

La regolamentazione del commercio elettronico

di Alex Gilardini (*) ed Alessandro Brunetti (**)

Studio Legale Gilardini, Torino

Un'analisi della normativa italiana, statunitense e cinese ci dà la possibilità di far luce sul commercio elettronico, ormai fondamentale nel sistema commerciale.

Un accenno viene fatto anche alla normativa comunitaria, che considerata la dimensione globale del fenomeno, deve essere coerente con quella internazionale.

Il commercio elettronico ha preso piede seguendo una sua evoluzione particolare da circa un decennio. Questa nuova forma di commercio, senza precedenti nella storia dell'uomo, ha innovato ogni esperienza precedente trovando per ora, la propria «casa giuridica» all'interno delle forme del commercio mondiale «ordinario», con il quale deve necessariamente integrarsi, rapportarsi e coesistere.

Per commercio elettronico, s'intende quel complesso di **accordi che si instaurano elettronicamente tra venditore ed acquirente**, senza riunioni, fax, telefonate e, più in generale, ogni forma di contatto diretto tra le parti. In ambito giuridico lo si può definire come la tecnica che consente di concludere un contratto attraverso lo scambio di una proposta e di un'accettazione fra soggetti distanti, evitando, così, il tradizionale *iter* costituito dal passaggio di documenti cartacei. In ogni modo lo si voglia definire, rimane costante la **centralità del contratto** in tutta la materia del commercio elettronico. In esso, le fasi del processo commerciale si svolgono senza la necessità di contatto fisico tra venditore ed acquirente. Questa caratteristica, da un lato **facilita le operazioni di scambio commerciale**, dall'altro può rendere più **difficoltose le altre fasi del processo**. Il cliente deve essere contattato dal venditore, messo a conoscenza dell'offerta dei prodotti ed indirizzato verso il prodotto più indicato alle sue necessità.

Solo successivamente si formalizza l'atto di acquisto e si giunge alla fase del pagamento che può avvenire contestualmente o successivamente alla stipulazione del contratto.

Come ultima fase vi è la **fruizione del servizio** o la **consegna del bene**, quando esso ha forma tangibile (1). In linea generale, la vendita, il pagamento e la consegna sottostanno alla legislazione del paese in cui è stato concluso il contratto o quella in cui risiedono il venditore o l'acquirente.

I diversi ordinamenti non hanno considerato questa nuova forma di scambio commerciale come un *unicum* a se stante, bensì, hanno opportunamente optato per un diritto derivato dal diritto commerciale «classico» adattandolo, però, alle nuove situazioni ed ai nuovi contesti creati dalla società telematica in cui stiamo vivendo ed in cui giorno dopo giorno ci addentriamo sempre più.

Note:

(*) Avvocato, Ordine degli Avvocati di Torino e di Varsavia; Dottore di Ricerca in Diritto Comparato, Università degli Studi di Torino; LL.M. in American Law, Boston University School of Law; www.alexgilardini.it.

(**) Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino.

(1) Il rapporto stesso tra le aziende produttrici di beni e servizi ed il mercato si è notevolmente modificato con l'ingresso del commercio elettronico.

Nei paesi di *civil law*, il commercio telematico è basato sulla **regolamentazione** di specifici settori (documento informatico, firma digitale e pagamento elettronico) tralasciando, però, i principi generali.

Non esistendo una normativa perfettamente adattabile a questa materia, la si è inquadrata in quella già esistente, considerando questa soluzione come la più naturale.

L'Italia ha preceduto molti altri paesi europei elaborando una normativa apposita sulla materia, sia per quanto riguarda il valore giuridico del documento informatico (art. 15 della legge 59/97), sia per l'applicazione del documento informatico e della firma digitale (il dpr 513/97), inoltre, un progetto di legge (n. 4870) di recepimento della normativa comunitaria definisce e regola il commercio elettronico (2).

Significativi sono gli artt. 1 e 2 del progetto: il primo prevede la **liberalizzazione delle attività commerciali** (beni e servizi) effettuate attraverso Internet; il secondo impone alla pubblica amministrazione di arrivare, entro 3 anni, **ad effettuare almeno il 10% dei propri approvvigionamenti utilizzando la «rete»**.

In ogni caso, siamo in attesa di una serie di norme dettagliate che possano regolare la direttiva 97/7/Ce che individua gli obblighi a carico del proponente nelle 3 fasi fondamentali (formazione, conclusione, esecuzione) del contratto. Ma cosa s'intende per contratto telematico conosciuto come *on-line contract*? Secondo l'art. 1 della suddetta legge è definito contratto a distanza, quel contratto avente ad oggetto beni o servizi, stipulato tra un fornitore ed un consumatore che utilizzi **una o più tecniche di comunicazione a distanza** fino alla conclusione del contratto. Per quanto riguarda lo sviluppo dell'e-commerce nell'Ue, va tenuto conto che i vari Stati membri hanno adottato legislazioni nazionali molto differenti tra loro, per non parlare del *common law* (3), utilizzato nei paesi anglofoni e così diverso dal diritto di origine latina. Tutto ciò ha rallentato lo sviluppo del commercio telematico, il quale richiederebbe una regolamentazione unitaria in linea con la sua principale caratteristica, ovvero la sovranazionalità e l'assenza di barriere o confini legislativi (4).

L'Unione europea si è impegnata all'uopo elaborando comunicazioni e direttive al fine di creare un **mercato interno** nel quale questo nuovo «diritto» possa diffondersi

senza trovare barriere. La direttiva Ue 97/7 contiene una precisa serie di adempimenti che il fornitore deve assolvere prima che il consumatore manifesti la volontà di acquistare; questo, secondo il criterio del legislatore che considera l'utente-consumatore come un soggetto sottoposto alle suggestioni di questo nuovo modo di acquistare (5).

Con la direttiva 2000/31/Ce (6) relativa al commercio elettronico nel mercato interno si chiarisce l'intento di non interferire con le legislazioni degli Stati membri, se non per ciò che risulta strettamente indispensabile al funzionamento del mercato unico.

Tale direttiva vuole **garantire un elevato livello d'integrazione giuridica comunitaria** per permettere l'intera-

Note:

(2) Comandè, «Solo un rapido recepimento da parte degli Stati può assicurare la tutela del consumatore», in *Guida al diritto*, 2003, XXIII, p. 118.

(3) C. Sarzana di S. Ippolito, «Profili giuridici del commercio via internet», p. 39 «Nei paesi di diritto continentale, diversamente dalla tradizione giurisprudenziale anglosassone, non prendono in considerazione, se non nei casi limitati in cui questa fonte possa considerarsi uso negoziale, l'autoregolamentazione degli operatori di mercato».

(4) Nonostante nel campo telematico si riscontri una forte tendenza all'autoregolamentazione, va tenuto conto che esiste una prassi del tutto opposta che si rifà ad una regolamentazione eccessivamente analitica in determinate materie, basti considerare il dpr 513/97 in materia di pagamenti elettronici che riconosce valore giuridico al pagamento informatico e dispone che il trasferimento elettronico dei pagamenti venga effettuato tramite regole stabilite dal successivo regolamento di attuazione.

(5) M. E. Porter, «Competitive strategy: technique for analyzing industries and competitors», The Free Press, 2002.

(6) Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 di attuazione della direttiva 2000/31/Ce relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare, del commercio elettronico nel mercato interno, in GU 14 aprile 2003, s.o. n. 61. Richiamando le esclusioni di cui al co. 5 dell'art. 1 della direttiva 2000/31/Ce, vengono esclusi dal campo di applicazione della normativa in esame, determinate materie, ossia: gli aspetti fiscali del commercio elettronico; la questione relativa alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche ed in particolare del diritto alla vita privata, con specifico riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni; le intese restrittive della concorrenza; le prestazioni di servizi effettuate da soggetti stabiliti in paesi non appartenenti allo spazio economico europeo; le attività dei notai o di altre professioni equivalenti, nella misura in cui implicano un nesso diretto con l'esercizio dei pubblici poteri; la rappresentanza e la difesa processuali; i giochi d'azzardo, ove ammessi, che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse.

zione senza frontiere dei servizi della «società dell'informazione», in particolare per il commercio elettronico; tutto questo, però, dando piena attuazione al **principio di sussidiarietà** del diritto comunitario ed al **principio di proporzionalità**. Inoltre, considerata la dimensione globale del fenomeno, è opportuno garantire la coerenza della normativa comunitaria con quella internazionale, facendo salvi i risultati delle discussioni sugli aspetti giuridici in corso presso le organizzazioni internazionali quali l'Omc, l'Osce e l'Uncitral.

La direttiva è divisa in 4 capi: 1) disposizioni generali; 2) principi; 3) applicazione; 4) disposizioni finali.

Le disposizioni generali chiariscono l'ambito di applicazione e gli obiettivi. All'art. 2 lettera c, il legislatore comunitario **individua il luogo di stabilimento del prestatore**, ovvero, il luogo in cui viene posta la sede stabile di esercizio dell'attività economica, non il luogo in cui si trova *internet* o il *server*. A tal fine il prestatore ha l'onere di stabilire una sede geografica come centro effettivo delle sue attività secondo i parametri prestabiliti dalla Corte di Giustizia della Comunità europea.

Ulteriori obblighi stabiliti dalla direttiva sono previsti al fine di garantire la massima **trasparenza ed affidabilità** all'utente, come la possibilità di consultare in qualsiasi momento il nome del prestatore, l'indirizzo dove egli si è stabilito e gli estremi che permettano al destinatario un rapido contatto con il prestatore.

Per quanto riguarda i prezzi dei beni o servizi che vengono posti in vendita, l'art. 5 dispone che la loro indicazione debba essere trasparente e non fraintendibile in alcun modo specificando, inoltre, l'inclusione o meno delle spese di consegna. Tutte queste informazioni vanno comunicate e sempre obbligatoriamente inserite, anche se il contratto non viene successivamente concluso.

La sezione terza, capo II della direttiva, disciplina la conclusione dei contratti per via elettronica: prima della conclusione del contratto, che avviene con l'**inoltramento dell'ordine**, il destinatario deve essere informato delle fasi tecniche di conclusione del contratto, dei mezzi disponibili per correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine e delle lingue a disposizione. Inoltre, il prestatore deve mettere a disposizione del destinatario, le clausole e le condizioni generali del contratto. Il destinatario, una volta ricevute, potrà inviare l'ordine per posta elet-

tronica al prestatore, il quale, dovrà darne conferma per via telematica.

L'ordine e la ricevuta si considerano effettuati, quando le parti alle quali sono indirizzati, hanno la possibilità di averne conoscenza.

Determinante contributo in ambito internazionale è stato dato all'Uncitral (Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto commerciale internazionale) con la legge modello sul commercio elettronico (Uncitral Model Law on Electronic

Commerce) adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 51/162 del 16 dicembre 1996.

Tale legge (7) fornisce un **sistema di norme non vincolanti** che consente di eliminare gli ostacoli all'utilizzo dei documenti non cartacei, così da renderli di pari valore ed efficacia rispetto a quelli cartacei.

L'Uncitral ha successivamente allegato una guida per l'applicazione della legge modello relativa alla posizione di alcuni «paletti concettuali» per i legislatori che vogliono ispirarsi ad essa per l'emanazione delle proprie normative nazionali. Il fenomeno e-commerce è nato, ed ha preso piede nell'ambito dello sviluppo della rete, come è noto, dal sistema Intranet, già utilizzato per scopi militari dal Pentagono dagli anni Settanta in poi.

Stati Uniti

Il commercio elettronico non può essere analizzato e compreso tralasciando la sua regolamentazione negli Stati Uniti dove, da un lato si tende alla minimizzazione dell'ingerenza dello Stato e dall'altro, si riproduce il medesimo *iter* normativo dei «Restatements», ovvero, si riassume in **regole generali** la casistica dei singoli Stati. Il sistema giudiziario statunitense ha un ruolo molto importante

Nota:

(7) La 51/162 del 1996 è una legge quadro in quanto disciplina tutti gli aspetti dell'e-commerce ma stabilisce solamente dei principi di ordine generale.

L'Italia ha preceduto molti altri paesi europei elaborando una normativa apposita sulla materia, sia per quanto riguarda il valore giuridico del documento informatico, sia per l'applicazione del documento informatico e della firma digitale.

nella recezione delle prassi commerciali; si pone come un **diritto di matrice giurisprudenziale**, filtrando la formazione di atti normativi attraverso la prassi recepita dalle Corti. La regolamentazione dell'e-commerce negli Usa, è caratterizzata da un **aperto sostegno all'iniziativa privata**, nonché, da un favor per l'ingerenza minima nella legislazione statale da parte dell'amministrazione governativa, coordinata con una politica di tutela dei singoli utenti affermatasi anche a livello congressuale.

Cina

Per quanto riguarda la Cina, va tenuto in considerazione che le riforme economiche e politiche associate all'ingresso di questa nel Wto, sono parte di un lungo processo iniziato negli anni '70.

Questo processo, ha permesso alla Cina di **inserirsi nell'economia mondiale** portandosi in una posizione centrale all'interno di essa. Con l'ingresso nel Wto dell'11 dicembre 2001, la Cina ha dovuto **adeguarsi alla normativa internazionale** riguardante il commercio, alla legislazione ed agli assetti politici nazionali.

Questo processo ha comportato un cambiamento radicale della Repubblica Popolare Cinese ed è stato portato avanti inseguendo riforme necessarie per promuovere lo sviluppo (8).

A differenza degli Stati Uniti, dove Internet ha avuto i natali ed uno sviluppo graduale e naturale, la Repubblica Popolare Cinese, intorno alla metà degli anni '90 ha visto uno **sviluppo** a dir poco **fulmineo**, infatti, nel corso di una sola notte è stato creato il *website* più potente in Cina: **il Ceo** ed anche il motore di ricerca in lingua cinese più importante del globo: **il Baidu website**. Tutto ciò si è realizzato grazie alla motivazione di un personaggio molto particolare, Mayun, Presidente e proprietario di Alibaba, compagnia che gestisce il commercio elettronico nei paesi del Sol Levante e che è riuscita ad acquistare la compagnia yahoo cinese nel luglio 2005. Alibaba è stata creata sul modello Business to Business (Btb), che rende possibile il commercio diretto su Internet di alcune piccole e medie imprese, anche se, fra i paesi operanti nel settore dell'industria di Internet, come gli Usa, attualmente, in pochi ci sono riusciti.

Il Presidente Mayun ha definito il commercio elettronico come la miniera d'oro di Internet ed a lui è legato il «feno-

meno» del commercio elettronico in Cina. È da tenere in considerazione l'episodio verificatosi nel 2003: in quell'anno la Cina subì gli attacchi della Sars e gli uffici di Alibaba furono isolati, ma gli affari della compagnia rimasero sempre attivi. In questa occasione il commercio elettronico ha svolto un ruolo di primo piano ed il Presidente Mayun è riuscito a **trasformare la sfida in un'occasione**.

Durante il periodo della Sars, il volume d'affari della compagnia Alibaba si è moltiplicato esponenzialmente di ben 6 volte raggiungendo nel 2003, un reddito giornaliero pari ad 1 milione di rmb e nel 2004 uno sviluppo eccezionale con 1 milione di yuan di profitto al giorno.

Se da un lato si può ammirare un tale esempio di **imprenditoria e di apertura mentale**, bisogna sempre tenere a mente, quando si parla della Cina, delle sue **grandi contraddizioni**, è infatti del 12 gennaio 2006 la notizia che il **Governo ha oscurato definitivamente Wikipedia**, bloccando l'accesso alla più celebre enciclopedia universale su Internet (9). Nei 225 milioni di vocaboli che l'enciclopedia contiene, ci sono troppe definizioni scomode: Tienamen, democrazia, Tibet e repressione. Tradotto in 100 lingue, il dizionario enciclopedico è un testo «aperto» nel senso che le definizioni in esso contenute, vengono aggiornate di continuo attraverso il contributo spontaneo e gratuito della collettività dei lettori; esso non è nient'altro che un giacimento di vocaboli e spiegazioni accessibili con un *click* sulla tastiera del *computer*, ma per il Governo cinese proprio questa caratteristica costituisce **una minaccia**, infatti, ad ogni ricerca di un termine su Wikipedia, effettuata in Cina, fosse anche il più banale, il sito non risponde più: «non disponibile per ragioni tecniche».

Il *black out* di Wikipedia è l'ultimo clamoroso *diktat* che la censura di Pechino infligge ad Internet.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte vi sono dei «pro e contro» da tenere in considerazione quando si commercia in rete, indipendentemente che lo si faccia da Singapore, Mosca, Milano, Seattle o dal salotto di casa propria. Sicuramente il nuovo canale elettronico ha due

Note:

(8) R. Cavalieri, «L'adesione della Cina alla Wto, implicazioni giuridiche», Ed. Argo, Lecce, 2003.

(9) F. Rampini, «La Cina alla guerra delle parole proibite», fonte: <http://www.repubblica.it/2006/a/sezioni/scienzaetecnologia/wikip.htr>

caratteristiche particolari: è **globale**, in quanto raggiunge tutti i potenziali clienti, in qualsiasi parte del mondo ed ha **costi di sviluppo estremamente bassi**. Un esempio concreto è il caso della Dell Computers, la quale afferma che l'80% dei clienti privati ed il 50% delle piccole imprese che hanno acquistato i suoi prodotti via Internet, non avevano mai acquistato nulla dalla stessa precedentemente; inoltre l'ordine medio via **web** è risultato essere superiore al valore medio rispetto agli ordini telefonici. È necessario un modesto investimento per entrare nel mondo telematico, non occorre più disporre di venditori, filiali o negozi, se non in misura strettamente necessaria per mantenere un minimo di contatto fisico con la clientela.

Uno dei **vantaggi** di maggior evidenza consiste nella possibilità da parte dell'azienda, di entrare in contatto con i clienti finali **senza alcuna intermediazione**: il cliente può scegliere direttamente il prodotto che desidera attraverso un catalogo interattivo che gli permette anche di personalizzarlo con gli *optional* che preferisce.

Anche le azioni commerciali beneficiano di rapidità ed efficacia, infatti, un cambio di prezzo viene subito notato da tutti ed una campagna commerciale diviene immediatamente operativa nell'intero mercato, risparmiando così i tempi tecnici necessari dell'informazione e dell'adeguamento alle nuove direttive.

Vi sono, tuttavia, alcuni **aspetti negativi** (10) come in tutte le cose, ed anche qui esiste il rovescio della medaglia: non sempre si riesce a trovare ciò che si cerca, questo aspetto lo si può spiegare e comprendere attraverso 2 motivazioni: da un lato l'effettiva **mancanza del prodotto**, vuoi a causa della complessità di accesso al sito; dall'altro la psicologia dell'utente-consumatore che non riesce ad individuare i prodotti o i servizi che lo colpiscono e lo inducano quindi all'acquisto, ciò a causa, anche, della mancanza di contatto fisico con i prodotti stessi. Altro problema, se così lo si vuole considerare, è costituito dalla **difficoltà di valutare la qualità dei prodotti offerti**; ciò accade quando non si tratta di prodotti di marca, la cui qualità è conosciuta a priori. In questa situazione, l'unica soluzione è quella di cercare di far provare il prodotto e le sue qualità ai futuri acquirenti, instaurando un rapporto basato sulla fiducia: esempio alcuni siti della *home banking* offrono dimostrazioni che consistono nell'esecuzione di operazioni su un «conto di prova», per far «toccare con mano»

la qualità e la serietà del servizio offerto. Oltre questa soluzione, per quanto riguarda i **beni durevoli** invece, è possibile concedere al cliente, **un periodo di prova**, come del resto già avviene per le televendite. L'insicurezza della rete è un ulteriore elemento di dissuasione del suo utilizzo: i clienti, infatti, **temono frodi telematiche** al momento dell'utilizzo

delle carte di credito, e questo è solo uno dei motivi della mancanza di fiducia verso questo sistema di pagamento, infatti, diverse truffe si sono verificate inizialmente portando sia gli istituti di credito, sia i pro-

prietari o i gestori dei siti a studiare ed adottare sistemi di prevenzione delle truffe molto efficaci, che al giorno d'oggi possono garantire assoluta sicurezza e tranquillità a chi immette in rete i dati della propria carta di credito. Anche la possibilità di essere riconosciuti può inibire l'utilizzo di Internet. Effettivamente, salvo utilizzare mezzi di pagamento definiti «ciechi» verso il venditore, il quale viene garantito da un terzo (banca, gestore di carta di credito, ecc...) della solvibilità del cliente, e di acquistare solo prodotti o servizi di tipo digitale, il cliente o il destinatario della merce finiscono per lasciare solo indicazioni tramite cui essere identificati. Questo si può dire che sia un inconveniente da mettere in conto, non bisogna però dimenticare la tutela della *privacy* che nel nostro ordinamento è molto sentita e tutelata dal legislatore con apposite ed efficaci norme.

È necessario un modesto investimento per entrare nel mondo telematico, non occorre più disporre di venditori, filiali o negozi, se non in misura strettamente necessaria per mantenere un minimo di contatto fisico con la clientela.

Nota:

(10) Santonocito, «Troppe attese ed il cliente se ne va», in *Il sole 24ore*, 17 gennaio 2000, p. 17.