

Università Commerciale "Luigi Bocconi"
Dottorato di ricerca in
Diritto Internazionale dell'Economia

XV Ciclo

***COMMERCIO ELETTRONICO E
CONTRATTI TELEMATICI, PROFILI
INTERNAZIONALI***

Tesi di: Gaetano Iorio Fiorelli

***Tutor:* Chiar.mo Prof. Giorgio Sacerdoti**

Anno Accademico 2001-2002

Sommario

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

1.	Il "cyberspazio"	2
2.	Un nuovo regime giuridico per <i>Internet</i> ?	5
3.	Il recente sviluppo di strumenti internazionali in ambito privatistico – piano dell'opera.....	14

CAPITOLO II

ARMONIZZAZIONE COMUNITARIA E FONTI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI COMMERCIO ELETTRONICO

PARTE I – *L'armonizzazione comunitaria*

1.	Premessa.....	17
2.	La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.....	19
	a. Il mercato interno e il regime di stabilimento.....	21
	b. Gli adempimenti dei <i>Prestatori</i>	23
	c. Le disposizioni riguardanti i contratti telematici (rinvio).....	26
	d. La responsabilità degli intermediari.....	27
	e. Disposizioni in merito all'applicazione della direttiva.....	29
3.	La direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche.....	30
	a. Ambito di applicazione – definizioni.....	31
	b. La crittografia e la firma digitale.....	34
	c. I servizi di certificazione.....	36

d. La firma elettronica e l'ordinamento italiano.....	38
4. Il decreto lgs. n. 10 del 2002 – l'attività di certificazione.....	39
a. La firma semplificata.....	41
b. La disciplina giuridica della firma avanzata.....	44
5. La direttiva 2000/46/CE sulla moneta elettronica.....	46
a. Cenni sugli strumenti di pagamento elettronico.....	46
b. La direttiva 2000/46/CE.....	49

PARTE II – Fonti internazionali

6. Premessa.....	51
7. La Legge Modello dell' <i>UNCITRAL</i> sul commercio elettronico.....	57
a. Definizioni.....	59
b. Principi guida.....	60
c. Altre disposizioni particolari.....	63
8. Il Progetto preliminare di Convenzione <i>UNCITRAL</i> sui contratti elettronici.....	64
a. La sfera di applicazione geografica.....	65
b. La sfera di applicazione sostanziale.....	68
c. L'ubicazione delle parti.....	71
9. Le iniziative della Camera di Commercio Internazionale	74
a. Premessa.....	74
b. Il <i>General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC)</i> - aspetti generali.....	76
c. Autenticazione e certificazione.....	79

CAPITOLO III

CONTRATTI TELEMATICI E LORO PECULIARITA'

1.	Premessa.....	85
2.	Documento elettronico e contratto telematico.....	86
3.	La conclusione di contratti in <i>Internet</i>	92
4.	Il tempo della conclusione.....	101
5.	Il luogo della conclusione.....	103
6.	Conclusioni.....	111

CAPITOLO IV

ASPETTI INTERNAZIONALPRIVATISTICI DEI CONTRATTI TELEMATICI

1.	Premessa.....	113
2.	Le nozioni di residenza delle persone fisiche e di stabilimento delle persone giuridiche con riguardo ai siti <i>Internet</i>	115
3.	La nozione di "sito passivo".....	119
4.	La legge applicabile.....	122
	a. Introduzione.....	122
	b. Il problema della legge applicabile ai contratti.....	123
	c. Alcune questioni in materia di forma.....	127
	d. La legge applicabile nel caso di contratti conclusi dai consumatori.....	129
5.	La giurisdizione competente.....	132
	a. Premessa.....	134
	b. La giurisdizione in materia contrattuale.....	135
6.	Alcune considerazioni sulla vendita internazionale.....	149
7.	Clausole arbitrali e "forma elettronica".....	153
8.	" <i>Alternative Disputes Resolution</i> " e commercio elettronico.....	158

CAPITOLO V

PROFILI FISCALI INTERNAZIONALI, CENNI

1.	Premessa.....	161
2.	Il concetto di "stabile organizzazione": generalità.....	165
3.	La nozione di stabile organizzazione secondo il Modello OCSE.....	167
4.	Stabile organizzazione e commercio elettronico.....	172
5.	Stabile organizzazione e <i>Internet Service Provider</i>	175
6.	Stabile organizzazione e imposizione diretta.....	177

BIBLIOGRAFIA.....	181
--------------------------	------------

ALLEGATI

- Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico
- Direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche
- Progetto UNCITRAL di Convenzione sui contratti elettronici e relazione del Segretariato

CAPITOLO I

Introduzione

Lo sviluppo e la diffusione di *Internet* ha posto all'attenzione del giurista svariate problematiche, dall'organizzazione della rete all'applicazione della disciplina pubblicistica, in particolare di ordine pubblico, già esistente oppure introdotta *ad hoc*. Per quanto concerne il primo aspetto, particolare attenzione è stata dedicata ai temi dell'interconnessione, sotto il profilo pubblicistico, e dei nomi di dominio, per quello privatistico. Il secondo punto si riferisce, invece, ad aree anche molto eterogenee fra loro, dalla tutela della *privacy* e del consumatore, alla firma elettronica, alla soluzione delle controversie.

Nel quadro delle attività *on line*, un ruolo preminente spetta al commercio elettronico, da sempre indicato come un potente strumento di sviluppo dell'economia, al punto da meritare incentivi fiscali fino all'esenzione totale dall'imposizione, come è avvenuto per un certo periodo negli Stati Uniti d'America. Oggetto di questo lavoro è, quindi, il contratto elettronico, principalmente nei suoi aspetti internazionalprivatistici, qui tanto più rilevanti in quanto la conclusione di contratti tra soggetti fisicamente distanti, localizzati in giurisdizioni diverse, costituisce un'ipotesi "normale", attesa la sostanziale irrilevanza del fattore geografico in *Internet*.

E' bene, quindi, delineare una panoramica delle peculiarità della rete, in relazione ai temi giuridici trattati. Si osservi fin d'ora, comunque, come le problematiche giuridiche dell'*e-commerce* siano, in prima istanza, riconducibili al dilemma se la rete abbisogni di regole *ad hoc*, oppure se sia sufficiente adattare quelle esistenti. La questione, già al centro di un interessante dibattito, specialmente nella seconda metà degli anni novanta, sembra ora in prevalenza orientata verso una posizione più prudente (cfr. *infra*).

1. Il cyberspazio

Le problematiche giuridiche della rete sono legate alle sue particolari caratteristiche, tra le quali, *in primis*, l'*immaterialità* e l'*aterritorialità*. Per di più, lo sviluppo di *Internet*, fin dalle sue origini, è avvenuto sull'onda della libertà e dell'autonomia privata, tuttora strenuamente difesa dagli operatori nei confronti delle iniziative di regolamentazione da parte degli Stati¹.

Un aggettivo frequentemente legato ad *Internet* è quello di "transnazionale", termine esplicativo di un mondo, per sua natura globale, dove le operazioni si svolgono indifferentemente con operatori nazionali ed esteri. Indubbiamente, la dimensione internazionale in questo caso gioca un ruolo preponderante, relegando, per converso, la legislazione nazionale ad una posizione necessariamente secondaria. E' perfino ovvio derivare da ciò

¹ Emblematica di questo atteggiamento è la posizione sostenuta dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi. Cfr., in questo senso, il *Global Action Plan for Electronic Commerce* (di cui *infra*), documento disponibile in http://www.iccwbo.org/home/menu_electronic_commerce.asp.

la convinzione che il regime ottimale per *Internet* dovrebbe essere anch'esso transnazionale, unico per tutti gli operatori del mondo, come unica è la rete².

Più in generale, si osserva come la dimensione afisica di *Internet* poco si adatti all'idea stessa del collegamento con il territorio di un singolo Stato, ciò che ripropone l'importanza potenziale, più che mai in questo ambito, di altre fonti normative, prima fra tutte la c.d. *lex mercatoria*, e cioè un diritto comune di origine privata, svincolato dai singoli ordinamenti giuridici. In quest'ottica, è stato, quindi, osservato che "quella della *lex electronica* potrebbe diventare il primo settore in cui la *lex mercatoria* troverà un'effettiva affermazione"³.

Per di più, le caratteristiche strutturali di *Internet* rendono talvolta poco efficace, se non impossibile, l'azione coercitiva degli Stati. I cittadini di un Paese che vieti l'esercizio di attività come la pornografia potranno, normalmente, accedere (anche) a siti pornografici localizzati dove ciò sia lecito, senza che sia possibile impedire del tutto questi collegamenti dal punto di vista tecnico. Al riguardo, è illuminante un noto caso giudiziario che nel 2000 ha visto contrapposta la magistratura francese al sito statunitense *Yahoo! Auctions*, sul quale si svolgevano l'esposizione e la vendita all'asta di cimeli nazisti, in violazione della vigente normativa francese. Nell'occasione, i giudici d'oltralpe convocarono tre dei più grandi esperti al mondo di *Internet*, per un parere in merito alla possibilità tecnica di escludere l'accesso dalla Francia al sito incriminato. Gli esperti concordarono nell'indicare al massimo nell'80% la limitazione agli accessi tecnicamente possibile, cosicché la vicenda si è risolta, di fatto, solo grazie alla spontanea ed autonoma iniziativa di *Yahoo!* di sospendere questa attività⁴.

² In questo senso Sacerdoli, *Il commercio elettronico tra autonomia privata, interventi statali ed iniziative internazionali*, in AA.VV., *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoli e G. Marino, Milano, 2001, p. 6.

³ In questo senso Sacerdoli, *op. cit.*, p. 7.

⁴ Cfr. Turini, *La censura contro il lato oscuro del WEB*, in *Il SOLE 24 ORE* del 22.11.2000; Plateroli, *Yahoo! Chiude la porta ai razzisti*, in *Il SOLE 24 ORE* del 4.01.2001.

La naturale anarchia della rete riporta, quindi, alla ribalta quella stessa autonomia privata che ha costituito l'essenza di *Internet* fin dalle sue origini, espressione della quale sono i codici di condotta e di autoregolamentazione elaborati da organismi associativi internazionali privati. Accanto a queste fonti, va segnalata la particolare rilevanza delle fonti extrastatali di *soft law*, che, pur non dotate di carattere vincolante, non sono irrilevanti per il diritto. In questo ambito, esse svolgono un'importante funzione integrativa di indirizzo dell'attività dei privati, sotto forma di *guidelines*, comunicazioni o leggi modello, a cura di organismi internazionali, tra i quali spicca l'attività dell'UNCITRAL⁵.

La smaterializzazione di *Internet*, e la conseguente delocalizzazione, implica l'irrilevanza della localizzazione delle parti interessate nonché, in generale, la difficoltà di individuarne la collocazione e l'identità. E', questo, uno dei problemi giuridici rilevanti di *Internet*, anche al fine di determinare la legge applicabile e la giurisdizione competente. Del resto, la conoscenza dell'ubicazione della propria controparte rappresenta un necessario presupposto anche per la tutela dei diritti, e, così, per la costruzione della fiducia degli operatori⁶. I recenti interventi normativi, come la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, hanno, quindi, tenuto conto di questa esigenza, prevedendo l'obbligo degli operatori di fornire le informazioni riguardanti l'identità e la sede⁷.

Dal punto di vista della politica legislativa, occorre, peraltro, considerare che una regolamentazione "pesante" e vincolistica finirebbe per erodere quel vantaggio competitivo, consistente nella facilità ed economicità delle transazioni, che costituisce il punto di forza del commercio *on line*. Lo

⁵ In questo senso Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 15. Sulle iniziative UNCITRAL cfr. capitolo successivo.

⁶ Non sfugge, in vero, come *Internet* sia considerata in generale un ambiente poco sicuro. A ciò contribuiscono in misura determinante elementi come l'anonimato e la distanza fisica degli operatori.

⁷ Cfr. art. 5 della direttiva (su cui *infra*).

stesso dicasi per la normativa di protezione del consumatore, uno dei temi più controversi nella predisposizione di nuovi strumenti internazionalprivatistici; dall'altro lato, non può ignorarsi come la predisposizione di un nucleo minimo di tutela degli utenti deboli della rete rappresenti un fattore indispensabile per l'incentivazione degli scambi.

2. Un nuovo regime giuridico per Internet?

Prima di andare oltre, sembra, opportuno un cenno al vivace dibattito che ha animato negli anni 90' la dottrina, specialmente negli Stati Uniti, in merito all'opportunità/necessità di adottare un regime giuridico extrastatale *ad hoc* per la rete. Anche se ormai superati nelle conclusioni, questi contributi hanno, infatti, offerto preziosi spunti per l'inquadramento sistematico e concettuale delle problematiche giuridiche di *Internet*.

Va, anzitutto, ricordata la posizione sostenuta da Johnson e Post in un noto articolo comparso sulla *Stanford Law Review* nel 1996, nel quale si affermava la necessità di sottoporre la rete ad un regime giuridico nuovo, autonomo da quelli statuali⁸.

Gli autori descrivono il cyberspazio come una specie di universo distinto da quello reale (o, meglio, "non virtuale"), caratterizzato dall'impossibilità di individuare confini fisici, in base ai quali fissare, come normalmente avviene nel "mondo reale", i limiti territoriali di applicazione dei differenti regimi giuridici⁹. Inoltre, in *Internet* viene meno la relazione stessa

⁸ A sostegno di questa tesi cfr., anzitutto, Johnson, Post, *Law and borders – The rise of law in cyberspace*, in 48 *Stanford Law Review*, 1996, p. 1367 e ss.; per una decisa affermazione in questo senso cfr. Barlow, *A declaration of the Independence of Cyberspace*, 9 Febbraio 1996, in <http://www.eff.org/barlow>.

⁹ Gli autori citano, quale esempio della peculiarità della rete, gli effetti sul diritto dei marchi, tipicamente basato su un'applicazione territoriale, al punto che per ottenere tutela su base globale il titolare di un marchio deve richiederne la registrazione in ogni paese (cfr. Johnson e Post, *op. cit.*, p. 1369).

tra gli operatori della rete e il luogo dal quale essi pongono in essere la loro attività. Al posto dei tradizionali indirizzi geografici, gli operatori della rete sono, infatti, localizzabili in base ad un indirizzo virtuale dal quale, di norma, non è possibile risalire al domicilio dell'operatore¹⁰.

Ricostruita nei suddetti termini la struttura della rete, gli autori esaminano più in dettaglio i meccanismi che mettono in crisi l'applicazione dei sistemi giuridici statuali. La relazione tra (applicazione della) legge e confini geografici, si dice, corre lungo quattro direttrici fondamentali: il potere esercitato dallo Stato sullo spazio fisico sottoposto alla Sua sovranità, la stretta relazione esistente tra un determinato comportamento e gli effetti di questo nello spazio, lo stretto legame tra il legislatore e la comunità basata in certo territorio che ne è fonte di legittimazione, la funzione "informativa" dei confini geografici, riguardo al mutamento del regime giuridico applicabile, quando detti confini vengono varcati.

Sarebbe, quindi, proprio la particolare struttura del cyberspazio, e, in particolare, l'assenza di confini geografici al suo interno, che metterebbe in crisi la tradizionale relazione tra legge e confini territoriali, e, segnatamente, la capacità dello Stato di controllare efficacemente i comportamenti dei singoli. Per di più, l'attitudine delle azioni individuali a travalicare sistematicamente l'ambito territoriale di residenza ed il dissolvimento del nesso geografico pregiudica anche i profili della legittimazione e della funzione informativa¹¹. Si sottolinea, inoltre, come, in conseguenza della

¹⁰ Gli autori sottolineano, infatti, come la rete consenta l'interazione tra soggetti che di norma non conoscono, né, talvolta, possono conoscere, la localizzazione fisica del loro interlocutore. Perfino in presenza di un nome di dominio quale ".uk", per esempio, nulla esclude che la macchina sia stata trasferita al di fuori del Regno Unito. Anche più drastico è, infine, il caso dei domain name come ".com", il cui server ben potrebbe trovarsi ovunque (cfr. Johnson e Post, *op. cit.*, p. 1371).

¹¹ Osservano gli autori come d'altro canto gli Stati, consci dell'effetto devastante del fenomeno, per la propria sovranità, cerchino in tutti i modi di controllare i flussi informativi transfrontalieri. Tale sforzo si è, però, dimostrato in larga parte vano, specialmente per quei paesi che ambiscono a rimanere integrati nel sistema del commercio internazionale (Johnson, Post, *op. cit.*, p. 1372).

natura mondiale della rete, l'intervento repressivo di un singolo Stato, quand'anche fosse tecnicamente possibile, finirebbe con lo sconfinare illegittimamente anche in altri Stati¹².

Da ciò sorgerebbe, quindi, la necessità di adottare un approccio radicalmente nuovo al fenomeno *Internet*, abbandonando il riferimento a concetti quali luogo e confine, per affidarsi ad una vera e propria legge del cyberspazio¹³. In quest'ottica, gli autori stessi non trascurano il problema, non secondario, di stabilire quali soggetti, diversi dagli Stati, possano e debbano essere eventualmente delegati all'elaborazione di tale *corpus* normativo¹⁴. In questo contesto, molta importanza viene riconosciuta all'attitudine degli utenti della rete a sviluppare sistemi di autoregolamentazione¹⁵, alcuni dei quali trovano già applicazione su larghissima scala, come i principi della c.d. "netiquette"¹⁶. A ben vedere, tali argomentazioni non sono poi così dissimili, nei presupposti, da quelle di chi ha sostenuto come *Internet* si stia caratterizzando come il luogo ideale per la nascita di un vero e proprio diritto consuetudinario, analogo alla *lex mercatoria*.

¹² Si consideri il caso in cui l'autorità giudiziaria di un Paese, ritenuta l'attività di un sito ivi gestito in contrasto con la normativa nazionale, ne interdice la prosecuzione. L'effetto di un simile provvedimento travalicherà inevitabilmente i confini nazionali, determinando l'interruzione dell'attività anche in quei Paesi in cui la stessa sarebbe stata consentita dalle leggi locali. In proposito, con riferimento al caso tedesco *Compuserve*, Johnson e Post, *op. cit.*, p. 1373, i quali ne derivano che una sorta di effetto-appiattimento sulle legislazioni più restrittive.

¹³ Un approccio di questo tipo è indicato dagli autori per risolvere i problemi giuridici in particolari materie, quali la diffamazione a mezzo *Internet*, la regolamentazione dei servizi professionali offerti tramite la rete, la protezione del diritto d'autore (così Johnson e Post, *op. cit.*, pp. 1381-1387).

¹⁴ In realtà, il problema, seppur astrattamente semplice, si rivela enormemente complesso in pratica, specialmente alla luce dell'esigenza che l'autorità preposta all'emanazione di tali norme di dotata di rappresentatività. In ogni caso, con riferimento a specifici settori, e segnatamente a quello dei nomi di dominio, gli autori auspicano senz'altro che nuove autorità siano create (Johnson e Post, *op. cit.*, p. 1387).

¹⁵ A tale riguardo, gli autori fanno riferimento, *in primis*, al potere che i *System operators* possono esercitare sui soggetti che si avvalgono dei loro servizi per accedere alla rete, capaci di escludere l'accesso coloro i quali non si attengono al rispetto di determinate regole.

¹⁶ Si avrà modo di ritornare nel capitolo II sull'argomento della *netiquette*.

Oltre a non aver trovato riscontro da parte degli Stati, la tesi di cui sopra è stata oggetto di numerose critiche anche in dottrina la quale, con argomentazioni varie, ne ha contestato tanto i presupposti di fatto, quanto le conseguenze. Si è, in particolare, osservato¹⁷ come i sostenitori della autoregolamentazione del fenomeno *Internet* abbiano erroneamente sovrastimato le peculiarità delle transazioni *on line* rispetto a quelle tradizionali. Esse, si dice, sono realizzate da persone reali e producono effetti altrettanto reali. Anche in tale contesto, quindi, non può essere negato agli Stati il legittimo interesse a regolare dette attività¹⁸.

¹⁷ Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, in *The University of Chicago Law Review*, 1998, Vol. 65, p. 1200). Con argomentazioni analoghe, in senso critico delle posizioni di Johnson e Post, cfr. Bomse, *The dependence of Cyberspace*, in *Duke Law Journal*, Vol. 50/2001, p. 1717 e ss.. Nello stesso senso cfr., altresì, Bariatti, *Internet: aspects relatifs aux conflicts de lois*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, n. 3/1997, p. 545 e ss..

¹⁸ E' stato giustamente osservato (cfr. Lessig, Slaughter, Zittrain, *The Law of Cyberspace*, in *Harvard Law Review*, Vol. 112/1999, p. 1683) come il dibattito sulla legittimità dell'intervento statale (e delle sue inevitabili conseguenze oltre confine) sia inscindibilmente legato anche alle diverse concezioni della sovranità, assunte a presupposto del ragionamento seguito. Coloro i quali sostengono la piena legittimità dell'intervento regolatorio degli Stati in questa materia, infatti, si richiamano sovente alla concezione c.d. realista della sovranità, ed in particolare ai connessi principi della territorialità e degli effetti, in base ai quali lo Stato è legittimato ad esercitare la propria giurisdizione con riguardo ad ogni comportamento che si svolga, in tutto o in parte, nel suo territorio ovvero che, pur attuato all'estero, sia destinato ivi a produrre effetti. Con specifico riferimento ad *Internet*, il principio di territorialità implica, quindi, che lo Stato avrà l'autorità di regolamentare sia la trasmissione di informazioni attraverso il proprio territorio, sia l'utilizzazione di queste informazioni da parte degli individui che si trovino sul territorio. A sua volta, il principio degli effetti legittima, ad esempio, l'esercizio della giurisdizione nei confronti di soggetti non residenti che utilizzino siti *Internet* per conseguire un risultato direttamente nel territorio dello Stato. E' interessante notare come anche gli autori favorevoli all'autoregolamentazione di *Internet* abbiano talvolta fatto appello alla medesima teoria realista della sovranità, applicando, però, i concetti tradizionali ad un cyberspazio concepito come un "territorio" virtuale, autonomo e distinto dal mondo reale.

A risultati solo parzialmente diversi giungono coloro i quali privilegiano la concezione – liberale – c.d. figurativa della sovranità, che antepone senz'altro l'individuo allo Stato, quale istituzione rappresentativa composta di numerosi individui e portatrice di una moltitudine di interessi (Lessig, Slaughter, Zittrain, *op. loc. ult. cit.*, p. 1686). In tale contesto, il compito essenziale dello Stato è quello di rappresentare la volontà generale del popolo. La tesi in oggetto ha, quindi, fornito valido sostegno all'intervento degli Stati nella regolamentazione di *Internet*, la cui natura "libera" è stata spesso vista come una vera e propria minaccia alla sovranità degli Stati e alla loro rappresentatività della volontà del corpo sociale. Analogamente a quanto avvenuto con la teoria realista, anche da questa i fautori dell'autoregolamentazione della rete hanno, comunque, saputo trarre conclusioni esattamente opposte, a suffragio delle proprie tesi. Si osservato, in particolare, come la

Non appare condivisibile, inoltre, la tesi per la quale la rete sarebbe inevitabilmente anarchica e ribelle ad ogni forma di regolamentazione proveniente da soggetti a questa estranei (tipicamente gli Stati). A tale riguardo, esemplare è il caso del governo cinese che, almeno in una prima fase, sembra avere dimostrato la fattibilità tecnica, quando il sistema sia strutturato all'uopo, di un efficace controllo sugli utenti della rete, ove semplicemente si disponga del potere di controllo sui *Provider*, che ne gestiscono l'accesso¹⁹.

Quanto alla legittimità dell'intervento regolatorio degli Stati, questa dottrina contesta la pretesa extraterritorialità di *Internet*, e ciò per il rilievo che le transazioni in oggetto avvengono pur sempre tra persone reali situate in Stati differenti, e producono risultati inevitabilmente concreti. Con argomentazioni non meno efficaci, è stata, altresì, confutata l'affermazione per la quale l'intervento del singolo Stato, destinato (inevitabilmente) a provocare effetti anche in altre giurisdizioni, sia per ciò stesso illegittimo. A sostegno di ciò soccorre, anzitutto, una valutazione *de facto*, ove si rileva che le tecnologie attualmente disponibili già consentono di limitare gli effetti transnazionali di eventuali provvedimenti interdittivi, come è avvenuto nel

teoria in oggetto deponga contro gli effetti transnazionali degli interventi regolatori degli Stati, proprio in quanto, per tale via, si metterebbe in crisi la sovranità e la rappresentatività degli altri Stati coinvolti.

Va, infine, considerata la teoria c.d. postmoderna della sovranità, che ha combinato vari punti di vista, focalizzandosi sulla dispersione dell'autorità degli Stati nazionali, in un periodo di crescente globalizzazione, a favore di autorità sovranazionali quali l'Unione Europea e l'Organizzazione Mondiale del Commercio (cfr. Lessig, Slaughter, Ziltrian, *op. loc. ult. cit.*, p. 1688-1689). In questo quadro, l'avvento e lo sviluppo di *Internet* è visto proprio quale elemento destabilizzante della sovranità dello Stato, data l'assenza di confini e il carattere necessariamente mondiale. Dati questi presupposti, non è difficile intuire come i sostenitori della autoregolamentazione della rete abbiano qui trovato un solido appiglio per sostenere le proprie tesi.

¹⁹ Cfr. Lewis, *Limiting a Medium Without Boundaries*, in *N.Y. Times*, 15 gennaio 1996, che osserva come la Cina sia riuscita sostanzialmente a controllare i flussi informativi via *Internet*, attraverso l'imposizione di un sistema centralizzato (e, come tale, facilmente controllabile) di *server*. Analogamente, osserva Lessig (*Zones of Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, Vol. 48, p. 1408) come la struttura stessa di *Internet* consenta un efficace controllo degli accessi alla rete tramite la gestione adeguata delle procedure e, in particolare, dei programmi-codice che definiscono i parametri per il collegamento dei singoli.

caso *Compuserve*, cui si è fatto riferimento²⁰. Anche al di là di tali considerazioni, va, comunque, evidenziato che l'effetto transnazionale è una costante dell'attività giurisdizionale e/ regolamentativa degli Stati in molti campi, come quello della disciplina della concorrenza o della protezione dei consumatori nei contratti internazionali²¹. Si sottolinea, altresì, come l'autoregolamentazione del cyberspazio non potrebbe, in ogni caso, impedire l'applicazione delle norme imperative che, per definizione, non possono trovare deroga ad opera delle parti. Sulla stessa linea, essi contestano l'asserita inefficacia dei tradizionali criteri internazionalprivatistici applicati al cyberspazio, sostenendo, al contrario, che il moderno diritto in materia di conflitto di leggi si adatta ugualmente alle transazioni effettuate tramite *Internet* come a quelle tradizionali²².

Alla luce delle suesposte considerazioni, pur di fronte alla complessità del problema, non può negarsi che la tesi dell'autoregolamentazione, sebbene suggestiva, non sembra convincente. Del resto, gli stessi Johnson e Post ammettono che l'autorità del "*cyberspace government*" dovrebbe, comunque, essere limitata alle aree "*unrelated to vital and localized interests of a territorial government*"²³, con ciò implicitamente riconoscendo che il mondo di *Internet* non è poi così autonomo ed indipendente da quello reale.

²⁰ Con riferimento al caso in oggetto, si è, infatti, osservato, come in seguito all'intervento delle autorità tedesche, la società abbia dotato i suoi utenti basati in Germania di un programma capace di inibire la ricezione delle trasmissioni vietate, soluzione, questa, senz'altro soddisfacente anche alla luce della normativa vigente, secondo la quale il *Provider* non è responsabile se non adotta strumenti tecnicamente possibili e ragionevoli per bloccare la trasmissione dei flussi informativi vietati dei quali sia consapevole. L'epilogo della vicenda dimostrerebbe, quindi, che la tecnologia moderna consente un efficace controllo della rete, senza che ciò comporti il necessario sconfinamento dell'intervento di uno Stato (cfr. Goldsmith, *op.cit.*, p. 1225).

²¹ In questo senso Goldsmith, *op. cit.*, p. 1239, il quale cita come esempio perfino le leggi penali (nazionali) contro il traffico internazionale di stupefacenti.

²² In sostanza, pur non negando che l'applicazione delle norme in materia di conflitto di leggi possa dare luogo a difficoltà, si sottolinea che tale problematica si pone in termini assolutamente analoga per le transazioni on line come per quelle ordinarie.

²³ Così Johnson e Post, *op. loc. ult. cit.*, p. 1395.

Tra gli altri autori che si sono occupati dell'argomento, non è mancato chi, accettando l'idea dell'aterritorialità di *Internet*, ha ipotizzato l'applicabilità del diritto del mare o del diritto spaziale²⁴. Altri hanno, invece, cercato di conciliare le contrapposte posizioni di cui sopra, giudicandole entrambe giuste e sbagliate, in quanto fondate su una concezione statica della rete, in virtù di una visione che, sebbene valida agli albori di *Internet*, non avrebbe ora più ragione di essere²⁵. Se inizialmente, infatti, l'approccio individuale si caratterizzava per la sua omogeneità, oggi si nota come gli utenti interagiscano avvalendosi di differenti "applicazioni", quali, *in primis*, la posta elettronica e i protocolli WWW e ICQ²⁶. E' da ritenersi, peraltro, che la tendenza è destinata a consolidarsi, atteso che lo scopo della rete è, in un certo senso, proprio quello di favorire la creazione di differenti potenzialità operative. Piuttosto che sulla struttura, l'attenzione andrebbe, quindi, concentrata sugli utilizzatori, e sulle modalità concrete con cui questi si avvalgono dello strumento *Internet* per soddisfare le esigenze più diverse. Per questi motivi, si preferisce orientare l'analisi giuridica ad un approccio differenziato, a seconda delle singole applicazioni utilizzate, in modo da focalizzare l'attenzione sugli utenti nel loro agire e non più sulla rete nel suo complesso. Non può negarsi come l'approccio in oggetto si riveli adeguato sotto molti profili, manifestando un'indubbia flessibilità nella ricerca di soluzioni alle possibili problematiche che potrebbero presentarsi, anche in futuro, in occasione dell'introduzione di nuove e diverse applicazioni.

Particolarmente interessante è, ancora, l'analisi condotta da alcuni autori, che hanno focalizzato l'attenzione sui meccanismi strutturali di

²⁴ Così Burnstein, *Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 29/1996, p. 88 e ss.: l'autore conduce, altresì, un'interessante analisi delle problematiche legate ad *Internet*.

²⁵ Cfr. Wu, *Application-centered Internet Analysis*, in *Virginia Law Review*, 1999, Vol. 85, p. 1163 e ss..

²⁶ L'ICQ ("I seek you") è un programma per "chattare", il quale consente agli utenti di ricercare altri soggetti con i quali poi dialogare *on line*, attraverso una finestra utilizzata congiuntamente e contemporaneamente.

coordinamento delle azioni umane, in funzione di una sistematica esemplificazione delle problematiche regolatorie delle transazioni *on line*²⁷. Partendo da questa analisi, si è osservato che, delle diverse modalità utilizzabili per la regolamentazione delle transazioni²⁸, nel cyberspazio assume rilevante importanza la struttura del sistema, intesa come configurazione fisica dello stesso (in questo caso in termini di programmi, *hardware* etc.), capace di influenzare i comportamenti degli utenti. Analogamente a quanto avviene con le barriere fisiche nel mondo reale, anche nel cyberspazio è, ad esempio, possibile adottare "barriere informatiche" capaci di inibire l'accesso a determinate aree ai soggetti che non si desidera far accedere²⁹.

Si è già avuto modo di evidenziare, infine, l'orientamento di coloro i quali hanno fortemente rivalutato l'importanza degli usi in *Internet*,

²⁷ Cfr. Lessig, *The law of the Horse*, in *Harvard Law Review*, 1999/2000, Vol. 113, p. 501 e ss.. L'autore parte da casi particolarmente significativi al riguardo: l'acquisto di film porno da parte di un minore e la tutela della privacy in *Internet*.

Quanto al primo esempio, l'autore osserva come la difficoltà principale derivi dal fatto che il venditore, a causa della distanza fisica che lo separa dal compratore, non è materialmente in grado di accertare se lo questi sia maggiorenne, come richiesto dalla legge.

Il secondo esempio mostra come nel caso di acquisti *on line*, informazioni riguardanti la persona ed il comportamento del compratore (quali l'identità, gli oggetti osservati e scelti) sono raccolte dal venditore senza che il primo possa avvedersi di ciò, contrariamente a quanto comunemente avviene nel caso di un acquisto in un tradizionale negozio, ove siano installate delle telecamere.

²⁸ In proposito Lessig, *op. ult. cit.*, p. 507. Le modalità identificate dall'autore sono: 1) la legge, nella misura in cui prevede sanzioni per coloro i quali non vi conformino i loro comportamenti; 2) le norme sociali, che si differenziano dalla legge, in quanto la loro applicazione è demandata alla comunità diffusa e non ad un organismo governativo centralizzato; 3) il mercato, meccanismo regolatore basato essenzialmente sul prezzo; 4) la struttura (*the architecture*), inteso quale il mondo fisico così come è conformato.

²⁹ L'autore sottolinea come le prime tre modalità di regolamentazione si rivelino scarsamente efficaci nel cyberspazio, e con particolare riferimento alle fattispecie di esempio (nota n. 20 che precede). Al contrario, agire opportunamente sulla struttura della rete, nel senso sopra precisato, consente, per esempio, di regolare brillantemente l'acquisto di film porno *on line*, attraverso l'adozione di opportuni sistemi per la verifica dell'età dell'utente (analogamente, per la tutela della privacy, l'autore fa riferimento all'adozione di sistemi capaci di impedire l'acquisizione di informazioni senza il consenso del soggetto interessato).

In ogni caso, l'autore sottolinea come nel caso di *Internet*, come per il mondo reale, la regolamentazione del sistema sia il risultato dell'azione congiunta dei quattro fattori sopra indicati, nonché delle reciproche influenze tra gli stessi (cfr., ampiamente, Lessig, *op. ult. cit.*, p. 511 e ss.).

sottolineando come sia la sua stessa struttura a favorirne la nascita e lo sviluppo, e spingendosi a parlare di una vera e propria *lex electronica*, una sorta di nuova *lex mercatoria* per la rete³⁰. In realtà, a questi autori non sfugge come al momento attuale potrebbe sembrare prematuro parlare di usi con riferimento al commercio elettronico o, più in generale, rispetto ad *Internet*. I contributi in argomento mirano, quindi, a rivalutare il valore degli usi, quale modalità informale di formazione di norme giuridiche, particolarmente idonea a fornire norme ad *Internet*, in alternativa sia alle fonti nazionali – per loro natura inadatte ad uno strumento per sua natura sovranazionale – che a quelle convenzionali, che necessitano di un procedimento genetico lungo e faticoso, e per ciò stesso confliggente con il rapido sviluppo della rete. Questa dottrina pone, pertanto, l'accento sulla pressante esigenza di una adeguata regolamentazione del fenomeno, in chiara e veloce evoluzione³¹.

Al momento, anche il riferimento a contratti-tipo o a codici di condotta - quali ad esempio la c.d. *netiquette* - non sembra, infatti, capace di evocare vere e proprie norme consuetudinarie³². Del resto, se non v'è dubbio che la natura transnazionale di *Internet* priva la legge nazionale di efficacia, la stessa dimensione geografica della rete rende più difficile la diffusione di comportamenti uniformi, suscettibili, in prospettiva, di costituire il nucleo di quella *lex electronica* pur tanto invocata. La formazione di usi su base regionale potrebbe al più consentire di individuare una specie di *lex*

³⁰ Così Gautrais, Lefebvre, Benyekhlef, *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica*, in *IBLR/RDAI*, n. 6/2001, p. 723 e ss., i quali argomentano la tesi tanto sulla base di motivazioni formali che sostanziali. Nello stesso senso Sacerdoti, *op. cit.*, p. 6.

³¹ Cfr. Gautrais, Lefebvre, Benyekhlef, *op. ult. cit.*, p. 737.

³² Così, nel senso di non ritenere equiparabile la *netiquette* alla *lex mercatoria*, Bariatti, *op. ult. cit.*, p. 549, la quale, pur riconoscendo che si tratta di una serie di norme assai precise dal punto di vista della loro elaborazione e del loro contenuto, sottolinea, però, come non vi siano elementi che consentano di affermare che gli utilizzatori vi fanno ricorso in ragione di quell'*opinio juris sive necessitatis* che, sola, trasforma una semplice pratica in una vera e propria norma consuetudinaria.

electronica locale, e quindi pur sempre vincolata a limiti di ordine geografico, sebbene più ampi di quelli nazionali.

3. Il recente sviluppo di strumenti internazionali in ambito privatistico – piano dell'opera

E' stato giustamente osservato come gli strumenti in materia non abbiano beneficiato degli aggiornamenti ed adattamenti richiesti dall'introduzione delle nuove tecnologie³³. L'unica eccezione, di non secondaria importanza, è costituita dal Regolamento (CE) n. 44 del 2001, che ha introdotto la possibilità di stipulare una clausola di proroga della competenza anche in forma elettronica, purché ne sia conservata una registrazione duratura³⁴. Lo stesso Regolamento contiene modifiche alle norme in materia di contratti conclusi con i consumatori, adattate anche con riferimento alle esigenze del commercio elettronico.

Allo stato attuale, altre importanti convenzioni internazionali, come la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci³⁵, ovvero la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali non hanno subito alcuna modifica o integrazione. La stessa fondamentale Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere continua ad ignorare una modalità elettronica, tra le varie ammissibili, per la stipula del patto di

³³ Cfr. Draetta, *op. cit.*, p. 52.

³⁴ Cfr. art. 23 del Regolamento, di cui ampiamente al capitolo IV.

³⁵ E' appena il caso di rilevare qui come la Convenzione di Vienna sia la meno problematica riguardo alla forma degli atti, avendo adottato, all'art. 11, il principio della piena libertà delle parti, anche riguardo alla prova del contratto in giudizio (cfr. in argomento, Camoglio, *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 785 e ss.).

arbitrato³⁶. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, è dato riscontrare analoghe difficoltà di adattamento delle norme esistenti, specialmente quelle relative alle clausole di deroga della giurisdizione (art. 4, l. 218/1995) e ai patti di arbitrato interno ed internazionale (artt. 807, 808 e 833 c.p.c.).

Gli stessi strumenti pongono, ancora, il problema di conciliare tradizionali concetti come la residenza, il domicilio o la sede, con un'entità immateriale come il sito WEB, spesso gestita da soggetti terzi, operatori professionali del settore come gli *Internet Service Provider*³⁷. A monte di tutto ciò, si rileva come i meccanismi stessi di conclusione del contratto, del tempo e del luogo della formazione del consenso, sollevino incertezze interpretative non secondarie alla luce delle previsioni esistenti. Problemi non dissimili sono riscontrabili nell'ambito del diritto tributario, specialmente con riferimento alla nozione di stabile organizzazione, rilevante ai fini delle imposte dirette.

Ciò premesso, si rileva, comunque, come negli ultimi mesi abbiano preso consistenza alcune iniziative di grande importanza per il settore, come il Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici approvato lo scorso marzo³⁸. Si tratta di uno strumento, in prospettiva, fondamentale non solo per la soluzione di alcune questioni specifiche, come quelle attinenti alla conclusione dell'accordo telematico, ma anche perché fissa alcuni principi chiave, destinati verosimilmente ad influenzare anche l'interpretazione degli strumenti esistenti e non modificati³⁹.

³⁶ Il riferimento è all'art. 11 della Convenzione, che, oltre alla stipula contestuale in forma scritta, menziona solo l'ipotesi della clausola pattuita per scambio di lettere o telegrammi (sul punto si tornerà *infra*).

³⁷ Per una panoramica generale della struttura e degli operatori della rete, si veda Sarti, *I soggetti di Internet*, in *Annuali italiani del diritto d'autore*, V-1996, p. 5 e ss..

³⁸ Ai fini della disciplina dei contratti telematici, meno rilevante è, invece, la direttiva 2000/31/CE, il cui scopo è, piuttosto, quello di istituire una cornice giuridica adeguata allo sviluppo del settore in ambito comunitario.

³⁹ Uno dei principi fondamentali adottati dal Progetto UNCITRAL è quello per cui il luogo ove sono collocate le apparecchiature *hardware* che gestiscono un sito è del tutto irrilevante ai fini della determinazione del luogo della conclusione del contratto.

Anche il Progetto per una Convenzione internazionale sulla giurisdizione e sulle sentenze straniere in materia civile e commerciale - promossa dalla Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato - la cui prima bozza era stata licenziata nel 1999, ha beneficiato, ora, di una corposa revisione nella versione 2002, che tenesse in conto anche le problematiche connesse ad *Internet* e commercio elettronico.

In buona sostanza, non sembra azzardato affermare che lungo la via tracciata da questi nuovi strumenti possa trovarsi un'egregia soluzione per la maggior parte delle questioni giuridiche connesse ai contratti telematici.

Uno dei problemi che appaiono tuttora lontani da una soluzione efficace, attiene, invece, alla tutela dei diritti in caso di controversia, attesa la totale inidoneità dei costosi e lenti strumenti tradizionali. In quest'ottica, un contributo decisivo potrà venire solo dalla predisposizione di un'efficiente rete per la soluzione delle controversie *on line*, ragionevolmente economica e rapida per le contrattazioni elettroniche.

Quanto al piano dell'opera, si tratterà, anzitutto, dell'armonizzazione comunitaria e delle fonti internazionali in materia di commercio elettronico e contratti telematici (Cap. II), per poi concentrare l'attenzione sugli aspetti contrattuali. Il Capitolo III tratterà, quindi, delle peculiarità dei contratti elettronici riguardo alle modalità, al tempo e al luogo della conclusione, mentre il successivo Capitolo IV approfondirà i profili internazionalprivatistici. Infine, nel Capitolo V si farà cenno alle problematiche fiscali internazionali dell'*e-commerce*, con particolare riferimento alla nozione di stabile organizzazione.

CAPITOLO II

Armonizzazione comunitaria e fonti internazionali in materia di commercio elettronico

Parte I – *L'armonizzazione comunitaria*

1. Premessa

L'interesse degli organi comunitari per le problematiche di *Internet* e del commercio elettronico risale almeno al 1993, quando il Consiglio europeo di Bruxelles istituì il c.d. gruppo Bangemann, composto da rappresentanti delle imprese e dei consumatori, con il compito di redigere un rapporto sui risultati raggiunti e sulle iniziative da adottare nel campo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, rapporto poi presentato nel giugno del 1994, con il titolo "*L'Europa e la società dell'informazione globale*"¹. Successivamente, l'attività della Comunità ha visto l'elaborazione di numerosi documenti programmatici e di una serie di comunicazioni ad opera della Commissione, tra le quali si distingue per i suoi riflessi

¹ Sulla base di tale rapporto, la Commissione elaborò un piano d'azione intitolato "*La via Europea verso la società dell'informazione*" (in GU C 347 del 19 luglio 1994).

internazionalistici la comunicazione del 4 febbraio 1998, intitolata "Globalizzazione e società dell'informazione. La necessità di rafforzare il coordinamento internazionale"². Le iniziative degli organi comunitari - volte principalmente all'estensione dei meccanismi del mercato unico ai servizi della società dell'informazione nella prospettiva di un quadro normativo comune - è, infine, culminata nell'adozione della direttiva 2000/31/CE, relativa ad taluni aspetti giuridici dei servizi della "società dell'informazione"³. Allo stesso periodo risalgono le direttive 2000/28/CE e 2000/46/CE, riguardanti la disciplina degli istituti di moneta elettronica. In precedenza era stata varata la fondamentale direttiva 1999/93/CE sulle "firme elettroniche", destinata a creare una delle condizioni strutturali fondamentali per la diffusione dei contratti *on line*⁴.

Anche se non promosse con specifico riferimento al commercio elettronico, assumono, infine, rilevanza, per il tema in oggetto, alcune

² Pubblicata in GU C 50 del 04 febbraio 1998. Tra le altre comunicazioni della Commissione inerenti la materia in oggetto, segnaliamo la comunicazione "L'Europa in prima linea nella società dell'informazione globale: piano d'azione evolutivo", in GU C 607 del 27 novembre 1996 nonché le comunicazioni "Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico" (in GU C 157 del 16 aprile 1997) e "Commercio elettronico e imposizione indiretta" (in GU C 374 del 17 giugno 1998), che hanno preceduto la direttiva 2000/31/CE di cui si dirà appresso.

³ La nozione di "servizi della società dell'informazione" è stata introdotta dall'art. 1 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 1998/34/CE, del 22 giugno 1998, concernente la procedura di informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (in GU L 204 del 21 luglio 1998, p. 37, modificata dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 1998/48/CE, in GU L 217 del 05 agosto 1998, p. 18), e comprende "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante attrezzature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e su richiesta individuale di un destinatario di servizi".

In forza di tali provvedimenti, è stato, così, esteso l'obbligo informativo, da parte degli Stati membri nei confronti della Commissione, riguardante i progetti di regolamentazioni tecniche - nonché quello, connesso, di attendere determinati periodi di tempo prima della loro emanazione - anche ai servizi della società dell'informazione. Anche questa normativa si pone come un presupposto essenziale per garantire quel contesto strutturale necessario allo sviluppo del commercio *on line*.

⁴ Per mera completezza, segnaliamo, infine, un altro provvedimento a carattere generale riguardante il commercio elettronico, la direttiva 98/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998, relativa ad una modifica della direttiva 98/34/CE che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

direttive comunitarie poste a tutela dei consumatori, tra le quali spicca la direttiva 1997/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997⁵, riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza, la cui applicabilità ai contratti telematici non è in discussione.

Si tratta, pertanto, di un quadro normativo completo ed articolato, a conferma della chiara opzione delle istituzioni comunitarie per una regolamentazione omogenea del fenomeno, attraverso l'uso di uno strumento flessibile come la direttiva.

La parte I del presente capitolo sarà dedicata all'analisi delle direttive in materia di commercio elettronico e firma elettronica nonché, per un cenno, alle direttive riguardanti la moneta elettronica. Per quanto riguarda la direttiva 1999/7/CE, infine, vi si farà riferimento di volta in volta allorché si tratterà della disciplina materiale applicabile ai contratti telematici.

2. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico

Adottata l'8 giugno 2000 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, la direttiva 2000/31/CE⁶ si presenta quale provvedimento volto ad istituire un

⁵ La direttiva 1997/7/CE è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 185 del 22 maggio 1999 (pubblicata in GU n. 143 del 21 giugno 1999). Sull'argomento si veda, Valeriani, *La direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 185; Toriello, *La direttiva sulle vendite a distanza: prime note di commento*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, p. 843; Regoli, *La Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, p. 832.

⁶ Pubblicata in GU L 178 del 17 luglio 2000, p. 1. Va segnalato che la direttiva ha incontrato una vivace opposizione nel corso del suo iter approvalivo al punto che, a seguito dei numerosi emendamenti apportati in prima lettura dal Parlamento Europeo il 6 maggio 1999 (in GU C 279 del 1° ottobre 1999, p. 389), la Commissione ha presentato una nuova proposta modificata in data 17 agosto 1999 (il parere del Comitato Economico e Sociale è, invece, in GU C 169 del 16 giugno 1999, p. 36). Per un commento della direttiva 2000/31/CE e degli atti precedenti si veda Marini, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 329 e ss., e gli ampi riferimenti bibliografici e normativi ivi contenuti. In generale, per un esame della direttiva, cfr. Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 58 e

vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società europea dell'informazione già prefigurata, nel 1992, dal libro bianco sulla crescita, competitività e occupazione⁷.

Il documento mira a favorire, anzitutto, l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi della società dell'informazione, sopprimendo gli ostacoli frapposti dalle differenze nelle legislazioni nazionali e fornendo un quadro chiaro per taluni aspetti giuridici dell'*e-commerce*, nel rispetto dei noti principi comunitari di sussidiarietà e proporzionalità. E' la stessa direttiva che enuncia questi obiettivi, funzionali all'instaurazione ed al buon funzionamento di un mercato digitale unico, individuando la sua base giuridica negli artt. 47, 55 e 95 del Trattato di Roma⁸.

Il provvedimento si occupa della regolamentazione di differenti aspetti del commercio elettronico, prevedendo il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di: stabilimento dei prestatori, comunicazioni commerciali, contratti per via elettronica, responsabilità degli intermediari, codici di condotta, composizione stragiudiziale delle controversie, ricorsi giurisdizionali e cooperazione tra gli Stati membri (art. 1, par. 2).

E' importante sottolineare, comunque, che la direttiva non ha introdotto norme supplementari al diritto internazionale privato né è

ss.; Parenti, *L'armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, in *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001, p. 82 e ss., nonché, dello stesso autore, *La direttiva comunitaria sul commercio elettronico*, in *Economia & Management*, 2000, p. 44; Zanobetti, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Dir. dell'Unione europea*, 2000, pp. 665-667; Le Berre, Arnould, Derenne, *Le nouveau droit communautaire du commerce électronique*, in *Journal des tribunaux, Droit européen*, 2002, p. 113.

⁷ In *Bollettino delle Comunità europee*, suppl. 6/93, 1993.

⁸ La stessa direttiva pone altri obiettivi, relativi all'incremento degli investimenti nell'innovazione tecnologica, al rafforzamento della competitività dell'industria europea, allo sviluppo dell'occupazione nella comunità, lo stabilimento di legami sempre più stretti tra i popoli europei, in considerazione della natura tipicamente transnazionale del commercio elettronico (cfr. i considerando 1, 2 e 3).

intervenuta in materia di competenze degli organi giurisdizionali⁹. L'art. 1.5 completa, quindi, il quadro delle esclusioni, stabilendo che la stessa non si applica al settore tributario, alle questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive 95/46 e 97/66¹⁰, alle questioni relative ad accordi o pratiche disciplinati dal diritto delle intese nonché, infine, alcune categorie di servizi che sono stati tenuti fuori in ragione della loro specificità¹¹.

a. Il mercato interno e il regime di stabilimento

L'art. 3 introduce (anche) nel capo dei servizi della società dell'informazione il principio del "paese d'origine", affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia fin dagli anni '70. In applicazione di tale principio, come noto, un servizio legalmente fornito in uno Stato membro deve poter essere liberamente prestato in tutta la Comunità, anche in assenza di misure di armonizzazione comunitaria delle differenze tra le legislazioni nazionali. A tale scopo, il par. 2 dell'art. 3 vieta agli Stati membri di *"limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro"* per motivi che rientrino nell'ambito regolamentato.

Tale condizione segna, certo, un passaggio cruciale, costituendo il presupposto logico ed indefettibile per la creazione di un mercato interno dei servizi della società dell'informazione, soprattutto alla luce del carattere

⁹ Così, espressamente, l'art. 1, par. 4, della direttiva.

¹⁰ La direttiva 95/46 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, è pubblicata in GU L 281 del 23 novembre 1995, p. 31; la direttiva 97/66 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, è pubblicata in GU L 24 del 30 gennaio 1997, p. 1.

¹¹ Si tratta delle attività dei notai o di altre professioni equivalenti, *nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l'esercizio dei pubblici poteri, la rappresentanza e la difesa processuali, i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse* (art. 1, par. 5, lett. d).

transnazionale del fenomeno *Internet*. L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento comporterà, ad esempio, che un prestatore di servizi stabilito in Italia sarà soggetto al rispetto dei soli adempimenti amministrativi richiesti nel nostro Paese e ciò indipendentemente dal fatto che il prestatore in questione si avvalga di *server* localizzati in un secondo Paese o, ancora, che i servizi siano specificamente erogati a favore di soggetti residenti in un terzo. Tale conclusione appare giustificata anche alla luce della nozione di "prestatore stabilito", di cui alla lett. c) dell'art. 2, definito quale "prestatore che esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile", mentre si sancisce espressamente la non necessaria rilevanza per l'individuazione di uno stabilimento di elementi quali "la presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio". Il quadro definito dalla disciplina in oggetto ammette, quindi, quale unica supervisione sulle attività economiche rientranti nel suo campo di applicazione, quella del Paese dello stabilimento del prestatore, nel senso di cui sopra.

Considerata la natura di *Internet*, non può non condividersi l'opinione di chi ha osservato come l'adozione del principio del Paese d'origine sia l'unico approccio praticabile per assicurare una qualche forma di controllo degli operatori nell'universo globale del commercio elettronico¹².

Nella prospettiva della liberalizzazione del mercato, il principio del Paese d'origine deve essere coordinato con quello della "assenza di autorizzazione preventiva" di cui al successivo art. 4, par. 1, in base al quale gli Stati membri garantiscono che l'accesso all'attività dei prestatori - e dei loro servizi - non siano soggetti ad autorizzazione preventiva o ad altri requisiti di effetto equivalente. La norma in oggetto è intesa a favorire,

¹² Così Parenti, *L'armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, op. cit., p. 85, il quale sottolinea come il principio in oggetto non si applichi ad alcune questioni pure di grande importanza, quali i rapporti tra le associazioni dei consumatori e quelle delle imprese e quelli concernenti la legge applicabile e la giurisdizione competente.

innanzitutto, l'accesso delle imprese - specie quelle piccole e medie - al commercio elettronico, per le quali questo strumento può costituire un eccezionale volano di sviluppo anche in ragione dei costi estremamente ridotti.

In definitiva, l'applicazione congiunta dei principi stabiliti dagli artt. 3 e 4 comporta la possibilità per ogni cittadino comunitario di esercitare la propria attività per il tramite di un sito WEB (salve, come si è detto, le esclusioni previste per alcune attività) e di far ciò non solo nell'ambito del proprio Paese di stabilimento, ma in tutti gli altri Stati membri, ciò che nel caso del commercio elettronico appare doppiamente giustificato, data la sua vocazione naturalmente transnazionale.

b. Gli adempimenti dei prestatori

L'esigenza di assicurare la massima libertà economica agli operatori del commercio elettronico trova il suo opportuno complemento nella necessità di garantire che l'attività venga esercitata in condizioni di trasparenza e sicurezza per i destinatari dei servizi. Nel caso del commercio elettronico, tale obiettivo si presenta anche più problematico, considerato l'anonimato che potenzialmente caratterizza le transazioni *on line*, rendendo così più probabile il verificarsi di inconvenienti nelle transazioni.

In tale ottica l'art. 5 della direttiva prevede che i prestatori di servizi rendano "*facilmente accessibili in modo diretto e permanente*" ai destinatari del servizio e alle competenti autorità alcune informazioni essenziali come il nome, l'indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito, gli "*estremi*" che permettono di contattare e di comunicare direttamente con lui (compreso l'indirizzo di posta elettronica) nonché i dati relativi alla sua iscrizione in un registro di pubblico commercio e all'autorità di controllo, qualora l'attività sia

soggetta ad iscrizione e/o ad autorizzazione¹³. Il par. 2 prevede, poi, che, ogniqualevolta si faccia riferimento ai prezzi, questi siano indicati "in modo chiaro e inequivocabile", specificando se comprendono le imposte e i costi di consegna¹⁴.

I successivi artt. 6, 7 e 8 pongono alcuni specifici obblighi e limiti in materia di comunicazioni commerciali, tema, questo, particolarmente delicato nel caso del commercio elettronico in ragione del larghissimo uso che ne fanno gli operatori (essenzialmente dovuto ai costi estremamente ridotti).

L'art. 6 fissa i requisiti delle comunicazioni commerciali, indicando alcuni importanti principi, quali la riconoscibilità di questi messaggi in quanto tali e l'identificazione del soggetto per conto del quale essi sono inviati.

Di particolare interesse è la disciplina prevista dal successivo art. 7 in materia di comunicazioni commerciali non sollecitate (c.d. *spamming*). Questo tipo di comunicazioni commerciali, inviate di solito tramite posta elettronica, riveste particolare importanza in *Internet*, dove gli operatori, approfittando della gratuità della posta elettronica, inviano lo stesso messaggio a una pluralità di destinatari, i cui indirizzi sono sovente forniti da

¹³ Per quanto riguarda le professioni regolamentate, la lettera f) dell'art. 5 precisa, poi, l'obbligo di indicare:

- l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il fornitore sia iscritto, il titolo professionale;
- il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato;
- un riferimento alle norme professionali vigenti nello Stato membro di stabilimento nonché le modalità di accesso alle medesime.

¹⁴ Nel caso di contratti conclusi con i consumatori, gli obblighi informativi di cui agli artt. 5 e 10 (cfr. *infra*) della direttiva 2000/31/CE dovranno essere coordinati e integrati con quelli sanciti dall'art. 4 della direttiva 1997/7/CE che al par. 1 stabilisce che "In tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni: a) identità del fornitore e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, indirizzo del fornitore; b) caratteristiche essenziali del bene o servizio; c) prezzo del bene o servizio, comprese tutte le tasse o imposte; d) eventuali spese di consegna; e) modalità di pagamento, consegna o esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso, tranne che nei casi di cui all'articolo 6, paragrafo 3; g) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; h) durata della validità dell'offerta o del prezzo; i) se del caso, durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi di esecuzione continuata o periodica".

società attive nella raccolta di informazioni riguardanti i consumatori *on line*. Questa forma di pubblicità è particolarmente intrusiva della *privacy* e, talvolta, giunge al punto di creare veri e propri inconvenienti tecnici oggettivi, provocando l'intasamento delle caselle di posta elettronica, dotate di una capacità pur sempre limitata. Nella migliore delle ipotesi, l'involontario destinatario di tali messaggi sarà, comunque, obbligato a perdere del tempo per la loro lettura ed eliminazione senza contare, poi, la possibilità di danni al sistema informativo causati dalla presenza di *virus* in eventuali *file* allegati. Non stupisce, quindi, che la pratica dello *spamming* sia vietata dalla *netiquette*¹⁵.

La scelta del legislatore comunitario è andata, però, nella direzione di non vietare questa forma di propaganda commerciale, lasciando ai singoli Stati membri la decisione se consentirla o meno in sede di trasposizione della direttiva¹⁶. Ove lo *spamming* sia ammesso, i messaggi dovranno, comunque, consentire la loro immediata riconoscibilità (art. 7, par. 1), in modo da facilitare l'opera di pulizia della casella postale da parte dei destinatari, sulla base della lettura del solo oggetto del messaggio. Ai sensi del par. 2 dell'art. 7, è, inoltre, previsto che i prestatori che effettuino lo *spamming* debbano consultare periodicamente e rispettare i registri in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali. La direttiva ha, cioè, previsto un meccanismo c.d. *opt-out*, che impone ai privati di attivarsi onde manifestare la loro volontà di non ricevere messaggi di *spamming*, penalizzando, quindi, le esigenze di tutela della *privacy*¹⁷.

¹⁵ Per un cenno alla *netiquette*, si rinvia alla premessa della parte II di questo capitolo.

¹⁶ Ai sensi della direttiva, gli Stati dovranno decidere se consentire o meno l'invio di comunicazioni commerciali verso il proprio territorio. In tal modo la disciplina statale in materia di *spamming* interferirà inevitabilmente con il principio del controllo dello Stato d'origine.

¹⁷ In questo senso Parenti, *L'armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, op. cit., p. 88, il quale osserva, inoltre, come l'approccio *opt-out* si ponga in

Va, peraltro, rilevato che il testo del par. 2 dell'art. 7 fa riferimento al diritto di iscriversi nei registri per le sole "persone fisiche". La rigorosa trasposizione della norma sembrerebbe, quindi, comportare l'impossibilità per i soggetti diversi dalle persone fisiche di sottrarsi alle comunicazioni commerciali non sollecitate in tutti quei Paesi che decidano di non vietare lo *spamming*.

Sempre in materia di comunicazioni commerciali, va, infine, segnalato l'art. 8 della direttiva, dedicato specificamente alle professioni regolamentate, per le quali sono posti limiti più stringenti. La norma prescrive, infatti, che, in questi casi, la comunicazione avvenga nel rispetto delle regole professionali attinenti alla deontologia e, in genere, al decoro della professione ponendo l'accento sull'obbligo degli Stati di elaborare codici di condotta a livello comunitario al fine di precisare le informazioni che in concreto possano essere fornite a fini di comunicazione commerciale.

c. Le disposizioni riguardanti i contratti telematici (rinvio)

Le disposizioni relative ai contratti telematici saranno esaminate più in dettaglio nei capitoli successivi. Cionondimeno, è opportuno in questa sede fare un cenno agli artt. 9, 10 e 11 della direttiva.

L'art. 9 mira a garantire, salve le eccezioni di cui al par. 2, la fattibilità giuridica dei contratti telematici, imponendo agli Stati di far sì che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica.

La disposizione di cui all'art. 10 costituisce una specificazione ed una integrazione degli obblighi informativi a carico del prestatore di cui già all'art.

contrasto con le norme italiane poste a tutela dei dati personali, improntate essenzialmente sul principio del consenso preventivo.

5, destinate a mettere in grado il cliente di gestire consapevolmente la transazione contrattuale e di esercitare i propri diritti¹⁸.

Più controversa è, infine, l'interpretazione dell'art. 11, che delinea le tappe del procedimento di conclusione del contratto telematico giungendo a stabilire, secondo alcuni, il momento di conclusione dello stesso¹⁹.

d. La responsabilità degli intermediari

La disciplina dettata dagli artt. 12-15 in materia di responsabilità degli intermediari costituisce indubbiamente una parte assai significativa del quadro normativo delineato dalla direttiva. Il ruolo di questi soggetti è, infatti, cruciale per il (corretto) funzionamento della rete, essendo a loro affidata l'attività di fornitura degli accessi a *Internet* e la trasmissione o il deposito di informazioni fornite dal destinatario del servizio²⁰.

L'importanza di questo tema appare evidente laddove si consideri che gran parte degli illeciti commessi tramite la rete riguarda la violazione dei diritti in materia di tutela della proprietà intellettuale, attuata mediante pubblicazione *on line* di materiale in violazione delle normative di riferimento. Per questi motivi, in sede di approvazione della direttiva la *lobby* della c.d. *Content Industry* ha esercitato pressioni nel tentativo di ridurre l'area delle possibili esenzioni per gli intermediari. Imporre oneri gravosi su questi ultimi

¹⁸ Si veda, in argomento, quanto osservato in relazione agli obblighi informativi di cui all'art. 5 della direttiva 2000/31/CE, riguardo alla necessità di coordinamento con l'art. 4 della direttiva 1997/7/CE (cfr. nota 13 *supra*).

¹⁹ Così Sarzana di S. Ippolito, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano 2001, p. 19 e ss.. Sul punto si veda il par. 3 del capitolo successivo, in tema di momento di conclusione del contratto telematico.

²⁰ In generale, sul tema della responsabilità civile in *Internet*, si veda E. Tosi, *Le responsabilità civili*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 233 e ss.; con particolare riferimento alla problematica della responsabilità degli intermediari in *Internet* alla luce dell'ordinamento francese, cfr. Riccio, *La responsabilità del Provider nell'esperienza francese: il caso Halliday*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 929.. Infine, per un commento della recente normativa comunitaria, si veda Pallaro, *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi Internet in diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 137 e ss., il quale compie, altresì, un *excursus* sulla giurisprudenza francese in materia.

avrebbe, però, comportato, di fatto, una compressione della loro attività, obbligandoli a controllare sistematicamente un'enorme mole di informazioni, anche se trattate per intervalli di tempo molto brevi, e ciò con evidente pregiudizio per il funzionamento generale della rete.

Il legislatore comunitario ha, quindi, opportunamente differenziato il livello di responsabilità degli intermediari - gestori di una rete o *Internet Service Provider* (ISP) - in ragione del loro minore o maggiore coinvolgimento nel trattamento delle informazioni e della conseguente possibilità di operare sulle stesse un controllo effettivo. Pertanto, la direttiva impone oneri via via crescenti agli intermediari a seconda che questi siano coinvolti in un'attività di semplice trasporto ("*mere conduit*"), di memorizzazione temporanea ("*caching*")²¹ o, infine, duratura ("*hosting*") delle informazioni²².

L'art. 12 stabilisce che l'ISP non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che non origini la trasmissione, né selezioni il destinatario né, infine, selezioni o modifichi le informazioni trasmesse²³. Nel caso di memorizzazione temporanea, l'art. 13 richiede che l'ISP, oltre a non modificare le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso e aggiornamento delle stesse e si attivi prontamente per rimuovere le informazioni *cached*, non appena venga a conoscenza che quelle iniziali sono state rimosse dal *server* originario.

²¹ Con l'espressione *caching* si intende la memorizzazione temporanea di informazioni, sistema che permette di migliorare notevolmente le prestazioni fornite dall'ISP, specialmente in termini di velocità. Ogni volta che un utente visita un sito, le informazioni in esso contenute vengono, così, depositate su server intermedi tra quello ordinario e quello di destinazione, riducendo i tempi per la navigazione tra le varie pagine di un sito.

²² L'attività di *hosting* consiste, invece, nel mettere a disposizione di un terzo il *server* (o, meglio, parte della sua memoria). In questo modo, l'accesso a *Internet* è garantito anche a coloro (e sono i più) che non intendano dotarsi di un *server* proprio, sostenendo i relativi ingenti costi.

²³ L'applicazione di questo principio escluderà, ad esempio, la responsabilità dell'ISP per la distribuzione di materiale diffamatorio quando si sia limitato a mettere a disposizione un canale per la trasmissione.

Come è comprensibile, ben più stringenti sono i limiti posti a carico degli ISP ove l'attività esercitata sia qualificabile come *hosting*: l'art. 14, infatti, esclude la responsabilità solo nel caso in cui l'ISP dimostri di non essere a conoscenza che le attività o le informazioni sono illecite (lett. a). Per quanto attiene ad eventuali "azioni risarcitorie" è, inoltre, richiesto che questi non sia consapevole "di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione" (lett. b)²⁴.

Quanto sopra suggerisce come la norma operi una distinzione tra l'ipotesi di responsabilità penali e/o amministrative, per le quali si richiede che l'ISP ignori l'illiceità, e responsabilità civile risarcitoria, per evitare la quale l'ISP deve dimostrare di non essere al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità²⁵. La direttiva attribuisce, altresì, agli Stati la facoltà di prevedere che loro autorità giudiziarie o amministrative impongano a questi intermediari di porre fine ad una violazione o di impedirla; ancora, potranno essere definite procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

Agli oneri per gli ISP di cui all'art. 14 limitatamente all'ipotesi di *hosting* fa, peraltro, riscontro il divieto agli Stati di imporre un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che gli ISP trasmettono o memorizzano, in base all'art. 15.

e. Disposizioni in merito all'applicazione della direttiva

Il Capo III della direttiva contiene alcune disposizioni in merito all'applicazione della stessa. Tra queste, balza subito all'attenzione il ruolo importante che il legislatore comunitario attribuisce all'elaborazione di codici di condotta, volti a contribuire all'efficace applicazione degli artt. da 5 a 15.

²⁴ Appena al corrente di simili fatti e circostanze fatti l'ISP ha, però, il dovere di agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

²⁵ Così Pallaro, *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi Internet in Diritto Comunitario*, op. cit., p. 149.

Gli artt. 17 e 18 si occupano, in particolare, del problema della tutela giurisdizionale. L'art. 17 pone l'accento sulla necessità per gli Stati di favorire l'uso di strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie, *"anche per vie elettroniche adeguate"* (par. 1). L'esigenza di incoraggiare forme di composizione stragiudiziale delle controversie viene poi ribadita con particolare riferimento alle controversie di cui sia parte un consumatore. La norma nasce dall'esigenza di affrontare il problema della tutela giurisdizionale dei soggetti che si avvalgono dei servizi della società dell'informazione, alla luce dei costi e dei tempi necessari a rendere effettiva questa tutela²⁶. La disciplina è completata dal successivo art. 18, che impone agli Stati di prevedere strumenti giurisdizionali che consentano di pervenire rapidamente all'adozione di *"provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e impedire ulteriori danni agli interessi in causa"*.

Tutte le disposizioni in oggetto rivestono, indubbiamente, grande importanza, considerato che il successo della rete deriverà, anzitutto, dalla fiducia che gli operatori avranno potranno riporre nello strumento nonché nella possibilità concreta di far valere i propri diritti.

3. La direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche

Il 13 dicembre 1999 veniva adottata la direttiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, *"relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche"*, della quale si era fatta promotrice la Commissione

²⁶ In generale, sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie con riferimento al commercio elettronico, si segnalano le iniziative OCSE e, in particolare, la Conferenza tenutasi all'Aja l'11-12 dicembre 2000 intitolata *Building Trust in the Online Environment: Business-to-Consumer Dispute Resolution* (il materiale relativo è reperibile sul sito dell'OCSE, all'indirizzo <http://www.oecd.org/EN/document>). Sull'argomento si avrà modo di tornare diffusamente nel capitolo IV.

europea²⁷. Lo scopo perseguito dal provvedimento è indicato al primo comma dell'art. 1, ove si stabilisce che la direttiva *“è volta ad agevolare l'uso delle firme elettroniche e a contribuire al loro riconoscimento giuridico. Essa istituisce un quadro giuridico per le firme elettroniche e taluni servizi di certificazione al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno”*.

Si tratta, in vero, di un intervento di notevole importanza per lo sviluppo dei contratti telematici, che incontrerebbero limiti di validità formale in mancanza della possibilità di una firma elettronica giuridicamente equiparabile alla tradizionale sottoscrizione autografa.

Nel caso del commercio *on line* occorre, inoltre, garantire che la sottoscrizione elettronica così apposta (e le procedure relative) avesse validità anche al di là del Paese dove erano situati gli organismi incaricati della gestione del sistema. In proposito, il considerando 4 sottolinea che la divergenza delle norme in materia di riconoscimento giuridico delle firme elettroniche e di accreditamento dei prestatori dei servizi di certificazione negli Stati membri può costituire un grave ostacolo all'uso delle comunicazioni elettroniche e del commercio elettronico. Ancora, nel Considerando 5, si dice: *“occorrerebbe promuovere l'interoperabilità dei prodotti di firma elettronica ... ; per garantire la libera circolazione nel mercato interno e infondere fiducia nelle firme elettroniche, è necessaria la conformità ai requisiti essenziali specifici relativi ai prodotti di firma elettronica ...”*.

Il sistema delineato dalla direttiva dovrebbe consentire di risolvere efficacemente questi problemi, con l'adozione di un quadro giuridico nel quale assume un ruolo cruciale la figura del *“certificatore”*.

a. Ambito di applicazione – definizioni

²⁷ Cfr. documento COM(98) 297/2.

Coerentemente agli obiettivi esposti nei considerando, l'art. 1 della direttiva definisce l'ambito di applicazione escludendone espressamente gli aspetti relativi alla conclusione, alla validità dei contratti o ad altri obblighi giuridici in presenza di requisiti relativi alla forma prescritti dal diritto nazionale o comunitario; né la direttiva intende pregiudicare le norme e i limiti che disciplinano l'uso dei documenti contenuti nel diritto nazionale o comunitario.

Tra le definizioni contenute nell'art. 2, rilevanti sono quelle di cui ai punti 1) e 2) riguardanti, rispettivamente, le nozioni di "*firma elettronica*" e "*firma elettronica avanzata*". La direttiva non fa riferimento a standard tecnici determinati, ciò che è particolarmente opportuno alla luce della rapida evoluzione tecnologica che caratterizza il settore (cfr. Considerando 8)²⁸.

Dal punto di vista terminologico si osserva come la direttiva parli in generale di "*firma elettronica*" e non di "*firma digitale*", espressione, quest'ultima, già utilizzata nel d.p.r. 513/1997. Tale ultimo concetto è, infatti, più ristretto, presupponendo l'utilizzo della sola crittografia giuridica basata sul sistema delle chiavi asimmetriche. Il concetto di firma elettronica - tecnologicamente neutro - è, invece, più ampio, non essendo legato all'uso di una particolare tecnica informatica ed include, pertanto, anche quella digitale²⁹.

La direttiva procede, quindi, limitandosi a fissare funzioni-obiettivo ed indicando due diversi tipi di firma: una prima, "*semplificata*", definita come insieme di "*dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite*

²⁸ L'approccio tecnologicamente neutro è, del resto, quello preferito nella redazione degli strumenti normativi in materia, e segnatamente quello elaborati in sede UNCITRAL di cui appresso.

²⁹ In altre parole, il concetto di firma digitale costituisce un sottoinsieme di quello di firma elettronica. Il primo è descritto con riferimento ad una procedura tecnica da adottarsi, mentre il secondo è descritto con riguardo alla funzione che la firma deve assolvere, ai risultati che deve garantire, senza indicare necessariamente la tecnologia concretamente impiegata, e ciò in conformità alle opportune scelte metodologiche della direttiva. Sul punto si veda

*associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzata come metodo di autenticazione”, ed una seconda, “avanzata”, per la quale si richiede che: a) sia connessa in maniera unica al firmatario; b) sia idonea ad identificare il firmatario; c) sia creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare il proprio controllo esclusivo; d) sia collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire ogni successiva modifica di detti dati. Anche in questo caso, si tratta di definizioni aperte, a conferma dell’approccio indicato nel considerando 8, ove si dà atto che la rapida evoluzione tecnologica e il carattere globale di *Internet* rendono necessario un approccio aperto alle varie tecnologie e servizi che consentono di autenticare i dati in modo elettronico³⁰.*

La valenza giuridica di tali tipi di firme è stabilita dall’art. 5 della direttiva. Per le firme elettroniche avanzate la norma impone agli Stati membri di provvedere a che esse posseggano *“i requisiti legali di una firma in relazione ai dati in forma elettronica così come una firma autografa li possiede per i dati cartacei e siano ammesse come prova in giudizio”*. La firma avanzata è, quindi, equiparata in tutto ad una tradizionale sottoscrizione autografa, tanto sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale della prova degli atti.

Più complesso è il discorso per quanto concerne la firma elettronica semplificata che, per definizione, non offre le stesse garanzie in termini di certezze sulla provenienza ed integrità del documento. Cionondimeno, il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno conferire una qualche validità anche a questo tipo di firma la cui utilità risiede, evidentemente, nella

Delfini, *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, in *I contratti*, 2000, p. 424.

³⁰ Va, peraltro, rilevato che allo stato attuale, l’unica tecnologia capace di assicurare contemporaneamente il soddisfacimento di tutti i requisiti imposti per la firma elettronica avanzata è proprio quella digitale basata su un sistema di autenticazione a coppia di chiavi asimmetriche. Al momento, quindi, è lecito affermare che la firma elettronica avanzata e la firma digitale sono espressioni di fatto coincidenti.

maggior facilità d'uso, fattore, questo, non certo secondario nell'economia generale delle transazioni *on line*. Il par. 2 dell'art. 5, prescrive, pertanto, che detta firma non sia considerata legalmente inefficace e inammissibile come prova in giudizio³¹.

Il quadro giuridico delineato dalla direttiva si completa, quindi, con la disciplina diretta ai soggetti preposti alla gestione del sistema e destinati a garantirne il buon funzionamento (cfr. par. c) *infra*).

b. La crittografia e la firma digitale

Prima di procedere nella trattazione di alcuni profili specifici della direttiva 1999/93, sarà utile fornire qualche cenno in ordine al concetto di crittografia e alla sua utilizzazione nel campo delle transazioni *on line*.

Come noto, uno dei problemi principali per la conclusione di contratti telematici che richiedano la forma scritta risiede nella difficoltà di apporre una sottoscrizione digitale che, analogamente alla tradizionale firma autografa, garantisca la paternità e l'integrità del documento.

Nel mondo virtuale di *Internet* svariati sono i sistemi utilizzabili per assicurare il rispetto dei due requisiti sopra indicati, quasi sempre basati sul concetto di firma elettronica. In tale accezione possono rientrare la "scannerizzazione" della firma autografa apposta in calce al testo inviato – intuitivamente molto vicina a quella tradizionale – e l'utilizzazione dei dati biometrici dell'autore, come la tonalità della voce o le impronte digitali – che vengono riconosciuti dal *computer* di colui che riceve il messaggio. Il punto debole di tali tecniche è, però, lo scarso grado di sicurezza intrinseca che le caratterizza, derivante principalmente dalla circostanza che la firma non è legata al documento nella forma e nei termini in cui questo è stato creato dal suo autore: nulla impedisce di pensare, ad esempio, che il destinatario alteri

³¹ Cfr., in merito, il d.lgs. n. 10 del 23 gennaio 2002 (di cui *infra*), che ha trasposto la norma in oggetto nell'ordinamento italiano stabilendo che la firma elettronica in forma semplificata

il documento dopo averlo ricevuto, mettendo, così, in crisi la fondamentale esigenza dell'integrità.

A ciò aggiungasi che *Internet* è comunemente ritenuta, e non sempre a torto, un ambiente poco sicuro per le telecomunicazioni. Chiunque, anche senza l'ausilio di strumenti sofisticati, può, infatti, essere in grado di carpire ed alterare le informazioni presenti sulla rete. La scarsa sicurezza di *Internet* costituisce, del resto, uno dei principali fattori limitativi della diffusione del commercio elettronico. Un importante contributo alla soluzione di questi problemi può venire proprio dalla tecnologia della firma digitale che costituisce, come sopra accennato, una *species* del *genus* firma elettronica. Questa tecnica, nella sua formulazione più avanzata, comporta l'applicazione di un algoritmo - basato su una chiave di criptazione determinata - ad un testo, che diviene così incomprensibile, potendo essere decriptato soltanto mediante l'applicazione di una chiave adeguata.

Nei sistemi a chiavi simmetriche il testo criptato può essere decifrato soltanto utilizzando la medesima chiave. Diversamente, nei sistemi a coppia di chiavi asimmetriche, la decriptazione del testo avviene con una chiave diversa da quella usata per la criptazione³². Quest'ultimo sistema si rivela particolarmente adatto alle transazioni telematiche, quando la coppia di chiavi utilizzate sia costituita da una chiave "privata" e una "pubblica", accessibile a tutti. Il destinatario del messaggio, infatti, applicando la chiave pubblica ha la possibilità di accertarsi sia della provenienza del documento (la chiave pubblica può, infatti, decriptare solo il messaggio criptato con la corrispondente chiave privata) sia la sua integrità, in quanto una successiva alterazione del documento ne renderebbe impossibile la decriptazione³³.

sia liberamente valutabile dal giudice.

³² Deve trattarsi, comunque, di quell'unica chiave "abbinata" alla prima.

³³ La tecnologia in oggetto consente, peraltro, di assicurare anche la segretezza del messaggio durante il suo "percorso virtuale". Dopo aver applicato la propria chiave privata, il mittente può, infatti, criptare una seconda volta il documento utilizzando la chiave pubblica del destinatario. Al omento della ricezione, questi potrà decriptare il documento applicando

c. I servizi di certificazione

Figura centrale nell'ambito del sistema è quella del prestatore di servizi di certificazione, definito al punto 11 dell'art. 2 come *"un'entità o una persona fisica o giuridica che rilascia certificati o fornisce servizi connessi alle firme elettroniche"*.

Anche se la direttiva non indica una particolare tecnologia, al momento attuale la firma digitale è l'unica capace di assicurare il soddisfacimento di tutti i requisiti stabiliti per la firma elettronica avanzata. Il sottoscrittore è dotato di una coppia di chiavi asimmetriche, una pubblica, custodita presso il certificatore ed accessibile a tutti, e una privata, destinata a rimanere segreta. Come suddetto, con la chiave privata il mittente-sottoscrittore codifica il testo (mediante l'apposizione della firma digitale), in modo che possa essere poi decodificato solo da chi applichi la corrispondente chiave pubblica.

La gestione del sistema è, quindi, imperniata in primo luogo sul ruolo di garanzia assegnato alla figura del prestatore dei servizi di certificazione, la cui funzione consiste nell'assegnare la coppia di chiavi al sottoscrittore e di rendere accessibile la chiave pubblica a chiunque la richieda.

La direttiva enuncia agli artt. 3, 4 e 6 alcuni principi guida per l'attività dei certificatori. L'art. 3 prescrive che gli Stati non subordinino ad autorizzazione preventiva la prestazione di servizi di certificazione, coerentemente con la filosofia liberale che ha animato l'intervento del legislatore comunitario in materia di commercio elettronico. La normativa non trascurava, ovviamente, la basilare esigenza di assicurare l'affidabilità

la chiave pubblica del mittente e, quindi, la propria chiave privata. Ciò consente, evidentemente, di escludere che un terzo possa leggere il documento, atteso che se la chiave pubblica del mittente è per definizione liberamente accessibile a tutti, lo stesso non può dirsi per la chiave privata del destinatario. E' appena il caso di precisare che questo sistema a doppia criptazione è stato prescelto dal legislatore italiano dapprima con il d.p.r. 513/97 e, quindi, con il d.p.r. 445/2000.

complessiva del sistema, quale preconditione indispensabile per la fiducia degli operatori. Il paragrafo 3 dell'articolo prevede espressamente che ciascuno Stato membro provveda affinché sia istituito un sistema appropriato che consenta la supervisione dei prestatori di servizi di certificazione stabiliti nel loro territorio e rilasci al pubblico certificati qualificati.

Il successivo art. 4 istituisce il principio della territorialità dei poteri di controllo anche per i certificatori, destinati ai soli Stati in cui questi sono stabiliti. Tale norma fissa, poi, un principio irrinunciabile nell'ottica della liberalizzazione del commercio elettronico su base comunitaria, stabilendo il divieto per gli Stati di limitare la prestazione dei servizi di certificazione originati in un altro Stato membro. A ciò fa seguito, anche logicamente, il successivo par. 2, in base al quale è riconosciuto ai prodotti di firma elettronica conformi alla presente direttiva il diritto di circolare liberamente nel mercato interno.

Infine, l'art. 6, parr. 1 e 2, prevedono una soglia minima di responsabilizzazione dei certificatori, per i danni causati a persone fisiche o giuridiche che facciano "ragionevolmente" affidamento su detto certificato, con riferimento ad una serie di ipotesi concernenti la fase genetica e le vicende successive dello stesso³⁴. In base ai parr. 3 e 4 è, invece, esclusa la responsabilità del prestatore dei servizi di certificazione per i danni derivanti

³⁴ L'art. 6 prevede la responsabilità dei certificatori "... per i danni provocati a entità o persone fisiche o giuridiche che facciano ragionevolmente affidamento su detto certificato: a) per quanto riguarda l'esattezza di tutte le informazioni contenute nel certificato qualificato a partire dalla data di rilascio e il fatto che esso contenga tutti i dati prescritti per un certificato qualificato, b) per la garanzia che, al momento del rilascio del certificato, il firmatario identificato nel certificato qualificato detenesse i dati per la creazione della firma corrispondenti ai dati per la verifica riportati o identificati nel certificato, c) per la garanzia che i dati per la creazione della firma e i dati per la verifica della firma possano essere usati in modo complementare, nei casi in cui il fornitore di servizi di certificazione generi entrambi" sempre che, in tutte le ipotesi sopra indicate, il prestatore di servizi di certificazione non provi di aver agito senza negligenza. Analogamente il par. 2 dell'art. 6 prevede la responsabilità del certificatore per la mancata registrazione della revoca del certificato, ameno che provi "di aver agito senza negligenza".

dall'uso di un certificato al di là dei limiti posti nello stesso, anche relativi al valore limite per i negozi per i quali detto certificato può essere usato.

d. La firma elettronica e l'ordinamento italiano

Ben prima dell'adozione della direttiva 1999/93 l'ordinamento italiano si era dotato di una normativa in materia di firma elettronica, con il d.p.r. n. 513/1997³⁵.

Con tale normativa il legislatore aveva, in vero, prescelto una particolare tecnologia, quella della firma digitale, che, come noto, costituisce solo una possibile opzione tecnica per assicurare il soddisfacimento dei requisiti (poi) definiti dalla direttiva 1999/93. In altre parole, la disciplina di cui al d.p.r. n. 513/1997 non era neutra dal punto di vista tecnologico, avendo fatto esplicito riferimento al sistema a coppia di chiavi asimmetriche - una pubblica e una privata - cui si è fatto cenno. Successivamente, l'intera disciplina italiana in materia di firma elettronica è stata trasfusa senza sostanziali modifiche nel d.p.r. n. 445 del 2001 (c.d. testo unico sulla documentazione amministrativa) con la contestuale abrogazione del d.p.r. 513/1997.

Nel sistema delineato dal legislatore italiano, un ruolo preminente è stato fin dal principio affidato all'Autorità di Certificazione (art. 9, punto 2, d.p.r. 513/1997), cui è affidato il compito di identificare con certezza il titolare della chiave segreta nonché eventuali poteri o limiti di rappresentanza; rilasciare e rendere pubblico il relativo certificato; pubblicare e tenere aggiornato l'elenco delle chiavi pubbliche corrispondenti a quelle private;

³⁵ Per un esame del d.p.r. 513/1997 e dei successivi provvedimenti relativi all'introduzione della firma digitale in Italia, prima della direttiva 1999/93, si veda Finocchiaro, *Documento informatico e firma digitale*, in *Contr. e impresa*, 1998, p. 956. Tra i numerosi contributi in argomento, si segnala Delfini, *Il D.P.R. 513/1997 e il contratto telematico*, in *I contratti*, 1998, p. 293; Piccoli, Zanolini, *Il documento elettronico e la "firma digitale"*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 57.

provvedere tempestivamente alla revoca o sospensione delle chiavi nelle ipotesi previste.

In buona sostanza, anche in considerazione dell'equivalenza alla sottoscrizione tradizionale riconosciuta alla firma digitale, la normativa italiana si presentava confacente ai dettami della direttiva 1999/93, almeno con riferimento alla c.d. firma avanzata, che ben poteva dirsi già attuata nel nostro Paese prima dell'intervento del legislatore comunitario³⁶.

Diversamente uno specifico intervento normativo era necessario per introdurre nel nostro Paese la firma semplificata prevista dall'art. 5, paragrafo 2, della direttiva 1999/93.

Tralasciando le considerazioni in merito alla c.d. forma elettronica (di cui al capitolo successivo), sembra qui opportuno svolgere qualche breve commento ad alcune disposizioni più significative della normativa italiana sulla firma digitale, incluse, ovviamente, le recenti modifiche introdotte con il d.lgs. n. 10 del 23 gennaio 2002 per l'adeguamento dell'ordinamento italiano alla direttiva comunitaria³⁷.

4. Il Decreto lgs. n. 10 del 2002 – l'attività di certificazione

Con il d.lgs. n. 10/2002 sono stati adottati in Italia i provvedimenti necessari all'attuazione della direttiva sulle firme elettroniche, dettando la modifica di alcuni articoli del d.p.r. n. 445/2000 nonché alcuni principi guida, specie in relazione all'attività dei certificatori.

L'art. 3 del decreto recepisce il principio per il quale l'attività dei certificatori stabiliti in Italia o in un altro Stato membro dell'Unione è libera e

³⁶ Va, peraltro, sottolineato che una serie di circostanze - prima fra tutte la necessità di stabilire parametri tecnici adeguati - ha, di fatto, impedito la concreta utilizzazione della firma digitale per lungo tempo, nonostante l'esistenza di una disciplina giuridica in materia.

³⁷ Pubblicato in GU n. 39 del 15 febbraio 2002 .

non necessita di autorizzazione preventiva³⁸. In ogni caso, è fatto obbligo ai certificatori (qualificati) stabiliti in Italia di darne avviso, "anche per via telematica", al Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 4 d.lgs. n. 10/2002). Allo stesso Dipartimento, in forza dell'art. 3, comma 2, è attribuita la competenza a vigilare in generale sull'attività del settore.

Il decreto prevede due livelli di certificati collegati alle firme elettroniche: i) "certificati elettronici", idonei ad identificare il firmatario; ii) "certificati qualificati", caratterizzati da particolari requisiti, elencati nell'allegato I della direttiva europea e rilasciati da certificatori conformi ai requisiti fissati nell'allegato II della stessa. Anche i certificatori possono essere di più livelli: "certificatori", senza ulteriore qualificazione e "certificatori accreditati", che hanno ottenuto il riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato, in termini di qualità e di sicurezza (il regime transitorio prevede che i certificatori già iscritti nell'elenco pubblico tenuto dall'AIPA sono d'ufficio iscritti nell'elenco dei certificatori accreditati)³⁹.

Il regime della responsabilità dei certificatori è delineato dall'art. 7 che, in attuazione dell'art. 6 della direttiva 1999/93, prevede la responsabilità nei confronti dei terzi che abbiano incolpevolmente fatto affidamento: i) sull'esattezza delle informazioni in esso contenute alla data del rilascio e sulla loro completezza rispetto ai requisiti fissati per i certificatori qualificati; ii) sulla garanzia che al momento del rilascio del certificato il firmatario detenesse i dati per la creazione della firma corrispondenti ai dati per la

³⁸ Cfr. l'art. 4 della direttiva 1999/93.

³⁹ Osserva, in proposito, Finocchiaro, *Spetta al giudice valutare l'efficacia probatoria del documento informatico con forma elettronica*, in *Guida al diritto*, n. 10/2002, p. 26, come i certificati e i certificatori introdotti con d.lgs. n. 10/2002 non sostituiscano, ma si affianchino, alle analoghe fattispecie già disciplinate dalla normativa vigente. Ne risulta, inevitabilmente, un certo grado di confusione per il quadro giuridico complessivo della firma elettronica in Italia, ciò che ha indotto alcuni osservatori ad auspicare un riordino in tempi brevi dell'intera disciplina (in questo senso Cammarata, *Troppo confusione sulle firme "elettroniche" - 1*, in <http://www.Interlex.it/docdigit/confusion2.htm>, del 24 luglio 2002, p. 3).

verifica della firma riportati o identificati nel certificato; iii) sulla garanzia che i dati per la creazione e per la verifica della firma possano essere usati in modo complementare (nei casi in cui il certificatore generi entrambi). Analogamente, il certificatore è responsabile nei confronti dei terzi per i danni provocati dalla mancata registrazione della revoca o della sospensione del certificato, “salvo che provi di aver agito senza colpa”⁴⁰.

A completamento della disciplina, il decreto recepisce le indicazioni della direttiva relativamente ai criteri di riconoscimento dei certificati emessi da un certificatore stabilito in un Paese non appartenente all'Unione europea. Il comma 5 dell'art. 6 conferisce piena validità alla firma elettronica avanzata basata su di un certificato rilasciato da un certificatore stabilito in uno Stato *extra* UE quando ricorrano alcune condizioni, volte sostanzialmente a garantire il rispetto dei requisiti fissati dalla direttiva 1999/93, ciò che avviene, in particolare, quando il certificatore è accreditato in un Paese dell'Unione europea, quando il certificato qualificato è garantito da un certificatore dell'Unione europea in possesso dei requisiti previsti dalla direttiva o, infine, se il certificato qualificato o il certificatore è riconosciuto in forza di un accordo tra le Comunità e i Paesi terzi o le organizzazioni internazionali.

a. La firma semplificata

L'innovazione più rilevante introdotta con il d.lgs. n. 10/2002 è legata, probabilmente, all'introduzione delle disposizioni relative alla firma elettronica semplificata.

Preliminarmente, va sottolineato che, in mancanza dell'apposizione di una qualsivoglia firma, l'art. 6, comma 1, del decreto legislativo ha previsto la modifica dell'art. 10 del d.p.r. n. 445/2000 attribuendo al documento informatico (non firmato) l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. Detto documento fa, quindi, prova riguardo ai fatti e

⁴⁰ Cfr. l'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 10/2002 e l'art. 6, par. 2, direttiva 1999/93.

alle cose rappresentate se colui contro il quale è prodotto non ne disconosce la conformità ai fatti e alle cose rappresentate, in conformità ad un principio ampiamente consolidato in dottrina e costantemente confermato dalla giurisprudenza anche recente⁴¹.

Il comma 4 dell'art. 6 del decreto stabilisce che *"al documento informatico, sottoscritto con la firma elettronica, in ogni caso non può essere negata rilevanza giuridica né ammissibilità come mezzo di prova unicamente a causa del fatto che è sottoscritto in forma elettronica ovvero in quanto la firma non è basata su di un certificato qualificato oppure non è basata su di un certificato qualificato rilasciato da un certificatore accreditato o, infine, perché la firma non è stata apposta avvalendosi di un dispositivo per la creazione di una firma sicura"*. Tanto basta a garantire, in generale, l'attuazione dei principi sanciti all'art. 5 della direttiva 1999/93.

Come accennato, la novità più importante concerne, però, l'introduzione della firma semplificata, di cui al comma 2 dell'art. 6, in base al quale *"il documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta. Sul piano probatorio il documento stesso è liberamente valutabile, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e di sicurezza. Esso inoltre soddisfa l'obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti codice civile e da ogni altra disposizione legislativa o regolamentare"*.

Nel paragrafo precedente si era evidenziata l'incerta formulazione della direttiva, laddove prevedeva che non fosse negata *"validità"* alla firma elettronica semplificata. Orbene, il legislatore italiano ha optato per una formulazione piuttosto ampia prevedendo, da un lato, l'attribuzione ai documenti con essa sottoscritti della qualità di documento scritto e, dall'altro,

⁴¹ Cfr., da ultima, Cass. Civ., 06 settembre 2001, n. 11445, in *Guida al diritto*, n. 49/2001. Ove le *riproduzioni meccaniche* siano disconosciute dalla parte contro cui sono prodotte, ne deriva, invece, l'assoluta impossibilità per il giudice di utilizzarle come mezzi di prova (così, *ex multis*, Cass. Civ., 7 marzo 1995, n. 2652, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 536).

stabilendo che la valenza probatoria dello stesso sia valutata liberamente dal giudice, tenuto conto delle caratteristiche di sicurezza concretamente garantite dal sistema utilizzato.

Non va, peraltro, ignorato come tale scelta non sia priva di aspetti problematici, soprattutto se valutata nel contesto delle disposizioni processuali in materia di prova, atteso che il legislatore ha ritenuto di non fare riferimento né all'art. 2712 c.c., né all'art. 2702 c.c.. In altre parole, il decreto non ha classificato il documento elettronico sottoscritto con firma semplificata né come riproduzione meccanica né come scrittura privata limitandosi a richiamare solo un principio dettato dalla legge in materia di valutazione della prova. Ciò ha indotto alcuni autori a criticare questa scelta che comporterebbe l'impossibilità di prevedere, prima del giudizio, quale sia l'efficacia probatoria dell'atto, rendendo conseguentemente debole ed incerta la prova nel caso di atto sottoscritto con firma debole⁴².

Pur condividendo tali preoccupazioni, ci pare di poter affermare che, alla luce della disciplina in materia di documenti propria del nostro ordinamento – attualmente fondata su un'elencazione chiusa ed esaustiva (atto pubblico, scrittura privata etc.) - difficilmente poteva essere effettuata scelta meno sconveniente. Attribuire alla firma semplificata la valenza di cui all'art. 2702 c.c. avrebbe, infatti, comportato un'ingiustificata equiparazione degli effetti dei due tipi di firma, con risultati palesemente iniqui anche dal punto di vista processuale. Al contrario, il richiamo alla riproduzione meccanica avrebbe negato a tale tipo di documento la dovuta efficacia probatoria, specialmente ove il tipo di firma elettronica semplificata concretamente utilizzata sia tale da assicurare una sufficiente sicurezza del sistema, accertamento che il legislatore ha ritenuto demandare al giudice sulla base delle circostanze di volta in volta riscontrate, circostanze che non

⁴² In questo senso Finocchiaro, *Spetta al giudice valutare l'efficacia probatoria del documento informatico con firma elettronica*, *op. cit.*, p. 26.

potevano essere previste *ex ante* senza con ciò fornire una sorta di definizione di firma elettronica non semplificata. Ciò detto, una maggiore certezza giuridica in ordine all'efficacia probatoria del documento elettronico sottoscritto con firma semplificata dovrebbe venire, a questo punto, dall'elaborazione giurisprudenziale in materia che, analogamente a quanto avviene in altri ambiti del diritto, contribuirà verosimilmente ad individuare concreti criteri in base ai quali valutare l'affidabilità di tale tipo di firma⁴³.

b. La disciplina giuridica della firma avanzata

L'art. 10 del d.p.r. 513/1997 già sanciva l'equivalenza della firma digitale alla tradizionale sottoscrizione del documento cartaceo. Il secondo comma della norma in oggetto, infatti, prevedeva espressamente che *"l'apposizione o l'associazione della firma digitale al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo"*⁴⁴. I successivi commi 5 e 7 dell'art. 10 si occupavano della certezza della paternità della firma digitale, prevedendo che la firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme dei documenti cui è apposta o associata. Ancora, attraverso di essa - si stabiliva - devono potersi rilevare gli elementi

⁴³ E', quindi, auspicabile che gli orientamenti giurisprudenziali si uniformino il prima possibile, identificando quei requisiti di sicurezza da richiedere ad una firma semplificata affinché questa possa ritenersi affidabile dal punto di vista probatorio. La maggiore flessibilità dell'elaborazione giurisprudenziale rispetto alla produzione normativa dovrebbe, altresì, consentire un continuo e progressivo adattamento alle nuove metodologie che saranno via via introdotte.

⁴⁴ In realtà, è stato giustamente osservato (P. Piccoli, G. Zanolini, *Il documento elettronico e la "firma digitale"*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, pp. 78-79), equivalenza alla firma tradizionale non significa identità. In questo caso, infatti, sarebbe più corretto parlare di sigillo informatico, atteso che la sottoscrizione tradizionale resta pur sempre legata inscindibilmente alla persona fisica che l'appone. Di ciò fa prova il fatto che l'apposizione della chiave privata da parte di chi non ne sia il titolare non dà luogo al reato di falso, ma solo a sanzioni di tipo civilistico per un uso "non autorizzato" della chiave; nello stesso senso cfr. Miccoli, *Documento e commercio telematico - Guida al regolamento italiano (D.P.R. 513/1997)*, Milano, 1998, p. 34.

identificativi del soggetto titolare della firma, del soggetto che l'ha certificata e del registro su cui essa è pubblicata per la consultazione.

La dottrina pressoché unanime riteneva applicabile, nel caso in cui la chiave fosse stata illegittimamente utilizzata da un soggetto terzo, il principio generale dell'affidamento, per cui la firma digitale conserva la propria efficacia e, quindi, determina l'imputazione del documento con essa contrassegnato al relativo titolare, pur se utilizzata da altri, a meno che il titolare non provi *"le concrete circostanze che escludono la propria responsabilità (e così il proprio rischio) per l'uso abusivo da terzi fatto della propria firma digitale (rectius: della chiave privata necessaria per apporla)"*⁴⁵.

Sempre al principio dell'affidamento è riconducibile la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 10, secondo cui *"l'uso della firma digitale apposta o associata mediante una chiave revocata, scaduta o sospesa, equivale a mancata sottoscrizione. La revoca o la sospensione, comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione salvo che il revocante, o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate"*. Il sistema, quindi, impone al titolare della chiave l'onere di pubblicizzarne la sospensione o la revoca nelle forme opportune ovvero di denunciarne alle autorità il pericolo di utilizzo da parte di terzi. Per converso, a quest'ultimo è fatto obbligo di visionare gli appositi registri per verificare la validità della chiave al momento in cui viene apposta la sottoscrizione.

Dal punto di vista definitorio, l'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 10/2002 opportunamente amplia la nozione di firma elettronica, facendo riferimento a documenti informatici sottoscritti *"con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica avanzata"*. La nuova formulazione tempera, così, l'approccio tecnologicamente rigido che aveva contraddistinto la disciplina

⁴⁵ Delfini, *Forma e trasmissione del documento informatico nel regolamento ex art. 15.2 L. 59/1997*, in *I contratti*, 1997, p. 631, che ricava questa conclusione dal comb. disp. dell'art. 10, comma 5, d.p.r. 513/1997, dell'art. 1, lett. a) del Regolamento.

originariamente adottata con il d.p.r. n. 513/1997, conciliandolo con quello tecnologicamente neutro della direttiva.

5. La direttiva 2000/46/CE sulla moneta elettronica

a. Cenni sugli strumenti di pagamento elettronico

I pagamenti connessi all'esecuzione di contratti telematici possono essere effettuati *off line* utilizzando mezzi tradizionali, quali un assegno o un bonifico bancario. In questo, caso, non si pongono problemi particolari per la nostra analisi.

Oggetto del presente paragrafo sono, invece, i mezzi di pagamento elettronico, che sfruttano la stessa rete *Internet* sulla quale si svolge la transazione⁴⁶. In alcuni casi si tratta di mezzi di pagamento tradizionali, come la carta di credito, la cui sola utilizzazione avviene per il tramite della rete, mentre in altri si tratta di veri e propri strumenti *ad hoc*, come la c.d. moneta elettronica.

La carta di credito costituisce, ad oggi, uno dei mezzi di pagamento più utilizzati in *Internet* e non pone, di per sé, problemi giuridici particolari⁴⁷. In questo caso l'esigenza principale è, in vero, quella della sicurezza, al fine di evitare che malintenzionati possano utilizzare abusivamente la carta una volta intercettata il numero⁴⁸. Per riparare a tali rischi, la prassi ha

⁴⁶ Sugli strumenti di pagamento elettronico si veda Finocchiaro, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi. Milano, 1999, p. 105 e ss.; Lanfranchi, *Problemi giuridici della moneta elettronica*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Collana ISDACI, Milano, 1999.

⁴⁷ Come si dirà nel capitolo seguente, la comunicazione del numero della carta di credito da parte del titolare è suscettibile di integrare gli estremi della conclusione del contratto ai sensi dell'art. 1327 c.c..

⁴⁸ Secondo uno studio OCSE, il *Report Consumer protection for payment cardholders*, del 14 giugno 1997 (si tratta del documento dsti/cp(2001)3/FINAL, reperibile in <http://www.olis.oecd.org/olis/2001doc.nsf>), appena il 33% degli utenti si sentirebbe sicuro ad usare la carta di credito per i pagamenti *on line*.

introdotto sistemi di sicurezza consistenti nel cifrare opportunamente il numero della carta di credito⁴⁹. Talvolta, quando registra il proprio nominativo presso un sito di commercio elettronico al fine ottenere l'abilitazione alla conclusione di future transazioni per suo tramite, il cliente comunica una sola volta al fornitore il proprio numero di carta di credito (per lo più via telefono), ricevendo così l'assegnazione di un codice identificativo da utilizzare successivamente al posto del numero della carta⁵⁰.

Gli assegni elettronici sono assegni normali che transitano in rete una volta crittografati: l'emittente li sottoscrive con la propria firma digitale e il fornitore li gira alla sua banca sempre usando la propria firma digitale⁵¹.

Le *smart card* sono tessere sulle quali possono essere elettronicamente registrate somme di danaro prepagate, spendibili fino all'esaurimento delle stesse, anche tramite *computer*⁵².

Strumenti di pagamento esclusivi di *Internet* sono, invece, quelli che utilizzano moneta elettronica, definibile come una somma di danaro immagazzinata nella memoria di un *computer* e spendibile in qualunque

⁴⁹ Il sistema più diffuso è il SET (*Security Electronic Transaction*) introdotto nel 1996 da *Visa International e Mastercard*. Un altro sistema prevede l'interposizione di un intermediario, il solo a conoscenza del numero della carta di credito, il quale emette a sua volta un PIN (*Personal Identification Number*), che viene comunicato dal fornitore a destinatario. Tale è la funzione svolta, ad esempio, dalla società *First Virtual Holding*, cui il numero della carta di credito è notificato da parte del titolare una sola volta all'inizio del rapporto (ulteriori dettagli sono disponibili sul sito <http://www.first-virtual.com>). Più in generale, per una rassegna dei sistemi comunemente utilizzati nei Paesi industrializzati per la sicurezza dei pagamenti *on line* con la carta di credito, si veda il *Report* OCSE sopra citato.

⁵⁰ Tale sistema è utilizzato, ad esempio, da numerose compagnie aeree per le proprie biglietterie *on line*. Concettualmente analogo, ma su più larga scala, è il sistema gestito da società come la *First Virtual Holding*, cui il numero della carta di credito è notificato da parte del titolare una sola volta all'inizio del rapporto (ulteriori dettagli sono disponibili sul sito <http://www.first-virtual.com>).

⁵¹ Gli assegni elettronici più noti sono probabilmente quelli della società *NetCheque*, di cui al sito <http://www.gost.i-si.edu/info/netcheque/>.

⁵² Va, peraltro, rilevato che le somme registrate sulle *smart card* sono utilizzabili solo nei rapporti dello stesso soggetto emittente della carta.

Da sottolineare inoltre che, al contrario della carta di credito e dell'assegno elettronico, la *smart card* consente al suo utilizzatore di mantenere l'anonimato, a meno che non vengano utilizzate procedure di verifica a fini di sicurezza.

momento per l'acquisto di beni o servizi offerti *on line* da chiunque, e non solo dall'emittente, come avviene per le carte prepagate⁵³.

E' agevolmente intuibile come lo sviluppo e la diffusione della moneta elettronica rappresenta il complemento necessario allo sviluppo del commercio elettronico, consentendo, dopo la conclusione del contratto, anche l'adempimento della prestazione monetaria via *Internet*. E' altrettanto evidente, però, come la moneta elettronica necessiti di un apparato normativo, nazionale e internazionale - analogo a quello che regola i trasferimenti di fondi di tipo tradizionale - idoneo ad garantire le cautele richieste da esigenze di ordine pubblico, specialmente per quanto attiene ai requisiti di serietà e solvibilità cui devono rispondere gli istituti emittenti⁵⁴.

Autorevole dottrina ha, peraltro, messo in luce come l'utilizzo dei sistemi di pagamento elettronico in generale, e della moneta elettronica in particolare, ponga una serie di altri problemi giuridici connessi alla configurabilità del pagamento elettronico quale modo di estinzione dell'obbligazione pecuniaria, alla responsabilità sotto l'aspetto della sicurezza⁵⁵, all'esigenza conciliare l'esigenza di garantire la sicurezza del sistema con la tutela della *privacy* (con riferimento all'anonimato dei

⁵³ Analogamente alla moneta tradizionale, l'accettazione della moneta elettronica è subordinata al fatto che la moneta elettronica rappresenti un credito nei confronti di un istituto emittente che offra le necessarie garanzie di solvibilità. Al momento, i più noti sistemi di moneta elettronica sono quelli introdotti da *Digicash* (<http://www.digicash.com>) e *Cybercash* (<http://www.cybercash.com>).

⁵⁴ Così Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 123, il quale osserva come la necessaria regolamentazione, per i motivi connessi alla natura stessa del commercio elettronico, "non può essere stabilita individualmente dai singoli Stati, ma deve essere oggetto di disciplina internazionale per poter essere efficace ai fini dello sviluppo di questo commercio". L'autore indica, quindi, quale primo passo verso una possibile disciplina internazionale in materia, il rapporto approvato dal G10 nell'aprile del 1997, rapporto ad opera del *Working party on electronic money* intitolato *Electronic money, consumer protection, law enforcement, supervisory and cross border issues*, pubblicato sul sito della *Bank for International Settlements* (<http://www.bis.org>).

⁵⁵ A tale riguardo osserva, Draetta, *op. cit.*, p. 124, come l'efficacia solutoria del pagamento elettronico non è in dubbio in caso di accordo delle parti. Quanto alla responsabilità sotto l'aspetto della sicurezza, rileva, ancora, l'autore, come problematiche non dissimili sorgano in generale per tutti i pagamenti effettuati tramite la rete.

pagamenti) nonché, infine, ai profili penalistici derivanti dal riciclaggio del denaro sporco⁵⁶.

b. La direttiva 2000/46/CE

In mancanza di una disciplina concordata a livello internazionale, il diritto comunitario si è posto all'avanguardia anche con riferimento alla regolamentazione della moneta elettronica con l'approvazione, il 18 settembre 2000, della direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale degli istituti di moneta elettronica⁵⁷.

In sostanza, la direttiva 2000/46/CE si limita a precisare le condizioni di estensione agli "istituti di moneta elettronica"⁵⁸ della direttiva 2000/12/CE del 20 marzo 2000, in materia bancaria⁵⁹. Ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria in materia bancaria, infatti, tali istituti sono ora stati ricondotti sotto la nozione generale di "ente creditizio" di cui all'art. 1 della

⁵⁶ Vedi, in proposito, Finocchiaro, *Il problema dei mezzi di pagamento*, cit., p. 119 e ss. nonché, della stessa autrice, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contr. e impresa*, 2001, p. 1345 e ss.. Con particolare riguardo all'efficacia liberatoria del pagamento, afferma l'autrice come la moneta elettronica sia da considerarsi moneta convenzionale e non moneta legale, con la conseguenza che il pagamento di un debito pecuniario con moneta elettronica deve considerarsi *datio in solutum*. Osserva, peraltro, l'autrice come, nel caso in cui la pratica costante tra le parti o per il tipo d'affare sia in questo senso, il principio di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. impedirebbe al creditore di rifiutare il pagamento con moneta elettronica, anche in assenza del consenso del creditore (pp. 1356-1357).

⁵⁷ Pubblicata in GU L 275 del 27 ottobre 2000, p. 39. Per la definizione di strumento di pagamento elettronico si veda, invece, la raccomandazione 97/489/CE del 30 luglio 1997, in GU L 208 del 2 agosto 1997.

Per un commento della direttiva cfr. Pallaro, *Il commercio elettronico nella società dell'informazione: il futuro quadro di riferimento comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, pp. 887-890.

⁵⁸ L'art. 1, n. 3 a), della direttiva 2000/46 definisce gli istituti di moneta elettronica come qualsiasi "impresa, o altra persona giuridica diversa dagli enti creditizi di cui all'art. 1, punto 1, primo comma, lettera a), della direttiva 2000/12/CE, che emetta mezzi di pagamento in forma di moneta elettronica". Il successivo art. 1, n. 3, lett. b), della direttiva definisce la "moneta elettronica" come "un valore monetari rappresentato da un credito nei confronti nei confronti dell'emittente che sia i) memorizzato su un dispositivo elettronico; ii) emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso; iii) accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente".

⁵⁹ In G.U.C.E. L 126, del 26 maggio 2000, p. 1.

direttiva 2000/12, in forza dell'art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva 2000/28/CE approvata lo stesso giorno della 2000/46⁶⁰.

L'obiettivo della direttiva 2000/46 è quello di fornire un quadro giuridico che *"armonizzi la vigilanza prudenziale degli istituti di moneta elettronica nella misura necessaria ad assicurare la sana e prudente operatività e, in particolare, l'integrità finanziaria"*⁶¹. A tale scopo, analogamente alla direttiva 1999/93, il legislatore comunitario ha seguito un approccio tecnologicamente neutro, così da favorire lo sviluppo delle potenzialità della moneta elettronica, a prescindere dalle possibili future evoluzioni tecnologiche.

L'estensione agli istituti di moneta elettronica della disciplina prevista per gli istituti di credito comporta, quale conseguenza principale, l'applicazione a questi del criterio del controllo dello Stato d'origine e del principio del mutuo riconoscimento. A questo correlato è il principio della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi relativi, in tutto il territorio comunitario, a favore degli istituti di moneta elettronica conformi alle norme del Paese di provenienza, avendo ottenuto la necessaria autorizzazione preliminare da parte delle autorità di vigilanza di tale Paese, al controllo delle quali restano soggette⁶².

Poste queste premesse, la direttiva si propone di istituire un quadro normativo comune ponendo, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, alcune norme minime cui gli Stati membri devono

⁶⁰ La direttiva 2000/28/CE è pubblicata in GU L 275 del 27 ottobre 2000, p. 37, la stessa in cui è pubblicata la 2000/46 sulla moneta elettronica.

⁶¹ Così il Considerando n. 5.

⁶² Si veda, inoltre, l'art. 2, n. 1, della direttiva, che estende agli istituti di moneta elettronica le norme relative agli enti creditizi di cui alla direttiva del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite (in GU L 166 del 28 giugno 1991, p. 77). Osserva, in proposito, Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, op. cit., p. 126, come l'applicazione della sopraccitata disciplina comporta anche per detentori di moneta elettronica potrà non essere possibile conservare l'anonimato, considerata la necessità di rispettare le norme della direttiva antiriciclaggio.

conformarsi al fine di assicurare la necessaria affidabilità e stabilità dei fornitori di moneta elettronica. Senza doversi dilungare eccessivamente in tecnicismi basterà, qui, dire che tali norme riguardano: il divieto per gli istituti di moneta elettronica di svolgere attività non connesse all'emissione di moneta elettronica, inclusa la partecipazione in altre imprese che non svolgano funzioni accessorie riguardanti la moneta elettronica da essi emessa; i requisiti di capitale iniziale minimo e il rapporto tra i fondi propri e l'importo corrente delle passività totali (art. 4); le limitazioni agli investimenti che possono essere effettuati da questi istituti, sia con riguardo al rapporto con i fondi propri, sia con riguardo alle loro caratteristiche, che devono essere di liquidità e basso rischio (art. 5). Da ultima, si segnala l'importanza della disposizione di cui all'art. 3 della direttiva 2000/46, che prevede il diritto per il detentore di moneta elettronica di esigerne dall'emittente il rimborso al valore nominale in monete metalliche o banconote, senza altre spese che non siano quelle strettamente necessarie per l'operazione⁶³.

PARTE II – Fonti internazionali

6. Premessa

Se si eccettua il peculiare fenomeno del diritto comunitario, nel quadro delle fonti internazionali appare attualmente scarsa la presenza di diritto uniforme con oggetto specifico dedicato a *Internet* o al commercio

⁶³ Giova, infine, segnalare che la *Legge comunitaria* 2001 (pubblicata in GU n. 72 del 26 marzo 2002, *Suppl. ord.*, n. 54), agli artt. 55 e 56, ha reso i provvedimenti necessari alla trasposizione nell'ordinamento italiano delle direttive 2000/28 e 2000/46, disponendo, in particolare, i necessari emendamenti/integrazioni al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d. lgs. n. 385 del 1° settembre 1993.

elettronico. Al riguardo, è opportuno sottolineare come non sia stato fatto alcun progresso significativo nemmeno per l'aggiornamento delle convenzioni internazionali esistenti nel campo del commercio internazionale, per quanto riguarda la definizione di "documento" che rimane, in genere, ancorata a quella di documento cartaceo e non include anche quello elettronico⁶⁴. Un rilevante sviluppo potrebbe, peraltro, scaturire dall'iniziativa dell'UNCITRAL per una convenzione sui contratti elettronici (di cui *infra*), primo vero passo verso una legislazione internazionale uniforme in materia.

Ciò detto, non stupisce che la stragrande parte delle fonti internazionali in materia si caratterizzino quali fonti di *soft law*, frutto delle iniziative di varie organizzazioni internazionali attive in questo campo, anche non governative, e delle quali sembra, qui, opportuno dare un rapidissimo cenno⁶⁵.

Foro naturalmente competente per l'elaborazione di norme universali in materia di commercio internazionale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC/WTO)⁶⁶ è sede privilegiata per la definizione di regole in tema di commercio elettronico⁶⁷. L'OMC si è occupata della materia fin dal maggio del 1998, con l'adozione da parte della seconda Conferenza ministeriale dei rappresentanti dei membri dell'organizzazione di una

⁶⁴ L'osservazione è di Draetta, *op. ult. cit.*, p. 52.

⁶⁵ Per una rassegna completa delle attività delle organizzazioni internazionali quale fonte di *soft law*, si veda, Marini, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 336 e ss.. Una panoramica delle attività delle organizzazioni internazionali in materia di commercio elettronico è, altresì, reperibile, sul sito <http://www.innovazione.gov.it/ita/index/sh11m>.

⁶⁶ In generale, sull'OMC, si veda Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2000.

⁶⁷ Cfr. Sacerdoti, *Il commercio elettronico tra autonomia privata, interventi statali e iniziative internazionali*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001, p. 10, il quale evidenzia come "gli accordi di settore, il GATT per le merci, ma soprattutto il più recente GATS per i servizi e infine il terzo accordo sugli aspetti della proprietà intellettuale legata al commercio (TRIPS) coprono aspetti rilevanti per il commercio elettronico".

*Declaration on Global Electronic Commerce*⁶⁸ allo scopo di sensibilizzare le istituzioni OMC sui temi più rilevanti in materia di commercio elettronico⁶⁹.

L'Organizzazione per la Cooperazione e lo sviluppo Economico (OCSE) ha promosso numerose iniziative in materia, oggetto di una prima conferenza già nel 1997, intitolata *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*. Nel 1998 una seconda conferenza tenutasi a Ottawa, dal titolo *A borderless World: Realizing the Potential of Global Electronic Commerce*, ha visto la presentazione di rapporti tematici su molti aspetti giuridici riguardanti l'*e-commerce*, tra i quali la protezione dei dati personali, la tutela dei consumatori, la certificazione e la crittografia, la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, la disciplina delle operazioni telematiche, la libertà di circolazione dei servizi della società dell'informazione⁷⁰. Successivamente sono state promosse altre due conferenze. La terza, tenutasi a Parigi nel 1999 ed intitolata *Towards Convergence of Stakeholder Interests*⁷¹, è sfociata nell'approvazione della versione aggiornata di un *Global Action Plan Report for Electronic Commerce Prepared by Business with Recommendations for Government*, elaborato in collaborazione, tra gli altri,

⁶⁸ Reperibile in <http://www.wto.org/ecom>. Su tale base il Consiglio generale dell'OMC ha, quindi, elaborato un piano di lavoro relativo a varie questioni attinenti il commercio elettronico focalizzato, in particolare, sui problemi fiscali, quelli relativi alla proprietà intellettuale, e quelli relativi alla partecipazione al commercio elettronico delle piccole e medie imprese dei Paesi in via di sviluppo (cfr. <http://www.wto.org/english/tratop-e/ecom/wkprog-e.htm>).

⁶⁹ Sottolinea, in proposito, Sacerdoti, *Il commercio elettronico tra autonomia privata, interventi statali e iniziative internazionali*, op. cit., p. 11 e ss., come uno dei fattori cruciali per lo sviluppo del commercio elettronico risieda nella necessità/possibilità di estendere al maggior numero di utenti la facoltà di accesso a *Internet*. In tale prospettiva, l'autore sottolinea la rilevanza delle norme dell'Allegato al GATS sulle telecomunicazioni che richiedono agli Stati di obbligare i fornitori di PTTNS (network pubblici e servizi per il trasporto di telecomunicazioni) a garantire l'accesso e l'uso delle reti all'interno dei propri confini a quei fornitori di servizi che, in base agli accordi GATS, siano stati ammessi al mercato domestico.

⁷⁰ Sulla base di tali rapporti, la Conferenza di Ottawa ha, quindi, adottato l'*OECD Action Plan for Electronic Commerce*, un ampio documento riepilogativo delle problematiche giuridiche della materia (cfr. documento SG/EC(98)9/FINAL del 18 dicembre 1998, reperibile sul sito <http://www.oecd.org/EN/document>).

con la Camera di Commercio Internazionale di Parigi (ICC)⁷². Nel gennaio del 2002, infine, si è tenuta a Dubai la *Global Conference on Telecommunications Policy for the Digital Economy*⁷³.

Questi ultimi riferimenti ci consentono di ricordare il contributo della ICC (di cui meglio *infra*), con particolare riferimento all'elaborazione di linee guida in materia di contratti che coinvolgono il trasferimento internazionale di dati e di usi generali per il commercio internazionale su base digitale (*General Usage for International Digitally Ensured Commerce – GUIDEC*, di cui *infra*). Tale attività, come quelle di numerose altre associazioni a carattere privato⁷⁴, costituiscono un'importante fonte privata di autoregolamentazione, tanto più consona a *Internet* quale rete nata dall'iniziativa dei privati. A tale proposito, si ricorda qui come l'autoregolamentazione privata si sia sviluppata in maniera significativa nel campo dell'attribuzione e gestione dei *domain names* a livello internazionale, ove opera una rete di organizzazioni internazionali non governative⁷⁵.

Un ruolo preminente va riconosciuto alle iniziative dell'UNCITRAL, l'*United Nations Commission on International Trade Law*, che nel 1996 ha adottato la *Model Law on Electronic Commerce* (di qui in avanti, Legge Modello sul commercio elettronico), i cui principi hanno già ispirato molti legislatori⁷⁶ in sede di elaborazione delle normative nazionali in materia⁷⁷.

⁷¹ Il materiale inerente alla Conferenza di Parigi, del 12-13 ottobre 1999, si veda il sito <http://www.oecd.org/EN/document>, *cit.*.

⁷² Cfr. *infra*.

⁷³ Il materiale relativo è disponibile sempre sul sito dell'OCSE, all'indirizzo di cui sopra.

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, all'*Internet Society* (ISOC), con compiti di supervisione di altre Istituzioni dedite al controllo degli *standards*, quali l'*Internet Engineering Task Force* (IETF) e l'*Internet Engineering Steering Group* (IESG).

⁷⁵ Per un esame delle problematiche, in vero estranea all'oggetto della presente trattazione, si rinvia a Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, *op. cit.*, p. 138 e ss., e agli riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁷⁶ Un elenco dei numerosi Stati che hanno varato riforme legislative ispirandosi alla Legge Modello è disponibile sul sito dell'UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/english/status/status-e.htm>).

⁷⁷ Tra le altre iniziative UNCITRAL in materia, oltre al Progetto di Convenzione sui contratti elettronici di cui *infra*, si segnala la *Model Law on Legal Aspects on Electronic Data*

Dal canto suo l'UNCTAD, la Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo, ha concentrato l'attenzione sull'esigenza di indirizzare lo sviluppo del commercio elettronico verso il coinvolgimento e l'integrazione dei Paesi in via di sviluppo, quale strumento per la riduzione del divario esistente con i sistemi economici dei Paesi sviluppati. Espressione di questa tendenza è il programma *United Nations Global Electronic Trade Partnership*, approvato nel 1998 e finalizzato a favorire la nascita di rapporti di collaborazione tra imprese private, Stati, e organizzazioni internazionali per la piena integrazione dei Paesi in via di sviluppo nel commercio elettronico⁷⁸.

Tra le fonti internazionali in materia di *Internet* e commercio elettronico ricordiamo, infine, gli usi internazionali e, in particolare, la *netiquette*⁷⁹. A tale proposito giova, qui, evidenziare come la dottrina dominante abbia sottolineato come gli usi internazionali sviluppatisi in materia di *Internet*,

Interchange (EDI), sulla quale cfr. Chandler, *Negotiable Transactions using EDI*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 503 e ss.; Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 136 e ss.. Per esame, in particolare, della disciplina italiana dell'EDI cfr. Finocchiaro, *Documento elettronico*, in *Contr. e impresa*, 1994, p. 433 e ss..

⁷⁸ L'azione dell'UNCTAD è, quindi, chiaramente finalizzata a far sì che lo sviluppo del commercio elettronico rappresenti un'utile opportunità per i problemi dello sviluppo. In questo senso, si vedano i documenti *"E-commerce and Development – Report 2001"* e *"E-commerce and Development – Report 2002"*, entrambi reperibili sul sito <http://www.unctad.org/ecommerce>.

⁷⁹ Le regole della *netiquette* sono disponibili in vari siti, tra i quali <http://www.netiquette.com>; <http://www.albion.com/netiquette>; <http://www.fau.edu/netiquette>. Si tratta, in sostanza, di regole minime di convivenza, riferite, per lo più, ai messaggi posta elettronica, distinguendo tra comunicazioni *"one-to-one"* e *"one-to-many"*, e si rivolgono tanto agli utenti che agli *"administrators"*, che gestiscono le *mailing list* o le *Net News*. A titolo di esempio, si citano i precetti: a) non usare un linguaggio irrispettoso; b) non usare toni accesi ed ingiuriosi; c) usare il massimo equilibrio ed avere il pieno rispetto degli interlocutori; d) non scrivere tutto in maiuscolo; e) non usare icone che rivelino emozioni; f) rispettare il tema della discussione; g) non intervenire affrettatamente nella discussione; h) non inviare posta elettronica non richiesta (c.d. *spamming*); i) non inviare allegati alle *e-mails*; l) non inviare *"chain letters"* (catene di S. Antonio); m) essere sintetici. In buona sostanza, a norme squisitamente giuridiche, come il divieto di *spamming*, si affiancano mere regole di buon senso, come quella sulla sinteticità, ovvero regole dettate dall'esigenza di non pregiudicare il funzionamento della rete per intasamento, come nel caso del divieto di catene di S. Antonio o di allegare file ai messaggi.

sebbene non privi di analogie con la *Lex Mercatoria*⁸⁰ quanto al processo di formazione, abbiano caratteristiche del tutto diverse. Con riferimento specifico alla *netiquette*, è stato osservato come non la si possa considerare sullo stesso piano della *Lex Mercatoria*, mancando ogni e qualsiasi elemento che consenta di sostenere che gli operatori vi facciano ricorso in ragione di quell'*opinio juris sive necessitatis* che, sola, potrebbe conferirle forza vincolante⁸¹.

E' d'uopo un cenno, infine, alla prassi contrattuale internazionale che, anche nel campo del commercio elettronico, ha assistito allo sviluppo di modelli contrattuali suscettibili di influenzare la prassi in materia quali, ad esempio, gli *interchange agreements* predisposti dall'ICC per gli scambi tra computer basati sull'*Electronic Data Interchange (EDI)*⁸². E' stato, comunque, osservato come la prassi contrattuale su *Internet*⁸³, peraltro in continua evoluzione, mostri una scarsa attenzione per gli aspetti giuridici da

⁸⁰ Per un approfondimento delle tematiche legate, in generale, alla *Lex Mercatoria*, si veda De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, 1992, anche per gli ampi riferimenti bibliografici ivi indicati.

⁸¹ Così Bariatti, *Internet: Aspects relatif aux conflicts de lois*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, p. 549. Nello stesso senso Draetta, *op. cit.*, pp. 100-101., il quale osserva, comunque, come il frequente richiamo della regole della *netiquette* nei contratti di appalto tra utenti e *Provider* nonché nella prassi del commercio elettronico in generale se, da un lato, conferisce alla stessa valore contrattuale, dall'altro consente di affermare che le stesse siano assunte al rango di usi internazionali, nel quadro di una forte tendenza alla autoregolamentazione che caratterizza gli operatori.

⁸² L'EDI è basato sull'utilizzo di un linguaggio informatico comune (esistono standard diversi a livello internazionale), che consente a due o più sistemi elettronici di comunicare tra loro, senza la necessità dell'intervento umano. L'importanza pratica di questo sistema è, comunque, notevolmente diminuita con la progressiva diffusione di *Internet*.

Per un approfondimento dell'argomento, si veda ampiamente Finocchiaro, *I contratti informatici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1997, anche per l'approfondimento degli aspetti tecnici rilevanti; cfr., inoltre, Marini, *Profili giuridici del commercio elettronico in diritto internazionale e comunitario*, *op. cit.*, p. 330 e, ivi, gli ampi riferimenti nella nota 4.

⁸³ Per una rassegna dei modelli contrattuali nazionali, sempre più influenzati l'uno dall'altro, si veda la rassegna compiuta da Gautrais, Lefebvre, Benyekhlef, *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la Lex Electronica*, in *International Business Law Review*, 1997, p. 563.

parte degli operatori, che spesso predispongono (segnatamente i fornitori) condizioni di contratto talvolta perfino in contrasto con norme imperative⁸⁴.

Ciò premesso con riferimento al quadro generale delle fonti internazionali in materia di *Internet* e commercio elettronico, si analizzeranno qui di seguito le iniziative dell'UNCITRAL e dell'ICC - in quanto maggiormente attinenti alle problematiche dei contratti telematici - sottolineando fin d'ora che la rassegna di cui sopra non ha alcuna pretesa di esaustività, in considerazione dell'estrema frammentarietà delle fonti in oggetto e della continua evoluzione della materia.

7. La Legge Modello dell'UNCITRAL sul commercio elettronico

Nel contesto delle iniziative di armonizzazione a livello internazionale un ruolo importante spetta alla Legge Modello della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale, adottata dall'Assemblea Generale dell'Onu con la risoluzione 51/162 del 16 dicembre 1996⁸⁵.

Non vincolante per gli Stati, essa si pone esclusivamente quale tentativo di armonizzare le normative sul commercio elettronico a livello internazionale, proponendosi come modello di legge al quale gli Stati possano ispirarsi. Dal punto vista terminologico, la Legge adotta un approccio "*media-neutral*", in modo da assicurare la più ampia e duratura

⁸⁴ E' il caso, ad esempio, delle clausole che impongono la legge applicabile del venditore o ne escludano la responsabilità in contrasto con norme imperative inderogabili, specialmente quando si tratta di contratti conclusi da consumatori (cfr. Draetta, *op. cit.*, p. 103).

⁸⁵ La documentazione relativa alla Legge Modello dell'UNCITRAL sul commercio elettronico è reperibile anche sul sito <http://uncitral.org/en-index.htm>. Per un commento si veda Draetta, *op. ult. cit.*, p. 86 e ss.; Marconi, *La legge Modello UNCITRAL sul commercio elettronico*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 137 e ss.; Fodella, *Verso una legislazione internazionali uniforme?*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001, p. 61 e ss..

applicazione⁸⁶. La Legge evita, così, di fare riferimento a specifiche tecniche di comunicazione che rischierebbero di divenire obsolete in un breve arco di tempo. Giustamente è stato osservato che una delle caratteristiche peculiari della legge è quella di essere "tecnologicamente aperta"⁸⁷.

L'art. 1 della Legge ne definisce il campo di applicazione, includendovi *ogni tipo di informazione in forma di data message utilizzato nel contesto di attività commerciali*. L'ambito oggettivo della Legge viene, quindi, identificato in base alla forma dematerializzata in cui le informazioni sono trasmesse (ciò, in ogni caso, sempre che si verta in tema di attività commerciali)⁸⁸.

Ancora sugli aspetti definatori, sempre cruciali in un settore ad elevata intensità di innovazione quale quello del commercio elettronico, va sottolineato come concetti tradizionali come quelli di "forma", "sottoscrizione autografa" o "originale" sono identificati in conformità ad un approccio c.d. equivalente-funzionale, ossia mediante l'individuazione delle funzioni e della *ratio* da rispettare in un contesto dematerializzato⁸⁹.

Seguendo questo criterio, l'art. 6 della Legge individua le caratteristiche minime richieste per soddisfare il requisito della forma scritta, l'art. 7 definisce i requisiti affinché una procedura di sottoscrizione digitale possa essere considerata equivalente funzionale della "sottoscrizione" e, infine, l'art. 8 elenca le funzioni che un *data message* deve rispettare per essere considerato un "originale". In questo modo l'approccio equivalente-funzionale consente la massima flessibilità assicurando, al tempo stesso, che l'adattamento delle normative nazionali avvenga nel rispetto di specifiche

⁸⁶ Lo stesso principio riecheggia, come noto, nel Considerando n. 8 della direttiva 1999/93/CE.

⁸⁷ Cfr. Marconi, *La legge Modello UNCITRAL sul commercio elettronico*, op. cit., p. 140.

⁸⁸ Il concetto di "data message" è, quindi, fondamentale per l'identificazione stessa dell'ambito oggettivo di applicazione della normativa. Per di più, esso è stato utilizzato anche nel Progetto di Convenzione sui contratti elettronici elaborato in sede UNCITRAL e di cui *infra*.

funzioni, analogamente a quanto avviene con l'utilizzo degli strumenti tradizionali.

a. Definizioni

In conformità al metodo dell'equivalente-funzionale, la Legge modello fissa i requisiti minimi della forma scritta, stabilendo che essa è soddisfatta solo se i messaggi sono stati creati, trasmessi e mantenuti in modo tale che l'informazione in essi contenuta possa essere letta anche successivamente, sia cioè accessibile e utilizzabile per successivi riferimenti (art. 6, 1° comma): la funzione fondamentale della forma scritta è, pertanto, individuata nell'attitudine a conservare stabilmente la rappresentazione dell'informazione. Lo stesso concetto riecheggia, del resto, anche nell'art. 23 del Regolamento (CE) n. 44 del 2001⁹⁰ che, in materia di forma della clausola di proroga della competenza, ammette anche la possibilità di stipula della stessa in forma elettronica, purché sia assicurata una registrazione duratura (nella versione inglese, "*durable record*") dei dati⁹¹.

Il successivo art. 7 si occupa della sottoscrizione, le cui funzioni giuridiche sono individuate nell'esigenza di identificarne l'autore e di confermare l'approvazione del suo contenuto da parte di questi. Da notare che l'articolo non menziona l'esigenza di assicurare l'immodificabilità del documento o, almeno, che la procedura adottata segnali se il documento ha subito modificazioni successivamente alla sottoscrizione elettronica da parte dell'autore⁹². Coerentemente all'approccio utilizzato, l'art. 7 raccomanda l'adozione di un metodo flessibile, con ciò intendendo quello che *di volta in*

⁸⁹ Come si è visto, un approccio analogo è stato adottato anche dal legislatore comunitario per la direttiva 1999/93 sulle firme elettroniche (cfr., sul punto, Delfini, *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, op. cit., p. 424).

⁹⁰ Il Regolamento n. 44/2001 è pubblicato in GU L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

⁹¹ Cfr. capitolo IV.

⁹² Da notare, in proposito, che l'art. 2 della direttiva 1999/93 richiede, invece, tra le altre condizioni, che la firma elettronica avanzata sia "*collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di detti dati*".

volta è più appropriato alle finalità per cui il messaggio fu generato o comunicato, alla luce di tutte le circostanze, incluso ogni accordo rilevante tra mittente e destinatario del messaggio.

Infine, quanto al concetto di "originale", l'art. 8 stabilisce che il requisito minimo è rispettato quando: i) "c'è un'affidabile sicurezza circa l'integrità dell'informazione dal momento in cui è stata generata per la prima volta nella sua forma finale come un data message" (par. 1, lett. a); o, altrimenti, ii) "l'informazione viene presentata al soggetto al quale sarebbe dovuto essere presentato l'originale" (par 1, lett. b). Il metodo di verifica da considerare affidabile viene ulteriormente specificato dall'art. 8, 3° comma, per il quale il messaggio deve essere ricevuto completo e non modificato ad eccezione di eventuali successivi messaggi di conferma. L'affidabilità complessiva del sistema va, infine, valutata anche alla luce di tutte le circostanze del caso e delle finalità per cui il *data message* è stato creato. L'ultima parte della norma si caratterizza, quindi, per un notevole grado di flessibilità, suggerendo al legislatore nazionale di compiere scelte più o meno rigide, in considerazione degli interessi di volta in volta in gioco⁹³.

b. Principi guida

Al di là delle singole definizioni, la Legge si caratterizza per alcuni principi base che la sottendono integralmente tra i quali va, anzitutto, segnalato il principio dell'autointegrazione, sancito all'art. 3, per il quale le questioni relative a materie disciplinate dalla Legge, ma non espressamente regolate, devono essere risolte in conformità ai principi generali sui quali essa si basa⁹⁴.

⁹³ Almeno in linea teorica, non pare, quindi, in contrasto con i principi della Legge Modello la scelta del legislatore italiano che affidato la valutazione della valenza probatoria della firma elettronica semplificata al prudente apprezzamento del giudice.

⁹⁴ Tale principio non costituisce, peraltro, una novità, essendo stato adottato dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale (art. 7).

Elemento indefettibile della Legge è il principio della parità di trattamento, stabilito all'art. 5, per il quale *non si deve negare efficacia, validità ed esecutorietà giuridiche ad una informazione solo a causa del fatto che si trova in una forma di data message*. A ben vedere tale principio costituisce il presupposto logico-giuridico ed il fine stesso di uno strumento come la Legge Modello dell'UNCITRAL. Del resto, una sua concreta applicazione, seppur limitatamente ai contratti telematici, è contenuta anche nella direttiva 2000/31/CE, che all'art. 9 impone agli Stati membri di far sì che la legislazione interna non neghi validità ad una transazione per il solo fatto che questa viene posta in essere in forma elettronica.

L'art. 3 fissa il principio della buona fede e della tutela dell'affidamento sottolineando la necessità, nell'interpretazione della Legge, di promuovere l'osservanza della buona fede. Ancora una volta, quindi, si pone l'accento sull'affidabilità delle transazioni telematiche, questa volta dal punto di vista del comportamento degli operatori della rete⁹⁵. Non solo, l'art 13 stabilisce anche gli standard di diligenza che devono essere impiegati nella comunicazione relativamente alle procedure di autenticazione e verifica del contenuto dei messaggi inviati, legittimando il destinatario a considerare un *data message* come proveniente dall'autore (e ad agire su tale presunzione) quando siano state propriamente applicate le procedure concordate per tale scopo o, in alternativa, l'invio sia avvenuto ad opera di una persona il cui rapporto con l'autore apparente sia tale da permettergli di accedere al metodo da questi usato per identificare i *data message* come propri. Quando sussista una delle due sopraindicate condizioni, il destinatario è legittimato a presumere che il messaggio proviene dall'autore apparente nonché a

⁹⁵ Osserva, in proposito, Marconi, *La Legge Modello UNCITRAL sul Commercio elettronico*, op. cit., p. 145, come il concetto di buona fede è qui da intendersi inteso in senso oggettivo, quale clausola generale che ha "lo scopo di assicurare, nei limiti del possibile, condizioni di equilibrio e correttezza nel commercio elettronico e di stabilire criteri oggettivi di imputazione della responsabilità".

considerarne il contenuto come *ciò che l'autore ha avuto intenzione di inviare e ad agire su tale presunzione.*

La presunzione da parte del destinatario circa la provenienza del messaggio (vigente quando nella trasmissione sia rispettata una delle due condizioni di cui sopra), è destinata, peraltro, a cadere solo ove il destinatario *conosceva o avrebbe dovuto conoscere, se si fosse comportato in maniera ragionevolmente diligente o avesse impiegato una qualsiasi procedura concordata, che il data message non era dell'autore* (art. 13, comma 4) o che, *nei termini in cui è stato ricevuto, è il risultato di un errore di trasmissione* (comma 5). In questo modo, la ripartizione tra le parti contraenti delle conseguenze di eventuali errori nella trasmissione ovvero di abusi di terzi è operata sulla base dei principi di diligenza e tutela dell'affidamento.

Una specifica applicazione del principio di non discriminazione riguarda la valenza probatoria dei *data message*. L'art. 9 della Legge dispone, infatti, che *in qualsiasi procedimento legale le norme sulla prova non devono essere applicate in modo da negare l'ammissibilità di un data message come fonte di prova, sulla sola base che è un data message ... o del fatto che il documento non è un originale.* La Legge non trascurava, peraltro, il problema, più volte accennato, dell'affidabilità di questo tipo di informazioni: il secondo paragrafo dell'art. 9 prevede, infatti, che *all'informazione in forma di data message bisogna dare giusto peso probatorio ("due evidential weight");* detta affidabilità andrà valutata in base alle circostanze rilevanti, tra le quali, in particolare, l'affidabilità del modo in cui il *data message* è stato generato, memorizzato o comunicato, l'affidabilità del modo in cui l'integrità dell'informazione è stata mantenuta o quella in cui il suo autore è stato identificato⁹⁶.

⁹⁶ Ciò conferma definitivamente la problematicità della questione, affrontata anche dalla recente disciplina italiana sulla valenza probatoria della firma semplificata.

Va, infine, segnalato il principio del riconoscimento dell'autonomia privata, sancito dall'art. 4, che regola espressamente le ipotesi in cui le disposizioni della Legge Modello possono essere variate in forza di un accordo delle parti⁹⁷.

I casi in cui è ammessa la deroga per volontà concordata delle parti sono stabiliti dall'art. 4, che al primo paragrafo prevede la derogabilità delle norme di cui al Capitolo III rinviando, di fatto, ad un ambito molto vasto, che va dalle disposizioni in materia di formazione dei contratti, al riconoscimento dei *data message* ad opera delle parti, dall'attribuzione dei *data message* alla ricevuta di ritorno e al tempo e al luogo dell'invio e della ricezione del *data message*. Non sfugge, quindi, come il ruolo riconosciuto all'autonomia delle parti sia quanto mai ampio, potendo investire le modalità fondamentali di conclusione delle transazioni telematiche. Al contrario, la Legge sancisce l'inderogabilità delle norme di cui al Capitolo II, contenente le disposizioni in materia di forma degli atti giuridici, dal carattere generalmente inderogabile in quanto riflettono disposizioni di ordine pubblico⁹⁸.

c. Altre disposizioni particolari

La Legge Modello ha previsto norme specifiche con riguardo ad aspetti particolari tra i quali, *in primis*, il valore delle dichiarazioni inviate da un sistema in modo automatico, la formazione dei contratti, il commercio elettronico in *aree speciali* e l'archiviazione dei dati.

Per il momento, ci occuperemo della normativa in materia di archiviazione dei dati, riservando l'esame degli altri aspetti sopra citati al

⁹⁷ Osserva Marconi, *La Legge Modello UNCITRAL sul Commercio elettronico*, op. cit., p. 147, come tale principio, che sottende tutta la Legge, nasce alla constatazione che nella pratica degli affari, le difficoltà legali connesse all'applicazione delle moderne tecnologie dell'informazione sono per lo più risolte, o se ne cerca la soluzione, tramite contratti tra le parti. Del resto, si tratta di un principio pacificamente accettato nella prassi delle transazioni internazionali e ancor più nel campo del commercio elettronico e di *Internet*.

⁹⁸ La Legge non poteva, ovviamente, consentire la derogabilità delle norme di cui al Capitolo I, senza con ciò rinunciare ad esplicitare la sua stessa funzione.

capitolo successivo, ove si approfondiranno gli aspetti contrattuali delle transazioni *on line*.

L'art. 10 ha stabilito i requisiti e le condizioni per la conservazione e l'archiviazione di messaggi su supporti diversi da quelli tradizionali, qualora sia richiesto dalla legge per finalità contabili o tributarie. Anche in questo caso, si è dovuto prendere atto che non avrebbe senso, in un contesto dematerializzato come quello virtuale, richiedere che il messaggio dovesse rimanere inalterato. Anche ai fini dell'archiviazione, infatti, i dati devono essere *trattati*: ciò che conta, quindi, è assicurare che questi rimangano fedeli al contenuto originario creato o trasmesso⁹⁹.

Il terzo paragrafo dell'art. 3 consente, infine, che l'archiviazione sia affidata ad un terzo. La delega deve pur sempre avvenire, però, nel rispetto delle condizioni fissate dal par. 2 dell'art. 10, ciò che si risolve, di fatto, nell'imposizione di un vero e proprio onere di controllo sull'operato dell'intermediario da parte di chi decida di avvalersene.

8. Il Progetto preliminare di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici

Il *Working Group IV* dell'UNCITRAL, dedicato alla promozione degli studi degli aspetti legali del commercio elettronico, ha licenziato il 15 marzo 2002, nell'ambito della trentanovesima sessione di lavori, un progetto di

⁹⁹ A tal fine, l'art. 10, paragrafo 1, prevede che l'archiviazione sia effettuata nel rispetto congiunto delle seguenti condizioni:

- a) In modo che l'informazione in esso contenuta sia suscettibile di venire utilizzata per una successiva consultazione; e
- b) Che il *data message* sia conservato nella forma in cui è stato generato, inviato o ricevuto, o in un formato che si possa dimostrare rappresentare accuratamente l'informazione generata, inviata o ricevuta; e

convenzione destinata a regolare alcuni aspetti giuridici di primaria importanza in materia di contratti elettronici¹⁰⁰.

Il Progetto affronta, in particolare, i profili concernenti la formazione dei contratti elettronici, non senza ampi richiami alla Legge Modello elaborata sempre in sede in UNCITRAL, specie per quanto concerne gli aspetti giuridici legati alla firma elettronica e ai connessi requisiti di forma.

Il Progetto di Convenzione non tratta, invece, dei profili internazionalprivatistici dei contratti telematici e delle procedure di risoluzione delle controversie *on line*, aspetti, questi, che l'allegata Relazione del Segretariato suggerisce vengano affrontati in futuro dal Gruppo di lavoro¹⁰¹. Qui di seguito si esamineranno le norme generali del Progetto preliminare (capp. II-III) rinviando l'esame delle disposizioni specifiche in materia di formazione dei contratti al capitolo successivo.

a. La sfera di applicazione geografica

La delimitazione dell'ambito applicativo della Convenzione ha rappresentato uno dei punti più controversi, con particolare riferimento alla scelta se limitarne la portata ai soli contratti internazionali, ovvero estenderla a tutti i contratti elettronici, senza distinzione dal punto di vista geografico.

Riflesso di questo dibattito è l'art. 1, che nel Progetto preliminare di Convenzione presenta tuttora una formulazione articolata in due varianti, e precisamente: i) la variante A, più ampia, che include nel campo di applicazione della Convenzione tutti i contratti elettronici, indipendentemente

c) Che venga pure conservata una informazione, se alcuna ve n'è (*if any*), idonea a permettere l'identificazione dell'origine e della destinazione di un *data message* e la data e il tempo in cui esso fu inviato o ricevuto.

¹⁰⁰ Il testo del Progetto preliminare con la documentazione relativa è reperibile sul sito, *cit.*, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

¹⁰¹ Cfr. l'introduzione della *Relazione* del Segretariato allegata al Progetto preliminare di Convenzione, in <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, p. 3.

dalla loro qualificazione¹⁰²; e ii) la variante B, più ristretta, che circoscrive l'ambito applicativo ai soli contratti (elettronici) "internazionali", per tali intendendo i contratti tra soggetti che, al tempo della conclusione, abbiano le loro sedi d'affari in Stati differenti¹⁰³.

Il Gruppo di Lavoro ha, così, privilegiato il criterio della sede rispetto ad altri possibili tra i quali, in particolare, quello del luogo della formazione del contratto¹⁰⁴, che pure era stato esplicitamente preso in considerazione ma escluso in quanto non ritenuto adeguato nel caso di contratti conclusi nell'ambiente virtuale di *Internet*. La scelta sembra, del resto, opportuna in considerazione delle caratteristiche tecniche della rete, ove i protocolli di trasmissione consentono normalmente di registrare il momento in cui un messaggio perviene al sistema informativo del destinatario ma non anche la localizzazione geografica di tale sistema¹⁰⁵.

In considerazione della non sempre agevole applicazione dei tradizionali criteri del diritto internazionale privato, il *Working Group* aveva, peraltro, valutato la possibilità di adottare criteri innovativi che, pur focalizzati sul contratto - anziché sul domicilio delle parti - potessero comunque essere efficacemente applicati nel caso di transazioni telematiche. In particolare, era

¹⁰² Tale approccio comporterebbe un indubitabile vantaggio in sede di applicazione pratica, allorché non richiede di stabilire previamente ove sia collocata la sede d'affari dei contraenti. D'altro canto, osserva la *Relazione* (p. 10), questo approccio comporta che le parti beneficeranno del favorevole regime della Convenzione anche quando siano impegnate in transazioni dal carattere esclusivamente domestico, ciò che si risolve in una maggiore protezione specialmente per quei contraenti che abbiano la loro sede d'affari in Paesi privi di una legislazione in materia di contratti telematici. Cionondimeno, la variante A dell'art. 1 consente agli Stati di optare per la limitazione dell'applicazione della Convenzione ai soli contratti internazionali, assicurando, così, il mantenimento di un regime distinto per i contratti interni.

¹⁰³ Il criterio delle sedi delle parti contraenti in Stati differenti riproduce quello adottato dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale.

¹⁰⁴ Tra di essi la *Relazione* del Segretariato (pag. 8) annovera espressamente i criteri fondati sulla sede d'affari e la residenza abituale delle parti ovvero, più in generale, sul collegamento più stretto con uno o più Stati o relativo al commercio internazionale, tutti variamente utilizzati per definire la natura internazionale del contratto nelle fonti normative nazionali ed internazionali.

¹⁰⁵ Cfr., sul punto, la *Relazione* del Segretariato, p. 9.

stata considerata la possibilità di ricorrere alla nozione di *centro di gravità* ("*centre of gravity*"), da individuarsi in base alla relazione più stretta del contratto e delle obbligazioni che da questo traggono origine. Anche tale criterio è stato, però, escluso sulla base di una duplice valutazione. Da un lato, i redattori del Progetto hanno osservato come in altri strumenti internazionali detto criterio sia utilizzato solo in via sussidiaria rispetto ad altri; dall'altro - ciò che è apparso, in vero, decisivo - si è riconosciuto come per tale via non si assicuri un'adeguata tutela dell'affidamento e della certezza del diritto, attesa l'impossibilità per le parti contraenti di un contratto elettronico di individuarne agevolmente il "*centro di gravità*" al momento della conclusione¹⁰⁶.

Nell'ottica di assicurare un'applicazione certa e prevedibile del criterio della sede, il Progetto prevede l'obbligo preventivo per le parti di indicare la propria sede d'affari (art. 14, par. 1, lett. b). L'effetto di tale indicazione, ai sensi dell'art. 7, par. 1, è quello di stabilire una presunzione legale circa la coincidenza della sede d'affari effettiva con quella dichiarata¹⁰⁷. Nelle intenzioni dei redattori del Progetto ciò dovrebbe consentire ai contraenti di sapere agevolmente e con certezza, già al momento della conclusione, se il contratto sarà considerato internazionale, e se, quindi, ricadrà, o meno, nell'ambito di applicazione della Convenzione¹⁰⁸. E' evidente il rischio insito in tale soluzione che, in astratto, non impedisce alle parti di manipolare a piacimento la dichiarazione circa la propria sede d'affari e, conseguentemente, la qualificazione internazionale o interna del contratto con le relative conseguenze. In altre parole, l'applicazione pura e semplice

¹⁰⁶ Si veda, in argomento, la *Relazione* del Segretariato, pp. 9-10.

¹⁰⁷ Come noto, l'onere per i prestatori di servizi della società dell'informazione di comunicare il proprio indirizzo geografico è previsto anche dall'art. 5 della direttiva 2000/31/CE. In questo caso sembrerebbe, però, trattarsi di un semplice obbligo informativo dalla violazione del quale non pare scaturire alcuna presunzione circa la sede d'affari del prestatore.

¹⁰⁸ Ovvero anche, perché no, quale sia la legge applicabile al contratto (cfr. la *Relazione*, p. 10).

della presunzione di cui all'art. 7 potrebbe conferire, di fatto, alle parti la facoltà di modificare il regime giuridico applicabile al contratto in forza della Convenzione o, al limite, di escluderne *tout court* l'operatività¹⁰⁹.

Proprio per ovviare a questi inconvenienti è stato proposto un correttivo all'art. 7 del Progetto, consistente in un temperamento del valore presuntivo della dichiarazione di parte, destinata a cadere ove "*it is manifest and clear that the party does not have a place of business at such location and that such indication is made solely to trigger or avoid the application of this Convention*"¹¹⁰. Non pare, peraltro, che l'integrazione suggerita possa risolvere definitivamente i problemi applicativi dell'art. 7. Infatti, la norma sembrerebbe in concreto attribuire all'altra parte l'onere di fornire la prova della non attendibilità della dichiarazione resa in sede di conclusione del contratto, ciò che potrebbe rivelarsi non sempre agevole, specie se si richiede un'evidenza *chiara e manifesta*. Un meccanismo più efficace poteva, forse, prevedere che, in caso di contestazione circa la veridicità della dichiarazione ex art. 14, par. 1, della Convenzione, spettasse alla parte che tale dichiarazione ha reso dimostrarne la corrispondenza alla realtà.

Infine, sempre relativamente alla sfera di applicazione geografica della Convenzione, va evidenziato come la variante B dell'art. 1, al fine di garantirne la più ampia applicazione, non ne limiti l'ambito ai soli contratti conclusi tra soggetti le cui sedi d'affari siano collocate in Stati contraenti¹¹¹.

b. La sfera di applicazione sostanziale

¹⁰⁹ Ciò nel caso in cui la versione finale del Progetto propendesse per la più ristretta variante B dell'art. 1.

¹¹⁰ Tale correttivo è previsto, allo stato, quale aggiunta al paragrafo 1 dell'art. 7, tra parentesi quadre.

¹¹¹ Una simile soluzione è adottata dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale (art. 1, par. 1, lett. a)), ma non anche in altri strumenti UNCITRAL, quali la Legge Modello sull'arbitrato commerciale internazionale.

Nel contesto del Progetto molto delicata è la delimitazione del campo di applicazione *ratione materiae*, focalizzato sul concetto di *contratto elettronico* (“*electronic contract*”) la cui definizione è, peraltro, ricavabile solo in via indiretta dal testo della Convenzione. L’art. 1, par. 1, del Progetto (in entrambe le varianti finora adottate), prevede, infatti, che la Convenzione si applichi ai contratti conclusi o provati per mezzo di *data message*, nozione, questa, comune anche alla Legge Modello elaborata nella stessa sede dell’UNCITRAL¹¹². Sottolinea opportunamente la Relazione del Segretariato al Progetto come la nozione di “*electroning contracting*” sia qui adottata come una modalità di conclusione dei contratti, e non come una sottocategoria contrattuale caratterizzata per il suo oggetto particolare¹¹³.

Coerentemente ai principi animatori della Legge Modello, alla base del Progetto di Convenzione sono posti i principi dell’equivalenza e della parità di trattamento tra i contratti telematici e quelli tradizionali, presupposto necessario dell’adattamento ai primi delle norme che già regolano i secondi. Ciò non impedisce ai redattori di evidenziare la necessità, comunque, dell’armonizzazione di alcuni aspetti giuridici legati ai contratti telematici e, segnatamente, di quelli connessi alla formazione del contratto, ciò che costituisce lo scopo primario e dichiarato del Progetto di Convenzione qui in commento¹¹⁴.

Sul piano dell’oggetto contrattuale, l’attenzione del Gruppo di Lavoro si era dapprima concentrata sui soli contratti di vendita di beni mobili corporali ma, successivamente, si è opportunamente optato per includere tutte le transazioni telematiche, salve due (notevoli) eccezioni: l’una,

¹¹² Cfr. art. 2, par. a), della Legge Modello dell’UNCITRAL.

¹¹³ In questo senso la *Relazione*, p. 5, la quale riprende, a sua volta, l’efficace affermazione di Donnie L. K. Jr. e Daughtrey W. Jr., in *Adapting Contract Law to Accomodate Electronic Contracts*, *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 26, p. 269, i quali osservano che un contratto elettronico non è un tipo speciale di contratto, ma un metodo di concludere contratti, ciò in contrapposizione alla nozione di tipo contrattuale, definito in base all’oggetto piuttosto che alla modalità con cui viene concluso.

¹¹⁴ Cfr. la *Relazione* del Segretariato, p. 5.

soggettiva, riguardante i contratti conclusi con i consumatori e l'altra, oggettiva (art. 2, lett. a), per i contratti relativi ai diritti di proprietà intellettuale (lett. b). Il testo dell'art. 2 del Progetto ha previsto, peraltro, la possibilità di annoverare tra le esclusioni anche altri tipi di contratti, quali quelli riguardanti il trasferimento di diritti reali immobiliari¹¹⁵.

L'esclusione dei contratti con i consumatori¹¹⁶ è espressione della linea assunta dal *Working Group* fin dall'inizio dei lavori, del resto comune anche ad altri strumenti elaborati in sede UNCITRAL e sostenuta da argomentazioni di opportunità, non ultima la non facile distinzione per gli operatori, al momento della conclusione del contratto, fra transazioni B2C e B2B¹¹⁷. Il criterio adottato dall'art. 2, lett. a), prevede, quindi, l'esclusione dal campo di applicazione della Convenzione per i contratti conclusi per uso personale, familiare o domestico, con ciò adottando sostanzialmente il criterio di cui all'art. 2 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci¹¹⁸. Tale ultima norma, in vero, contiene un'esplicita eccezione nel caso in cui *il venditore, in un qualsiasi momento anteriore alla conclusione o al momento della conclusione del contratto, non sapesse e*

¹¹⁵ L'Allegato II alla *Relazione* al Progetto contiene un elenco illustrativo delle "esclusioni" previste da alcune legislazioni nazionali in materia di commercio elettronico.

¹¹⁶ Come si legge nella *Relazione* al Progetto, pag. 6, il *Working Group* potrebbe considerare se lasciare agli Stati che ratificheranno la Convenzione l'opzione se mantenere o meno l'esclusione dei contratti con i consumatori, in linea con la stessa Legge Modello.

¹¹⁷ La decisione di escludere i contratti con i consumatori dall'ambito applicativo della Convenzione ha trovato vasto consenso soprattutto presso gli operatori. Ne è espressione il *Report on draft UNCITRAL Convention on electronic contracting* del Gruppo di Esperti *ad hoc* presso la Camera di Commercio Internazionale di Parigi, del 5 dicembre 2001 (reperibile in http://www.iccwbo.org/home/electronic_commerce/uncitral_convention_report.asp), nella quale si sottolinea come l'inclusione dei contratti *Business-to-Consumer* nella Convenzione potrebbe verosimilmente compromettere la possibilità di raggiungere un accordo tra gli Stati circa le norme sostanziali da adottare, in considerazione della natura di ordine pubblico della problematica della tutela dei diritti dei consumatori (p. 3).

¹¹⁸ La scelta del criterio già adottato nella Convenzione di Vienna corrisponde all'opinione espressa dal Gruppo di Esperti *ad hoc* dell'ICC, che sottolineano, altresì, i vantaggi derivanti dalla possibilità di ricorrere alla casistica giuridica formatasi sotto il vigore dell'art. 2 della Convenzione di Vienna. Più in generale, il Gruppo di Esperti ICC evidenzia l'opportunità di adottare definizioni il più possibile omogenee di transazione conclusa dal consumatore (così il *Report on draft UNCITRAL Convention*, cit., p. 4).

non fosse tenuto a sapere che tali merci erano comprate per tale uso. L'assenza di questa eccezione nell'art. 2 del Progetto consegue ad una precisa valutazione del *Working Group*, secondo il quale la valutazione dell'onere di diligenza del venditore – sintetizzato dall'espressione *non fosse venuto a sapere* ("ought to have known") – sarebbe di difficile applicazione concreta per le transazioni telematiche¹¹⁹.

c. L'ubicazione delle parti

Si è detto come una delle nozioni chiave del Progetto è quello di sede d'affari, assunto a criterio guida per la distinzione tra contratti interni ed internazionali. Non è difficile intuire come la definizione di questo concetto sia particolarmente critica nel contesto dematerializzato del commercio elettronico, dove l'identificazione dell'ubicazione delle parti è spesso resa problematica qualora il prestatore si avvalga di un sito *Internet* sito al di fuori del territorio nazionale della sede, magari "ospitato" sul *server* di un terzo (ISP) fornitore dei relativi servizi¹²⁰. Ciò ha richiesto l'introduzione di alcune importanti disposizioni a carattere definitivo, in ossequio ad una tecnica giuridica comunemente adottata nelle convenzioni internazionali.

In prima istanza il meccanismo prevede che la sede d'affari sia identificata presuntivamente dall'indicazione della parte contraente (salvo il caso in cui detta indicazione sia manifestamente falsa e strumentale). Va, peraltro, rilevato, come i redattori non abbiano ritenuto necessaria una definizione del concetto di sede d'affari ("*place of business*"), trattandosi di nozione ampiamente "collaudata" nel diritto internazionale privato.

I paragrafi 2 e 3 dell'art. 7 pongono regole specifiche nel caso in cui sorgano difficoltà ad applicare il principio generale. Nel caso in cui la parte

¹¹⁹ Così la *Relazione*, p. 7, ove si nota altresì che nel caso di *Internet*, la probabilità che acquisti siano effettuati da consumatori è ben maggiore che per le transazioni tradizionali.

¹²⁰ Sull'interpretazione del concetto di sede alla luce dei più importanti strumenti internazionalprivatistici si veda il capitolo IV.

contraente abbia più d'una sede d'affari, il paragrafo 2 stabilisce che sia presa in considerazione quella più strettamente collegata al contratto e alle sue prestazioni, avuto riguardo alle circostanze conosciute o contemplate dalle parti precedentemente e fino al momento della conclusione del contratto¹²¹. Nel caso in cui parte contraente sia una persona fisica priva di sede d'affari, il riferimento sarà, invece, alla sua residenza abituale (par. 3)¹²².

Un cenno particolare meritano gli innovativi principi stabiliti nei paragrafi 4 e 5 con riferimento a specifiche problematiche del commercio elettronico, dalle quali non poteva prescindere uno strumento destinato a regolare questo tipo di transazioni. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il contratto sia stato concluso, dalla parte del venditore, mediante l'ausilio di un sistema completamente automatizzato, oppure ad un sito WEB di commercio elettronico ospitato sul server di un terzo soggetto, tipicamente un ISP, localizzati in luogo diverso da quello ove si trova la sede d'affari nel senso tradizionalmente inteso. In tali circostanze, è importante stabilire se gli apparati tecnici utilizzati integrino o meno quel concetto di sede rilevante ai fini dell'applicazione della Convenzione.

Orbene, il par. 4 stabilisce che l'ubicazione dell'attrezzatura e degli apparati tecnici del sistema informatico utilizzati per la conclusione del contratto ovvero il luogo dal quale altre persone possono collegarsi e accedere a tale sistema non costituisce sede d'affari. Il principio subisce un temperamento solo qualora il soggetto contraente non sia dotato di sede

¹²¹ Così il par. 2 dell'art. 7: *"If a party has more than one place of business, the place of business for the purposes of this Convention is that which has the closest relationship to the relevant contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract"*. Si tratta, in vero, di un criterio largamente utilizzato nelle convenzioni internazionali come, ad esempio, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale (art. 10).

¹²² Così il par. 3 dell'art. 7, per il quale *"If a natural person does not have a place of business, reference is made to the person's habitual residence"*.

d'affari (almeno nel senso tradizionalmente inteso)¹²³, ma si tratta, in vero, di una deroga da applicarsi esclusivamente alle c.d. *imprese virtuali* ("virtual company") e non anche alle persone fisiche prive di sede d'affari, per le quali continuerebbe ad applicarsi il criterio della residenza sancito dal par. 3¹²⁴.

E' questa, indubbiamente, una delle norme più qualificanti del Progetto, con la quale si mira, tra l'altro, ad evitare che un operatore possa invocare sul piano giuridico due sedi differenti a seconda se concluda contratti avvalendosi di mezzi tradizionali o di mezzi elettronici, ciò che potrebbe fare delocalizzando le apparecchiature o anche solo un sito WEB in un altro Paese, e rendendo così, ad esempio, un contratto internazionale o interno a seconda dei casi¹²⁵.

Sulla stessa linea, il successivo paragrafo 5 stabilisce che *il solo fatto che una persona faccia uso di un domain name o di un indirizzo di posta elettronica connesso ad uno specifico Paese non crea presunzione che la sua sede d'affari sia ubicata in tale Paese*¹²⁶. Anche questa norma consegue ad una specifica valutazione del gruppo di lavoro in merito all'individuazione di affidabili elementi rivelatori di una sede d'affari nel cyberspazio, tra i quali opportunamente non sono stati compresi i *domain names*, data la loro trascurabile significatività quali indicatori di un legame geografico con un Paese specifico¹²⁷.

¹²³ Così il par. 4: "The location of the equipment and technology supporting an information system used by a legal entity for the conclusion of a contract, or the place from which such information system may be accessed by other persons, in and of themselves, do not constitute a place of business [, unless such legal entity does not have a place of business]".

¹²⁴ Cfr., sul punto, la *Relazione al Progetto*, p. 11.

¹²⁵ L'eventualità è, del resto, tutt'altro che remota, considerata la facilità pratica di delocalizzare, ad esempio, un sito WEB presso un *Provider* sito all'estero.

¹²⁶ "The sole fact that a person makes use of a domain name or electronic mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in such country".

¹²⁷ In definitiva, e riassumendo, il testo finale varato dal *Working Group* è il frutto di un interessante dibattito in merito all'opportunità di attribuire un qualche valore ai nomi di dominio al fine dell'individuazione della sede d'affari, "in mancanza di una chiara indicazione delle parti in tal senso" (cfr. la *Relazione*, p. 11).

9. Le iniziative della Camera di Commercio Internazionale

a. Premessa

Nell'ambito delle attività dedicate al mondo imprenditoriale internazionale dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (ICC), un ruolo significativo spetta a quelle relative al commercio elettronico¹²⁸.

Tra le iniziative più rilevanti va segnalata l'elaborazione di linee guida in materia di contratti che coinvolgono il trasferimento internazionale di dati (le "*Model clauses for use in contracts involving transborder data flows*") e di usi generali per il commercio internazionale su base digitale (*General Usage for International Digitally Ensured commerce* – GUIDEC, di cui *infra*), entrambe adottate nell'ambito dell'*Electronic Commerce Project*. In questo contesto opera l'*Electronic Trade Practice Working Group*, con l'incarico di

Nel corso dei lavori era stata presa in considerazione l'ipotesi dell'identificazione presuntiva del Paese di provenienza del messaggio elettronico nel caso di *domain name* connessi a specifici Paesi (tale è il caso di nomi di dominio che terminino, per esempio, in ".it", ".fr" o ".nz"). Tale soluzione è stata accantonata in quanto il *domain name*, anche nel caso di suffissi "nazionali", non è stato ritenuto un equivalente-funzionale dell'ubicazione fisica della sede d'affari. Va, peraltro, rilevato come l'adozione di un simile criterio avrebbe comportato che, nel caso in cui un'impresa si avvallesse, come accade sovente in pratica, di più siti WEB identificati da nomi di dominio diversi, sarebbe stata assoggettata a regimi giuridici vari in ragione di quale sito avesse concretamente "gestito" la transazione, e ciò in aperto contrasto con gli obiettivi di certezza sopra enunciati. Non va sottovalutato, del resto, che molte delle *naming authorities* nazionali non subordinano l'assegnazione del nome di dominio all'accertamento all'esistenza di una sede d'affari nel Paese, circostanza, questa, che elimina probabilmente ogni dubbio residuo in merito alla (scarsa) affidabilità del *domain name*.

Infine, l'impossibilità di individuare presuntivamente il luogo di provenienza del messaggio in base al nome di dominio risulta *de plano* per tutti quei suffissi, come, ad esempio, ".com" o ".net", che non sono di per sé caratterizzati da alcun legame specifico con un singolo Paese.

¹²⁸ Un'interessante panoramica delle iniziative della Camera di Commercio Internazionale di Parigi in materia di commercio elettronico è disponibile sul sito WEB della stessa organizzazione, http://www.iccwbo.org/home/menu_electronic_commerce_asp.

adottare le regole necessarie per affrontare le novità tecnologiche dal punto di vista dei rapporti contrattuali¹²⁹.

L'impegno dichiarato della Camera di Commercio Internazionale è quello di promuovere gli studi sul commercio elettronico partendo da un'ottica multidisciplinare. L'*Electronic Commerce Project* vede, pertanto, il coinvolgimento di numerose commissioni di settore, operanti nel campo bancario, dei trasporti, delle telecomunicazioni, dei servizi finanziari e assicurativi etc., così da poter garantire un approccio globale ed onnicomprensivo.

Sempre in materia di commercio elettronico si segnala, inoltre, l'attività dell'ICC per quanto concerne i nomi di dominio, sfociata in una dichiarazione di principio: "*Principles for an electronic commerce-friendly domain name system*".

Da ultimo, sembra opportuno un cenno al *Global Action Plan for Electronic Commerce (GAPEC)*¹³⁰. Giunto alla seconda edizione nel 1999, il GAPEC si propone di fornire un inventario delle posizioni del mondo imprenditoriale privato destinato principalmente all'attenzione dei governi, con particolare attenzione ai principali ostacoli allo sviluppo del commercio elettronico e alle linee guida per la sua regolamentazione. Il documento è imperniato sulla necessità di garantire la massima liberalizzazione nel settore e, corrispondentemente, di ridurre al minimo l'intervento regolatore degli Stati¹³¹. La peculiarità interessante di questo documento risiede, però, nel fatto che esso espone il punto di vista di soggetti distinti dalle solite fonti

¹²⁹ Il fenomeno di normazione in oggetto è ascrivibile all'ambito della *soft law*, la cui importanza nel campo del commercio elettronico non va sottovalutata. Il contributo di queste norme risiede nella "funzione ausiliaria di indirizzo che essa può svolgere a favore dei privati nei loro rapporti commerciali, sia per colmare lacune normative, sia per interpretare norme vincolanti" (cfr. Draetta, *Internet e commercio elettronico*, op. cit., p. 15).

¹³⁰ Per un esame delle principali argomentazioni del GAPEC, cfr. Fodella, *Verso una legislazione internazionale uniforme?*, op. cit., p. 73 e ss..

istituzionali e ciò in un settore, come quello del commercio elettronico, dove la libertà degli operatori è assurta a principio fondamentale del sistema.

b. Il General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC) – aspetti generali

Lo scopo perseguito dalla Camera di Commercio Internazionale con la prima edizione del GUIDEC (*General Usage for International Digitally Ensured Commerce*), adottata il 06 novembre 1997¹³², era quello di affrontare alcune questioni lasciate aperte dal lavoro dell'UNCITRAL, concretizzatosi nella Legge Modello di cui *supra*. L'ottobre del 2001 ha, quindi, visto la nascita di una nuova versione del documento, con alcuni interessanti aggiornamenti¹³³.

Come si è visto, infatti, la Legge Modello si è limitata a fissare alcuni requisiti-funzione per la firma elettronica o per la forma degli atti, senza, però, entrare nel dettaglio. In altre parole, la Legge impone l'adozione di un metodo *appropriato secondo le circostanze* ma non indica quale questo sia in concreto.

Il percorso del GUIDEC 1997 muove, pertanto, dal punto in cui si arresta quello della Legge Modello dell'UNCITRAL, mirando a stabilire i requisiti per la certezza della firma (elettronica) utilizzata nel commercio internazionale. L'obiettivo era quello di stabilire un quadro generale per l'*assicurazione* dei messaggi e la *certificazione* dei *data message*, basata sulla legislazione e la prassi vigenti nei differenti sistemi giuridici¹³⁴. In effetti,

¹³¹ Al più, si afferma che detti interventi sono ammissibili solo in alcune aree ben determinate, tra le quali la tutela della proprietà intellettuale, della libera concorrenza, e in materia tributaria.

¹³² Per un commento al GUIDEC I – 1997, si veda Fodella, *Verso una legislazione internazionale uniforme?*, op. cit., pp. 69-73.

¹³³ In http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_two.asp.

¹³⁴ Precisa la prefazione alla nuova versione del GUIDEC (reperibile in http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_two/), p. 1, che il documento "provides a detailed

quello della sicurezza è proprio uno degli obiettivi fondamentali del documento, che annovera espressamente tra gli ostacoli più significativi alla diffusione delle transazioni del commercio elettronico la sicurezza delle informazioni trattate e, segnatamente, la loro *integrità, disponibilità ed integrità*.

Nella costanza di tali principi-guida, la versione 2001 del GUIDEC contiene alcuni importanti aggiornamenti relativi a: i) l'evoluzione tecnologica, ed in particolare alcune recenti tecniche impiegate nel settore (in specie per l'autenticazione dei messaggi) quale la biometria; ii) i recenti sviluppi normativi nel campo della firma elettronica tra i quali, innanzitutto, la nota direttiva 1999/93/CE¹³⁵ e l'*Electronic signature in Global and National Commerce Act* del 30 giugno 2000 (meglio noto come "*E-SIGN Act*") degli Stati Uniti. Nel contesto di un approccio concreto come quello del GUIDEC non poteva, quindi, sfuggire la necessità di operare un continuo aggiornamento tecnologico, mancando il quale il documento avrebbe rischiato di perdere rapidamente di interesse. Né, tra i modelli giuridici di riferimento, poteva essere ignorata la direttiva 1999/93, anche per la sua incidenza in una delle aree del mondo di maggiore importanza per lo sviluppo del commercio elettronico¹³⁶.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del documento, va rilevato che anche la nuova versione esclude i contratti conclusi con i consumatori, precisando che *the document assumes practices in which transacting parties are export commercial actors, operating under the lex mercatoria. The documents does not attempt to define rights and responsibilities for transactions involving consumers.*

explanation of principles, particularly as they relate to information security issues, public key cryptographic technique and emerging biometric capabilities".

¹³⁵ Cfr. prefazione, *cit.*.

¹³⁶ Le linee guida sono tracciate nella Prefazione al GUIDEC II - 2001, pp. 1-2, reperibile in http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_two/preface.asp.

Il nuovo testo del GUIDEC si compone di una parte introduttiva generale, Capp. I-IV, di una parte dedicata ai contratti telematici (Capp. V-VIII) e, infine, della guida vera e propria sulle migliori prassi - *Best Practices* - con chiarificazioni e commenti (Capp. IX-X), corredata da un completo glossario dei termini (Cap. XI).

Rinviando al paragrafo seguente per l'esame delle *Best Practices*, s'impone qui qualche considerazione in merito ai Capitoli V-VIII. In particolare, i Capitoli V-VII hanno la funzione di delineare il contesto economico generale dei contratti telematici, evidenziando importanti problematiche come quella della *commercialization of trust* (capitolo VII)¹³⁷. In tale passo si pone in evidenza il problema della sicurezza e della fiducia degli operatori nella rete e, di conseguenza, la grande importanza dei c.d. *trust services* per lo sviluppo del commercio elettronico quali servizi essenziali in ragione della tipicità del mezzo utilizzato, la cui crescente domanda ha comportato la nascita di una vera e propria industria produttrice degli stessi¹³⁸.

¹³⁷ La necessità di costruire un contesto sicuro è, notoriamente, uno dei fattori critici di successo per il commercio elettronico. L'analisi compiuta nel cap. VII del GUIDEC II - 2001 è, quindi, molto utile per una prospettiva in chiave economica del problema.

¹³⁸ Il par. 2, cap. VII, del GUIDEC II - 2001 specifica il contenuto di questo tipo di servizi si con riguardo al commercio elettronico:

a) Servizi di autenticazione ("*Authenticity services*"), destinati a garantire la genuinità di un messaggio. In altre parole, ad assicurare che il messaggio proviene da un determinato soggetto identificato, che non è stato alterato e, infine, che gli elementi di cui sopra possono formare oggetto di prova;

b) Servizi di pagamento e credito ("*Payment and credit services*"), con la funzione di garantire che gli ordini di pagamento siano regolarmente approvati dall'obbligato ed eseguiti nei confronti del creditore designato.

c) Servizi di controllo ed accreditamento dei sistemi ("*Operational auditing and accreditation services*"), destinati ad esaminare la sicurezza, i flussi di informazioni ed altri aspetti tecnici di un sistema operativo.

Si tratta evidentemente, di quegli elementi di struttura indispensabili per una diffusione sempre più capillare delle transazioni telematiche tra operatori (non solo professionali), essendo destinate a garantire quelle condizioni minime di sicurezza, in senso lato, che consentono di equiparare una transazione telematica, effettuata a distanza tra soggetti tra loro sconosciuti, e una tradizionale transazione cartacea conclusa mediante la tradizionale sottoscrizione contestuale.

Sempre in tema di formazione dei contratti, il capitolo VIII enuncia alcuni principi base in materia (c.d. *POFEC – Principles of Fair Electronic Contracting*), con particolare riferimento alla redazione di documenti per i *document processing system* e all'efficacia legale dei contratti telematici (*legal efficacy of electronic contracting*)¹³⁹. Si tratta, comunque, di una formulazione alquanto schematica e non sempre utile alla soluzione di problemi concreti¹⁴⁰.

c. Autenticazione¹⁴¹ e certificazione

La Regola n. 1 del capitolo IX definisce l'autenticazione di un messaggio come quella procedura che sia in grado, in punto di fatto, di garantire l'identità del firmatario e l'integrità del documento dal momento in cui è stato autenticato¹⁴². Corollario di questo principio è la Regola n. 2 che

¹³⁹ Si tratta dei seguenti principi:

A) Drafting for documents for document processing systems:

- *Avoid a battle of forms*
- *Incorporate external documents sparingly and carefully*
- *Avoid inclusion of inapplicable text*
- *Use document type when appropriate*
- *Avoid unrecognizable mark-up in a document*
- *Ensure authenticity adequately*
- *Permit manual intervention and override*

B) Legal efficacy of electronic contracting:

- *Assent by a document processing system*
- *Mistakes and document processing systems*
- *Availability of the human readable form*
- *Evidence*

¹⁴⁰ A completamento dell'argomento, il capitolo VIII rinvia alle *ICC Model Electronic Sales Contract*, quale esempio dell'applicazione pratica di corretti principi di redazione dei contratti telematici.

¹⁴¹ Si osserva, in proposito, come la formulazione della nuova versione del GUIDEC parli di autenticazione ("*authenticating*") e non più di assicurazione ("*ensuring*").

¹⁴² E' appena il caso di notare come la firma elettronica avanzata prevista dalla direttiva 1999/93/CE (e quella digitale già contemplata dal d.p.r. n. 513/1997) sia in grado di assicurare il rispetto di tali requisiti talché un contratto sottoscritto con queste procedure rispetterebbe le *Best Practices* di cui al GUIDEC in materia di autenticazione.

impone al destinatario di attribuire il messaggio autenticato secondo la Regola n. 1 a colui che lo effettivamente ("actually") sottoscritto¹⁴³.

La Regola n. 3 si occupa della sottoscrizione del messaggio da parte di un rappresentante stabilendo che detto messaggio avrà la medesima validità di un messaggio sottoscritto dal rappresentato se, in base alla legge applicabile, il rappresentante ha il potere di autenticarlo.

La Regola n. 4 fissa un criterio di massima in materia di autenticazione, stabilendo che il sottoscrittore deve autenticare il messaggio in modo appropriato a seconda delle circostanze. Nel far ciò, il sottoscrittore dovrà scegliere metodi idonei a realizzare il fine voluto dalle parti o, almeno, ragionevolmente adatti al contesto in cui la transazione è effettuata. Il commento alla regola chiarisce che il destinatario dovrà valutare l'affidabilità del messaggio in base ad una serie di elementi elencate, approssimativamente ("*approximately*") in ordine di importanza decrescente, tra i quali, *in primis*, i fatti che il destinatario conosce o di cui ha notizia e il valore o l'importanza del messaggio autenticato¹⁴⁴.

Molto importante, in ragione della specificità di un contratto concluso in forma telematica è, infine, la norma di cui alla Regola n. 5, che impone all'autore di un messaggio di indicare chiaramente cos'è coperto dall'autenticazione. Nel caso di un atto stipulato su supporto cartaceo, una tale specificazione sarebbe completamente priva di senso. Non così, invece, nel caso di un atto in forma elettronica ove la connessione tra la

¹⁴³ Precisa il commento della norma che in caso di contraffazione, effettivo firmatario dovrà essere considerato il contraffattore, piuttosto che il (ostensibile) sottoscrittore. In argomento, cfr., inoltre, l'art. 11 della Legge Modello dell'UNICITRAL.

¹⁴⁴ Gli altri sono i seguenti:

- *within the transaction in question, the course of performance between the relying person and subscriber and the available indices of reliability or unreliability corroborating the authenticated message;*
- *in prior transactions, the course of dealing between the relying person and subscriber and the available indices of reliability and unreliability corroborating the authenticated message;*
- *usage of trade conducted by technologically reliable information system.*

sottoscrizione e i dati cui questa si riferisce deve essere necessariamente esplicitata.

Infine, le regole nn. 6 e 7 del cap. IX si occupano dei sistemi di autenticazione. La prima norma stabilisce che la persona che utilizzi un particolare sistema per l'autenticazione dei messaggi deve impiegare almeno una ragionevole cura per impedire l'uso non autorizzato del sistema¹⁴⁵. La Regola n. 7 riguarda, invece, la funzione dei certificatori, imponendo al sottoscrittore di comunicare (*"represent"*) al certificatore tutti i fatti materiali rilevanti per il certificato. Il chiarimento alla norma precisa, peraltro, che detta comunicazione può consistere in una mera comunicazione compiuta dal sottoscrittore ovvero in un accertamento di tutte o alcune di tali circostanze da parte del certificatore.

* * *

Il capitolo X del GUIDEC è dedicato alla certificazione. Certificato è un messaggio, assicurato da una persona, che attesta l'accuratezza dei fatti in esso inclusi, ai fini dell'efficacia giuridica dell'atto di un'altra persona. La Regola n. 1 del capitolo X concerne gli effetti di un certificato valido: un soggetto potrà fare affidamento sui fatti in esso attestati, a meno che non venga a sapere che la persona che lo ha certificato (il *certificatore*) ha mancato di soddisfare un requisito delle prassi di assicurazione dei messaggi. Il commento alla Regola n. 1 evidenzia come un certificato debba essere considerato valido nella misura in cui il *certificatore* sia affidabile e gli usi in materia di certificazione siano stati rispettati.

Quanto alle informazioni contenute nel certificato, la Regola n. 2 stabilisce che chi certifica deve garantire l'accuratezza di tutti i fatti inclusi in un certificato valido, a meno che non risulti con evidenza dal certificato

¹⁴⁵ Quest'ultima definita dalla chiarificazione alla norma come *il grado di cautela e di prudenza che una persona ragionevole impiegherebbe in ragione delle circostanze* (*"the degree of caution and prudence that a reasonable person would exercise under the circumstances"*).

stesso che alcune delle informazioni non sono state verificate. Ad esempio, il commento alla norma indica una simile situazione quando un certificato informa che un soggetto agisce per conto di un altro, ma che questi poteri non sono stati verificati. L'enunciazione di questo principio sembra privilegiare, quindi, il principio dell'affidamento implicando, *a contrariis*, che, ove nulla sia specificato, l'esistenza dei poteri possa essere legittimamente presunta¹⁴⁶.

Ancora una volta, un ruolo primario è riconosciuto alla figura del certificatore e alla sua affidabilità. A tale scopo la Regola n. 3 del GUIDEC stabilisce che un certificatore è ritenuto affidabile quando utilizzi soluzioni tecnologicamente adeguate, personale fidato, e non sussistano conflitti di interesse.

Infine, le altre Regole del capitolo pongono disposizioni minori relative ai certificatori e alla loro attività: la Regola 4 stabilisce l'onere per il certificatore di informare ogni soggetto interessato (*"affected person"*) dei problemi incontrati suscettibili di condizionare l'affidabilità del certificato; la Regola n. 5 richiede che il certificatore sia dotato di risorse finanziarie sufficienti per esercitare l'attività e coprire i rischi della sua eventuale responsabilità; le Regole nn. 6 e 7, infine, impongono al certificatore, rispettivamente, l'obbligo di mantenere per un periodo ragionevole un archivio con il materiale relativo a un certificato, e di adempiere a determinati compiti al momento della cessazione dell'attività tra i quali, segnatamente, quello di trasmettere gli archivi di cui sopra ad un altro *successore qualificato* (*"qualified successor"*)¹⁴⁷. Le ultime norme (nn. 8-11) concludono la disciplina

¹⁴⁶ Cfr., in proposito, le norme dettate dalla direttiva 1999/93/CE e dal d.p.r. n. 10/2002 in merito alla responsabilità dei certificatori per le informazioni contenute nel certificato.

¹⁴⁷ I chiarimenti alla Regola n. 7 specificano, come è ovvio, che un altro certificatore è un soggetto qualificato ai fini della norma. Accanto a questo, però, vengono indicati altri possibili successori, quali un responsabile non meglio identificato (*"a responsible"*), un prestatore di servizi di archiviazione altamente qualificato, un'associazione professionale, un'agenzia con funzioni di regolamentazione.

riguardante i certificatori fissando le regole in tema di sospensione e revoca dei c.d. *"public key certificates"*.

CAPITOLO III

Contratti telematici e loro peculiarità

1. Premessa

La definizione di concetti-base dell'informatica giuridica - come quello di contratto telematico o, più in generale, di documento elettronico¹ - è presupposto indispensabile per l'esame dei profili giuridici del commercio elettronico. In materia contrattuale, inoltre, la specificità del mezzo tecnico caratterizza fortemente (anche) la fase della formazione del consenso, sia quanto alle modalità attraverso cui questa avviene, sia quanto all'individuazione del modo, del tempo e del luogo della conclusione.

Più in generale, quando, come nel caso di specie, gli atti giuridici elettronici consistano in dichiarazioni negoziali, è opportuno distinguere il caso in cui l'uso del *computer* sia limitato alla mera trasmissione di una volontà contrattuale *aliunde* formata, da quelli in cui il sistema informatico

¹Sul contratto telematico ed in generale sul documento informatico si veda Bianca, *I contratti digitali*, in *Studium Iuris*, 1998, p. 1035; Finocchiaro, *I contratti informatici*, Padova, 1999; Florindi, *Il contratto digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 673; Candian, *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Encicl. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 580; Boruso, *Tre tesi di fondo dell'informatica*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 224; Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985; Giannantonio, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1994; Gallizia, *Il documento informatico e la sicurezza giuridica*, in *Riv. not.*, 1992, p. 65.

svolga funzioni via via più rilevanti, fino al compimento di vere e proprie autonome scelte negoziali. In simili ipotesi, si pone all'attenzione del giurista il tema dell'imputabilità stessa degli atti giuridici posti in essere dal *computer*, fenomeno di grande rilevanza nella prassi del commercio elettronico, ove è frequente l'impiego di sistemi in grado di addivenire autonomamente alla conclusione di transazioni sulla base di un *software* appositamente predisposto².

La suddetta analisi fornisce, altresì, un contributo indispensabile in sede di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, tuttora basate per lo più sulle nozioni tradizionali e che richiedono, quindi, uno sforzo interpretativo di adattamento.

2. Documento elettronico e contratto telematico

La dottrina maggioritaria tradizionalmente opera una distinzione tra i concetti di documento elettronico *in senso stretto* e documento elettronico *in senso ampio*.

Il primo è il documento costituito da un insieme di dati in forma digitale, memorizzato su un apposito supporto, comunemente un supporto ottico o magnetico, leggibile esclusivamente mediante l'ausilio di un sistema informatico autonomo³. Con la seconda espressione si fa, invece, riferimento al documento predisposto allorché si procede alla stampa, comunemente su carta, del documento già formato mediante un sistema informatico. È, quindi, evidente come quest'ultimo è molto diverso dal documento elettronico in senso stretto, in quanto qui il sistema informatico viene, in sostanza, utilizzato come una specie di macchina da scrivere, senza che ciò comporti

²Per un approfondimento delle relative tematiche si veda Finocchiaro, *I contratti informatici*, p. 53 e ss..

alcuna particolare implicazione rispetto alla tradizionale disciplina della documentazione e della forma degli atti. Nell'ambito di questo lavoro, l'espressione di documento informatico sarà, quindi, utilizzata esclusivamente nella prima accezione.

Anche prima dell'introduzione della normativa sulla firma digitale e del successivo recepimento della direttiva 1999/93/CE, la dottrina pressoché unanime aveva riconosciuto al documento elettronico la qualità di documento giuridico⁴. Esso, infatti, possiede tutte le caratteristiche tradizionalmente richieste affinché si possa configurare un documento in senso giuridico, e, segnatamente, la leggibilità, la non volatilità e, infine, l'idoneità a raggiungere i destinatari.

Quanto al primo requisito, un problema potrebbe essere costituito dal fatto che nel caso del documento informatico la leggibilità è pur sempre subordinata al necessario uso di un'apparecchiatura informatica idonea. Cionondimeno, tale requisito è ritenuto esistente dalla dottrina largamente maggioritaria⁵.

Analogamente, si afferma la sussistenza della non volatilità del documento informatico, non solo nel caso dell'utilizzo di supporti non riscrivibili (per es. ottici), ma anche quando sia previsto l'uso di *password* o altri sistemi di accesso controllato al documento⁶. A non diverse conclusioni

³La definizione è di Finocchiaro, *op. ult. cit.*, p. 92.

⁴Sull'argomento cfr. altresì CED Cassazione, *Relazione allo schema di disegno di legge sul documento informatico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1994, pp. 1057 e 1060. A tale proposito, vanno altresì segnalate le modifiche al codice penale introdotte con la L. 23 dicembre 1993, n. 547, che ha introdotto, in tema di criminalità informatica, l'art. 491-bis c.p., secondo cui "per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli" (si veda, in argomento, tra gli altri, Petrone, *Le recenti modifiche del codice penale in tema di informatico: problemi e prospettive*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 259).

⁵Così, fra gli altri, Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁶Cfr. Gallizia, *Il documento informatico e la sicurezza giuridica*, *op. cit.*, p. 82. In realtà, si osserva, (cfr. Albertini *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, p. 27), gli stessi messaggi di posta elettronica, pur potendo essere modificati prima di essere reinviati ovvero copiati in un

deve giungersi allorché si valuta l'idoneità del documento informatico a raggiungere il destinatario.

In questo modo, la concorde dottrina ha efficacemente conciliato i tradizionali principi giuridici in materia di documentazione con la peculiare immaterialità del documento elettronico. Del resto, non può non condividersi l'affermazione di chi ha rilevato come la storia mostri indubbia indifferenza per i mezzi e i supporti della scrittura a condizione che i mezzi utilizzati siano idonei al raggiungimento dello scopo⁷. L'utilizzo del *computer* ha, così, rappresentato nel campo della documentazione una vera e propria rivoluzione giuridica ove il flusso di elettroni è il nuovo inchiostro dell'umanità, le memorie elettroniche sono la nuova carta, e i *bit*⁸ sono il nuovo alfabeto⁹.

* * *

Focalizzando l'attenzione sull'ambito strettamente contrattuale, indicheremo quali contratti digitali (o elettronici) i contratti conclusi esclusivamente in forma elettronica (*rectius* elettronicamente) ovvero senza che le parti facciano uso di alcun documento cartaceo¹⁰. E' stato giustamente osservato come i contratti c.d. telematici ne costituiscono, invece, una sottospecie, trattandosi di contratti digitali conclusi tra assenti¹¹.

file di scrittura, non sono però modificabili nei termini in cui sono stati concretamente spediti. Più in generale, va, comunque, rilevato come il requisito della immodificabilità debba essere inteso in termini necessariamente elastici, atteso che un qualunque documento (informatico o non) può sempre essere soggetto ad alterazioni.

⁷Osserva, in proposito, Bianca, *Diritto civile*, Vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 213, come i segni del linguaggio rilevanti per il diritto sono quelli che nell'ambiente sociale sono considerati appositi strumenti comunicativi. Attualmente non può esservi dubbio, d'altro canto, che tali siano i bit, data la loro massiccia diffusione.

⁸Come noto, i *bit* sono le unità magnetiche di cui si compongono i dati trattati dall'elaboratore.

⁹L'espressione è di Borruso, *Tre tesi di fondo dell'informatica giuridica*, op. cit., p. 224.

¹⁰Così, tra gli altri, Florindi, *Il contratto digitale*, op. cit., p. 673.

¹¹Così Florindi, *Il contratto digitale*, op. cit., p. 673, il quale, pur sottolineando la distinzione a fini definitivi, riconosce, comunque, come l'ipotesi dei contratti telematici sia quella assolutamente prevalente, in quanto è improbabile, anche se teoricamente possibile, che

Pur ineccepibile dal punto di vista logico, tale distinzione non risulta, invero, molto significativa in concreto, atteso che i contratti in forma elettronica sono di norma quasi sempre riconducibili all'ambito dei contratti telematici conclusi fra soggetti fisicamente distanti. Nel corso di questo lavoro, pertanto, si farà riferimento ai contratti elettronici o digitali, per tali intendendo sempre i contratti telematici. Al di là dei singoli distinguo va, comunque, evidenziato come la nozione di contratto elettronico sia fondata esclusivamente sulla peculiarità del mezzo (elettronico) utilizzato per la conclusione, e non sul profilo sostanziale¹².

Sotto il profilo formale, la validità di questi contratti dipenderà dalle prescrizioni che i singoli ordinamenti di volta in volta impongono. In linea generale - anche a prescindere dalla concreta utilizzazione di una sottoscrizione elettronica che consenta di attribuire al documento che ne sia dotato la valenza della forma scritta - può, però, affermarsi che tale tipo di contratti gode di una validità ampiamente riconosciuta, in applicazione dei principi di diritto comune dei contratti e, segnatamente, quello della libertà della forma.

Al riguardo vanno, peraltro, segnalate le recenti fonti normative in materia, prima fra tutte la citata direttiva 2000/31/CE, che, all'art. 9, comma 1, ha esplicitamente sancito l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che *"il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica"* nonché, ancora, che *"la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica"*. Tale enunciazione generale incontra limitazioni soltanto per alcune categorie di contratti, indicate al comma 2 dello stesso art. 9, e, precisamente, i) i contratti che istituiscono o

due soggetti stipulino un contratto avvalendosi dello stesso computer, ovvero di due computer collegati, ma presenti nello stesso posto.

trasferiscono diritti relativi a beni immobili (diversi quelli in materia di locazione); ii) contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, ovvero pubblici poteri; iii) contratti di fideiussione o garanzia prestate da soggetti che operino per fini estranei alle loro attività professionali; iv) contratti disciplinati dal diritto di famiglia o delle successioni¹³. La limitazione della portata applicativa del principio generale di cui al comma 1 non rappresenta, però, un obbligo, ma una mera facoltà, per avvalersi della quale gli Stati devono comunicare alla Commissione le categorie escluse nonché presentare, ogni cinque anni, una relazione ove si espongano le motivazioni per le quali si reputa opportuno mantenere questa limitazione (art. 9, comma 3).

La stessa *ratio* ha, del resto, ispirato molte legislazioni nazionali in materia, ove sovente si nega efficacia legale alla firma e/o ai messaggi elettronici, ad esempio, nel campo delle successioni, del diritto di famiglia, del trasferimento dei diritti reali immobiliari o anche per alcuni contratti finanziari¹⁴.

Principi del tutto analoghi sono contenuti anche nella Legge Modello dell'UNCITRAL, il cui art. 11, in merito alla validità dei contratti elettronici, stabilisce che un'offerta e la relativa accettazione possono essere espressi per mezzo di un *data message*. In tal caso, si dice espressamente, "a tale contratto non deve essere negata validità o esecutorietà giuridiche solo sulla base del fatto che è stato utilizzato un *data message*". Per questa via la Legge sancisce, (anche) in materia contrattuale, il principio della parità di

¹²Si veda, sul punto, la nota n. 113 del capitolo precedente, a proposito dell'art. 1 del Progetto preliminare UNCITRAL sui contratti elettronici, relativamente al campo di applicazione.

¹³In base al comma 3 dell'art. 9, anche al fine di assicurare la massima certezza giuridica in ordine all'individuazione dei contratti liberamente stipulabili per via elettronica, la direttiva impone l'obbligo agli Stati membri di comunicare alla Commissione le categorie di contratti esclusi dall'applicazione del paragrafo 2.

¹⁴Per un'interessante panoramica delle esclusioni operate dalle legislazioni nazionali in materia, si veda l'allegato II della Relazione del Segretariato al Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici, *cit.*, p. 35 e ss..

trattamento e non discriminazione in relazione al mezzo (elettronico) utilizzato.

Sulla stessa linea, infine, il Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici prevede, all'art. 10, che, in assenza di un accordo contrario tra le parti, un'offerta e la relativa accettazione possano essere espresse per mezzo dello scambio di *data message*. Opportunamente, il *Working Group* ha proposto di assimilare esplicitamente all'ipotesi dello scambio di *data message*, quella dell'offerta e dell'accettazione effettuata mediante "altre azioni trasmesse elettronicamente" ("*other actions communicated electronically*"), tra le quali, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, si indicano la pressione e il cliccaggio del cosiddetto tasto negoziale virtuale¹⁵.

La piena equiparazione dei contratti elettronici a quelli tradizionali è, infine, sancita dal par. 2 dell'art. 10¹⁶ che, nel riprendere un principio già proprio della Legge Modello, prescrive che non sia negata validità ai contratti per il solo fatto che questi siano conclusi per mezzo dello scambio di *data message*¹⁷.

Coerentemente con questi principi, l'art. 13 del Progetto preliminare, dettato specificamente in materia di requisiti formali, ribadisce l'irrelevanza giuridica del fatto che un contratto sia concluso o provato per iscritto o, comunque, soggetto ad altri requisiti di forma (par. 1). Cionondimeno, il *Working Group* non ha tralasciato l'ipotesi che la legge applicabile al contratto ne subordini l'efficacia all'adozione della forma scritta¹⁸ stabilendo,

¹⁵La formulazione più ampia è allo stato di semplice proposta, indicata tra parentesi quadre, al par. 1 dell'art. 10.

¹⁶Così l'art. 10, par. 2: "*Where data messages are used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that data messages were used for that purpose*".

¹⁷In merito alla validità dei contratti elettronici sotto il profilo formale, si veda, inoltre, l'Allegato II del Progetto, contenente una rassegna delle principali esclusioni operate dalle legislazioni nazionali in materia.

¹⁸Sottolinea, in proposito, la relazione del Segretariato, *cit.*, p. 20, come la stessa Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale consenta agli Stati contraenti, ai sensi

in questo caso, che tale requisito sia soddisfatto da un *data message* purché l'informazione in esso contenuta sia accessibile in modo da essere utilizzabile successivamente, con ciò privilegiando un criterio in linea con quelli adottati in altri recenti strumenti internazionali¹⁹. L'orientamento dominante in materia di documento elettronico tende, così, a ricondurre, almeno per certi fini, il requisito della forma scritta alla mera necessità di assicurarne la successiva recuperabilità, con un'accentuazione sul profilo della non volatilità.

Più articolata è stata la posizione del *Working Group* nel caso in cui la legge applicabile al contratto richieda la sottoscrizione. L'art. 13 è, perciò, tuttora formulato in due varianti alternative la prima delle quali prevede una norma generale sul riconoscimento della sottoscrizione elettronica (Variante A)²⁰ mentre la seconda (Variante B) si spinge ad una dettagliata elencazione dei requisiti per un tale riconoscimento²¹.

3. La conclusione di contratti in Internet

dell'art. 96, di apporre delle riserve in merito ad alla forma particolare richiesta per uno specifico contratto di vendita.

¹⁹Cfr. il criterio adottato dall'art. 6 della Legge Modello dell'UNCITRAL nonché dall'art. 23 del Regolamento (CE) del Consiglio n. 44/2001 per la validità formale della clausola di proroga della competenza.

²⁰Il par. 3 dell'art. 13, nella Variante A, si limita, infatti, a stabilire: "Where the law requires that contract to which this Convention applies should be signed, that requirement is met in relation to a data message if: (a) A method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and (b) That method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement". Si tratta, in sostanza, degli stessi criteri generali fissati dalla Legge Modello sul commercio elettronico all'art. 7, ai fini dell'equivalenza funzionale tra la sottoscrizione manuale e i metodi elettronici di identificazione.

²¹In questo caso il riferimento normativo è l'art. 6, par. 3, del Progetto UNCITRAL della Legge Modello sulla firma digitale.

Veniamo ora all'esame delle possibili modalità di conclusione del contratto in *Internet*²².

La vocazione naturalmente transnazionale della rete rende più che mai opportuno estendere i presupposti dell'analisi dai principi giuridici propri dell'ordinamento italiano - peraltro comuni a numerosi altri ordinamenti giuridici nazionali - a quelli contemplati negli strumenti internazionali in materia, tra i quali, anzitutto, la Legge Modello e il progetto di Convenzione sui contratti elettronici elaborati in sede UNCITRAL.

Le questioni connesse alla formazione dei contratti possono essere ricondotte a vari livelli, il primo dei quali, riguardante i profili di validità formale, è stato trattato nel paragrafo precedente.

Un secondo aspetto, strettamente connesso alla peculiarità del mezzo utilizzato, concerne la questione se e come tradizionali nozioni in materia di formazione del contratto, come quelle di offerta, accettazione, momento e luogo del loro invio e ricezione possano essere adattate a *Internet*.

Infine, si è accennato come assumano particolare importanza per il commercio elettronico anche altre problematiche, tra le quali spiccano quelle relative alla disciplina legale dei contratti conclusi da sistemi informatici automatici, che, pur non nascendo con *Internet*, rivestono, comunque, una grande importanza in ragione della loro notevole diffusione nella pratica del commercio *on line*.

* * *

La conclusione di un contratto telematico è ipotizzabile, anzitutto, mediante lo scambio di messaggi di posta elettronica (o, più in generale, di *data message* nel senso sopra definito), secondo lo schema proposta-

²²Al riguardo si veda, tra gli altri, l'interessante saggio di E. Tosi, *La conclusione di contratti "online"*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999.

accettazione, in modo analogo a quanto avviene nel caso della conclusione di un contratto mediante scambio di missive. Nell'ambito dell'ordinamento italiano²³, il valore delle dichiarazioni negoziali così espresse è pacificamente riconosciuto in forza dei principi generali in materia di formazione del consenso. Tra le fonti internazionali, il citato art. 10 del Progetto di Convenzione UNCITRAL, come si è detto, prevede come ipotesi-tipo proprio lo scambio di *data message*²⁴.

La conclusione può, quindi, avvenire secondo lo schema dell'offerta al pubblico, ove il sito WEB contenga tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale. In questo caso, il contratto potrà ritenersi concluso al momento in cui il titolare del sito riceva la dichiarazione negoziale di accettazione da parte del "navigatore". Diversamente, nel caso in cui non siano presenti tutti gli elementi essenziali del contratto, il sito WEB fungerà da mero invito a proporre, cosicché il contratto potrà dirsi concluso solo nel momento in cui la dichiarazione negoziale di accettazione pervenga al titolare del sito²⁵.

In concreto, l'individuazione dei requisiti distintivi della proposta rispetto all'invito a proporre avverrà in base ai criteri dettati dalla legge applicabile al contratto che si assume essere stato concluso. In prospettiva, anche questo aspetto è destinato, comunque, a trovare una disciplina uniforme nel Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici e

²³Si tratta, in vero, di principi largamente condivisi nella prassi giuridica di molti Paesi.

²⁴Lo schema proposta-accettazione, del resto, è adottato anche dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili.

²⁵Osserva, giustamente E. Tosi, *La conclusione di contratti "online"*, op. cit., p. 16, che la differenza tra le due modalità è, in concreto, notevole. Nel caso di un contratto di vendita, infatti, ove il venditore-titolare del sito sia nell'impossibilità di adempiere tempestivamente alla propria obbligazione di consegna (per es. per problemi di approvvigionamento), nel primo caso sarà responsabile per inadempimenti, essendo il contratto concluso a tutti gli effetti al momento della ricezione dell'accettazione. Al contrario, nel secondo caso, il venditore potrà riservarsi il diritto di non accettare la proposta, in tal modo evitando di incorrere in una eventuale responsabilità per inadempimento.

In merito alla distinzione tra offerta ed invito ad offrire, va segnalata, tra le fonti internazionali, l'art. 14, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, secondo il quale una proposta contrattuale indirizzata ad una o

nella giurisprudenza che successivamente si troverà ad interpretarla. L'art. 9, par. 1, prevede, infatti, che una proposta per la conclusione di un contratto - non diretta ad una o più persone determinate, ma generalmente accessibile a chiunque faccia uso di un sistema informativo, come l'offerta di beni e servizi tramite un sito WEB - sia considerata un mero invito ad offrire, a meno che indichi l'intenzione del proponente di essere vincolato in caso di accettazione²⁶. Il successivo paragrafo 2 precisa che nel determinare l'intenzione delle parti di essere vincolata in caso di accettazione, bisogna tenere conto di ogni circostanza rilevante²⁷.

Il problema è, certo, più interessante per i contratti che siano conclusi tramite un sito WEB di commercio elettronico appositamente predisposto, di norma automaticamente²⁸. Per tale ipotesi, il par. 2 dell'art. 9 stabilisce che, ove non diversamente indicato dal proponente, l'offerta di beni o servizi tramite un sistema informatico automatico che permetta *la conclusione di contratti automaticamente e senza l'intervento umano* si presume indicativa dell'intenzione dell'offerente di essere vincolato in caso di accettazione²⁹. In

più persone costituisce un'offerta se è sufficientemente definita e indichi l'intenzione del proponente di essere vincolato in caso di accettazione.

²⁶"A proposal for concluding a contract which is not addressed to one or more specific persons, but is generally accessible to persons making use of information systems, such as the offer of goods and services through an Internet web site, is to be considered merely as an invitation to make offers, unless it indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance".

Si veda, in proposito, anche l'art. 14, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, secondo il quale una proposta contrattuale indirizzata ad una o più persone costituisce un'offerta se è sufficientemente definita e indichi l'intenzione del proponente di essere vincolato in caso di accettazione.

²⁷"In determining the intent of a party to be bound in case of acceptance, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case".

Quale premessa alla trattazione della conclusione del contratto (modo, tempo e luogo), va sottolineato come il principio guida adottato dal Progetto preliminare UNCITRAL sia quello della volontà delle parti, alla quale è riconosciuta sovente la possibilità di derogare alle varie presunzioni poste dalle singole disposizioni.

²⁸Sui contratti conclusi da sistemi automatici cfr. *infra*.

²⁹"Unless otherwise indicated by the offeror, the offer of goods or services through automated computer system allowing the contract to be concluded automatically and without human intervention is presumed to be indicate the intention of the offeror to be bound in case of acceptance".

questo modo il *Working Group* ha opportunamente recepito il criterio fondato sulla distinzione tra siti interattivi e non interattivi, ritenendo che solo per i primi si possa (e si debba) legittimamente presumere la volontà del titolare di essere vincolato ove il "navigatore" accetti la proposta compiendo la procedura all'uopo predisposta³⁰. Diversamente, si presumerà che il sito abbia essenzialmente la funzione di informare i potenziali clienti sulla società fornitrice e sui suoi prodotti, analogamente a quanto avviene per iniziative pubblicitarie veicolate dai tradizionali mezzi di informazione³¹.

Quale modalità ricorrente di manifestazione del consenso nei siti interattivi, spicca nella prassi delle transazioni *on line* il comportamento consistente nel c.d. *point-and-click*, ovvero "quel comportamento concludente ... estrinscantesi nella pressione del cd. tasto negoziale virtuale". La sua rilevanza era stata affermata in dottrina già sulla base del parallelo con il fenomeno (non virtuale) della licenza a strappo, ossia dell'adesione alle condizioni di utilizzo di un programma mediante semplice apertura della confezione³². Recentemente, il Progetto preliminare UNCITRAL ha previsto una più ampia, alternativa, formulazione dell'art. 9, che contempli anche l'ipotesi della conclusione del contratto mediante cliccaggio su un'apposita icona predisposta sul sito WEB riprendendo, così, una soluzione già adottata da alcune legislazioni nazionali in materia³³. Alla

³⁰Nella prassi ciò potrà avvenire in molti modi, tra i quali la pressione sul tasto negoziale virtuale, magari a seguito della compilazione di un apposito spazio sul sito, l'invio di un messaggio di posta elettronica, ovvero la comunicazione dei dati della propria carta di credito per il pagamento.

³¹Cfr., in proposito, la Relazione del Segretariato al Progetto, *cit.*, p. 14, ed ivi altri riferimenti bibliografici.

³²Così E. Tosi, *La conclusione di contratti "online"*, *op. cit.*, p. 17.

³³Si veda, in proposito, il citato art. 10, par. 1, del Progetto preliminare UNCITRAL, che prevede l'ipotesi della conclusione mediante pressione sul tasto negoziale virtuale, nonché la Relazione del Segretariato, p. 15, ove opportunamente si osserva come la prevista rilevanza negoziale del *point-and-click* debba pur sempre essere debitamente conciliata con l'esigenza di mantenere un approccio tecnologicamente neutrale, ciò che dovrebbe, comunque, essere assicurato dalla formulazione aperta della norma, il cui riferimento al "*touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen*" costituisce elencazione a titolo esemplificativo e non esaustivo.

luce di quanto sopra, non sembra, quindi, possibile dubitare ulteriormente del significato negoziale di tale comportamento.

Infine, va segnalato come la prassi diffusa in *Internet* mostri frequentemente anche esempi di conclusione del contratto secondo lo schema dell'art. 1327 c.c.. Ciò avviene, ad esempio, allorché il "navigatore" adempie alla propria obbligazione pecuniaria, inserendo i dati della propria carta di credito negli spazi appositamente previsti sul sito³⁴.

A completamento di questo paragrafo s'impone qualche (ulteriore) considerazione in merito alla conclusione di contratti ad opera di sistemi informatici automatizzati, laddove appositi programmi "intelligenti" sono in grado di prendere vere e proprie "decisioni". In questi casi, l'interazione con il sito *Internet* si spinge a livelli molto elevati e il *computer* - il c.d. "*electronic agent*" - compie autonome scelte negoziali, seppure nel quadro di un *software* appositamente predisposto dall'utilizzatore del sito.

Si tratta, in vero, di un fenomeno originatosi a prescindere da *Internet*, ma che in tale ambito ha visto crescere la sua rilevanza, in considerazione della grande diffusione di siti di commercio elettronico così strutturati. Pur non essendo questa la sede per approfondire l'inquadramento di tali tipi di contratto nella teoria generale del negozio, sembra, qui, opportuno spendere qualche parola in merito ad alcuni aspetti³⁵.

Tra le legislazioni nazionali che hanno esplicitamente attribuito rilevanza al comportamento consistente nella pressione sul tasto negoziale virtuale, si segnala qui *The Uniform Electronic commerce Act of Canada*, che fa espresso riferimento al comportamento consistente nel "*touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen*" (art. 20, par. 1).

³⁴Esempi di questo tipo sono molto comuni nel campo della vendita di beni di largo consumo, per lo più di valore non rilevante, ovvero nel caso della biglietteria aerea, dove anche il *target* della clientela, mediamente più istruita ed al passo con la tecnologia, ha facilitato la rapida diffusione di questa prassi, il cui principale limite resta pur sempre nella diffidenza degli utenti nella sicurezza del sistema.

³⁵Numerosi autori hanno avuto modo di occuparsi dell'argomento, approfondendo, in particolare, il problema della formazione della volontà contrattuale ad opera del *computer* e della sua imputabilità. La posizione dominante della dottrina concepisce, così, la volontà contrattuale del *computer* come una mera esplicitazione della volontà del soggetto che

Da un lato, si pone il problema dell'imputabilità degli atti posti in essere dal sistema in capo al soggetto che lo abbia predisposto e, dall'altro, occorre individuare la disciplina legale degli errori eventualmente commessi da sistema. In mancanza di una disciplina uniforme, questi troveranno la loro disciplina nella legge applicabile al contratto, individuata secondo le norme internazionalprivatistiche del giudice adito, con l'inevitabile difficoltà per i contraenti di prevedere in anticipo quale possa essere la validità legale delle transazioni così concluse.

In questa luce, non può sfuggire la grande importanza dell'armonizzazione attuata con il Progetto preliminare dal *Working Group VI* dell'UNCITRAL, destinata, nell'ipotesi più ottimistica, a disciplinare sia i contratti conclusi in ambito interno che in ambito internazionale. Essa, inoltre, si caratterizza quale primo sforzo di regolare compiutamente il fenomeno, avendo previsto anche il trattamento giuridico degli errori eventualmente compiuti dal sistema automatico³⁶.

Va, anzitutto, rilevato come il Gruppo di lavoro abbia decisamente accantonato la teoria della rappresentanza negoziale e, in particolare, i principi di limitazione della responsabilità in ipotesi come quelle di

intenda concludere contratti per tale via, e che a tale scopo abbia "inserito" previamente detta volontà nel sistema informatico attraverso la sua apposita programmazione.

Da questa comune premessa sono, però, derivate interpretazioni anche molto distanti. Così, se alcuni autori hanno affermato che la volontà inserita nel programma sarebbe una volontà meramente "potenziale" (cfr. Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, op. cit., p. 21), altri hanno parlato di volontà (anche) *condizionata*, che si realizzerebbe *al verificarsi di determinati eventi oggettivamente predeterminati* (in questo senso, tra gli altri, Parisi, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987, p. 21; *contra*, invece, Finocchiaro, op. ult. cit., p. 59, secondo la quale non avrebbe senso il riferimento alla categoria contrattuale della condizione, in quanto in questo caso l'incertezza si riferisce "non alle vicende di un contratto già formato, ma al suo formarsi e, più in particolare, alla determinazione a contrarre di (almeno) una delle parti").

³⁶Per quanto concerne la Legge Modello dell'UNCITRAL, la stessa prevede, invece, solo una regola d'imputazione degli atti del sistema al soggetto utilizzatore. L'art. 13, par. 2, lett. b), stabilisce, infatti: "As between the originator and the addressee, a data message is deemed to be that of the originator if it was sent ... by an information system programmed by, or on behalf of, the originator to operate automatically".

comportamento colposo del rappresentante³⁷. Piuttosto, il *Working Group* ha privilegiato l'analogia con colui che impieghi per il proprio lavoro un qualsiasi strumento tradizionale, e sia per ciò stesso responsabile per i risultati dallo stesso prodotti³⁸. Il principio base assunto nel Progetto è, pertanto, quello per cui il soggetto per il quale il sistema è stato predisposto risponde di tutti i messaggi inviati dalla macchina³⁹.

Strettamente connessa alla problematica dell'uso dei sistemi informatici automatici è la questione del trattamento giuridico degli eventuali errori nelle transazioni, che, di solito, è diversamente trattata a seconda se questi siano commessi da persone fisiche nell'ambito di transazioni con sistemi automatici o dal sistema stesso.

Recentemente alcune legislazioni nazionali, come quella canadese e statunitense, hanno introdotto regole di trattamento degli errori commessi da persone fisiche allorché operano con sistemi automatici predisposti da altri soggetti. In entrambi i casi, è stato fissato il principio per cui una persona fisica non è vincolata da un contratto quando abbia commesso un errore materiale⁴⁰.

³⁷Del resto, la tesi per la quale il sistema informatico o il sistema di trasmissione dei dati non sono configurabili come rappresentanti era stata già adottata in sede di elaborazione della Legge Modello UNCITRAL sugli aspetti giuridici dell'*electronic data interchange* (EDI) (cfr. la *Guide to the Enactment of the UNCITRAL Model Law on legal aspects of electronic data interchange (EDI) and related means of communications*, par. 48). Per quanto riguarda la dottrina italiana, nello stesso senso, Clarizia, *op. cit.*, p. 23 e ss.; *contra*, invece, Boruso, *Computer e diritto*, Vol. II, *Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988, p. 258.

³⁸Cfr., in proposito, la Relazione del Segretariato, *cit.*, p. 17.

³⁹Così il par. 1 dell'art. 12: "*Unless otherwise agreed by the parties, a contract may be formed by the interaction of an automated computer system and a natural person or by the interaction of automated computer systems, even if no natural person reviewed each of the individual actions carried out by such systems or the resulting agreement*". Si osserva, in particolare, nella Relazione come la conclusione di contratti per mezzo di sistemi automatici sia compatibile anche con la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale che, all'art. 9, consente alle parti di stabilire proprie regole per la formazione del contratto. Cionondimeno, il *Working Group* ha ritenuto opportuno inserire un'apposita disposizione al fine di fugare ogni possibile dubbio circa la vincolatività delle dichiarazioni e, in genere, delle azioni, del sistema automatico, per il soggetto utilizzatore.

⁴⁰Cfr. l'art. 22 dell'*Uniform Electronic Commerce Act* canadese e l'art. 10 dell'*Uniform Electronic Transaction Act* statunitense.

I redattori del Progetto preliminare UNCITRAL hanno, peraltro, valutato negativamente l'opportunità di inserire simili norme in una Convenzione destinata, come noto, ad applicarsi ai soli contratti *Business-to-Business*. In prima istanza, si è, così, preferito istituire alcuna disposizione in merito agli effetti sulla validità del contratto di eventuali errori commessi da persone fisiche allorché contrattano con sistemi automatici, prevedendo solo un obbligo per il titolare del sito di predisporre meccanismi idonei a consentire la correzione di eventuali errori prima della conclusione del negozio (art. 12, par. 2, del Progetto preliminare). La norma richiede che tali meccanismi siano "adeguati, efficaci e accessibili" ("appropriate, effective and accessible")⁴¹. Il *Working Group* ha, così, mostrato di preferire il medesimo "approccio morbido" già adottato dalla direttiva comunitaria 2000/31/CE che, al par. 2 dell'art. 11, stabilisce per il prestatore un obbligo generale di mettere "disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili tali da permettere a quest'ultimo di individuare e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine"⁴².

Peraltro, una possibile alternativa, più forte, è prevista, allo stato di mera proposta, al par. 3 dell'art. 12 del Progetto (indicata tra parentesi quadre). Secondo tale norma, un contratto concluso da una persona fisica con un sistema informatico automatico è privo di effetti giuridici se la persona fisica commette un errore materiale in un *data message* e ricorrono le seguenti condizioni: a) il sistema informatico automatico non aveva previsto

⁴¹Cfr., in proposito, anche la Relazione del Segretariato, pp. 18-19.

⁴²E' appena il caso di rilevare che l'obbligo previsto dalla direttiva riguarda, però, tutti i contratti del commercio elettronico e non solo quelli conclusi tramite sistemi informatici automatici.

Analogamente alla direttiva 2000/31/CE, il Progetto preliminare prevede, in capo al fornitore dei beni o servizi a beneficio del pubblico, l'obbligo generale di fornire al cliente una serie di informazioni (art. 14) nonché l'obbligo di rendere disponibile, per un ragionevole periodo di tempo, l'accesso e la riproduzione dei termini e alle condizioni generali del contratto, ivi inclusa espressamente la possibilità di stampare e scaricare i suddetti dati (art. 15).

l'opportunità di evitare o correggere l'errore; b) la persona fisica informi non appena possibile l'altra dell'errore quando ne venga a conoscenza, indicando di aver commesso un errore materiale; c) la persona fisica ponga in essere ogni ragionevole iniziativa, incluse quelle conformi alle istruzioni dell'altra persona, per restituire i beni o i servizi eventualmente ricevuti, in conseguenza dell'errore ovvero per distruggere tali beni o servizi, qualora abbia ricevuto istruzioni in tal senso⁴³; d) la persona fisica non abbia usufruito alcun beneficio materiale o economico da tali beni o servizi, ove siano stati ricevuti dall'altra persona⁴⁴.

4. Il tempo della conclusione

La questione del tempo e del luogo della conclusione del contratto telematico ripropone la difficoltà di adattare al nuovo *medium* i tradizionali principi in materia di formazione del contratto.

Ai sensi dell'art. 1326 c.c., indipendentemente dal mezzo tecnico concretamente utilizzato, il contratto si conclude quando l'autore della proposta "*ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*". Il carattere recettizio delle dichiarazioni di offerta e di accettazione costituisce, del resto, un principio largamente accettato anche nella prassi giuridica internazionale⁴⁵. Nel caso della conclusione di contratti telematici (ovvero tra soggetti fisicamente distanti) la questione principale si risolve, quindi,

⁴³Tale potrebbe essere il caso dell'acquisto di un *software*, consegnato all'utilizzatore-acquirente sempre via *Internet*.

⁴⁴Osserva, in proposito, la Relazione del Segretariato, *cit.*, p. 18, come la disciplina introdotta con il par. 3 potrebbe interferire non opportunamente con principi della teoria generale dei contratti ampiamente consolidati. Proprio da ciò nascono le perplessità del Gruppo di Lavoro in ordine all'introduzione di una tale norma, almeno in un contesto *Business-to-Business*.

nell'interpretazione e nell'adattamento di concetti quali quelli di invio e di ricezione delle dichiarazioni di parte trasmesse per mezzo del nuovo mezzo tecnologico.

Nel caso di un contratto concluso mediante scambio di messaggi di posta elettronica, si tratta, pertanto, di stabilire quando il messaggio possa essere considerato *pervenuto* al destinatario nel senso inteso dall'art. 1335 c.c., che consente la presunzione di conoscenza quando la proposta e/o l'accettazione "giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato senza sua colpa nell'impossibilità di averne notizia".

E' stato giustamente sottolineato come, al fine dell'applicazione della suddetta norma, la posta elettronica può essere considerata alla stregua della corrispondenza in forma scritta. Così, l'indirizzo e-mail del destinatario può essere considerato indirizzo del destinatario ai sensi e per gli effetti dell'art. 1335 c.c., al quale far pervenire le comunicazioni rilevanti per la conclusione del contratto.

Nel caso della posta elettronica, il momento della conclusione del contratto sarà quello in cui il messaggio contenente l'accettazione è registrato dal *server* del *Provider* di cui il destinatario si avvale. Analogamente, ove il proponente sia collegato direttamente alla rete per mezzo di apparecchiature proprie (per esempio un *modem*), l'accettazione si considererà pervenuta allorché l'impulso elettronico da parte dell'accettante sia registrato dal *computer* del proponente. Nel caso in cui il destinatario del messaggio si avvalga dei servizi di un *Internet Service Provider*, il messaggio si considererà pervenuto quando l'impulso sarà registrato dal *server* di questi.

Questa conclusione ben si legittima alla luce del fatto che l'art. 1335 c.c. contiene una semplice presunzione di conoscibilità, e non di effettiva

⁴⁵Si consideri, *in primis*, l'art. 24 della Convenzione di Vienna del 1980, in base al quale l'offerta e la dichiarazione di accettazione divengono efficaci con la loro ricezione da parte

conoscenza del messaggio. Pertanto, è stato osservato come la norma in oggetto debba essere interpretata nel senso di imporre a chi invii proposte contrattuali l'onere di controllare periodicamente la propria casella di posta elettronica in modo del tutto analogo, peraltro, a quanto avverrebbe per la propria casella postale ove l'accettazione sia stata inviata tramite la posta ordinaria⁴⁶. Anche seguendo questa interpretazione, occorre chiedersi, però, se sia lecito considerare operante tale presunzione di conoscibilità anche qualora il proponente non abbia utilizzato la posta elettronica per l'invio del proprio messaggio né abbia altrimenti comunicato l'indirizzo e-mail alla controparte contrattuale.

I principi contenuti nella Legge Modello dell'UNCITRAL e, segnatamente, il combinato disposto degli artt. 11 e 15, conducono ad esiti non difformi dalla disciplina codicistica italiana. Secondo tali norme, infatti, un *data message* si considera "inviato" quando entra in un sistema informativo fuori dal controllo dell'autore o della persona che lo ha spedito a nome di questi. Non è stata, peraltro, ignorata l'ipotesi in cui il destinatario abbia intenzionalmente mancato di recuperare il messaggio: (anche) in questo caso, il momento in cui questo deve considerarsi inviato rimarrà quello in cui entra in un sistema informativo fuori dal controllo dell'autore, sia esso del destinatario o di un terzo che fornisca i relativi servizi. Analogamente, il messaggio si considera ricevuto dal destinatario quando entra nel sistema informativo da questi designato.

La normativa dettata dalla Legge Modello, specificamente dedicata alla materia, non tralascia l'ipotesi in cui il sistema prescelto dall'autore del messaggio non sia quello designato: in questo caso il messaggio si considera pervenuto solo quando è effettivamente recuperato dal

del destinatario.

⁴⁶In questo senso Albertini, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers*, *op. cit.*, p. 41, il quale concorda, peraltro, con il costante orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità.

destinatario. Infine, se nessun sistema informativo è stato designato, il messaggio si reputa, comunque, pervenuto nel momento in cui esso entra in un sistema informativo di quest'ultimo⁴⁷.

In quest'ottica è, quindi, fondamentale il contributo della Legge Modello alla definizione dei requisiti affinché un messaggio possa dirsi effettivamente "entrato" ("entered") in un sistema informativo. Orbene, l'art. 15 della Legge stabilisce che ciò avviene nel momento in cui "*it becomes available for processing within that information system. Whether a data message which enters an information system is usable by the addressee is outside the purview of the Model Law*". Questa definizione, nel ribadire il principio della mera conoscibilità del messaggio, sia pure con mezzi elettronici, già propria dell'ordinamento italiano, comporta, peraltro, che il messaggio non potrà considerarsi "entered" per il solo fatto di avere raggiunto il sistema ma di non essere entrato in quanto, ad esempio, il sistema era malfunzionante o spento⁴⁸.

Largamente ispirato alla Legge Modello è il sistema delineato dall'art. 11 del Progetto di Convenzione UNCITRAL che, al par. 1, stabilisce che un *data message* si reputa inviato quando entra in un sistema informativo fuori dal controllo di chi lo ha inviato. In base al par. 2 dell'art. 11 il messaggio si reputa consegnato quando entra nel sistema designato dal destinatario mentre, nel caso in cui questo sia inviato ad un altro sistema, il momento

⁴⁷L'esigenza di tutela dell'affidamento imporrebbe, però, di interpretare tali norme limitandone l'applicazione all'ipotesi che il destinatario del messaggio abbia, comunque, manifestato, anche implicitamente o sul piano meramente fattuale, la volontà di avvalersi genericamente del mezzo elettronico per la conclusione del contratto, magari avendovi condotto anche soltanto le trattative.

⁴⁸Va, peraltro, rilevato, come i redattori della Legge Modello non abbiano ritenuto opportuno prevedere in capo al destinatario un obbligo generale di mantenere il proprio sistema informativo continuamente funzionante. In conseguenza di tale scelta, si rende, quindi, necessario, da parte degli Stati che si ispirano alla Legge Modello di prevedere apposite norme in materia di responsabilità nel caso di malfunzionamento - doloso o colposo - del sistema e a stabilire, correlativamente, criteri per l'accertamento del dolo e/o della colpa stessi, in linea con i generali canoni di buona fede posti dall'art. 3 della stessa Legge Modello.

della consegna sarà quello in cui detto messaggio è effettivamente recuperato. Infine, per l'ipotesi in cui nessun sistema sia stato indicato, l'ultimo capoverso del par. 2 prevede che il messaggio si reputi pervenuto quando entra in un sistema informativo facente capo al destinatario.

Il par. 4 dell'art. 11, contempla, infine, la possibilità che tanto il mittente quanto il destinatario si avvalgano del medesimo sistema informativo, circostanza che, di fatto, renderebbe inapplicabile il criterio di cui al paragrafo 1⁴⁹. In questo caso tanto l'invio che il ricevimento avvengono quando è possibile per il destinatario scaricare ed elaborare il messaggio⁵⁰.

5. Il luogo della conclusione

L'individuazione del luogo di conclusione del contratto telematico è particolarmente importante anche ai fini dell'applicazione di numerose norme sulla competenza interna ed internazionale, in base alla l. n. 218 del 1995 come al Regolamento n. 44 del 2001, che dal marzo 2002 ha (pressoché completamente) sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968⁵¹.

Nell'ipotesi, di gran lunga prevalente, di conclusione del contratto mediante lo scambio di dichiarazioni negoziali di proposta e accettazione, i principi generali conducono all'affermazione, in sé banale, che il contratto telematico, analogamente a quelli via fax o telefono, è concluso nel luogo in

⁴⁹E' appena il caso di rilevare come la Legge Modello non abbia, invece, previsto una tale ipotesi.

⁵⁰"Unless otherwise agreed by the parties, when the originator and the addressee use the same information system, both the dispatch and the receipt of a data message occur when the data message becomes capable of being retrieved and processed by the addressee".

⁵¹Il Regolamento in oggetto non si applica, peraltro, alla Danimarca, che ritenuto di avvalersi della deroga consentita dagli artt. ... del Trattato. Nei rapporti con questo Stato, pertanto, continuano ad applicarsi le norme della Convenzione di Bruxelles del 1968.

cui il proponente riceve l'accettazione, salvo, poi, individuare precisamente tale luogo nel contesto virtuale e dematerializzato della rete⁵².

Nel caso della posta elettronica il messaggio contenente l'accettazione perverrà, di norma, prima al *server* del *Provider*, per essere successivamente scaricato dall'utente sul proprio *computer*. Analogamente, qualora l'accettazione sia espressa mediante utilizzo del tasto negoziale virtuale, bisogna considerare che il sito *Internet* ben potrebbe essere "ospitato" dal *server* di un *Provider*, dei cui servizi l'imprenditore normalmente si avvalga per la gestione dello stesso.

Secondo una prima tesi, il luogo in oggetto sarebbe quello in cui si trova il *computer* utilizzato dal proponente per scaricare materialmente il messaggio (ovvero l'impulso proveniente dal *server* che gestisce il sito): tale soluzione comporta, peraltro, una notevole incertezza nella determinazione di detto luogo, specialmente allorché il destinatario abbia utilizzato un *computer* portatile per scaricare il messaggio⁵³. Anche per questi motivi altra parte della dottrina ha sottolineato la necessità di un adattamento più audace dei tradizionali principi in materia di luogo di conclusione del contratto, affermando la rilevanza del luogo in cui è situato il *server* del *Provider* con cui è stipulato il contratto di accesso e dove è stato assegnato un indirizzo e-mail. Nel caso del sito WEB la stessa regola porta a localizzare il luogo presso il *server* ove il sito stesso è "ospitato"⁵⁴.

⁵²Il principio è pacifico anche nella giurisprudenza italiana. Le Sezioni Unite della Suprema Corte ne hanno fatto più volte applicazione anche per affermare la sussistenza della giurisdizione italiana ai sensi dell'abrogato art. 4, n. 2, c.p.c. (cfr. Cass. Civ. Sez. Un., 14 luglio 1994, n. 6581, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 716). In materia di vendita internazionale, la Convenzione di Vienna del 1980, all'art. 24, prevede che la conclusione avvenga quando l'accettazione pervenga presso al destinatario "presso la sua sede d'affari, al suo indirizzo postale, o, se non ha sede d'affari o indirizzo postale, presso la sua abituale residenza".

⁵³Si pensi che il *computer* portatile potrebbe essere collegato alla rete anche mediante un telefono cellulare, mentre l'utilizzatore si trova in viaggio, magari in aereo, con conseguente enorme difficoltà di determinare il suddetto luogo.

⁵⁴In questo senso E. Tosi, *La conclusione di contratti "online"*, op. cit., p. 27.

La soluzione così prospettata, seppur preferibile rispetto al criterio del luogo in cui il messaggio scaricato dal destinatario, non può, in vero, ancora essere ritenuta adeguata, specialmente sotto il profilo della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento. Al momento della conclusione, infatti, l'acquirente non avrà, di norma, la possibilità di conoscere il luogo in cui il sito WEB è materialmente ospitato, ciò comportando la concreta impossibilità di prevedere l'esito dell'applicazione delle norme giuridiche basate sulla nozione di luogo.

Tale esigenza non è, certo, sfuggita ai redattori della Legge Modello dell'UNCITRAL, il cui art. 15 adotta un approccio radicalmente diverso, svincolando il concetto di luogo di conclusione dell'accordo telematico dal contesto virtuale della rete, ed identificandolo, invece, con il luogo in cui il destinatario della dichiarazione ha la propria sede principale, indipendentemente dal luogo di installazione del sistema informatico ricevente. In linea con l'art. 10 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili e l'art. 1.10 dei Principi dei contratti commerciali internazionali UNIDROIT, l'art. 15, n. 4, lett. a) e b), dispone che, se l'autore o il destinatario ha più sedi d'affari, dovrà essere presa in considerazione quella che è in più stretta relazione con la sottostante relazione ovvero, nel caso in cui non vi sia alcuna transazione, la sede principale; infine, se l'autore o il destinatario del messaggio non ha una sede d'affari, varrà il riferimento alla dimora abituale.

Analogamente, il Progetto preliminare UNCITRAL, all'art. 11, par. 5, ha previsto che *"se non diversamente concordato tra il mittente e il destinatario, un data message si presume essere stato inviato nel luogo dove il mittente ha la sua sede d'affari, e si presume essere stato ricevuto nel*

luogo ove il destinatario ha la propria sede d'affari, determinata in applicazione dell'art. 7⁵⁵.

Non può negarsi come la suddetta soluzione sia senz'altro preferibile sotto il profilo della tutela dell'altro contraente, il quale ha ben la possibilità di sapere ove si trovi la sede (fisica) della propria controparte contrattuale, e quindi, il foro eventualmente competente a dirimere possibili controversie derivanti dal contratto stesso. Del resto, la prassi del commercio elettronico mostra come le imprese si avvalgano sovente dei servizi di *Provider* situati in Paesi diversi da quello della propria sede d'affari, senza che sussista alcun altro legame economico-aziendale, spesso animate da mere esigenze di pianificazione fiscale. Dare prevalenza al luogo di situazione del sito costituisce, quindi, un non senso anche dal punto di vista logico, in mancanza di un collegamento apprezzabile.

Al contrario, le norme attualmente vigenti nell'ordinamento italiano, pur interpretate secondo i correttivi sopra esaminati, generano un notevole grado di incertezza, sebbene nella pratica il *Provider* di cui ci si avvale per l'accesso alla rete sarà normalmente quello più vicino alla sede d'affari dell'utente, e ciò per ovvie ragioni di risparmio sui costi della connessione⁵⁶.

Problemi analoghi sorgono nel caso in cui i soggetti si avvalgano di una connessione diretta ad *Internet* sebbene, in tal caso, è più probabile che gli apparati tecnici utilizzati siano situati presso la sede della società o, comunque, nello stesso Paese. Anche in questa ipotesi, pertanto, la soluzione adottata dalla Legge Modello e dal Progetto preliminare UNCITRAL si lascia senz'altro preferire. In proposito, non sarà inutile ribadire l'importanza di una norma come quella di cui all'art. 7, par. 4, del Progetto

⁵⁵"Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business, as determined in accordance with article 7".

⁵⁶E' appena il caso di sottolineare, comunque, che anche in questo caso, il *Provider* scelto potrebbe essere quello vicino alla sede operativa e non a quella legale della società.

preliminare, che sancisce l'irrelevanza dell'ubicazione degli apparati tecnici del sistema informativo, come del luogo dal quale il destinatario accede materialmente al messaggio.

Un ultimo cenno merita, infine, la modalità di conclusione del contratto prevista nel nostro ordinamento dall'art. 1327 c.c.. In questo caso il contratto dovrà ritenersi concluso nel luogo in cui il destinatario della proposta abbia iniziato l'esecuzione procedendo, per esempio, all'inserimento dei dati della propria carta di credito e, quindi, verosimilmente, dove si trova il *computer* da questi utilizzato. Ove detto *computer* sia un portatile collegato ad *Internet* tramite un cellulare, la soluzione logicamente non può che essere la stessa anche se i risultati concreti cui si perviene di volta in volta possono essere notevolmente incerti⁵⁷.

La trattazione del problema delle modalità di conclusione del contratto telematico non può prescindere, infine, dalla recente direttiva 2000/31/CE e, in particolare, dall'art. 11 della stessa, il cui paragrafo 1 prevede che *"nel caso in cui il destinatario di un servizio inoltri il proprio ordine mediante strumenti tecnologici"* il prestatore ha il dovere di *"accusare ricevuta dell'ordine del destinatario senza ingiustificato ritardo e per via elettronica"* nonché, infine, *"che l'ordine e la ricevuta in questione si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi"*. Complementare a questa disposizione è il paragrafo 2 dell'art. 11, che prescrive al Prestatore di mettere *"disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili tali da permettere a quest'ultimo di individuare e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine"*. Il successivo paragrafo esclude, peraltro, l'applicazione di tali disposizioni nel caso in cui il contratto sia stato concluso esclusivamente

⁵⁷Va, peraltro, rilevato che tale modalità di conclusione del contratto non è esplicitamente prevista dal Progetto Preliminare, che contempla come unica modalità di formazione del consenso lo schema proposta-accettazione.

"mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni equivalenti".

Su tali premesse è stato, quindi sostenuto che la *"comunicazione dell'avvenuta ricezione dell'accettazione"* costituirebbe il momento di conclusione dell'accordo telematico⁵⁸. Detta conclusione non sembra, in realtà, condivisibile, trovando smentita nel raffronto tra la proposta di direttiva e la versione finale dell'art. 11. Detta norma, infatti, inizialmente rubricata *"Momento della conclusione del contratto"*, prevedeva che, nel caso *"si chieda al destinatario del servizio di manifestare il suo consenso usando mezzi tecnici, come cliccare su un'icona, per accettare l'offerta di un fornitore"*, il contratto si dovesse considerare concluso quando il destinatario del servizio avesse *"ricevuto dal prestatore, per via elettronica, l'avviso di ricevimento dell'accettazione del destinatario del servizio"* e avesse *"ricevuto dal prestatore, per via elettronica, l'avviso di ricevimento dell'accettazione del destinatario del servizio"* e avesse, infine, *"confermato il ricevimento di tale ricevuta"*. Al legislatore comunitario non è, in vero, sfuggita la farraginosità del meccanismo sopra descritto, tant'è che la stessa Commissione, nella comunicazione al Parlamento Europeo relativa alla posizione comune assunta dal Consiglio sulla direttiva, esplicitamente riconosceva che le modifiche più significative rispetto al testo della proposta riguardano proprio i contratti elettronici, per i quali viene omessa l'esplicitazione del momento di formazione del contratto. Con chiarezza anche maggiore, la Commissione afferma, quindi, che l'art. 11 *"non stabilisce più il momento di formazione del contratto, ma si occupa solo dell'ordine, dell'avviso di ricevimento e dei*

⁵⁸La tesi è di Sarzana di S. Ippolito, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1293, il quale deriva questa conclusione dal raffronto della versione definitiva dell'art. 11 con quella contenuta nella proposta di direttiva, sostenendo che la coincidenza del momento di conclusione del contratto telematico con l'arrivo della ricevuta si avrebbe *"non essendo più necessaria – al contrario – una conferma ulteriore da parte dell'utente in merito al ricevimento della ricevuta di ritorno, come invece stabiliva la prima proposta di direttiva"*.

mezzi per correggere gli errori di imputazione", e quindi "il titolo è stato cambiato di conseguenza"⁵⁹.

Nella sua formulazione definitiva, quindi, la norma di cui all'art. 11, lungi dallo stabilire criteri per la determinazione del momento e del luogo in cui il contratto telematico è concluso, si limita a prevedere a carico del proponente un semplice obbligo di informazione successivo all'invio telematico dell'accettazione⁶⁰.

6. Conclusioni

Le argomentazioni sopra esposte dimostrano la difficoltà di adattare i concetti giuridici tradizionali alle transazioni *on line* e la conseguente necessità di introdurre norme *ad hoc*, almeno per la regolamentazione di aspetti suscettibili di spiccate implicazioni tecniche, come quelli riguardanti l'individuazione del momento in cui un messaggio contenente una dichiarazione negoziale possa considerarsi legalmente pervenuto a suo destinatario.

E' interessante sottolineare, peraltro, come gli artefici dei recenti strumenti internazionali in materia abbiano ormai definitivamente preso atto dell'opportunità di svincolare esplicitamente dal contesto dematerializzato della rete alcune nozioni fondamentali come quelle di sede dell'impresa o di luogo di ricezione di un *data message*⁶¹. Questa sembra, peraltro, una scelta obbligata nell'ottica di garantire la tutela dell'affidamento e la certezza del diritto nelle transazioni telematiche e dimostra, una volta di più, come il

⁵⁹L'art. 11, nella sua versione definitiva, è, infatti, rubricato "Inoltro dell'ordine".

⁶⁰Esplicitamente, in tal senso, Calavaglio, *L'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 96.

⁶¹Si considerino, ad esempio, gli artt. 7 e 11 del Progetto preliminare UNCITRAL sui contratti elettronici.

cyberspazio non possa essere considerato come un mondo a sé stante, le cui vicende si svolgono e si esauriscono esclusivamente al suo interno.

CAPITOLO IV

Aspetti internazionalprivatistici dei contratti telematici

1. Premessa

Il diritto internazionale privato dei contratti telematici suscita interesse sotto molteplici aspetti, dai profili formali a quelli della contrattazione tra *absentes*, e, in generale, alle caratteristiche di immaterialità ed aterritorialità del mezzo utilizzato, ciò ha richiesto una preventiva analisi dei meccanismi di formazione del consenso, non senza riguardo al tempo e al luogo della conclusione dei contratti telematici.

Nel contesto transnazionale della rete, la conclusione di contratti tra soggetti fisicamente distanti, aventi spesso la sede in giurisdizioni differenti, lungi dal rappresentare un'eccezione, è, in un certo qual modo, la situazione naturale per chi si avvalga di *Internet* per il collocamento dei propri prodotti sul mercato. Ciò, inevitabilmente, affievolisce la rilevanza della distinzione tra contratti stipulati in ambito domestico e in ambito internazionale, rendendo in concreto più importante l'applicazione delle norme internazionalprivatistiche, rispetto a quanto avviene nel caso delle transazioni mediante i canali tradizionali.

Dal punto di vista della disciplina sostanziale, i contratti telematici sono, per loro stessa definizione, destinatari delle normative previste per i contratti stipulati tra soggetti fisicamente distanti, prima fra tutte la direttiva comunitaria 1997/7 in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza¹.

Ancora in ordine ai profili oggettivi, il riferimento alla nozione di consumatore ripropone la rilevanza delle norme internazionalprivatistiche in materia, poste dalle legislazioni statali e dalle convenzioni internazionali. Sovente, l'adattamento di tali norme al commercio elettronico costituisce compito non agevole, in considerazione del largo uso di tecniche di collegamento fondate sulla relazione fisica tra atti negoziali e territorio². La peculiare logica delle norme poste a tutela del consumatore giustifica, peraltro, la trattazione separata degli aspetti riguardanti i contratti conclusi tra operatori professionali (c.d. contratti "*Business-to-Business*" o, più in breve, "*B2B*") e quelli di cui sia parte il consumatore (c.d. contratti "*Business-to-Consumer*" o, più in breve, "*B2C*").

In generale, si osserva come (quasi tutti) gli strumenti internazionali in materia non abbiano beneficiato di modifiche che tenessero conto delle specificità di *Internet* e del commercio elettronico³. Il giurista è, quindi, costretto ad un'opera, non sempre agevole, di interpretazione ed adattamento delle norme preesistenti, pensate per un contesto molto diverso da quello "virtuale", teatro delle transazioni elettroniche.

¹ Nell'ordinamento italiano, come ricordato, la direttiva 1997/7 è stata trasposta con il d.lgs. n. 185 del 1999.

² Si pensi, ad esempio, all'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, oppure all'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968, di cui *infra*.

³ Nel quadro delle fonti normative convenzionali, allo stato attuale non è in vigore alcuna convenzione internazionale specificamente dedicata ai contratti elettronici. Talvolta, come nel caso del Regolamento (CE) n. 44 del 2001 (di cui *infra*), il legislatore è intervenuto con qualche disposizione che tenesse in considerazione anche la specificità del fenomeno.

Ne deriva, anzitutto, la difficoltà di applicare le disposizioni formali, fondate sui concetti tradizionali di documento e di sottoscrizione, che tuttora presuppongono la nozione di firma autografa su un supporto cartaceo o, comunque, dotato di consistenza materiale⁴. Analogamente, nel caso di imprese operanti sul WEB, si è posto il problema della rilevanza da attribuire ai siti *Internet*, in relazione al concetto di sede d'affari e, in generale, di sede dell'impresa "virtuale" o di residenza nel caso di persone fisiche.

2. La nozione di residenza delle persone fisiche e di stabilimento delle persone giuridiche con riguardo ai siti Internet

Le nozioni di residenza e di stabilimento sono molto diffuse nelle norme di diritto internazionale privato, domestiche e convenzionali. Si pensi, ad esempio, all'art. 3, commi 1 e 2, della legge n. 218 del 31 maggio 1995, agli artt. 5 e 8, n. 2, della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ovvero agli artt. 3, n. 1, 5 e 15 del Regolamento (CE) n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale nonché all'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1955 sulla vendita internazionale di beni mobili corporali⁵.

L'importanza dell'adattamento di tali nozioni al commercio elettronico appare chiaramente ove si consideri che spesso gli imprenditori si avvalgono di siti *Internet* collocati in Stati diversi da quello in cui è situata la propria sede statutaria, come avviene quando il sito WEB sia "ospitato" sul server di un *Internet Service Provider* straniero. Un esempio potrebbe essere quello di una società americana che allestisca una propria *home page* su un sito WEB

⁴ Un esempio è offerto dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 o dall'art. 23 del Regolamento n. 44/2001.

“.it”, programmato in modo da accettare e confermare ordini provenienti dalla clientela comunicati via posta elettronica oppure attraverso la semplice pressione sul tasto negoziale virtuale. In un caso del genere, il funzionamento delle norme internazionalprivatistiche richiederà, talvolta, di stabilire se tale sito possa essere in sé considerato una sede, almeno secondaria.

Nel caso del commercio elettronico, occorre, peraltro, tenere presente che la direttiva 2000/31/CE ha escluso che si possa svolgere tale attività in forma anonima, imponendo ai prestatori dei servizi della società dell'informazione l'obbligo di fornire tutte le informazioni necessarie alla loro identificazione, ivi espressamente compreso il luogo di stabilimento.

Al di là di tale normativa si pone, comunque, l'esigenza di stabilire se il sito *Internet* possa in sé essere considerato uno stabilimento o una succursale della casa madre. Il problema è tanto più sentito nel caso del commercio elettronico, laddove si consideri che soltanto alcuni indirizzi *Internet* hanno la caratteristica di essere chiaramente riferibili ad un determinato Stato. Molti siti, infatti, utilizzano suffissi assolutamente neutri dal punto di vista della localizzazione geografica, quali “.com” o “.net”. Peraltro, come è stato giustamente osservato, anche qualora il sito fosse contrassegnato da un indirizzo attribuito da una *Naming Authority* nazionale (per esempio quelli “.it” o “.uk”), ciò potrebbe non essere significativo della sua localizzazione, in virtù di alcune particolarità tecnico-operative della rete, come il *caching*, il *mirroring* o il *linking*⁶.

⁵ In generale, sul concetto di sede e sulla sua applicazione nell'ambito della Convenzione di Bruxelles del 1968, si veda Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 213 e ss..

⁶ Cfr. Cerina, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 353. Inoltre, osserva, in merito, Draetta, *Internet e il commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 213, come non sia possibile tenere in alcun conto le eventuali informazioni fornite alle *Naming Authority* nazionali, e richieste in base ai loro regolamenti, peraltro molto eterogenei. Le *Naming Authority* sono, infatti, dei meri enti privati, ai quali non può farsi carico di una funzione di certificazione circa l'effettiva residenza o stabilimento di chi richiede la registrazione di un *domain name*. Ciò ha

La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee relativa all'art. 5, n. 5, della Convenzione di Bruxelles del 1968, ha chiarito che non occorre soffermarsi sulle singole nozioni di succursale, agenzia ecc., ma che il concetto di stabilimento va interpretato in modo unitario, come centro operativo che si manifesti verso l'esterno come un'estensione della casa madre, provvisto di direzione e materialmente attrezzato a trattare affari con i terzi⁷. Tale nozione, continua la Corte, implica "un centro operativo che si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa madre, provvisto di direzione ed attrezzato in modo da poter trattare affari con i terzi, di guisa che questi, pur sapendo che un eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa madre la cui sede trovasi all'estero, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa, e possono concludere affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione".

Fatte queste premesse, va rilevato come la dottrina dominante ha escluso che un sito *Internet*, considerato isolatamente, possa integrare gli estremi della nozione di stabilimento o succursale dell'impresa⁸. I fautori di questa impostazione affermano, piuttosto, che la collocazione fisica dell'elaboratore dal quale detto sito è gestito possa venire in rilievo insieme ad altri criteri (ovvero a loro supporto), come quello comunitario di sede dell'attività economica o dell'attività professionale dell'operatore, o quello che, in materia di vendita internazionale di merci, addita l'art. 10 della Convenzione di Vienna del 1980, quando si riferisce al luogo con cui il

contribuito in maniera determinante all'orientamento del Gruppo di lavoro UNCITRAL che, come noto, ha escluso che l'indirizzo *Internet* possa da solo fondare una presunzione circa la localizzazione della sede d'affari (cfr. art. 7, comma 5, del Progetto preliminare).

⁷ Cfr. sentenza del 22 novembre 1978, causa 33/78, *Somafer c. Saar-Ferngas*, in *Raccolta*, 1978, p. 2183; sentenza del 16 marzo 1981, causa 139/80, *Blankaert & Willems c. Trost*, in *Raccolta*, 1981, p. 819. Per un esame della nozione di succursale ai sensi dell'art. 5, n. 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968, si veda Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, op. cit., p. 432 e ss..

⁸ In questo senso Draetta, *Internet e il commercio elettronico*, op. cit., p. 212; Zanobetti, *Contract law in international electronic commerce*, in *RDAl/IBLJ*, 2000, p. 545 e ss.; Delfini, *Il commercio elettronico*, op. cit., p. 60 e ss..

contratto o la sua esecuzione presenta il legame più stretto⁹. Non è mancato chi ha, invece, ritenuto di ravvisare nel sito WEB, predisposto per concludere autonomamente affari con i clienti, gli estremi di una succursale, non rilevando, al riguardo, il fatto che detto sito sia abilitato a concludere affari in base ad uno schema rigidamente predeterminato, né che la direzione richiesta secondo l'interpretazione della Corte debba essere "distinta dalla sede principale che abbia programmato il sito e possa riprogrammarlo"¹⁰.

In astratto, nel caso di un sito WEB, sembrerebbero *prima facie* sussistere (almeno) alcuni dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, quali la stabilità di funzionamento nei confronti dei terzi, un rapporto di dipendenza o sussidiarietà con l'ente principale e, forse, l'autonomia di gestione, seppur variamente condizionata. A tale proposito, appare chiaro che un sito appositamente programmato sia dotato di un certo grado di autonomia, almeno in misura compatibile con la nozione di succursale elaborata dalla Corte. Non sembra decisivo, in particolare, il fatto che il sito sia programmato solo per concludere contratti nell'ambito di schemi rigidamente predeterminati: nulla impedirebbe, infatti, di pensare ad una filiale tradizionale, dotata di un rappresentante in "carne ed ossa", che sia abilitato a concludere affari esclusivamente secondo parametri predeterminati.

Il problema riguarda, però, la sussistenza di un quarto requisito richiesto dalla giurisprudenza della Corte, ovvero del potere di rappresentanza¹¹. Si è visto, in proposito, come la dottrina maggioritaria abbia, ormai, escluso che un sistema automatico possa essere dotato di

⁹ In tal senso Draetta, *Internet e commercio elettronico*, op. cit., p. 213.

¹⁰ In questo senso cfr. Caiazza, *E' sufficiente un sito Internet perché sussista uno stabilimento ai fini della determinazione della legge applicabile e della competenza giurisdizionale?*, in *Dir. com. sc. int.*, 1999, p. 187.

soggettività giuridica e, quindi, di rappresentanza. Questa interpretazione, come si è detto, è stata adottata anche in sede UNCITRAL fin dalla Legge Modello sugli aspetti giuridici dell'*electronic data interchange* (EDI) ed è stata recentemente confermata nel Progetto di Convenzione sui contratti elettronici ove l'attenzione è, piuttosto, concentrata sul problema dell'imputabilità degli atti negoziali posti in essere dal *computer* in capo al soggetto che ha predisposto il sistema¹². L'elaborazione di questi principi sembra, ormai, sufficientemente consolidata per consentire di escludere che il sito WEB possa essere considerato un rappresentante e, così, uno stabilimento e/o sede secondaria dell'imprenditore che lo abbia predisposto e programmato.

Ad ulteriore sostegno di questa conclusione soccorrono, altresì, valutazioni di ordine logico, e, in particolare, la difficoltà di pensare un sito WEB come fisicamente posizionato presso l'elaboratore sul quale è installato. E' stato giustamente osservato, infatti, che le informazioni digitali non sono delle *res* delle quali sia possibile individuare la collocazione fisica¹³.

Nell'ottica della certezza del diritto è, quindi, benvenuta la netta presa di posizione del Gruppo di lavoro UNCITRAL, che ha negato ogni e qualsiasi rilevanza del sito WEB ai fini dell'ubicazione delle parti di un contratto¹⁴.

3. La nozione di "sito passivo"

¹¹ Si corda come una dottrina minoritaria sia ricorsa, specie in passato, alla figura della rappresentanza per dare fondamento giuridico agli atti negoziali posti in essere dal sistema automatico.

¹² Cfr., in proposito, le considerazioni svolte al paragrafo 3 del capitolo precedente.

¹³ L'osservazione è di Delfini, *Il commercio elettronico*, op. cit., p. 60, il quale sottolinea altresì come i dati possano essere facilmente spostati da un elaboratore all'altro ed è ignoto all'utilizzatore in quale di questi siano immagazzinati.

¹⁴ Così l'art. 7, paragrafo 4, del Progetto preliminare UNCITRAL sui contratti elettronici.

La definizione di sito passivo, operata essenzialmente dalla giurisprudenza statunitense, si rivela di particolare interesse anche alla luce delle recenti evoluzioni normative in ambito comunitario ed internazionale.

L'elaborazione di questo concetto, come si detto, è frutto dell'opera delle Corti statunitensi, ed è largamente fondata su un'indagine fattuale riguardante l'intensità e il tipo di collegamento esistente tra il sito *Internet* in oggetto e lo Stato nel quale ha residenza il cliente¹⁵. Tale sforzo si rivela particolarmente interessante proprio in relazione alla natura della rete che, caratterizzata per la sua aterritorialità, richiederebbe l'elaborazione di criteri atti ad individuare momenti di collegamento rilevanti con il foro adito, così da impedire l'effetto aberrante per il quale ogni giudice si ritenga competente in merito alla controversia *de qua*.

Le pronunce giurisprudenziali statunitensi indicano un orientamento abbastanza omogeneo, nel senso di ritenere sussistente la giurisdizione quando il titolare del sito abbia compiuto un'attività commerciale nello Stato del foro, ovvero quando il convenuto abbia sollecitato offerte per i propri prodotti o servizi da parte di soggetti residenti nello Stato del foro, senza, però, aver compiuto alcuno sforzo per limitarne o escluderne l'accesso. Al contrario, la giurisdizione è stata per lo più negata quando il sito WEB del convenuto fosse un sito semplicemente passivo, non interattivo.

In buona sostanza, l'elemento distintivo di un sito interattivo rispetto ad uno passivo è stato individuato dalle Corti americane nella possibilità concreta per i visitatori di concludere acquisti, non essendo, invece, sufficiente, la mera diffusione di un messaggio tramite *Internet*. Tale impostazione sembra, peraltro, pienamente condivisibile, e coerente con la necessità di non dilatare eccessivamente la giurisdizione rispetto a situazioni

¹⁵ Per un'ampia disamina della nozione di sito passivo nella giurisprudenza statunitense si veda Cerina, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 375 e ss..

oggettivamente prive di collegamento apprezzabile con lo Stato del foro adito¹⁶.

L'importanza di questa elaborazione giurisprudenziale, seppur nata nel contesto dei rapporti interstatali interni agli Stati Uniti, si rivela di particolare interesse e, come vedremo, utile anche in sede di applicazione di nuovi strumenti quali, anzitutto, il Regolamento (CE) n. 44 del 2001 di cui *infra*.

Peraltro, ad oggi su questo tema sono state emesse sentenze anche dalle magistrature di altri Stati, soprattutto in materia di illeciti civili e tutela della proprietà intellettuale. Anche in tali pronunce si è talvolta fatta strada la nozione di sito passivo, suscettibile di apportare un semplice contributo informativo ma non anche la concreta offerta di prodotti o servizi. In simili circostanze si è, così, ritenuto che le fattispecie non integrassero quel *minimum contact* indispensabile a fondare la giurisdizione. Come è stato giustamente osservato, questa impostazione sembra un giusto compromesso tra le aspirazioni degli Stati a mettere sotto controllo gli illeciti *on line*, sia pure nei limiti territoriali confacenti alle caratteristiche della rete, e l'esigenza, anche logica, di ravvisare pur sempre un ragionevole collegamento con lo Stato del foro, pena l'eccessiva e irrazionale dilatazione della competenza giurisdizionale degli Stati.

Non è mancato chi, a tale proposito, si è spinto finanche a ravvisare la (probabile) formazione di un uso internazionale in materia di diritto internazionale processuale dei privati, con rilevanti implicazioni, in

¹⁶ Non è difficile imbattersi in siti *Internet* che, sulla scorta di questi principi, indicano gli accorgimenti da adottare per evitare di essere assoggettati alla giurisdizione di uno Stato. Un esempio è disponibile sul sito <http://www.unc.edu/courses/law357c/cyberprojects/spring01/jurisdiction.html>, dove si elencano cinque principi guida: 1) "Establish a Passive Website"; 2) "Limit the Amount of Non-Internet Promotion and Solicitation"; 3) "Restrict Access to your site"; 4) "Carry Insurance"; 5) "Utilize Ondine Contracts".

particolare, nel campo degli illeciti via *Internet*, in particolare della tutela della proprietà intellettuale¹⁷.

Recentemente, i suddetti principi hanno ispirato la redazione del Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici, quale criterio presuntivo per la distinzione tra un messaggio meramente informativo/invito a proporre e una offerta/proposta via *Internet*. Così, l'art. 13 pone una presunzione di vincolatività nel solo caso di offerta/proposta tramite un sito *Internet* che sia predisposto (anche) per la conclusione del contratto, a seguito della pressione del tasto negoziale virtuale o altre procedure analoghe¹⁸.

* * *

Premesse queste considerazioni generali, è, ora, possibile passare all'analisi di alcune problematiche connesse all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e processuale.

4. La legge applicabile

a. Introduzione

L'inevitabile svilimento della tradizionale differenziazione tra contratti nazionali ed internazionali, tipica del commercio elettronico, rende cruciali i temi della legge applicabile e della giurisdizione competente in caso di controversia. Dall'altro lato, gli strumenti a disposizione del giurista, tradizionalmente basati su criteri collegamento tra atti negoziali e dimensione territoriale, non sempre si dimostrano facilmente adattabili alla realtà virtuale ed afisica di *Internet*.

¹⁷ In questo senso cfr. Draetta, *Internet e commercio elettronico, op. cit.*, p. 202.

¹⁸ Cfr. il capitolo precedente, paragrafo 3.

Va, inoltre, considerato che la contrattazione *on line* rende spesso difficile individuare l'identità e la localizzazione della propria controparte contrattuale¹⁹, con la conseguente difficoltà di stabilire *ex ante* quale sarà la legge applicabile e la giurisdizione competente in caso di controversia.

b. Il problema delle legge applicabile ai contratti

In materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, referente normativo è, *in primis*, la Convenzione di Roma del 1980²⁰. L'ambito applicativo di tale Convenzione è stato, peraltro, ampliato a seguito dell'introduzione della l. 218/1995²¹, il cui art. 57 prevede che le obbligazioni contrattuali sono *in ogni caso* regolate dalla Convenzione di Roma del 1980, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali in quanto applicabili²².

Pertanto, di fronte ad un contratto potenzialmente implicante conflitti di leggi, l'interprete procederà, in prima battuta, all'applicazione della suddetta

¹⁹ Va, in merito, rilevato che gli strumenti internazionali in corso di elaborazione (Progetto UNCITRAL e Progetto Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato) puntano sull'obbligo delle parti di fornire le suddette informazioni, attribuendovi, almeno in prima istanza, valore di presunzione.

²⁰ La Convenzione di Roma è entrata in vigore il 01 aprile 1991 e l'Italia ha provveduto a ratificarla con la legge del 18 dicembre 1984, n. 575, in GU n. 25 del 30 gennaio 1985. Sulla Convenzione di Roma del 1980 si veda Sacerdoti e Frigo, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1994;. In generale, sul problema della legge applicabile nel diritto internazionale privato, cfr. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2001; Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999. Con riferimento particolare al commercio internazionale, si veda anche Bortolotti, *Diritto commerciale internazionale, op. cit.*; Campels o De Pauli, *Le operazioni del commercio internazionale*, Milano, 2000.

²¹ In particolare, sull'estensione dell'ambito applicativo della Convenzione di Roma a seguito del richiamo operato dall'art. 57 della l. n. 218/1995, si veda il commento all'art. 57 della legge, ad opera di Treves, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 1996, p. 272 e ss., nonché di Benedettelli, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1360 e ss..

²² Per un approfondimento, in generale, della l. 218/1995, recante la *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, si rinvia a AA.VV., *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Milano, 1996; AA.VV., *Commentario della riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996; Società Italiana di Diritto Internazionale, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1997; Silverio, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Padova, 1997.

Convenzione, salva l'applicazione di altre convenzioni vigenti in specifiche materie, come la Convenzione di Vienna del 1980 e la Convenzione dell'Aja del 1955, per la vendita internazionale di merci²³.

Rinviando per un esame generale della Convenzione di Roma ai riferimenti bibliografici indicati in nota, concentriamo l'attenzione su talune problematiche connesse alle peculiarità dei contratti telematici. Come noto, la Convenzione privilegia, anzitutto, il criterio della volontà delle parti, conformemente all'art. 3 per il quale *"il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti"*. L'interpretazione della norma merita un approfondimento nel caso dei contratti telematici.

Si consideri, per esempio, un sito *Internet*, predisposto per la conclusione di contratti mediante pressione sulla c.d. icona virtuale, nel quale sia prevista una clausola di scelta della legge applicabile ovvero, anche in mancanza di una previsione espressa, sia riscontrabile una serie di circostanze, quali la lingua del sito o il riferimento a luoghi e circostanze, suscettibili di essere ricondotti tutti ad un solo Paese.

E' evidente che, nel caso in cui il contratto sia concluso via posta elettronica, mediante apposizione della firma digitale (*rectius*, forma elettronica avanzata), magari in virtù di una legislazione nazionale attuativa della direttiva 1999/93²⁴, un'eventuale clausola di scelta della legge applicabile sarebbe valida ai sensi dell'art. 3 della Convenzione. A non diverse conclusioni dovrebbe giungersi in caso di utilizzo della firma elettronica semplificata, considerato che la norma in oggetto non impone oneri formali particolari come la forma scritta. A tale proposito, è appena il caso di rilevare come, anche qualora la forma del contratto fosse regolata dalla legge italiana, tale tipo di clausola sarebbe valida a prescindere dalla

²³ L'ambito oggettivo di applicazione delle Convenzioni di Vienna e dell'Aja riguarda per entrambe le merci, con eccezioni diverse per le due convenzioni (cfr. art. 1 Conv. Vienna e art. 1 Conv. Aja).

²⁴ Sul punto si rinvia a quanto ampiamente esposto nel capitolo precedente.

doppia sottoscrizione ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., come costantemente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁵.

Più complesso è stabilire la validità della scelta operata dalle parti quando questa sia stata effettuata, ad esempio, per mezzo di altre procedure, come la semplice pressione sul tasto negoziale virtuale. In questo caso, il problema consiste essenzialmente nel verificare che la clausola sia stata conosciuta ed accettata dalla controparte, posto che l'art. 3 richiede una scelta espressa o, comunque, risultante in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. I siti di commercio elettronico prevedono sovente percorsi virtuali obbligatori che normalmente impongono all'acquirente, prima della conclusione, di prendere visione delle condizioni generali tra le quali compare spesso una clausola che sottopone l'intero contratto alla legge del Paese del titolare del sito²⁶. Pur in mancanza di precedenti giurisprudenziali sul punto, non sembra azzardato sostenere che le caratteristiche della maggior parte dei siti WEB, spesso impostati come sopra descritto, possano soddisfare i requisiti fissati dalla Convenzione

²⁵ Cfr., sul punto, Frigo, *L'efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle Convenzioni di Roma e di Vienna del 1980*, in *Dir. comm. int.*, p. 522, che osserva: "... almeno per quanto riguarda la validità della scelta operata dai contraenti di applicare al contratto una legge straniera, non sembrano essere stati avanzati seri dubbi circa l'inapplicabilità delle norme in questione (artt. 1341 e 1342 c.c.), sulla scorta della considerazione che la clausola contrattuale che esprime tale scelta non rientra tra quelle tassativamente previste dall'art. 1341, 2° comma". Si vedano, inoltre, i riferimenti operati dall'autore stesso, in nota 3, p. 522, a Cass. Civ., 30 aprile 1969, n. 1403, in *Dir. com. scambi int.*, 1969, p. 563 e ss., con nota di Ubertazzi, e a Cass. Civ., 8 novembre 1976, n. 4082, in *Foro it.*, 1977, I, 2756, nonché, in dottrina, Bianca (a cura di), *Le condizioni generali di contratto (diritto comparato e straniero)*, Vol. I e II, Milano, 1979-1981, p. 11.

L'orientamento in oggetto è stato ribadito anche di recente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza 11 luglio 1997, n. 6328, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1184, ove la Suprema Corte richiama, a sua volta, la sentenza della Corte di Giustizia 14 dicembre 1976, ed il principio da questa sancito per cui la validità della clausola di scelta della legge applicabile non è condizionata alla sua specifica approvazione per iscritto, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., "esigendosi all'uopo la sola esistenza di "serie garanzie di consapevole adesione da parte del contraente che non l'ha predisposta".

²⁶ In generale, per quanto concerne la validità delle condizioni generali di contratto nella conclusione dei contratti *on line*, si veda E. Tosi, *La conclusione di contratti "online"*, *op. cit.*, p. 9 e ss..

di Roma per una consapevole accettazione della clausola di scelta della legge applicabile.

Con riferimento, in generale, ai termini e alle condizioni generali di contratto su siti di commercio elettronico, va segnalato, ancora una volta, il contributo del Progetto UNCITRAL sui contratti elettronici che all'art. 15 ha previsto l'obbligo per il fornitore di mantenere a disposizione per un periodo di tempo ragionevole queste informazioni, con la possibilità anche di "scaricarle" e stamparle²⁷.

Diversamente, nel caso di siti di commercio elettronico che prevedano, ad esempio, semplici *link* ai quali accedere per le condizioni generali di contratto, qualche dubbio potrebbe legittimamente sorgere circa la loro opponibilità alla controparte, ivi inclusa l'eventuale clausola di scelta della legge applicabile. Cionondimeno, occorre considerare che tale pratica conosce una notevole diffusione in *Internet*, al punto da poter far ritenere, comunque, tutelati i diritti dell'altro contraente, dato che l'art. 3 considera valida la scelta anche quando risulti in maniera ragionevolmente certa dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze²⁸.

Ancor meno agevole è stabilire la validità della scelta, quando questa non risulti da un'espressa pattuizione, ancorché non risultante da atto scritto. Il riferimento è a quei siti di commercio elettronico ove non siano previste condizioni generali di contratto, ovvero queste non contengano una specifica clausola ex art. 3 della Convenzione di Roma. In questi casi, è lecito rivolgere l'attenzione alla dottrina e ai precedenti giurisprudenziali, in vero

²⁷ Così l'art. 15 del Progetto preliminare UNCITRAL: "A party offering goods or services through an information system that is generally accessible to the public shall make the data message or messages which contain the contract terms and general conditions available to the other party for a reasonable period of time in a way that allows for their storage and reproduction. A data message is deemed not to be capable of being stored or reproduced if the originator inhibits the printing or storage of the data message by the other party".

²⁸ In questo senso Parenti, *Le peculiarità dei contratti telematici internazionali*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001, p. 49.

non numerosi, che hanno preso in considerazione la validità di scelte implicite di legge applicabile. L'analisi di questi contributi suggerisce che il semplice fatto che un contratto sia stato redatto in una lingua, senza che ricorrano altre circostanze, non è sufficiente a ritenere efficace una scelta di tal genere²⁹. Peraltro, data l'accessibilità naturalmente aperta a tutto il mondo dei siti di commercio elettronico, l'uso dell'inglese, non solo lingua internazionale ma lingua di *Internet*, di per sé è ancora meno significativa che nel caso di un contratto internazionale stipulato attraverso i canali tradizionali. Applicando i suddetti principi si può, quindi, concludere che solo una pluralità di caratteristiche del sito potrà giustificare la validità e l'efficacia di una scelta di legge implicita.

c. Alcune questioni in materia di forma

E' noto come molte delle problematiche giuridiche del commercio elettronico si risolvano in questioni di forma. E', quindi utile un cenno alla disciplina in materia dettata dalla Convenzione di Roma all'art. 9³⁰, tenendo presente che, nel caso del commercio elettronico, le contrattazioni intercorreranno tra soggetti collocati in Paesi differenti. In tale ipotesi, il comma 2 dell'art. 9 prevede che il contratto "*è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che ne regola la sostanza in forza della presente convenzione o della legge di uno di questi paesi*". Il regime

²⁹ La stessa conclusione vale anche per l'eventuale clausola di scelta del foro. Cfr., in proposito, Bortolotti, *Diritto commerciale internazionale*, op. cit., p. 189 e ss.; Frigessi di Rattalma, *Le prime esperienze giurisprudenziali sulla Convenzione di Roma*, in AA.VV., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, op. cit., p. 43 e ss., il quale riprende l'orientamento sostenuto dal *Tribunal d'arrondissement du Luxembourg*, 7 luglio 1988, 14 luglio 1988 e 27 marzo 1990, pubblicate in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 1092.

³⁰ Per un approfondimento della disciplina della forma nella Convenzione di Roma del 1980, si veda Lucchini, *La disciplina della forma e della prova nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, op. cit., p. 111 e ss.; Ballarino, *Disciplina della forma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (a cura del Consiglio Nazionale del Notariato)*, Milano, 1983, p. 165 e ss.; Perchinunno, *Brevi note in tema di forma*, *ibidem*, p. 181 e ss..

previsto dalla Convenzione si caratterizza, quindi, per un indubbio *favor negotii*, stabilendo che la forma può essere retta dalla *lex substantiae*³¹ in concorso cumulativo con la legge del luogo in cui si trova una delle parti, con prevalenza della legge più favorevole alla validità dell'atto.

Una complicazione potrebbe derivare dal fatto che i siti di commercio elettronico di molte società sono concretamente localizzati, anche per motivazioni di natura fiscale, in Paesi terzi, diversi sia da quello dove è collocata la sede che da quello ove è stanziato il cliente. Come si è visto, non è inusuale che tali siti siano programmati in modo da poter addivenire a vere e proprie scelte negoziali, al punto che taluno si è spinto fino a considerare la macchina in oggetto come una specie di rappresentante, in qualche modo autonomo rispetto al titolare del sito stesso. In questo caso, potrebbe entrare in gioco il comma 3 dell'art. 9, per il quale "*il paese in cui il rappresentante agisce è quello che deve essere preso in considerazione per l'applicazione dei paragrafi 1 e 2*", con la conseguenza che una delle tre leggi rilevanti per la forma del contratto potrebbe essere quella del Paese (tipicamente il paradiso fiscale) ove è fisicamente localizzato il sito WEB, anziché quella della legge del Paese ove il titolare del sito ha la propria sede. In realtà, il ricorso alla norma in oggetto sembra precluso dall'impossibilità stessa che un sito possa essere considerato un rappresentante, in base ai suesposti principi.

Non può sfuggire la grande importanza del principio del *favor negotii* nel caso del commercio elettronico, considerato che non tutti gli ordinamenti riconoscono rilevanza ai contratti conclusi tramite la rete. Per questa via è, infatti, possibile salvaguardare la validità, sul piano della forma, anche di contratti telematici che secondo la legge che regola la sostanza ne

³¹ Ovvero, *rectius*, da quella legge che sarebbe tale se il contratto fosse valido quanto alla forma (come osserva Ballarino, *La disciplina della forma*, op. cit., p. 165).

sarebbero privi, a beneficio della diffusione del commercio *on line*, anche in quei Paesi ove la forma elettronica non sia ancora considerata valida.

d. La legge applicabile nel caso di contratti conclusi con i consumatori

Una parte notevole delle transazioni *on line* avviene con consumatori, ovvero, seguendo la definizione della Convenzione di Roma, "per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale"³². Per tali fattispecie, la Convenzione stabilisce, in deroga all'art. 3, che la scelta della legge applicabile operata dalle parti non può avere per risultato quello di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del Paese nel quale risiede abitualmente (cfr. *infra*). Inoltre, in caso di mancanza di scelta, il contratto sarà sottoposto alla legge del Paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale, con esclusione, quindi, della presunzione circa il collegamento più stretto con il Paese di residenza della parte che deve fornire la prestazione caratteristica, di cui all'art. 4, n. 2, della Convenzione di Roma.

Nel caso del commercio elettronico, le complicazioni sorgono allorché si tratti di stabilire se sussistano gli altri requisiti per l'applicazione della disciplina. La norma, infatti, opera solo qualora ricorra una delle seguenti condizioni: a) "la conclusione del contratto sia stata preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto"; b) "l'altra

³² Per quanto concerne la vasta letteratura in materia di protezione del consumatore nell'ambito della Convenzione di Roma, si veda Salvadori, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, op. cit., p. 121 e ss.. Con riferimento alla protezione dei consumatori nel commercio elettronico, cfr. Zeno Zencovich, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, p. 47 e ss.; Pizzolante, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore nel diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 389 e ss..

*parte o il suo rappresentante ha ricevuto l'ordine del consumatore nel paese di residenza*³³.

Non sfuggono, certo, le difficoltà applicative di questa disciplina, allorché si voglia applicarla al commercio elettronico, in relazione al carattere virtuale ed aterritoriale della rete: nel caso di un consumatore che effettui un acquisto *on line*, quando potrà dirsi che la "proposta specifica" o la "pubblicità" sono avvenute nel Paese del consumatore? O, ancora, quando potrà dirsi che il consumatore ha compiuto "tutti gli atti necessari" alla conclusione del contratto nel proprio Paese di residenza? A ben vedere, i quesiti in oggetto confliggono con la natura stessa di *Internet*, la cui caratteristica peculiare è proprio quella di consentire a chiunque, da qualunque luogo, di collegarsi e di interagire, in modo da rendere l'elemento geografico poco significativo³⁴.

Detto ciò, fino a quando la normativa non sarà modificata per tenere conto del nuovo fenomeno, occorre esaminare le possibili conseguenze per i contratti telematici. Al riguardo, possono prospettarsi tre situazioni.

d1. Nel caso in cui il contratto con il consumatore sia stato concluso mediante scambio di messaggi di posta elettronica, l'applicazione dell'art. 5 della Convenzione di Roma non comporta problemi particolari. In forza dei principi sopra esaminati, che consentono di assimilare la posta elettronica a quella ordinaria, infatti, la proposta deve ritenersi pervenuta nel luogo ove si trova il *server* del *Provider* del quale il consumatore si avvale per l'accesso alla rete, luogo che sarà verosimilmente molto vicino e, comunque, non al di

³³ L'art. 5 della Convenzione di Roma prevede, altresì, che il regime più favorevole al consumatore si applicherà anche qualora "il contratto rappresenta una vendita di merci e se il consumatore si è recato dal paese di residenza in un paese straniero e vi ha stipulato l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita". Tale condizione non presenta, peraltro, profili di particolare interesse con riferimento al commercio elettronico.

³⁴ Problemi analoghi si registrano, peraltro, per l'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 e del Regolamento (CE) n. 44/2001, che pure reca modifiche rispetto alla disciplina della Convenzione (sul punto cfr. *infra*).

fuori del Paese ove il consumatore risiede, e ciò per evidenti esigenze di economicità del collegamento telefonico³⁵. Pertanto, il consumatore potrà nella maggior parte dei casi invocare la protezione assicurategli dalla legislazione in vigore nel proprio Paese di residenza.

d2. Certamente più complesso è il caso di un contratto *point-and-click*, stipulato dal consumatore che abbia avuto accesso al sito di commercio elettronico predisposto dall'imprenditore, con particolare riguardo all'accertamento dei requisiti di cui alla lett. a) che precede³⁶. Infatti, se non sembra dubbio che gli atti necessari per la conclusione del contratto siano effettuati dal consumatore nel proprio Paese allorché questi abbia aderito al contratto operando dal proprio *computer*, magari a casa propria, è, invece, difficile stabilire se la proposta (o la pubblicità) possa considerarsi avvenuta nel Paese del consumatore, ai sensi dell'art. 5, n. 2, della Convenzione di Roma. A tale riguardo, è stato osservato da autorevole dottrina come, in attesa di una revisione della Convenzione di Roma, la nozione di contratto concluso dai consumatori attraverso *Internet* ai fini dell'art. 5, "debba ormai essere interpretata alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 15, n. 1, lett. C) del Regolamento CE 44/2001, ivi compresa l'inidoneità dei cd. siti passivi a costituire un valido criterio di collegamento con la legge dello Stato in cui sono accessibili"³⁷. Seguendo questa impostazione, la protezione riconosciuta dall'art. 5 della Convenzione di Roma non sarà, quindi, invocabile ogniqualvolta il sito *Internet* sia da considerarsi "passivo", nel senso sopra precisato³⁸. In questi casi, pertanto, la legge applicabile al

³⁵ In linea teorica, non può escludersi, peraltro, che il *Provider* utilizzato sia localizzato in un Paese diverso. In tal caso, l'applicazione dell'art. 5 della Convenzione di Roma potrebbe risultare più problematico.

³⁶ Cfr. p. 129.

³⁷ Così Draetta, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, op. cit., p. 208, il quale cita a sostegno della propria tesi anche Meglani, *Rilievi internazionalistici in tema di cybersecurities*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 911.

³⁸ Ciò sempre che non ricorra uno degli altri casi previsti dall'art. 5, n. 2, della Convenzione di Roma.

contratto sarà determinata in conformità ai principi generali della Convenzione.

d3. Non presenta particolari difficoltà, invece, il secondo criterio stabilito dall'art. 5 della Convenzione di Roma, riguardo al luogo in cui l'altra parte, o il suo rappresentante, abbia ricevuto l'accettazione del consumatore. In questo caso, l'accettazione potrà considerarsi pervenuta nel Paese del consumatore ogniqualvolta il fornitore si sia avvalso dei servizi di un *Provider* collocato nel Paese di questo³⁹.

* * *

La problematica della legge applicabile ai contratti B2C in *Internet* non può prescindere, infine, da un cenno alla normativa comunitaria sostanziale e, segnatamente, dalla direttiva 1997/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori nei contratti a distanza⁴⁰ e, quindi, in quelli telematici. In questa sede si lascerà da parte l'analisi puntuale della normativa, per concentrare l'attenzione su alcune problematiche internazionalprivatistiche.

La rilevanza di questa normativa è tanto maggiore in ragione dell'intervento del legislatore comunitario sui sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri (art. 12), al fine di evitare che una pattuizione sulla legge applicabile possa assoggettare il contratto ad una normativa estranea alla comunità e non in linea con gli *standard* di tutela qui perseguiti, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno o più Stati membri⁴¹. L'art. 12 della direttiva prevede, quindi, che, in sede di recepimento, gli Stati attribuiscano valore "*imperativo*" alle norme della direttiva.

³⁹ Detto luogo sarebbe, invece, coinciderà sempre con la sede della società proponente, nel caso in cui fosse adottato il criterio di cui al Progetto preliminare UNCITRAL.

⁴⁰ La direttiva 1997/7 apporta, come si è detto, un contributo all'armonizzazione comunitaria in materia di contratti telematici (cfr. capitolo 2, parte I). Problematiche analoghe sono poste dalla direttiva 1993/13/CE sulle clausole abusive, recepita in Italia con l'introduzione degli articoli 1469-*bis* e seguenti del codice civile.

⁴¹ Cfr. Pizzolante, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, op. cit., p. 417.

Nell'ordinamento italiano, questo principio ha trovato attuazione nell'art. 11 d.lgs. 185/1999 che, dopo aver stabilito l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore⁴², ha previsto, al paragrafo 2, che *"ove le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana, al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dal presente decreto legislativo"*⁴³. Vale la pena di sottolineare come il legislatore italiano, avendo eliminato ogni riferimento al legame con il territorio comunitario, abbia, di fatto, conferito portata universale all'ambito di applicazione dell'art. 11 e, così, all'intera disciplina del d.lgs. 185⁴⁴.

Le norme sopra citate vanno, ora, coordinate con la Convenzione di Roma del 1980. L'imperatività sancita dall'art. 12 della direttiva trova il suo referente naturale in una norma *ad hoc* come l'art. 5, comma 2, per il quale, in presenza delle condizioni sopra esaminate, *la scelta ad opera della parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del Paese nel quale risiede abitualmente*⁴⁵.

⁴² L'art. 11, prevede, in particolare, la sanzione della nullità per ogni pattuizione in contrasto con questa disposizione.

⁴³ Per quanto concerne l'analoga disposizione di cui all'art. 6, par. 2, della direttiva 1993/13, l'art. 1469-*quinquies* c.c. ha stabilito che *"è inefficace ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al consumatore di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente articolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea"*.

⁴⁴ La dottrina non aveva mancato di evidenziare la scarsa precisione nella definizione del concetto di *stretto legame* adottata dalla direttiva, auspicando una maggiore certezza dalle legislazioni nazionali in sede di recepimento. In proposito, seppur con riferimento all'analoga espressione contenuta nella direttiva 1999/93, si veda Cannata Bartoli, *Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 339, secondo il quale il *legame stretto* verrebbe a coincidere con il criterio del *collegamento più stretto* di cui all'art. 4 della Convenzione di Roma del 1980.

⁴⁵ Si tende, quindi, a negare la configurabilità delle disposizioni della direttiva come norme di applicazione necessaria ex art. 7 della Convenzione di Roma, e ciò sulla base del tenore letterale dell'art. 12 ma, soprattutto, in virtù dell'interpretazione sistematica del citato art. 7, dal cui ambito applicativo resterebbero escluse le norme miranti alla protezione di interessi

Senza approfondire le complesse problematiche relative ai rapporti tra normativa comunitaria materiale e norme di diritto internazionale privato, basterà, qui, un cenno alla delicata interazione tra l'art. 12 della direttiva 1997/7/CE e l'art. 5, comma 2, della Convenzione di Roma. E' stato, così, sostenuto che *"la direttiva è interpretabile nel senso che le parti non possano designare come legge applicabile al contratto la legge di un Paese extracomunitario meno protettiva delle disposizioni della direttiva quando, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile la legge di un Paese comunitario, in quanto legge di residenza abituale del consumatore od in forza dell'art. 4 della Convenzione"*⁴⁶.

5. La giurisdizione competente

a. Premessa

Il dibattito dottrinale nazionale ed internazionale sulla giurisdizione riguardo a *Internet* e al commercio elettronico ha visto la contrapposizione di due opposte tesi, l'una in favore dell'approccio c.d. del Paese d'origine (*"country of origin approach"*), l'altra per l'approccio c.d. del Paese di destinazione (*"country of destination approach"*)⁴⁷. Il primo limita la competenza giurisdizionale ai soli giudici del Paese nel quale è situata la fonte di trasmissione, mentre il secondo consente l'esercizio del potere giurisdizionale in qualunque Paese le informazioni, i beni o i servizi siano

privati (In questo senso cfr. Pizzolante, *Contrattazione a distanza*, op. cit., p. 418, ed ivi ampi riferimenti alla dottrina europea, in nota 87).

⁴⁶ Cfr. Pizzolante, op. cit., p. 420, sul presupposto che il *"legame stretto"* di cui alla direttiva coincida il criterio del *"collegamento più stretto"* di cui all'art. 4 della Convenzione di Roma. Questa interpretazione non risolve, in vero, i problemi creati dall'art. 11 d.lgs. 185.

⁴⁷ Per un esame della problematica della giurisdizione in *Internet*, si veda Haines, *The impact of the Internet on the Judgments Project: thoughts for the Future*, documento preliminare del 17 febbraio 2002, all'attenzione della I^a Commissione della XIX Sessione Diplomatica – aprile 2002 presso la Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato, in www.hcch.net/doc.

pervenuti e, pertanto, nel caso di *Internet*, potenzialmente ovunque nel mondo.

I due approcci rispondono a logiche differenti e presentano implicazioni diametralmente opposte. Così, nell'ottica della tutela del consumatore, si lascia senz'altro preferire l'approccio del Paese di destinazione, che consente ai consumatori di adire il proprio giudice nazionale⁴⁸. D'altro canto, l'adozione pura e semplice di un simile criterio comporta il rischio concreto di un'espansione abnorme della competenza giurisdizionale *ratione territorio*, esponendo gli operatori ad azioni in una molteplicità di giurisdizioni, senza, peraltro, alcuna ragionevole possibilità di stabilire in anticipo dove sia localizzata la controparte⁴⁹. Per di più, la moltiplicazione delle giurisdizioni potenzialmente competenti si risolve sovente nell'applicazione delle norme sostanziali del foro, contribuendo a complicare ulteriormente il quadro⁵⁰.

In materia contrattuale, si rileva, peraltro, che gli strumenti internazionalprivatistici tradizionali privilegiano un approccio espansivo nella definizione della giurisdizione, come avviene, ad esempio, per i criteri dettati dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 per i contratti B2B e B2C.

Nel campo della tutela della proprietà intellettuale e della riservatezza, della diffamazione e, in genere, della responsabilità penale ed

⁴⁸ Non va, peraltro, trascurato l'effetto favorevole sullo sviluppo del commercio elettronico che deriva da una maggiore fiducia da parte del consumatore, allorché questi è consapevole della possibilità di rivolgersi al proprio giudice nazionale sulla base di norme sostanziali ben note.

⁴⁹ Si tratta di un rischio ben presente agli operatori del settore. Cfr., in proposito, il contributo della Camera di Commercio Internazionale, *Jurisdiction and Applicable Law in Electronic Commerce*, 6 giugno 2001, reperibile sul sito *internet* http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/jurisdiction_and_applicable_law.asp, documento che offre un interessante visione del problema, seppur dall'ottica degli imprenditori, quale presupposto per l'elaborazione di consigli e linee guida in materia per i governi nazionali.

⁵⁰ Osserva, in proposito, Haines, *The impact of the Internet on the Judgments Project: thoughts for the Future*, *op. cit.*, p. 9, come la situazione sia resa di fatto più intricata dalla presenza di normative nazionali in materia di *Internet* e commercio elettronico, delle quali ormai molti Stati si sono dotati.

extracontrattuale si riscontra una tendenza analoga (anche) nelle legislazioni nazionali - in linea con l'approccio del Paese di destinazione - come dimostrano alcuni noti casi giudiziari, come quello che ha visto protagonista nel 2000 la magistratura francese nei confronti del sito statunitense "Yahoo! Auctions", sul quale venivano esposti e venduti oggetti di natura nazista⁵¹.

La problematica, in sé intricata, si complica ulteriormente per la necessità di tenere in considerazione numerosi altri fattori, anche di ordine "politico". Così, se l'adozione dell'approccio del Paese d'origine contrasta con la naturale aspirazione degli Stati ad espandere il più possibile la propria competenza giurisdizionale⁵², è proprio questa tendenza a mettere in crisi l'approccio del Paese di destinazione allorché, in sede di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze nello Stato ove è situata la fonte della trasmissione - e verosimilmente anche la sede dell'impresa - la parte soccombente possa validamente opporre eccezioni fondate sull'ordine pubblico.

In conclusione, posto che nessuna alternativa è ottimale, l'unica soluzione praticabile nel campo del commercio elettronico non può che essere un compromesso tra i due approcci estremi, ciò che si risolve, in concreto, in un temperamento dell'effetto espansivo delle tradizionali norme sulla giurisdizione, tanto in ambito interno che in ambito convenzionale.

Un esempio di questa tendenza è ravvisabile nella progressiva evoluzione della bozza del Progetto di convenzione sulla competenza

⁵¹ Cfr. Turini, *La censura contro il lato oscuro del WEB*, in *Il SOLE 24 ORE* del 22.11.2000. In realtà, il caso Yahoo! ha dimostrato una volta di più come ben poco avrebbe potuto sul piano della coercizione la magistratura francese, se la società americana non avesse deciso di sospendere volontariamente le aste incriminate, cedendo alle pressioni delle organizzazioni umanitarie (cfr. Plateroti, *Yahoo! Chiude la porta ai razzisti*, in *Il SOLE 24 ORE* del 4.01.2001).

⁵² Merita, qui, di essere segnalato l'art. 3 della direttiva 1999/93/CE, che sottopone, seppur nell'ottica dell'approccio generale della Comunità in materia di libera circolazione dei servizi, l'attività dei prestatori dei servizi della società dell'informazione al regime vigente nel Paese della sede.

giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze straniere in materia civile e commerciale, promosso dalla Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato, che nella bozza dell'ottobre 1999 aveva adottato l'approccio del Paese di destinazione con riguardo ai contratti B2B, ai contratti B2C e in materia di illeciti aquiliani. Il testo provvisorio 2001 - licenziato, anche se ancora articolato in numerose possibili varianti, all'esito della prima parte della Conferenza Diplomatica del 6-10 giugno 2001⁵³ - ha, invece, attenuato questa impostazione escludendo, in materia contrattuale, il ricorso ai criteri alternativi a quello generale del foro del convenuto, quando questi abbia compiuto passi ragionevoli per escluderli ("*reasonable steps*")⁵⁴.

Nella prospettiva delle legislazioni nazionali, efficaci risultati potrebbero essere raggiunti attraverso l'armonizzazione delle norme unilaterali di conflitto nonché delle normative sostanziali in materia⁵⁵, ciò che è avvenuto per alcuni aspetti con la direttiva 1999/93.

*b. La giurisdizione in materia contrattuale*⁵⁶

In tema di competenza giudiziaria internazionale, riferimento normativo è, in prima istanza, la legge n. 218 del 31 maggio 1995, recante la *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, ed in particolare, per quanto concerne la materia contrattuale, gli artt. 3 e 4. Come noto, la stessa l. 218 fa espressamente salva l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, prima fra tutte la Convenzione di Bruxelles

⁵³ Sia il testo 1999 che il testo 2001 sono reperibili sul sito della Conferenza dell'Aja sul Diritto Internazionale Privato, <http://www.hcch.net>.

⁵⁴ Cfr. artt. 6 e 10 del testo provvisorio 2001. Si tratta di norme di grande importanza nel caso del commercio elettronico, che potrebbero rafforzare notevolmente nella pratica il principio del Paese d'origine, ove gli operatori adottassero accorgimenti del tipo di quelli indicati al paragrafo 3, nota 16.

⁵⁵ In questo senso, opportunamente, Haines, *The impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future*, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ Per un approfondimento del tema della giurisdizione internazionale in materia contrattuale, si vedano, tra gli altri, Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, *op. cit.*;

del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ratificata in Italia con la l. 804 del 21 giugno 1971⁵⁷. Lo stesso art. 3 della l. 218 richiama, quali ulteriori criteri di giurisdizione, quelli stabiliti nelle sezioni II, III e IV del titolo II della stessa Convenzione di Bruxelles del 1968.

Nel sistema delle fonti normative dell'ordinamento italiano in materia di competenza giurisdizionale, preminente importanza ha, ormai, il Regolamento (CE) n. 44 del 2001, che dal 1° marzo 2002 ha sostituito, non senza alcune modifiche significative⁵⁸, la Convenzione di Bruxelles per quanto attiene ai rapporti tra i Paesi dell'Unione Europea, ad eccezione della Danimarca⁵⁹.

Tra le fonti rilevanti va, infine, segnalata la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁶⁰, che, ai fini della presente analisi, sarà considerata unitamente alla Convenzione di Bruxelles.

b1. Prendendo le mosse dalla l. 218/1995, la giurisdizione italiana nei confronti del convenuto straniero sussisterà, anzitutto, quando:

- i) ai sensi dell'art. 3, 1° comma, il convenuto sia domiciliato o residente in Italia o vi abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c.;

Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*; Campels, De Pauli, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1996.

⁵⁷ Per un approfondimento della Convenzione di Bruxelles in particolare, si veda Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, op. cit.*; Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 2000.

⁵⁸ In particolare, sul Regolamento n. 44/2001 si veda Martinetti, *Prime riflessioni sul regolamento (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2001, p. 371 e ss..

⁵⁹ Nei rapporti con la Danimarca continuerà, quindi, ad applicarsi la Convenzione di Bruxelles del 1968 (cfr. considerando n. 22 del Regolamento).

⁶⁰ Convenzione ratificata dall'Italia con la legge 10 febbraio 1992, n. 198.

ii) ai sensi dell'art. 4, le parti abbiano convenzionalmente accettato la giurisdizione italiana e tale accettazione sia provata per iscritto.

La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 3 della l. 218/1995 consentirà, quindi, di fondare la giurisdizione italiana nei confronti del fornitore italiano che si avvalga di un sito di commercio elettronico domiciliato presso il *server* di un *Provider* straniero. Nel caso opposto - quando un soggetto straniero disponga di un sito presso un *Provider* italiano - sembra, invece, doversi escludere la possibilità di ricorrere all'art. 3, comma 1, non potendo un sito essere, di per sé, considerato residenza e/o domicilio, e ciò alla luce delle suesposte considerazioni in merito alle nozioni di residenza e domicilio in relazione a siti *Internet*.

b2. Per quanto concerne l'accettazione convenzionale della giurisdizione di cui all'art. 4, 1° comma, della l. 218/1995, la norma va commentata unitamente con la disposizione di cui al 2° comma dello stesso articolo, per il quale la giurisdizione italiana, astrattamente sussistente in base ad altri criteri, può essere validamente derogata se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili.

Le citate disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4, suscitano, in particolare, problematiche inerenti alla forma degli atti⁶¹. Le norme in oggetto, infatti, richiedono espressamente la forma scritta, seppur *ad probationem*, per il patto con il quale sia accettata, ovvero derogata, la giurisdizione italiana⁶². E' appena il caso di sottolineare, peraltro, come lo stretto legame di questi aspetti con la disciplina processuale richiede il rispetto delle norme italiane in materia, in base all'art. 12 della stessa l. 218,

⁶¹ In merito all'art. 4 della l. n. 218 del 31 maggio 1995, si veda il commento di Luzzatto, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 33 e ss..

⁶² In ciò la disciplina della l. 218 del 1995 differisce, quindi, da quella dell'abrogato art. 2 c.p.c., che veniva costantemente interpretato nel senso di richiedere la forma scritta *ad validitatem* (cfr. Luzzatto, *op. cit.*, p. 36).

con conseguente impossibilità per l'attore di provare la clausola se non con il documento scritto nella quale la stessa è stata convenuta.

Nel caso del commercio elettronico, il requisito della forma scritta sarà sicuramente soddisfatto qualora le parti si avvalgano della firma avanzata in conformità all'art. 10 del d.p.r. 445/2000, come emendato a seguito dell'attuazione della direttiva 1999/93/CE, ovvero di altra procedura analoga in conformità alle leggi di un altro Paese.

Resta, peraltro, da valutare se la firma semplificata - alla quale la citata direttiva 1999/93 pure garantisce efficacia probatoria - possa essere ritenuta sufficiente per le esigenze dell'art. 4. In questo caso il problema nasce dal fatto che, mentre l'art. 4 della l. 218 fa espressamente riferimento al requisito della forma scritta, l'art. 10, comma 2, d.p.r. 445, come si è detto nel capitolo II, non colloca la firma semplificata nel sistema dei tipi documentali, ma si limita ad indicarne l'efficacia probatoria. Ciò detto, un'interpretazione rigorosa e letterale dell'art. 4 potrebbe portare ad escludere la rilevanza della firma semplificata, in quanto non integra quella "forma scritta" richiesta dalla legge. D'altro canto, l'interpretazione sistematica della norma, anche alla luce dei principi sanciti dalla direttiva, potrebbe consentire di sostenere la tesi opposta.

In proposito, va segnalato l'orientamento manifestato in dottrina, che ha sottolineato come *"l'accertamento della condizione richiesta dall'art. 4, comma 2, quanto alla scrittura dovrà soprattutto tendere all'accertamento dell'effettiva esistenza di una volontà delle parti"*, accertamento da compiere anche alla luce dell'esperienza maturata in sede di applicazione delle Convenzioni di New York e di Bruxelles, con particolare riferimento alle condizioni praticate e conosciute dagli operatori del commercio internazionale ed espressamente valorizzate dall'art. 17 di quest'ultima⁶³.

⁶³ L'osservazione è di Luzzatto, *op. cit.*, p. 36. Per più ampi riferimenti alla giurisprudenza relativa all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 vedi *infra*.

Ove si consideri che l'art. 3 richiede a fini di prova la forma scritta, non sfugge come la recente normativa sulla firma semplificata⁶⁴ - focalizzata proprio sulla valenza probatoria - incoraggia il ricorso alla citata interpretazione dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles per aggirare la rigida nozione di documento scritto, ai fini della prova di un fatto nell'ambito del processo.

b3. Il discorso sull'art. 4 della I. 218/1995 ci porta naturalmente all'esame della disciplina della proroga convenzionale della giurisdizione contenuta nella Convenzione di Bruxelles (e di Lugano) nonché nel Regolamento (CE) 44/2001.

L'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 stabilisce che la clausola con la quale le parti abbiano convenuto di devolvere la competenza a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico ha carattere esclusivo. Sotto il profilo formale, la norma in oggetto richiede che la clausola debba essere stipulata:

- i) per iscritto o verbalmente con conferma scritta (lett. a);
- ii) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra loro o, (lett. b)
- iii) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato (lett. c).

Per quanto concerne la lettera a) dell'art. 17, valgano, in prima battuta, le considerazioni svolte a proposito della forma scritta richiesta dall'art. 4 della I. 218, anche se, in questo caso, ben altro valore deve essere attribuito alle considerazioni in merito alla necessità di limitare l'accertamento

⁶⁴ In questo contesto, è, forse, più opportuno porre l'accento proprio sulla funzione esclusivamente probatoria e processuale della norma introdotta con il nuovo art. 10, comma 2, del d.p.r. 445/2000.

al solo fatto che le parti abbiano consapevolmente accettato la clausola di giurisdizione.

Nel caso del commercio elettronico, la forma convenzionale contemplata dalla lettera b) potrebbe rilevare, per esempio, nel caso in cui due soggetti abbiano preventivamente convenuto di stipulare i loro (futuri) contratti - e segnatamente quelli *on line* - senza particolari oneri di forma⁶⁵. In tal caso, una clausola di giurisdizione pattuita mediante scambio di *e-mail* o anche mediante pressione del c.d. tasto negoziale virtuale su un sito di commercio elettronico soddisferebbe i requisiti di forma previsti dalla lettera b) dell'art. 17.

Sicuramente più interessante è l'analisi della lettera c) dell'art. 17, onde verificare se nel caso del commercio elettronico possano ravvisarsi usi del commercio internazionale, nel senso richiesto dalla norma, atti a fondare la vincolatività, ad esempio, di una clausola di giurisdizione accettata dall'acquirente mediante pressione sul tasto virtuale, unitamente alle altre condizioni generali di contratto predisposte dal fornitore sul proprio sito di commercio elettronico.

La soluzione del problema non può, in vero, prescindere dal fatto che la conclusione di contratti c.d. *point-and-click* costituisce la prassi normale nel settore del commercio elettronico, presupposti che sono stati ritenuti sufficienti ai sensi dell'art. 17, lett. c) della Convenzione di Bruxelles del 1968⁶⁶.

⁶⁵ Il che, nel caso di una transazione *on line* vuol dire, essenzialmente, senza utilizzare la firma elettronica o digitale.

⁶⁶ In questo senso cfr. Cerina, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 366, il quale osserva altresì (cfr. nota 19, p. 366) come anche il nostro diritto interno preveda addirittura che l'intero contratto possa essere concluso a seguito di una accettazione avente la particolare forma unilateralmente stabilita dal proponente, ai sensi dell'art. 1326, 4° comma, c.c.. Anche il titolare di un sito di commercio elettronico, osserva l'autore, ben potrebbe subordinare l'adesione a determinati termini contrattuali ivi indicati, quali il *point-and-click* su finestre di accettazione, in conformità ad una prassi contrattuale sempre più diffusa nel commercio elettronico interno ed internazionale.

L'entrata in vigore del Regolamento (CE) 44/2001 è destinata, comunque, ad allargare l'area della validità formale delle clausole di proroga della giurisdizione. L'art. 23 del Regolamento, con riferimento ai requisiti formali di validità della clausola di proroga della competenza, ha, infatti, esplicitamente previsto che *"la forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che consenta una registrazione durevole della clausola attributiva della competenza"*. A questo fine l'art. 23 ha, in sostanza, equiparato la mera registrazione di dati elettronici alla forma scritta dimostrando di aver tenuto conto della prassi informale delle transazioni stipulate in rete.

E' facilmente intuibile la grande importanza di questa norma, pensata con evidente riferimento alle problematiche del commercio elettronico. Tale formulazione sembra, infatti, idonea a salvare la validità di una clausola pattuita mediante scambio di e-mail o anche tramite pressione sull'icona virtuale, purché, ovviamente, il sistema informatico consenta una registrazione (elettronica) duratura della transazione, consentendo, così, di superare le incertezze interpretative alle quali si è accennato⁶⁷.

Analogamente, i redattori del Progetto elaborato dalla Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato hanno previsto all'art. 4, dettato in materia di clausole di giurisdizione, la possibilità che esse vengano stipulate (lett. a) per iscritto o *"con qualunque altro mezzo di comunicazione che renda le informazioni accessibili così da essere utilizzabili successivamente"* (*"... by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference"*)⁶⁸.

⁶⁷ Ciò, s'intende, nei limiti dell'ambito di applicazione territoriale del Regolamento 44/2001.

⁶⁸ Per un esame delle problematiche connesse all'elaborazione della clausola di proroga della competenza nel quadro del Progetto, si veda Haines, *Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to Which They Give Rise in the Context of the Interim Text*, documento preliminare n. 18 del febbraio 2002, all'attenzione della 1ª Commissione (*Affari Generali e Politica della Conferenza*) della XIX Sessione diplomatica – aprile 2002, reperibile sul sito <http://www.hcch.net/doc>.

Le suddette norme riprendono, in questo modo, l'orientamento ormai dominante⁶⁹, per il quale si tende a ricondurre il requisito della forma scritta alla mera necessità di assicurarne la successiva recuperabilità, già adottato in altri strumenti internazionali⁷⁰. Pertanto, questi principi dovrebbero di norma assicurare la validità, quanto alla forma, della clausola di proroga della giurisdizione stipulata per via telematica, anche quando non sia stata utilizzata la sottoscrizione elettronica.

b4. Continuando nell'esame dei criteri di giurisdizione suscettibili di applicazione in materia contrattuale, va segnalato l'art. 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968, per il quale il convenuto straniero può essere citato dinanzi ai giudici dello Stato ove l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. Per effetto dell'espresso richiamo dell'art. 3 della L. 218/1995⁷¹, il citato art. 5 è ora universalmente applicabile anche agli stranieri domiciliati nei Paesi non contraenti. Solo per completezza, si precisa che, secondo il costante insegnamento della Corte di Giustizia, ripreso anche dalla giurisprudenza italiana di merito e di legittimità, il luogo ove l'obbligazione deve essere adempiuta va determinato in conformità alla *lex contractus*, e non alla *lex fori*⁷².

⁶⁹ Cfr. l'art. 13 del Progetto preliminare UNCITRAL sui contratti elettronici (par. 3, cap. 3).

⁷⁰ L'orientamento in oggetto gode, ormai, di un ampio riconoscimento. Si consideri, al riguardo, il rapporto della tavola rotonda promossa dalla Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato - avente ad oggetto le problematiche poste dal commercio elettronico con riguardo alla giurisdizione internazionale - tenutasi a Ottawa dal 28 febbraio al 1° marzo 2000, rapporto predisposto da Kessedjian e intitolato *Electronic Commerce and International Jurisdiction*, p. 4 (cfr. documento n. 12 dell'agosto 2000, reperibile in <http://www.hcch.net/doc/jdgmppd12.doc>).

⁷¹ L'art. 5 appartiene, infatti, al Titolo II, sezione II, della Convenzione di Bruxelles del 1968.

⁷² Cfr. in questo senso Cass. Civ. Sez. Un., 19 giugno 2000, n. 448, in *Giur. it.*, 2001, 459; Cass. Civ., Sez. Un., 10 marzo 2000, n. 58, in *Foro it.*, 2000, I, 2226, nonché in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, 773, che riprendono il costante orientamento della Corte di Giustizia, risalente alla sentenza del 06 ottobre 1976, in causa 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, nella quale è posto il principio per il quale il luogo in cui "l'obbligazione è stata o deve essere eseguita, ai sensi dell'art. 5, n. 1 ... va determinato in conformità alla legge che, secondo il diritto internazionale privato del giudice adito, disciplina l'obbligazione controversa".

La nuova formulazione dell'art. 5 adottata dal Regolamento 44/2001 ha previsto, quali criteri preferenziali nel caso di contratti di vendita di beni e di prestazione di servizi, rispettivamente, il luogo della consegna dei beni⁷³ e quello di residenza del prestatore. Non essendo dipendenti dal mezzo (elettronico) utilizzato, tali criteri appaiono idonei a funzionare, per le transazioni telematiche, non diversamente da quanto avviene per i contratti tradizionali.

Vale, comunque, la pena rilevare come la norma in oggetto vada ora coordinata con la direttiva 2000/31/CE⁷⁴, il cui art. 5 ha previsto che il prestatore fornisca le informazioni riguardanti il proprio nome, l'indirizzo geografico ove è stabilito nonché i dati che consentano di identificarlo presso il pubblico registro nel quale questo fosse eventualmente iscritto; queste informazioni si rivelano essenziali per una preventiva conoscenza da parte del cliente del foro potenzialmente competente a conoscere di eventuali future controversie⁷⁵.

* * *

Particolare attenzione meritano i criteri di giurisdizione previsti dalla sezione IV della Convenzione di Bruxelles per i contratti conclusi dai consumatori, criteri ora applicabili anche ai convenuti non domiciliati in uno Stato contraente della Convenzione, per effetto del richiamo operato dall'art. 3, comma 2, della l. 218. Con l'entrata in vigore del Regolamento 44/2001, la norma in oggetto ha subito, peraltro, interessanti modifiche che la rendono

⁷³ Come noto, ai sensi dell'art 31 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, il luogo di consegna si presume essere quello in cui i beni sono consegnati al vettore, in mancanza di diverse pattuizioni.

⁷⁴ Cfr. capitolo 2.

⁷⁵ Il problema degli obblighi informativi del fornitore circa la localizzazione della sede è ora tendenzialmente basato sulla dichiarazione unilaterale del soggetto, anteriormente alla conclusione del contratto. E' questo il principio adattato nel Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici, il cui art. 14, par. 1, lett. b), prevede un preventivo obbligo di comunicazione circa la localizzazione della sede, ponendo altresì una presunzione legale riguardo la coincidenza tra la sede d'affari effettiva con quella dichiarata.

più adatta alle esigenze del commercio elettronico. Esaminiamo qui di seguito le due normative evidenziandone le differenze.

Cominciamo, dunque, dall'art. 14 della Convenzione, che attribuisce al consumatore il diritto di convenire l'altra parte dinanzi ai giudici dello Stato contraente ove ha la propria residenza (1° comma), in alternativa al foro generale del convenuto previsto dall'art. 2. Al contrario, l'altro contraente può citare il consumatore esclusivamente dinanzi ai giudici dello Stato ove il questi ha il proprio domicilio (2° comma)⁷⁶.

L'art. 13 della Convenzione subordina l'operatività di tale regime favorevole alla duplice condizione che: a) la conclusione sia stata preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità nello Stato in cui il consumatore ha il proprio domicilio e: b) il consumatore abbia compiuto in tale Stato gli atti necessari alla conclusione del contratto. Nel caso dei contratti telematici internazionali, la norma in oggetto implica difficoltà applicative non dissimili da quelle cui si è fatto cenno in relazione all'art. 5 della Convenzione di Roma.

La nuova formulazione della norma in materia di competenza giurisdizionale per i contratti conclusi dai consumatori, introdotta con l'art. 16 del Regolamento 44/2001, si propone di estendere il campo di applicazione delle disposizioni relative ai consumatori aumentando il livello di protezione di questi ultimi anche nel contesto del commercio elettronico⁷⁷. Nel confermare il foro alternativo del domicilio del consumatore, infatti, non si richiede più che il consumatore abbia compiuto in quello Stato gli atti necessari alla conclusione del contratto. L'art. 16, infatti, definisce, ora, contratto con il consumatore quello *"concluso da una persona le cui attività*

⁷⁶ La nozione soggettiva di consumatore dell'art. 13, 1° comma, della Convenzione di Bruxelles del 1968 è analoga a quella adottata dalla Convenzione di Roma e di cui *supra*, prevedendo che il contratto debba essere concluso *"da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale"*.

⁷⁷ Cfr. la relazione della Commissione alla proposta di Regolamento in COM (1999)348 def. del 14 luglio 1999 (doc. 599PC0348), p. 4.

commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro, o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività". La nuova formulazione è, quindi, più favorevole al contraente debole, specialmente nel caso del commercio elettronico. Del resto, la stessa Commissione osserva nella relazione che l'eliminazione del predetto requisito implica che la competenza disciplinata dalla sezione IV del capo II del Regolamento "... si applica anche ai contratti conclusi in uno Stato membro diverso da quello del consumatore. In tal modo si pone rimedio ad una notoria lacuna della versione precedente, ossia al fatto che il consumatore non potesse avvalersi di tale competenza protettiva nel caso in cui fosse stato indotto dalla controparte contrattuale a concludere il contratto fuori dal proprio Stato di domicilio"; con riferimento particolare al commercio elettronico, la relazione precisa, inoltre, che la suddetta modifica "è rilevante anche ai fini dei contratti conclusi attraverso un sito interattivo. Per tali contratti, infatti, può essere difficile se non impossibile determinare il luogo in cui il consumatore compie gli atti necessari e questi possono essere comunque irrilevanti per la creazione del nesso tra il contratto e lo Stato del consumatore. Il nuovo art. 15 parte, quindi, dal presupposto che questo nesso viene costituito dalla controparte contrattuale del consumatore dirigendo la propria attività verso tale Stato"⁷⁸.

Anche se il testo della norma non recepisce esplicitamente la nozione di sito passivo, è probabile, però, che l'art. 16 escluda che la conclusione di un contratto tramite un sito passivo possa far scattare il meccanismo a tutela del consumatore previsto dall'art. 16. Del resto, pur nella difficoltà di interpretare il concetto di *azioni dirette con qualsiasi mezzo verso il Paese del consumatore*, è la stessa Commissione a suffragare la tesi negativa,

⁷⁸ Così la relazione della Commissione, *cit.*, p. 4.

laddove afferma nella Relazione che "... il semplice fatto che il consumatore abbia avuto conoscenza di un servizio o della possibilità di acquistare una merce attraverso un sito Internet passivo, accessibile nel proprio Stato di domicilio, non è sufficiente per determinare la competenza" ai sensi della sezione IV del capo II del Regolamento. La soluzione adottata dal Regolamento appare pienamente coerente con la necessità di assicurare adeguata tutela al contraente debole da un lato, e con l'esigenza di evitare che la natura mondiale e delocalizzata della rete finisca con il determinare effetti palesemente sproporzionati, assoggettando il titolare di un sito alla giurisdizione di Stati con i quali l'attività sia priva di legami apprezzabili.

In realtà, la norma in oggetto ha incontrato vasta opposizione, sebbene nella mitigata forma definitiva⁷⁹. In particolare, le piccole e medie imprese avevano espresso la seria preoccupazione che la semplice apertura di un sito di commercio elettronico le obbligasse poi a doversi difendere dinanzi al foro di un qualsiasi utente⁸⁰. A tale riguardo va, peraltro, segnalato come l'art. 7 del Progetto preliminare di Convenzione promossa dalla Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato, pur riprendendo la nozione comunitaria di attività dirette anche elettronicamente verso il Paese del consumatore, mantiene la seconda delle due condizioni già previste dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, per la quale il consumatore deve avere compiuto nel proprio Stato di residenza tutti i passaggi necessari alla conclusione del contratto. Non pare, peraltro, che la soluzione così adottata possa dirsi soddisfacente per le esigenze del commercio elettronico, in

⁷⁹ I contrasti registrati dall'art. 16 del Regolamento riflettono, quindi, l'aspirazione degli imprenditori all'approccio del Paese d'origine.

⁸⁰ La preoccupazione è, peraltro condivisa da Draetta, *Internet e il commercio elettronico*, op. cit., p. 207, il quale sottolinea come l'art. 7 del Progetto preliminare di convenzione sulla competenza giurisdizionale in un contesto mondiale, promossa dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, pur riprendendo la nozione comunitaria di attività dirette anche elettronicamente verso il Paese del consumatore, mantiene la seconda delle due condizioni già previste dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, per la quale il consumatore deve avere compiuto nel proprio Stato di residenza tutti i passaggi necessari alla conclusione del contratto.

quanto riduce la tutela per il consumatore, senza migliorare la posizione dei piccoli operatori, che potranno, comunque, essere citati dinanzi a giudici di Paesi con i quali non hanno inteso stabilire alcun collegamento, purché il consumatore abbia operato da quel Paese per la conclusione del contratto, ipotesi che deve, del resto, ritenersi del tutto normale in questo tipo di transazioni⁸¹.

E' il caso di segnalare, in proposito, come la nuova versione dell'art. 7 del Progetto della Conferenza dell'Aja, adottata nel testo provvisorio 2001, ha visto l'aggiunta di un comma 3, che esclude l'applicazione dei criteri giurisdizionali a favore del consumatore qualora il fornitore abbia predisposto ragionevoli accorgimenti ("*reasonable steps*") per evitare la conclusione di contratti con consumatori abitualmente residenti in un determinato Stato⁸².

La chiave di volta risiede, probabilmente, nella caratterizzazione precisa della nozione di sito passivo, che ben potrà derivare anche dagli interventi interpretativi della Corte di Giustizia, non appena avrà occasione di pronunciarsi sull'applicazione del Regolamento. Il concetto di luogo ove il consumatore compie i passaggi rilevanti per la conclusione del contratto non solo non gioverebbe alla posizione dei piccoli imprenditori, ma rischierebbe di minare la stessa certezza nell'applicazione della norma, data l'impossibilità di determinare tale luogo nel caso dei contratti *on line*, come osservato dalla stessa Commissione nella relazione al Regolamento⁸³.

⁸¹ In proposito, si rileva come l'art. 7 del Progetto, oggetto di un corposo rifacimento, sia attualmente articolato in molte varianti e alternative nel testo provvisorio 2001, che riassumono un ampio ventaglio di posizioni, anche distanti.

⁸² In questo modo, anche l'evoluzione dell'art. 7 (oltre agli artt. 6 e 10) del Progetto della Conferenza dell'Aja evidenzia un tentativo di ridimensionamento dell'approccio del Paese di destinazione, a favore dell'approccio del Paese d'origine. Una qualche forma di correttivo appare, peraltro, inevitabile ove si consideri che, in mancanza, la competenza giurisdizionale per le controversie in qualche modo originate in *Internet* sarebbe di fatto illimitata.

⁸³ Si pensi al caso della conclusione di un contratto da un *computer* portatile, collegato alla rete mediante telefono cellulare, mentre si sia in viaggio.

6. Alcune considerazioni sulla vendita internazionale

La presenza di una normativa convenzionale specifica, prevista in materia di vendita internazionale di beni mobili induce a qualche considerazione particolare sulla disciplina del contratto di vendita internazionale concluso tramite *Internet*. D'altro canto, tale tipo di contratto assume notevole rilevanza negli scambi *on line* e negli scambi internazionali in generale anche sotto il profilo del volume delle transazioni effettuate.

Il riferimento normativo, dal punto di vista dell'ordinamento italiano è alla Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci - ratificata dall'Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765 - in vigore dal 1° gennaio 1988, nonché la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di oggetti mobili corporali⁸⁴.

Ove si rientri nell'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione di Vienna, ai sensi dell'art. 1, lett. a), il contratto di compravendita sarà disciplinato da questa in via diretta quando entrambi i contraenti abbiano la sede d'affari in Stati contraenti. Diversamente, la Convenzione verrà in rilievo allorché le norme di diritto internazionale privato del giudice adito rinvino alla legge di uno Stato contraente, ai sensi dell'art. 1, lett. b)⁸⁵.

Consideriamo, anzitutto, la Convenzione dell'Aja del 1955, la quale riveste ancora un ruolo significativo nell'ambito del nostro sistema di diritto internazionale privato, essendo chiamata a determinare la legge applicabile alle vendite internazionali ogniqualvolta la Convenzione di Vienna del 1980 non sia direttamente applicabile⁸⁶.

⁸⁴ Ratificata dall'Italia con la legge 4 febbraio 1958, n. 50.

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 95 della Convenzione, gli Stati hanno, peraltro, la possibilità di dichiarare di non essere vincolati dall'art. 1, lett. b).

⁸⁶ Ciò che tipicamente avverrà, per esempio, quando almeno una delle due parti del contratto sia un soggetto non residente in un Paese membro della Convenzione. In questo caso, avendo l'Italia reso applicabile anche il punto b) dell'art. 1, la Convenzione di Vienna

Quale criterio principale, l'art. 2 della Convenzione dell'Aja stabilisce che la vendita è disciplinata dalla legge prescelta dalle parti. Il secondo comma precisa che tale scelta deve formare oggetto di una clausola espressa o risultare indubitabilmente dalle disposizioni del contratto⁸⁷. In mancanza di una (valida) opzione delle parti, il contratto sarà regolato, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, dalla legge del Paese ove il venditore ha la sua sede al momento del ricevimento dell'ordine ovvero nel luogo in cui è situata la sede ove è sito lo stabilimento del venditore presso il quale l'ordine è stato ricevuto (1° comma). Il secondo comma dell'art. 3 precisa, comunque, che la vendita è regolata dalle disposizioni vigenti nel Paese del compratore se in questo Paese è stato ricevuto l'ordine da parte del venditore, ovvero da un suo "*rappresentante, agente o commesso viaggiatore*".

Le norme suddette meritano un approfondimento nel caso di contratti telematici.

Un aspetto interessante concerne la nozione di stabilimento del venditore, ai fini della determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta. Come si è detto, nel caso del commercio elettronico è frequente che il titolare del sito si avvalga dei servizi di un *Provider* situato in un Paese diverso da quello della propria sede o che, in ogni caso, il *computer* sul quale il sito stesso è installato si trovi in un luogo diverso da quello in cui è collocata la sede della società.

La delocalizzazione dei supporti *hardware* utilizzati per la gestione del sito potrebbe, in astratto, rilevare per l'applicazione del comma 1 dell'art. 3. Sotto questo aspetto la problematica non si discosta da quella suscitata dall'uso del fax, dovendosi ritenere che, in ogni caso, la legge applicabile

sarà comunque chiamata a disciplinare il rapporto, seppure in seconda battuta, laddove la Convenzione dell'Aja conduca alla designazione della legge italiana quale legge applicabile al contratto.

sarà quella del Paese ove è collocata la sede, anche secondaria, del venditore e dove, pertanto, si troverà anche il fax, ovvero il *computer* che gestisce il sito. La particolarità del commercio elettronico potrebbe essere, semmai, quella derivante dal fatto che, talvolta, il sito è ospitato presso un *Internet Service Provider* (magari in un altro Paese), che dispensa i propri servizi anche a favore di altri soggetti. In questo caso, va, comunque, ribadita l'impossibilità di ravvisare l'esistenza di un vero e proprio stabilimento per i fini dell'art. 3 della Convenzione. Questa conclusione trova conferma nei suesposti principi adottati nei recenti strumenti internazionali, primo fra tutti il Progetto UNCITRAL. Esigenze di uniforme interpretazione, nel contesto delle fonti internazionali, dovrebbero giustificare la stessa soluzione anche quando il sito sia ospitato presso un sistema *hardware* di proprietà della società, dovendosi ritenere tendenzialmente irrilevante la collocazione fisica di tali supporti ai fini dell'applicazione delle norme internazionalprivatistiche⁸⁸.

Analoghe conclusioni si raggiungono per quanto concerne il comma 2 dell'art. 3, norma che attribuisce rilevanza alla circostanza che l'ordine sia stato ricevuto da un rappresentante, agente o commesso viaggiatore. Le argomentazioni svolte poc'anzi sulla natura giuridica dei sistemi informatici automatici dovrebbero, infatti, essere sufficienti ad escludere la rilevanza del luogo ove è collocato il supporto *hardware* che gestisce il sito, anche ai fini dell'art. 3, 2° comma, della Convenzione dell'Aja.

Va, peraltro, rilevato che la Convenzione sembra privilegiare il profilo del luogo ove l'ordine è materialmente ricevuto, a discapito di una definizione rigorosa del concetto di stabilimento nel senso accolto da altre strumenti. In altre parole, per le finalità dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja, l'accento sembra essere posto sul dato materiale del luogo in cui l'ordine è stato ricevuto, e non sull'autonomia gestionale, più o meno ampia, di tale sede

⁸⁷ In argomento, si rinvia alle considerazioni svolte in merito alla scelta della legge applicabile ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Roma.

secondaria nel trattare affari con i terzi. Anche tali considerazioni non sembrano, comunque, decisive, atteso che la funzione di una norma come l'art. 3, comma 2, della Convenzione dell'Aja era quella di tutelare il contraente che avesse fatto affidamento su un referente basato nel proprio Paese, mentre tale legame fisico perde di significato nel contesto della rete.

Per quanto riguarda la Convenzione di Vienna, l'attenzione è diretta, anzitutto, all'art. 10, in base al quale *"se una parte ha più di una sede d'affari, verrà tenuta in considerazione quella più strettamente collegata al contratto e alla sua esecuzione ..."*. Orbene, il luogo in cui è situato l'elaboratore potrà in questo caso essere rilevante ai sensi dell'art. 10, ma unitamente ad altri elementi⁸⁹.

Sempre con riferimento alla Convenzione di Vienna del 1980, vanno segnalate altre norme di grande importanza nel caso del commercio elettronico. Il riferimento è, anzitutto, all'art. 9, in materia di *"usi e pratiche instaurate tra le parti"*, che può offrire una solida base per la soluzione di svariati problemi, come quelli relativi alla rilevanza negoziale di determinate prassi, (per es. quella della conclusione di contratti *point-and-click*), o a proposito della conoscibilità delle condizioni generali di contratto eventualmente presenti sul sito. A tale riguardo, maggior certezza potrà derivare dal citato art. 15 del Progetto di Convenzione UNCITRAL sui contratti elettronici, che prevede l'obbligo del fornitore di tenere a disposizione i termini e le condizioni generali del contratto in modo da consentirne all'altra parte la memorizzazione e la riproduzione.

7. Clausole arbitrali e "forma elettronica"

⁸⁸ Si tratta del noto principio di cui all'art. 2 del Progetto UNCITRAL.

⁸⁹ In questo senso cfr. Draetta, *Internet e commercio elettronico*, op. cit., p. 213.

A conclusione di questo capitolo, appare opportuno un cenno alla disciplina dell'arbitrato⁹⁰, con riferimento alla validità formale della clausola compromissoria.

- *Le disposizioni codicistiche*

Preliminarmente, sembra opportuno spendere qualche considerazione in merito alla disciplina del codice di procedura civile nazionale, e, in particolare, agli artt. 807 e 808, dettati in materia di arbitrato interno, nonché all'art. 833, in tema di arbitrato internazionale.

La rilevanza di queste norme appare *ictu oculi*, nel caso di contratti telematici, trattandosi di norme che istituiscono requisiti formali del compromesso o della clausola compromissoria. L'art. 807 stabilisce, infatti, che il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto, puntualizzando al secondo comma che *"la forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente"*. L'art. 808, comma 2, c.p.c., quanto alla forma della clausola compromissoria, si limita a richiamare espressamente le disposizioni di cui all'art. 807, commi 1 e 2, c.p.c.⁹¹.

Alla luce di questi principi, se non può esservi dubbio circa la validità di una clausola stipulata e sottoscritta con firma elettronica avanzata⁹², qualche perplessità suscita la firma semplificata, per la quale valgano le

⁹⁰ Per un'approfondita panoramica dell'argomento, si rinvia a Bernardini, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000.

⁹¹ Va, peraltro, rilevato che sulla base del tenore letterale dell'art. 808, comma 1, c.p.c. - per il quale la clausola compromissoria deve "risultare da atto scritto" (e non fatta per iscritto, come recita l'art. 807 c.p.c.) - è stata proposta un'interpretazione più mitigata, secondo la quale per la clausola compromissoria la forma scritta sarebbe richiesta *ad probationem* (cfr. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 192).

⁹² L'art. 10, comma 3, d.p.r. 445/2000, come emendato a seguito del recepimento della direttiva 1999/93/CE, prevede, infatti, che i documenti sottoscritti con firma elettronica avanzata hanno la stessa efficacia probatoria della scrittura privata ex art. 2702 c.c.. L'art. 11 stabilisce, quindi, che i contratti in questo modo sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge. Espressamente, in questo senso cfr. il commento all'art. 807 c.p.c. di Carpi e Zucconi Galli Fonseca, in *Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840, Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2001, p. 102.

stesse considerazioni di cui *supra*⁹³. Vale la pena di osservare, comunque, che, secondo l'opinione dominante, la forma scritta ex art. 807 c.p.c. è prescritta *ad substantiam*, ciò che, in astratto, dovrebbe rendere più stringente la valutazione della validità formale nei casi che eludano dal comma 2. Cionondimeno, numerosi autori hanno sostenuto l'utilizzabilità di altri strumenti, come il telefax, per la stipula della clausola compromissoria⁹⁴. Sulla stessa scia, non è mancato chi ha affermato la validità di una clausola stipulata mediante il documento elettronico⁹⁵, conclusione tanto più condivisibile ove si sia fatto ricorso ad una procedura qualificata di sottoscrizione, ancorché semplificata, idonea a garantirne (in qualche misura) la provenienza.

In tema di arbitrato internazionale, l'art. 833 c.p.c. stabilisce che la clausola compromissoria contenuta in condizioni generali di contratto oppure in moduli o formulari non è soggetta all'approvazione specifica prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c., e, ancora, che è valida la clausola compromissoria contenuta in condizioni generali recepite in un accordo scritto delle parti, purché le parti abbiano avuto conoscenza della clausola o avrebbero dovuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza.

Il comune denominatore di tutte le norme suddette risiede nella necessità della forma scritta ai fini della valida pattuizione della clausola arbitrale, sia pure mitigata dalla non necessarietà di una specifica approvazione, per quanto riguarda il solo arbitrato internazionale. E' indubbio, comunque, che la maggiore elasticità delle disposizioni riguardanti

⁹³ Nel caso in cui non sia stata adottata alcuna procedura di autenticazione, i requisiti di forma indicati dall'art. 807 c.p.c. non potranno ritenersi soddisfatti, in quanto l'efficacia probatoria di tale tipo di documento sarebbe limitata a quella della riproduzione meccanica (art. 2712 c.c.), ai sensi del comma 1 dell'art. 10 del d.p.r. 445/2000 e succ. modd..

⁹⁴ In questo, senso, tra gli altri, Irti, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 651; *contra*, invece, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 187.

⁹⁵ In questo senso Luiso, *Diritto Processuale Civile*, Milano, 2000, IV, p. 322, il quale non precisa, però, cosa debba intendersi esattamente per documento elettronico, riguardo alla necessità, o meno, di una procedura di autenticazione.

l'arbitrato internazionale dovrebbe verosimilmente agevolare la tesi della validità della clausola sottoscritta con firma elettronica semplificata⁹⁶.

- *La convenzione di New York del 1958*

In materia di arbitrato, un rapido cenno va dedicato, infine, alla convenzione di New York del 1958⁹⁷, in considerazione della sua grande rilevanza nel commercio internazionale, essendo stata ratificata da un grandissimo numero di Paesi, anche del terzo mondo.

L'art. II, comma 1, della Convenzione, stabilisce che la clausola arbitrale deve essere stipulata per iscritto. Tale requisito di forma prevale su quelli eventualmente previsti dalle leggi nazionali non solo quando questa preveda requisiti più rigidi, ma anche quando si tratti di norme più permissive⁹⁸. Il comma 2 dell'art. II precisa la nozione di convenzione scritta, comprendendovi sia la clausola arbitrale inserita in un contratto o un compromesso, firmati dalle parti (lett. a), sia la clausola inserita contenuta in un contratto, o un compromesso, oggetto di uno scambio di lettere o di telegrammi (lett. b).

E' opportuno, quindi, concentrare l'attenzione sull'ipotesi di cui alla lettera b), atteso che la lettera a)⁹⁹ si riferisce, essenzialmente, ai contratti stipulati tra presenti¹⁰⁰.

⁹⁶ Non va, peraltro, sopravvalutata l'importanza di questa questione, considerato che è improbabile che le parti di un contratto complesso e di notevole valore sia stipulato on line, per di più senza fare ricorso ad una firma avanzata. Cionondimeno, non può escludersi che simili casi si verifichino con riferimento a contratti di compravendita internazionale, magari semplici e standardizzati nell'oggetto, ma aventi un rilevante valore economico.

⁹⁷ Resa esecutiva in Italia giusta legge del 19 gennaio 1968, n. 62.

⁹⁸ Il principio in oggetto soffre eccezione solo quando sia applicabile la Convenzione di Ginevra del 1961, che consente l'applicazione di eventuali requisiti meno rigidi della forma scritta, purché presenti in tutti gli ordinamenti interessati. E' appena il caso di rilevare che questo principio non dovrebbe avere rilevanza per l'ordinamento italiano, nella misura in cui il nostro ordinamento non prevede requisiti di forma meno rigidi di quelli previsti nella Convenzione di New York.

⁹⁹ In questo caso, è fuori dubbio che sia necessaria la firma del documento. Cfr. in questo senso, Bortolotti, *Diritto commerciale internazionale*, Padova, 1997, p. 445 nonché, in giurisprudenza, Cass. Civ., 18 maggio 1978, n. 3292, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 1643.

Nel caso dello scambio di lettere o di telegrammi, la dottrina e la giurisprudenza dominanti ritengono che non sia necessaria la sottoscrizione in quanto anche *"la spedizione di un documento non firmato, accettato dalla controparte per iscritto è da considerarsi sufficiente"*¹⁰¹.

Fa d'uopo chiedersi, a questo punto, se una clausola stipulata per scambio di messaggi di posta elettronica (o anche mediante adesione ad una procedura gestita da un sistema automatico) possa soddisfare i requisiti previsti dall'art. II della Convenzione di New York.

Per quanto concerne il mezzo utilizzato, va rilevato come la dottrina e la giurisprudenza abbiano da sempre adottato un'interpretazione elastica della norma, includendovi anche i contratti conclusi via telex o telefax, ancorché non esplicitamente menzionati¹⁰². Da questo punto di vista, quindi, potrebbe non essere azzardato affermare che lo scambio di e-mail sia annoverabile, per analogia, tra le modalità previste dall'art. II della Convenzione di New York.

Più complesso è il discorso riguardante la "forma scritta", anche se, in questo caso, la non necessarietà della firma rinvia, certo, ad una concezione meno rigida di quella sottesa ad una norma come quella di cui all'art. 2702 c.c.. La giurisprudenza, sia italiana che straniera, infatti, pone l'accento sulla mera necessità di dimostrare la provenienza del documento dalla parte in questione¹⁰³. Alla luce di questi principi, lo scambio di messaggi di posta elettronica potrebbe essere ritenuto soddisfacente, soprattutto se si considera la tendenza ormai dominante a considerare soddisfatto il requisito della forma scritta, nel caso documenti elettronici, quando ne sia assicurata

¹⁰⁰ A questa va aggiunta l'ipotesi in cui una parte invii all'altra una proposta contrattuale firmata, e quest'ultima la rispedisca alla prima dopo avervi aggiunto la propria sottoscrizione.

¹⁰¹ In questo senso Bortolotti, *op. cit.*, p. 445, ed ivi altri riferimenti.

¹⁰² Rileva in proposito Bortolotti, *op. cit.*, p. 446, come l'equiparazione del telex al fax sia da considerarsi pacifica, il quale cita in nota n. 199 svariati precedenti giurisprudenziali in argomento, nazionali e internazionali.

¹⁰³ Cfr. sul punto, Bortolotti, *op. cit.*, p. 446 nonché i riferimenti giurisprudenziali indicati nella nota n. 202, nella stessa pagina.

la registrazione duratura e la successiva utilizzabilità¹⁰⁴. A non diverse conclusioni dovrebbe giungersi nel caso di transazioni concluse con un sistema automatico anche se, in questo caso, mancherebbe un vero e proprio documento al quale fare riferimento¹⁰⁵.

Un contributo decisivo al superamento delle incertezze interpretative potrebbe provenire dall'entrata in vigore di uno strumento internazionale come il Progetto UNCITRAL sui contratti elettronici, suscettibile di introdurre sul piano del diritto cogente il principio per il quale la forma scritta elettronica si risolve nella registrazione durevole della transazione¹⁰⁶.

8. "Alternative Disputes Resolution" e commercio elettronico

Uno strumento alternativo di soluzione delle controversie è costituito dalle forme di *Alternative Disputes Resolution* (in breve, "ADR"), sviluppatesi originariamente negli Stati Uniti. La forma più diffusa consiste nella mediazione o conciliazione, nella quale il mediatore non è chiamato a decidere chi ha ragione e chi ha torto ma, piuttosto, ad aiutare le parti ad addivenire ad un bonario componimento della lite. Caratteristica distintiva di queste procedure è la possibilità per le parti di rifiutare le proposte del mediatore senza con ciò pregiudicare l'eventuale successivo procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria o al collegio arbitrale¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Non va, peraltro, trascurata l'importanza degli usi del commercio internazionale.

¹⁰⁵ In questo caso il "documento" sarà costituito dal *data message* recante la registrazione della transazione in forma elettronica.

¹⁰⁶ Così l'art. 13 del Progetto UNCITRAL. È importante notare come questa norma scinda l'ipotesi in cui la legge prescrive, in genere, la forma scritta, da quella in cui sia richiesta la sottoscrizione (comma 3, Varianti A e B).

¹⁰⁷ Cfr., in proposito, Bortolotti, *op. cit.*, p. 362 e ss., il quale evidenzia come esistano, tuttavia, anche soluzioni miste mediazione-arbitrato, come nel caso della procedura ADR prevista dall'art. 23 del Regolamento della Camera Arbitrale del Piemonte, che consente alle parti di attribuire al mediatore la facoltà di decidere come arbitro irritale ove non riesca a raggiungere una composizione amichevole della controversia.

Con riferimento a *Internet*, esistono numerose istituzioni che gestiscono procedure ADR, soprattutto nel campo delle controversie relative all'assegnazione dei nomi di dominio. Tra queste, la più nota è, probabilmente, quella istituita presso l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI/WIPO)¹⁰⁸ per la soluzione delle controversie relative alla violazione della proprietà intellettuale attraverso *Internet*, con specifico riferimento ai conflitti concernenti i *domain name*. La procedura si svolge interamente *on line* e garantisce l'emissione di una decisione - dotata forza esecutiva - entro trenta giorni dalla contestazione che, a sua volta, deve essere inoltrata entro sessanta giorni dalla registrazione.

Nel caso del commercio elettronico è apparsa chiara l'importanza delle ADR, atteso il valore per lo più modesto delle transazioni e la distanza fisica dei contraenti. Per di più, in questo caso, vi è il vantaggio di poter condurre la procedura interamente per via telematica, con conseguente rapidità ed economicità. In questo modo, le ADR offrono una corsia preferenziale per un'efficace tutela degli utenti della rete e, in particolare, dei consumatori.

Per tali motivi, le ADR sono state da subito indicate come uno dei fattori cruciali sui quali contare per alimentare la fiducia dei consumatori nelle transazioni elettroniche¹⁰⁹, al punto che la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico ha espressamente invitato gli Stati membri a favorire l'istituzione

¹⁰⁸ Maggiori dettagli in merito sono disponibili sul sito dell'organizzazione, all'indirizzo <http://www.wipo.int>.

¹⁰⁹ Cfr., in proposito, le *Linee Guida per la tutela dei consumatori nel contesto del Commercio Elettronico*, approvate dal Consiglio OCSE il 9 dicembre 1999), nonché il documento OCSE *Legal Provisions Related to Business-to-Consumer Alternative Dispute Resolution in Relation to Privacy and Consumer Protection* (documento DSTI/ICCP/REG/CP(2002)1/FINAL) entrambi reperibili sul sito dell'OCSE, all'indirizzo <http://www.oilis.oecd.org/oilis2002doc.nsf>. L'11 e il 12 dicembre 2000 all'Aja si è tenuta una conferenza sul tema, ad iniziativa dell'OCSE e con la collaborazione della Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato e della Camera di Commercio Internazionale, il cui rapporto è reperibile sul sito dell'OCSE sopraccitato (documento DSTI/ICCP/REG/CP(2001)2).

di una rete per la risoluzione stragiudiziale della controversie, con speciale riferimento a quelle di cui sia parte il consumatore¹¹⁰.

Ciò detto, va rilevato come le ADR abbiano avuto maggiore diffusione solo per i contratti *Business-to-Business*, dove il superiore valore economico delle transazioni ha incoraggiato il ricorso a queste procedure¹¹¹. Dal punto di vista strettamente giuridico, in mancanza di una disciplina *ad hoc*, non possono, comunque, ignorarsi per le ADR *on line* gli stessi punti deboli già riscontrati per le ADR tradizionali, tra i quali spicca il carattere non cogente di queste procedure, e la conseguente impossibilità di attivarne l'eseguibilità coattiva nell'ipotesi di inadempimento da parte di chi risulti soccombente.

L'auspicabile miglioramento del sistema, in attesa dell'introduzione di normative nazionali che rendano più o meno cogenti le procedure in oggetto¹¹², non può che venire, pertanto, da codici di autoregolamentazione delle imprese che, aderendo a determinati cartelli di qualità, garantiscano la sussistenza di determinate garanzie, tra le quali, magari, anche l'assunzione di un obbligo, da parte delle imprese, di sottostare a procedure ADR.

¹¹⁰ Cfr., in proposito, l'iniziativa della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, che ha istituito uno sportello (anche) *on line* di conciliazione delle liti tra consumatori e imprese, a costi molto contenuti (si pensi che per una lite dal valore fino a € 500, il costo della procedura ammonta a soli € 24). Maggiori informazioni sono disponibili sul sito della Camera Arbitrale, <http://www.camera-arbitrale.com>.

¹¹¹ Ad oggi sono numerosi i siti *Internet* fornitori di servizi di ADR *on line*. Oltre va quello della Camera Arbitrale di Milano, di cui sopra, si segnalano, a titolo esemplificativo: <http://www.clicknsettle.com>; <http://www.cybersettle.com>; <http://www.disputes.com>; <http://www.onlinemediators.com>; <http://www.onbuds.com>; <http://www.resolutionforum.com>; <http://www.settleonline.com>; <http://www.keylaw.com>.

¹¹² In ambito europeo ciò potrebbe essere incentivato proprio dalla direttiva 2000/31.

CAPITOLO V

Profili fiscali internazionali, cenni

1. Premessa

L'utilizzazione commerciale delle reti telematiche avviene a livelli diversi, dalla semplice pubblicità al commercio elettronico c.d. indiretto – consistente nella mera conclusione di contratti – fino al commercio elettronico c.d. diretto, dove anche la prestazione/cessione dei servizi avviene *on line*.

Entrambi i tipi di commercio elettronico hanno suscitato ampi dibattiti fra i tributaristi, per le difficoltà in cui contribuenti ed amministrazioni fiscali incorrono nella determinazione della fonte del reddito¹. Se vi è sempre stata concordanza di opinioni sul fatto che il sistema tributario debba essere "neutrale" rispetto al commercio elettronico, fino a qualche tempo fa non era chiaro se l'attuale legislazione fosse sufficiente a disciplinare il fenomeno in modo adeguato. Una delle priorità comunemente avvertite era, quindi, quella di creare una prima piattaforma dalla quale partire per discutere degli aspetti fiscali del commercio elettronico. Nell'ottica di favorire lo sviluppo del

¹ Per un inquadramento delle problematiche tributarie legate alle varie tipologie di commercio elettronico, si veda Stella, *Commercio elettronico. Trattamento fiscale*, in *La settimana fiscale*, n. 19 dell'11 maggio 2000, p. 23 e ss..

commercio *on line*, il Comitato Affari Fiscali dell'OCSE ha identificato cinque principi guida ai quali ispirare il trattamento fiscale del settore, e precisamente²:

- Neutralità, intesa come necessità di garantire eguaglianza di trattamento sia rispetto alle forme tradizionali di commercio che tra le varie forme di commercio elettronico;

- Efficienza, quale esigenza di minimizzare i costi sopportati dai contribuenti per l'adempimento degli obblighi fiscali. Questo aspetto si rivela particolarmente importante alla luce dell'esigenza di salvaguardare il vantaggio competitivo del commercio elettronico in termini di costi e di tempo;

- Certezza e semplicità, nel senso di garantire la conoscenza preventiva delle regole e la facilità della loro applicazione;

- Efficienza e chiarezza, intesa come necessità di assicurare un giusto gettito nel periodo di competenza. Al tempo stesso, si raccomanda che gli strumenti contro l'evasione e l'elusione, pur necessari, siano tali da non rappresentare un vincolo eccessivo;

- Flessibilità – il sistema impositivo deve essere dinamico per rispondere, in maniera adeguata, alle esigenze di un mercato sempre in rapido mutamento, anche per quanto concerne le tecnologie utilizzate.

Dal punto di vista delle tecniche normative per la tassazione dell'e-commerce, le difficoltà derivano in larga parte da quelle stesse peculiarità che rendono problematica l'applicazione ad *Internet* dei tradizionali strumenti internazionalprivatistici. Il commercio elettronico si caratterizza, infatti, per la sua dimensione virtuale, intangibile, che rende difficoltosa l'applicazione degli strumenti tradizionali di tassazione. A ciò si aggiunga anche la marcata

² Cfr. il documento OCSE *Electronic Commerce: A Discussion Paper on Taxation Issues*, 1998, reperibile in <http://www.oecd.org>.

dimensione transnazionale del fenomeno, derivante dall'ampiezza del numero di utenti negli Stati di possibile origine e destinazione della cessione o prestazione. I suddetti elementi, combinati fra loro, accrescono notevolmente le difficoltà relative all'impianto di idonei meccanismi di imposizione, siano questi di impronta tradizionale o del tutto innovativi³.

Stando ai correnti modelli che regolano la fiscalità internazionale, infatti, si rileva come i sistemi di imposizione siano basati su criteri di collegamento - tra soggetto e potestà impositiva dello Stato - di natura personale e reale, generalmente fondati sui concetti di residenza e territorialità⁴. In tale contesto, virtualità e transnazionalità possono mettere verosimilmente in crisi il sistema sotto diversi profili, anche a motivo del connesso fenomeno della disintermediazione degli scambi che caratterizza l'e-commerce.

In primo luogo, è fuor di dubbio che la virtualità possa accrescere le difficoltà nell'individuazione di *link* che qualifichino usualmente la residenza fiscale, ciò che costituisce un problema non trascurabile per lo Stato che avesse interesse ad applicare al contribuente⁵ la tassazione sui redditi mondiali⁶. In secondo luogo, con riguardo al principio dello Stato della fonte,

³ Cfr. Marino, *Aspetti fiscali del commercio elettronico*, in AA.VV., *Commercio elettronico, Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2000, p. 145 e ss..

⁴ La conseguenza è che l'esercizio del potere impositivo da parte dello Stato si realizza in riferimento ai redditi prodotti nel territorio, ma anche al di fuori di questo in base al cosiddetto *world-wide taxation principle*, allorché venga adottato un criterio di imposizione personale rispetto ai soggetti considerati residenti ai fini fiscali. Per contro, in base al criterio di collegamento reale, applicabile per esempio ai fini della tassazione nello Stato della fonte di un reddito di impresa percepito da un soggetto non residente (un soggetto sprovvisto di un collegamento personale con quello Stato), l'imposizione opera solo al sussistere di un collegamento al territorio consistente nell'esistenza di una stabile organizzazione nello Stato della fonte.

⁵ Si tratta del fenomeno del c.d. *disappearing taxpayer*.

⁶ L'operatore è, infatti, riconoscibile attraverso un sito WEB, magari distinto da un acronimo o installato su un *server* collocato chissà dove. Non è, dunque, sempre immediato individuare la residenza fiscale del percettore dei corrispettivi sia da parte dello Stato della fonte, sia, soprattutto, da parte dello Stato che, se non fosse ignaro dell'attività esercitata da

è evidente che virtualità e disintermediazione, in un contesto internazionale, rendano sfuggenti gli elementi qualificanti la territorialità del reddito e inadeguati gli strumenti di controllo.

In tale prospettiva, assunto che i redditi derivanti da transazioni di commercio *on line* sono inquadrabili tra i redditi d'impresa, ci si è chiesti se si possa essere in presenza di una stabile organizzazione nello Stato della fonte dell'impresa non residente, e, quindi, di una soggettività tributaria passiva ascrivibile a quest'ultima, a ragione dell'utilizzo di un *server* in detto Stato, ovvero di un sito WEB o, ancora, allorché si sia adoperato il servizio di un *Provider* locale. Il tema è, in buona sostanza, quello della possibile applicabilità della nozione di stabile organizzazione correntemente prevista dal modello OCSE, anche nel contesto del commercio elettronico, sull'assunto che non si voglia mettere in definitiva crisi il concetto stesso di fonte del reddito. Su questo punto vertono le nuove previsioni dell'OCSE, che non intervengono direttamente sul modello di Convenzione, ma che incidono sulla sua interpretazione attraverso il passaggio per il Commentario.

Il presente capitolo tratterà della questione enunciata in precedenza analizzando, in sequenza, il concetto di stabile organizzazione e la sua applicabilità nel caso del commercio elettronico, alla luce delle modifiche apportate alla fine del 2000 al Commentario alla Convenzione OCSE, nonché le implicazioni in termini di imposizione diretta sulle transazioni elettroniche condotte a livello internazionale.

2. Il concetto di stabile organizzazione: generalità

parte di un proprio potenziale contribuente, avrebbe interesse ad applicare la tassazione *worldwide* in base a collegamento personale di fatto rintracciabile.

E' noto come la nozione di stabile organizzazione giochi un ruolo fondamentale nel diritto tributario internazionale, con particolare riferimento al criterio dello Stato della fonte. E' in base a questo concetto, infatti, che il legislatore individua quel collegamento minimo con il territorio di uno Stato, onde sottoporre a tassazione i redditi ivi prodotti⁷.

In assenza di una norma interna che fornisca una definizione di stabile organizzazione, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel fare ricorso alle norme contenute nei trattati contro le doppie imposizioni e, in mancanza, al Modello OCSE⁸. Va, peraltro, rilevato come l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico sia l'organismo internazionale che maggiormente ha considerato le problematiche fiscali (e non solo) del commercio elettronico, essendosi fatta portatrice delle iniziative per una disciplina mondiale comune.

Le problematiche in oggetto hanno occupato i rappresentanti dei Paesi membri dell'OCSE in varie conferenze internazionali⁹, ove il Comitato degli affari fiscali ha dimostrato consapevolezza del fatto che le nuove tecnologie offrono alle amministrazioni finanziarie l'opportunità di migliorare l'efficienza, ma favoriscono, al tempo stesso, i fenomeni di evasione fiscale. In particolare, in occasione della conferenza di Turku del 1997, sono state suggerite le seguenti linee programmatiche: la predisposizione di accordi tra i vari Stati che fissassero comuni principi e strategie in ordine al regime fiscale del commercio elettronico; la cooperazione tra i vari governi e il Comitato degli affari fiscali dell'OCSE, al fine di individuare adeguate soluzioni alle problematiche del settore; la verifica in ordine alla compatibilità e

⁷ Ovviamente, quando si segua il criterio del Paese della residenza, lo Stato procederà ad assoggettare a tassazione i redditi ovunque prodotti, rendendo, così, irrilevante stabilire il luogo di produzione del reddito.

⁸ Per un *excursus* storico sulla nozione di stabile organizzazione, si veda D'Alfonso, *I nuovi orientamenti OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Il fisco*, n. 10/2001.

⁹ Per un rapido esame delle iniziative dell'OCSE in materia di commercio elettronico, si veda il capitolo II.

all'applicabilità al commercio elettronico dei sistemi fiscali esistenti, per stabilire se ed in che misura i vari Stati debbano procedere ad un'innovazione dei propri sistemi di tassazione; la rimozione delle barriere impositive, derivanti dall'incertezza della configurazione del fenomeno in esame nell'ambito delle legislazioni fiscali vigenti, chiaro ostacolo allo sviluppo del commercio elettronico; la previsione di un sistema di equa distribuzione dell'imposizione fiscale fra i diversi Stati.

Nel 1999 l'OCSE ha costituito un gruppo di lavoro denominato *Business Profits Technical Advisory Group – TAG*, incaricato di formulare proposte relative all'aggiornamento di alcune parti del Commentario al Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni, in modo da adattare al fenomeno del commercio elettronico¹⁰. Tra le parti oggetto di revisione vi era anche quella relativa all'art. 5 del Modello, concernente la definizione di "stabile organizzazione".

Alla prima bozza di proposta, presentata nell'ottobre 1999 a Parigi in occasione del *Forum on Electronic Commerce*, ne è poi seguita una seconda. Entrambe hanno chiaramente evidenziato le difficoltà di adattare il concetto di "stabile organizzazione" al fenomeno del commercio *on line*.

I lavori preparatori hanno tenuto conto delle indicazioni ricevute dagli Stati membri, nonché da quelli non membri che hanno voluto contribuire alla stesura del documento. Si può, dunque, dire che la posizione interpretativa assunta raccoglie il più ampio consenso internazionale. Fin da una prima lettura del Commentario, si può constatare che le conclusioni raggiunte risultano essere ben in linea con la tradizionale visione e portata applicativa del concetto di stabile organizzazione. In questo senso può, perciò, rilevarsi che gli attuali principi di fiscalità diretta sembrano reggere il confronto con la nuova tecnologia: i riferimenti normativi di diritto positivo convenzionale

¹⁰ A questi si sono aggiunti i contributi del *Working Party No. 6 on the Taxation of Multinational Enterprises*, concernenti l'attribuzione dei redditi derivanti dal commercio in rete.

restano, infatti, applicabili, ancorché sulla base di una linea interpretativa *ad hoc*.

3. La nozione di stabile organizzazione secondo il Modello OCSE¹¹

All'esito dell'*iter* sopra descritto, il 22 dicembre 2000, il Comitato d'affari dell'OCSE ha approvato il nuovo testo¹² del Commentario all'art. 5 della Convenzione Modello OCSE concernente la nuova interpretazione del concetto di "stabile organizzazione", inserendo specifiche previsioni (anche) per quel che riguarda il commercio elettronico¹³.

Con l'espressione **stabile organizzazione** si intende una sede d'affari fissa ("*fixed place of business*") tramite la quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività¹⁴. Come accennato, l'importanza di stabilire la presenza di una stabile organizzazione nel territorio di uno Stato (ad esempio l'Italia)

¹¹ Mentre nei confronti dei Paesi legati all'Italia da convenzioni per evitare le doppie imposizioni non può che essere applicata la nozione di stabile organizzazione prevista dalla convenzione stessa, in assenza del trattato, utili indicazioni generali possono essere costituite dallo stesso Modello OCSE. E' chiaro che, in questi casi, il Modello e l'interpretazione comunemente data alle sue clausole non saranno considerati vincolanti dall'amministrazione finanziaria italiana. Tuttavia, la definizione OCSE è basata su parametri oggettivamente idonei ad individuare l'organizzazione stabile nel rispetto del principio dell'assoluta reciprocità di trattamento fra Stati contraenti.

In particolare, le cosiddette "ipotesi negative" rappresentano casi tipici in cui, o per carenza di autonomia gestionale dell'unità estera o perché, all'opposto, questa si configura come soggetto assolutamente indipendente, non può presumersi l'esistenza di una stabile organizzazione

¹² Il documento, dal titolo *Clarification on the application of the permanent establishment definition in e-commerce. Changes to the Commentary on Article 5*, è consultabile sul sito <http://www.oecd.org>, *cit.*

¹³ Cfr., in argomento, Tognolo, *Definiti gli orientamenti per individuare le stabili organizzazioni in ambito Internet. Le attività on line sotto la lente dell'OCSE*, in *Il Sole 24 ORE*, 26 gennaio 2001.

¹⁴ Così l'art. 5, paragrafo 1, del Modello di Convenzione OCSE: "*For the purposes of this convention, the term permanent establishment means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.*"

deriva dal fatto che solo in questo caso il reddito è considerato ivi prodotto e soggetto alla normativa fiscale dello stesso.

L'articolo 5 del modello OCSE fornisce dapprima una definizione generale di stabile organizzazione, individuando poi alcuni casi particolari in cui può configurarsene l'esistenza elencando, infine, alcune "ipotesi negative" che, come eccezioni alla regola, non possono essere trattate come stabili organizzazioni.

Si esaminano di seguito le prescrizioni dell'articolo 5 che appaiono più idonee ad essere applicate al caso del "commercio elettronico"¹⁵. In proposito, si segnala come, in occasione delle revisioni del Commentario OCSE all'art. 5, siano stati aggiunti dieci paragrafi (dal 42.1 al 42.10), specificamente dedicati alla definizione di stabile organizzazione in rapporto al commercio elettronico.

In base al comma 1 dell'articolo 5 del modello OCSE, le condizioni generali affinché si possa individuare una stabile organizzazione sono:

1. L'esistenza di una "sede d'affari". Per il Commentario il termine "sede d'affari" comprende ogni luogo, attrezzatura o installazione per lo svolgimento dell'attività dell'impresa, anche se non esclusivamente utilizzati a tale scopo. E' da rilevare che non assume importanza il titolo (proprietà, locazione, comodato etc.) in base al quale l'impresa ne abbia ottenuto la disponibilità, ma è sufficiente che sia verificata l'effettiva possibilità di utilizzo e sfruttamento.

2. La sede d'affari deve essere "fissa", nel senso di essere stabilita in un determinato luogo con un certo grado di permanenza. E', dunque, irrilevante la durata dell'effettiva presenza in un Paese di un'impresa estera, se l'attività non è svolta in un luogo determinato. Sul "grado di

¹⁵ A titolo informativo si segnala che in occasione delle revisioni del Commentario OCSE all'art.5 del Modello di convenzione sono stati aggiunti dieci paragrafi (dal 42.1 al 42.10) esplicativi delle conseguenze sulla definizione di stabile organizzazione derivanti dal commercio elettronico.

permanenza" della sede d'affari, il Commentario avverte che si deve fare riferimento allo scopo (temporaneo o permanente) per il quale la stabile organizzazione è stata istituita. Di conseguenza, anche se effettivamente esistita per un breve periodo di tempo, una sede d'affari potrebbe ugualmente costituire stabile organizzazione. Per contro, una sede d'affari istituita con uno scopo temporaneo, ma che venga mantenuta in essere per un lungo periodo diviene (solo) "retrospettivamente" una stabile organizzazione. La stabile organizzazione si origina nel momento in cui l'impresa inizia a svolgere la sua attività per mezzo della sede fissa e, in particolare, dal momento in cui incomincia il periodo di allestimento, a meno che per questo non si richieda un'attività sostanzialmente differente rispetto a quella che sarà esercitata tramite la sede fissa. Il momento terminale coincide, invece, con la cessazione di tutte le attività svolte, ad esempio, in seguito al suo affitto o alla sua alienazione¹⁶. Inoltre, si richiede che l'attività sia permanente, con ciò intendendo che deve essere svolta su base regolare, e non anche senza interruzione¹⁷. Va, infine, ricordato che può configurarsi una stabile organizzazione anche attraverso la semplice gestione in proprio di un macchinario automatico, quando l'attività del personale consista nell'installazione, conduzione, controllo e manutenzione. Da tali considerazioni si evince come il concetto di stabile organizzazione assuma una connotazione sia temporale che spaziale e che entrambi gli attributi debbano sussistere contemporaneamente.

3. L'attività svolta dalla stabile organizzazione deve avere una connessione con la normale attività d'impresa. Nella sede fissa d'affari si devono svolgere attività imprenditoriali che siano connesse e strumentali alle operazioni compiute dalla casa madre straniera. Pur non essendo

¹⁶ Angelucci, *Problematiche fiscali legate alle imposte dirette*, in AA.VV., *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001, p. 163.

¹⁷ Inoltre, è considerata generalmente normale l'esistenza *in loco* di personale adibito al funzionamento della stessa.

necessario che si tratti delle medesime attività, è richiesto che queste siano connesse e strumentali alla realizzazione dell'oggetto dell'impresa.

4. L'impresa deve svolgere la propria attività in tutto o in parte per mezzo della sede fissa d'affari, che deve essere capace di produrre reddito in modo autonomo dalla casa madre. Non è, peraltro, necessario che l'attività svolta abbia carattere produttivo e, cioè, contribuisca agli utili dell'impresa, in quanto tale carattere è, in un certo senso, presunto in ogni attività d'impresa¹⁸. Cionondimeno, non sempre il carattere produttivo di una sede la fa necessariamente assurgere a stabile organizzazione, alla quale si possano propriamente attribuire utili agli effetti dell'imposizione in un dato territorio. Vi sono, infatti, casi in cui la sede fissa d'affari non è, comunque, considerata "stabile organizzazione", in quanto il tipo di attività svolta ha carattere esclusivamente preparatorio o ausiliario.

5. Una stabile organizzazione personale - anche qualora si voglia ravvisarla in un *Internet Service Provider* o, addirittura, paradossalmente in un sito WEB - deve essere, comunque, rintracciabile nell'ambito dell'attività abituale di concludere contratti in nome o per conto dell'impresa condotta in loco da una persona, ovvero da un agente dipendente che operi nell'ambito dell'attività del committente non residente¹⁹, sempre che l'attività svolta non sia di natura meramente ausiliaria o preparatoria. Viceversa, non si configura una stabile organizzazione nel caso in cui l'impresa eserciti la propria attività

¹⁸ La necessità che l'installazione abbia carattere produttivo non è esplicitamente richiamata dal Commentario, per il quale dalla definizione generale di stabile organizzazione contenuta nel primo paragrafo dell'articolo 5 non può desumersi tale caratteristica. Ciononostante, la dottrina sembra riconoscere che il requisito della produttività risulti, comunque, indispensabile ed essenziale perché l'installazione assurga a rango di stabile organizzazione.

¹⁹ Non si deve pensare che l'agente possa essere individuabile solamente in una persona fisica, ma è ormai pacifico che il rapporto di agenzia possa essere intrapreso da una persona giuridica e ogni altra entità considerata come una persona giuridica ai fini impositivi.

in uno Stato diverso da quello di residenza per il tramite di un agente indipendente che operi nel quadro ordinario della propria attività²⁰.

Non è difficile intuire la difficoltà applicativa dei principi sopra enunciati al commercio elettronico. *Internet* consente, infatti, ad un soggetto non residente di effettuare transazioni con soggetti residenti senza mai entrare nello Stato. Si pone, pertanto, il problema di stabilire dove è esercitata l'attività commerciale e se si possa affermare l'esistenza di una stabile organizzazione.

4. Stabile organizzazione e commercio elettronico

Alla luce dei recenti emendamenti al Commentario all'art. 5 della Convenzione OCSE, le problematiche derivanti dal commercio elettronico hanno trovato una sistemazione certamente più chiara.

Principio assodato è che un sito WEB non può, di per sé, costituire una stabile organizzazione²¹. Al contrario, un *server* relativo al sito WEB è suscettibile di integrare gli estremi di una "stabile organizzazione", quando ricorrano le altre circostanze richieste. Per quanto riguarda la figura dell'*Internet Service Provider*, si tende, invece, a negare la possibilità di ravvisarvi una stabile organizzazione (personale), non potendo considerarla, in linea generale e salvo particolari eccezioni, una struttura dipendente da un'altra impresa. Importante principio introdotto dalla novella al Commentario introdotta nel 2000 è, infine, quello per cui la presenza di personale non costituisce presupposto essenziale affinché possa ravvisarsi una stabile

²⁰ L'indipendenza dell'agente deve essere valutata sia sotto i profili giuridici sia sotto quelli economici. Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia al Commentario OCSE all'art. 5 concernente la definizione di stabile organizzazione.

²¹ Come è noto, tutti i siti sono identificati dai loro *hostname* (nome attraverso cui un *computer* è conosciuto sulla rete).

organizzazione.

In buona sostanza, la tesi è quella per la quale il sito *Internet*, dato il suo carattere immateriale, non è mai di per sé qualificabile come sede fissa d'affari. Questa conclusione trova giustificazione nell'intangibilità del sito WEB che, in quanto mero *software*, è privo per definizione di materialità e, come tale, non è concepibile quale luogo dove un'impresa può svolgere le proprie funzioni (*fixed place of business*)²². Analogamente, un sito *Internet* non può che essere giudicato inidoneo ad essere "persona" secondo l'articolo 3, paragrafo 5 del Modello e, pertanto, "agente" dell'impresa, nel senso inteso dall'articolo 5, paragrafi 5 e 6²³.

La situazione è diametralmente opposta ove si consideri un *server*²⁴. Quest'ultimo, infatti, abbisogna di un luogo fisico dove essere collocato e, come tale, può rappresentare un *fixed place of business*²⁵. Una stabile organizzazione sarà, pertanto, riscontrabile ogniqualvolta il *server* sia fisso²⁶ e sia di proprietà (o, estensivamente, a disposizione²⁷) del titolare del sito WEB installato²⁸, il quale svolga, tramite detto *server*, una compiuta attività imprenditoriale non limitata alle sole attività cosiddette preparatorie o ausiliarie²⁹.

Per quanto concerne la non necessità dell'elemento personale, è evidente la portata innovativa delle modifiche al Commentario, laddove si consideri che autorevole dottrina tendeva ad escludere che la sola

²² Cfr. il Commentario (paragrafo 42.2) nonché Angelucci, *Problematiche fiscali legate alle imposte dirette*, op. cit., p. 173 ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

²³ La sottile distinzione è espressamente richiamata dal Commentario, al paragrafo 42.6.

²⁴ La struttura che offre i servizi e che ospita il sito WEB.

²⁵ Ciò, ovviamente, in presenza anche degli altri elementi, in conformità alla definizione OCSE.

²⁶ Un *server*, nella maggior parte dei casi mobile per sua natura, è fisso quando è stabilito in un determinato luogo per un certo periodo di tempo (cfr. il Commentario, al paragrafo 42.4).

²⁷ Essendo in linea di principio irrilevante il titolo giuridico in base al quale la società gode della disponibilità del bene.

²⁸ Cfr. il Commentario al paragrafo 42.3.

²⁹ Cfr. il Commentario al paragrafo 42.8.

installazione di apparecchiature (elettroniche) senza una presenza fisica, ancorché saltuaria, fosse sufficiente per una stabile organizzazione³⁰. Peraltro, l'asserita necessità della presenza di personale dipendente determinava l'insorgere di ulteriori quesiti, riguardo alla localizzazione di detto personale, alla sua qualificazione, o meno, come "dipendente" dell'impresa e, infine alla tipologia delle attività svolte, se estese al funzionamento del *server* ovvero limitate all'installazione e manutenzione dello stesso. Alla luce delle incertezze che animavano la dottrina, è, quindi, benvenuta la decisa presa di posizione dell'OCSE, che ha definitivamente chiarito la questione.

Posto che il *server*, anche se non assistito da personale, può essere considerato astrattamente sede fissa d'affari, occorre concentrare l'attenzione sulla natura delle attività svolte. Nel citato documento OCSE è individuata una serie di attività considerate puramente ausiliarie e preparatorie, l'esercizio delle quali non fa presumere l'esistenza di una sede fissa d'affari³¹. Lo stesso documento ha precisato che tra le attività che fanno presumere l'esistenza di una stabile organizzazione, oltre alle funzioni che rappresentano una significativa ed essenziale parte dell'attività commerciale dell'impresa, sono ricomprese le funzioni chiave per la società svolte tramite il *server*. In proposito, si registrano opinioni diverse: per alcuni Paesi le funzioni di vendita svolte mediante *server* rappresentano, comunque, funzioni chiave, mentre per altri la stabile organizzazione potrebbe sorgere esclusivamente nel caso in cui l'intera transazione – conclusione del contratto, trasmissione del bene e/o servizio, pagamento – venga gestita in modo automatico dal *server*. Alla luce di questi principi, sembra, quindi,

³⁰ Talvolta, in senso contrario, la giurisprudenza, anche straniera, come nel caso della sentenza del 30 ottobre 1996 della Seconda Camera della Corte Costituzionale tedesca che ha considerato stabile organizzazione un oleodotto, in assenza di ogni e qualsiasi presenza di personale sul proprio territorio (cfr., per un commento, Mayr, *L'oleodotto quale ipotesi di stabile organizzazione*, in *Corr. trib.*, 1997, p. 1905).

³¹ Cfr. paragrafo 2.4.

possibile affermare che una stabile organizzazione sarà ravvisabile nel caso in cui il sito WEB - gestito su supporto *hardware* dell'impresa - sia programmato per concludere automaticamente le transazioni. A soluzioni diverse potrebbe, invece, giungersi, a seconda dell'interpretazione prescelta, mano a mano che si riducano le attività svolte.

In definitiva, la valutazione della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5 del Modello OCSE costituisce pur sempre il risultato di una delicata indagine di fatto, resa tanto più complessa nel caso di specie dalla virtualità ed immaterialità delle attività in oggetto.

5. Stabile organizzazione e Internet Service Provider

Diverso è il caso in cui l'imprenditore *on line* si avvalga dei servizi di un ISP, ciò che è dato riscontrare sovente nella pratica; il *server* sarà verosimilmente di proprietà (o a disposizione) dell'ISP, che è normalmente un imprenditore terzo. In simili situazioni, è stata avanzata la tesi per la quale nell'ISP sarebbe individuabile una stabile organizzazione personale - quale agente dipendente - dell'impresa che colloca i propri prodotti sul mercato tramite il sito.

Dal canto suo, l'OCSE si è occupata della questione³², ragionando sul rapporto tra ISP e impresa beneficiaria, e arrivando alla conclusione che normalmente l'ISP non individua una stabile organizzazione (personale) in quanto lo stesso si pone normalmente nei confronti dell'impresa ospitata nel proprio sito come un agente indipendente, che non agisce in nome di questa e che, pertanto, non è autorizzato a concludere contratti in suo nome³³. La

³² Si tratta, come è noto, di un'organizzazione fornitrice di servizi che, oltre a permettere gli accessi ad *Internet*, può garantire anche servizi accessori quali: videoconferenze, telefono, commercio sicuro, ecc.).

³³ Cfr. il Commentario al paragrafo 42.10.

distinzione è importante proprio perché, di norma, l'impresa che gestisce il *server* è diversa da quelle che esercitano la propria attività commerciale mediante siti WEB "ospitati" su tale *server*, come accade, ad esempio, quando un'impresa commerciale ("*content Provider*") conduce i propri affari mediante un sito su un *server* gestito da un ISP. Sebbene il compenso pagato dall'impresa all'ISP è in genere commisurato allo spazio occupato dal sito WEB sul *server*, il contratto ("*WEB hosting*") non prevede alcun diritto dell'impresa a gestire direttamente il *server* o una parte di esso. Non si può, quindi, affermare che il *server* sia "a disposizione dell'impresa" nel senso richiesto dall'art. 5 del Modello OCSE per la stabile organizzazione³⁴.

In questo caso il sito WEB non può essere considerato, quindi, stabile organizzazione del *content Provider*³⁵, mentre il *server* può essere considerato sede fissa d'affari dell'ISP, in quanto attraverso di esso svolge la propria attività tipica (il servizio di *hosting* di siti WEB)³⁶.

Tale conclusione è, del resto, coerente con la qualificazione attribuita al servizio di *WEB Hosting*³⁷, del quale l'OCSE evidenzia l'immaterialità, preferendo inquadrarlo nello schema della prestazione di servizi, piuttosto che della locazione di spazi. Tanto basta ad escludere la possibilità di fare riferimento al concetto di *fixed place of business* ovvero di sede fissa d'affari.

6. Stabile organizzazione e imposizione diretta

³⁴ Cfr. D'Alfonso, *I nuovi orientamenti OCSE sulla stabile organizzazione*, op. cit.

³⁵ Così De Luca, *Quando la stabile organizzazione fa i conti col cyberspazio*, in *Comm. int.*, n. 7/2002, pp. 7-8.

³⁶ Cfr. Trutalli, *Stabile organizzazione e commercio elettronico secondo il nuovo Commentario OCSE*, *Boll. Trib.*, n. 11/2001.

³⁷ Si tratta di un'organizzazione che mette a disposizione del cliente – impresa – uno spazio di disco fisso nell'ambito di quello di proprietà.

Quanto precede, ora sorretto dalle conferme ufficiali dell'OCSE, consente effettivamente di trattare i casi più ricorrenti con maggiori certezze interpretative, nel senso che le ipotesi di effettiva esistenza di una stabile organizzazione sembrano essere circoscritte ad alcune fattispecie, connesse alla ricostruibilità di una sede fissa d'affari nell'ambito di un *server* che, sotto il potere gestorio dell'impresa (e non di un *Provider* terzo), autonomamente svolga un compiuto ciclo imprenditoriale³⁸. Pur non ignorando la problematicità di tale nozione, nella realtà operativa potrebbero, quindi, risultare maggiori i casi in cui viene esclusa l'esistenza di una stabile organizzazione, piuttosto che quelli in cui si individua effettivamente un elemento di collegamento materiale o personale atto a giustificare l'imposizione fiscale nel territorio dello Stato³⁹.

Assunto che in taluni casi non si può escludere l'esistenza di una stabile organizzazione "elettronica", resta ancora da definire il criterio di attribuzione degli utili. Infatti, l'attrazione di redditi in capo alla stabile organizzazione necessita, in ogni caso, della determinazione della quota degli utili complessivi dell'impresa non residente che possa essere attribuita alla stabile organizzazione, operazione, questa, resa ancor più complessa nel caso dell'*e-commerce*.

Va, peraltro, rilevato che, nonostante l'OCSE abbia puntato su un'interpretazione adattativa del concetto di stabile organizzazione, le indicazioni fornite nel documento in commento potrebbero risultare anche troppo generose per i contribuenti dato che, nella maggior parte dei casi in cui si applichi un trattato fiscale basato sul Modello, le imprese *on line* non

³⁸ Ricezione di ordini, spedizione *on line*, gestione pagamenti.

³⁹ In questo senso Angelucci, *Problematiche fiscali legate alle imposte dirette*, op. cit., p. 197.

saranno soggette a imposizione nello Stato in cui svolgono la propria attività via *Internet*⁴⁰.

Quanto sopra suggerisce l'idea che si configuri il rischio di una consistente perdita di gettito tributario da parte dei Paesi "fonte" a vantaggio dei Paesi "residenza", e che tale sbilanciamento sia destinato a rimanere irrisolto. Sulla scorta di tali considerazioni alcuni autori e l'ufficio fiscale del Dipartimento del Tesoro degli USA hanno, quindi, suggerito, come soluzione alla questione delle imposte dirette, la tassazione in base alla residenza dell'impresa che commercializzi i propri prodotti via *Internet*. Tale orientamento deriva, oltre che da un preciso obiettivo fiscale, anche dall'oggettiva difficoltà di applicare il concetto di stabile organizzazione al nuovo contesto tecnologico. Il principio di tassazione sulla base della fonte è, infatti, fortemente ostacolato dalle innovazioni nell'ambito delle telecomunicazioni, innovazioni che non creerebbero, però, problemi nel caso di tassazione basata sulla residenza⁴¹. Sotto questo aspetto, la logica seguita non appare molto lontana - nei presupposti e nei risultati - da quella che ha ispirato il Gruppo di lavoro UNCITRAL al momento di fissare un criterio per l'individuazione del luogo di conclusione del contratto, luogo che è stato svincolato da ogni riferimento alla localizzazione delle attrezzature EDP o del *domain name*, per essere definitivamente ancorato ad un concetto concreto come quello della sede d'affari tradizionalmente intesa.

Non è sorprendente, peraltro, che tale proposta provenga dal Dipartimento del Tesoro statunitense, atteso che gli USA sono il Paese che

⁴⁰ E', infatti, sufficiente che l'impresa organizzi le proprie attività internazionali verificando che almeno una delle condizioni necessarie non sussista per far sì che non si possa parlare di stabile organizzazione.

⁴¹ Nonostante questa sembri essere, *prima facie*, la soluzione più agevole, mostra anche qualche svantaggio. In primo luogo l'applicazione del criterio di residenza può generare problemi di neutralità fiscale, sui quali l'OCSE si era ampiamente pronunciata prima di elaborare le proprie proposte di tassazione. D'altro canto, merita osservare che il caso del commercio elettronico non sarebbe l'unico in cui si prevede un'eccezione al principio della tassazione alla fonte, dato che ciò accade anche per le attività di trasporto (cfr. art. 8 del Modello di Convenzione OCSE).

ha sempre svolto un ruolo trainante nell'ambito dell'*e-commerce*. Di conseguenza, l'applicazione del criterio della residenza consentirebbe agli USA, ove risiede la maggior parte delle società che svolgono attività di commercio elettronico, di beneficiare dello sviluppo su scala mondiale del commercio elettronico dal punto di vista delle entrate tributarie.

Sarebbero, quindi, i Paesi importatori netti⁴² che farebbero le spese di un tale orientamento, trovandosi con entrate tributarie fortemente alterate⁴³, con i conseguenti rilevanti problemi di neutralità fiscale. Il rischio, a questo punto, è che i Paesi sfavoriti potrebbero reagire interpretando estensivamente il concetto di stabile organizzazione, oppure tassando in maniera rigida i consumi interni per recuperare con le imposte indirette la diminuzione di gettito di quelle dirette.

Oltre alle suddette valutazioni di carattere generale, non possono, comunque, ignorarsi le oggettive difficoltà comunque ed inevitabilmente connesse anche al criterio della residenza⁴⁴, a causa di fattori come la diffusione delle società c.d. offshore. Ciò è sufficiente ad escludere che le problematiche fiscali dell'*e-commerce* siano risolvibili con la mera introduzione di una regola di tassazione in base alla residenza⁴⁵.

⁴² E' doveroso, in questa sede, ricordare che la distinzione fra importatori netti ed esportatori netti coincide quasi completamente con la distinzione fra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo, sollevando di conseguenza anche questioni di etica del commercio internazionale.

⁴³ Oltre all'inevitabile impatto sulla variazione della ripartizione del gettito tributario tra gli Stati coinvolti.

⁴⁴ Per il diritto interno si deve fare riferimento al terzo comma dell'articolo 87 del TUIR mentre a livello internazionale, per evitare la doppia residenza in capo alla medesima impresa si deve fare riferimento al terzo paragrafo dell'articolo 4 del Modello di Convenzione OCSE. I criteri stabiliti da quest'ultimo non consentono la determinazione univoca della residenza a causa della facile manipolabilità degli stessi. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Milano, 1999, e Lambooij *Rethinking Corporate Residence*, consultabile sul sito *Internet* <http://www.lovotax.nl/lovotax/publications/>.

⁴⁵ Va, peraltro, segnalato come spunti radicalmente nuovi potrebbero venire da quella parte della dottrina che ha proposto criteri di collegamento innovativi, non più incentrati sul riconoscimento di elementi materiali o personali sul territorio dello Stato fonte, bensì sui legami economici sostanziali che legano l'impresa con detto Stato. Con riferimento al

commercio elettronico, un criterio di collegamento così strutturato potrebbe essere rappresentato, ad esempio, dall'ammontare di fatturato ottenuto con un certo Stato. Questa impostazione del problema scaturisce da una nuova e diversa concezione della potestà impositiva statale, dalla natura non più territoriale, bensì funzionale (per un approfondimento di tali argomentazioni, si rinvia a Garbarino, *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in *Rassegna tributaria*, 2000, p. 864).

Bibliografia

- AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996
- Albertini Lorenzo, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giust. Civ.*, II, 1997, p. 21
- Alpa Guido, *I diritti degli utenti nei contratti di assicurazione conclusi mediante Internet*, in *I contratti*, n. 12/2000, p. 1168
- Alpa Guido, *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2000, p. 1175
- Alpa Guido, *Cyber Law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1998, p. 385
- Andrini Maria Claudia, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2001, p. 134
- Angelucci Pierpaolo, *Problematiche fiscali legate alle imposte dirette*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001
- Ballarino Tito, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999
- Ballarino Tito, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998
- Ballarino Tito, *Disciplina della forma*, in AA.VV. (Consiglio Nazionale del Notariato), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983
- Bariatti Stefania, *Internet: aspects relatifs aux conflits de lois*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 3/1997, p. 545
- Bariatti Stefania, *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, V – 1996, p. 59

- Bellotto Nicolò, Gardenal Maurizio, *E-commerce, le regole di una rivoluzione annunciata*, in *Dir. comm. int.*, n. 8/2000, p. 5
- Benedettelli Massimo V., *La giurisdizione internazionale in materia assicurativa secondo la Convenzione di Bruxelles - parte I*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 593
- Benedettelli Massimo V., *La giurisdizione internazionale in materia assicurativa secondo la Convenzione di Bruxelles - parte II*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 885
- Benedettelli Massimo V., *La legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali tra Convenzione di Roma e diritto internazionale privato comune*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 715
- Bianca C.M., Bonell M.J., *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano 1997
- Bianca Massimo, *Il documento informatico*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1035
- Bomse Amy Lynne, *The dependence of Cyberspace*, in *Duke Law Journal*, 504/2001, n. 6, p. 1717
- Bonomi Andrea, *Il nuovo diritto internazionale dei contratti*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, p. 36
- Bortolotti Fabio, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 1997
- Bortolotti Fabio, *Diritto dei contratti internazionali - Modelli di contratto, condizioni generali e schede paese*, Padova, 1999
- Borruso Renato, *Tre tesi di fondo dell'informatica giuridica*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 224
- Burk Dan L., *Jurisdiction in a Word Without Borders*, 1997, in http://www.vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol1/vol1_art3.htm
- Burnstein Matthew R., *Conflicts on the net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 29/1996, n. 1, p. 75

- Caiazza Massimo, *E' sufficiente un sito Internet perché sussista uno stabilimento ai fini della determinazione della legge applicabile e della competenza giurisdizionale?*, in *Dir. com. sc. int.*, 1999, p. 187
- Calavaglio Lorenzo, *L'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 95
- Callegaro Federico, *E-commerce, la CE stringe le maglie della "Rete"*, in *Comm. int.*, n. 17/2001, p. 5
- Camardi Carmelita, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche, un nuovo modello di scambio*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2001, p. 557
- Cammarata Manlio, *Troppa confusione sulle firme "elettroniche" – 2*, 29 luglio 2002, in <http://www.interlex.it/docdigit/confusion2.htm>
- Cammarata Manlio, *Troppa confusione sulle firme "elettroniche" – 1*, 24 luglio 2002, in <http://www.interlex.it/docdigit/confusion2.htm>
- Camoglio Luigi Paolo, *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 785
- Campeis Giuseppe, De Pauli Arrigo, *Le operazioni del commercio internazionale*, Milano, 2000
- Campeis Giuseppe, De Pauli Arrigo, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1996
- Candian Aurelio, *Documentazione documento (teoria generale)*, in *Encicl. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579
- Carbone Sergio M., *Il ruolo dell'avv. nella new economy (con particolare riferimento alle tecniche di d.i.p.)*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2000, p. 1203
- Carbone Sergio M., *Derivati finanziari e diritto internazionale privato e processuale: alcune considerazioni*, in *Dir. comm. int.*, 14.1/2000, p. 3
- Carbone Sergio M., *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 2000

- Carbone Sergio M., *Commento all'art. 4 della L. n. 218/1995*, in AA.VV., *Commentario della riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 918
- Cerina Paolo, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di Emilio Tosi, Milano, 1999
- Clarizia Renato, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985
- Clerici Roberta, *La legge applicabile alle transazioni telematiche internazionali*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Collana ISDACI, Milano, 1999
- Cooper Henry M., *Jurisdictional Trends in Cyberspace*, 1997, in <http://www.law.stetson.edu/courses/hcooper.htm>
- Corrias Lucente Giovanna, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, p. 597
- Costanza Maria, *Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina*, in AA.VV., *Commentario al Capo XIV bis c.c.: dei contratti conclusi dai consumatori*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 788
- Costanza Maria, *Commento all'art. 9 d.lgs. n. 50/1992*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 226
- Da Empoli Giuliano, *La Francia alla crociata anti-Yahoo*, in *IL SOLE 24 ORE* del 23.11.2000
- D'Alfonso Gianluigi, *I nuovi orientamenti OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Il fisco*, n. 10/2001, p. 3848
- Dearing Mark C., *Personal Jurisdiction and the Internet: Can the Traditional Principles and Landmark Cases Guide the Legal System into the 21th Century?*, in *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. 4, 1999, nonché in <http://www.journal.law.edu/~techlaw/4/Dearing.html>
- Delfini Francesco, *Commercio elettronico e servizi di investimento*, in *I contratti*, n. 7/2000, p. 716

- Delfini Francesco, *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, in *I contratti*, n. 4/2000, p. 418
- Delfini Francesco, *Il commercio elettronico*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Collana ISDACI, Milano, 1999
- De Grazia Luca M., *Privacy e sicurezza nei contratti on-line*, in AA.VV., *Trattato Breve di diritto della rete*, Rimini, 2001
- De Ly Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, 1992
- Di Blase Antonietta, *Commento all'art. 3 della L. n. 218/1995*, in *Commentario della riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 904
- Di Giovanni Pietro Maria, *Il contratto concluso mediante computer alla luce della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 581
- Draetta Ugo, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001
- Finocchiaro Giusella, *Spetta al giudice valutare l'efficacia probatoria del documento informatico con firma elettronica*, in *Guida al diritto*, n. 10/2002, p. 25
- Finocchiaro Giusella, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1345
- Finocchiaro Giusella, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 105
- Finocchiaro Giusella, *I contratti informatici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Vol. XXII, Padova, 1997
- Finocchiaro Giusella, *Documento informatico e firma digitale*, in *Contratto e impresa*, n. 2/1998, p. 956
- Finocchiaro Giusella, *Documento elettronico*, in *Contratto e impresa*, n. 1/1994, p. 433

- Finocchiaro Giusella, *La letteratura su computer e diritto*, in *Contratto e impresa*, n. 1/1991, p. 1091
- Florindi Emanuele, *Il contratto digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 673
- Fodella Alessandro, *Verso una legislazione internazionali uniforme?*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001
- Franceschelli Vincenzo, *Il contratto virtuale. Diritto nel cyberspazio*, in *I contratti*, n. 6/1995, p. 569
- Frigessi di Rattalma Marco, *Le prime esperienze giurisprudenziali sulla Convenzione di Roma*, in AA.VV., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e M. Frigo, Milano, 1994
- Frignani Aldo, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1990
- Frigo Manlio, *L'efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle Convenzioni di Roma e di Vienna del 1980*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 521, nonché in AA.VV., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e M. Frigo, Milano, 1994
- Galgano Francesco, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2000, p. 189
- Gambino Alberto Maria, *I principi regolativi del contrats télématique - Parte I*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 295
- Gambino Alberto Maria, *I principi regolativi del contrats télématique - Parte II*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 589
- Garbarino Carlo, *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 864
- Gasparinetti Marco, *Unicità della rete e pluralità degli ordinamenti giuridici: "the clash of codification"*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Collana ISDACI, Milano, 1999

- Gautrais Vincent, Lefebvre Guy, Benyekhlef Karim, *Droi du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica*, in *Revue de droit des affaires internationales*, n. 5/1997, p. 547
- Gavanon Isabelle, Lagarde-Bellec Edith, *La directive "commerce électronique": quelle est la part d'innovation?*, in *Revue de droit des affaires internationales*, n. 6/2001, p. 723
- Giannantonio Ettore, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997
- Ginsburg Jane C., Marzano Paolo, *Cybersquatting e dintorni: gli ultimi sviluppi negli Stati Uniti e in Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 203
- Goldsmith Jack L., *Against cyberanarchy*, in *The University of Chicago Law Review*, 1996, p. 1199
- Haines Avril D., *The Impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future*, documento preliminare n. 17 del febbraio 2002, all'attenzione della I Commissione della XIX Sessione Diplomatica dell'aprile 2002 – Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato, in <http://www.hcch.net>
- Haines Avril D., *Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to Which They Give Rise in the Context of the Interim Text*, documento preliminare n. 18 del febbraio 2002, all'attenzione della I Commissione della XIX Sessione Diplomatica dell'aprile 2002 – Conferenza dell'Aja di Diritto Internazionale Privato, in <http://www.hcch.net>
- Horrocks Andrew, Hughes Gary, *Law Online: a Risky E-Business*, in *ICCLR*, 2000, 269
- Jones Simon, *Forming Electronic Contracts in the United Kingdom*, in *ICCLR*, 2000, p. 301
- Johnson David R., Post David, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48 -1996, p. 1366
- Kang Jerry, *Cyber-race*, in *Harvard Law Review*, 99/00, I, Vol. 113, p. 1130
- Kelman Alistair, *The long arm of the straw*, in *ICCLR*, 1999, p. 1

- Kessedjian Catherine, *Electronic Commerce and International Jurisdiction, Preliminary Document No 12 of August 20001 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001 – Hague Conference on International Law*, in <http://www.hcch.net/e/conventions/index.html>
- Krawczyk Andrzej, Pelikan Tomas, Nagy Katalin, Filipek Jon, *The regulation of the e-commerce in the accession countries: Poland, the Czech Republic, and Hungary*, in *ICCLR*, 1999, p. 3
- La China Sergio, *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di diritto uniforme. Profili processuali: la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 769
- Lanfranchi, Fausto, *Problemi giuridici della monetica*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Collana ISDACI, Milano, 1999
- Lessig Lawrence, Slaughter Anne-Marie, Zittrain Jonathan, *Developments - The law of cyberspace*, in *Harvard Law Review*, 98/99, II, Vol. 112, p. 1575
- Lessig Lawrence, *The law of the horse: what cyberlaw might teach*, in *Harvard Law Review*, 99/00, I, Vol. 113, p. 501
- Lessig Lawrence, *The Zones of Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48-1996, p. 1403
- Lewis P. H., *Limiting a Medium Without Boundaries*, in *N.Y. Times* del 15 gennaio 1996
- Lisi Andrea, *Le trattative nei rapporti telematici*, in AA.VV., *Trattato breve di diritto della rete*, Rimini, 2001
- Lynne Bomse Amy, *The dependence of cyberspace*, in *Duke Law Journal*, Vol. 50/2001, n. 6, p. 1717
- Lucchini Alessandra, *La disciplina della forma e della prova nella Convenzione di Roma*, in AA.VV., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e M. Frigo, Milano, 1994
- Luiso Francesco P., *Diritto processuale civile*, Vol. IV, *I procedimenti speciali*, Milano, 2000

- Marconi Anna Lisa, *La legge modello UNCITRAL sul commercio elettronico*, *Dir. comm. int.*, 1997, p. 137
- Mardsen Nicola, *New U.K. Data Protection Law and the Implications for E-commerce*, in *ICCLR*, 2000, p. 126
- Mari Luca, *Internet, caratteristiche e potenzialità*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Collana ISDACI, Milano, 1999
- Mari Luigi, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles - Parte I - Il sistema della competenza*, Padova, 1999
- Marini Luca, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale comunitario*, in *Dir. comm. int.*, n. 14.2/2000, p. 329
- Marino Giuseppe, *Aspetti fiscali del commercio elettronico*, in AA.VV., *Il commercio elettronico - Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001
- Marino Giuseppe, *La residenza nel diritto tributario*, Milano 1999
- Martinetti Cristina, *Prime riflessioni sul regolamento (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001, p. 371
- Masciandaro Donato, Mantica Andrea, *Evoluzione del sistema dei pagamenti, Internet e cybericiclaggio: prime riflessioni*, in *Mercati finanziari e riciclaggio - l'Italia nello scenario internazionale*, a cura di F. Bruni e D. Masciandaro, Milano 1998
- Megliani Mauro, *Rilievi internazionalistici in tema di cybersecurities*, in *Dir. comm. int.*, 14.3/2000, p. 880
- Mirabelli Giuseppe, *Dottrina e problemi del notariato. Argomenti e attualità*, in *Riv. not.*, 1986, p. 769
- Monfeli Tommaso, *Luogo di pagamento e pratiche individuali nella Convenzione di Vienna e negli ordinamenti nazionali*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 764

- Mosconi Franco, *Diritto internazionale privato e processuale - Parte generale e contratti*, Torino, 2001
- Nygh Peter, Pocar Fausto, *Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, documento preliminare n. 11 dell'agosto 2000.
- Oberding Juliet M., Norderhauh Terje, *A Separate Jurisdiction For Cyberspace*, in <http://www.ascus.org/jcmc/vol2/issue1/juris.html>
- Olivieri Gustavo, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 6/2001, p. 809
- Omar Paul J., *Consumer litigation: an international perspective*, in *ICCLR*, 1999, p. 148
- Pallaro Paolo, *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi internet in diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 15.1/2001, p. 137
- Parenti Alberto, *L'armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001
- Parenti Alberto, *Le peculiarità dei contratti telematici internazionali*, in AA.VV., *Il commercio elettronico – Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001, p. 28
- Parenti Alberto, *La Direttiva comunitaria sul commercio elettronico*, in *Economia & Management*, n. 6/2000, p. 44
- Pattaro Enrico (a cura di), *Codice di diritto dell'informatica*, Padova, 2000
- Perchinunno Remigio, *Brevi note in tema di forma*, in AA.VV. (Consiglio Nazionale del Notariato), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983
- Piccoli Paolo, Zanolini Giovanna, *Il documento elettronico la "firma digitale"*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999

- Pizzolante Giuseppina, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore in diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 14.2/2000, p. 389
- Plateroti Alessandro, *Yahoo! Chiude la porta ai razzisti*, in *Il SOLE 24 ORE* del 4.01.2001
- Pocar Fausto, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 1995
- Powell Mark D., Turner-Kerr Peter M., *Putting the e- in Brussels and Rome*, in *ICCLR*, 1999, p. 361
- Renault Ogilvy, *Jurisdiction and the Internet: Are Traditional Rules Enough?*, 1998, in <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ejurisd.htm>
- Riccio Giovanni Maria, *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Halliday*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 929
- Roagna Ivana, *Problemi in tema di documento informatico - Contratto elettronico e firma digitale*, in *Dir. comm. int.*, 14.3/1999, p. 941
- Sacerdoti Giorgio, *Il commercio elettronico tra autonomia privata, interventi statali e iniziative internazionali*, in AA.VV., *Il commercio elettronico - Profili giuridici e fiscali internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e G. Marino, Milano, 2001
- Sacerdoti Giorgio, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in AA.VV., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti e M. Frigo, Milano, 1994
- Salerno Francesco, *Deroga alla giurisdizione e costituzione*, in *Riv. dir. internazionale*, n. 1/2001, p. 33
- Sammarco Pieremilio, *Promozione e negoziazione dei prodotti finanziari tramite Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 1067
- Sarti Davide, *I soggetti di Internet*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, V – 1996, p. 5

- Sarzana di S. Ippolito Fulvio, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2001
- Società Italiana di Diritto Internazionale, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1997
- Silverio Annibale, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Padova, 1997
- Sirotti Gaudenzi Andrea, *La tutela del consumatore in rete*, in AA.VV., *Trattato Breve di diritto della rete*, Rimini, 2001
- Slutsky Bradley A., *Jurisdiction Over Commerce On The Internet*, 1997, in <http://www.kslaw.com/library/articles.asp>
- Smith J.H. Graham, *Internet Law and Regulation*, Londra, 1999
- Stella Paolo Adriano, *Commercio elettronico e trattamento fiscale*, in *La settimana fiscale*, n. 19 dell'11 maggio 2000, p. 23
- Stumpo Giovanna, *Il quadro tecnico e normativo di riferimento degli strumenti di pagamento on-line*, in *Dir. comm. int.*, 15.3/2001, p. 685
- Thieffry Patrik, *L'emergence d'un droit européen du commerce électronique*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4/2000, p. 649
- Tidona Maurizio, *Il commercio elettronico nella rete Internet*, in AA.VV., *Trattato Breve di diritto della rete*, Rimini, 2001
- Tognolo Paolo, *Definiti gli orientamenti per individuare le stabili organizzazioni in ambito Internet. Le attività on line sotto la lente dell'OCSE*, in *IL SOLE 24 ORE* del 26 gennaio 2001
- Tosi Emilio, *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 591
- Tosi Emilio, *La conclusione di contratti "online"*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999
- Tosi Emilio, *Le responsabilità civili*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di E. Tosi, Milano, 1999, p. 233

- Travaglini Lorenzo Grisostomo, *Un esempio di E.D.I.: la fattura elettronica*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 156
- Tripodi Enzo M., *Divagazioni giuridiche in tema di commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, n. 10/2000, p. 1385
- Trutalli Federico, *Stabile organizzazione e commercio elettronico secondo il nuovo Commentario OCSE*, in *Boll. trib.*, n. 11/2001, p. 811
- Turini Laura, *La censura contro il lato oscuro del WEB*, in *Il SOLE 24 ORE* del 22.11.2000
- Vaccà Cesare, *Il commercio elettronico: gli sviluppi normativi*, in *I contratti*, n. 1/2001, p. 101
- Vogoriti Vincenzo, *E-Commerce e tutela giurisdizionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2002, p. 20
- Wu Timothy, *Application-centered internet analysis*, in *Virginia Law Review*, 1999, Vol. 85, p. 1163
- Zanobetti Alessandra, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Dir. dell'Unione Europea*, n. 3/00, p. 661
- Zeno-Zencovich Vincenzo, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nella comunicazioni su Internet (Riflessioni preliminari)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 1049
- Zeno-Zencovich Vincenzo, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2000, p. 47
- Zumerle Franco, *Introduzione alla firma digitale ed al documento informatico*, in AA.VV., *Trattato Breve di diritto della rete*, Rimini, 2001

Allegati:

- Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico
- Direttiva 1999/93/CE sulle firme elettroniche
- Progetto UNCITRAL di Convenzione sui contratti elettronici e relazione del Segretariato

I

(Atti per i quali la pubblicazione è una condizione di applicabilità)

DIRETTIVA 2000/31/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO

dell'8 giugno 2000

relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»)

IL PARLAMENTO EUROPEO E IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 47, paragrafo 2, l'articolo 55 e l'articolo 95,

vista la proposta della Commissione⁽¹⁾

visto il parere del Comitato economico e sociale⁽²⁾

deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251 del trattato⁽³⁾,

considerando quanto segue:

- (1) L'Unione europea intende stabilire legami sempre più stretti tra gli Stati ed i popoli europei, garantire il progresso economico e sociale. Secondo l'articolo 14, paragrafo 2, del trattato, il mercato interno implica uno spazio senza frontiere interne, in cui sono garantiti la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché il diritto di stabilimento. Lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nello spazio senza frontiere interne è uno strumento essenziale per eliminare le barriere che dividono i popoli europei.
- (2) Lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti.

- (3) Il diritto comunitario e le caratteristiche dell'ordinamento giuridico comunitario costituiscono una risorsa essenziale affinché i cittadini e gli operatori europei possano usufruire appieno e al di là delle frontiere delle opportunità offerte dal commercio elettronico. La presente direttiva si prefigge pertanto di garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria al fine di instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione.
- (4) È importante assicurare che il commercio elettronico possa beneficiare pienamente del mercato interno e pertanto che venga raggiunto un alto livello di integrazione comunitaria, come con la direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive⁽⁴⁾.
- (5) Lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nella Comunità è limitato da numerosi ostacoli giuridici al buon funzionamento del mercato interno, tali da rendere meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi. Gli ostacoli derivano da divergenze tra le normative nazionali, nonché dall'incertezza sul diritto nazionale applicabile a tali servizi. In assenza di un coordinamento e adeguamento delle legislazioni nei settori interessati, gli ostacoli possono essere giustificati secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Non vi è certezza del diritto sull'ampiezza del controllo che gli Stati membri possono esercitare sui servizi provenienti da un altro Stato membro.

⁽¹⁾ GU C 30 del 5.2.1999, pag. 4.

⁽²⁾ GU C 169 del 16.6.1999, pag. 36.

⁽³⁾ Parere del Parlamento europeo del 6 maggio 1999 (GU C 279 dell'1.10.1999, pag. 389), posizione comune del Consiglio del 28 febbraio 2000 (GU C 138 del 8.5.2000, pag. 32) e decisione del Parlamento europeo del 4 maggio 2000 (non ancora pubblicata nella Gazzetta ufficiale).

⁽⁴⁾ GU L 298 del 17.10.1989, pag. 23. Direttiva modificata dalla direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 202 del 30.7.1997, pag. 60).

- (6) È opportuno, tenendo conto degli obiettivi comunitari, degli articoli 43 e 49 del trattato e del diritto comunitario derivato, sopprimere tali ostacoli coordinando determinati diritti nazionali e chiarendo a livello comunitario una serie di concetti giuridici, nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato interno. La presente direttiva, riguardante solo alcune questioni specifiche che creano problemi per il mercato interno, è del tutto coerente con il rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5 del trattato.
- (7) Per garantire la certezza del diritto e la fiducia dei consumatori, la presente direttiva deve stabilire un quadro generale chiaro per taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno.
- (8) La presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, e non di armonizzare il settore del diritto penale in quanto tale.
- (9) La libera circolazione dei servizi della società dell'informazione può in numerosi casi riflettere specificamente nel diritto comunitario un principio più generale, e cioè la libertà di espressione prevista all'articolo 10, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che è stata ratificata da tutti gli Stati membri. Per questo motivo, le direttive che si riferiscono alla prestazione di servizi della società dell'informazione devono assicurare che questa attività possa essere svolta liberamente alle luce di tale articolo, sottoposta soltanto alle restrizioni di cui al paragrafo 2 di tale articolo e all'articolo 46, paragrafo 1, del trattato. La presente direttiva non è volta ad incidere sui principi e sulle norme fondamentali nazionali in materia di libertà di espressione.
- (10) In conformità con il principio di proporzionalità, le misure previste dalla presente direttiva si limitano al minimo necessario per raggiungere l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno. La presente direttiva, nei casi in cui si deve intervenire a livello comunitario per far sì che lo spazio interno sia veramente libero da frontiere per il commercio elettronico, deve garantire un alto livello di tutela degli obiettivi di interesse generale, come la protezione dei minori e della dignità umana, la tutela del consumatore e della sanità pubblica. Secondo l'articolo 152 del trattato la tutela della salute è una componente essenziale delle altre politiche della Comunità.
- (11) La presente direttiva lascia impregiudicato il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori garantito dagli strumenti comunitari. Tra le altre la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con

il consumatori⁽¹⁾, e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza⁽²⁾, costituiscono un'acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale e devono continuare ad applicarsi integralmente ai servizi della società dell'informazione. Fanno parte dell'acquis comunitario anche la direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa⁽³⁾, la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo⁽⁴⁾, la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari⁽⁵⁾, la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»⁽⁶⁾, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori⁽⁷⁾, la direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1992, relativa alla sicurezza generale dei prodotti⁽⁸⁾, la direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili⁽⁹⁾, la direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori⁽¹⁰⁾, la direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi⁽¹¹⁾, la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo⁽¹²⁾, la futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori e la direttiva 92/28/CE del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano⁽¹³⁾. La presente direttiva dovrebbe far salvo il disposto della direttiva 98/43/CE del Parlamento

(1) GU L 95 del 21.4.1993, pag. 29.

(2) GU L 144 del 4.6.1997, pag. 19.

(3) GU L 250 del 19.9.1984, pag. 17. Direttiva modificata dalla direttiva 97/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 290 del 23.10.1997, pag. 18).

(4) GU L 42 del 12.2.1987, pag. 48. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 98/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 101 dell'1.4.1998, pag. 17).

(5) GU L 141 dell'11.6.1993, pag. 27. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 97/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 84 del 26.3.1997, pag. 22).

(6) GU L 158 del 23.6.1990, pag. 59.

(7) GU L 80 del 18.3.1998, pag. 27.

(8) GU L 228 dell'11.8.1992, pag. 24.

(9) GU L 280 del 29.10.1994, pag. 83.

(10) GU L 166 dell'11.6.1998, pag. 51. Direttiva modificata dalla direttiva 1999/44/CE (GU L 171 del 7.7.1999, pag. 12).

(11) GU L 210 del 7.8.1985, pag. 29. Direttiva modificata dalla direttiva 1999/34/CE (GU L 141 del 4.6.1999, pag. 20).

(12) GU L 171 del 7.7.1999, pag. 12.

(13) GU L 113 del 30.4.1992, pag. 13.

europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco⁽¹⁾, adottata nell'ambito del mercato interno, e delle direttive sulla protezione della sanità pubblica. La presente direttiva integra gli obblighi di informazione stabiliti dalle suddette direttive e, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE.

(12) È necessario escludere dal campo d'applicazione della presente direttiva talune attività, dal momento che in questa fase la libera circolazione dei servizi in tali ambiti non può essere garantita dal trattato o dal diritto comunitario derivato in vigore. Questa esclusione deve far salvi gli eventuali strumenti che possono rivelarsi necessari per il buon funzionamento del mercato interno. La materia fiscale, soprattutto l'IVA che colpisce numerosi servizi contemplati dalla presente direttiva, deve essere esclusa dal campo di applicazione della presente direttiva.

(13) La presente direttiva non è volta a definire norme in materia di obblighi fiscali. Né osta all'elaborazione di strumenti comunitari riguardanti gli aspetti fiscali del commercio elettronico.

(14) La protezione dei singoli relativamente al trattamento dei dati personali è disciplinata unicamente dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati⁽²⁾, e dalla direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni⁽³⁾, che sono integralmente applicabili ai servizi della società dell'informazione. Dette direttive già istituiscono un quadro giuridico comunitario nel campo della protezione dei dati personali e pertanto non è necessario includere tale aspetto nella presente direttiva per assicurare il buon funzionamento del mercato interno, in particolare la libera circolazione dei dati personali tra gli Stati membri. L'applicazione della presente direttiva deve essere pienamente conforme ai principi relativi alla protezione dei dati personali, in particolare per quanto riguarda le comunicazioni commerciali non richieste e il regime di responsabilità per gli intermediari. La presente direttiva non può impedire l'utilizzazione anonima di reti aperte quali Internet.

(15) La riservatezza delle comunicazioni è assicurata dall'articolo 5 della direttiva 97/66/CE. In base a tale direttiva, gli Stati membri devono vietare qualsiasi forma di intercettazione o di sorveglianza non legalmente autorizzata di tali comunicazioni da parte di chi non sia il mittente o il destinatario.

(16) L'esclusione dei giochi d'azzardo dal campo d'applicazione della presente direttiva riguarda soltanto i giochi di fortuna, le lotterie e le scommesse che comportano una posta pecuniaria. Essa non riguarda le gare promozionali o i giochi che hanno l'obiettivo di incoraggiare la vendita di beni o servizi e in cui gli eventuali pagamenti servono unicamente ad acquisire i beni o servizi promossi.

(17) La definizione di «servizi della società dell'informazione» già esiste nel diritto comunitario, nella direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche⁽⁴⁾, e nella direttiva 98/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato⁽⁵⁾. Tale definizione ricopre qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. I servizi di cui all'elenco indicativo figurante nell'allegato V della direttiva 98/34/CE, non essendo forniti attraverso sistemi elettronici di trattamento e memorizzazione di dati, non sono compresi in tale definizione.

(18) I servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (on line). Tali attività possono consistere, in particolare, nella vendita in linea di merci. Non sono contemplate attività come la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi non in linea. Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati. I servizi della società dell'informazione comprendono anche la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi. La radiodiffusione televisiva, ai sensi della direttiva 89/552/CEE, e la radiodiffusione sonora non sono servizi della società dell'informazione perché non sono prestati a richiesta individuale. I servizi trasmessi «da punto a punto», quali i servizi video a richiesta o l'invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica, sono invece servizi della società dell'informazione. L'impiego della posta elettronica o di altre comunicazioni individuali equivalenti, ad esempio, da parte di persone fisiche che operano al di fuori della loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale, quando anche usate per concludere contratti fra tali persone, non costituisce

(1) GU L 213 del 30.7.1998, pag. 9.

(2) GU L 281 del 23.11.1995, pag. 31.

(3) GU L 24 del 30.1.1998, pag. 1.

(4) GU L 204 del 21.7.1998, pag. 37. Direttiva modificata dalla direttiva 98/48/CE (GU L 217 del 5.8.1998, pag. 18).

(5) GU L 320 del 28.11.1998, pag. 54.

un servizio della società dell'informazione. Le relazioni contrattuali fra lavoratore e datore di lavoro non sostituiscono un servizio della società dell'informazione. Le attività che, per loro stessa natura, non possono essere esercitate a distanza o con mezzi elettronici, quali la revisione dei conti delle società o le consulenze mediche che necessitano di un esame fisico del paziente, non sono servizi della società dell'informazione.

- (19) Il luogo di stabilimento del prestatore va determinato in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, secondo la quale la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile. Tale condizione è soddisfatta anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato. Il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite siti Internet, non è là dove si trova la tecnologia di supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica. Se uno stesso prestatore ha più luoghi di stabilimento, è importante determinare da quale luogo di stabilimento è prestato il servizio in questione. Nel caso in cui sia difficile determinare da quale dei vari luoghi di stabilimento un determinato servizio è prestato, tale luogo è quello in cui il prestatore ha il centro delle sue attività per quanto concerne tale servizio specifico.
- (20) La definizione di «destinatario di servizi» copre ogni tipo di impiego dei servizi della società dell'informazione, sia da parte di persone che forniscono informazioni su reti aperte quali Internet, sia da parte di persone che cercano informazioni su Internet per motivi privati o professionali.
- (21) Il campo d'applicazione dell'ambito regolamentato lascia impregiudicata un'eventuale armonizzazione futura all'interno della Comunità dei servizi della società dell'informazione e la futura legislazione adottata a livello nazionale in conformità della normativa comunitaria. L'ambito regolamentato comprende unicamente requisiti riguardanti le attività in linea, quali l'informazione in linea, la pubblicità in linea, la vendita in linea, i contratti in linea, e non comprende i requisiti legali degli Stati membri relativi alle merci, quali le norme in materia di sicurezza, gli obblighi di etichettatura e la responsabilità per le merci, o i requisiti degli Stati membri relativi alla consegna o al trasporto delle merci, compresa la distribuzione di prodotti medicinali. L'ambito regolamentato non comprende l'esercizio dei diritti di prelazione su taluni beni, quali le opere d'arte, da parte delle autorità pubbliche.
- (22) Il controllo dei servizi della società dell'informazione deve essere effettuato all'origine dell'attività, al fine di assicurare una protezione efficace degli obiettivi di interesse pubblico, ed è pertanto necessario garantire che l'autorità competente assicuri questa tutela non soltanto per i cittadini del suo paese ma anche per tutti i cittadini della Comunità. 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.
- (23) La presente direttiva non è volta a introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato sui conflitti di leggi, né tratta della competenza degli organi giurisdizionali. Le disposizioni della legge applicabile in base alle norme del diritto internazionale privato non limitano la libertà di fornire servizi della società dell'informazione come stabilito dalla presente direttiva.
- (24) Nel contesto della presente direttiva, nonostante il principio del controllo alla fonte dei servizi della società dell'informazione, è legittimo, alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, che gli Stati membri adottino misure per limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione.
- (25) Le giurisdizioni nazionali, anche civili, chiamate a dirimere controversie di diritto privato possono adottare provvedimenti per derogare alla libertà di fornire servizi della società dell'informazione conformemente alle condizioni stabilite nella presente direttiva.
- (26) Gli Stati membri, conformemente alle condizioni stabilite nella presente direttiva, possono applicare le rispettive norme nazionali di diritto penale e di procedura penale al fine di adottare tutti i provvedimenti di carattere investigativo, nonché di altro tipo, necessari per l'individuazione e il perseguimento di reati penali, senza che vi sia la necessità di notificare alla Commissione siffatti provvedimenti.
- (27) La presente direttiva, unitamente alla futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori, contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura di servizi finanziari in linea. La presente direttiva non pregiudica future iniziative nel settore dei servizi finanziari, in particolare per quanto riguarda l'armonizzazione delle regole di condotta in tale settore. La possibilità, che la presente direttiva conferisce agli Stati membri, di limitare in determinate circostanze la libertà di fornire servizi della società dell'informazione al fine di tutelare i consumatori comprende anche misure nel settore dei servizi finanziari, in particolare intese a tutelare gli investitori.

- (28) L'obbligo degli Stati membri di non subordinare l'accesso all'attività di prestatore di un servizio della società dell'informazione ad un'autorizzazione preventiva non riguarda i servizi postali contemplati nella direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente le regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio⁽¹⁾, consistenti nella consegna fisica di un messaggio di posta elettronica stampato, e lascia impregiudicati i sistemi volontari di accreditamento, in particolare per i prestatori di servizi di certificazione della firma elettronica.
- (29) Le comunicazioni commerciali sono essenziali per il finanziamento dei servizi della società dell'informazione e per lo sviluppo di un'ampia gamma di nuovi servizi gratuiti. Nell'interesse dei consumatori e della correttezza delle operazioni, le comunicazioni commerciali, come gli sconti, le offerte e i giochi promozionali, devono ottemperare a numerosi obblighi di trasparenza. L'applicazione di tali obblighi deve far salvo il disposto della direttiva 97/7/CE. La presente direttiva deve parimenti far salvo il disposto delle direttive vigenti relative alle comunicazioni commerciali, in particolare la direttiva 98/43/CE.
- (30) L'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate può risultare inopportuno per i consumatori e per i fornitori di servizi della società dell'informazione e perturbare il buon funzionamento delle reti interattive. La questione del consenso dei destinatari di talune forme di comunicazione commerciale non sollecitata non è disciplinata dalla presente direttiva bensì, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE e dalla direttiva 97/66/CE. Negli Stati membri che autorizzano l'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate dovrebbero essere incoraggiate e agevolate appropriate iniziative di filtraggio da parte delle imprese del settore. Inoltre, le comunicazioni commerciali non sollecitate devono in ogni caso essere chiaramente identificabili in quanto tali al fine di promuovere la trasparenza ed agevolare il funzionamento di tali iniziative. L'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate non dovrebbe dar luogo a costi supplementari di comunicazione per il destinatario.
- (31) Gli Stati membri che consentono l'invio per via elettronica, da parte di prestatori stabiliti nel loro territorio, di comunicazioni commerciali non sollecitate senza previo consenso del destinatario devono garantire che i prestatori consultino periodicamente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali.
- (32) Per sopprimere gli ostacoli allo sviluppo dei servizi transnazionali nella Comunità che possono essere offerti dalle professioni regolamentate su Internet, è necessario garantire il rispetto a livello comunitario delle regole professionali, in particolare quelle a tutela dei consumatori o della sanità pubblica. I codici di condotta a livello comunitario sono lo strumento privilegiato per enunciare le regole deontologiche sulla comunicazione commerciale. Occorre incoraggiare la loro elaborazione, o il loro eventuale aggiornamento, fatta salva l'autonomia delle organizzazioni e associazioni professionali.
- (33) La presente direttiva integra il diritto comunitario e il diritto nazionale per quanto riguarda le professioni regolamentate mantenendo una serie coerente di norme applicabili in questo campo.
- (34) Gli Stati membri dovrebbero adeguare le parti della propria legislazione relative soprattutto ai requisiti di forma che potrebbero ostacolare il ricorso ai contratti per via elettronica. L'esame delle legislazioni che richiedono tale adeguamento dovrebbe essere sistematico e comprendere tutte le fasi e gli atti necessari alla formazione del contratto, compresa l'archiviazione del medesimo. Il risultato di tale adeguamento dovrebbe rendere possibili i contratti per via elettronica. L'effetto giuridico delle firme elettroniche è disciplinato dalla direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, relativa a regole comunitarie sulle firme elettroniche⁽²⁾. La ricevuta di ritorno di un prestatore può essere costituita dalla prestazione su rete di un servizio remunerato.
- (35) La presente direttiva non pregiudica le possibilità per gli Stati membri di mantenere o definire per i contratti requisiti generali o specifici che possono essere soddisfatti con strumenti elettronici, in particolare i requisiti relativi alle firme elettroniche sicure.
- (36) Gli Stati membri possono mantenere restrizioni all'uso di contratti elettronici relativamente ai contratti che richiedono l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri. Tale possibilità riguarda anche i contratti che richiedono per legge l'intervento di organi giurisdizionali, pubblici poteri o professioni che esercitano pubblici poteri al fine di avere effetto nei confronti di terzi. Nonché i contratti che richiedono per legge la certificazione o l'attestazione di un notaio.
- (37) L'obbligo degli Stati membri di abolire gli ostacoli all'uso di contratti elettronici riguarda unicamente gli ostacoli risultanti da norme giuridiche e non gli ostacoli pratici dovuti all'impossibilità di utilizzare strumenti elettronici in determinati casi.

⁽¹⁾ GU L 15 del 21.1.1998, pag. 14.

⁽²⁾ GU L 13 del 19.1.2000, pag. 12.

- (38) Gli Stati membri ottemperano all'obbligo di abolire gli ostacoli all'uso di contratti elettronici in conformità delle norme giuridiche in materia di contratti sanciti dal diritto comunitario.
- (39) Le deroghe alle disposizioni relative ai conclusi esclusivamente mediante posta elettronica o altre comunicazioni individuali equivalenti previste dalla presente direttiva, in materia di informazioni da fornire e inoltre di ordini, non dovrebbero consentire di eludere tali disposizioni da parte dei prestatori dei servizi della società dell'informazione.
- (40) Le attuali o emergenti divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsioni della concorrenza. In taluni casi, i prestatori di servizi hanno il dovere di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali. La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri. È nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi. Le disposizioni dalla presente direttiva sulla responsabilità non dovrebbero impedire ai vari interessati di sviluppare e usare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, entro i limiti fissati dalle direttive 95/46/CE e 97/66/CE.
- (41) La direttiva rappresenta un equilibrio tra i vari interessi in gioco e istituisce principi su cui possono essere basati gli accordi e gli standard delle imprese del settore.
- (42) Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate.
- (43) Un prestatore può beneficiare delle deroghe previste per il semplice trasporto («mere conduit») e per la memorizzazione temporanea detta «caching» se non è in alcun modo coinvolto nell'informazione trasmessa. A tal fine è, tra l'altro, necessario che egli non modifichi l'informazione che trasmette. Tale requisito non pregiudica le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione in quanto esse non alterano l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione.
- (44) Il prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti non si limita alle attività di semplice trasporto («mere conduit») e di «caching» e non può pertanto beneficiare delle deroghe in materia di responsabilità previste per tali attività.
- (45) Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima.
- (46) Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime.
- (47) Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni.
- (48) La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite.
- (49) Gli Stati membri e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta; ciò lascia impregiudicati il carattere volontario di siffatti codici e la possibilità per le parti interessate di decidere liberamente se aderirvi.

- (50) È importante che la proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e la presente direttiva entrino in vigore secondo un calendario simile, per creare un quadro normativo chiaro a livello comunitario sulla responsabilità degli intermediari per le violazioni dei diritti d'autore e dei diritti connessi.
- (51) Ogni Stato membro dovrebbe adeguare, se necessario, le parti della propria legislazione che possono ostacolare l'uso, attraverso le vie elettroniche appropriate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie. Il risultato di tale adeguamento deve rendere realmente ed effettivamente possibile, di fatto e di diritto, il funzionamento di tali strumenti, anche in situazioni transfrontaliere.
- (52) L'esercizio effettivo delle libertà del mercato interno rende necessario garantire alle vittime un accesso efficace alla soluzione delle controversie. I danni che possono verificarsi nell'ambito dei servizi della società dell'informazione sono caratterizzati sia dalla loro rapidità che dalla loro estensione geografica. Stante questa peculiarità, oltre che la necessità di vigilare affinché le autorità nazionali non rimettano in questione la fiducia che esse dovrebbero reciprocamente avere, la presente direttiva dispone che gli Stati membri garantiscano la possibilità di azioni giudiziarie appropriate. Gli Stati membri dovrebbero esaminare la necessità di dare accesso ai procedimenti giudiziari mediante appropriati strumenti elettronici.
- (53) La direttiva 98/27/CE, applicabile ai servizi della società dell'informazione, prevede un meccanismo relativo a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Tale meccanismo contribuirà alla libera circolazione dei servizi della società dell'informazione garantendo un livello elevato di tutela dei consumatori.
- (54) Le sanzioni previste nella presente direttiva lasciano impregiudicati le altre sanzioni o mezzi di tutela previsti dal diritto nazionale. Gli Stati membri non sono tenuti a prevedere sanzioni di tipo penale per la violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva.
- (55) La presente direttiva non pregiudica la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori. Pertanto la presente direttiva non può avere l'effetto di privare il consumatore della tutela di cui gode in virtù di norme obbligatorie in materia di obbligazioni contrattuali previste dalla legge dello Stato membro in cui ha la residenza abituale.
- (56) Per quanto riguarda la deroga prevista dalla presente direttiva per le obbligazioni derivanti da contratti conclusi dai consumatori, queste devono essere interpretate come inclusive delle informazioni sugli elementi essenziali del contenuto del contratto, compresi i diritti dei consumatori, che influiscono in modo determinante sulla decisione di sottoscriverlo.
- (57) La Corte di giustizia ha costantemente affermato che uno Stato membro ha il diritto di adottare provvedimenti contro il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro che indirizzi tutta la sua attività o la maggior parte di essa verso il territorio del primo Stato membro nel caso in cui il luogo di stabilimento sia stato scelto al fine di eludere la legge che si sarebbe applicata al prestatore se questi fosse stato stabilito nel territorio del primo Stato membro.
- (58) La presente direttiva non deve applicarsi ai servizi di prestatori stabiliti in un paese terzo. Tuttavia, data la dimensione globale del commercio elettronico, è opportuno garantire la coerenza della normativa comunitaria con quella internazionale. La presente direttiva deve far salvi i risultati delle discussioni sugli aspetti giuridici in corso presso le organizzazioni internazionali (tra le altre, OMC, OCSE, Uncitral).
- (59) Nonostante la natura globale delle comunicazioni elettroniche, il coordinamento delle misure nazionali di regolamentazione a livello di Unione europea è necessario per evitare la frammentazione del mercato interno e per istituire un idoneo quadro normativo europeo. Tale coordinamento contribuirebbe anche a creare una forte posizione comune di negoziato nelle sedi internazionali.
- (60) Per assicurare uno sviluppo senza ostacoli del commercio elettronico, il quadro giuridico deve essere chiaro e semplice, prevedibile e coerente con le regole vigenti a livello internazionale, in modo da non pregiudicare la competitività dell'industria europea e da non ostacolare l'innovazione nel settore.
- (61) Il funzionamento effettivo del mercato per via elettronica in un contesto di mondializzazione esige la concertazione tra l'Unione europea e le principali aree non europee al fine di rendere compatibili il diritto e le procedure.
- (62) Andrebbe rafforzata la cooperazione nel campo del commercio elettronico con paesi terzi, in particolare con i paesi candidati all'adesione, con i paesi in via di sviluppo e con gli altri partner commerciali dell'Unione europea.

(63) L'adozione della presente direttiva non dovrebbe impedire agli Stati membri di tener conto delle varie implicazioni socioculturali inerenti all'avvento della società dell'informazione, in particolare non dovrebbe ostacolare le misure che gli Stati membri potrebbero adottare conformemente al diritto comunitario per raggiungere obiettivi sociali, culturali e democratici, tenuto conto delle loro diversità linguistiche, delle specificità nazionali e regionali e del loro patrimonio culturale, nonché per garantire e mantenere l'accesso del pubblico alla più ampia gamma possibile di servizi della società dell'informazione. Lo sviluppo della società dell'informazione deve garantire in ogni caso l'accesso dei cittadini europei al patrimonio culturale europeo fornito in ambiente digitale.

(64) La comunicazione elettronica offre agli Stati membri uno strumento eccellente per fornire servizi pubblici nei settori culturale, dell'istruzione e linguistico.

(65) Il Consiglio, nella risoluzione del 19 gennaio 1999 sulla dimensione del consumo della società dell'informazione⁽¹⁾, ha sottolineato che la tutela dei consumatori merita particolare attenzione nell'ambito di quest'ultima. La Commissione studierà se e in che misura le norme vigenti a tutela dei consumatori non forniscono adeguata tutela rispetto alla società dell'informazione e identificherà, se necessario, possibili lacune normative e gli aspetti per i quali potrebbero essere necessarie misure aggiuntive. La Commissione dovrebbe formulare, se necessario, ulteriori specifiche proposte per colmare le lacune così individuate,

HANNO ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA:

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI

Articolo 1

Obiettivi e campo d'applicazione

1. La presente direttiva mira a contribuire al buon funzionamento del mercato garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri.

2. La presente direttiva ravvicina, nella misura necessaria alla realizzazione dell'obiettivo di cui al paragrafo 1, talune norme nazionali sui servizi della società dell'informazione che interessano il mercato interno, lo stabilimento dei prestatori,

le comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziaria delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri.

3. La presente direttiva completa il diritto comunitario relativo ai servizi della società dell'informazione facendo salvo il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori, garantito dagli strumenti comunitari e dalla legislazione nazionale di attuazione nella misura in cui esso non limita la libertà di fornire servizi della società dell'informazione.

4. La presente direttiva non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato, né tratta delle competenze degli organi giurisdizionali.

5. La presente direttiva non si applica:

- a) al settore tributario,
- b) alle questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive 95/46/CE e 97/66/CE,
- c) alle questioni relative a accordi o pratiche disciplinati dal diritto delle intese,
- d) alle seguenti attività dei servizi della società dell'informazione:

— le attività dei notai o di altre professioni equivalenti, nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l'esercizio dei pubblici poteri;

— la rappresentanza e la difesa processuali;

— i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse.

6. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure adottate a livello comunitario, o nazionale nel rispetto del diritto comunitario, per promuovere la diversità linguistica e culturale e garantire la salvaguardia del pluralismo.

Articolo 2

Definizioni

Ai fini della presente direttiva valgono le seguenti definizioni:

- a) «servizi della società dell'informazione»: i servizi ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/43/CE;

⁽¹⁾ GU C 23 del 28.1.1999, pag. 1.

- b) «prestatore»: la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione;
- c) «prestatore stabilito»: il prestatore che esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile. La presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio non costituiscono di per sé uno stabilimento del prestatore;
- d) «destinatario del servizio»: la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni;
- e) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, imprenditoriale o professionale;
- f) «comunicazioni commerciali»: tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che esercita un'attività commerciale, industriale, artigianale o una libera professione. Non sono di per sé comunicazioni commerciali:
- le indicazioni necessarie per accedere direttamente all'attività di tale impresa, organizzazione o persona, come un nome di dominio («domain name») o un indirizzo di posta elettronica,
 - le comunicazioni relative a beni, servizi o all'immagine di tale impresa, organizzazione o persona elaborate in modo da essa indipendente, in particolare se a titolo gratuito;
- g) «professione regolamentata»: professione ai sensi dell'articolo 1, lettera d), della direttiva 89/48/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni⁽¹⁾, o dell'articolo 1, lettera f), della direttiva 92/51/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che integra la direttiva 89/48/CEE⁽²⁾;
- h) «ambito regolamentato»: le prescrizioni degli ordinamenti degli Stati membri e applicabili ai prestatori di servizi della società dell'informazione o ai servizi della società dell'informazione, indipendentemente dal fatto che siano di carattere generale o loro specificamente destinati.
- i) l'ambito regolamentato riguarda le prescrizioni che il prestatore deve soddisfare per quanto concerne:
- l'accesso all'attività di servizi della società dell'informazione, quali ad esempio le prescrizioni riguardanti le qualifiche e i regimi di autorizzazione o notifica;
 - l'esercizio dell'attività di servizi della società dell'informazione, quali ad esempio le prescrizioni riguardanti il comportamento del prestatore, la qualità o i contenuti del servizio, comprese le prescrizioni applicabili alla pubblicità e ai contratti, oppure la responsabilità del prestatore;
- ii) l'ambito regolamentato non comprende le norme su:
- le merci in quanto tali,
 - la consegna delle merci,
 - i servizi non prestati per via elettronica.

Articolo 3

Mercato interno

1. Ogni Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato.

2. Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro.

3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano ai settori di cui all'allegato.

4. Gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga al paragrafo 2, per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione, in presenza delle seguenti condizioni:

a) i provvedimenti sono:

i) necessari per una delle seguenti ragioni:

- ordine pubblico, in particolare per l'opera di prevenzione, investigazione individuazione e perseguimento in materie penali, quali la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché violazioni della dignità umana della persona;
- tutela della sanità pubblica;

⁽¹⁾ GU L 19 del 24.1.1989, pag. 16.

⁽²⁾ GU L 209 del 24.7.1992, pag. 25. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 97/38/CE della Commissione (GU L 184 del 12.7.1997, pag. 31).

- pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza, e della difesa nazionale;
 - tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori;
- ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi di cui al punto i) o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi;
- iii) proporzionati a tali obiettivi;
- b) prima di adottare i provvedimenti in questione e fatti salvi i procedimenti giudiziari, anche istruttori, e gli atti compiuti nell'ambito di un'indagine penale, lo Stato membro ha:
- chiesto allo Stato membro di cui al paragrafo 1 di prendere provvedimenti e questo non li ha presi o essi non erano adeguati;
 - notificato alla Commissione e allo Stato membro di cui al paragrafo 1 la sua intenzione di prendere tali provvedimenti.

5. In caso di urgenza, gli Stati membri possono derogare alle condizioni di cui al paragrafo 4, lettera b). I provvedimenti vanno allora notificati al più presto alla Commissione e allo Stato membro di cui al paragrafo 1, insieme ai motivi dell'urgenza.

6. Salva la possibilità degli Stati membri di procedere con i provvedimenti in questione, la Commissione verifica con la massima rapidità la compatibilità dei provvedimenti notificati con il diritto comunitario; nel caso in cui giunga alla conclusione che i provvedimenti sono incompatibili con il diritto comunitario, la Commissione chiede allo Stato membro in questione di astenersi dall'adottarli o di revocarli con urgenza.

CAPO II

PRINCIPI

Sezione 1: Regime di stabilimento e di informazione

Articolo 4

Principio dell'assenza di autorizzazione preventiva

1. Gli Stati membri garantiscono che l'accesso all'attività di un prestatore di un servizio della società dell'informazione ed il suo esercizio non siano soggetti ad autorizzazione preventiva o ad altri requisiti di effetto equivalente.

2. Il paragrafo 1 fa salvi i sistemi di autorizzazione che non riguardano specificatamente ed esclusivamente i servizi della società dell'informazione, o i sistemi di cui alla direttiva 97/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione⁽¹⁾.

Articolo 5

Informazioni generali da fornire

1. Oltre agli altri obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario, gli Stati membri provvedono affinché il prestatore renda facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità almeno le seguenti informazioni:

- a) il nome del prestatore;
- b) l'indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito;
- c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l'indirizzo di posta elettronica;
- d) qualora il prestatore sia iscritto in un registro del commercio o analogo pubblico registro, il registro presso il quale è iscritto ed il relativo numero di immatricolazione o mezzo equivalente di identificazione contemplato nel detto registro;
- e) qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo;
- f) per quanto riguarda le professioni regolamentate:
 - l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il fornitore sia iscritto;
 - il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato;
 - un riferimento alle norme professionali vigenti nello Stato membro di stabilimento nonché le modalità di accesso alle medesime;
- g) se il prestatore esercita un'attività soggetta ad IVA, il numero di identificazione di cui all'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme⁽²⁾.

⁽¹⁾ GU L 117 del 7.5.1997, pag. 15.

⁽²⁾ GU L 145 del 13.6.1977, pag. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 1999/85/CE (GU L 277 del 28.10.1999, pag. 34).

2. Oltre agli altri obblighi di informazione posti dal diritto comunitario, gli Stati membri provvedono affinché, ogniqualvolta i servizi della società dell'informazione facciano riferimento ai prezzi, questi siano indicati in modo chiaro ed inequivocabile, e sia segnalato in particolare se comprendano le imposte e i costi di consegna.

Sezione 2: Comunicazioni commerciali

Articolo 6

Informazioni da fornire

Oltre agli altri obblighi di informazione posti dal diritto comunitario, gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante rispettino le seguenti condizioni minime:

- a) la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile come tale;
- b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale è chiaramente identificabile;
- c) le offerte promozionali, come ribassi, premi od omaggi, qualora permesse dallo Stato membro in cui è stabilito il prestatore, devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni per beneficiarne devono essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro e inequivocabile;
- d) i concorsi o giochi promozionali, qualora siano permessi dallo Stato membro in cui è stabilito il prestatore, devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni di partecipazione devono essere facilmente accessibili e presentate in modo chiaro ed inequivocabile.

Articolo 7

Comunicazione commerciale non sollecitata

1. Oltre agli altri obblighi posti dal diritto comunitario, gli Stati membri che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedono affinché tali comunicazioni commerciali trasmesse da un prestatore stabilito nel loro territorio siano identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve.

2. Fatte salve la direttiva 97/7/CE e la direttiva 97/66/CE, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali.

Articolo 8

Professioni regolamentate

1. Gli Stati membri provvedono affinché l'impiego di comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte, fornite da chi esercita una professione regolamentata, siano autorizzate nel rispetto delle regole professionali relative, in particolare, all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi.

2. Fatta salva l'autonomia delle associazioni e organizzazioni professionali, gli Stati membri e la Commissione le incoraggiano a elaborare codici di condotta a livello comunitario che precisino le informazioni che possono essere fornite a fini di comunicazioni commerciali, nel rispetto del paragrafo 1.

3. Nell'elaborare proposte di iniziative comunitarie eventualmente necessarie per il buon funzionamento del mercato interno relativamente alle informazioni di cui al paragrafo 2, la Commissione tiene in debito conto i codici di condotta applicabili a livello comunitario, e agisce in stretta cooperazione con le pertinenti associazioni e organizzazioni professionali.

4. La presente direttiva integra le direttive comunitarie concernenti l'accesso alle attività delle professioni regolamentate e il loro esercizio.

Sezione 3: Contratti conclusi per via elettronica

Articolo 9

Disciplina dei contratti per via elettronica

1. Gli Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi, in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica.

2. Gli Stati membri possono decidere che il paragrafo 1 non si applichi a tutti o a taluni contratti delle seguenti categorie:

- 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 esercitano pubblici poteri;

c) contratti di fidejussione o di garanzia 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.

3. Gli Stati membri comunicano alla Commissione le categorie di cui al paragrafo 2 a cui essi non applicano il paragrafo 1. Ogni cinque anni gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione sull'applicazione del paragrafo 2 in cui indicano per quali motivi considerano necessario mantenere la categoria di cui al paragrafo 2, lettera b) a cui non applicano il paragrafo 1.

Articolo 10

Informazioni da fornire

1. Oltre agli altri obblighi di informazioni posti dal diritto comunitario, gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse da consumatori, il prestatore fornisca in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, almeno le seguenti informazioni:

- a) le varie fasi tecniche della conclusione del contratto;
- b) se il contratto concluso sarà archiviato dal prestatore e come si potrà accedervi;
- c) i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine;
- d) le lingue a disposizione per concludere il contratto.

2. Gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse da consumatori, il prestatore indichi gli eventuali codici di condotta pertinenti cui aderisce nonché come accedervi per via elettronica.

3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in un modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle.

4. I paragrafi 1 e 2 non sono applicabili ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

Articolo 11

Inoltro dell'ordine

1. Gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse da consumatori, nel caso in cui il destinatario di un servizio inoltri il proprio ordine mediante strumenti tecnologici, si applichino i seguenti principi:

- il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica;
- l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi.

2. Gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse da consumatori, il prestatore metta a disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili tali da permettere a quest'ultimo di individuare e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine.

3. Il paragrafo 1, primo trattino, ed il paragrafo 2 non sono applicabili ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

Sezione 4: Responsabilità dei prestatori intermediari

Articolo 12

Semplice trasporto («mere conduit»)

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli:

- a) non dia origine alla trasmissione;
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 1 includono 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.

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

Articolo 13

Memorizzazione temporanea detta «caching»

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore,
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, e
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.

2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

Articolo 14

«Hosting»

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

- a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

Articolo 15

Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza

1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.

CAPO III

APPLICAZIONE

Articolo 16

Codici di condotta

1. Gli Stati membri e la Commissione incoraggiano:

- a) l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello comunitario volti a contribuire all'efficace applicazione degli articoli da 5 a 15;
- b) la trasmissione volontaria dei progetti di codici di condotta a livello nazionale o comunitario alla Commissione;
- c) l'accessibilità per via elettronica ai codici di condotta nelle lingue comunitarie;

- d) la comunicazione agli Stati membri e alla Commissione, da parte di associazioni o organizzazioni professionali e di consumatori, della valutazione dell'applicazione dei codici di condotta e del loro impatto sulle pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico;
- e) l'elaborazione di codici di condotta riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana.

2. Gli Stati membri e la Commissione favoriscono la partecipazione delle associazioni che rappresentano i consumatori al processo di elaborazione e di applicazione dei codici di condotta di cui al paragrafo 1, lettera a), che riguardano i loro interessi. Per tener conto delle loro esigenze specifiche, dovrebbero essere consultate, ove opportuno, le associazioni che rappresentano i non vedenti, gli ipovedenti e i disabili.

Articolo 17

Composizione extragiudiziale delle controversie

1. Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale.
2. Gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte.
3. Gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie a comunicare alla Commissione le decisioni significative che adottano sui servizi della società dell'informazione nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico.

Articolo 18

Ricorsi giurisdizionali

1. Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell'informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa.
2. L'allegato della direttiva 98/27/CE è completato come segue:

*11. Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici

dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico"). (GU L 178 del 17.7.2000, pag. 1).*

Articolo 19

Cooperazione

1. Gli Stati membri dispongono di adeguati poteri di controllo e di indagine per applicare efficacemente la presente direttiva e provvedono affinché i prestatori comunichino loro le informazioni prescritte.
2. Gli Stati membri collaborano con gli altri Stati membri. A tal fine essi designano uno o più punti di contatto, di cui comunicheranno gli estremi agli altri Stati membri e alla Commissione.
3. Gli Stati membri forniscono quanto prima, a norma del diritto nazionale, anche per via elettronica, l'assistenza e le informazioni richieste dagli altri Stati membri o dalla Commissione.
4. Gli Stati membri istituiscono dei punti di contatto accessibili almeno per via elettronica ai quali possano rivolgersi destinatari e fornitori di servizi per:
 - a) ottenere informazioni generali sui diritti ed obblighi contrattuali e sui meccanismi di reclamo e ricorso disponibili in caso di controversie, compresi gli aspetti pratici dell'uso di siffatti meccanismi;
 - b) ottenere gli estremi delle autorità, organizzazioni o associazioni presso le quali possono ottenere ulteriori informazioni o assistenza pratica.
5. Gli Stati membri incoraggiano la comunicazione alla Commissione delle decisioni amministrative e giudiziarie significative prese nel loro territorio riguardo a controversie sui servizi della società dell'informazione nonché su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico. La Commissione comunica tali decisioni agli altri Stati membri.

Articolo 20

Sanzioni

Gli Stati membri comminano sanzioni per la violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

CAPO IV

Articolo 22

Attuazione

DISPOSIZIONI FINALI

Articolo 21

Riesame

1. Entro il 17 luglio 2000, e in seguito ogni due anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione della presente direttiva, corredata, se necessario, di proposte per adeguarla all'evoluzione giuridica, tecnica ed economica dei servizi della società dell'informazione, in particolare per quanto concerne la prevenzione dei reati, la protezione dei minori, la tutela dei consumatori e il corretto funzionamento del mercato interno.

2. Nell'esaminare la necessità di adeguamento della presente direttiva, la relazione analizza, segnatamente, la necessità di proposte relative alla responsabilità dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca, alle procedure di «notifica e rimozione» («notice and take down») e alla determinazione della responsabilità a seguito della rimozione del contenuto. La relazione esaminerà anche la necessità di condizioni ulteriori per l'esonero dalla responsabilità, di cui agli articoli 12 e 13, tenuto conto dell'evoluzione tecnica, nonché la possibilità di applicare i principi del mercato interno alle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica.

1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 17 gennaio 2000. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

2. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono decise dagli Stati membri.

Articolo 23

Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il giorno della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

Articolo 24

Destinatari

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

Fatto a Bruxelles, addì 8 giugno 2000.

Per il Parlamento europeo

La Presidente

N. FONTAINE

Per il Consiglio

Il Presidente

G. D'OLIVEIRA MARTINS

ALLEGATO

DEROGHE ALL'ARTICOLO 3

Come previsto all'articolo 3, paragrafo 3, i paragrafi 1 e 2 dell'articolo 3 non si applicano ai seguenti settori:

- i diritti d'autore, diritti vicini e i diritti di cui alle direttive 87/54/CEE⁽¹⁾ e 96/9/CEE⁽²⁾, nonché i diritti di proprietà industriale;
- l'emissione di moneta elettronica da parte di istituti per i quali gli Stati membri hanno applicato una delle deroghe di cui all'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/46/CE⁽³⁾;
- l'articolo 44, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE⁽⁴⁾;
- l'articolo 30 e il titolo IV della direttiva 92/49/CEE⁽⁵⁾, il titolo IV della direttiva 92/96/CEE⁽⁶⁾, gli articoli 7 e 8 della direttiva 88/357/CEE⁽⁷⁾ e l'articolo 4 della direttiva 90/619/CEE⁽⁸⁾;
- la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile al loro contratto;
- le obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori;
- la validità formale dei contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili nel caso in cui tali contratti debbano soddisfare requisiti formali imperativi previsti dalle legge dello Stato membro in cui il bene immobile è situato;
- l'ammissibilità delle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica.

(1) GU L 24 del 27.1.1987, pag. 36.

(2) GU L 77 del 27.3.1996, pag. 20.

(3) Non ancora pubblicata nella Gazzetta ufficiale.

(4) GU L 375 del 31.12.1985, pag. 3. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 95/26/CE (GU L 168 del 18.7.1995, pag. 7).

(5) GU L 228 dell' 11.8.1992, pag. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 92/26/CE.

(6) GU L 360 del 9.12.1992, pag. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 95/26/CE.

(7) GU L 172 del 4.7.1988, pag. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 92/49/CE.

(8) GU L 330 del 29.11.1990, pag. 50. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 92/96/CE.

DIRETTIVA 1999/93/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO
del 13 dicembre 1999
relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche

IL PARLAMENTO EUROPEO E IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare gli articoli 47, paragrafo 2, 55 e 95,

vista la proposta della Commissione ⁽¹⁾,

visto il parere del Comitato economico e sociale ⁽²⁾,

visto il parere del Comitato delle regioni ⁽³⁾,

deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 del trattato ⁽⁴⁾,

considerando quanto segue:

- (1) il 16 aprile 1997 la Commissione ha presentato al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni una comunicazione relativa ad un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico;
- (2) l'8 ottobre 1997 la Commissione ha presentato al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni una comunicazione intitolata «Garantire la sicurezza e l'affidabilità nelle comunicazioni elettroniche — Verso la definizione di un quadro europeo in materia di firme digitali e di cifratura»;
- (3) il 1° dicembre 1997 il Consiglio ha invitato la Commissione a presentare quanto prima una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle firme digitali;
- (4) le comunicazioni elettroniche e il commercio elettronico necessitano di firme elettroniche e dei servizi ad esse relativi, atti a consentire l'autenticazione dei dati; la divergenza delle norme in materia di riconoscimento giuridico delle firme elettroniche e di accreditamento dei prestatori di servizi di certificazione negli Stati membri può costituire un grave ostacolo all'uso delle comunicazioni elettroniche e del commercio elettronico; invece, un quadro comunitario chiaro relativo alle condizioni che si applicano alle firme elettroniche rafforzerà la fiducia nelle nuove tecnologie e la loro accettazione generale; la normativa negli Stati membri non dovrebbe essere di ostacolo alla libera circolazione di beni e di servizi nel mercato interno;
- (5) occorrerebbe promuovere l'interoperabilità dei prodotti di firma elettronica; a norma dell'articolo 14 del trattato, il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle

merci; per garantire la libera circolazione nell'ambito del mercato interno e infondere fiducia nelle firme elettroniche, è necessaria la conformità ai requisiti essenziali specifici relativi ai prodotti di firma elettronica, fatti salvi il regolamento (CE) n. 3381/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, che istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni di beni a duplice uso ⁽⁵⁾, e la decisione 94/942/PESC del Consiglio del 19 dicembre 1994, relativa all'azione comune adottata dal Consiglio riguardante il controllo delle esportazioni di beni a duplice uso ⁽⁶⁾;

- (6) la presente direttiva non armonizza la fornitura di servizi rispetto al carattere riservato dell'informazione quando sono oggetto di disposizioni nazionali inerenti all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza;
- (7) il mercato interno consente anche la libera circolazione delle persone la quale si traduce in una maggiore necessità, per i cittadini dell'Unione europea e per le persone che vi risiedono, di trattare con le autorità di Stati membri diversi da quello in cui risiedono; la disponibilità di comunicazioni elettroniche potrebbe essere di grande aiuto a questo riguardo;
- (8) la rapida evoluzione tecnologica e il carattere globale di Internet rendono necessario un approccio aperto alle varie tecnologie e servizi che consentono di autenticare i dati in modo elettronico;
- (9) le firme elettroniche verranno usate in svariate circostanze ed applicazioni, che comporteranno un'ampia gamma di nuovi servizi e prodotti facenti uso di firme elettroniche o ad esse collegati; la definizione di tali prodotti e servizi non dovrebbe essere limitata al rilascio e alla gestione di certificati, ma comprenderebbe anche ogni altro servizio e prodotto facente uso di firme elettroniche, o ad esse ausiliario, quali servizi di immatricolazione, servizi di apposizione del giorno e dell'ora, servizi di repertorizzazione, servizi informatici o di consulenza relativi alle firme elettroniche;
- (10) il mercato interno consente ai prestatori di servizi di certificazione di sviluppare le proprie attività transfrontaliere ai fini di accrescere la competitività e, pertanto, di offrire ai consumatori e alle imprese nuove opportunità di scambiare informazioni e di effettuare negozi per via elettronica in modo sicuro, indipendentemente dalle frontiere; al fine di stimolare la prestazione su scala comunitaria di servizi di certificazione sulle reti aperte, i prestatori di servizi di certificazione dovrebbero essere liberi di fornire i rispettivi servizi senza preventiva

⁽¹⁾ GU C 325 del 23.10.1998, pag. 5.

⁽²⁾ GU C 40 del 15.2.1999, pag. 29.

⁽³⁾ GU C 93 del 6.4.1999, pag. 33.

⁽⁴⁾ Parere del Parlamento europeo del 13 gennaio 1999 (GU C 104 del 14.4.1999, pag. 49), posizione comune del Consiglio del 28 giugno 1999 (GU C 243 del 27.8.1999, pag. 33) e decisione del Parlamento europeo del 27 ottobre 1999 (non ancora pubblicata nella Gazzetta ufficiale). Decisione del Consiglio del 30 novembre 1999.

⁽⁵⁾ GU L 367 del 31.12.1994, pag. 1. Regolamento modificato dal regolamento (CE) n. 837/95 (GU L 90 del 21.4.1995, pag. 1).

⁽⁶⁾ GU L 367 del 31.12.1994, pag. 8. Decisione modificata da ultimo dalla decisione 1999/193/PESC (GU L 73 del 19.3.1999, pag. 1).

- autorizzazione; per autorizzazione preventiva non si intende soltanto qualsiasi permesso che il prestatore di servizi interessato deve ottenere dalle autorità nazionali prima di poter fornire i propri servizi di certificazione, ma anche ogni altra misura avente effetto equivalente;
- (11) I sistemi di accreditamento facoltativo intesi a migliorare il livello di servizio fornito possono offrire ai prestatori di servizi di certificazione il quadro appropriato per l'ulteriore sviluppo dei loro servizi verso i livelli di fiducia, sicurezza e qualità richiesti dall'evoluzione del mercato; tali sistemi dovrebbero incoraggiare lo sviluppo di prassi ottimali tra i prestatori di servizi di certificazione; questi ultimi dovrebbero essere liberi di aderire a tali sistemi di accreditamento e di trarne vantaggio;
- (12) I servizi di certificazione possono essere forniti o da un'entità pubblica ovvero da una persona giuridica o fisica quando è costituita secondo il diritto nazionale; gli Stati membri non dovrebbero vietare ai prestatori di servizi di certificazione di operare al di fuori dei sistemi di accreditamento facoltativo; si dovrebbe garantire che tali sistemi di accreditamento non riducano la concorrenza nel settore dei servizi di certificazione;
- (13) gli Stati membri possono decidere come garantire il controllo del rispetto delle disposizioni contenute nella presente direttiva; quest'ultima non esclude l'istituzione di sistemi di controllo basati sul settore privato; la presente direttiva non obbliga i prestatori di servizi di certificazione a chiedere il controllo in base a un qualsiasi sistema d'accredimento applicabile;
- (14) è importante raggiungere l'equilibrio tra le esigenze dei consumatori e le esigenze delle imprese;
- (15) considerando che l'allegato III prevede requisiti relativi a dispositivi per la creazione di una firma sicura al fine di assicurare la funzionalità delle firme elettroniche avanzate; esso non contempla la globalità dell'ambiente del sistema in cui tali dispositivi operano; il funzionamento del mercato interno impone alla Commissione e agli Stati membri un'azione rapida al fine di permettere la designazione degli organismi preposti alla valutazione della conformità dei dispositivi di firma sicura rispetto all'allegato III; per rispondere alle esigenze del mercato, la valutazione della conformità deve essere tempestiva ed efficiente;
- (16) la presente direttiva contribuisce all'uso e al riconoscimento giuridico delle firme elettroniche nell'ambito della Comunità; le firme elettroniche usate esclusivamente all'interno di sistemi basati su accordi volontari di diritto privato fra un numero determinato di partecipanti non esigono una disciplina legislativa comune; nella misura consentita dal diritto nazionale, andrebbe rispettata la libertà delle parti di accordarsi sulle condizioni di accettazione dei dati firmati in modo elettronico; alle firme elettroniche utilizzate in tali sistemi non dovrebbero essere negate l'efficacia giuridica e l'ammissibilità come mezzo probatorio nei procedimenti giudiziari;
- (17) la presente direttiva non è diretta ad armonizzare le normative nazionali sui contratti, in particolare in materia di conclusione ed esecuzione dei contratti, od altre formalità di natura extracontrattuale concernenti l'apposizione di firme; per tale motivo, le disposizioni sugli effetti giuridici delle firme elettroniche non dovrebbero pregiudicare i requisiti formali previsti dal diritto nazionale sulla conclusione dei contratti o le regole di determinazione del luogo della conclusione del contratto;
- (18) la registrazione e la copia di dati per la creazione di una firma potrebbero costituire una minaccia per la validità giuridica delle firme elettroniche;
- (19) le firme elettroniche saranno utilizzate nel settore pubblico nell'ambito delle amministrazioni nazionali e comunitarie e nelle comunicazioni tra tali amministrazioni nonché con i cittadini e gli operatori economici, ad esempio nei settori degli appalti pubblici, della fiscalità, della previdenza sociale, della sanità e dell'amministrazione della giustizia;
- (20) criteri armonizzati relativi agli effetti giuridici delle firme elettroniche manterranno un quadro giuridico coerente in tutta la Comunità; il diritto nazionale stabilisce differenti requisiti per la validità giuridica delle firme autografe; i certificati possono essere usati per confermare l'identità di una persona che ricorre alla firma elettronica; le firme elettroniche avanzate basate su un certificato qualificato mirano ad un più alto livello di sicurezza; le firme elettroniche avanzate basate su un certificato qualificato e create mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura possono essere considerate giuridicamente equivalenti alle firme autografe solo se sono rispettati i requisiti per le firme autografe;
- (21) al fine di contribuire all'accettazione generale dei metodi di autenticazione elettronici, è necessario garantire che le firme elettroniche possano essere utilizzate come prove nei procedimenti giudiziari in tutti gli Stati membri; il riconoscimento giuridico delle firme elettroniche dovrebbe basarsi su criteri oggettivi e non essere connesso ad un'autorizzazione rilasciata al prestatore di servizi di certificazione interessato; il diritto nazionale disciplina la definizione dei campi giuridici in cui possono essere impiegati documenti elettronici e firme elettroniche; la presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli organi giurisdizionali nazionali di deliberare in merito alla conformità rispetto ai requisiti della presente direttiva e non lede le norme nazionali in materia di libero uso delle prove in giudizio;
- (22) la responsabilità dei prestatori di servizi di certificazione che forniscono tali servizi al pubblico è disciplinata dal diritto nazionale;
- (23) lo sviluppo del commercio elettronico internazionale rende necessarie soluzioni transfrontaliere che coinvolgano i paesi terzi; al fine di assicurare l'interoperabilità a livello globale, potrebbero essere utili accordi su regole multilaterali con paesi terzi concernenti il riconoscimento reciproco dei servizi di certificazione;

- (24) al fine di accrescere la fiducia da parte degli utenti nelle comunicazioni elettroniche e nel commercio elettronico, i prestatori di servizi di certificazione devono osservare la legislazione in materia di protezione dei dati e la vita privata degli individui;
- (25) le disposizioni sull'uso degli pseudonimi nei certificati non dovrebbe impedire agli Stati membri di chiedere l'identificazione delle persone in base alla normativa comunitaria o alla legislazione nazionale;
- (26) le misure necessarie per l'attuazione della presente direttiva devono essere adottate ai sensi dell'articolo 2 della decisione 1999/468/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione⁽¹⁾;
- (27) due anni dopo la sua attuazione la Commissione presenterà una relazione su questa direttiva al fine di garantire tra l'altro che il progresso tecnologico o il mutamento del quadro giuridico non abbiano creato ostacoli al raggiungimento degli obiettivi sanciti nella stessa; la Commissione dovrebbe esaminare le implicazioni dei settori tecnici connessi e presentare una relazione al riguardo al Parlamento europeo e al Consiglio;
- (28) secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui all'articolo 5 del trattato, l'obiettivo della creazione di un quadro giuridico armonizzato per la fornitura di firme elettroniche e dei servizi relativi non può essere sufficientemente realizzato dagli Stati membri e può dunque essere realizzato meglio a livello comunitario; la presente direttiva non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del trattato,

HANNO ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA:

Articolo 1

Ambito di applicazione

La presente direttiva è volta ad agevolare l'uso delle firme elettroniche e a contribuire al loro riconoscimento giuridico. Essa istituisce un quadro giuridico per le firme elettroniche e taluni servizi di certificazione al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno.

Essa non disciplina aspetti relativi alla conclusione e alla validità dei contratti o altri obblighi giuridici quando esistono requisiti relativi alla forma prescritti dal diritto nazionale o comunitario, né pregiudica le norme e i limiti che disciplinano l'uso dei documenti contenuti nel diritto nazionale o comunitario.

Articolo 2

Definizioni

Ai fini della presente direttiva, valgono le seguenti definizioni:

- 1) «firma elettronica», dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici ed utilizzata come metodo di autenticazione;

- 2) «firma elettronica avanzata», una firma elettronica che soddisfi i seguenti requisiti:
- a) essere connessa in maniera unica al firmatario;
 - b) essere idonea ad identificare il firmatario;
 - c) essere creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare il proprio controllo esclusivo;
 - d) essere collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di detti dati;
- 3) «firmatario», una persona che detiene un dispositivo per la creazione di una firma e agisce per conto proprio o per conto della persona fisica o giuridica o dell'entità che rappresenta;
- 4) «dati per la creazione di una firma», dati peculiari, come codici o chiavi crittografiche private, utilizzati dal firmatario per creare una firma elettronica;
- 5) «dispositivo per la creazione di una firma», un software configurato o un hardware usato per applicare i dati per la creazione di una firma;
- 6) «dispositivo per la creazione di una firma sicura», un dispositivo per la creazione di una firma che soddisfa i requisiti di cui all'allegato III;
- 7) «dati per la verifica della firma», dati, come codici o chiavi crittografiche pubbliche, utilizzati per verificare una firma elettronica;
- 8) «dispositivo di verifica della firma», un software configurato o un hardware usato per applicare i dati di verifica della firma;
- 9) «certificato», un attestato elettronico che collega i dati di verifica della firma ad una persona e conferma l'identità di tale persona;
- 10) «certificato qualificato», un certificato conforme ai requisiti di cui all'allegato I e fornito da un prestatore di servizi di certificazione che soddisfa i requisiti di cui all'allegato II;
- 11) «prestatore di servizi di certificazione», un'entità o una persona fisica o giuridica che rilascia certificati o fornisce altri servizi connessi alle firme elettroniche;
- 12) «prodotto di firma elettronica», hardware o software, oppure i componenti pertinenti del medesimo, destinati ad essere utilizzati da un prestatore di servizi di certificazione per la prestazione di servizi di firma elettronica oppure per la creazione o la verifica di firme elettroniche;
- 13) «accreditamento facoltativo», qualsiasi permesso che stabilisca diritti ed obblighi specifici della fornitura di servizi di certificazione, il quale sia concesso, su richiesta del prestatore di servizi di certificazione interessato, dall'organismo pubblico o privato preposto all'elaborazione e alla sorveglianza del rispetto di tali diritti ed obblighi, fermo restando che il prestatore di servizi di certificazione non è autorizzato ad esercitare i diritti derivanti dal permesso fino a che non abbia ricevuto la decisione da parte dell'organismo.

⁽¹⁾ GU L 184 del 17.7.1999, pag. 23.

Articolo 3

Accesso al mercato

1. Gli Stati membri non subordinano ad autorizzazione preventiva la prestazione di servizi di certificazione.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri possono introdurre o conservare sistemi di accreditamento facoltativi volti a fornire servizi di certificazione di livello più elevato. Tutte le condizioni relative a tali sistemi devono essere obiettive, trasparenti, proporzionate e non discriminatorie. Gli Stati membri non possono limitare il numero di prestatori di servizi di certificazione accreditati per motivi che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva.

3. Ciascuno Stato membro provvede affinché venga istituito un sistema appropriato che consenta la supervisione dei prestatori di servizi di certificazione stabiliti nel loro territorio e rilasci al pubblico certificati qualificati.

4. La conformità dei dispositivi per la creazione di una firma sicura ai requisiti di cui all'allegato III è determinata dai pertinenti organismi pubblici o privati designati dagli Stati membri. Secondo la procedura di cui all'articolo 9 la Commissione fissa i criteri in base ai quali gli Stati membri stabiliscono se un organismo può essere designato.

La conformità ai requisiti di cui all'allegato III accertata dagli organismi di cui al primo comma è riconosciuta da tutti gli Stati membri.

5. Secondo la procedura di cui all'articolo 9 la Commissione può determinare e pubblicare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* i numeri di riferimento di norme generalmente riconosciute relative a prodotti di firma elettronica. Un prodotto di firma elettronica conforme a tali norme viene considerato dagli Stati membri conforme ai requisiti di cui all'allegato II, lettera f) e all'allegato III.

6. Gli Stati membri e la Commissione cooperano per promuovere lo sviluppo e l'uso dei dispositivi di verifica della firma, alla luce delle raccomandazioni per la verifica della firma sicura di cui all'allegato IV e nell'interesse dei consumatori.

7. Gli Stati membri possono assoggettare l'uso delle firme elettroniche nel settore pubblico ad eventuali requisiti supplementari. Tali requisiti debbono essere obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e riguardare unicamente le caratteristiche specifiche dell'uso di cui trattasi. Tali requisiti non possono rappresentare un ostacolo ai servizi transfrontalieri per i cittadini.

Articolo 4

Principi del mercato interno

1. Ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali da esso adottate in base alla presente direttiva ai prestatori di servizi di certificazione stabiliti nel suo territorio e ai servizi da

essi forniti. Gli Stati membri non possono limitare la prestazione di servizi di certificazione originati in un altro Stato membro nella materia disciplinata dalla presente direttiva.

2. Gli Stati membri consentono ai prodotti di firma elettronica conformi alla presente direttiva di circolare liberamente nel mercato interno.

Articolo 5

Effetti giuridici delle firme elettroniche

1. Gli Stati membri provvedono a che le firme elettroniche avanzate basate su un certificato qualificato e create mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura:

- a) posseggano i requisiti legali di una firma in relazione ai dati in forma elettronica così come una firma autografa li possiede per dati cartacei; e
- b) siano ammesse come prova in giudizio.

2. Gli Stati membri provvedono affinché una firma elettronica non sia considerata legalmente inefficace e inammissibile come prova in giudizio unicamente a causa del fatto che è:

- in forma elettronica, o
- non basata su un certificato qualificato, o
- non basata su un certificato qualificato rilasciato da un prestatore di servizi di certificazione accreditato, ovvero
- non creata da un dispositivo per la creazione di una firma sicura.

Articolo 6

Responsabilità

1. Gli Stati membri provvedono almeno a che il prestatore di servizi di certificazione che rilascia al pubblico un certificato come certificato qualificato o che garantisce al pubblico tale certificato, sia responsabile per danni provocati a entità o persone fisiche o giuridiche che facciano ragionevole affidamento su detto certificato:

- a) per quanto riguarda l'esattezza di tutte le informazioni contenute nel certificato qualificato a partire dalla data di rilascio e il fatto che esso contenga tutti i dati prescritti per un certificato qualificato,
- b) per la garanzia che, al momento del rilascio del certificato, il firmatario identificato nel certificato qualificato detenesse i dati per la creazione della firma corrispondenti ai dati per la verifica della firma riportati o identificati nel certificato,
- c) la garanzia che i dati per la creazione della firma e i dati per la verifica della firma possano essere usati in modo complementare, nei casi in cui il fornitore di servizi di certificazione generi entrambi,

a meno che il prestatore di servizi di certificazione provi di aver agito senza negligenza.

2. Gli Stati membri provvedono almeno a che il prestatore di servizi di certificazione che rilascia al pubblico un certificato come certificato qualificato sia responsabile, nei confronti di entità o di persone fisiche o giuridiche che facciano ragionevole affidamento sul certificato, dei danni provocati, per la mancata registrazione della revoca del certificato, a meno che provi di aver agito senza negligenza.

3. Gli Stati membri provvedono a che un prestatore di servizi di certificazione possa indicare, in un certificato qualificato, i limiti d'uso di detto certificato, purché tali limiti siano riconoscibili da parte dei terzi. Il prestatore di servizi di certificazione deve essere esentato dalla responsabilità per i danni derivanti dall'uso di un certificato qualificato che ecceda i limiti posti nello stesso.

4. Gli Stati membri provvedono affinché un prestatore di servizi di certificazione abbia la facoltà di indicare nel certificato qualificato un valore limite per i negozi per i quali può essere usato il certificato, purché tali limiti siano riconoscibili da parte dei terzi.

Il prestatore di servizi di certificazione non è responsabile dei danni risultanti dal superamento di detto limite massimo.

5. I paragrafi da 1 a 4 lasciano impregiudicata la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (1).

Articolo 7

Aspetti internazionali

1. Gli Stati membri provvedono a che i certificati rilasciati al pubblico come certificati qualificati da un prestatore di servizi di certificazione stabilito in un paese terzo siano riconosciuti giuridicamente equivalenti ai certificati rilasciati da un prestatore di servizi di certificazione stabilito nella Comunità, in presenza di una delle seguenti condizioni:

- il prestatore di servizi di certificazione possiede i requisiti di cui alla presente direttiva e sia stato accreditato in virtù di un sistema di accreditamento facoltativo stabilito in uno Stato membro, oppure
- il certificato è garantito da un prestatore di servizi di certificazione stabilito nella Comunità, in possesso dei requisiti di cui alla presente direttiva, oppure
- il certificato o il prestatore di servizi di certificazione è riconosciuto in forza di un accordo bilaterale o multilaterale tra la Comunità e paesi terzi o organizzazioni internazionali.

2. Al fine di agevolare servizi di certificazione transfrontalieri con paesi terzi e il riconoscimento giuridico delle firme elettroniche avanzate che hanno origine in paesi terzi, la Commissione presenta, se del caso, proposte miranti all'effettiva attuazione di norme e di accordi internazionali applicabili ai servizi di certificazione. In particolare, ove necessario, essa presenta al Consiglio proposte relative a mandati per la negoziazione di accordi bilaterali e multilaterali con paesi terzi e organizzazioni internazionali. Il Consiglio decide a maggioranza qualificata.

3. Ogniqualvolta la Commissione è informata di difficoltà che le imprese comunitarie incontrano riguardo all'accesso al mercato di paesi terzi, essa può, se necessario, presentare al Consiglio proposte in merito a un appropriato mandato di negoziato per ottenere diritti paragonabili per le imprese comunitarie in tali paesi terzi. Il Consiglio decide a maggioranza qualificata.

Le misure adottate a norma di questo paragrafo lasciano impregiudicati gli obblighi della Comunità e degli Stati membri derivanti da accordi internazionali in materia.

Articolo 8

Protezione dei dati

1. Gli Stati membri provvedono a che i prestatori di servizi di certificazione e gli organismi nazionali responsabili dell'accreditamento o della supervisione si conformino alla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (2).

2. Gli Stati membri consentono a un prestatore di servizi di certificazione che rilascia certificati al pubblico di raccogliere dati personali solo direttamente dalla persona cui si riferiscono o previo suo esplicito consenso, e soltanto nella misura necessaria al rilascio e al mantenimento del certificato. I dati non possono essere raccolti o elaborati per fini diversi senza l'esplicito consenso della persona cui si riferiscono.

3. Fatti salvi gli effetti giuridici che la legislazione nazionale attribuisce agli pseudonimi, gli Stati membri non vietano al prestatore di servizi di certificazione di riportare sul certificato uno pseudonimo in luogo del nome del firmatario.

Articolo 9

Comitato

1. La Commissione è assistita da un «comitato per la firma elettronica», in prosieguo denominato «il comitato».

2. Nei casi in cui si fa riferimento al presente paragrafo, si applicano gli articoli 4 e 7 della decisione 1999/468/CE, tenuto conto dell'articolo 8 della stessa.

Il periodo di cui all'articolo 4, paragrafo 3 della decisione 1999/468/CE è fissato a tre mesi.

3. Il comitato adotta il proprio regolamento interno.

Articolo 10

Compiti del comitato

Il comitato precisa i requisiti di cui agli allegati della presente direttiva, i criteri di cui all'articolo 3, paragrafo 4 e le norme generalmente riconosciute per i prodotti di firma elettronica istituite e pubblicate a norma dell'articolo 3, paragrafo 5, secondo la procedura di cui all'articolo 9, paragrafo 2.

(1) GU L 95 del 21.4.1993, pag. 29.

(2) GU L 281 del 23.11.1995, pag. 31.

*Articolo 11***Notificazione**

1. Gli Stati membri comunicano alla Commissione e agli altri Stati membri le seguenti informazioni:
 - a) sistemi di accreditamento facoltativi nazionali ed ogni requisito supplementare a norma dell'articolo 3, paragrafo 7;
 - b) nomi e indirizzi degli organismi nazionali responsabili dell'accREDITAMENTO e della supervisione nonché degli organismi di cui all'articolo 3, paragrafo 4;
 - c) i nomi e gli indirizzi di tutti i prestatori di servizi di certificazione nazionali accreditati.
2. Le informazioni di cui al paragrafo 1 e le loro eventuali variazioni sono notificate agli Stati membri al più presto.

*Articolo 12***Riesame**

1. Entro il 19 luglio 2003 la Commissione riesamina l'applicazione della presente direttiva e presenta una relazione in merito al Parlamento europeo e al Consiglio.
2. Nel riesame si valuta, tra l'altro, se l'ambito di applicazione della presente direttiva debba essere modificato per tener conto dei progressi tecnologici, dell'evoluzione del mercato e degli sviluppi giuridici. La relazione include in particolare una valutazione, sulla base dell'esperienza acquisita, degli aspetti relativi all'armonizzazione. La relazione è corredata, se del caso, di proposte legislative.

*Articolo 13***Attuazione**

1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 19 luglio 2001. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono decise dagli Stati membri.

2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno che adottano nella materia disciplinata dalla presente direttiva.

*Articolo 14***Entrata in vigore**

La presente direttiva entra in vigore il giorno della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

*Articolo 15***Destinatari**

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

Fatto a Bruxelles, addì 13 dicembre 1999.

Per il Parlamento europeo

La Presidente

N. FONTAINE

Per il Consiglio

Il Presidente

S. HASSI

ALLEGATO I

Requisiti relativi ai certificati qualificati

I certificati qualificati devono includere:

- a) l'indicazione che il certificato rilasciato è un certificato qualificato;
 - b) l'identificazione e lo Stato nel quale è stabilito il prestatore di servizi di certificazione;
 - c) il nome del firmatario del certificato o uno pseudonimo identificato come tale;
 - d) l'indicazione di un attributo specifico del firmatario, da includere se pertinente, a seconda dello scopo per cui il certificato è richiesto;
 - e) i dati per la verifica della firma corrispondenti ai dati per la creazione della firma sotto il controllo del firmatario;
 - f) un'indicazione dell'inizio e del termine del periodo di validità del certificato;
 - g) il codice d'identificazione del certificato;
 - h) la firma elettronica avanzata del prestatore di servizi di certificazione che ha rilasciato il certificato;
 - i) i limiti d'uso del certificato, ove applicabili; e
 - j) i limiti del valore dei negozi per i quali il certificato può essere usato, ove applicabili.
-

ALLEGATO II

Requisiti relativi ai prestatori di servizi di certificazione che rilasciano certificati qualificati

I prestatori di servizi di certificazione devono:

- a) dimostrare l'affidabilità necessaria per fornire servizi di certificazione;
- b) assicurare il funzionamento di un servizio di repertorizzazione puntuale e sicuro e garantire un servizio di revoca sicuro e immediato;
- c) assicurare che la data e l'ora di rilascio o di revoca di un certificato possano essere determinate con precisione;
- d) verificare con mezzi appropriati, secondo la legislazione nazionale l'identità e, eventualmente, le specifiche caratteristiche della persona cui è rilasciato un certificato qualificato;
- e) impiegare personale dotato delle conoscenze specifiche, dell'esperienza e delle qualifiche necessarie per i servizi forniti, in particolare la competenza a livello gestionale, la conoscenza specifica nel settore della tecnologia delle firme elettroniche e la dimestichezza con procedure di sicurezza appropriate; essi devono inoltre applicare procedure e metodi amministrativi e di gestione adeguati e corrispondenti a norme riconosciute;
- f) utilizzare sistemi affidabili e prodotti protetti da alterazioni e che garantiscano la sicurezza tecnica e crittografica dei procedimenti di cui sono oggetto;
- g) adottare misure contro la contraffazione dei certificati e, nei casi in cui il prestatore di servizi di certificazione generi dati per la creazione di una firma, garantire la riservatezza nel corso della generazione di tali dati;
- h) disporre di risorse finanziarie sufficienti ad operare secondo i requisiti previsti dalla direttiva, in particolare per sostenere il rischio di responsabilità per danni, ad esempio stipulando un'apposita assicurazione;
- i) tenere una registrazione di tutte le informazioni pertinenti relative ad un certificato qualificato per un adeguato periodo di tempo, in particolare al fine di fornire la prova della certificazione in eventuali procedimenti giudiziari. Tali registrazioni possono essere elettroniche;
- j) non conservare né copiare i dati per la creazione della firma della persona cui il prestatore di servizi di certificazione ha fornito i servizi di gestione della chiave;
- k) prima di avviare una relazione contrattuale con una persona che richieda un certificato a sostegno della sua firma elettronica, informarla con un mezzo di comunicazione durevole, degli esatti termini e condizioni relative all'uso del certificato, compresa ogni limitazione dell'uso, l'esistenza di un sistema di accreditamento facoltativo e le procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie. Dette informazioni, che possono essere trasmesse elettronicamente, devono essere scritte e utilizzare un linguaggio comprensibile. Su richiesta, elementi pertinenti delle informazioni possono essere resi accessibili a terzi che facciano affidamento sul certificato;
- l) utilizzare sistemi affidabili per memorizzare i certificati in modo verificabile e far sì che:
 - soltanto le persone autorizzate possano effettuare inserimenti e modifiche;
 - l'autenticità delle informazioni sia verificabile,
 - i certificati siano accessibili alla consultazione del pubblico soltanto nei casi consentiti dal titolare del certificato,
 - l'operatore possa rendersi conto di qualsiasi modifica tecnica che comprometta i requisiti di sicurezza.

ALLEGATO III

Requisiti relativi ai dispositivi per la creazione di una firma sicura

1. I dispositivi per la creazione di una firma sicura, mediante mezzi tecnici e procedurali appropriati, devono garantire almeno che:
 - a) i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa possono comparire in pratica solo una volta e che è ragionevolmente garantita la loro riservatezza;
 - b) i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa non possono, entro limiti ragionevoli di sicurezza, essere derivati e la firma è protetta da contraffazioni compiute con l'impiego di tecnologia attualmente disponibile;
 - c) i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa sono sufficientemente protetti dal firmatario legittimo contro l'uso da parte di terzi.
2. I dispositivi per la creazione di una firma sicura non devono alterare i dati da firmare né impediscono che tali dati siano presentati al firmatario prima dell'operazione di firma.

ALLEGATO IV

Raccomandazioni per la verifica della firma sicura

- Durante il processo relativo alla verifica della firma occorre garantire, entro limiti ragionevoli di certezza, che:
- a) i dati utilizzati per la verifica della firma corrispondono ai dati comunicati al verificatore;
 - b) la firma è verificata in modo affidabile e i risultati della verifica correttamente comunicati;
 - c) il verificatore può, all'occorrenza, stabilire in modo attendibile i contenuti dei dati firmati;
 - d) l'autenticità e la validità del certificato necessario al momento della verifica della firma sono verificate in modo attendibile;
 - e) i risultati della verifica e dell'identità del firmatario sono comunicati correttamente;
 - f) l'uso di uno pseudonimo è chiaramente indicato;
 - g) qualsiasi modifica che incida sulla sicurezza può essere individuata.



General Assembly

Distr.: Limited
20 September 2001

Original: English

United Nations Commission on International Trade Law

Working Group IV (Electronic Commerce)
Thirty-ninth session
New York, 11-15 March 2002

Legal aspects of electronic commerce

Electronic contracting: provisions for a draft convention

Note by the Secretariat

Contents

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-8	3
II. Sphere of application of an international instrument on electronic contracting	9-36	4
A. Substantive sphere of application	10-23	5
1. The notion of "electronic contracting"	10-12	5
2. Types of contracts to be covered	13-23	5
B. Geographic sphere of application	24-36	8
1. "International contracts"	25-33	8
2. Sphere of application independent of the location of the parties	34-36	9
III. General provisions: location of the parties	37-46	10
A. General issues related to location of the parties	38-40	10
B. Particular considerations on electronic commerce	41-46	11

IV.	Formation of contracts	47-84	12
A.	General issues	48-69	12
1.	Offer and acceptance	49-54	13
2.	Expression of consent	55-58	14
3.	Receipt and dispatch	59-62	15
4.	Possible additional issues	63-69	16
B.	Special issues	70-84	17
1.	Automated computer systems	71-73	17
2.	Treatment of mistake and error	74-79	18
3.	System requirements	80-84	19
V.	Form requirements	85-91	20
A.	Writing and signature requirements	88-89	21
B.	Other requirements	90-91	21
Annex I	Preliminary draft convention on contracts concluded or evidenced by data messages . . .		23
Annex II	Common exclusions from the sphere of application of domestic or regional laws that recognize the legal effect of electronic messages and signatures		35

I. Introduction

1. At the thirty-second session of the Commission, in 1999, various suggestions were made with respect to future work in the field of electronic commerce after completion of the model law on electronic signatures. It was recalled that, at the close of the thirty-second session of the Working Group, it had been proposed that the Working Group might wish to give preliminary consideration to undertaking the preparation of an international convention based on relevant provisions of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and of the draft model law on electronic signatures (A/CN.9/446, para. 212).¹ The Commission was informed that interest had been expressed in a number of countries in the preparation of such an instrument.

2. The attention of the Commission was drawn to a recommendation adopted on 15 March 1999 by the Centre for the Facilitation of Procedures and Practices for Administration, Commerce and Transport (CEFACT) of the United Nations Economic Commission for Europe (ECE).² That text recommended that UNCITRAL consider the actions necessary to ensure that references to "writing", "signature" and "document" in conventions and agreements relating to international trade allowed for electronic equivalents. Support was expressed for the preparation of an omnibus protocol to amend multilateral treaty regimes to facilitate the increased use of electronic commerce.

3. Other items suggested for future work included: electronic transactional and contract law; electronic transfer of rights in tangible goods; electronic transfer of intangible rights; rights in electronic data and software (possibly in cooperation with the World Intellectual Property Organization (WIPO)); standard terms for electronic contracting (possibly in cooperation with the International Chamber of Commerce (ICC) and the Internet Law and Policy Forum (ILPF)); applicable law and jurisdiction (possibly in cooperation with the Hague Conference on Private International Law); and on-line dispute settlement systems.³

4. At its thirty-third session, in 2000, the Commission held a preliminary exchange of views regarding future work in the field of electronic commerce. The Commission focused its attention on three of the topics mentioned above. The first dealt with electronic contracting considered from the perspective of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter referred to as "the United Nations Sales Convention" or "the Convention"). The second topic was on-line dispute settlement. The third topic was dematerialization of documents of title, in particular in the transport industry.

5. The Commission welcomed the proposal to consider further the possibility of undertaking future work on the those topics. While no decision as to the scope of future work could be made until further discussion had taken place in the Working Group, the Commission generally agreed that, upon completing its current task, namely, the preparation of the draft model law on electronic signatures, the Working Group would be expected to examine, at its first meeting in 2001, some or all of the above-mentioned topics, as well as any additional topic, with a view to making more specific proposals for future work by the Commission. It was agreed that work to be carried out by the Working Group could involve consideration of several topics in parallel as well as preliminary discussion of the contents of possible uniform rules on certain aspects of the above-mentioned topics.⁴

6. The Working Group considered those proposals at its thirty-eighth session, in 2001, on the basis of a set of notes dealing with a possible convention to remove obstacles to electronic commerce in existing international conventions (A/CN.9/WG.IV/WP.89); dematerialization of documents of title (A/CN.9/WG.IV/WP.90); and electronic contracting (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

7. The Working Group concluded its deliberations on future work by recommending to the Commission that work towards the preparation of an international instrument dealing with certain issues in electronic contracting be begun on a priority basis. At the same time, it was agreed to recommend to the Commission that the Secretariat be entrusted with the preparation of the necessary studies concerning three other topics considered by the Working Group, namely: (a) a comprehensive survey of possible legal barriers to the development of electronic commerce in international instruments, including, but not limited to, those instruments already mentioned in the CEFACCT survey; (b) a further study of the issues related to transfer of rights, in particular, rights in tangible goods, by electronic means and mechanisms for publicizing and keeping a record of acts of transfer or the creation of security interests in such goods; and (c) a study discussing the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as well as the UNCITRAL Arbitration Rules, to assess their appropriateness for meeting the specific needs of online arbitration (A/CN.9/484, paras. 94-127). The Commission endorsed those recommendations at its thirty-fourth session, in 2001.⁵

8. This note provides further information on the issues of electronic contracting, on which the Working Group held an extensive discussion at its thirty-eighth session (A/CN.9/484, paras. 94-127). Annex I to this note contains a preliminary draft of an international convention dealing with those issues. The form of a convention reflects a preliminary working assumption made by the Working Group, of which the Commission took note at its thirty-fourth session, in 2001,⁶ that the form of the instrument to be prepared could be that of a stand-alone convention dealing broadly with the issues of contract formation in electronic commerce (*ibid.* para. 124). The form of an international convention would seem to be best suited to achieve the desired degree of legal certainty and predictability in international electronic commerce. Once the scope and the thrust of the uniform text has been considered, the Working Group would be in a better position to make a final decision on the form of the instrument. Annex II to this note reproduces, for the information of the Working Group, domestic and regional legislative provisions on matters excluded from the scope of electronic commerce legislation. In preparing this note the Secretariat held consultations with outside experts and other organizations interested in this topic, including the International Chamber of Commerce (ICC) and the Internet Law and Policy Forum (ILPF). The Working Group may wish to use this note as a basis for its deliberations.

II. Sphere of application of an international instrument on electronic contracting

9. The sphere of application of an international instrument on electronic contracting can be determined by geographic factors as well as by the subject matters to be covered (substantive field of application). The following paragraphs

discuss elements that the Working Group may wish to take into account when considering criteria for determining the sphere of application of the new instrument.

A. Substantive sphere of application

1. The notion of "electronic contracting"

10. Although frequently used in its deliberation, the expression "electronic contracting" has not been defined by the Working Group. Nevertheless, it appears from the deliberations of the Working Group that this expression has been used to refer to the formation of contracts by means of electronic communications, or "data messages" in the meaning of the subparagraph (a) of article 2 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. This understanding of the expression "electronic contracting" is also consistent with the meaning given to this expression in legal writings. Indeed, "electronic contracting" is regarded as "a method for forming agreements, not a subset based upon any specialized subject matter".⁷

11. "Electronic contracts" are not believed to be "fundamentally different from paper-based contracts".⁸ Nevertheless, electronic commerce does not fully reproduce contracting patterns used on contract formation through more traditional means. Thus, although an international harmonization effort to eliminate legal obstacles to the use of modern means of communication might not be primarily concerned with substantive law issues, some adaptation of traditional rules on contract formation may be needed to accommodate the needs of electronic commerce. If the Working Group confirms that this understanding of "electronic contracting" is correct, the new instrument would be primarily concerned with particular issues of contract formation raised by the use of data messages, but not with the material elements of offer and acceptance or the mutual rights and obligations of the parties under the contract. Substantive law issues arising under any given contract would continue to be governed by the applicable law. By the same token, the new instrument, even though dealing with the legal effect that data messages may have for the purpose of contract formation, would not otherwise deal with the validity of contracts. Matters such as the legal capacity of the parties and requirements for the validity of contracts would not be governed by the new instrument.

12. These assumptions have been reflected in paragraph 1 of draft article 1 (in both variants) and in draft article 3 of the preliminary draft convention contained in Annex I hereto. The Working Group may wish to consider whether its understanding of the expression "electronic contracting" is adequately reflected in those draft provisions.

2. Types of contracts to be governed

13. The Working Group held a preliminary discussion on the types of contracts to be covered by the new instrument. One of the views was that, given the urgent need for the introduction of legal rules required to bring greater certainty and predictability to the international regime governing Internet-based and other electronic commerce transactions, the Working Group should initially focus its attention on issues raised by electronic contracting in the area of international sales of tangible goods (A/CN.9/484, para. 95). However, the discussion held by the

Working Group does not appear to indicate that the new instrument should be solely concerned with the formation of sales contracts for tangible goods. Indeed, there was general agreement within the Working Group that "it might be useful to develop harmonized rules to govern international transactions other than sales of movable tangible goods in the traditional sense" (*ibid.*, para. 115).

14. On the basis of the above understanding of the initial conclusions of the Working Group, the preliminary draft convention is not limited to sales contracts, but covers any contract "concluded or evidenced by electronic means". There are, however, two notable exceptions, as indicated below.

(a) **Consumer contracts**

15. The first limitation that results from the deliberations of the Working Group concerns consumer contracts. Although mindful of the practical difficulty of distinguishing certain consumer transactions from commercial transactions, the Working Group came to the preliminary conclusion that it should not focus its attention on consumer protection issues (*ibid.*, para. 122). When the Commission endorsed the Working Group's recommendations, it was understood, *inter alia*, that the Working Group would not focus its work primarily on consumer transactions. That understanding is reflected in subparagraph (a) of draft article 2. The Working Group may wish to consider whether, as an alternative to an outright exclusion, the future instrument should follow the example of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, whereby an exclusion of consumer transactions is offered as an option for the enacting State.

16. One issue that may deserve further consideration by the Working Group concerns the manner in which an exclusion of consumer transactions should be formulated. At the thirty-eighth session of the Working Group it was suggested that the description of consumer transactions contained in article 2, subparagraph (a), of the United Nations Sales Convention might need to be reconsidered with a view to better reflecting electronic commerce practice (A/CN.9/484, para. 122). However, as no alternative was then proposed to the criteria used in subparagraph (a) of article 2 of the United Nations Sales Convention, article 2, subparagraph (a) of the preliminary draft convention uses the same criteria as the United Nations Sales Convention.

17. Another issue that the Working Group may wish to consider is whether under certain circumstances the consumer character of a transaction could be disregarded for the purpose of applying the new instrument. According to its article 2, subparagraph (a), the United Nations Sales Convention does not apply to sales of goods bought for personal, family or household use, "unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use". According to legal literature, where the buyer does not inform the seller of such a purpose, the applicability of the United Nations Sales Convention depends on the ability that the seller had to recognize that purpose. In order to determine whether this possibility exists, elements such as the number or nature of items bought should be taken into account. It should be noted, however, that, as indicated in the commentary on the draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, which was prepared by the Secretariat (A/CONF.97/5), article 2, subparagraph (a), of the United Nations Sales Convention was based on the assumption that consumer transactions were

international transactions only in "relatively few cases".⁹ Thus, the underlying assumption of article 2, subparagraph (a), of the United Nations Sales Convention is that consumer contracts would only exceptionally be covered by the Convention in cases where the consumer purpose of the transaction was not apparent.

18. The preliminary draft convention includes a provision along the lines of article 2, subparagraph (a), of the United Nations Sales Convention, without, however, the phrase "unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use". The reason for such an exclusion is that it was felt at the Working Group's preliminary discussion on the matter that the words "ought to have known" in article 2, subparagraph (a), of the United Nations Sales Convention might be difficult to apply in practice to electronic transactions (A/CN.9/484, para. 120). Furthermore, with the ease of access afforded by open communication systems, such as the Internet, the likelihood of consumers purchasing goods from sellers established abroad is greater than in a paper-based environment.

19. The Working Group may nevertheless wish to consider whether additional provisions might be needed in the preliminary draft convention so as provide greater certainty as to whether a particular contract would fall under its scope of application, for instance, by requiring persons offering goods or services through open communication systems to provide means for persons contracting with them to state the purpose of the contract.

(b) Contracts relating to the grant of limited use of intellectual property rights

20. The second exclusion is not related to the purpose of the transaction but to the nature of the contract. From the discussion held by the Working Group on licensing arrangements (*ibid.*, para. 116) and on transactions involving so-called "virtual goods" (*ibid.*, para. 117), it appears that the initial assumption of the Working Group was that the new instrument should not be concerned with contracts having the primary purpose of granting a limited right to use a certain product, under conditions laid down in the relevant agreement, which the Working Group referred to as "licensing contracts" (*ibid.*).

21. It should be noted, however, that, as it appears from the initial deliberations of the Working Group, the criterion for establishing such a limitation would not be the nature of the goods being traded (whether tangible goods or "virtual goods"), but rather the nature of the contract entered into by the parties and their intention (*ibid.*). Under such an approach, a contract where the buyer or "user" is free from restrictions as to the use of the product (be it a tangible or a "virtual good") would normally be governed by the new instrument, even if such product incorporates patented or copyrighted work. In contrast, contracts where the agreement allows the producer or developer of the "virtual good" (or service) to exercise control over the product down through the licensing chain, the contract would remain outside the scope of the preliminary draft convention.

22. Thus, subparagraph (b) of draft article 2 excludes from the application of the preliminary draft convention "contracts relating to the grant of limited use of intellectual property rights". The Working Group may wish to consider whether the draft provision adequately reflects the understanding of the Working Group.

(c) **Other exclusions**

23. The Working Group may wish to consider whether other types of contracts should be excluded from the scope of application of the new instrument. With a view to facilitating the deliberations of the Working Group, Annex II reproduces, for illustration purposes, provisions of domestic or regional legislation that exclude certain matters from the scope of application of legislation adopted to facilitate the use of electronic commerce or, more generally, promote the use of electronic means of communication.

B. Geographic sphere of application

24. The sphere of application of the new instrument may either be limited to international contracts or cover any contract concluded or evidenced by data messages, regardless of the location of the parties. In the first case, the new instrument would need to establish criteria for determining when a contract is "international". Furthermore, a choice should be made as to whether the instrument would apply to any international contract or only to contracts that show connections to contracting States of the new instrument. These alternative approaches are discussed below.

I. "International contracts"

25. Most of the trade law instruments that have been prepared by the Commission apply only to "international" transactions. One notable exception, however, is the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, which does not distinguish between domestic and international transactions, but offers the enacting State the option to limit the scope of application of the law to international transactions.

26. The international character of a contract may be defined in a variety of ways. The solutions adopted in both national and international legislation range from a reference to the place of business or habitual residence of the parties in different countries¹⁰ to the adoption of more general criteria such as the contract having "significant connections with more than one State", or relating "to international commerce".¹¹

27. At the thirty-eighth session of the Working Group it was suggested that, in view of practical difficulties in establishing the places of business of the parties, in the absence of a clear indication by them, other criteria should be used for establishing the geographic sphere of application of the future instrument, such as the place of contract formation (A/CN.9/484, paras.110-111). The Working Group agreed, however, that the place of conclusion of a contract, as traditionally understood in private international law, might not provide sufficient basis for a workable solution in an electronic environment (*ibid.*, para. 112).

28. Indeed, rules on contract formation often distinguish between "instantaneous" and "non-instantaneous" communications of offer and acceptance or between communications exchanged among parties present at the same place at the same time (*inter praesentes*) or communications exchanged at distance (*inter absentes*). Typically, unless the parties engage in "instantaneous" communication or are negotiating face-to-face, a contract is formed either when acceptance is dispatched

to the offeror or when the offeror receives it. The place of contract formation can be relatively easily established once the place of dispatch or receipt are known.

29. In electronic commerce, however, it may be difficult to determine the place at which a message has been either dispatched or received. Transmission protocols of data message between different information systems usually register the moment when a message is delivered from one information system to another, or the moment when it is effectively received or read by the addressee. However, transmission protocols do not usually indicate the geographic location of the communication systems. It is not surprising, therefore, that article 15 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce refers to the notion of "place of business" when providing rules to determine the places of dispatch and receipt of data messages.

30. In the light of the practical difficulty of determining in advance the place of contract formation, this criterion has not been used to establish the sphere of application of the preliminary draft convention.

31. Other concepts proposed at the thirty-eighth session of the Working Group included the notion of "centre of gravity" of a contract (*ibid.*, para. 112). However, a review of selected international instruments shows that references to the place that "has the closest relationship to the contract and its performance" or to other similar notions in most cases are only subsidiary means for determining a party's place of business, typically in case of plurality of places of business.¹² Furthermore, it is doubtful that the "centre of gravity" of a contract might always be apparent to the parties at the time the contract is concluded.

32. For the above reasons, paragraph 1 of variant B of draft article 1 refers to the places of business of the parties, as this criterion has traditionally been used in international instruments prepared by the Commission and by other international organizations, such as UNIDROIT.¹³ Where a party has more than one place of business, paragraph 2 of draft article 7 refers to the place that has the closest relationship to the contract and its performance.

33. The preceding observations lead to the second question related to the geographic sphere of application of the new instrument, namely whether it should generally apply to contracts between parties whose places of business are in different States, or should it become applicable only when both such States are also States parties to the instrument. Such a requirement appears in article 1, paragraph (1), subparagraph (a) of the United Nations Sales Convention, but not in other UNCITRAL instruments, such as the United Nations Limitation Convention (see subparagraph (a) of article 2) or the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (see paragraph (3) of article 1). In the interest of ensuring the widest possible application of the new instrument, draft article 1, variant B, does not limit the sphere of application to contracts between parties whose places of business are in contracting States.

2. Sphere of application independent of the location of the parties

34. Given the difficulties involved in determining the location of the parties, variant A of draft article 1 does not limit the sphere of application of the preliminary draft convention to "international" contracts. Under this variant, the draft convention would apply to any contract concluded or evidenced by data messages,

regardless of whether or not the parties have their place of business in different States.

35. Such an approach might have the practical advantage of obviating the need for establishing where the parties have their places of business in order to determine whether the instrument applies in any given case. Furthermore, under this approach, parties who conclude contracts electronically in a contracting State might benefit from the favourable regime of the new instrument even when entering into purely domestic transactions. This option might be particularly attractive for parties located in States that do not have legislation in force supporting the use of data messages in contract formation.

36. Variant A of draft article 1 recognizes, however, that States may wish to preserve the duality of regimes for domestic and international contracts. Accordingly, draft paragraph 3 makes it possible for a State to make a declaration to the effect that it will apply the instrument only to international contracts.

III. General provisions: location of the parties

37. The preliminary draft convention contains a number of general provisions, such as definitions and interpretation, which are customary in international instruments. From among the general provisions of the preliminary draft convention those dealing with the location of the parties may require particular attention.

A. General issues related to the location of the parties

38. One of the central concerns of the Working Group during its initial discussion of issues raised by electronic contracting was the need for enhancing legal certainty and predictability. In that context, it was proposed that, when considering a new international instrument on electronic contracting, the Working Group should envisage formulating rules that required the parties to a contract concluded electronically to clearly indicate where their relevant places of business were located (A/CN.9/484, para. 103). That proposition is reflected in draft article 14, paragraph 1, subparagraph b. The legal effect of such an indication is set forth in paragraph 1 of draft article 7, which establishes a presumption that a party's place of business is the one indicated as such by it. The combined application of the two provisions might be beneficial to enhance legal certainty in electronic transactions by facilitating the determination by the parties, at the time a contract is concluded, of matters such as whether or not the contract is international, whether or not it is covered by the new instrument and, possibly, which law governs the contract.

39. At its thirty-eighth session, the Working Group considered the question as to whether the parties should be allowed to freely select the regime governing their transactions by choosing the place they declared to be their place of business. Such a situation was seen as undesirable, to the extent that it would make it possible for the parties to transform purely domestic transactions into international ones, only for the purpose of avoiding the application of the law of a particular country (A/CN.9/484, para. 102). The Working Group may wish to consider whether specific provisions should be made to avoid situations where a party's indication of a place of business would serve no other purpose than to circumvent the new

instrument or trigger its applications in cases that would fall outside their scope (for example, in a purely domestic transaction, assuming that the new instrument would only apply to "international" contracts). A possible rule to that effect is proposed in the phrase within square brackets in article 7, paragraph 1, of the preliminary draft convention.

40. As regards the notion of "place of business" for the purposes of the new instrument, the preliminary draft convention follows the cautious approach taken by the Working Group at its thirty-eighth session, namely that "every effort should be made to avoid creating a situation where any given party would be considered as having its place of business in one country when contracting electronically and in another country when contracting by more traditional means" (*ibid.*, para. 103). Therefore, both variants of the proposed definitions of "place of business" (draft article 5, subparagraph (j), variants A and B) are based on the assumption that legal entities would be physically located at a certain place.

B. Particular considerations on electronic commerce

41. If the relevant place of business has not been clearly indicated by the parties before or at the time of conclusion of the contract, the question arises as to whether there exist circumstances from which the location of the relevant place of business can be inferred.

42. If the new instrument is to apply the generally-understood meaning of the notion of "place of business" under existing international instruments, such as the United Nations Sales Convention,¹⁴ elements such as the location of the equipment and technology supporting an information system or the places from which such system may be accessed should not be regarded as controlling. Otherwise, a person's place of business for the purposes of the instrument might be different from the same person's place of business for other purposes. Furthermore, location of equipment and technology may not be adequate factors, since they do not provide sufficient indication as to the ultimate parties to the contract. For example, a contract on behalf of the seller may be automatically concluded with the buyer by the computer of the information services provider that hosts the seller's web site.

43. Nevertheless, it is conceivable that a legal entity's activities might be entirely or predominantly carried out through the use of information systems, without a fixed "establishment" or without any connection to a physical location other than, for instance, the registration of its articles of incorporation at a given registry. For these so-called "virtual companies" it might not be reasonable to apply the same criteria traditionally used to determine a person's place of business. The language within square brackets in paragraph 4 of draft article 7 recognizes that possibility by providing that, for legal entities that do not have a place of business, the location of the equipment and technology supporting the information system or the places from which such system may be accessed may be taken into account in order to establish where such a legal entity has its place of business.

44. In its preliminary exchange of views on this matter, the Working Group considered which elements, in an electronic environment, were suitable for inferring the place of business of the parties, in the absence of a clear indication by them to that effect. One solution proposed to the Working Group was to take into account

the address from which the electronic messages were sent. It was suggested that, in the case of addresses linked to domain names connected to specific countries (such as addresses ending with ".at" for Austria, ".nz" for New Zealand, etc.), it could be argued that the place of business should be located in the corresponding country.

45. However, that proposition was criticized on the ground that an e-mail address or a domain name could not automatically be regarded as the functional equivalent of the physical location of a party's place of business. It was said that it was common in certain branches of business for companies to offer goods or services through various regional web sites bearing domain names linked to countries where such companies did not have a "place of business" in the traditional sense of the term. Furthermore, goods being ordered from any such web site might be delivered from warehouses maintained for the purpose of supplying a particular region, which might be physically located in a State other than those linked to the domain names involved. It was pointed out, in that connection, that the system of assigning domain names for Internet sites had not been originally conceived in strictly geographical terms, which was evident from the use of domain names and e-mail addresses that did not show any link to a particular country, as in those cases where an address was a top-level domain such as ".com" or ".net", for example.

46. Paragraph 5 of draft article 7 reflects the preliminary agreement reached by the Working Group as to the limitations of regarding domain names and e-mail addresses alone as controlling factors for determining internationality in the Internet environment.

IV. Formation of contracts

47. Issues related to contract formation may be divided into two broad categories: (a) general issues of contract formation as known under contract law; and (b) issues specific to contracting through electronic means or rendered particularly conspicuous by the use of modern means of communication. With regard to the first category, the central question is how traditional notions such as offer and acceptance, timing of communications, and receipt and dispatch of offer and acceptance may be transposed to an electronic environment. The second category includes questions that, although not entirely new, go beyond the simple issue of functional equivalence. They include, for example, legal treatment of fully automated systems used in e-commerce, as well as additional rights and obligations that parties using such systems might have, above and beyond what would be normally expected in a paper-based negotiating scenario.

A. General issues

48. As an initial working basis, the rules on contract formation in the preliminary draft convention contain provisions that follow the rules on the formation of contracts set forth by the United Nations Sales Convention. The advantage of the Convention's rules on formation consists in their having demonstrated their workable character in an international environment beyond the confines of sales law. This is evidenced, inter alia, by the fact that they have been used as models in

the work of UNIDROIT which led to the "Principles of International Commercial Contracts".¹⁵

1. Offer and acceptance

49. Draft article 8 of the preliminary draft convention contains provisions intended to make it possible to determine the time of contract formation. They are based on similar provisions of the United Nations Sales Convention. However, the provisions in the preliminary draft convention do not deal with various other substantive issues dealt with in the United Nations Sales Convention, such as the substantive criteria that a declaration has to meet in order to be considered an offer or an acceptance. The reason for this limited approach is that the preliminary draft convention is not intended to deal specifically with sales contracts, nor is it supposed to reproduce or duplicate the entire regime of the United Nations Sales Convention or of other international treaties dealing with other types of contracts. Thus, the preliminary draft convention contains only those rules on contract formation that may be regarded as strictly necessary in order to achieve greater legal certainty in electronic contracting.

50. Such rules include firstly basic rules to allow the parties to determine clearly when a contract is concluded. They are contained in article 8 of the preliminary draft convention. In the consultations conducted by the Secretariat it has been suggested that the usefulness of the future instrument might be limited if it were not to address, for all contracts subject to its sphere of application, the issue of the time of contract formation.

51. Another of those basic rules is concerned with a party's intention to be bound, which distinguishes an offer from an invitation to make an offer (see article 9 of the preliminary draft convention). Article 14, paragraph (1) of the United Nations Sales Convention provides that a proposal for concluding a contract that is addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. Whether the parties negotiate by e-mail, electronic data interchange (EDI) or through more traditional means, the nature and legal effect of their communications will be established by their intention.

52. Where a specific rule on electronic contracting may be needed is in connection with article 14, paragraph (2) of the United Nations Sales Convention, which provides that a proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal. In a paper-based environment, advertisements in newspapers, radio and television, catalogues, brochures or price lists are generally regarded as invitations to submit offers (according to some legal writers, even in those cases where they are directed to a specific group of customers), since in these cases the intention to be bound is considered to be lacking. By the same token, the mere display of goods in shop windows and on self-service shelves are usually regarded as invitations to submit offers.

53. The situation becomes more complex when the parties offer goods or services through a web site. The Internet makes it possible to address specific information to a virtually unlimited number of persons and current technology permits contracts to be concluded nearly instantly. The Working Group was aware of this situation and

took the view that Internet transactions may not easily fit into the established distinctions between what might constitute an "offer" and what should be interpreted as an "invitation to treat" (A/CN.9/482, para. 125). If the principle of article 14, paragraph (2) of the United Nations Sales Convention is transposed to an electronic environment, a company that advertises its goods or services on the Internet or through other open networks should be considered as merely inviting those who access the site to make offers. Thus, an offer of goods or services through the Internet would not *prima facie* constitute a binding offer. Paragraph 1 of draft article 9 of the preliminary draft convention reflects this general rule.

54. The difficulty that arises in this context relates to the possible intention of being bound by an offer. One possible criterion for distinguishing between a binding offer and an invitation to treat may be based on the nature of the applications used by the parties. Legal writings on electronic contracting have proposed a distinction between web sites offering goods or services through interactive applications and those that use non-interactive applications. If a web site only offers information about a company and its products, and any contact with potential customers lies outside the electronic medium, there would be little difference to a conventional advertisement. Interactive applications, however, may enable negotiation and immediate conclusion of a contract (in the case of virtual goods even immediate performance), so that they might be regarded as an offer "open for acceptance while stocks last", as opposed to an "invitation to treat".¹⁶ This proposition is reflected in paragraph 2 of draft article 9 of the preliminary draft convention.

2. Expression of consent

55. One of the fundamental objectives of the new instrument would be to clearly recognize that the parties to a contract may express their consent by means of electronic communications or other types of data messages. For that purpose, draft article 10 reproduces a rule contained in article 11 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce that "an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages."

56. Some domestic laws based on the Model Law, such as the Uniform Electronic Commerce Act prepared by the Uniform Law Conference of Canada (hereafter referred to as "the Uniform Electronic Commerce Act of Canada") contain more detailed provisions on expression of consent in an electronic environment. Section 20, paragraph (1) (b) of the Uniform Electronic Commerce Act of Canada expressly refers to "touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen" as a manner of manifesting consent. The Working Group may wish to consider whether such additional clarification would be required. In fact, it would appear that, to the extent that the new instrument might build upon the concept of "data message", following the example of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the additional clarification might not be necessary.

57. Article 2 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce defines "data message" as "information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy". Unless the word "information" is given a restrictive interpretation, the result of any of the actions listed in section 20, paragraph (1) (b) of the Uniform Electronic Commerce Act of Canada

would in most cases be the sending of information in the form of data messages. For example, when a person clicks on a "I agree" button showed on a computer screen, information is sent to the other computer indicating that the relevant button was activated at the other end of the communication chain. Such information should be regarded as a "data message" within the meaning of this term in article 2, paragraph (a) of the Model Law.

58. It should also be noted that, when first considering this matter, the Working Group was of the view that the expression of consent through clicking would require particular attention. A note of caution was struck, however, as to the need to maintain a technology-neutral approach to the issues of online contract formation. The rules to be developed should be sufficiently general to stand the test of—at least some—technological change (A/CN.9/484, para. 126).

3. Receipt and dispatch

59. With respect to the issues of receipt and dispatch in the formation of contracts, it was generally agreed during the Working Group's preliminary discussions that any future legal instrument should preserve a degree of flexibility to endorse the use of electronic commerce techniques both in the situation where electronic communication was instantaneous, and in the situation where electronic messaging was more akin to the use of traditional mail (*ibid.* para. 127).

60. According to the United Nations Sales Convention, both the offer and the acceptance (at least in most cases) become effective upon their "receipt", as defined in article 24, according to which "for the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance [. . .] 'reaches' the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address".

61. In respect of the traditional forms of communication, such as oral or paper-based communications, the above-mentioned provision does not seem to cause any problems. A question arises, however, as to whether article 24 can be applied to electronic forms of communications without creating problems. It appears that the issue is only one of defining the "receipt" of the electronic message. The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce deals with issues related to time and place of receipt and dispatch of a data message in its article 15. Those provisions seem to be sufficiently flexible to cover both situation where electronic communication appears to be instantaneous, and those where electronic messaging mirrors traditional mail.

62. It appears, therefore, that the United Nations Sales Convention, in particular its article 24, contains rules that, when supplemented by provisions along the lines of article 15 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, can serve as a general model also in an electronic environment. Thus, draft article 11 of the preliminary draft convention reflects essentially the provisions of article 15 of the Model Law. The Working Group may wish to consider whether the rule proposed therein should be made more specific so as to be useful in electronic contracting practice.

4. Possible additional issues

63. Despite the success of the rules of the United Nations Sales Convention on offer and acceptance, which is due to their ability to transcend the traditional differences in the approaches taken by civil and common law, questions may be asked as to whether they deal exhaustively with all the issues relating to contract formation and, consequently, whether they can be resorted to when drafting general rules on electronic contracting. The question to be considered by the Working Group is, therefore, the extent to which there are additional issues that need to be addressed in the new instrument.

64. The rules set forth in the United Nations Sales Convention have been drafted mainly with a view to dealing with cases where a contract is formed through offer and acceptance. The fact that those cases do not cover all the ways by which an agreement can be reached becomes evident in view of the possible complexity of transactions that include a great deal of communication between the parties, and that do not necessarily fit within the traditional analysis of offer and acceptance. According to one school of thought, agreements reached without an offer and an acceptance being clearly discernible do not fall within the scope of the Convention and should, therefore, be dealt with by resorting to the applicable domestic law. Under such an approach, it might be impossible to use the body of the Convention's rules on formation of the sales contract as a model for an exhaustive body of rules on the formation of electronic contracts.

65. However, according to the majority of commentators, the United Nations Sales Convention covers the agreements reached without resorting to the traditional "offer-acceptance" scheme. The fact that the United Nations Sales Convention does not expressly refer to them is not due to their being excluded from the scope of the Convention, but rather to the fact that the drafters did not consider it necessary to address them specifically and to tackle the additional difficulties they might have encountered in trying to devise appropriate wording for those types of agreements. Thus, like any other matter which is governed by (albeit not expressly settled in) the United Nations Sales Convention, the issue of whether there is an agreement even without a clear offer and acceptance, has "to be settled in conformity with the general principles on which it is based" under paragraph 1 of article 7. Those principles include the principle of the consensual nature of the contract as well as the principle that the existence of the contract depends on whether it is possible to discern the minimum contents required for the conclusion of the contract (such as the elements defined in article 14 of the United Nations Sales Convention for the sales contract).

66. Irrespective of which of the two above-mentioned approaches is taken with regard to the United Nations Sales Convention, the Working Group may wish to consider whether specific rules are required in the context of electronic contracting to clarify the legal regime applicable to agreements reached in ways other than a discrete offer and acceptance.

67. In addition to questions related to how consent could be expressed, it was suggested at the Working Group's thirty-eighth session that the following issues, among others, need to be considered: (a) the acceptance and binding effect of contract terms displayed on a video screen but not necessarily expected by a party; and (b) the incorporation by reference of contractual clauses accessible through a

"hypertext link" (for an explanation of such links, see para. 46-5 of the Guide to Enactment of the UNCITRAL the Model Law on Electronic Commerce, as amended by Article 5 *bis*).

68. Neither of these issues are dealt with in the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. Article 5 *bis* of the Model Law contains a general provision intended to uphold the legal effect of information incorporated by reference. However, the Model Law does not deal in detail with matters of contract law. Furthermore, neither the Model Law nor the United Nations Sales Convention expressly provide a solution for the well-known problem of "battle of forms".¹⁷ "Battle of forms" or unexpected contractual terms may be a serious problem in the context of electronic transactions, in particular where fully automated systems are used and no means are provided for reconciling conflicting contractual terms.

69. However, the consultations conducted by the Secretariat have indicated that attempting to address issues such as battle of forms or unexpected contractual terms might well exceed the scope of the new instrument and should best be left for the applicable law. The Working Group may wish to consider whether the new instrument should include rules on these matters.

B. Special issues

70. Special questions posed by electronic commerce include the use of fully automated communications systems, the treatment of mistake or error, the information to be provided by the parties and the means for obtaining a record of the contract.

I. Automated computer systems

71. Automated computer systems, sometimes called "electronic agents" are being increasingly used in electronic commerce. While the UNCITRAL Model Law generally accommodates the use of fully automated systems, it does not deal specifically with those systems beyond the general rule on attribution in article 13, paragraph 2, subparagraph (b). When considering this matter at its thirty-eighth session, the Working Group was of the view that, while the expression "electronic agent" had been used for purposes of convenience, the analogy between an automated system and a sales agent was not appropriate. Thus, general principles of agency law (for example, principles involving limitation of liability as a result of the faulty behaviour of the agent) could not be used in connection with the operation of such systems. The Working Group reiterated its earlier understanding that, as a general principle, the person (whether a natural person or a legal entity) on whose behalf a computer was programmed should ultimately be responsible for any message generated by the machine (A/CN.9/484, para. 107). As a general rule, the employer of a tool is responsible for the results obtained by the use of that tool since the tool has no independent volition of its own. However, an "electronic agent", by definition, is capable, within the parameters of its programming, of initiating, responding or interacting with other parties or their electronic agents once it has been activated by a party, without further attention of that party.

72. Although the use of automated systems, for example, for issuing purchase orders or processing purchase applications seems to be compatible with the United

Nations Sales Convention, which allows the parties to create their own rules (article 9), it might be useful for the new instrument to make it clear that the actions of automated systems programmed and used by people will bind the user of the system, regardless of whether human review of a particular transaction has occurred.

73. An advantage of such a provision may be to facilitate the development of automatization for contracting purposes. At present, the attribution of actions of an automated computer system to a person or legal entity is based on the paradigm that an electronic agent is capable of performing only within the technical strictures of its preset programming. However, at least in theory it is conceivable that future generations of automated computer systems may be created with the ability to act autonomously, and not just automatically. That is, through developments in artificial intelligence, a computer may be able to "learn through experience, modify the instructions in their own programs, and even devise new instructions."¹⁸

2. Treatment of mistake and error

74. Closely related to the use of automated computer systems is the question of treatment of mistakes and errors in electronic commerce. Since the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce is not concerned with substantive issues that arise in contract formation, it does not deal with the consequences of mistake and error in electronic contracting.

75. However, recent uniform legislation enacting the Model Law, such as the Uniform Electronic Commerce Act of Canada and the Uniform Electronic Transactions Act, which was prepared by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws of the United States of America (hereafter referred to as "the United States Uniform Electronic Transactions Act") contain provisions dealing with errors made by natural persons when dealing with an automated computer system of another person. The relevant provision in the Uniform Electronic Commerce Act of Canada (section 22) and in the United States Uniform Electronic Transactions Act (section 10) set forth the conditions under which a natural person is not bound by a contract in the event that the person made a material error.

76. The Working Group may wish to consider whether it would be desirable for the new instrument to deal with mistakes and errors made by natural persons when dealing with automated computer systems. In particular, the Working Group may wish to consider whether provisions of this type would be appropriate in a business-to-business context. The rationale for provisions such as those contained in the Uniform Electronic Commerce Act of Canada and in the United States Uniform Electronic Transactions Act seems to be the relatively higher risk of human errors being made in transactions involving a natural person, on the one hand, and an automated computer system, on the other, as compared to transactions that involve only natural persons. Errors made by the natural person in such a situation might become irreversible once acceptance is dispatched. It should also be noted that international texts, such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, deal with the consequences of errors for the validity of the contract, albeit restrictively (see articles 3.5 and 3.6). However, it could be argued that a provision of this type would interfere with well-established notions of contract law and might not be appropriate in the context of the new instrument. For these

reasons, the relevant provision in the preliminary draft convention (paragraph 3 of article 12) appears within square brackets.

77. A slightly different approach might be to envisage only an obligation for persons offering goods or services through automated computer systems to offer means for correcting errors, without dealing with the consequences of errors for the validity of the contract. Such an obligation, which is provided in article 11, paragraph (2), of the Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (hereafter the "Directive 2000/31/EC of the European Union"), is also contained in paragraph 2 of draft article 12.

78. Another issue that the Working Group may wish to consider is whether the new instrument should deal with errors made by the automated system itself. At its initial discussion of this issue, the Working Group was of the view that errors made by any such system should ultimately be attributable to the persons on whose behalf they operated. Nevertheless, the Working Group recognized that there might be circumstances that justified a mitigation of that principle, such as when an automated system generated erroneous messages in a manner that could not have reasonably been anticipated by the person on whose behalf the system was operated. It was suggested that elements to be taken into account when considering possible limitations for the responsibility of the party on whose behalf the system was operated included the extent to which the party had control over the software or other technical aspects used in programming such automated system. It was also suggested that the Working Group should consider, in that context, whether and to what extent an automated system provided an opportunity for the parties contracting through such a system to rectify errors made during the contracting process (A/CN.9/484, paras. 107 and 108).

79. However, in its review of domestic and regional legislation on electronic commerce, the Secretariat has not found any precedents of legislative provisions dealing with the consequences of errors made by the automated system itself. Thus, the preliminary draft convention, at this stage, does not include a provision on this issue. The Working Group may wish to consider whether such a provision would be needed.

3. System requirements

80. Another special issue raised by electronic contracting that was mentioned during the discussions in the Working Group relates to the ability of the receiving party to print the general conditions of a contract and the mechanisms offered for record retention (A/CN.9/484, para. 126).

81. Except for purely oral transactions, most contracts negotiated through traditional means would result in some tangible record of the transaction to which the parties can refer in case of doubt or dispute. In electronic contracting, such record, which may exist as a data message, may only be temporarily retained or may be available only to the party through whose information system the contract was concluded. Thus, some recent legislation on electronic commerce, such as the Directive 2000/31/EC of the European Union (article 10, paragraph 1), requires that a person offering goods or services through information systems accessible to the

public should provide means for storage or printing of the contract terms. This obligation is combined with that person's obligation to disclose some minimum information when negotiating electronically.

82. No similar obligations exist under the United Nations Sales Convention or most international instruments dealing with commercial contracts. Therefore, the Working Group may wish to consider, as a matter of principle, whether it would be appropriate to create specific obligations for parties conducting business electronically that may not exist when they contract through more traditional means.

83. The rationale for creating such specific obligations seems to be the interest of enhancing legal certainty, transparency and predictability in international transactions concluded by electronic means. The use of the Internet in international trade has become a reality and is expected to increase. It has made it possible for parties in different countries having little or even no prior knowledge or information about one another to enter into contracts nearly instantaneously. Thus, it may not be unreasonable to require certain information to be provided or technical means to be offered in order to make available contract terms in a way that allows for their storage and reproduction, in the absence of a prior agreement between the parties, such as a trading partner agreement or other type of agreements. This is the approach taken by some recent domestic and regional legislation on electronic commerce, such as the EU Directive 2000/31/EC of the European Union.

84. The Working Group may wish to note that special obligations of this type seem to have been developed to address consumer protection concerns. Nevertheless, it appears that they could be adapted to a business-to-business context.

V. Form requirements

85. Although the United Nations Sales Convention does not generally deal with issues of validity, as indicated in subparagraph (a) of article 4, it expressly deals with the formal validity of contracts for the international sale of goods. Indeed, article 11 establishes that "a contract for the international sale of goods need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses." Thus, article 11 establishes the principle that the formation and the evidence of a contract subject to the Convention is free of any form requirement,¹⁹ and, therefore, can be concluded orally, in writing²⁰ or in any other way.

86. The preliminary draft convention follows the general principle of freedom of form enshrined in the United Nations Sales Convention and extends it to all contracts falling within its sphere of application. However, it is recognized that form requirements may exist under the applicable law as writing or signature requirements, for example when a State party to the United Nations Sales Convention has made a reservation under article 96 of the Convention. Under that provision, "a Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in

any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.”

87. Despite the wide acceptance that the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce has found, and the increasing number of States that have based their legislation on electronic commerce on the Model Law, an international instrument on electronic contracting could not be based on the assumption that the principles of the Model Law have already achieved universal application. It seems, therefore, necessary for the new instrument to establish the conditions under which form requirements may be met by equivalent electronic methods.

A. Writing and signature requirements

88. The preliminary draft convention reproduces the criteria contained in article 6 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce for the legal recognition of data messages as “writings”.

89. As regards signature requirements, the Working Group may wish to consider whether the new instrument should limit itself to a general provision on the recognition of electronic signatures or whether it should spell out the conditions for the legal recognition of electronic signatures in a greater level of detail. Under the first option, the Working Group might wish to introduce in the new instrument a provision along the lines of article 7, paragraph (1), of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. That option is reflected in variant A of paragraph 3 of draft article 13. Under the second option, the Working Group might wish to use more detailed language along the lines of article 6, paragraph (3), of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures. That option is reflected in variant B of paragraph 3 of draft article 13. It should be noted that these options are not mutually exclusive, since article 7, paragraph (1), of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce was the basis for the more detailed rules in article 6, paragraph (3), of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures.

B. Other requirements

90. Articles 8 and 9 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce deal with other legal requirements that may create obstacles to electronic commerce, namely, requirements relating to the production of “original” documents or to the retention of documents and records.

91. The preliminary draft convention does not contain provisions dealing with those matters, as they do not appear to be of immediate relevance in the context of contract formation. The Working Group may wish to consider whether the new instrument should incorporate any of those or even other provisions of the Model Law.

Notes

- ¹ *Official Records of the General Assembly, Fifty-third Session, Supplement No. 17 (A/53/17)*, para. 209.
- ² The text of the recommendation to UNCITRAL is contained in document TRADE/CEFACT/1999/CRP.7. Its adoption by CEFACT is stated in the report of CEFACT on the work of its fiftieth session (TRADE/CEFACT/1999/19, para. 60).
- ³ *Ibid.*, *Official Records of the General Assembly, Fifty-fourth Session, Supplement No. 17 (A/54/17)*, paras. 315-318.
- ⁴ *Ibid.*, *Fifty-fifth Session, Supplement No. 17 (A/55/17)*, paras. 384-388.
- ⁵ *Ibid.*, *Fifty-sixth Session, Supplement No. 17 (A/56/17)*, paras. 285-295.
- ⁶ *Ibid.*, para. 294.
- ⁷ Donnie, L. Kidd, Jr. and William Daughtrey, Jr., "Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts", *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 26, p. 269, who write further that "[...] an electronic contract is not a special type of contract, but a method of contracting. A special type of contract is identified by the subject matter of the contract rather than the manner in which the contract is formed." (at footnote 239).
- ⁸ Shawn Pompian, "Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting?", *Virginia Law Review*, vol. 85, p. 1479.
- ⁹ *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: documents of the Conference and summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Main Committee* (United Nations publication Sales No. E.81.IV.3), p. 16.
- ¹⁰ E.g. United Nations Sales Convention, article 1, paragraph (1); Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 1974), article 2, subparagraph (a) (hereafter "United Nations Limitation Convention"); United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 1995), article 1, subparagraph (a) (hereafter "United Nations Guarantees Convention").
- ¹¹ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, article 1, first footnote.
- ¹² E.g. United Nations Sales Convention, article 10(a); United Nations Limitation Convention, article 2(c); United Nations Guarantees Convention, article 4, paragraph (2), subparagraph (a); UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988), article 3, paragraph 2 (hereafter, the UNIDROIT Leasing Convention); UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 1988), article 2, paragraph 2 (hereafter "UNIDROIT Factoring Convention").
- ¹³ UNIDROIT Leasing Convention, article 3, subparagraph 1(a); UNIDROIT Factoring Convention, article 2, subparagraph 1(a).
- ¹⁴ As developed in legal literature, in the absence of a definition of "place of business" in the Convention.
- ¹⁵ Compare articles 2.1 et seq. of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.
- ¹⁶ Christoph Glatt, "Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts", *International Journal of Law and Information technology*, vol. 6, p.50.
- ¹⁷ Both issues are, however, addressed in the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (cf. articles 2.1 et seq).
- ¹⁸ Allen and Widdison, "Can Computers Make Contracts?" 9 *Harvard Journal of Law and Technology* vol. 9, No. 25 (Winter, 1996).
- ¹⁹ See Oberster Gerichtshof, 6 February 1996, *Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 248 (1996) = CLOUT case n. 176.
- ²⁰ For this statement, see, for instance, Oberlandesgericht München, 8 March 1995, CLOUT case n. 134.

Annex I

Preliminary draft convention¹ on [international] contracts concluded or evidenced by data messages

Chapter I. Sphere of application

Article 1. Scope of application

Variant A²

1. This Convention applies to contracts concluded or evidenced by means of data messages.

2. Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

[3. A State may declare that it will apply this Convention only to contracts concluded between parties having their places of business in different States or [when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State or] when the parties have agreed that it applies.]³

[4. Where a State makes a declaration pursuant to paragraph 3 the fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.]

Variant B⁴

1. This Convention applies to international contracts concluded or evidenced by means of data messages.

¹ The draft instrument has been prepared in the form of a convention in accordance with the working assumption agreed to at the thirty-eight session of the Working Group (A/CN.9/484, para. 124) and without prejudice to a final decision by the Working Group as to the nature of the instrument.

² Variant A departs from the traditional definition of scope of application of international trade law instruments, such as the United Nations Sales Convention, inasmuch as paragraph 1 does not limit the scope of the Convention to "international" contracts. The preliminary draft convention would apply whenever the forum is in a Contracting State, without the need for investigating further the location of the parties (see above, paras. 25-35).

³ Draft paragraphs 3 and 4 appear within square brackets, as possible additions, in the event that States might wish to preserve the duality of systems for domestic and international contracts. Such an approach was also used in article 1 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

⁴ Variant B reflects essentially the scope of application of the United Nations Sales Convention, as set out in its article 1.

2. For the purposes of this Convention a contract is considered international if, at the time of the conclusion of the contract, the parties have their places of business in different States.

3. This Convention also applies [when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State or]⁵ when the parties have agreed that it applies.

[4. The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.]

5. [Neither] The nationality of the parties [nor the civil or commercial character of the parties or of the contract] is [not] to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Article 2. Exclusions

This Convention do not apply to the following contracts:

- (a) Contracts concluded for personal, family or household purposes;⁶
- (b) Contracts granting limited use of intellectual property rights.⁷
- (c) [Other exclusions, such as real estate transactions, to be added by the Working Group.]⁸

Article 3. Matters not governed by this Convention

This Convention governs only the formation of contracts concluded or evidenced by data messages. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

⁵ The phrase "when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State" in paragraph 3 of variant A and in paragraph 3 of variant B reproduce a rule that is contained in the provisions on the sphere of application of other UNCITRAL instruments. That phrase appears within square brackets since it might cause an expansion of the scope of application of the draft Convention beyond what was initially contemplated by the Working Group.

⁶ This provision follows an exclusion contained in article 2 subparagraph (a) of the United Nations Sales Convention, and in most instruments prepared by UNCITRAL. It reflects the initial understanding of the Working Group that the future instrument should not focus on consumer transactions (see above, paras. 15-19).

⁷ This exclusion reflects the initial understanding of the Working Group that licensing contracts should be distinguished from other commercial transactions (see above, paras. 20-22). The Working Group may wish to consider whether the wording of the draft paragraph adequately reflects the notion of "licensing contract", as understood by the Working Group.

⁸ This draft article might contain additional exclusions, as may be decided by the Working Group. With a view to facilitating the consideration of this issue by the Working Group, Annex II, reproduces, for illustrative purposes and without the intention of being exhaustive, exclusions typically found in domestic laws on electronic commerce.

- (a) The validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;⁹
- (b) The rights and obligations of the parties arising out of the contract or of any of its provisions or of any usage;¹⁰
- (c) The effect which the contract may have on the ownership of rights created or transferred by the contract.¹¹

Article 4. Party autonomy

The parties may exclude the application of this Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions.¹²

Chapter II. General Provisions

Article 5. Definitions¹³

For the purposes of this Convention:

- (a) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy;
- (b) "Electronic data interchange (EDI)" means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information;
- (c) "Originator" of a data message means a person by whom, or on whose behalf, the data message purports to have been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message;
- (d) "Addressee" of a data message means a person who is intended by the originator to receive the data message, but does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message;
- (e) "Automated computer system" means a computer program or an electronic or other automated means used to initiate an action or respond to data messages or performances in whole or in part, without review or intervention by a

⁹ Draft subparagraphs (a) and (c) are derived from article 3 of the United Nations Sales Convention.

¹⁰ This provision has been included so as to make it clear that the preliminary draft convention is not concerned with substantive issues arising out of the contract, which, for all other purposes, remains subject to its governing law (see above, paras. 10-12).

¹¹ Draft subparagraph (c) was based, *mutatis mutandis*, on article 4, subparagraph (b), of the United Nations Sales Convention.

¹² Draft article 4 reflects the general principle of party autonomy, as recognized in several UNCITRAL instruments. The Working Group may wish to consider, however, whether some limitation to this principle might be appropriate or desirable in the context of the preliminary draft convention, in particular in the light of provisions such as draft articles 12, paragraph 2, and 14.

¹³ The definitions contained in draft paragraphs (a) to (d) and (f) are derived from article 2 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

natural person at each time an action is initiated or a response is generated by the system.¹⁴

(f) "Information system" means a system for generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages;

(g) "Offeror" means a natural person or legal entity that offers goods or services;¹⁵

(h) "Offeree" means a natural person or legal entity that receives or retrieves an offer of goods or services;

Variant A:¹⁶

[(i) "Signature" includes any method used for identifying the originator of a message and indicating that the information contained in the message is attributable to the originator;]

Variant B:¹⁷

[(i) "Electronic signature" means data in electronic form in, affixed to, or logically associated with, a data message, which may be used to identify the person holding the signature creation data in relation to the data message and indicate that person's approval of the information contained in the data message;

¹⁴ This definition is based on the definition of "electronic agent" contained in section 2 (6) of the United States Uniform Electronic Transactions Act"; a similar definition is also used in section 19 of the Uniform Electronic Commerce Act of Canada". This definition was included in view of the provisions of draft article 12.

¹⁵ The proposed definitions of "offeror" and "offeree" (draft subparagraphs (g) and (h), respectively) have been included in view of the fact that those expressions are used in draft articles 8 and 9, in a context in which they might not easily be replaced with the words "originator" or "addressee".

¹⁶ Variant A is proposed in the event that the Working Group would wish to include in the preliminary draft convention only a general provision on the recognition of electronic signatures, along the lines of article 7 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. Following the example of recent uniform legislation enacting the Model Law in Canada (Uniform Electronic Commerce Act) and the United States (Uniform Electronic Transactions Act), the definition of electronic signature in Variant A includes the notion of "attribution", which is also used, although in a different context, in article 13 of the UNCITRAL Model Law (see also draft article 13, paragraph 3, Variant A).

¹⁷ Variant B reproduces the definition of electronic signature contained in article 2 (a) of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (see A/CN.9/493). The Working Group may wish to use this definition in the event that it feels necessary to include more specific requirements for the recognition of electronic signatures, along the lines of article 6, paragraph 3, of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (see draft article 13, paragraph 3, Variant B).

Variant A:¹⁸

[(j) "Place of business" means any place of operations where a person carries out a non-transitory activity with human means and goods or services;]

Variant B:¹⁹

[(j) "Place of business" means the place where a party pursues an economic activity through a stable establishment for an indefinite period;]

[(k) "Person" and "party" include natural persons and legal entities.²⁰

[(l) Other definitions that the Working Group may wish to add.]²¹

*Article 6. Interpretation*²²

1. In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

2. Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 7. Location of the parties

1. For the purposes of this Convention, a party is presumed to have its place of business at the geographic location indicated by it in accordance with article 14 [, unless it is manifest and clear that the party does not have a place of business at

¹⁸ The proposed definition of "place of business", in variant A of draft subparagraph (j), reflects the essential elements of the notions of "place of business", as understood in international commercial practice, and "establishment", as used in article 2 subparagraph (f) of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. The proposed definition appears within square brackets in view of the fact that, although having repeatedly used the concept of "place of business" in its various instruments, the Commission has thus far not defined such concept. Nevertheless, the Working Group may wish to consider the desirability of providing a uniform definition of "place of business" for the purpose of enhancing legal certainty and promoting uniformity in the application of the Convention. The proposed definition might also be regarded as a necessary complement to draft article 7, in particular its paragraph 1.

¹⁹ Variant B of draft subparagraph (j) contains an alternative definition of place of business, which follows the understanding given to this expression within the European Union (see paragraph (19) of the preamble to the Directive 2000/31/EC of the European Union).

²⁰ This definition is offered to make it clear that when using the words "person" or "party" without further qualification, the preliminary draft convention is referring to both natural persons and legal entities. The Working Group may wish to note that, during the preparation of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce it was felt that such a definition did not belong in the text of the instrument, but in its guide to enactment.

²¹ The Working Group may wish to consider the need for or desirability of including definitions for other terms used in the preliminary draft convention, such as "signatory" (if Variant B of draft article 13 is adopted), "Internet", "web site", "domain name".

²² This draft article mirrors article 7 of the United Nations Sales Convention and similar provisions in other UNCITRAL instruments.

such location and that such indication is made solely to trigger or avoid the application of this Convention].²³

2. If a party has more than one place of business, the place of business for the purposes of this Convention is that which has the closest relationship to the relevant contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.²⁴

3. If a natural person does not have a place of business, reference is to be made to the person's habitual residence.

4. The location of the equipment and technology supporting an information system used by a legal entity for the conclusion of a contract, or the place from which such information system may be accessed by other persons, in and of themselves, do not constitute a place of business [, unless such legal entity does not have a place of business].²⁵

5. The sole fact that a person makes use of a domain name or electronic mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in such country.²⁶

²³ Draft article 7 is one of the central provisions in the preliminary draft convention, and one which might be essential, if the sphere of application of the preliminary draft convention is defined along the lines of variant A of draft article 1. Draft paragraph 1 builds upon a proposal that was made at the thirty-eighth session of the Working Group, to the effect that the parties in electronic transactions should have the duty to disclose their places of business (A/CN.9/484, para. 103). That duty is reflected in draft article 14, paragraph 1, subparagraph (b). In line with the spirit of the Working Group's consideration of this matter at its thirty-eighth session (A/CN.9/484, paras. 96-104), draft paragraph 1 is not intended to create a new concept of "place of business". If the Working Group considers that specific provisions should be made to prevent fraud (see above, para. 39), the Working Group may wish to add language along the lines suggested in the phrase within square brackets. It should be noted that the phrase within square brackets is intended to prevent fraud, but not to limit the parties' ability to agree on the applicability of the Convention under draft article 1 (paragraph 3 in variant A and paragraph 2 in variant B), or otherwise interfere with the parties' right to choose the applicable law.

²⁴ Draft paragraphs 2 and 3 reflect traditional rules applied to determine a party's place of business (see, for instance, United Nations Sales Convention, article 10).

²⁵ This draft paragraph proposes a rule specifically concerned with issues raised by the use of electronic means of communication in contract formation. The draft paragraph is intended to reflect an opinion shared by many delegations participating at the thirty-eighth session of the Working Group that, when dealing with the location of the parties, the Working Group should take care to avoid devising rules that would result in any given party being considered as having its place of business in one country when contracting electronically and in another country when contracting by more traditional means (A/CN.9/484, para. 103). The draft paragraph follows the solution proposed in paragraph (19) of the preamble to the Directive 2000/31/EC of the European Union. The phrase within square brackets is intended to deal only with so-called "virtual companies" and not with natural persons, who are covered by the rule contained in draft paragraph 3.

²⁶ This draft paragraph takes into account the fact that the current system for assignment of domain names was not originally conceived in geographical terms and that, therefore, the apparent connection between a domain name and a country does not, in and of itself, suffice to conclude that there is a genuine and permanent link between the domain name user and the country (see above, para. 44-46).

Chapter III. Formation of contracts

Article 8. Time of contract formation²⁷

1. A contract is concluded at the moment when the acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention.
2. An offer becomes effective when it is received by the offeree.
3. An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent is received by the offeror.

Article 9. Invitations to make offers

1. A proposal for concluding a contract which is not addressed to one or more specific persons, but is generally accessible to persons making use of information systems, such as the offer of goods and services through an Internet web site, is to be considered merely as an invitation to make offers, unless it indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.²⁸

2. In determining the intent of a party to be bound in case of acceptance, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case. Unless otherwise indicated by the offeror, the offer of goods or services through automated computer systems allowing the contract to be concluded automatically and without human intervention is presumed to indicate the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.²⁹

²⁷ Each paragraph of this draft article reflects the essence of the rules on contract formation contained, respectively, in articles 23, 15, paragraph (1), and 18, paragraph (2), of the United Nations Sales Convention. The verb "reach", which is used in the United Nations Sales Convention, has been replaced with the verb "receive" in the draft article so as to align it with draft article 11, which is based on article 15 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

²⁸ This provision, which is inspired in article 14, paragraph (1), of the United Nations Sales Convention, is intended to clarify an issue that has raised considerable amount of discussion since the advent of the Internet. The proposed results from an analogy between offers made by electronic means and offers made through more traditional means (see paras. 52-54).

²⁹ Paragraph 2 offers criteria for determining a party's intention to be bound in case of acceptance. The first sentence is based on the general rule on interpretation of a party's consent, which is contained in paragraph 3 of article 8 of the United Nations sales Convention. The rule proposed in the second sentence of this paragraph is similar to the rule proposed in legal writings for the functioning of automatic vending machines (see para. 54).

*Article 10. Use of data messages in contract formation*³⁰

1. Unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages [or other actions communicated electronically in a manner that is intended to express the offer or acceptance, including, but not limited to, touching or clicking on a designated icon or place on a computer screen].

2. Where data messages are used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that data messages were used for that purpose.

*Article 11. Time and place of dispatch and receipt of data messages*³¹

1. Unless otherwise agreed by the parties, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator.

2. Unless otherwise agreed by the parties, if the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages, the data message is deemed to be received at the time when it enters the designated information system; if the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, at the time when the data message is retrieved by the addressee. If the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data message enters an information system of the addressee.³²

3. Paragraph 2 of this article applies notwithstanding that the place where the information system is located may be different from the place where the data message is deemed to be received under paragraph 5 of this article.

4. Unless otherwise agreed by the parties, when the originator and the addressee use the same information system, both the dispatch and the receipt of a

³⁰ The rules contained in this draft article are based on article 11, paragraph (1), of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. The phrase "or other actions communicated electronically", and the reference, for illustrative purposes, to "touching or clicking on a designated icon or place on a computer screen", which are derived from section 20, paragraph (1), subparagraph (b) of the Uniform Electronic Commerce Act of Canada, are intended to clarify, rather than expand the scope of the rule contained in the Model Law. They appear within square brackets, however, in the event that the Working Group finds that such additional clarification is not needed.

³¹ Except for draft paragraph 4, the rules contained in this draft article are based on article 15 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, with some adjustments to harmonize the style of the individual provisions with the style used elsewhere in the draft Convention, which follows more closely the style of the United Nations Sales Convention.

³² Draft paragraph 2 does not add further requirements to those set forth in article 15, paragraph (2), of the Model Law, unlike some domestic legislative texts based on the Model Law that generally require that a message should be "in a form capable of being retrieved and processed by [the addressee's] system" (United States Uniform Electronic Transactions Act, section 15 (b) (1) (2)), or "capable of being retrieved and processed by the addressee" (Uniform Electronic Commerce Act of Canada, section 23 (2)) and not only when both parties use the same system.

data message occur when the data message becomes capable of being retrieved and processed by the addressee.³³

5. Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business, as determined in accordance with article 7 .

Article 12. Automated transactions

1. Unless otherwise agreed by the parties, a contract may be formed by the interaction of an automated computer system and a natural person or by the interaction of automated computer systems, even if no natural person reviewed each of the individual actions carried out by such systems or the resulting agreement.³⁴

2. Unless otherwise [expressly] agreed by the parties, a party offering goods or services through an automated computer system shall make available to the parties that use the system technical means allowing the parties to identify and correct errors prior to the conclusion of a contract. The technical means to be made available pursuant to this paragraph shall be appropriate, effective and accessible.³⁵

[3. A contract concluded by a natural person that accesses an automated computer system of another person has no legal effect and is not enforceable if the natural person made a material error in a data message and³⁶

³³ This draft paragraph deals with cases where both the originator and the addressee use the same communication system. In such a case, the criterion used in draft paragraph 1 cannot be used, since the message remains in a system which cannot be said to be "outside the control of the originator". The rule proposed in the draft paragraph provides for simultaneous dispatch and receipt of a data message "when it becomes capable of being retrieved and processed by the addressee". This situation was not contemplated by article 15, paragraph (1), of the Model Law. It is submitted, however, that the proposed rule, which is inspired in section 23 (2) (a) of the Uniform Electronic Commerce Act of Canada, does not conflict with the rules contained in Article 15 of the Model Law.

³⁴ This draft provision develops further a principle formulated in general terms in article 13, paragraph (2), subparagraph (b), of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. The draft paragraph does not innovate on the current understanding of legal effects of automated transactions, as expressed by the Working Group (A/CN.9/484, para. 106) that a contract resulting from the interaction of a computer with another computer or person is attributable to the person in whose name the contract is entered into.

³⁵ This draft paragraph deals with the issue of errors in automated transactions (see above, paras. 74-79). The rule contained in the draft paragraph, which is inspired in article 11, paragraph 2, of Directive 2000/31/EC of the European Union, creates an obligation, for persons offering goods or services through automated computer systems, to offer means for correcting input errors. The Working Group may wish to consider whether the possibility of derogation by agreement needs to be expressly made or can result from tacit agreement, for instance, when a party proceeds to place an order through the seller's automated computer system even though it is apparent to such party that the system does not provide an opportunity to correct input errors.

³⁶ Draft paragraph 3 deals with the legal effects of errors made by a natural person communicating with an automated computer system. The draft provision, which is inspired in section 22 of the Uniform Electronic Commerce Act of Canada, appears in square brackets because in the consultations held by the Secretariat it has been suggested that a provision of this type might not be appropriate in the context of commercial (i.e. non-consumer) transactions, since the right to repudiate a contract in case of material error may not always be provided under general contract law.

(a) The automated computer system did not provide the natural person with an opportunity to prevent or correct the error;

(b) The natural person notifies the other person of the error as soon as practicable when the natural person learns of it and indicates that he or she made an error in the data message;

(c) The natural person takes reasonable steps, including steps that conform to the other person's instructions to return the goods or services received, if any, as a result of the error or, if instructed to do so, to destroy such goods or services; and

(d) The natural person has not used or received any material benefit or value from the goods or services, if any, received from the other person.]

Article 13. Form requirements³⁷

1. Nothing in this Convention requires a contract to be concluded in or evidenced by writing or subjects a contract to any other requirement as to form.³⁸

2. Where the law requires that a contract to which this Convention applies should be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.³⁹

Variant A⁴⁰

3. Where the law requires that a contract to which this Convention applies should be signed, that requirement is met in relation to a data message if:

(a) A method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and

(b) That method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

Variant B⁴¹

3. Where the law requires that a contract to which this Convention applies should be signed, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to a data message if an electronic signature is used

³⁷ This draft article combines essential provisions on form requirements of the United Nations Sales Convention (article 11) with provisions of articles 6 and 7 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

³⁸ This provision restates the general principle of freedom of form contained in article 11 of the United Nations Sales Convention.

³⁹ This provision sets forth the criteria for the functional equivalence between data messages and paper documents, in the same manner as article 6 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

⁴⁰ Variant A recites the general criteria for the functional equivalence between hand-written signatures and electronic identification methods referred to in article 7 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

⁴¹ Variant B is based on article 6, paragraph 3, of the draft UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures.

which is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

4. An electronic signature is considered to be reliable for the purposes of satisfying the requirements referred to in paragraph 3 if:

(a) The signature creation data are, within the context in which they are used, linked to the signatory and to no other person;

(b) The signature creation data were, at the time of signing, under the control of the signatory and of no other person;

(c) Any alteration to the electronic signature, made after the time of signing, is detectable; and

(d) Where the purpose of the legal requirement for a signature is to provide assurances as to the integrity of the information to which it relates, any alteration made to that information after the time of signing is detectable.

5. Paragraph 4 does not limit the ability of any person:

(a) To establish in any other way, for the purposes of satisfying the requirement referred to in paragraph 3, the reliability of an electronic signature;

(b) To adduce evidence of the non-reliability of an electronic signature.

*Article 14. General information to be provided by the parties*⁴²

1. A party offering goods or services through an information system that is generally accessible to the public shall render the following information available to parties accessing such information system:

(a) Its name and, where the party is registered in a trade or similar public register, the trade register in which the party is entered and its registration number, or equivalent means of identification in that register;

(b) The geographic location and address at which the party has its place of business;

(c) Details, including its electronic mail address, which allow the party to be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner.

2. A party offering goods or services through an information system that is generally accessible to the public shall ensure that the information required to be provided under paragraph 1 is easily, directly and permanently accessible to parties accessing the information system.

⁴² This draft Article is intended to enhance certainty and clarity in international transactions by ensuring that a party offering goods or services through open networks, such as the Internet, should offer at least information on its identity, legal status, location and address. It reflects the proposal, which was positively received at the Working Group's thirty-eighth session, that persons and companies making use of such open networks should at least disclose their places of business (A/CN.9/484, para. 103). The draft provision is inspired in article 5, paragraph (1), of the Directive 2000/31/EC of the European Union.

Article 15. Availability of contract terms⁴³

A party offering goods or services through an information system that is generally accessible to the public shall make the data message or messages which contain the contract terms and general conditions available to the other party for a reasonable period of time in a way that allows for their storage and reproduction. A data message is deemed not to be capable of being stored or reproduced if the originator inhibits the printing or storage of the data message or messages by the other party.

[Other provisions which the Working Group may wish to include.]

⁴³ This draft article deals with a particular problem of electronic contracting: the availability of a record of the contract. The draft article, which is based on article 10, paragraph 3, of the Directive 2000/31/EC of the European Union, requires a party offering goods or services through open information systems to ensure that its contracting partners would be able, for a reasonable amount of time, to print or store the data messages containing the contract terms.

Annex II

Common exclusions from the sphere of application of domestic or regional laws that recognize the legal effect of electronic messages and signatures

Bermuda, The Electronic Transactions Act 1999

"Exclusions

"6 (1) Part II (legal requirements respecting electronic records) and Part III (communication of electronic records) do not apply to any rule of law requiring writing or signatures for the following matters—

"(a) the creation, execution or revocation of a will or testamentary instrument;

"(b) the conveyance of real property or the transfer of any interest in real property.

"(2) The Minister may by regulations provide that this Act, or such provisions thereof as may be specified in the regulations, does not apply to any class of transactions, persons, matters or things specified in the regulations."

Canada, Uniform Electronic Commerce Act

"(2) The [appropriate authority] may, by [statutory instrument], specify provisions of or requirements under [enacting jurisdiction] law in respect of which this Act does not apply.

"(3) This Act does not apply in respect of

"(a) wills and their codicils;

"(b) trusts created by wills or by codicils to wills;

"(c) powers of attorney, to the extent that they are in respect of the financial affairs or personal care of an individual;

"(d) documents that create or transfer interests in land and that require registration to be effective against third parties.

"(4) Except for Part 3, this Act does not apply in respect of negotiable instruments, including negotiable documents of title.

"(5) Nothing in this Act limits the operation of any provision of [enacting jurisdiction] law that expressly authorizes, prohibits or regulates the use of electronic documents."

European Union, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)

"Article 9

"Treatment of contracts

"1. Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.

"2. Member States may lay down that paragraph 1 shall not apply to all or certain contracts falling into one of the following categories:

"(a) contracts that create or transfer rights in real estate, except for rental rights;

"(b) contracts requiring by law the involvement of courts, public authorities or professions exercising public authority;

"(c) contracts of suretyship granted and on collateral securities furnished by persons acting for purposes outside their trade, business or profession;

"(d) contracts governed by family law or by the law of succession."

Hong Kong, China, Ordinance No. 1 of 2000 (Electronic Commerce Ordinance)

"Schedule 1

"Matters excluded from application of sections 5, 6, 7, 8 and 17 of this ordinance under section 3 of this ordinance

"1. The creation, execution, variation, revocation, revival or rectification of a will, codicil or any other testamentary document.

"2. The creation, execution, variation or revocation of a trust (other than resulting, implied or constructive trusts).

"3. The creation, execution, variation or revocation of a power of attorney.

"4. The making, execution or making and execution of any instrument which is required to be stamped or endorsed under the Stamp Duty Ordinance (Cap. 117) other than a contract note to which an agreement under section 5A of that Ordinance relates.

"5. Government conditions of grant and Government leases.

"6. Any deed, conveyance or other document or instrument in writing, judgments, and *lis pendens* referred to in the Land Registration Ordinance (Cap. 128) by which any parcels of ground tenements or premises in Hong Kong may be affected.

"7. Any assignment, mortgage or legal charge within the meaning of the Conveyancing and

Property Ordinance (Cap. 219) or any other contract relating to or effecting the disposition of immovable property or an interest in immovable property.

"8. A document effecting a floating charge referred to in section 2A of the Land Registration

Ordinance (Cap. 128).

"9. Oaths and affidavits.

"10. Statutory declarations.

"11. Judgments (in addition to those referred to in section 6) or orders of court.

"12. A warrant issued by a court or a magistrate.

"13. Negotiable instruments."

Ireland, Electronic Commerce Act, 2000

"10.—(1) *Sections 12 to 23* are without prejudice to

"(a) the law governing the creation, execution, amendment, variation or revocation of

(i) a will, codicil or any other testamentary instrument to which the Succession Act, 1965, applies,

(ii) a trust, or

(iii) an enduring power of attorney,

"(b) the law governing the manner in which an interest in real property (including a leasehold interest in such property) may be created, acquired, disposed of or registered, other than contracts (whether or not under seal) for the creation, acquisition or disposal of such interests,

"(c) the law governing the making of an affidavit or a statutory or sworn declaration, or requiring or permitting the use of one for any purpose, or

"(d) the rules, practices or procedures of a court or tribunal, except to the extent that regulations under section 3 may from time to time prescribe.

"11.—Nothing in this Act shall prejudice the operation of

"(a) any law relating to the imposition, collection or recovery of taxation or other Government imposts, including fees, fines and penalties,

"(b) the Companies Act, 1990 (Uncertificated Securities) Regulations, 1996 (S.I. No. 68 of 1996) or any regulations made in substitution for those regulations,

"(c) the Criminal Evidence Act, 1992, or

"(d) the Consumer Credit Act, 1995, or any regulations made thereunder and the European Communities."

Slovenia, Electronic Commerce and Electronic Signature Act

"Article 13

"(1) Where the law or any other regulation requires information to be in writing, that requirement is met by an electronic message, if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

"(2) The provisions of the previous paragraph do not apply to:

"1. contracts regulating property and other rights and other rights on immovable things;

"2. contracts regulating testaments;

"3. contracts regulating property relationships between spouses;

"4. contracts of disposal of property belonging to persons who have been dispossessed of legal capacity;

"5. contracts of tradition and division of property inter vivos;

"6. contracts of life-subsistence and agreements of waiver of heirship prior to inheritance;

"7. contracts of donations and contracts of donations mortis causa;

"8. contracts of sale with the retention of ownership;

"9. other legal acts, which shall be, according to legal provisions, made in a form of a notarial note."

United States of America, Uniform Electronic Transactions Act

"Section 3. Scope¹

"(a) Except as otherwise provided in subsection (b), this [Act] applies to electronic records and electronic signatures relating to a transaction.

"(b) This [Act] does not apply to a transaction to the extent it is governed by:

"(1) a law governing the creation and execution of wills, codicils, or testamentary trusts;

"(2) [The Uniform Commercial Code other than Sections 1-107 and 1-206, Article 2, and Article 2A];²

¹ The official commentary to the Uniform Electronic Transactions Act states that the Act "is inherently limited by the fact that it only applies to transactions related to business, commercial (including consumer) and governmental matters". Thus, "transactions with no relation to business, commercial or governmental transactions would not be subject to [the] Act." Unilaterally generated electronic records and signatures which are not part of a transaction also are not covered by the Act.

² Paragraph (2) excludes all of the Uniform Commercial Code other than its Sections 1-107 (waiver or renunciation of claim or right after breach) and 1-206 (writing requirement for contracts for sale of personal property), and articles 2 and 2A (sales and leases). The excluded provisions of the Uniform Commercial Code deal with negotiable instruments (article 3), bank deposits (article 4) and funds transfers (article 4A); letters of credit (article 5), bulk transfers and bulk sales (article 6); warehouse receipts, bills of lading and other documents of title

"(3) [the Uniform Computer Information Transactions Act];³ and

"(4) [other laws, if any, identified by State]."⁴

(article 7), investment securities (article 8); secured transactions, sales of accounts and chattel paper (article 9). The official commentary in the Uniform Electronic Transactions Act indicates that "the check collection and electronic fund transfer systems governed by Articles 3, 4 and 4A involve systems and relationships involving numerous parties beyond the parties to the underlying contract" and that "the impact of validating electronic media in such systems involves considerations beyond the scope of this Act". Articles 5, 8 and 9 of the Uniform Commercial Code, in turn, were not excluded because the subject matter was not appropriate for being governed by the Uniform electronic Transactions Act, but "because the revision process relating to those Articles included significant consideration of electronic practices."

³ The Uniform Computer Information Transactions Act deals specifically with transactions involving computer information.

⁴ The official commentary indicates that additional exclusions under subparagraph (b) (4) should be limited to laws which govern electronic records and signatures which may be used in transactions as defined in the Act Section 2 (16) (i.e. "an action or set of actions occurring between two or more persons relating to the conduct of business, commercial, or governmental affairs"). The official commentary discusses at length the need for and the appropriateness of generally excluding the following matters from the scope of the Act: trusts (other than testamentary trusts); powers of attorney; real estate transactions between the parties (as opposed to their effect on third parties) and matters governed by consumer protection statutes. The commentary indicates that the Drafting Committee of the Electronic Transactions Act determined that exclusion of these additional areas was not warranted, partly in view of the enabling nature of the Act and the fact that section 8 (b) (3) specifically preserves the applicability of requirements provisions such as "laws requiring information to be presented in particular fonts, formats or in similar fashion, as well as laws requiring conspicuous displays of information".