
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL COMMERCIO ELETTRONICO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La Direttiva sul commercio elettronico (in generale). — 3. (*segue*) con riguardo alla posizione dei consumatori. — 4. Direttiva e normativa comunitaria. — 5. (*segue*) Il rapporto fra Direttiva sul commercio elettronico e Direttiva 7/97. — 6. Il rapporto fra Direttiva e D. L.gs. 185/99. — 7. La proposta di direttiva sulla prestazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

1. PREMESSA.

Quali effetti avrà la Direttiva 31/2000 sul commercio elettronico sui contratti con i consumatori, approvata dal Parlamento europeo il 5 maggio 2000 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea L 178 del 17 luglio 2000?

La risposta al quesito è essenziale ove si consideri che se è vero che l'*e-commerce* « *business-to-business* » è e sarà molto importante (soprattutto nella concorrenza fra fornitori e nell'accesso al mercato di piccole imprese), ancora maggiore importanza riveste e rivestirà il commercio elettronico « *business-to-consumer* ».

Ma se è evidente l'importanza di una chiara disciplina dei contratti telematici con i consumatori, non altrettanto evidente è la individuazione di questa disciplina. La ragione dell'incertezza è che la Direttiva sul commercio elettronico per un verso contiene norme di incerta interpretazione, per altro verso si inserisce in un contesto di caotica legislazione consumeristica, che ormai comprende circa una decina di direttive a contenuto generale o specifico sui contratti con i consumatori (contratti fuori dei locali commerciali, credito al consumo, contratti di viaggio « tutto compreso », contratti di multiproprietà, clausole vessatorie, contratti di assicurazione sulla vita, contratti a distanza, garanzie post-ven-

* Il presente testo, riproduce, con gli opportuni adeguamenti, una relazione svolta al convegno « Jornadas sobre dere-

cho del comercio electrónico » organizzato i giorni 16/18 maggio 2000 dall'Università Carlo III di Madrid.

dita). Si tratta dunque di comprendere quale rapporto verrà a crearsi fra la Direttiva e l'esistente quadro normativo.

Al fine di condurre questa indagine conviene, in via preliminare, mettere in evidenza alcuni punti salienti della Direttiva che rilevano ai fini del confronto fra *e-commerce* « *business-to-business* » ed *e-commerce* « *business-to-consumer* ».

2. LA DIRETTIVA SUL COMMERCIO ELETTRONICO (IN GENERALE).

I punti di maggiore rilievo — ai fini che qui interessano — della Direttiva 31/2000 sono i seguenti:

a) al fornitore di « servizi della società dell'informazione » si applicano le regole fissate dallo Stato nel quale il fornitore è stabilito (art. 3, comma 1)

b) la Direttiva non fissa regole ulteriori in materia di diritto internazionale privato oppure in materia di giurisdizione (art. 1, comma 4)

c) la prestazione di « servizi della società dell'informazione » non richiede prelievi autorizzazioni ovvero misure equivalenti (art. 4, comma 1)

d) il prestatore dei servizi deve fornire, in maniera permanente, una serie di informazioni minime (nome, indirizzo geografico, indirizzo di posta elettronica, dati sull'eventuale iscrizione in registri pubblici o in albi professionali, numero di partita IVA) (art. 5, comma 1). Inoltre con riguardo ai prezzi, questi devono essere indicati in maniera chiara, precisando se comprendano gli oneri fiscali e le spese di trasporto (art. 5, comma 2).

e) Ogni forma di comunicazione commerciale deve essere chiaramente identificabile; deve essere indicato il nome del committente; le eventuali offerte promozionali o i concorsi a premi devono essere chiaramente identificabili e le loro condizioni devono essere facilmente accessibili e presentate in maniera chiara (art. 6).

f) Le comunicazioni commerciali non richieste dal destinatario devono essere chiaramente identificabili ed i fornitori di servizi devono consultare regolarmente il registro nel quale possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni (art. 7)

g) Nella conclusione di contratti per via elettronica il fornitore del servizio deve fornire le seguenti informazioni minime:

- le procedure tecniche per la conclusione del contratto
- le procedure tecniche per correggere gli eventuali errori nella formazione del contratto
- le lingue utilizzate per la conclusione del contratto

Inoltre devono essere specificati e resi accessibili gli eventuali codici di condotta cui aderisce il fornitore del servizio, nonché le condizioni generali di contratto utilizzate (art. 10)

h) Il fornitore del servizio deve comunicare al soggetto che lo richiede la ricezione dell'ordine, senza ritardo e per via elettronica; l'ordine e la conferma della sua ricezione si presumono pervenuti quando il destinatario è in grado di accedervi.

i) Il soggetto che si limita a trasmettere o memorizzare messaggi formati da altri, senza manipolarli ovvero scegliere il destinatario, non è responsabile per il suo contenuto (artt. 12-15).

j) Gli Stati membri sono tenuti ad incoraggiare forme di risoluzione stragiudiziale della controversie, anche per via elettronica (art. 17)

k) Gli Stati membri adottano procedure rapide, anche cautelari, idonee a porre fine rapidamente ad eventuali violazioni o lesioni di interessi protetti (art. 18).

3. (SEGUE) CON RIGUARDO ALLA POSIZIONE DEI CONSUMATORI.

È necessario ora esaminare i punti della Direttiva nei quali vengono espressamente considerati e richiamati gli interessi dei consumatori.

a) L'art. 1, comma 3, stabilisce che la Direttiva è « senza pregiudizio del livello di protezione » fissato dalla normativa comunitaria e dai conseguenti atti nazionali di recepimento « per la salute pubblica e gli interessi dei consumatori ». Il principio è ribadito più volte nei Considerando (« La Direttiva deve assicurare un alto livello di protezione degli obiettivi di interesse pubblico ed in particolare la protezione dei minori e della dignità umana, la tutela dei consumatori e della salute pubblica » — Considerando 10) ed in maniera analitica nel Considerando 11 nel quale vengono richiamate tutte le Direttive consumeristiche. Tale Considerando precisa che le Direttive 13/93 sulle clausole vessatorie e 7/97 sui contratti a distanza « si applicano nella loro interezza ai “servizi della società dell'informazione” ».

b) Gli Stati membri potranno adottare misure proporzionate volte a limitare la libera prestazione di servizi della società dell'informazione nel caso in cui sia necessario per la protezione dei consumatori, ivi compresi i risparmiatori, al fine di evitare seri e gravi rischi di lesione dei loro interessi (art. 3, comma 4).

c) Le informazioni ed i criteri minimi applicabili al fornitore di servizi e alle comunicazioni commerciali (artt. 5 e 6) prevedono che essi siano « in aggiunta ad altri obblighi fissati dalla normativa comunitaria » e cioè, verosimilmente, anche da quelli fissati dalla normativa consumeristica.

d) La medesima riserva è prevista per le comunicazioni commerciali non richieste dal destinatario (art. 7), peraltro con espresso richiamo (« senza pregiudizio ») alle Direttive 7/97 (contratti a distanza) e 66/97 (riservatezza nelle telecomunicazioni).

e) Nella disciplina delle informazioni che devono essere fornite prima della conclusione del contratto (art. 10) si precisa che esse sono « in aggiunta ad altri obblighi di informazione fissati dalla normativa comunitaria ».

f) Nel prevedere che gli obblighi di informazione e le modalità di scambio fra proposta ed accettazione possano essere direttamente determinati con il consenso della parti (artt. 10 e 11) si precisa espressamente che tale deroga è possibile solo qualora una delle parti non sia un consumatore.

4. IL COORDINAMENTO FRA DIRETTIVA E NORMATIVA CONSUMERISTICA.

A questo punto l'interrogativo che si pone è: la Direttiva sul commercio elettronico rappresenta una *lex generalis* che viene derogata dalla normativa consumeristica, qualificabile come *lex specialis*? Oppure si tratta di normative fra di loro autonome che si integrano solo ove espressamente previsto?

La risposta ha, oltre ad un interesse teorico, effetti pratici di grande momento in quanto si tratta di capire se e in che misura la Direttiva *aggiunge* rispetto alla normativa consumeristica.

Il punto di partenza, infatti, è che la Direttiva non mira a modificare, riducendola, la portata delle esistenti discipline sulla tutela del consumatore. Si tratta di vedere, dunque, se e quali integrazioni essa vi apporta. Se la Direttiva sul commercio elettronico potrà considerarsi legge generale essa avrà una portata più ampia. Se, invece, costituisce una disciplina autonoma, tale portata sarà più ristretta.

A favore della prima tesi si può osservare che la Direttiva intende disciplinare in maniera unitaria una precisa realtà economica, della quale fornisce una disciplina completa che va dalla sua costituzione fino all'apparato sanzionatorio, e dunque comprende aspetti di diritto amministrativo, diritto dei contratti, diritto della responsabilità civile, diritto processuale, diritto penale. Inoltre, come si è detto in premessa, per lo sviluppo del settore non è possibile scindere fra *e-commerce* « *business-to-business* » e *e-commerce* « *business-to-consumer* ». I due profili devono dunque essere visti in una prospettiva unitaria.

A favore della seconda tesi si può però osservare che la disciplina consumeristica, ed in particolare quella sui contratti con i consumatori, ha raggiunto ormai dimensioni ragguardevoli, finendo per costituire una branca a parte dell'ordinamento: ne sono indici significativi, a livello comunitario l'esistenza di una Direzione generale esclusivamente impegnata su questi temi ed una precisa ed ormai consolidata politica di tutela dei consumatori che fa ormai parte dell'« *acquis communautaire* » oltre che trovare espresso e sistematico riconoscimento nell'art. 153 del Trattato di Roma; e, a livello nazionale, gli esempi del *Code de la con-*

*sommat*ion francese e della *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* spagnola.

La legge « speciale » sarebbe dunque infinitamente più grande e rilevante di quella « generale » (Direttiva sul commercio elettronico) cui dovrebbe accedere. A ciò si aggiunga la circostanza che la Direttiva consumeristica che maggiormente interferisce con quella sul commercio elettronico, è quella 7/97 sui contratti a distanza. Questi ultimi, tuttavia, non comprendono solo quelli tipici dell'*e-commerce*, ma anche quelli per telefono, per corrispondenza, per forme elettroniche escluse dalla Direttiva sull'*e-commerce* (ad es. la posta elettronica). Le « eccezioni » alla regola generale (Direttiva sul commercio elettronico) avrebbero dunque una portata molto più ampia e non si limiterebbero dunque solo a dettare un regime speciale.

Va poi aggiunta una ulteriore considerazione, solo all'apparenza di tipo procedurale: la Direttiva chiarisce che essa non intende introdurre nuove regole di diritto internazionale privato o sulla giurisdizione (art. 1, comma 4) e che tendenzialmente ai servizi della società dell'informazione si applica la legge dello Stato di stabilimento del fornitore dei servizi. Questo comporta che, nelle operazioni contrattuali *business-to-business*, il fornitore tenderà ad imporre, oltre che le proprie condizioni generali di contratto, il proprio diritto nazionale applicabile ed il foro competente.

Sappiamo però che ciò non è possibile nei rapporti con i consumatori, per i quali una regola costante — resa generale dalla Direttiva 13/93 sulle clausole vessatorie — è che il consumatore non può essere distolto dal giudice del luogo ove risiede. Il che non impedisce, in ipotesi, che il giudice del consumatore applichi una normativa straniera (purché offra una tutela equivalente). Ma è ben noto a chiunque sia pratico di controversie di diritto internazionale privato che il diritto, ad esempio inglese, applicato da un giudice di un altro stato è diverso da quello che verrebbe in concreto applicato da una corte di *common law*.

Cosa avverrebbe, dunque? La « legge generale » (quella sul commercio elettronico) sarebbe straniera (ma applicata da un giudice nazionale), mentre quella « speciale » (tutela dei consumatori) sarebbe nazionale, anche in forza di quanto previsto dall'art. 5 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

5. (SEGUE) IL RAPPORTO FRA DIRETTIVA SULL'E-COMMERCE E DIRETTIVA 7/97.

Nell'incertezza fra le due soluzioni — che probabilmente verrà chiarita dai singoli legislatori nazionali — allo stato si possono ipotizzare alcune delle conseguenze della inter-relazione fra disciplina del commercio elettronico e disciplina consumeristica,

avendo riguardo soprattutto alla Direttiva 7/97 che presenta i maggiori punti di contatto.

Come si è detto, la Direttiva sul commercio potrà *aggiungere* delle regole alla disciplina consumeristica, ma non ne toglierà né ne ridurrà la portata. Vediamo alcune delle questioni:

a) L'art. 3, comma 2, della Direttiva 7/97 stabilisce che gli artt. 4 (informazioni preliminari), 5 (conferma scritta delle informazioni), 6 (diritto di recesso), 7, comma 1 (esecuzione entro 30 giorni), non si applicano

i) ai contratti di fornitura di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico, forniti da distributori che effettuano giri frequenti e regolari

ii) ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero quando il fornitore si obbliga a fornire i servizi entro una data determinata o in un periodo prestabilito.

In questi casi si applicherà la Direttiva sul commercio elettronico?

b) La Direttiva 7/97 non prevede che il fornitore dei servizi debba fornire informazioni sulle tecniche per la conclusione del contratto e su quelle per correggere gli eventuali errori nella formazione del contratto. Nemmeno deve fornire informazioni sulle lingue utilizzate per la conclusione del contratto e sui codici di condotta ai quali aderisce. Tutti questi obblighi sono, invece, contenuti nella Direttiva sul commercio elettronico. Varranno anche nei casi di contratti con i consumatori, oppure questi ultimi avranno, sotto questi aspetti, una tutela inferiore rispetto al non-consumatore?

c) La direttiva 7/97 non dice nulla sul momento di conclusione del contratto (un termine assai importante anche perché da quel momento decorrono i termini per il diritto di recesso): si applicherà quanto previsto dall'art. 11 della Direttiva sull'*e-commerce*?

Verrebbe da rispondere che in tutti i casi di lacuna della normativa consumeristica debba applicarsi la Direttiva sul commercio elettronico, ma si tratta di una risposta fondata più sull'intuizione che su una stretta logica giuridica.

6. IL RAPPORTO FRA DIRETTIVA SUL COMMERCIO ELETTRONICO E D.LGS. 185/99.

L'analisi fin qui effettuata a livello comunitario può essere traspunta in ambito nazionale assumendo come elemento di confronto la legislazione applicabile ai contratti a distanza con i consumatori.

Con il D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 è stata data attuazione in Italia alla Direttiva 7/97.

Si tratta di una trasposizione quasi letterale, e dunque gran parte dei dubbi posti nel paragrafo precedente si ripresentano in ambito nazionale.

In particolare:

a) L'art. 2 del D.Lgs. 185/99 esclude dall'ambito di sua applicazione i contratti:

- i) relativi a servizi finanziari;
- ii) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;
- iii) conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici;
- iv) relativi alla costituzione di diritti su temi immobili
- v) conclusi in occasione di una vendita all'asta.

Ora a parte i servizi finanziari che formeranno oggetto di specifica Direttiva (v. *infra* par. 7), si possono facilmente immaginare ipotesi (in particolare sub iii. e v.) nelle quali un « consumatore » concluda un contratto rientrante nella nozione di commercio elettronico ed al quale dovrebbe dunque applicarsi la nuova Direttiva. Il fenomeno esce dalla mera eventualità ed assume a rilievo economico-sociale nei casi sempre più frequenti di asta *on-line*.

b) d'altro lato la Direttiva (art. 1, comma 5, lett. d) esclude dal suo campo di applicazione tutte le lotterie e le scommesse. Se è vero che non è facile individuare uno scommettitore o un giocatore che non sia un « consumatore » (e dunque dovrebbe sempre applicarsi il D.Lgs. 185/99), ciò significa che si tratta di un'area nella quale la nuova Direttiva non esplica alcun effetto e dunque non vi è interferenza fra le due norme.

c) Il D.Lgs. 185/99 non contiene previsioni in ordine al momento della conclusione del contratto. Deve ritenersi applicabile quanto previsto dall'art. 11 della Direttiva?

d) Ancorché il D.Lgs. 185/99 contenga (art. 3) dettagliate indicazioni sulle informazioni da fornire al consumatore, mancano talune che invece sono contenute nella Direttiva (art. 6, lett. c) e d) sulle offerte promozionali ed i giochi a premi). Poiché l'art. 6 della Direttiva prevede che si tratta di obblighi aggiuntivi non dovrebbero sorgere dubbi in relazione alla loro applicabilità ai consumatori.

7. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA PRESTAZIONE A DISTANZA DI SERVIZI FINANZIARI AI CONSUMATORI.

Uno dei settori di maggiore sviluppo dell'*e-commerce* è quello dei servizi finanziari. Già da decenni i sistemi di contrattazione di valori mobiliari sono *on-line*, prima per gli operatori di borsa, poi per gli operatori finanziari, infine, in maniera crescente, per il pubblico in generale. Sulla rete si è ormai creato un mercato pa-

parallelo o confluyente con quello tradizionale le cui dimensioni economiche e potenzialità sono enormi, anche in considerazione del fatto che attraverso le reti telematiche vengono eliminati tutta una serie di intermediari e si offre all'investitore molta più flessibilità e controllo.

L'importanza del settore ha giustificato la presentazione, da parte delle autorità comunitarie, di una proposta di direttiva sulla prestazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, la quale espressamente modifica la Direttiva 7/97.

Non è questa la sede per entrare in una analisi dettagliata della proposta di Direttiva. Quel che interessa in questa sede è osservare che la sua emanazione sarà, con ogni probabilità, successiva a quella sul commercio elettronico. In che misura il legislatore comunitario terrà conto di questo nuovo elemento? Effettuerà un coordinamento fra le due direttive, o continuerà, come di solito fa, a lavorare in comportamenti stagni? In questo caso la risposta assume una straordinaria importanza pratica, ove si consideri l'importanza che l'andamento dei mercati mobiliari può avere sull'economia europea.