

IL DECRETO LEGISLATIVO N.70 DEL 9 APRILE 2003

“Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”.

Relatore: Avv. Luca Sandri *

Treviso, 3 luglio 2003

1. IL RUOLO DEL COMMERCIO ELETTRONICO IN AZIENDA.

1.1. Con le nuove tecnologie e la crescita esponenziale dell'utilizzo di internet¹, le aziende si sono trovate a dover decidere se, strategicamente, la rete ed in particolare il commercio elettronico² potevano rappresentare un valido canale di vendita dei propri prodotti o di fornitura dei propri servizi.

A distanza di diversi anni dal “debutto”³ dell' e-commerce, le statistiche mettono in luce che le imprese, per la stragrande maggioranza, si sono orientate verso il commercio elettronico del tipo B2B (*Business to Business*), cioè quello rivolto verso altre imprese: il B2B rappresenta, infatti, oltre che un nuovo canale di vendita (fornitura), uno strumento certamente in grado di migliorare l'efficienza informativa di gran parte dei processi coinvolti nella catena del valore.

¹ Le più recenti ricerche (settembre 2002) dell'istituto NUA Ltd indicano in oltre 605 milioni il numero di persone che utilizzano internet nel mondo.

² Secondo la Comunicazione della Commissione Europea “*un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*”, per commercio elettronico si deve, tra l'altro, intendere la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica, la distribuzione *on-line* di contenuti digitali, l'esecuzione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa e gli appalti pubblici per via elettronica.

³ Il Legislatore Comunitario ha trattato, per la prima volta, il fenomeno del commercio elettronico, nella comunicazione del 16 aprile 1997 della Commissione delle Comunità Europee al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni; a livello internazionale si evidenzia la Risoluzione n. 15/162 del 16 dicembre 1996 dell'UNCITRAL (United Commission on International Trade Law).

Tale tendenza non sembra, inoltre, arrestarsi: le prospettive di crescita del settore mettono, infatti, in evidenza (fonte: *Forrester Research*) che le aziende continueranno a servirsi sempre di più del B2B, mediante progetti di *marketplace*.

Il punto focale delle aziende non sarà più, dunque, se sviluppare soluzioni B2B, semmai come svilupparle ed ottimizzarle (sempre secondo la *Forrester Research* la percentuale annua di crescita del B2B è stata negli ultimi 3 anni del 297% in Europa e del 155% negli USA).

Il commercio diretto ai consumatori B2C (*Business to Consumer*) non è stato, invece, preso in grande considerazione dalle aziende (italiane ⁴): il B2C viene, infatti, considerato come un canale di vendita (*rectius* tipologia di vendita) troppo rischioso e non in grado di contribuire alla crescita economica dell'azienda; le aziende hanno, pertanto, optato per la commercializzazione dei propri prodotti mediante i canali c.d. tradizionali.

E' lecito ritenere che su tale scelta “strategica”, da un lato, abbia certamente influito l'esperienza ingloriosa che ha visto coinvolte le società della “*new economy*”, che senza ombra di dubbio ha contribuito ad alimentare un certo grado di sfiducia nei confronti del B2C, dall'altro i deludenti risultati, in termini di fatturato, che le imprese hanno raggiunto con questo canale di vendita.

1.2. Un'analisi degli ostacoli che hanno rallentato lo sviluppo del commercio elettronico ⁵ è stata, comunque, fatta anche dal Legislatore Comunitario nelle premesse alla direttiva n. 2000/31/CE relativa a “*taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno*”.

Tali fattori, secondo il Legislatore Comunitario, sono:

- la divergenza tra le normative nazionali degli Stati membri delle CE, in relazione ai contratti e alle attività commerciali esercitate in rete;
- l'incertezza sul diritto applicabile ai servizi offerti in rete.

A tali ostacoli (di chiaro rilievo giuridico), a mio avviso, si devono aggiungere ulteriori circostanze, che sicuramente hanno influito negativamente sullo sviluppo del commercio elettronico B2C, quali:

- **la sicurezza nelle transazioni** - il consumatore (italiano) non ha fiducia negli acquisti in rete e ha timore di effettuare pagamenti on-line; in particolar modo, ha paura che i dati contenuti nella propria carta di credito e digitati nel modulo di

⁴ Le statistiche rilevano che il 50% degli acquisti on-line da parte dei consumatori italiani avviene su siti stranieri.

⁵ Il legislatore parla generalmente di commercio elettronico, non specificando se si tratti del tipo *business to business* o del tipo *business to consumer*.

acquisto vengano “sottratti” ed utilizzati da terzi, non autorizzati, per effettuare ulteriori acquisti;

- **il contatto (fisico) con il bene da acquistare** - il consumatore desidera verificare e controllare, di persona, i prodotti che acquista (es.: provare un paio di scarpe, indossare una maglietta) e non solo vederli per mezzo delle immagini contenute nel sito;
- **l’ignoranza delle leggi che governano la rete internet** - il consumatore si muove disorientato nella rete e ritiene, erroneamente, che la sua figura non sia in alcun modo tutelata in internet. Le norme, al contrario, ci sono, basta solo individuarle;
- **gli ostacoli socio-culturali** - scarsa familiarità con le tecnologie informatiche.

Certamente significative, per comprendere l’impatto di internet sulle aziende (...e sulle persone fisiche), sono le statistiche relative al numero di registrazioni di nomi di dominio ccTld .it: secondo il Rapporto Ibi - Internet Benchmarking Italia - 2003, sono oltre un milione i nomi di dominio (.it) registrati, ma solo il 22,9% (ca. 236.000) di questi presentano pagine attive; i restanti indirizzi internet sono utilizzati come *alias* o come pagine con lavori in corso⁶ (“*under construction*”).

	2002	2001	VARIAZIONE
Siti realizzati	236.300	265.000	- 28.700
Siti non operativi	115.084	138.860	- 23.776
Siti operativi	35.200	44.000	- 8.800
Siti E.Commerce	6.600	8.000	- 1.400

Fonte: Rapporto IBI

Mi rallegra, comunque, leggere su alcune maggiori testate nazionali (“*La Repubblica*”, in Affari & Finanza, 26 maggio 2003 pag. 6) che anche l’Italia ha scoperto le vendite *on-line*; in particolare, per quanto riguarda il commercio del tipo B2C, il numero di siti, secondo l’Osservatorio del Politecnico di Milano, è cresciuto del 200% rispetto all’anno 2000.

Pare infine opportuno evidenziare che i tre quarti dei siti di commercio elettronico operanti in Italia fa capo ad imprese internazionali e che il peso (la preferenza per) dei nomi di dominio con il gTld .com è aumentato dal 10 al 26%.

⁶ Le statistiche, così come il grafico, sono stati pubblicati su “Itali@Oggi.it” del 20 Aprile 2003, pag. 5, “Attualità B2B”.

2. IL COMMERCIO PER VIA ELETTRONICA: MODELLI E NORMATIVE DI RIFERIMENTO PRIMA DELLA DIRETTIVA N. 31/2000.

2.1. Internet viene genericamente definita come un’autostrada di reti; con tale definizione si vuole descrivere ciò che accade su internet, dove i computer connessi alla rete dialogano tra di loro reciprocamente scambiandosi informazioni: ad esempio, mediante l’invio e la ricezione di e.mail con eventualmente allegati files o scaricando documenti di ogni genere da pagine web o realizzando collegamenti voce e.mail (si immagini di essere in presenza di una ragnatela dove, al capo di ciascun filo, ci sia un computer connesso).

L’avvento di internet ha, dunque, agevolato lo sviluppo di nuove iniziative imprenditoriali, rendendo possibile concludere sulla rete le più semplici operazioni commerciali, come acquistare un libro, un biglietto d’aereo, fare la spesa ecc..

E’, pertanto, corretto affermare che il **commercio è diventato elettronico**; con il termine *“elettronico”* si vuole, infatti, rappresentare un particolare meccanismo tecnico che permette all’utente di compiere tutte le fasi di una vendita o di un acquisto direttamente *on-line*⁷. Tale affermazione è in parte imprecisa e merita, dunque, di essere approfondita.

Il commercio elettronico si può suddividere in commercio elettronico diretto (*on-line*) e commercio elettronico indiretto (*off-line*); solo nel primo caso tutte le fasi che vanno dall’individuazione del prodotto/servizio sino alla sua consegna avvengono per via telematica, in virtù del fatto che il bene oggetto della transazione è (deve essere) immateriale (*ad esempio, la licenza d’uso di un software che può essere concessa on-line o l’acquisizione di un file di musica mp3, prodotti che, proprio per la loro immaterialità, possono essere oltre che venduti consegnati per via elettronica*); nel secondo caso alcune fasi della transazione avvengono *off-line*, trattandosi di acquisiti di beni materiali o di servizi che devono essere consegnati o realizzati secondo le modalità tradizionali.

2.2. Il commercio elettronico, come già rilevato al § 1, può essere di due tipi:

- **BUSINESS TO BUSINESS:** concerne i rapporti tra soggetti professionisti, ovvero tra soggetti (persone giuridiche o fisiche) che agiscono nell’ambito della loro attività professionale. Questi rapporti sono regolati da accordi quadro, in quanto tali soggetti, di solito, hanno già rapporti commerciali in essere tra di loro⁸;

⁷ Attività commerciali e di transazioni per via elettronica, di distribuzione on-line di contenuti digitali, effettuazioni per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa, appalti pubblici per via elettronica e altre procedure di tipo transattivo delle pubbliche amministrazioni

⁸ Il rapporto è, comunque, disciplinato da alcune norme, quelle che non si riferiscono al consumatore, contenute nella griglia in seguito riportata,

- **BUSINESS TO CONSUMER:** concerne i rapporti tra professionisti e consumatori, intendendosi tali coloro che agiscono “per scopi non riferibili all’attività professionale eventualmente svolta”(Cfr. art. 1, lett. b del D.Lgs. 22 maggio 1999 n. 185). Tali rapporti sono, principalmente, disciplinati dalle seguenti disposizioni:

D.lgs 15 gennaio 1992, n. 50	<i>“Tutela del consumatore nelle vendite negoziate fuori dei locali commerciali”</i>
D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74	<i>“Tutela del consumatore contro la pubblicità ingannevole”</i>
D.lgs 31 marzo 1988, n. 114	<i>“Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59</i>
Legge 30 luglio 1998, n. 281	<i>“Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti”</i>
D.lgs. 22 maggio 1999, n. 185	<i>“Tutela del consumatore nei contratti a distanza”</i>
Codice Civile	Art. 1341 e 1342 Art. 1229 Art. 1326 e ss. Art.1469 bis e 1469 sexies
Circ. Min. Ind. 1 giugno 2000, n. 3487/c	<i>“indicazioni sulla disciplina applicabile all’attività di vendita tramite mezzo elettronico denominata -commercio elettronico”</i>
Raccom. Comm. Europea n. 489/97	<i>“operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici”</i>
Direttiva 2000/46/CE	<i>“esercizio e vigilanza prudenziale dell’attività degli istituti di moneta elettronica”</i>
Decreto legislativo n. 70 /2003	<i>“aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”</i>

3. LA DIRETTIVA N. 31/2000/CE: IL SUO SCOPO.

Per la prima volta, il Legislatore Comunitario dedica interamente una direttiva comunitaria, la n. 31/2000, alla disciplina del commercio elettronico, quale servizio della società dell’informazione.

Con la direttiva n. 31/2000 “relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”, il legislatore comunitario mira a creare regole uniformi in materia di commercio elettronico, con l’obiettivo di assicurare ai cittadini europei la libera prestazione dei servizi *on-line* all’interno della Comunità.

La direttiva costituisce uno dei punti portanti del piano d'azione della Commissione UE nell'ambito del progetto “mettere l'Europa in rete”, intrapreso nell'anno 1999 con l'iniziativa **eEurope** e diretto a creare un'economia della conoscenza (informazione) tra le più competitive e dinamiche del mondo: gli organismi comunitari sono, infatti, convinti che gli Stati Membri debbano sfruttare le possibilità offerte dalla *new economy*.

Per quanto riguarda l'Italia, la direttiva è stata recepita con il decreto legislativo **n. 70 del 9 aprile 2003**⁹, in attuazione della delega contenuta all'articolo 31 della legge 1 marzo 2002, n. 39 (legge comunitaria 2001).

Il decreto legislativo è entrato in vigore il **14 maggio 2003** e ricalca in modo pressoché identico il contenuto della direttiva.

4. IL D. LGS. N. 70/2003 : ANALISI DELLE SUE DISPOSIZIONI

4.1. - I SERVIZI DELLA SOCIETÀ DELL' INFORMAZIONE -

Con il decreto legislativo n. 70 del 9 aprile 2003, il Governo Italiano, in piena aderenza alla politica europea, si è proposto l'obiettivo di sviluppare un'economia che sia basata sulla “conoscenza” e di contribuire allo sviluppo dei mercati per mezzo di azioni e di progetti che siano diretti a **promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra cui il commercio elettronico** (art. 1 D.lgs n. 70/2003).

Vi è da precisare che il decreto legislativo non contiene un'analitica indicazione di quali siano i servizi della società dell'informazione: il decreto¹⁰, a tal fine, rinvia alla legge n. 317 del 21 giugno 1986, legge di attuazione della “ *Direttiva n. 83/189/CEE relativa alla procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche*”, come modificata dal decreto legislativo n. 427/2000.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera b) del D.lgs 427/2000 costituisce "**servizio dell'informazione**" qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza¹¹, per via elettronica, per mezzo di apparecchiature elettroniche di

⁹ Gazzetta Ufficiale Serie gen. 87 del 14 Aprile 2003, Suppl. ord.

¹⁰ Il Legislatore Comunitario individua i servizi della società dell'informazione attraverso il rinvio ad altre direttive comunitarie, la 98/34/CE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, e la 98/84/CE, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato.

¹¹ **Servizio a distanza**, servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti (D.lgs n. 427/2000).

elaborazione (compresa la trasmissione digitale) e di memorizzazione dei dati e dietro richiesta del destinatario di servizi.

Chiaramente la definizione è molto ampia ed abbraccia una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (on-line). Tali attività, **secondo il 18° considerando della direttiva**, possono comunque essere così individuate:

- nella vendita di merci per via telematica;
- nell’offerta o nella trasmissione di informazioni in rete (banche dati on-line);
- nella fornitura di accesso ad una rete di comunicazione;
- nello stoccaggio di informazioni fornite ad un destinatario del servizio, vale a dire a colui che, *a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni* (art. 2 D.lgs n. 70/2003);
- nei servizi trasmessi “da punto a punto”, quali i servizi video a richiesta (*on demand*) o nell’invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica.

Non manca, comunque, nel decreto legislativo un elenco dei rapporti e dei servizi che non rientrano nel suo campo di applicazione (art. 1, comma 2° D.lgs. n. 70/2003¹²); per esempio le questioni inerenti al diritto alla riservatezza, con riguardo al diritto al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni di cui alla legge 13 dicembre 1996 n. 675 e al D.lgs. 13 maggio 1998 n. 171.

Per concludere, si può affermare che rientrano nel campo di applicazione del presente decreto le attività svolte on-line, quale la vendita delle merci, la pubblicità, i contratti on-line, siano essi contratti tra imprenditori e consumatori (*business to consumer*) o tra imprese (*business to business*); sono a questo, invece, estranei i **requisiti legali relativi alle merci**, quali le **norme in materia di sicurezza, gli obblighi di etichettatura, la responsabilità per le merci o per il loro trasporto ecc...**, nonché i servizi non prestati per via elettronica (considerando 21° alla direttiva 31/2000 e art. 2 comma 2° D.lgs. n. 70/2003).

¹² **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 ed in particolare del commercio elettronico; **b)** le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni di cui alla legge 31 dicembre 1996, n. 675, e al decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, e successive modificazioni; **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; **e)** la rappresentanza e la difesa processuali; **f)** i giochi d'azzardo, ove ammessi, che implicano una posta pecuniaria, i giochi di fortuna, compresi il lotto, le lotterie, le scommesse i concorsi pronostici e gli altri giochi come definiti dalla normativa vigente, nonché quelli nei quali l'elemento aleatorio è prevalente.

4.2. - DEFINIZIONI -

L'art. 2 del decreto legislativo è dedicato alle “definizioni”; tra queste emerge quella di **consumatore**, quale “ *persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”¹³; nonché quella di **prestatore** del servizio, quale “ *persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione*”.

Una novità tra le figure giuridiche che operano in internet è quella del **prestatore stabilito**, cioè colui che offre i propri servizi per un tempo indeterminato attraverso una installazione stabile.

Sul concetto di stabilimento, il legislatore ha, tuttavia, precisato che questo non deve essere riferito al luogo in cui si trovano i **mezzi tecnici** e le **tecnologie necessarie ad effettuare la prestazione del servizio**: ciò implica che la sede del prestatore dei servizi oggetto della direttiva (e del decreto legislativo) prescinde dall'ubicazione dei server o dei siti web utilizzati dal medesimo per la prestazione di tali servizi (art. 2 lett c. D.lgs n. 70/2003).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, come riportata nel 19° considerando alla direttiva, il prestatore é stabilito:

- ove viene effettivamente esercitata l'attività economica per una durata indeterminata, mediante l'insediamento in pianta stabile; tale condizione è, tuttavia, soddisfatta anche ove la società sia costituita a tempo determinato.
- se vi sono più luoghi di stabilimento, bisogna stabilire da quale luogo di stabilimento è prestato il servizio di questione;
- nel caso in cui sia difficile determinare da quale dei vari luoghi di stabilimento un determinato servizio è prestato, tale luogo è quello in cui il prestatore ha il centro delle sue attività per quanto riguarda tale servizio specifico.

Peculiarità, infine, dell'art. 2 del decreto legislativo n. 70/2003 è la **disciplina delle comunicazioni commerciali**, che siano trasmesse per via elettronica e 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.

Nonostante la loro disciplina sia contenuta agli artt. 8 (“obblighi di informazione per la comunicazione commerciale) art. 9 (comunicazione commerciale non sollecitata) del decreto, il legislatore già all'art. 2 individua quali sono quelle comunicazioni che non sono da considerarsi “commerciali”; queste sono:

¹³ Tale definizione, come era ovvio attendersi, è pressoché identica a quella contenuta nella direttiva 97/7 CE, attuata in Italia con decreto legislativo n. 185/1999.

- 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.

Giova, infine, previsare che vi è poi una serie di definizioni inerenti alla figura del professionista che esercita un'attività regolamentata e che opera on-line; per ovvie motivazioni, tali disposizioni non verranno trattate nella presente relazione.

4.3. - CLAUSOLA DEL MERCATO INTERNO (FONTE DI ORIGINE) -

Il decreto legislativo (così come la direttiva) introduce un principio di massima importanza, considerato il carattere a-territoriale di internet: il principio della c.d. **clausola del mercato interno** (art. 3 D.lgs. n. 70/2003).

Secondo tale principio, il controllo dei servizi della società dell'informazione deve essere effettuato all'origine dell'attività (considerando 22° e 24° della direttiva n. 31/2000), vale a dire ove il prestatore è stabilito¹⁴.

I servizi della società dell'informazione devono, quindi, essere sottoposti solo alla normativa italiana se il prestatore di servizi è ivi stabilito¹⁵.

Giova, inoltre, evidenziare che nell'ottica di non limitare la libera circolazione dei servizi all'interno della Comunità, il legislatore italiano ha imposto:

- nell'ambito di cui all'art. 2, comma 1, lettera h), il divieto di limitare la libera circolazione dei servizi provenienti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro¹⁶ (art. 3, 2° comma, D.lgs. n. 70/2003);
- il divieto di esigere la conformità dei servizi (nell'ambito regolamentato dalla direttiva) alla propria legislazione nazionale;

¹⁴ (considerando 22° alla direttiva n. 31/2000/CE) *“per migliorare la fiducia reciproca tra gli Stati membri, è indispensabile specificare chiaramente questa responsabilità dello Stato membro in cui i servizi hanno origine. Inoltre, per garantire efficacemente la libera circolazione dei servizi e la certezza del diritto per i prestatori e i loro destinatari, questi servizi devono in linea di principio essere sottoposti alla normativa dello stato membro nel quale il prestatore è stabilito”*.

¹⁵ Il **comma terzo dell'art. 3 D.lgs 70/2003** prevede che alle controversie che riguardano il prestatore stabilito si applicano le disposizioni del regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio dell'Unione Europea del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

¹⁶ Costituisce quasi un postulato del principio di libera circolazione, ribadendo che il prestatore di servizi deve essere libero di accedere all'attività di fornitura di tali servizi in qualsiasi Stato membro, senza necessità di autorizzazione preventiva nello Stato prescelto, essendo soggetto agli adempimenti amministrativi soltanto nello Stato di origine (relazione illustrativa al D.lgs n. 70/2003).

Tali punti possono essere derogati solo nei casi previsti dalla legge (art. 4 D.lgs. n. 70/03), come, per esempio quando, tali servizi hanno ad oggetto diritti d'autore e/o diritti industriali ecc... (art. 4 D.lgs n. 70/2003)

Il legislatore, tuttavia, precisa che la libera circolazione dei servizi all'interno della Comunità può essere limitata, con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore, ove siano minacciati interessi tutelati dalla costituzione italiana (ordine pubblico, tutela della salute pubblica, tutela dei consumatori ecc..)¹⁷.

In conclusione, si può affermare che i prestatori sono soggetti solo alla legge del loro paese di origine (stabilimento) e che la loro attività non può essere assoggettata ad una preventiva autorizzazione.

4.4. - INFORMAZIONI GENERALI OBBLIGATORIE -

Con l'intento di mettere l'Europa "in rete" e di creare nei consumatori fiducia nelle transazioni *on-line*, il Legislatore Comunitario ha introdotto a carico del prestatore l'obbligo di fornire al destinatario del servizio una serie di informazioni; tale obbligo è stato fedelmente riprodotto dal legislatore italiano all'art. 7 del decreto legislativo.

Per quanto riguarda il prestatore (ove persona giuridica)¹⁸, tali informazioni sono:

- a) dati identificativi della società, compreso il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche (REA) o al registro delle imprese;

¹⁷ Art. 5, 2° e 3* comma D.lgs n.70/2003: "2. I provvedimenti di cui al comma 1 possono essere adottati se, nel caso concreto, sono: a) necessari riguardo ad un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi posti a tutela degli interessi pubblici di cui al comma 1, ovvero che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio agli stessi obiettivi; b) proporzionati a tali obiettivi,

3. Fatti salvi i procedimenti giudiziari e gli atti compiuti nell'ambito di un'indagine penale, l'autorità competente, per il tramite del Ministero delle attività produttive ovvero l'autorità indipendente di settore, deve, prima di adottare il provvedimento:

- a) chiedere allo Stato membro di cui al comma 1 di prendere provvedimenti e verificare che essi non sono stati presi o che erano inadeguati;
- b) notificare alla Commissione europea e allo Stato membro di cui al comma 1, la sua intenzione di adottare tali provvedimenti. Dei provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti, è data periodicamente comunicazione al Ministero competente".

4. In caso di urgenza, i soggetti di cui al comma 3 possono derogare alle condizioni poste nello stesso comma. I provvedimenti, in tal caso, sono notificati nel più breve tempo possibile alla Commissione e allo Stato membro, insieme ai motivi dell'urgenza.

¹⁸ Il decreto legislativo prevede anche degli obblighi di informazione a carico dei professionisti che svolgano un'attività regolamentata on-line.

- b) estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l'indirizzo di posta elettronica;
- c) gli elementi di individuazione, nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza qualora un'attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione.

A tali informazioni devono essere, poi, aggiunte quelle espressamente previste dalla legge per specifici beni o servizi.

Secondo il dettato del decreto legislativo, tali informazioni devono essere messe a disposizione del destinatario in modo diretto, permanente e facilmente accessibile ai potenziali clienti ed alle autorità competenti e devono essere costantemente aggiornate.

4.5. - COMUNICAZIONI COMMERCIALI -

Nel caso di “comunicazioni commerciali”, gli obblighi di informativa sono ancora più stringenti; ciò al fine di garantire la trasparenza nelle transazioni e tutelare il più possibile i consumatori (art. 8 e 9 D.lgs n. 70/2003).

Il decreto stabilisce, infatti, che le comunicazioni commerciali (sollecitate e non) trasmesse per via telematica debbano essere chiaramente identificate come tali (comunicazioni commerciali e/o offerte promozionali, concorsi, giochi promozionali ecc...), fin dal momento in cui il destinatario le riceve, identificare la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione¹⁹, nonché riportare l'indicazione della facoltà di opporsi al loro futuro ricevimento (art. 9 D.lgs n. 70/2003).

Il decreto legislativo non regola, tuttavia, il rilascio del consenso da parte del destinatario delle comunicazioni medesime, che trova, invece, la propria disciplina nella direttiva n. 97/7CE, attuata in Italia con il D.lgs n. 185/1999 e nella direttiva n. 97/66/CE, attuata in Italia con il D.Lgs. n. 171/ 1998 ²⁰, a cui il decreto stesso, opportunamente, rinvia.

In particolar modo, il contenuto dell'art. 10 del D.lgs. n. 185/99 recita:

¹⁹ **Art. 8 D.lgs 70/2003:** In aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante, devono contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa, diretta ad evidenziare: **a)** che si tratta di comunicazione commerciale; **b)** la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale; **c)** che si tratta di un'offerta promozionale come sconti, premi, o omaggi e le relative condizioni di accesso; **d)** che si tratta di concorsi o giochi promozionali, se consentiti, e le relative condizioni di partecipazione.

²⁰ Decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171 “Disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, ed in tema di attività giornalistica”, come modificato dal D.lgs. 28/12/2001 n. 467.

- **comma 1.** L'impiego da parte di un fornitore del telefono, **della posta elettronica**, di sistemi autorizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax, **richiede il consenso preventivo del consumatore**;
- **comma 2.** Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1 (*stampati senza indirizzo, stampati con indirizzo, lettere circolari, pubblicità stampa con buon d'ordine, cataloghi telefono con intervento di un operatore ecc.*), qualora consentano una comunicazione individuale, possono **essere impiegate dal fornitore se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario**.

In conclusione, si può affermare che tutte le comunicazioni commerciali (sollecitate o non), da inviarsi per via telematica, debbano essere a) *identificate come tali*; b) *preventivamente autorizzate dal destinatario (c.d. opt in) se inviate per posta elettronica*; c) *identificare la persona fisica o giuridica che effettua la comunicazione*; d) *contenere l'indicazione delle facoltà del destinatario di richiedere di essere cancellato dalla mailing list e di non ricevere più simili comunicazioni in futuro*.

Secondo il decreto, l'onere di provare che le comunicazioni commerciali erano state richieste (*rectius* sollecitate) grava, giustamente, sul prestatore (D.lgs. art. 9, comma 2°).

Giova, infine, far notare come nonostante la direttiva n. 31/2000 preveda che gli Stati membri adottino i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori, che inviano comunicazioni commerciali per posta elettronica, consultino regolarmente i *c.d. registri negativi* in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere comunicazioni di tale genere, il legislatore italiano, di tale circostanza non ne fa alcuna menzione.

4.6. - CONTRATTI CONCLUSI PER VIA ELETTRONICA -

4.6.1. La sezione 3 del decreto legislativo (artt. 12- 13) è interamente dedicata ai contratti conclusi per via elettronica; bisogna, tuttavia, precisare che il decreto legislativo nulla dice sulla conclusione del contratto telematico, che resterà, dunque, disciplinato (esclusivamente) dalle norme del codice civile, tra cui quelle di cui all'art. 1326 e ss ²¹.

Il decreto legislativo, infatti, come è già accaduto nel testo del d.lgs n. 185/99, si è limitato solamente a prevedere a carico del prestatore che desidera concludere contratti per via elettronica alcuni obblighi informativi; per garantire una maggiore trasparenza nei rapporti con gli utenti, il legislatore ha, inoltre, previsto che tali obblighi debbano essere adempiti prima dell'invio dell'ordine da parte del destinatario (devono, dunque, essere presenti sul sito internet dell'azienda sin dalla sua costituzione).

²¹ Commercio elettronico: profili giuridici della conclusione dei contratti "on-line", in *"Diritto e pratica delle società"*, Pirola n. 4 del 4 marzo 2002.

Tali informazioni possono essere così riassunte:

- le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
- il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;
- i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore;
- gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica;
- le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;
- indicazione degli strumenti di composizione delle controversie;
- le clausole e le condizioni generali del contratto proposte (queste devono essere presentate in modo tale che sia possibile la loro memorizzazione e riproduzione art. 12, comma 3, D.Lgs n. 70/2003).

Per quanto riguarda, in particolar modo, i servizi destinati ai consumatori, il decreto, ovviamente, fa salva l'applicazione del D.lgs n. 185/99 e i relativi obblighi di informazione a carico del prestatore (chiaramente anche le disposizioni in materia di recesso, divieto di vendita “aggressiva” ed indisponibilità dei diritti), nonché gli obblighi di informazione previsti da disposizioni di legge relativamente a particolari beni o servizi.

Il legislatore tiene, comunque, a precisare che non rientrano nel campo di applicazione del decreto, in quanto non si possono qualificare “operazioni di commercio elettronico”, quei contratti che siano conclusi per mezzo di posta elettronica o comunicazioni equivalenti.

Tali disposizioni si applicano, dunque, solo ai contratti conclusi per mezzo del “point and click” o contratti conclusi mediante accesso al sito.

Il decreto, ad ogni modo, individua (art. 11 D.lgs. n.70/2003) una serie di contratti²² che non possono essere conclusi per via elettronica e dunque che sono estranei alla sua applicazione.

4.6.2 Il decreto legislativo prende in esame le modalità di conclusione del contratto, anche sotto il profilo della formazione della prova documentale (art. 13 D.Lgs. n. 70/2003).

²² **a)** contratti che istituiscono o trasferiscono beni immobili diversi dalla locazione; **b)** contratti che necessitano dell'intervento di un'autorità pubblica o professionisti che esercitano pubblici poteri; **c)** contratti di fideiussione o garanzia prestate da persone che agiscono al di fuori della propria attività professionale o imprenditoriale; **d)** contratti disciplinati dal diritto di famiglia e delle successioni.

Salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, confermare la ricevuta dell'ordine del destinatario, in cui deve riepilogare le seguenti informazioni:

- le condizioni generali del contratto;
- le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- indicare il prezzo, i mezzi di pagamento, il recesso, i costi di consegna e delle imposte.

A rigore del decreto legislativo, l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono stati indirizzati hanno la possibilità di accedervi (codice civile art. 1335 – presunzione di conoscenza-).

Anche in questo caso le presenti disposizioni non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente per mezzo di messaggi di posta elettronica o comunicazioni equivalenti.

4.7 - RESPONSABILITA' DEI PRESTATORI DI SERVIZI - CARRIER E ISP

La scelta del legislatore comunitario di prendere in esame nella direttiva n. 31 /2000 le responsabilità dei prestatori intermediari nasce dall'esigenza di garantire il mercato interno (MEC) ed il suo buon funzionamento; secondo il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione, infatti, le attuali e le emergenti divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, in tale ambito, sono di ostacolo allo sviluppo dei servizi transnazionali e introducono distorsioni della concorrenza.

La direttiva dovrebbe, pertanto, costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime.

Per quanto riguarda il decreto legislativo, le responsabilità dei prestatori di servizi vengono trattate dall'art. 14 all'art. 17.

Il decreto legislativo suddivide le responsabilità, distinguendo fra:

- A) **attività di semplice trasporto** (*mere conduit*) di dati o accesso alla rete di comunicazione (art. 14 D.lgs 70/03):
 - fornitore dei servizi di posta elettronica;
 - fornitore dei servizi di connessione ad internet;
- B) **l'attività di memorizzazione intermedia e temporanea** (*catching*) di informazioni effettuata allo scopo di rendere più efficace il suo successivo inoltramento ad altri destinatari che ne hanno fatto richiesta, (art. 15);
- C) **attività di memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio** (*hosting*), come la messa a disposizione di uno spazio server per siti o pagine Web (art. 16).

A) Per quanto riguarda l'attività di *“mere conduit”*, già dall'emanazione della direttiva, sono sorti grandi dubbi interpretativi su quale fosse la figura giuridica destinataria della norma posta all'art. 14 e, dunque, a chi il legislatore si riferisse con il termine *“prestatori di servizi”* inerenti all'attività di semplice trasporto .

Vi era (e vi è tuttora), infatti, il legittimo dubbio se il legislatore si riferisse agli ISP o ai carrier (e, dunque, in *“parole povere”* agli operatori telefonici), poiché entrambi hanno un ruolo per così dire di intermediari tra il cliente e la rete.

Al riguardo, ci aiuta a fugare ogni incertezza la *“relazione illustrativa”* al decreto legislativo laddove si evidenzia che, in virtù di tale articolo (art. 14), *“si stabilisce che il carrier, l'operatore telefonico, non è responsabile di ciò che passa sulla sua rete....”*, così identificando negli operatori telefonici i veri destinatari della norma.

L'affermazione contenuta nella *“relazione illustrativa”*, introduce quello che è uno dei punti fondamentali del provvedimento, vale a dire l'esonero *tout court* del carrier da qualsiasi responsabilità per le informazioni trasmesse in rete o memorizzate, ove tale attività sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo (è ammessa in quanto necessaria la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo art. 14, 2° comma, D.lgs n. 70/03)

Il dettato legislativo, introduce ed individua, tuttavia, alcune ipotesi in cui il carrier può essere chiamato a rispondere delle informazioni trasmesse insieme al destinatario del servizio (sono casi in cui, ragionando *a contrariis*, l'attività non è automatica, tecnica e passiva...); queste sono:

- il carrier dia origine alla trasmissione;
- il carrier selezioni il destinatario della trasmissione;
- il carrier selezioni e/o modifichi le informazioni contenute nella trasmissione stessa.

B) Per quanto riguarda l'attività di *“caching”*, il decreto legislativo si rivolge, invece, agli Internet Service Provider (ISP) e prevede che questi non siano responsabili per la memorizzazione dei dati, ove non siano in alcun modo coinvolti nelle informazioni trasmesse.

Tali casi sussistono ove gli ISP:

- non modifichino le informazioni;
- si conformino alle condizioni di accesso alle informazioni;
- si conformino alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;

- non interferiscano con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
- agiscano prontamente per rimuovere le informazioni che hanno memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena vengano 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.

Tale articolo si rivolge agli ISP che si limitano a fornire l'accesso alla rete (relazione illustrativa al decreto).

C) Infine, nel caso in cui il servizio consista nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (*hosting*), l'intermediario non è responsabile delle informazioni memorizzate, ove non sia a conoscenza dell'effettiva illiceità di tali informazioni, e sempre che, nel caso in cui venga a conoscenza dell'illiceità delle stesse, agisca immediatamente per rimuoverle su ordine delle autorità competenti.

Ai sensi dell'art 17 del decreto legislativo, si esclude che i CARRIER o gli ISP abbiano un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, ovvero un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite; ciò nonostante sia gli ISP che gli operatori telefonici dovranno essere considerati civilmente responsabili del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa competente, **non si siano prontamente attivati per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso non hanno provveduto ad informare l'autorità competente.**

Giova, ad ogni modo, precisare che le limitazioni di cui sopra A), B) e C) lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie: tali azioni possono essere promosse da organi giurisdizionali o autorità amministrative al fine di far ingiungere al CARRIER o all'ISP di porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima (artt. 14, 3° comma 15, 2° comma, 16, 3° comma).

4.8 Il decreto n. 70/03 dedica, infine, gli ultimi articoli (artt. 18 e 19) a sensibilizzare gli Stati membri e per essi le organizzazioni imprenditoriali e di consumatori alla produzione di codici di condotta e alla realizzazione di progetti di composizione extragiudiziale delle controversie, anche in via informatica.

4.9 Infine le **sanzioni (art. 21)**: salvo che il fatto non costituisca reato, le violazioni di cui agli artt. 7 (Informazioni generali obbligatorie), 8 (Obblighi di informazione per la comunicazione commerciale), 9 (Comunicazione commerciale non sollecitata), 10 (uso delle comunicazioni nelle professioni regolamentate) e 12 (informazioni dirette

alla conclusione del contratto) del decreto sono punite con il pagamento di una **sanzione amministrativa pecuniaria da 103 euro a 10.000 euro**. Nei casi di particolare gravità o di recidiva i limiti minimo e massimo della sanzione indicata sono raddoppiati.