

La contrattazione on-line

Sessione I:

Nozioni generali, conclusione e validità

Intermediazione finanziaria

Aste on-line

Milano, 7 maggio 2012

Terminologia

A) **contratti informatici in senso ampio**: sono tutti i contratti che concernono lo strumento informatico, e concernono la fornitura, l'utilizzo, la manutenzione dell'hardware; la fornitura e l'aggiornamento di software; l'accesso ed utilizzo di servizi on-line; le gestione esterna (*outsourcing*) di servizi informatici; i contratti degli *internet providers*.

B) **contratti informatici in senso stretto (on-line)**: sono i contratti (a distanza) che vengono **conclusi utilizzando lo strumento informatico per la manifestazione di volontà della parte.**

Le fonti normative

Contrattazione a distanza

- 1) d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza) [**abrogato: DIVIENE:**
D. Lgs 206/2005]
- 2) **D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (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)**
- 3) D.lgs. settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo)
[Titolo III - Sezione II - Contratti a distanza]

Rapporti SOGGETTIVI D.lgs. 70/03 - D.lgs. 206/05

D.lgs. 70/03

(B2B; [C2C?]; B2C)

ma se B2C allora anche:



D.lgs. 206/05

(B2C)

(artt. 68

e 52 c. 5)

Rapporti OGGETTIVI D.lgs. 70/03 - D.lgs. 206/05

D.lgs. 206/05

Tutti i contratti a distanza (commercio elettronico diretto ed indiretto)

D.lgs. 70/03

**Contratti telematici
(commercio elettronico diretto)**

Documento informatico

- 1) D.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa [c.d. TUDA]).
- 2) D.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10 (Attuazione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche)
- 3) **D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale - CAD)** come integrato tra l'altro dal:
 - a) D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159;
 - b) D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235.

Servizi finanziari

D.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 (Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) [**abrogato 2007**]

DIVIENE:

D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo)
[**Titolo III - Sezione IV-bis**]

Aste on line

- 1) D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59) – art. 18, comma 5.
- 2) D.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza) [**abrogato: DIVIENE: D. Lgs 206/2005**]
- 3) 3) Circolare del Ministero delle Attività Produttive 17 giugno 2002, n. 3547/C

Caratteri Generali

1) Necessità di distinguere diverse tipologie di rapporti:

I) *business to business* (B2B);

II) *business to consumer* (B2C);

(III) *consumer to consumer* o *person to person* (P2P);

[IV] *e-procurement* (contratti con la p.A.: B2A)

→ incidenza sulla disciplina applicabile.

2) Parziale **limitazione del principio della libertà delle forme**: la preferenza del legislatore per forme di manifestazione “certificata” della volontà (firma digitale), comporta uno sfavore parziale per forme più libere.

3) **Smaterializzazione e trasformazione della firma** → la firma elettronica o digitale non è in realtà un segno grafico, ma assomiglia più al vecchio “sigillo”: l’attribuzione della manifestazione di volontà viene fatta derivare dall’impiego del “dispositivo di firma”.

4) Estrema **spersonalizzazione del rapporto** (“scambi senza accordo”?) e notevole rilevanza dell’affidamento generato dalle procedure *on-line* → **forte applicazione del principio di autoresponsabilità.**

5) Espansione di modalità espressive **diverse dalla dichiarazione espressa verbale** (si pensi alla procedura *point-and-click*) → ampliamento dell'area del comportamento concludente. Conseguente ricaduta sul profilo della individuazione della volontà e delle intenzioni dei contraenti: è possibile “interpretare” un contratto telematico concluso con la procedura del *point-and-click*?

6) Incidenza, a livello internazionale, delle fonti internazionali (Uncitral, Wto) e delle fonti non normative (PecI; UNIDROIT). Reviviscenza – nei rapporti B2B – della *lex mercatoria* e delle prassi commerciali internazionali.

7) Distinzione tra **commercio elettronico diretto** (nel quale l'esecuzione del contratto è immediata perché il bene o servizio vengono forniti *on-line* tramite la rete [*download; pay-per-view*]) e **commercio elettronico indiretto** (nel quale l'esecuzione del contratto è differita perché il bene o servizio deve materialmente essere fatto pervenire con altri mezzi al destinatario e la Rete è usata solo per la commercializzazione del prodotto). **Riflessi sulla fase di esecuzione (recesso - vizi).**

8) **Problema delle definizioni** possibili di **commercio elettronico**

→ Si rinviene una pluralità di definizioni.

I) **Dir. 98/34/CE, art. 1**: “*qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*”.

II) **Circ. 7 luglio 2003, n. 3561/C – Ministero attività produttive**: “*per servizi della società dell'informazione devono intendersi le attività economiche svolte on line nonché qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la trasmissione digitale) e di memorizzazione dei dati e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*” ;

III) Comunicazione della Commissione UE 16 aprile 1997: *«un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico»*: per commercio elettronico deve intendersi *“lo svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica e comprende attività diverse quali: la commercializzazione di beni e 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”*.

IV) D.lgs. 70/2003, art. 2, c. 1: *“«servizi della società dell'informazione»: 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”* → → → **QUINDI**

→ (l. 317/86) → *«qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Ai fini della presente definizione si intende: per «servizio a distanza» un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; per «servizio 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 od altri mezzi elettromagnetici; per «servizio a richiesta individuale di un destinatario di servizi» un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale».*

V) **D.lgs. 70/2003, art. 2, c. 2:** *«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, nonché le merci, i beni e i prodotti per le quali le disposizioni comunitarie o nazionali nelle materie di cui all'articolo 1, comma 3, prevedono il possesso e l'esibizione di documenti, certificazioni, nulla osta o altri titoli autorizzatori di qualunque specie;

b) la consegna o il trasporto delle merci;

c) i servizi non prestati per via elettronica».

→ Il d. lgs. 70/2003 si applica prevalentemente al commercio elettronico DIRETTO, e, quindi, solo in modo limitato anche alla commercializzazione di beni o servizi materiali

9) Il carattere elettronico della contrattazione viene preso in considerazione dalla disciplina vigente con riguardo alla **fase della conclusione (trattative) e con riferimento al contenuto**, mentre la fase esecutiva (eccezion fatta per il commercio elettronico diretto) sembra ancora poter essere disciplinata secondo le previsioni generali.

La conclusione

Molteplicità di modalità di conclusione del contratto attraverso lo strumento telematico e tentativo di distinguere più tipologie di contratti:

A) **Contratti digitali:** sono i contratti stipulati in forma esclusivamente elettronica (con strumenti quali la firma digitale etc.).

B) **Contratti telematici:** sono i contratti stipulati utilizzando la rete come mezzo di comunicazione tra persone distanti (es. scambio di *e-mails*).

C) Contratti cibernetici: contratti che sono conclusi utilizzando appositi software (“*preventivatori*”) che selezionano in automatico (secondo un algoritmo) le offerte provenienti dalla rete e concludono il contratto (“volontà negoziale artificiale”).

Moltissimi contratti on-line vedono da una parte un contraente persona fisica e dall'altra parte dei siti web a funzionamento automatico

La contrattazione telematica appare riconducibile (salvi alcuni casi: si pensi alla comunicazione via *webcam* e *skype*) alle normali forme di conclusione del contratto *inter absentes* (cioè tra persone distanti, o meglio, «senza contatto diretto»), fatti salvi i limiti **posti dalla eventuale mancata adozione di modalità equiparate dalla legge alla forma scritta** (firma digitale) ed alla conseguente inutilizzabilità per la conclusione di contratti che richiedono la forma scritta (nonché, ad esempio, per l'approvazione delle condizioni generali di contratto).

All'interno della contrattazione elettronica è tuttavia possibile individuare l'area dei contratti conclusi per posta elettronica o con “comunicazioni individuali equivalenti”. Tale area si assimila maggiormente alla contrattazione *inter absentes* standard (lettere, telegrammi), eccezion fatta – ancora una volta – per il profilo della certificazione della firma. → ***per questo ad essa non si applica una parte della disciplina speciale sul contratto telematico, quali l'obbligo di informazione e l'invio dell'accusata ricevuta dell'ordine*** (cfr. artt. 12, co. 2 e 13, co. 4 d.lgs. 70/2003).

Disciplina generale

Art. 11 D.lgs. 70/2003: la disciplina del decreto non si applica a:

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

Art. 7 D.lgs. 70/2003: il prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, deve rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, ai destinatari del servizio e alle Autorità competenti una serie di informazioni (cfr. elenco).

Art. 12 D.lgs. 70/2003: il prestatore deve fornire una serie di informazioni sulla conclusione del contratto (fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; modalità di archiviazione ed accesso al contratto concluso; mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore) e deve mettere le clausole e le condizioni generali a disposizione del destinatario in modo che queste possano essere memorizzate e riprodotte.

Dunque **due ambiti di informazioni**: uno di tipo **“sostanziale”** (art. 7) ed uno di tipo **“procedimentale”** (art. 12). Sono entrambi estrinsecazione e sviluppo degli obblighi informativi precontrattuali stabiliti dall’art. 1337 c.c. con adattamento alle peculiarità del commercio elettronico.

DOMANDA: si tratta di elenchi “chiusi” o “aperti”?

RISPOSTA: La direttiva CE (artt. 5 e 7) afferma che debbono essere fornite *“almeno le seguenti informazioni”*
→ Dunque l’elencazione è esemplificativa e non esaustiva (come, del resto, per tutte le fattispecie che prevedono obblighi legali di informazione), **ben potendosi individuare ulteriori obblighi** informativi in relazione alle peculiarità del contratto concretamente concluso.

→L'adempimento dei singoli obblighi informativi può non essere idoneo ad esaurire la tutela del destinatario.
In ogni caso l'esclusione dall'ambito di applicazione di tali norme dei contratti conclusi per posta elettronica o con “comunicazioni individuali equivalenti” **sembra evidenziare che si tratta di previsioni concepite per i contratti per adesione** (ma si vedrà dopo la difficoltà di conciliare tale profilo con la disciplina delle clausole c.d. «vessatorie»).

Art. 13 d.lgs. 70/2003: *“Le norme sulla conclusione dei contratti [in generale: n.d.r.] 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”* → **applicabilità della disciplina generale sui contratti** in assenza di una disciplina specifica.

Art. 13, comma 2, d.lgs. 70/2003: disciplina speciale in ordine alla ricezione degli ordini e delle comunicazioni precontrattuali: *“il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario”*.

DOMANDA: si tratta dell'accettazione dell'ordine (e quindi il contratto si conclude quando il destinatario riceve la conferma) o si tratta di un mero avviso della già avvenuta conclusione del contratto? In termini più generali: l'offerta sul sito integra gli estremi di un invito ad offrire (ed il contratto si conclude ex art. 1326 con la conferma da parte del prestatore), o integra gli estremi di una offerta al pubblico ex art. 1336 (ed il contratto si conclude con l'accettazione del destinatario, cui fa seguito conferma)?

RISPOSTA: Lo schema tipico del contratto *on-line* è quello del *point and click* con il frequente inserimento (richiesto) dei dati della carta di credito. Tale inserimento integra l'esecuzione della prestazione di pagamento gravante sul destinatario.

→ **sembrerebbe** allora possibile affermare che il destinatario dà inizio all'esecuzione della sua prestazione ex art. 1327 c.c. e che l'offerta sul sito è una offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.

Tuttavia, l'art. 13 d.lgs. 70/2003 richiede la trasmissione di un ordine da parte del destinatario. L'ordine non è esecuzione del contratto ma dichiarazione di volerlo concludere.

Sembra allora che la conclusione avvenga con le forme dell'art. 1326 e 1336 c.c. con le proposte del prestatore nelle forme dell'offerta al pubblico e l'accettazione (tramite l'ordine) del destinatario, mentre la conferma del prestatore costituirebbe comunque mero avviso della conclusione del contratto.

Perché possa parlarsi di offerta al pubblico, tuttavia, occorre che l'offerta sia completa in tutti gli elementi del regolamento contrattuale; e siano rispettati anche gli obblighi informativi di cui agli artt. 7 e 12 d.lgs. 70/2003.

In assenza l'offerta su internet **sembra riconducibile nell'ambito dell'invito a offrire**, mentre l'ordine del destinatario sarà la vera e propria proposta (ma risulta che è il destinatario a determinare preventivamente il regolamento contrattuale!!) e la conferma d'ordine accettazione.

→ **In ogni caso va ricordato che la disciplina sulla ricevuta d'ordine è imperativa nei contratti B2C**, mentre può essere derogata nei contratti B2B (art. 13, co. 2).

Nei casi di contratti conclusi a trattativa individuale (via e-mail) si applicheranno le previsioni generali in tema di conclusione di contratti *inter absentes*.

Art. 13, comma 3, d.lgs. 70/2003: “*l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi*”. → si tratta di applicazione specifica dell'art. 1335 c.c., con individuazione del criterio sostitutivo rispetto all'“indirizzo”.

DOMANDA: è una presunzione assoluta?

RISPOSTA: è preferibile pensare di no, atteso che l'art. 1335 c.c. prevede la possibilità di provare che la comunicazione non è stata conosciuta per fatto incolpevole (bisogna, semmai, vedere se il malfunzionamento dei servizi telematici possa essere ritenuto fatto incolpevole nel caso del prestatore che sceglie di operare sulla Rete).

Art. 13, comma 4, d.lgs. 70/2003: Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. (**ciò perché non è un servizio della società dell'informazione: cfr. Dir. 2000/31/CE, Considerando n. 18**)

PROBLEMA: Individuazione del luogo di conclusione del contratto ai fini della competenza (**rilevante quando non opera la competenza inderogabile del foro del consumatore**).

DOMANDA: si può utilizzare l'art. 13, comma 3?

RISPOSTA: sembrerebbe di no perché la presunzione concerne la conoscibilità delle dichiarazioni precontrattuali.

Due soluzioni:

I soluzione: luogo ove si trova il *server* presso il quale l'offerente ha la casella di posta elettronica (problema: il server può essere addirittura all'estero).

II soluzione: indirizzo reale del proponente ove esercita l'attività (che deve essere comunicato ex art. 7 d. lgs. 70/2003 (**cfr. Dir. 2000/31/CE, Considerando n. 19**)).

Tempo di conclusione del contratto: sarà il momento in cui il proponente/offerente riceve l'accettazione/ordine del destinatario.

Se si ritiene applicabile l'art. 1336 la revoca della proposta dovrà avvenire sempre attraverso *internet*.

Problema dell'applicazione dell'art. 1341 c.c. (sull'applicabilità della norma anche ai formulari su *files* cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 22/03/2006, n.6314) nei due profili:

a) **conoscibilità**: il d.lgs. 70/2003 prevede che il proponente deve rendere disponibili le condizioni di contratto ma non stabilisce le forme → dovrebbero essere ammissibili forme come il *link* ipertestuale.

b) **doppia firma**: il sistema della firma digitale prevede l'apposizione di una sola firma e non consente la doppia sottoscrizione. Lo stesso dicasi per il *point and click*. → ne discenderebbe la impossibilità di procedere all'approvazione telematica delle clausole vessatorie a meno di non ipotizzare un secondo documento informatico che contenga tali clausole. Il problema è che si tratterebbe di un secondo documento e non dell'approvazione in calce delle clausole. Poiché, tuttavia, anche in tal modo si raggiunge lo scopo di conoscenza delle clausole, è da taluni ipotizzato che – ferma restando la inefficacia delle clausole vessatorie – si integri una responsabilità precontrattuale (art. 1338) del soggetto che ha comunque approvato le clausole ingenerando un affidamento nel proponente o che successivamente rifiuti di apporre la doppia sottoscrizione sulla copia cartacea che gli viene inviata.

Problema simile per la “trattativa individuale” delle clausole nel caso dei consumatori (art. 34 codice consumo): sembrerebbe possibile solo nel caso dello scambio di *e-mails* (che è l’unica situazione, peraltro, in cui può parlarsi di vera contrattazione tra le parti) → dunque nei contratti digitali le Clausole della *grey list* sono sempre inefficaci?

Il coinvolgimento del consumatore (B2C)

Il coinvolgimento di un consumatore comporta l’applicazione ulteriore della disciplina speciale del Codice del Consumo in tema di contratti a distanza e clausole generali.

→ **In particolare vi è piena applicazione della disciplina sulle clausole abusive (*black list* e *grey list*)** [ma come si negozia appositamente una clausole della *grey list on line*?]

Art. 52 Cod. Cons.: “*in tempo utile*”, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere una serie di informazioni (a) identità e indirizzo del professionista; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte; d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto etc.) che si **aggiungono** (art. 52 ultimo comma) agli obblighi informativi già previsti dal d.lgs. 70/2003.

Art. 53 Cod. Cons.: salvi i casi in cui si tratti di servizi forniti in un'unica soluzione e siano fatturati dall'operatore, il consumatore deve ricevere “*conferma per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile*” delle informazioni di cui all’art. 52.

Si applicheranno le previsioni in tema di diritto di recesso, tempi di esecuzione del contratto, pagamento mediante carta, etc.

Le responsabilità

Artt. 14, 15, 16, 17 d.lgs. 70/2003: si tratta di previsioni che disciplinano la responsabilità del “prestatori di servizi della società dell’informazione” (compreso il *provider*) **nei confronti dei terzi eventualmente danneggiati, NON nei confronti del destinatario del servizio (il cliente) rispetto al quale il prestatore risponde secondo le regole generali** in quanto di tale profilo il d. lgs. 70/2003 non sembra occuparsi direttamente.

Le ipotesi in questione regolano i casi in cui vi può essere responsabilità del prestatore concorrente con quella del destinatario del servizio che utilizzi le prestazioni con modalità lesive per i diritti dei terzi.

I contratti di intermediazione finanziaria

Ove la Rete venga impiegata per la commercializzazione verso consumatori di prodotti finanziari a consumatori, trova applicazione la sezione IV-*bis* del Codice del Consumo.

Tuttavia dovrebbero operare, quali regole di *default*, anche le previsioni del TUF. → quindi (art. 23 TUF) il contratto quadro dovrebbe essere comunque concluso per iscritto, il che vuol dire che la conclusione per via telematica richiederà la firma elettronica o digitale.

Cosa si intende per «servizi finanziari»? → art. 67-ter:
«qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale».

Quindi, ad esempio, anche le polizze on-line, e quelle concluse telefonicamente.

Si tratta di una nozione ben più ampia di quella di servizio finanziario e di investimento di cui al Testo Unico Finanza.

Previsione di tutta una serie di obblighi informativi (art. 67 *quater* segg. Cod. Cons.) prima che il consumatore sia vincolato al contratto

Le informazioni riguardano:

- a) il fornitore;
- b) il servizio finanziario;
- c) il contratto a distanza;
- d) il ricorso

e inoltre *«sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo debitamente conto in particolare dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale»*.

Previsione di un **diritto di recesso** «senza penali e senza dover indicare il motivo», entro un termine di quattordici giorni (esteso a trenta giorni per i contratti a distanza aventi per oggetto le assicurazioni sulla vita di cui al Codice delle Assicurazioni Private, e le operazioni aventi ad oggetto gli schemi pensionistici individuali).

In tal caso il consumatore deve inviare «*prima dello scadere del termine*» (**vale la spedizione: la comunicazione può giungere al fornitore del servizio anche dopo lo scadere del termine**) comunicazione di scritta mediante raccomandata con avviso di ricevimento o altro mezzo indicato (e-mail ex art. 64; **miglior se PEC**).

Numerose (troppe?) esclusioni:

- operazioni esposte a fluttuazioni di mercato repentine «che possono aver luogo durante il periodo di recesso» (operazioni di cambio; strumenti del mercato monetario; valori mobiliari; quote di un organismo di investimento collettivo; contratti a termine fermo (futures) su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; contratti a termine su tassi di interesse (FRA); contratti swaps su tassi d'interesse, su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o a indici azionari (equity swaps); opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento comprese le opzioni su valute e su tassi d'interesse;

- polizze di assicurazione viaggio e bagagli o analoghe polizze assicurative a breve termine di durata inferiore a un mese;
- contratti interamente eseguiti da entrambe le parti su esplicita richiesta scritta del consumatore prima che quest'ultimo eserciti il suo diritto di recesso;
- *«dichiarazioni dei consumatori rilasciate dinanzi ad un pubblico ufficiale a condizione che il pubblico ufficiale confermi che al consumatore sono garantiti i diritti di cui all'articolo 67-undecies, comma 1».*

Particolarmente delicata la questione della protezione dati e codici di accesso

Trib. Nocera Inferiore, Sez. II, 15/09/2011 – *“Le Poste Italiane S.p.a. rispondono dei rischi tipici della propria sfera professionale, di quei rischi, cioè, inerenti agli specifici obblighi gravanti su di essa per la cui eliminazione deve porre in essere i mezzi idonei, e quindi, con riferimento al servizio di bonifico on line, le Poste Italiane S.p.a. sono comunque responsabili laddove non abbiano provveduto con strumenti idonei, a garantire la sicurezza contro eventuali manomissioni”*.

Trib. Palermo, 11/06/2011 (Contratti, 2011, 10, 913) –
“L'esecuzione di un ordine di bonifico non autorizzato preventivamente dal correntista sul proprio conto corrente abilitato alle operazioni "on line", comporta la responsabilità della banca presso la quale è acceso il conto laddove non dimostri di aver preso tutte le idonee misure di sicurezza tecnicamente idonee e conosciute in base al progresso tecnico, a prevenire l'accesso abusivo da parte di terzi al sistema informatico o la possibilità che nel medesimo si possa ugualmente verificare un "bug".

Giudice di pace Milano, 07/01/2011 (Contratti, 2011, 5, 486) – *“L'accesso eseguito da parte di terzi al conto corrente on line del cliente di una banca, se effettuato attraverso l'uso corretto di passwords e codice identificativo, ne esclude la relativa responsabilità nell'ambito della gestione del servizio di home banking, ricadendo sul medesimo cliente la responsabilità per operazioni dispositive non autorizzate compiute da terzi, riconducibili alla negligente custodia delle suddette credenziali”*.

Trib. Milano, 03/06/2010 (Contratti, 2010, 8-9, 823) – *“Nell'ambito del cosiddetto "trading on line", la tutela dell'investitore è incentrata sulla trasparenza delle informazioni e la prestazione del servizio con modalità on line non comporta alcuna modificazione qualitativa del grado degli obblighi informativi e di trasparenza a carico degli intermediari finanziari”*.

Trib. Milano, 01/06/2010 (Contratti, 2010, 10, 914) – *“La responsabilità contrattuale della banca non può essere esclusa dalla clausola contenuta nelle condizioni generali che regolano l'esercizio dei servizi telematici e telefonici, che limitano la responsabilità della banca al caso di dolo o colpa grave per le anomalie del funzionamento del servizio relative alla trasmissione dei dati, e che certamente non può applicarsi al caso in cui l'inadempimento riguarda la specifica prestazione della banca di fornire un "software" efficiente per operare "on line"”*.

Trib. Palermo, 20/12/2009 (Corriere del Merito, 2010, 6, 626) – *“Nell'ambito di operazioni bancarie effettuate on line (cd. e-banking) il prestatore dei servizi di pagamento, in qualità di titolare del trattamento dei dati personali inseriti dal proprio cliente, è tenuto alla custodia e al controllo degli stessi con la diligenza richiesta per l'esercizio di attività professionali e all'adozione di misure di sicurezza idonee a prevenire l'accesso non autorizzato o il trattamento non consentito dei dati stessi”*.

Le patologie del contratto

1) Vizi connessi alla violazione della disciplina generale dei contratti on-line.

a) **Problema**: quale conseguenza per la violazione degli obblighi informativi? Responsabilità precontrattuale? Annullabilità per dolo? Possono distinguersi gli obblighi informativi di tipo “sostanziale” (art. 7) e quelli di tipo “procedimentale” (art. 12)? [cfr. i principi stabiliti da Cass. civ., Sez. Unite, 19/12/2007, n.26724].

2) Vizi connessi alla mancata adozione della firma digitale o elettronica qualificata:

a) Nullità dei contratti per i quali è prevista la forma scritta ad substantiam;

b) Inefficacia (nei contratti B2B) delle clausole vessatorie prive di doppia sottoscrizione.

- 3) Vizi connessi al carattere di contratto con consumatore ed alla violazione degli obblighi in tema di contratti a distanza
- a) inefficacia delle clausole contenute nel documento informativo consegnato DOPO la conclusione del contratto non rese conoscibili al consumatore in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza (art. 52 Cod. Cons.) **[attenzione: non si applica al commercio elettronico diretto ex art. 52, co. 2]**
 - b) inefficacia delle clausole contenute nelle informazioni ex art. 52, comma 1, qualora il documento informativo ex art. 53 consegnato PRIMA della conclusione dell'accordo contenga clausole difformi **[attenzione: non si applica al commercio elettronico diretto ex art. 52, co. 2]**
 - c) nullità delle clausole contenute nella c.d. *black-list* del Codice di Consumo e delle clausole contenute nella *grey list* non oggetto di trattativa individuale (ma è possibile trattativa individuale?).

4) Vizi connessi al carattere di commercializzazione di prodotti finanziari a distanza:

- a) Mancata adozione della firma digitale per la conclusione del *master agreement* [ma non per gli ordini successivi].
- b) Condotta di ostacolo all'esercizio del diritto di recesso (art. 67-*septiesdecies*, co. 4)
- c) violazione degli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche (art. 67-*septiesdecies*, co. 4) → **ATTENZIONE: come si concilia la previsione con la massima di Cass. civ., Sez. Unite, 19/12/2007, n. 26724? abbiamo un regime più rigoroso per l'informativa a distanza?**

Le aste on-line

Problema preliminare: **la definizione di asta.**

In molti casi vengono definite aste procedure di interscambio con offerta al pubblico e facoltà per il proponente di accettare la controproposta ritenuta più congrua → si tratta di forme di commercio.

L'asta vera e propria si caratterizza per: 1) la presenza di un soggetto che organizza e regola la vendita, garantendo la provenienza del bene; 2) la indicazione di un prezzo base; 3) lo svolgimento di una gara in situazione di contestualità di tempo (non necessariamente di luogo) con rilanci da effettuarsi in un lasso temporale preciso.

Previsione base:

L'art. 18 comma 5 d. lgs. 114/1998 vieta le vendite all'asta «realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione» e quindi sembra vietare le aste *on-line*.

in tal senso → Cass. civ., Sez. II, 10/10/2005, n.19668: «il divieto previsto dall'art. 18, quinto comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 di effettuare operazioni di vendita all'asta per mezzo della televisione o di altri mezzi di telecomunicazione è esteso anche alle aste effettuate per mezzo di Internet, inteso quale «altro mezzo di comunicazione»».

→ Il divieto si applica sia alle vendite per conto terzi che alle vendite per conto proprio (anche se l'art. 18 è nella sezione dedicata alle vendite al dettaglio).

→ Circ. 1 giugno 2000, n. 3487/C Ministero dell'Industria (c.d. «circolare e-commerce»): *«il commercio elettronico, ossia l'attività commerciale svolta nella rete Internet mediante l'utilizzo di un sito web (e commerce), ove sia svolta nei confronti del consumatore finale e assuma la forma di commercio interno, è soggetta alla disciplina dell'art. 18 del predetto D.Lgs. n. 114 del 1998».*

→ Circ. 17 giugno 2002, n. 3547/C Ministero attività produttive: artt. 3 segg. : l'art. 18 non si applica alle vendite all'ingrosso, mentre sono vietate le aste on-line con consumatori

Ma si tratta di vere e proprie aste, oppure si tratta di vendite a distanza?

QUALE RILEVANZA HA LA QUESTIONE?

L'art. 51 lett. E) del Codice del Consumo (già art. 2, lett. E) d.lgs. 185/99), invece, sembra supporre la liceità delle aste on-line, escludendo l'applicazione ad esse della disciplina sui contratti a distanza.

Se davvero le aste on-line fossero aste, proprio ad esse non si applicherebbe la disciplina dei contratti a distanza che tutela maggiormente il consumatore.

Possibili soluzioni:

a) l'art. 18 d.lgs. 114/98 si applica alla “vendita al dettaglio” (B2C) → dunque non vi è un divieto di aste tra consumatori (P2P → e-Bay: **sul presupposto che sia mero *hosting provider***), tra *pools* di consumatori e grossisti; e tra grossisti e professionisti (B2B).

b) quelle che vengono definite come aste on-line, sono in realtà contratti conclusi a distanza e non vere e proprie aste, con la conseguenza che – fermo il divieto di aste on-line – si applica in realtà la disciplina sui contratti a distanza, con i diversi regimi, a seconda che si tratti di B2B o di B2C.

Problema del ruolo del “gestore”, come nel caso di *eBay*: si tratta di un mero *hosting provider* che mette a disposizione *l’e-marketplace* ma non è qualificabile come banditore d’asta (sarebbe vietato), e conseguentemente non risponde dell’operato di coloro che di esso si avvalgono oppure ha un obbligo di sorveglianza sull’operato di tali soggetti e sulla qualità dei beni?

**Court of Appeal, Fourth District, Division 1, California -
Sentenza Gentry vs eBay6 [GIC 746980, 1/18/01],**

definisce eBay quale «luogo di negoziazione»: *“liability as a dealer under Civil Code section 1739.7 requires that the dealer be exclusively or nonexclusively “in the business of selling or offering for sale collectibles in or from this state.” (Civil Code, § 1739.7, subd. (a)(4).) Here, appellants' specific allegations reveal eBay is not in the business of selling or offering to sell the collectibles at issue; rather, it is the individual defendants who sold the items to plaintiffs, using eBay as a venue”*.

Bundesgerichtshof, VIII Zivilsenat, 3.11.2004, (29.09.2004) *«Le parti che abbiano concluso un contratto di compravendita di un bene mobile attraverso il sito Internet eBay non concludono un contratto di vendita all'asta ai sensi del §156 BGB, ma un contratto di vendita a distanza, e come tale il consumatore acquirente ha diritto di recedere dal contratto nei termini previsti dal §312d BGB».*

Corte d'Appello di Francia Parigi, 09/11/2007: *“"E-bay" deve essere qualificato quale fornitore di "hosting" ai sensi della disciplina francese in materia di commercio elettronico con la conseguenza che esso deve ritenersi legittimato a sospendere e revocare un account qualora abbia il timore che attraverso quest'ultimo siano poste in essere condotte dalle quali possa derivare una sua responsabilità”.*

Tribunal de Commerce de Paris, 30.6.2008 S. A. Christian Dior Couture – E-Bay: eBay è un sito di intermediazione e quindi non può beneficiare della qualità di "intermediario tecnico" ai sensi dell'art. 6 della legge sul commercio elettronico perchè essa sviluppa un'attività commerciale a fini di profitto sulla vendita di prodotti e non si limita all'attività di hosting provider. In particolare, eBay non si limita a effettuare un'attività di raccolta dati, ma realizza un'altra attività: quella di mediatore.