sia concluso esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

È altresì previsto che le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario dovranno essere messe a disposizione di questi in modo che gli sia consentito di memorizzarle e riprodurle.

In merito alla conclusione del contratto telematico, l'art. 13 («*Inoltro dell'ordine*»), comma 1, del D.Lgs. 70/2003, ribadisce espressamente (sebbene risulti pleonastico) il principio per cui le generali norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica.

Il comma 2 dello stesso articolo prevede che, salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario. Tale ricevuta dovrà contenere:

- I. un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto;
- II. le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- III. l'indicazione dei costi di consegna e dei tributi applicabili.

L'invio di detta ricevuta dell'ordine è obbligo che parrebbe non incidere sul perfezionamento del contratto telematico, perfezionamento che dovrebbe quindi considerarsi realizzato anche se tale adempimento dovesse essere omesso (ma la dottrina sul punto non è concorde).

Viene sancito, infine, il principio secondo cui la comunicazione elettronica contenente l'ordine o la ricevuta dell'ordine si considera pervenuta quando la parte cui è indirizzata ha la possibilità di accedervi (art. 13, comma 3, del D.Lgs. 70/2003), in linea con quanto previsto dall'attuale e già ricordata norma di cui all'art. 45 del CAD.

Le disposizioni da ultimo citate, in merito alla ricevuta dell'ordine e al suo

contenuto, nonché al momento in cui l'ordine o la ricevuta dell'ordine si considerano pervenuti, non troveranno applicazione per i contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti (art. 13, comma 4, del D.Lgs. 70/2003)⁴⁰.

3.6. Il regime di responsabilità dei prestatori intermediari

L'annosa questione in merito al regime di responsabilità dei cc.dd. *providers*, relativamente al materiale fornito da un utente e poi reso accessibile da questi ultimi in rete, trova nella direttiva e nel relativo decreto di attuazione una risposta a livello normativo. Molto acceso è stato il dibattito circa la sussistenza – e la relativa ampiezza – della responsabilità del soggetto che fornisce l'accesso, attraverso una rete pubblica quale Internet, a contenuti immessi da soggetti terzi; dibattito ancor più vivace alla luce degli orientamenti non sempre concordi manifestati dalla giurisprudenza di merito.

Nella direttiva 2000/31/CE, e quindi nel D.Lgs. 70/2003, viene introdotto un principio generale in base al quale in capo ai prestatori (*providers*) non sussiste un obbligo di sorveglianza o di ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite relativamente alla trasmissione o alla memorizzazione di informazioni messe a disposizione da terzi.

I prestatori sono però tenuti a informare prontamente le pubbliche autorità su eventuali presunte attività o materiali illeciti riconducibili ai destinatari dei loro servizi dei quali vengano a conoscenza o, ancora, a comunicare alle stesse autorità competenti, a loro richiesta, le informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.

Più nel dettaglio, il principio relativo al suddetto generale regime di responsabilità dei prestatori intermediari viene riferito a tre distinti casi, o meglio attività, richiamati espressamente nel testo del D.Lgs. 70/2003.

Il primo (art. 14, D.Lgs. 70/2003) è il “semplice trasporto” (*mere conduit*), cioè il servizio consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario, o nel fornire semplicemente un accesso alla rete di comunicazione⁴¹. In questo caso il prestatore non sarà responsabile

⁴⁰ Si noti come, a differenza di quanto previsto dall'art. 11 della direttiva 2000/31/CE, l'esclusione ora citata investa inspiegabilmente anche la richiamata disposizione di cui al comma 3 dell'art. 13, D.Lgs. 70/2003, anomalia da imputarsi probabilmente ad un mero errore di trasposizione del testo comunitario.

⁴¹ In tale attività sono incluse «la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comu-

delle informazioni trasmesse a condizione che esso non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della trasmissione e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

La seconda ipotesi (art. 15, D.Lgs. 70/2003) è la c.d. memorizzazione temporanea o *caching*. Il servizio consiste sempre nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario, ma il prestatore provvede alla memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni al solo scopo di renderne più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari che ne facciano richiesta.

Anche per questa attività è sancita l'assenza di responsabilità del prestatore rispetto alle informazioni trasmesse, a condizione che questi: non modifichi le informazioni; si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitarne l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete, o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

La terza ed ultima attività presa in considerazione (art. 16, D.Lgs. 70/2003) è la memorizzazione di informazioni o il c.d. *hosting*: si tratta di un servizio consistente nella memorizzazione di informazioni, fornite da un destinatario e su sua richiesta, da parte di un prestatore.

In questo caso, il prestatore non risponderà delle informazioni memorizzate a condizione che: non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Naturalmente, tale esclusione di responsabilità varrà purché il destinatario del servizio non agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore stesso.

In tutte le ipotesi richiamate (*mere conduit*, *caching*, *hosting*) l'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente potranno imporre al prestatore di impedire o far cessare eventuali violazioni. Il prestatore sarà allora civilmente

nicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo», art. 14, comma 2, del D.Lgs. 70/2003.

responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza (pur non avendo, lo si ribadisce, un obbligo di vigilanza o ricerca attiva) del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente (art. 17, D.Lgs. 70/2003).

Va rilevato come il regime di responsabilità dei prestatori intermediari introdotto dal legislatore comunitario, lungi dall'aver sopito il dibattito sul tema, ha visto la giurisprudenza ininterrottamente impegnata nel definirne le linee interpretative, con esiti non sempre omogenei (in particolare, presso le corti italiane)⁴².

3.7. Codici di condotta e composizione extragiudiziale delle controversie

Consapevole della necessità di favorire un clima di fiducia e partecipazione alla fase di sviluppo e diffusione del commercio elettronico, il legislatore euro-

⁴² Risultano ad oggi numerose le pronunce sull'argomento da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea: sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 23 marzo 2010, procedimenti riuniti da C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL/Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08)*, *Google France SARL c. Viaticum SA/Luteciel SARL (C-237/08)*, *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL/Pierre-Alexis Thonet/Bruno Raboin/Tiger SARL (C-238/08)*; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal SA/Lancôme parfums et beauté & Cie SNC/Laboratoire Garnier & Cie/L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International AG/eBay Europe SARL/et alia*; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)*; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 15 settembre 2016, causa C-484/14, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 7 agosto 2018, causa C-521/17, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*.

In ambito italiano, si vedano, fra le molte: la sentenza della Cassazione sul c.d. caso "Vivi down c. Google", Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 17 dicembre 2013 – 3 febbraio 2014, n. 5107; più recentemente, Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza 19 marzo 2019, n. 7708, che ha riaffermata la distinzione fra *hosting provider* "passivo" ed "attivo", dove quest'ultimo è «il prestatore dei servizi della società dell'informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui al D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni».

peo nella direttiva 2000/31/CE ha invitato i soggetti coinvolti (associazioni, imprenditori, consumatori) ad elaborare codici di condotta a livello comunitario sugli stessi argomenti della direttiva.

Nello stesso tempo è stato imposto agli Stati membri di rimuovere gli ostacoli all'introduzione e all'utilizzo di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie relative ai servizi della società dell'informazione che dovessero sorgere tra prestatore e destinatario. Tali sistemi di composizione extragiudiziale dovrebbero essere esperibili anche per via elettronica, previa l'elaborazione di adeguate procedure.

L'obiettivo è di favorire una conclusione rapida e soddisfacente delle vertenze; a tal fine il legislatore comunitario ha altresì invitato gli Stati membri ad adeguare la disciplina sui ricorsi giurisdizionali, in modo da consentire una più rapida emissione dei provvedimenti atti a porre fine alle violazioni e ad impedire ulteriori danni agli interessi in causa.

Tali indicazioni sono state recepite nel D.Lgs. 70/2003, che prevede sia l'adozione di codici di condotta (art. 18, D.Lgs. 70/2003), sia sistemi di composizione extragiudiziale delle controversie (anche per via telematica; art. 19, D.Lgs. 70/2003)⁴³.

3.8. Il regime sanzionatorio

L'eventuale violazione delle disposizioni contenute nel D.Lgs. 70/2003 (in particolare, di quelle relative alle informazioni generali obbligatorie, agli obblighi di informazione per la comunicazione commerciale, alla comunicazione commerciale non sollecitata, all'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate e alle informazioni dirette alla conclusione del contratto), salvo che il fatto non costituisca reato, comporta il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da 103 euro a 10.000 euro (art. 21, D.Lgs.

⁴³ Sul tema il legislatore europeo è successivamente intervenuto con il Regolamento (UE) n. 524/2013 del parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori), in *G.U.C.E.* 18 giugno 2013, n. L165, e con la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), in *G.U.C.E.* 18 giugno 2013, n. L165, attuata in Italia con il D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130, Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), in *G.U.* 19 agosto 2015, n.191.

70/2003)⁴⁴. Nei casi di particolare gravità o di recidiva i limiti minimo e massimo della sanzione indicata vengono raddoppiati. All'accertamento delle violazioni provvedono, fermi i poteri degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, gli organi di polizia amministrativa, sia d'ufficio sia su denuncia.

4. La tutela del consumatore nel commercio elettronico

L'esigenza di protezione del consumatore (indicato anche come «utente»), inteso quale «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»⁴⁵, nei rapporti con gli operatori professionali nasce dalla considerazione di come questo si presenti quale «contraente debole», a motivo innanzitutto del diverso livello di preparazione e delle scarse informazioni di cui normalmente dispone.

Se le esigenze di tutela del consumatore si sono affermate ben prima dello sviluppo del commercio elettronico, proprio in relazione ad esso (c.d. *e-commerce business to consumer*) tale disciplina ha trovato uno degli ambiti di applicazione più significativi: nelle transazioni concluse *on-line*, infatti, si acuisce lo sbilanciamento fra le posizioni dei contraenti, a causa della barriera tecnologica che può ostacolare o impedire al consumatore non solo di identificare con certezza la controparte professionale, ma altresì di prendere contezza delle condizioni contrattuali, di visionare e/o valutare adeguatamente il bene o il servizio oggetto dell'accordo, di comprendere i meccanismi di funzionamento e di utilizzo dello strumento informatico e telematico e le relative conseguenze giuridiche.

Il tema della protezione del consumatore ha visto da sempre particolarmente sensibile ed attivo il legislatore europeo, tanto che il *corpus* normativo nazionale dedicato all'argomento è largamente di derivazione comunitaria⁴⁶.

⁴⁴ Si noti come il mancato invio della ricevuta dell'ordine, di cui all'art. 13 del D.Lgs. 70/2003, non risulti tra le condotte sanzionate (cfr. art. 21, D.Lgs. 70/2003).

⁴⁵ Sebbene in parte simili fra loro, sono numerose le definizioni normative di «consumatore» introdotte nel corso del tempo. Quella qui proposta è contenuta all'art. 3 del Codice del consumo (D.Lgs. 206/2005), oggi testo di riferimento in materia. In merito all'esatta identificazione della figura di «consumatore» si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 gennaio 2005, causa Causa C-464/01, *Johann Gruber c. Bay Wa AG*.

Il «professionista» è descritto nello stesso art. 3 del Codice del consumo come «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario».

⁴⁶ Del resto, la protezione degli interessi dei consumatori è espressamente richiamata fra gli

Le disposizioni ed i provvedimenti che si sono succeduti nel tempo sono stati infine raccolti e coordinati nel Codice del consumo (D.Lgs. 206/2005, di seguito “Codice”), che raccoglie oggi buona parte delle norme dedicate alla tutela del consumatore in Italia. Il Codice ha l’obiettivo di armonizzare e riordinare *«le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti»* (art. 1 del Codice).

Il testo del Codice ha un contenuto articolato, che affronta molteplici aspetti ed ambiti ritenuti meritevoli di attenzione da parte del legislatore: fra questi, in particolare, rilevano ai fini della nostra trattazione le disposizioni dedicate ai contratti conclusi fra un professionista e un consumatore e il regime dei cc.dd. contratti a distanza, disposizioni che si affiancano a quelle già analizzate previste dal D.Lgs. 70/2003 a tutela del consumatore nel commercio elettronico.

4.1. Le clausole vessatorie nel contratto fra professionista e consumatore

Il Codice contempla una disciplina di carattere generale in materia di contratti conclusi fra consumatori e professionisti, introdotta, ancora una volta, a seguito di un’iniziativa del legislatore comunitario. Si tratta della disciplina relativa alle cc.dd. clausole abusive, originariamente contenuta agli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* c.c., così come previsti dalla L. 6 febbraio 1996, n. 52 che ha dato attuazione alla direttiva 93/13/CEE, articoli oggi abrogati e sostituiti dalle disposizioni degli artt. 33 ss. del Codice.

Il principio fondamentale in materia è che, nel contratto concluso tra un consumatore e un professionista (intesi secondo le definizioni ricordate), si considerano vessatorie le clausole che, pur non contrarie a buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33 del Codice).

Per valutare l’eventuale vessatorietà di una clausola si dovrà tenere conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione e alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende, mentre invece essa non attiene alla determinazione dell’oggetto del contratto, né all’adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo

obiettivi dell’Unione europea (cfr. art. 169 Trattato UE). La centralità del tema è stata espressamente ribadita, in relazione specifica al commercio elettronico e ai servizi della società dell’informazione, nell’art. 3 della direttiva 2000/31/CE e nell’art. 5 del D.Lgs. 70/2003.

chiaro e comprensibile. Non possono essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.

Inoltre, non sono da considerarsi vessatorie le clausole che siano state oggetto di trattativa individuale fra il professionista e il consumatore (art. 34 del Codice). Nel caso in cui il contratto sia stato concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali (*ex art. 1342 c.c.*, di cui si è detto), incomberà sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

Lo stesso art. 33 del Codice contiene, inoltre, una serie di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (ad esempio, quelle che riconoscono al solo professionista la facoltà di recedere dal contratto, stabiliscono come sede del foro competente località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore)⁴⁷.

Nel caso una clausola risulti vessatoria questa sarà nulla, mentre il contratto rimarrà comunque valido per il resto (c.d. nullità di protezione). Si noti come la nullità operi soltanto a vantaggio del consumatore e possa essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 36 del Codice).

Vi sono poi delle clausole che risulteranno comunque nulle, quantunque eventualmente oggetto di trattativa individuale (art. 36 del Codice). In particolare, tali clausole sono quelle che abbiano per oggetto o per effetto di:

1. escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
2. escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
3. prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

⁴⁷ Le ipotesi di clausole vessatorie previste all'art. 33 del Codice, da ultimo integrate dal D.Lgs. 130/2015 con due nuove fattispecie relative alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, sono ispirate ed in linea con quelle indicate dal legislatore comunitario (a titolo indicativo e non esaustivo) nell'Allegato alla direttiva 93/13/CEE.

Sono previste alcune deroghe in caso di prestazione di servizi finanziari (cfr. art. 33 del Codice, commi 3 e ss.).

Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile e, in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore (art. 35 del Codice).

Le associazioni rappresentative dei consumatori e le associazioni rappresentative dei professionisti, inoltre, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività (art. 37 del Codice).

Da ultimo, nel 2012 è stata introdotta una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (art. 37 *bis* del Codice), che prevede la possibilità per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) di dichiarare, d'ufficio o su denuncia, la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari⁴⁸.

4.2. La legge applicabile al contratto ed il foro competente

Sempre più spesso nel commercio elettronico i contratti *business-to-consumer* presentano profili di internazionalità, cioè vengono conclusi fra soggetti appartenenti a Stati diversi, risultando così di estrema rilevanza l'individuazione della legge applicabile al contratto e del foro competente a conoscere le eventuali relative controversie.

Nel Codice, a tal proposito, nei contratti fra professionista e consumatore viene stabilita l'inefficacia in via generale di qualunque clausola che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dagli artt. 33-38 del Codice stesso, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea (art. 36 del Codice).

In materia, oltre alla disposizione ora ricordata (e salvo quanto si dirà nel proseguo in riferimento ai contratti a distanza), potrà trovare applicazione (in base al richiamo effettuato dall'art. 57 della L. 218/1995) innanzitutto la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980, sostituita per i membri dell'Unione europea dal Regolamento (CE) n. 593/2008

⁴⁸ Cfr. D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, in *G.U.* del 24 marzo 2012, n. 71. L'Autorità Garante, con proprio regolamento, disciplina la relativa procedura istruttoria: si veda la Deliberazione AGCM 8 agosto 2012, n. 23788.

sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). L'art. 6 di detto Regolamento prevede in via generale (e, dunque, salve specifiche eccezioni) che il contratto concluso da un consumatore con un professionista sia disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista:

a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o

b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo;

e il contratto rientri nell'ambito di dette attività⁴⁹.

In deroga a tale disposizione generale, il consumatore e il professionista possono scegliere la legge da applicare a detto contratto, tuttavia tale scelta non potrà privare il consumatore della protezione assicurategli dalle norme alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale.

La Sezione 4 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 è invece dedicata alla competenza giurisdizionale in materia di contratti conclusi da consumatori: ivi si stabilisce che, alle condizioni e nei casi previsti da tale Regolamento, l'azione giudiziaria può essere proposta dal consumatore (a sua scelta) davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata l'altra parte (persona che svolge attività commerciali o professionali), ovvero davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore; mentre l'azione dell'altra parte contrattuale potrà essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore (art. 18, Regolamento (UE) n. 1215/2012).

5. La disciplina dei contratti a distanza fra professionisti e consumatori

Il legislatore europeo già nel 1997 dedicava un'apposita direttiva (97/7/CE) ai cc.dd. contratti a distanza tra consumatori e professionisti (nella cui categoria rientrano a pieno titolo i contratti telematici fra dette parti), i cui obiettivi erano enunciati nei suoi numerosi Considerando⁵⁰: il commercio a distanza, caratte-

⁴⁹ In caso contrario, si applicheranno i criteri di cui agli artt. 3 e 4 del Regolamento (CE) n. 593/2008, riportati alla precedente nota n. 25.

⁵⁰ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, riguar-

rizzato dall'impiego di tecniche di comunicazione inserite nell'ambito di un'organizzazione di vendita o di prestazioni di servizi, non consentirebbe al consumatore di fondare le sue decisioni contrattuali su un quadro sufficientemente fedele. In particolare, emergeva la preoccupazione di prevedere idonei strumenti di tutela dei consumatori nell'ambito del commercio transfrontaliero. Il fine era quello non solo di tutelare il contraente potenzialmente più debole, ma anche di creare nella Comunità un clima di fiducia nei confronti delle nuove modalità di contrattazione, garantendo un quadro giuridico di riferimento chiaro ed omogeneo.

La direttiva 97/7/CE è stata successivamente abrogata dalla direttiva 2011/83/UE⁵¹, che ha ridisegnato nel suo complesso la disciplina in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti, ivi compresi i contratti a distanza. Il D.Lgs. 21/2014⁵² ha dato attuazione alle disposizioni della direttiva 2011/83/UE, provvedendo a novellare la disciplina dei diritti dei consumatori nei contratti contenuta nel Codice del consumo (artt. 45-67). Naturalmente, il Codice stabilisce il livello minimo di protezione del consumatore nei contratti a distanza (e i professionisti possono ben offrirgli condizioni contrattuali più favorevoli), così come non esclude né limita i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico, rinviando per quanto non previsto nel Codice stesso alle disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti⁵³.

Il «contratto a distanza» viene definito come *«qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del pro-*

dante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *G.U.C.E.* 4 giugno 1997, n. L 144.

⁵¹ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in *G.U.C.E.* 22 novembre 2011, n. L 304.

⁵² In particolare, dal D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, in *G.U.* 11 marzo 2014, n. 58.

⁵³ Si noti come la disciplina della direttiva 2011/83/UE sia stata a sua volta novellata dalla direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, in *G.U.C.E.* 18 dicembre 2019, n. L 328. Gli Stati membri dovranno recepire le nuove disposizioni comunitarie entro il 28 novembre 2021.

fessionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso» (art. 45 del Codice). Tale definizione rende palese come la disciplina dei contratti a distanza debba applicarsi al contratto telematico *business-to-consumer* concluso attraverso la rete Internet, qui di interesse.

La disciplina in commento non troverà applicazione in riferimento a una serie di contratti tassativamente previsti, fra cui ricordiamo gli accordi (art. 47 del Codice):

- a) relativi a servizi sociali e di assistenza sanitaria;
- b) relativi ad attività di azzardo, comprese le lotterie e le scommesse;
- c) di servizi finanziari;
- d) aventi ad oggetto la creazione di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti su beni immobili, per la costruzione di nuovi edifici, la trasformazione sostanziale di edifici esistenti e per la locazione di alloggi a scopo residenziale;
- e) che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina concernente i contratti del turismo organizzato;
- f) di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio;
- g) stipulati con l'intervento di un pubblico ufficiale;
- h) di fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo corrente nella famiglia e fisicamente forniti da un professionista in giri frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore;
- i) di servizi di trasporto passeggeri;
- j) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati.

La prima misura di protezione individuata consiste in uno specifico obbligo informativo del professionista nei confronti del consumatore (che si aggiunge a quelli già ricordati *ex* D.Lgs. 70/2003, disciplina che resta pienamente applicabile in via generale ai contratti a distanza conclusi via Internet). Quest'ultimo deve ricevere, prima di essere vincolato dal contratto a distanza (che a sua volta deve contenere il riferimento espresso alle disposizioni del Codice in commento), una serie di specifiche informazioni, fra cui (art. 49 del Codice):

- le caratteristiche principali dei beni o servizi;
- l'identità del professionista, l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito, il suo numero di telefono⁵⁴, di fax e l'indirizzo elettronico (ove dispo-

⁵⁴ Qualora il professionista utilizzi una linea telefonica allo scopo di essere contattato dal consumatore per telefono in merito al contratto concluso, il consumatore non è tenuto a paga-

nibili⁵⁵), per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui;

– il prezzo totale dei beni⁵⁶ o dei servizi comprensivo delle imposte o le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

– le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi;

– in caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, del Codice e, se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso (tali informazioni possono essere fornite mediante le istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A, del Codice);

– se non è previsto un diritto di recesso, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso;

– un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni e, se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali;

re più della tariffa di base quando contatta il professionista, fermo restando il diritto dei fornitori dei servizi di comunicazione elettronica di applicare una tariffa per dette telefonate (art. 64 del Codice).

⁵⁵ La disposizione in parola non implica un obbligo per il professionista di attivare una linea telefonica, o di fax, o di creare un nuovo indirizzo di posta elettronica per consentire ai consumatori di contattarlo, bensì impone di comunicare tale numero o quello del fax o l'indirizzo di posta elettronica soltanto nel caso in cui detto professionista già disponga di tali mezzi di comunicazione con i consumatori. Sebbene tale disposizione «*imponga al professionista di mettere a disposizione del consumatore un mezzo di comunicazione atto a soddisfare i criteri di una comunicazione diretta ed efficace, essa non osta a che detto professionista fornisca mezzi di comunicazione diversi da quelli elencati nella medesima disposizione al fine di soddisfare tali criteri*»: in tal senso si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 luglio 2019, causa C-649/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Amazon EU Sàrl*.

⁵⁶ Prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, per qualsiasi pagamento supplementare, oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore: se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore, ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabili che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore avrà diritto al rimborso di tale pagamento (art. 65 del Codice).

- la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto;
- se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale (definito come i «dati prodotti e forniti in formato digitale», art. 45 del Codice), comprese le misure applicabili di protezione tecnica e qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software⁵⁷;
- se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso [*Omissis*].

Queste informazioni formeranno parte integrante del contratto a distanza e non potranno essere modificate se non con accordo espresso delle parti.

Nell'ipotesi in cui il professionista non adempia agli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive, sui costi della restituzione dei beni o gli altri costi, il consumatore non sarà tenuto a sostenere tali spese o costi aggiuntivi: l'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di informazione incombe sul professionista.

Laddove siano utilizzate tecniche che consentono una comunicazione individuale (ad esempio, la posta elettronica), le citate informazioni saranno fornite, ove il consumatore lo richieda, in lingua italiana.

Per quanto riguarda i contratti a distanza (art. 51 del Codice), le suddette informazioni (comprese eventuali restrizioni relative alla consegna e ai mezzi di pagamento accettati per i siti di commercio elettronico) devono essere fornite o messe a disposizione dal professionista in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato, in un linguaggio semplice e comprensibile. Nel-

⁵⁷ In riferimento ai contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, con l'obiettivo precipuo di contribuire a promuovere il commercio elettronico e l'economia digitale dell'Unione, il legislatore comunitario ha recentemente adottato una specifica disciplina attraverso l'emanazione della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in *G.U.C.E.* 22 maggio 2019, n. L 136. Scopo del provvedimento è contribuire (art. 1 della direttiva UE 2019/770) «al corretto funzionamento del mercato interno garantendo nel contempo un livello elevato di protezione dei consumatori, stabilendo norme comuni su determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, in particolare le norme: – sulla conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, – sui rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, e sulle modalità di esercizio degli stessi, nonché – sulla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale».

Gli Stati membri dovranno recepire le disposizioni introdotte dalla direttiva entro il 1° luglio 2021 ed applicarle a decorrere dal 1° gennaio 2022.

la misura in cui dette informazioni sono presentate su un supporto durevole⁵⁸, esse devono essere leggibili.

Al fine di garantire il consumatore nei contratti a distanza rispetto all'assunzione di obblighi di pagamento, questi devono essere preceduti dalle informazioni di cui si è detto, che il professionista gli dovrà comunicare in modo chiaro ed evidente prima che il consumatore inoltri l'ordine, così che il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare. Se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga (compreso il c.d. tasto negoziale virtuale, di cui si è detto), il pulsante o la funzione analoga dovranno riportare, in modo facilmente leggibile, soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile, indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo per il consumatore di pagare il professionista. Se il professionista non osserva tale prescrizione, il consumatore non sarà vincolato dal contratto o dall'ordine inoltrato (art. 51 del Codice).

Il professionista, inoltre, è tenuto a fornire al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio acquistato abbia inizio. Tale conferma comprende (se non già fornite su un supporto durevole) le informazioni di cui al citato art. 49 del Codice e la conferma circa la perdita del diritto di recesso in merito alla eventuale fornitura di un contenuto digitale.

Nel caso sia concluso un contratto di vendita e salvo diverso accordo tra le parti, il professionista sarà obbligato a consegnare i beni al consumatore senza ritardo ingiustificato e al più tardi entro trenta giorni dalla data di conclusione del contratto⁵⁹. Se il professionista non adempie all'obbligo di consegna dei beni entro il suddetto termine o quello pattuito, il consumatore lo inviterà ad effettuare la consegna entro un termine supplementare appropriato alle circostanze. Se il termine supplementare così concesso scadrà senza che i beni gli siano

⁵⁸ "Supporto durevole": ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate (art. 45 del Codice).

⁵⁹ Il rischio della perdita o del danneggiamento dei beni, per causa non imputabile al venditore, si trasferisce al consumatore soltanto nel momento in cui quest'ultimo entra materialmente in possesso dei beni. Tuttavia, il rischio si trasferisce al consumatore già nel momento della consegna del bene al vettore qualora quest'ultimo sia stato scelto dal consumatore e tale scelta non sia stata proposta dal professionista, fatti salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore (art. 63 del Codice).

stati consegnati, il consumatore sarà legittimato a risolvere il contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni.

Il consumatore non sarà gravato dall'onere di concedere questo termine supplementare, potendo risolvere immediatamente il contratto (salvo comunque il diritto al risarcimento dei danni), se:

- a) il professionista si è espressamente rifiutato di consegnare i beni, ovvero;
- b) se il rispetto del termine pattuito dalle parti per la consegna del bene deve considerarsi essenziale, tenuto conto di tutte le circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto, ovvero;
- c) se il consumatore ha informato il professionista, prima della conclusione del contratto, che la consegna entro o ad una data determinata era essenziale.

In entrambe le ipotesi di risoluzione sopra richiamate, il professionista sarà tenuto a rimborsare al consumatore, senza indebito ritardo, tutte le somme versate in esecuzione del contratto. In ogni caso è comunque fatta salva la possibilità per il consumatore di far valere quanto previsto dal codice civile in materia di risoluzione del contratto (art. 61 del Codice).

In via generale e salvo consenso del consumatore (da esprimersi prima o al momento della conclusione del contratto), il professionista non può nemmeno adempiere eseguendo una fornitura diversa da quella pattuita, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori (art. 66 *quinques* del Codice).

Una disposizione specifica è stata dedicata al pagamento mediante carta, fra le modalità più diffuse oggi (in particolare nel commercio elettronico) per il versamento del corrispettivo nei contratti a distanza aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi. In merito, viene espressamente previsto (art. 62 del Codice) come l'istituto di emissione della carta di pagamento debba riaccreditarlo al consumatore i pagamenti in caso di addebitamento eccedente rispetto al prezzo pattuito ovvero in caso di uso fraudolento della propria carta di pagamento da parte del professionista o di un terzo. A sua volta, l'istituto di emissione della carta avrà il diritto di addebitare al professionista le somme riaccreditate al consumatore. In definitiva, le conseguenze legate all'eventuale utilizzo non autorizzato di questo tipo di strumento di pagamento vengono addossate al professionista, quale parte del suo rischio d'impresa. Inoltre, i professionisti non possono imporre ai consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, spese per l'uso di detti strumenti, ovvero nei casi espressamente stabiliti, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista.

Viene altresì sancito il principio per cui il consumatore non è tenuto ad alcu-

na prestazione corrispettiva in caso di forniture non richieste e, in ogni caso, l'assenza di risposta non potrà mai essere interpretata quale tacito consenso del consumatore (art. 66 *quinques* del Codice)⁶⁰.

La tutela del consumatore in materia di contratti a distanza trova la sua disposizione cardine nella previsione in capo al consumatore del c.d. «*diritto di recesso*» (da non confondere con il “recesso unilaterale” previsto all’art. 1373 c.c. e in altri articoli del Codice civile in riferimento a singoli contratti), quale forma di compensazione per la sua posizione di debolezza e di *deficit* informativo. Trattasi di un vero e proprio diritto “al ripensamento” del consumatore, al quale viene consentito, senza necessità di giustificazione alcuna (e, dunque, per qualunque motivo), di liberarsi dal vincolo contrattuale instauratosi a distanza, entro un determinato tempo e senza subire alcuna conseguenza negativa.

L’art. 52 del Codice prevede che il consumatore disponga di un periodo di quattordici giorni (di calendario) per recedere da un contratto a distanza, senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli di riconsegna dei beni eventualmente ricevuti (e dei costi supplementari di consegna, laddove abbia optato per un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso offerto dal professionista).

Il termine di quattordici giorni (durante i quali le parti sono comunque legittimate ad adempiere ai rispettivi obblighi contrattuali) decorre:

- a) nel caso di contratti di servizi, dal giorno della conclusione del contratto;
- b) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dei beni o:
 - 1) nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dell’ultimo bene;
 - 2) nel caso di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dell’ultimo lotto o pezzo;

⁶⁰Una disposizione analoga è contenuta nell’art. 18 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell’art. 4, comma 4 della L. 15 marzo 1997, n. 59, in *G.U.* 24 aprile 1998, n. 95, che lo stesso Codice espressamente richiama (insieme ad altre dello stesso decreto) quale disposizione applicabile ai contratti a distanza (art. 67 del Codice). In particolare, il comma 2 dell’art. 18 di detto decreto, dedicata alla «*Vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione*» (compreso, dunque, lo strumento telematico) prevede il divieto di «*inviare prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta. È consentito l’invio di campioni di prodotti o di omaggi, senza spese o vincoli per il consumatore*».

- 3) nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico del primo bene;
- c) nel caso di contratti per la fornitura [...] di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale, dal giorno della conclusione del contratto.

Nell'ipotesi in cui il professionista non abbia, però, fornito al consumatore le prescritte informazioni sul diritto di recesso (sussistenza del diritto, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto, il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B del Codice), il periodo di recesso terminerà dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale. Se il professionista fornisce al consumatore le informazioni sul recesso entro dodici mesi dalla data di generale decorrenza del relativo termine, il periodo di recesso terminerà quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore avrà ricevuto dette informazioni (art. 53 del Codice).

L'esercizio da parte del consumatore del diritto di recesso non comporta alcuna sua responsabilità e non prevede particolari formalità: sarà sufficiente che il consumatore, prima della scadenza del periodo di recesso, informi il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso dal contratto. A tal fine il consumatore potrà:

- a) utilizzare il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B del Codice; oppure
- b) presentare una qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto.

Per il rispetto del termine di esercizio del diritto di recesso, la relativa comunicazione del consumatore deve essere spedita al professionista (e non ricevuta da questi) prima della scadenza del periodo di recesso.

Il professionista può anche offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B del Codice, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita attraverso il sito web del professionista: in tali casi il professionista dovrà trasmettere senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento, su un supporto durevole, del recesso esercitato.

In ogni caso, l'onere della prova relativa all'esercizio del diritto di recesso incomberà sul consumatore.

Se il diritto di recesso viene esercitato nei tempi previsti, il consumatore e il professionista sono sciolti dai rispettivi obblighi, in particolare di eseguire il contratto a distanza se già concluso, oppure di concludere un contratto a di-

stanza nei casi in cui un'offerta sia stata effettuata dal consumatore⁶¹.

Qualora fosse già avvenuta la consegna dei beni acquistati, il consumatore sarà tenuto a restituirli o a consegnarli al professionista, senza indebito ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto⁶². Il consumatore dovrà sostenere solo il costo diretto della restituzione dei beni, salvo che il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo sarebbe stato a suo carico.

In riferimento allo stato in cui i beni restituiti debbono trovarsi, il Codice prevede che il consumatore sarà responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni. Il consumatore non sarà in alcun caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni restituiti se il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso.

In ogni caso, il consumatore non sosterrà alcun costo per:

a) la prestazione di servizi durante il periodo di recesso quando:

- 1) il professionista ha omesso di fornire le prescritte informazioni sul recesso; oppure
- 2) il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso;

b) la fornitura, in tutto o in parte, del contenuto digitale che non sia fornito su un supporto materiale quando:

- 1) il consumatore non ha dato il suo previo consenso espresso circa l'inizio della prestazione prima della fine del periodo di quattordici giorni;
- 2) il consumatore non ha riconosciuto di perdere il diritto di recesso quando ha espresso il suo consenso; oppure
- 3) il professionista ha omesso di fornire la conferma del contratto concluso.

Il professionista, dal canto suo, in caso di esercizio del diritto di recesso dovrà provvedere a rimborsare tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, comprensivi delle eventuali spese di consegna, senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consu-

⁶¹ Anche gli eventuali contratti accessori saranno risolti di diritto, senza costi per il consumatore (art. 58 del Codice).

⁶² Per il rispetto di detto termine è sufficiente che il consumatore rispedisca i beni al professionista, ad esempio consegnandoli a un vettore, prima della scadenza del periodo di quattordici giorni.

matore di recedere dal contratto. Il rimborso dovrà avvenire utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che il consumatore abbia espressamente convenuto altrimenti e a condizione che questi non debba sostenere alcun costo quale conseguenza del rimborso. A tutela del consumatore, il Codice dispone espressamente la nullità di qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso.

Il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari di consegna, qualora il consumatore abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa da quella meno costosa offerta dal professionista. Infine, salvo non si sia egli stesso offerto di ritirare i beni, il professionista potrà trattenere il rimborso finché non abbia ricevuto i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di averglieli rispediti, a seconda di quale situazione si verifichi per prima.

La possibilità per il consumatore di esercitare il diritto di recesso viene escluso in una serie di ipotesi, relative ai contratti (art. 59 del Codice):

a) di servizi, dopo la completa prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista;

b) la fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni nel mercato finanziario;

c) la fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati;

d) la fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi o scadere rapidamente;

e) la fornitura di beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna;

f) la fornitura di beni che, dopo la consegna, risultano, per loro natura, inscindibilmente mescolati con altri beni;

g) la fornitura di bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo trenta giorni e il cui valore effettivo dipenda da fluttuazioni sul mercato che non possono essere controllate dal professionista;

h) i contratti in cui il consumatore ha specificamente richiesto una visita da parte del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori urgenti di riparazione o manutenzione;

i) la fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna;

l) la fornitura di giornali, periodici e riviste ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni;

m) i contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica;

n) la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici;

o) la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso.

Altra disposizione di rilievo è quella dedicata alla individuazione del giudice competente a conoscere delle eventuali controversie civili fra un consumatore e un professionista in materia di contratti a distanza: l'art. 66 *bis* del Codice dispone che la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato.

A vigilare sul rispetto da parte dei professionisti delle disposizioni dedicate alla protezione del consumatore nei contratti a distanza è preposta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti, applicando le sanzioni di cui all'art. 27 del Codice. Viene fatta salva, in ogni caso, la giurisdizione del giudice ordinario e la possibilità di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie mediante il ricorso alle procedure di cui agli artt. 141 e ss. del Codice (art. 66 del Codice).

A ulteriore salvaguardia del consumatore, viene sancito il carattere imperativo (quindi l'irrinunciabilità) dei diritti conferitigli dalle disposizioni degli artt. 48-67 del Codice di cui si è detto, se il consumatore è residente in Italia e se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea. Eventuali clausole contrattuali che escludessero o limitassero, direttamente o indirettamente, tali diritti non varrebbero a vincolare il consumatore (art. 66 *ter* del Codice).

L'art. 143 del Codice sancisce, invece, il principio della irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore dal Codice, risultando pertanto nulla qualunque pattuizione contraria alle sue disposizioni. Inoltre, al consumatore dovranno comunque essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal Codice, anche se le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana. In tale modo, sottraendo al consumatore la possibilità di disporre contrattualmente dei diritti di base riconosciutigli dal Codice, si garantisce in concreto un livello minimo di operatività delle disposizioni del Codice stesso e, quindi, una effettiva protezione del consumatore.

Infine, si ricorda come le associazioni dei consumatori siano legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori così come contemplati nelle materie disciplinate dal Codice e da altre disposizioni legislative, nelle ipotesi di loro violazione (art. 139 del Codice). Inoltre, mutuando in parte l'istituto dalla *class action* statunitense, è stata introdotta la c.d. azione di classe, che, al ricorrere di determinate circostanze, consente oggi a ciascun consumatore quale componente di una classe (anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa), rispetto a diritti individuali omogenei e interessi collettivi, di agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni attraverso una specifica procedura prevista nel medesimo Codice (art. 140 *bis* del Codice). Le suddette disposizioni del Codice sono tuttavia destinate ad essere abrogate dal 19 aprile 2020, data in cui entrerà in vigore la riforma dell'azione di classe operata dalla L. 31/2019⁶³.

6. Il regolamento europeo in materia di *geo-blocking*

Il mercato unico digitale costituisce uno degli obiettivi prioritari dell'Unione europea. Non sorprende, dunque, che il legislatore comunitario sia intervenuto nel settore del commercio elettronico per impedire che pratiche discriminatorie su base territoriale possano minare la libera circolazione dei beni e dei servizi fra i vari Stati membri, limitare la concorrenza e costituire un detrimento agli interessi dei clienti.

Da ultimo, tali aspetti sono stati messi in evidenza nella relazione dedicata al commercio elettronico stilata dalla Commissione europea nel 2017⁶⁴: nel rap-

⁶³ L. 12 aprile 2019, n. 31, Disposizioni in materia di azione di classe, in *G.U.* del 18 aprile 2019, n. 92. La novella legislativa ha rimodellato in modo organico i contenuti dell'istituto, prevedendone un'applicazione generale ai diritti individuali omogenei (e non più solo a quelli "dei consumatori e degli utenti"). La relativa disciplina è stata inserita nel Codice di procedura civile, attraverso l'introduzione del nuovo Titolo VIII-*bis* "Dei procedimenti collettivi" nel Libro quarto (ed alcune ulteriori disposizioni di dettaglio trovano ora posto nelle relative norme di attuazione del Codice di rito). L'art. 5, comma 1, di detta legge ha quindi previsto l'abrogazione degli artt. 139, 140 e 140 *bis*, del Codice, a decorrere dal 19 aprile 2020 (data in cui la riforma entrerà in vigore), ai sensi di quanto disposto dall'art. 7, comma 1, della medesima L. 31/2019. Per l'applicabilità delle suddette disposizioni del Codice alle condotte illecite poste in essere precedentemente alla data del 19 aprile 2020, si veda il citato l'art. 7, comma 2, L. 31/2019.

⁶⁴ Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo – Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final, reperi-

porto si legge come spesso non sia «possibile fare acquisti transfrontalieri online perché i dettaglianti rifiutano di vendere ai consumatori all'estero, ad esempio bloccando l'accesso a siti web, ridirigendo i consumatori verso siti web dedicati ad altri Stati membri o semplicemente rifiutando di fornire la merce oltre frontiera o di accettare pagamenti transfrontalieri. Tali misure sono note come "geoblocchi". I geoblocchi possono essere distinti dai filtri geografici, ovvero pratiche commerciali in base alle quali i dettaglianti online consentono ai consumatori di accedere a prodotti o servizi transfrontalieri e acquistarli, ma offrono termini e/o condizioni diversi se il cliente risiede in un altro Stato membro».

Con il Regolamento (UE) 2018/302⁶⁵, applicato dal 3 dicembre 2018, il legislatore europeo introduce, pertanto, dei precisi limiti alle pratiche cc.dd. di blocco geografico, pratiche che possono costituire un ostacolo alle transazioni transfrontaliere fra i professionisti⁶⁶ e i loro clienti⁶⁷ e, dunque, impattare negativamente sul buon funzionamento del mercato interno.

Detto che il regolamento non si applicherà a situazioni puramente interne ad un singolo Stato membro, ma solo a quelle nelle quali gli elementi rilevanti della transazione coinvolgano più di un Paese membro (cc.dd. transazioni transfrontaliere), il provvedimento mira in particolare a impedire blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti.

bile all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_it.pdf (pagina consultata a gennaio 2020).

⁶⁵ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2018 recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, in *G.U.C.E.* 2 marzo 2018, n. L 60.

⁶⁶ Il "professionista" è definito come «qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto» (art. 2 del Regolamento UE 2018/302).

⁶⁷ Per "cliente" deve intendersi «un consumatore che ha la cittadinanza o la propria residenza in uno Stato membro o un'impresa che ha il proprio luogo di stabilimento in uno Stato membro e che riceve un servizio o acquista un bene, o intende farlo, all'interno dell'Unione al fine esclusivo dell'uso finale» (art. 2 del Regolamento UE 2018/302). Dunque, il Regolamento in parola si applica non solo alle relazioni fra un professionista e un "consumatore" (definito come «qualsiasi persona fisica che agisca per fini che non rientrano nell'ambito della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale», art. 2 del Regolamento UE 2018/302), ma anche nei citati rapporti cc.dd. *business-to-business*.

Una prima disposizione vieta una discriminazione nell'accesso (attraverso l'uso di strumenti tecnologici o in altro modo) ad una interfaccia online (sia che si tratti di un blocco, sia di una limitazione), realizzata da un professionista nei confronti dei propri clienti per motivi legati alla loro nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento. Per gli stessi motivi, il professionista non può reindirizzare un cliente ad una versione della sua interfaccia online diversa da quella cui il cliente desiderava accedere inizialmente, per via della sua struttura, della lingua usata o di altre caratteristiche che la rendono specificamente destinata ai clienti con una particolare nazionalità, luogo di residenza o luogo di stabilimento, a meno che detto cliente non vi abbia esplicitamente acconsentito (art. 3 del Regolamento UE 2018/302).

Entrambi questi divieti non si applicano nel caso in cui sia una norma interna o dell'Unione europea a richiedere le suddette condotte, cioè queste risultino necessarie per il rispetto di un obbligo giuridico a cui è soggetto il professionista.

Un secondo obbligo stabilito dal Regolamento in parola è per il professionista quello di non applicare diverse condizioni generali di accesso a (cioè di vendita di) beni o servizi per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente, nelle situazioni in cui quest'ultimo intende (art. 4 del Regolamento UE 2018/302):

a) acquistare da un professionista beni che sono consegnati in un luogo di uno Stato membro ove il professionista ne offre la consegna ai sensi delle sue condizioni generali di accesso o che sono ritirati presso un luogo concordato tra il professionista e il cliente in uno Stato membro in cui le predette condizioni generali di accesso offrono tale opzione;

b) ricevere da un professionista servizi tramite mezzi elettronici diversi dai servizi che consistono principalmente nel fornire l'accesso a opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni protetti, compresa la vendita di opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni immateriali protetti, e nel permetterne l'uso;

c) ricevere da un professionista servizi diversi da quelli prestati tramite mezzi elettronici in un luogo fisico nel territorio di uno Stato membro in cui il professionista esercita la sua attività.

Resta, invece, possibile per i professionisti offrire condizioni generali di accesso, ivi compresi prezzi di vendita netti, che siano diverse tra Stati membri o all'interno di uno Stato membro e che siano offerte ai clienti in un territorio specifico o a gruppi specifici di clienti, purché ciò avvenga su base non discriminatoria, cioè senza che siano disincentivate le transazioni transfrontaliere.

Anche in quest'ultimo caso, il divieto in parola non si applicherà laddove

una specifica disposizione normativa (europea o statale) impedisca al professionista di vendere beni o fornire servizi a determinati clienti o a clienti in determinati territori⁶⁸.

L'ultimo divieto previsto dal Regolamento in parola attiene ai mezzi di pagamento e alle relative condizioni applicate dal professionista (art. 5 del Regolamento UE 2018/302): questi non può, nell'ambito dei mezzi di pagamento dallo stesso accettati, applicare condizioni diverse a un'operazione di pagamento per motivi connessi alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento di un cliente, all'ubicazione del conto di pagamento, al luogo di stabilimento del prestatore dei servizi di pagamento o al luogo di emissione dello strumento di pagamento all'interno dell'UE, se:

- a) l'operazione di pagamento è effettuata tramite una transazione elettronica mediante bonifico, addebito diretto o uno strumento di pagamento basato su carta avente lo stesso marchio di pagamento e appartenente alla stessa categoria;
- b) i requisiti di autenticazione sono soddisfatti a norma delle rilevanti disposizioni europee (segnatamente la direttiva (UE) 2015/2366); e
- c) le operazioni di pagamento sono effettuate in una valuta accettata dal professionista.

In ogni caso, laddove giustificato da motivi oggettivi, il professionista potrà sospendere la consegna dei beni o la fornitura del servizio finché non avrà ricevuto la conferma del fatto che l'operazione di pagamento sia stata correttamente avviata dal cliente.

Infine, resta possibile per il professionista addebitare delle spese al cliente per l'utilizzo di strumenti di pagamento basati su carta, laddove ciò avvenga in conformità alle rilevanti disposizioni normative europee e sempre che non siano stati introdotti per l'attività del professionista divieti o limitazioni a tale possibilità di addebito nel diritto dello Stato membro a cui l'attività del professionista è soggetta. In ogni caso, le spese addebitate al cliente non potranno superare i costi diretti sostenuti dal professionista per l'utilizzo dello specifico strumento di pagamento.

⁶⁸ Per quanto riguarda specificatamente la vendita di libri, il divieto di cui all'art. 4 del Regolamento (UE) 2018/302 non impedisce al professionista di applicare prezzi diversi ai clienti in determinati territori, qualora sia tenuto a farlo in base a leggi degli Stati membri conformi al diritto dell'Unione (art. 4, comma 5, del Regolamento UE 2018/302).

Riferimenti bibliografici

- ALPA G. (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014.
- APELLI M. (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza. Commento al d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185*, Giappichelli, Torino, 2001.
- BATELLI E., *Il valore legale dei documenti informatici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.
- BELLAN A., *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su Internet*, in *Il Diritto Industriale*, 2012, 3, p. 243.
- BERNARDI G., *Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 6, p. 1267.
- BRAVO F., *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Giuffrè, Milano, 2007.
- BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Giuffrè, Milano, 2013.
- BRAVO F., *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in G. ALPA-G. CONTE (a cura di) *La responsabilità d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 687.
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3/2018, p. 404.
- CLARIZIA R. (a cura di), *I contratti informatici*, Utet, Torino, 2007.
- COMANDÉ G.-SICA S., *Il commercio elettronico: profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2001.
- CUFFARO V. (a cura di), *Codice del consumo*, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2019.
- D'ARRIGO R., *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DELFINI F., *Il commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2004.
- DI COCCO C., *Al via la prima direttiva europea sugli aspetti giuridici dell'e-commerce*, in *Diritto e pratica delle Società*, 17, Il Sole 24Ore-Pirola, Milano, 2000, p. 12.
- DI COCCO C., *E-commerce: Facts and Figures*, in J. DUMORTIER (a cura di), *Cyber Law*, in R. BLANPAIN-M. COLUCCI (a cura di), *The International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (NL), 2009, p. 27.
- DI COCCO C., *Legal Status of Electronic Transaction*, in J. DUMORTIER (a cura di), *Cyber Law*, in R. BLANPAIN-M. COLUCCI (a cura di), *The International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (NL), 2009, p. 127.

- DI COCCO C., *Protection of Users of Electronic Services*, in J. DUMORTIER (a cura di), *Cyber Law*, in R. BLANPAIN-M. COLUCCI (a cura di), *The International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (NL), 2009, p. 158.
- FLORINDI E., *Il contratto digitale*, in *Dir. informazione e informatica*, 1999.
- FRANCESCHELLI V. (a cura di), *Commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2001.
- GENTILI A., *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998.
- GRECO A., *Il d.lgs. 2003 n. 70, attuativo della direttiva 2000, n. 31 CE sul commercio elettronico, non modifica il procedimento di formazione del contratto telematico*, in *Arch. civ.*, 2003, 11, p. 1129.
- PASCUZZI G. (a cura di), *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2004.
- ROSSELLO C., *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ROSSELLO C.-FINOCCHIARO G.-TOSI E. (a cura di), *Commercio elettronico*, Giapichelli, Torino, 2007.
- RUOTOLO G.M., *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, 2, p. 501.
- SCORZA G., *I contratti del consumatore nel nuovo codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007.
- SICA S.-STANZIONE P. (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002.
- STAZI A., *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo "Codice in materia di protezione dei dati personali"*, in *Dir. informazione e informatica*, 2003, 6, p. 1101.
- TOSI E. (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti, responsabilità, rimedi*, Giuffrè, Milano, 2012.
- TRIPODI E.M., *Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2004, 6, p. 829.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D.Lgs. n. 70/03*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 505.

