

Soluzione Giudiziale e Stragiudiziale Dei Conflitti tra Prestatori e Consumatori Dei Servizi della Ict

Nicola de Luca

Professore Aggregato di Diritto Commerciale, Seconda Università di Napoli
E-mail: ndeluca@luiss.it; nicola.deluca@unina2.it

Resumen

En el presente texto se hace una reflexión sobre la directiva europea sobre el comercio electrónico, la Jurisdicción de disputas, la Ley aplicable a los casos de comercio electrónico (sólo B2C), y finalmente la resolución alternativa de disputas (sólo B2C).

Palabras clave: Jurisdicción, Conflictos de comercio electrónico.

Abstract

This paper reflects on the European Directive on electronic commerce, the jurisdiction of disputes, the law applicable to cases of electronic commerce (B2C only), and finally the alternative dispute resolution (B2C only) becomes.

Keywords: Jurisdiction, Conflicts of e-commerce

Résumé

Le présent texte est une réflexion de la directive européenne sur le commerce électronique, la compétence des différends, la loi applicable au cas du commerce électronique (B2C seulement), et enfin le règlement extrajudiciaire des différends (B2C seulement) devient.

Mots-clés: Compétence, Conflits d'e-commerce.

Soluzione Giudiziale e Stragiudiziale Dei Conflittitra Prestatori e Consumatori Dei Servizi della Ict

Nicola de Luca

1. PREMESSA

Un tema di particolare interesse e complessità è quello relativo alla tutela dei conflitti nei contratti relativi al commercio elettronico, ove la accennata complessità può essere altresì data dalla diversa nazionalità delle parti, nonché dalla qualità di consumatore di una di esse.

Le parti di un contratto concluso a distanza possono essere entrambe della stessa nazionalità, ovvero di nazionalità diversa; possono essere entrambi imprenditori (B2B), o entrambi consumatori (C2C), ovvero uno imprenditore e l'altro consumatore (B2C).

Nel determinare come una controversia attinente al commercio internazionale debba essere risolta occorre accertare quale sia legge applicabile e quale sia il giudice competente a conoscerla. In questa determinazione rilevanza fondamentale ha il contratto, giacché in materia di diritti disponibili le parti possono regolare sia l'uno che l'altro aspetto, anche ricorrendo a metodi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*), tra cui principalmente l'arbitrato, interno o internazionale.

Anche in materia di commercio elettronico, il contratto concluso a distanza, sia pure tra operatori appartenenti a diversi sistemi giuridici, può prevedere quale sia la legge applicabile e quale il giudice competente a conoscerla, se non sia presente una convenzione di arbitrato. Tuttavia, proprio tali convenzioni potrebbero risultare particolarmente onerose per i consumatori nei contratti B2C. Esistono quindi convenzioni internazionali e leggi nazionali che disciplinano, insieme ad alcuni aspetti del commercio elettronico, nazionale o internazionale, anche gli aspetti relativi alla legge applicabile e alla competenza.

Non è possibile evidentemente dare conto di tutti i settori del commercio internazionale, di tutte le convenzioni internazionali o di tutti i possibili casi di controversie internazionali relative al commercio elettronico. Il presente contributo si limita quindi a delineare i tratti fondamentali delle controversie che rendono applicabile la Direttiva europea sul commercio elettronico (Dir. 2000/31/CE, dell'8 giugno 2000) che sicuramente rappresenta l'esempio meglio riuscito di armonizzazione, prima, e di unificazione dopo, del diritto internazionale privato.

2. LA DIRETTIVA EUROPEA SUL COMMERCIO ELETTRONICO

Con la Dir. 2000/31/CE, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, l'Unione Europea ha emanato un importante atto di indirizzo per i Paesi membri.

Le motivazioni per l'emanazione della Direttiva sul commercio elettronico sono chiaramente espresse dai considerando della Direttiva i quali mettono in luce non solo gli obiettivi della legislazione comunitaria ma anche gli ostacoli che possono impedirne o rallentarne il conseguimento.

Particolarmente rilevanti sono il Secondo, il Quinto e il Sesto Considerando. *Da una parte*, si rileva come «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». *Dall'altra parte*, tuttavia, si rileva come «lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nella Comunità è limitato da numerosi ostacoli giuridici al buon funzionamento del mercato interno, tali 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».

Per queste ragioni, la Commissione europea ha ritenuto «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».

Tra i vari aspetti che sono disciplinati dalla direttiva, particolare importanza assumono quelli idonei ad identificare le attività ed i soggetti cui la stessa si applica: tra questi la nozione di servizi della società dell'informazione e quelle di prestatore e destinatario di tali servizi.

La Direttiva definisce il proprio ambito di applicazione essenzialmente richiamando la definizione di “servizi della società dell'informazione”. Si tratta di una nozione già esistente nel diritto comunitario per effetto della 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,

e della 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.

Per “servizi della società dell’informazione” si intende qualsiasi servizio prestato 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 della società dell’informazione abbracciano perciò una vasta gamma di attività economiche svolte in rete (on-line). Tali attività possono consistere, in particolare, nella vendita on-line di merci, esclusi i servizi di consegna delle merci in quanto tali o la prestazione di servizi non on-line. Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti on-line; può infatti trattarsi anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un’attività economica, come l’offerta di informazioni o comunicazioni commerciali on-line 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 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. Sono ancora servizi della società dell’informazione quelli trasmessi “point-to-point”, quali i servizi video a richiesta o l’invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica.

Ai fini dell’assoggettamento dei servizi della società dell’informazione alla disciplina comunitaria è essenziale anzitutto l’individuazione dei luoghi in cui vengono ubicate le attività del prestatore di tali servizi e dei luoghi in cui risiede il destinatario del servizio.

Ai sensi del Diciannovesimo considerando, “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”. La direttiva ha tuttavia cura di precisare che “il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite Internet, non è là dove si trova la tecnologia del 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”.

A sua volta, la definizione “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.

Per venire agli aspetti di maggiore interesse in questa sede, è bene ricordare che la Direttiva sul commercio elettronico “non è volta a introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato sui conflitti di leggi, né tratta della competenza degli organi giurisdizionali” (Ventitreesimo Considerando). Tuttavia, “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” (Cinquantasettesimo Considerando).

Inoltre, benché la direttiva non sia destinata ad applicarsi ai servizi di prestatori stabiliti in un terzo paese, tuttavia, data la dimensione globale del commercio elettronico, la stessa è dichiaratamente redatta in coerenza con quella internazionale, promossa dalle maggiori organizzazioni internazionali (tre le altre, OMC, OCSE, Uncitral). Per assicurare uno sviluppo senza ostacoli del commercio elettronico, il quadro giuridico comunitario è dichiaratamente 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.

A livello di legislazioni interne, i precetti comunitari hanno trovato alcune specificazioni che può essere opportuno ricordare. Nella legge italiana ad esempio, sono date le seguenti definizioni:

- a. servizi della società dell’informazione sono qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi;
- b. prestatore è la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell’informazione; e prestatore stabilito è il prestatore che esercita effettivamente un’attività economica mediante una stabile organizzazione per un tempo indeterminato;
- c. destinatario del servizio è il soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni; tra questi è invece consumatore qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all’attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Resta fermo che, con riferimento alle controversie nel commercio elettronico, in caso di lite, al prestatore e al destinatario del servizio della società dell’informazione deve essere riconosciuta la possibilità di adire anche organi di composizione extragiudiziale, operanti anche per via telematica.

3. COMPETENZA GIURISDIZIONALE PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

In tutta l'Unione Europea è uniformata la disciplina di diritto internazionale privato. Con il Regolamento 44/2001/CE, l'Unione Europea ha infatti inteso porre in essere un regime uniforme in materia di giurisdizione e di riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale. Il Regolamento è entrato in vigore il primo marzo 2002 e, in quanto tale, è direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico degli Stati membri dell'Unione Europea.

Sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento le controversie attinenti a:

- a. lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni.
- b. I fallimenti, i concordati e la procedure affini.
- c. La sicurezza sociale;
- d. L'arbitrato.

Il principio fondamentale accolto dal Regolamento in materia di competenza giurisdizionale è quello secondo cui la competenza a conoscere di una data controversia che presenti elementi di estraneità spetta al giudice dello Stato in cui è domiciliato il convenuto, indipendentemente dalla cittadinanza di quest'ultimo. Più esattamente, la giurisdizione interna di uno degli Stati Membri dell'Unione Europea sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in uno Stato Membro dell'Unione Europea, ovvero – in via alternativa – quando vi abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, e negli altri casi in cui è prevista dalla legge.

Se il convenuto non è domiciliato nel territorio di uno Stato membro, la competenza è disciplinata, in ciascuno Stato membro, dalla legge di tale Stato, salva l'applicazione degli articoli 22 (competenze esclusive) e 23 (proroga di competenza) del Regolamento (Art. 4, parr. 1).

La giurisdizione degli Stati Membri dell'Unione Europea sussiste tuttavia in base ai criteri stabiliti dal Regolamento 44/2001/CE (e già dalla Convenzione di Bruxelles del 1968), concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione del Regolamento.

In virtù di questa norma, in materia civile e commerciale, anche nel caso di convenuto non domiciliato in uno degli Stati membri dell'Unione, troveranno dunque applicazione i criteri per l'individuazione del giudice competente indicati nel Regolamento.

E veniamo allora ai contratti conclusi tramite internet.

I criteri sulla competenza giurisdizionale posti dal Regolamento 44/2001/CE per le controversie civili e commerciali, e quelli previsti per i contratti conclusi dai

consumatori, trovano applicazione nelle controversie sorte nell'ambito del commercio elettronico. In particolare, per i contratti conclusi con i consumatori, anche se si tratta di soggetti operanti in ordinamenti giuridici diversi, sussiste la giurisdizione dello Stato membro di residenza dell'attore sia che il convenuto sia domiciliato in uno Stato appartenente all'Unione europea, sia che sia domiciliato altrove.

Gli Art. 15, 16 e 17 del Regolamento introducono un apposito sistema di competenze di carattere c.d. imperativo per i contratti conclusi con i consumatori, sulla base del presupposto che in tale tipologia contrattuale «è opportuno tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali» (Tredicesimo Considerando).

La competenza in materia di contratti conclusi dal consumatore sussiste, tra l'altro, in tutti i casi in cui il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività 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 prestazione di servizi della società dell'informazione costituisce attività diretta ad una pluralità di Stati, incluso, tramite la rete, anche lo Stato di residenza o domicilio del consumatore.

Qualora la controparte del consumatore non abbia il proprio domicilio nel territorio di uno Stato membro, ma ivi possieda una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede d'attività, detta controparte è considerata, per le controversie relative al loro esercizio, come avente domicilio nel territorio di quest'ultimo Stato (Art. 15, parr. 2, Regolamento).

Ne consegue che l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta sia davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il convenuto, sia davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore. Viceversa, l'azione della parte che non costituisce consumatore può essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore.

Competente per territorio sarà il giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore.

Ai criteri previsti dal Regolamento 44/2001/CE è possibile derogare. Per i contratti conclusi dai consumatori (B2C), tuttavia, ciò è possibile solo mediante una convenzione che risulti:

- a. posteriore al sorgere della controversia, o
- b. che consenta al consumatore di adire un giudice diverso da quelli indicati nella sezione, o
- c. che, stipulata tra il consumatore e la sua controparte aventi entrambi il domicilio o la residenza abituale nel medesimo Stato membro al momento della conclusione del contratto, attribuisca la competenza ai giudici di tale Stato membro, sempre che la legge di quest'ultimo non vieti siffatte convenzioni.

In ogni caso, la giurisdizione di uno Stato membro sussiste se il convenuto si sia costituito in giudizio e non abbia eccepito l'incompetenza nel primo scritto difensivo.

4. LEGGE APPLICABILE ALLE CONTROVERSIE DEL COMMERCIO ELETTRONICO (SOLO B2C)

Il giudice adito secondo le norme illustrate, superata la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione, dovrà decidere la controversia applicando alla fattispecie la legge sostanziale richiamata dalle norme interne di conflitto.

Con riguardo alle obbligazioni contrattuali, l'Unione Europea ha approvato il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), che sostituisce la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, trasformandola in uno strumento comunitario e, al contempo, rendendola più moderna. Tra le altre convenzioni internazionali rilevanti in materia, occorre ricordare la Convenzione dell'Aja del 1955, applicabile alla vendita di cose mobili corporali, per la quale tuttavia trovano applicazione le disposizioni a tutela dei consumatori previste dalla Convenzione di Roma. Il Regolamento Roma I non si applica alle vendite internazionali di merci, dunque ai contratti conclusi tra imprenditori (B2B), per i quali è applicabile la Convenzione di Vienna del 1980.

Il Regolamento Roma I si applica, invece, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale, con esclusioni simili a quelle previste per il Regolamento 44/2001/CE. La legge designata dal Regolamento Roma I si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro della UE.

Il criterio fondamentale adottato dalla Convenzione è quello secondo cui il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti, e si limita dunque a dettare criteri suppletivi per l'ipotesi che le parti non abbiano scelto una legge applicabile.

L'Art. 5 del Regolamento detta una disciplina specifica per i contratti conclusi dai consumatori, vale a dire quei contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi a una persona, il consumatore, per un uso che possa considerarsi estraneo alla sua attività professionale, nonché i contratti destinati al finanziamento di tale fornitura.

Resta anche in questa tipologia di contratti il criterio della scelta della legge applicabile con convenzione delle parti. Tuttavia la scelta ad opera delle 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:

- a. Se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale Paese 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 o

- b. se l'altra parte o il suo rappresentante hanno ricevuto l'ordine del consumatore nel Paese di residenza o
- c. se 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.

In mancanza di scelta effettuata dalle parti, si prevede che i contratti conclusi dal consumatore siano sottoposti alla legge del Paese nel quale quest'ultimo ha la sua residenza abituale, sempreché ricorrano le condizioni sopra enunciate (Art. 5, par. 3).

Ne consegue che nel commercio elettronico B2C, in caso di lite con un prestatore di un servizio della società dell'informazione domiciliato o meno in uno Stato membro dell'Unione europea, il consumatore con residenza abituale in uno Stato Membro dell'Unione Europea potrà sempre invocare l'applicazione da parte del giudice adito delle disposizioni imperative previste dalla legge nazionale a sua protezione.

E così, ad esempio, se il consumatore è residente in Italia risulterà inefficace ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalla legislazione nazionale, qualora il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea.

5. LA RISOLUZIONE EXTRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE (SOLO B2C)

Nelle controversie del commercio elettronico, la Direttiva 2000/31/CE prevede che prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione possano adire organi di composizione extragiudiziale che operano anche per via telematica.

Il Cinquantunesimo Considerando della Direttiva 2000/31/CE precisa che «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».

Fa riscontro al citato considerando, l'Art. 17 della Direttiva la quale prevede che «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 previste dal diritto nazionale».

Nel Sesto considerando della Raccomandazione della commissione 2001/310/CE, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo si legge che «il commercio elettronico facilita le transazioni transfrontaliere tra le aziende e i consumatori.

Tali transazioni hanno spesso un valore esiguo e quindi la risoluzione di qualsiasi controversia deve essere semplice, rapida e poco onerosa. Le nuove tecnologie possono contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione delle controversie costituendo un organismo volto a risolvere efficacemente le controversie che interessano diverse giurisdizioni senza il bisogno di una comparizione fisica delle parti e andrebbero quindi incoraggiate mediante principi volti ad assicurare standard coerenti e affidabili atti a suscitare la fiducia degli utenti».

Inoltre, il Nono Considerando della Direttiva 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, stabilisce che «la presente direttiva non dovrebbe minimamente impedire l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione».

In attuazione della Direttiva sul commercio elettronico, l'Art. 19, d.lgs. n. 70/2003 stabilisce che «in caso di controversie, prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione possono adire anche organi di composizione extragiudiziale che operano anche per via telematica. Tali organi, se operano in conformità ai principi previsti dall'ordinamento comunitario e da quello nazionale, sono notificati, su loro richiesta, alla Commissione dell'Unione europea per l'inserimento nella rete europea di composizione extragiudiziale delle controversie».

A loro volta, gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie comunicano tra l'altro alla Commissione europea «le decisioni significative che adottano sui servizi della società dell'informazione, nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini o usi relativi al commercio elettronico».

In linea generale, le parti di un contratto relativo al commercio elettronico hanno dunque facoltà di convenire *ex ante* una clausola compromissoria che deferisca le eventuali controversie agli arbitri, ovvero di stipulare un compromesso *ad hoc* successivamente. Se si tratta di contratti B2C, tuttavia, l'accordo stipulato *ex ante* che deroghi alla competenza dell'autorità giudiziaria, tra l'altro per affidarla ad arbitri, rischia di essere considerata una clausola abusiva e come tale nulla: al proposito si è pronunciata anche la Corte di Giustizia UE con sentenza del 26 ottobre 2006, n° C-168/05, in un caso in cui la clausola compromissoria era stata predisposta da una compagnia di telefonia mobile e inconsapevolmente accettata da un cliente, il quale avviato l'arbitrato non aveva prontamente eccepito la nullità della clausola, rilevandola solo in sede di impugnazione del lodo davanti all'autorità giudiziaria ordinaria: secondo la Corte di Giustizia.

La direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

Non è invece vietata la conclusione di un compromesso successivo all'insorgere della controversia, né questo può essere considerato accordo che richiede una speciale protezione del consumatore.

Il compromesso arbitrale può prevedere l'applicazione di norme di diritto o essere deciso secondo equità. L'arbitrato si dice amministrato quando sia organizzato e gestito da organismi *ad hoc* come la Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio internazionale di Parigi o le Camere Arbitrali presso le Camere di Commercio nazionali. L'arbitrato è internazionale quando una delle parti ha la residenza o la sede in uno stato estero.

Tracciato questo quadro, è bene accennare alle c.d. procedure ODR, cioè *on-line dispute resolution*. Sono procedure non necessariamente extra-giudiziarie e sono incoraggiate tra l'altro dal Regolamento 861/2007/CE, del 11 luglio 2007 in materia di procedure per la soluzione di controversie di modesta entità. Cause di modesta entità possono essere risolte a mezzo di ODR, sul presupposto che controversie relative a contenziosi di modesto valore possono essere risolte anche nelle sedi della giustizia ordinaria in modo veloce, a buon mercato, e poco formale. Al fine di superare le limitazioni nazionali, la Commissione europea ha elaborato un regolamento per un procedimento europeo per controversie di modesta entità. L'applicazione di questo Regolamento è previsto in tutti gli Stati membri della Comunità sin dal gennaio 2009. Il procedimento europeo per controversie di modesta entità è prevalentemente una procedura scritta che riguarda le richieste di valore inferiore € 2.000, derivanti da controversie transfrontaliere. Il suo vantaggio principale è che prevede l'esecuzione delle decisioni in uno dei paesi membri, senza la necessità attuale di passare attraverso il riconoscimento formale reciproco delle decisioni (*exequatur*).

L'obiettivo comunitario è la creazione di una procedura efficiente e a basso costo applicabile ai crediti di valore limitato in controversie transfrontaliere. Questo obiettivo può essere raggiunto solo utilizzando una procedura scritta, assistita da moduli elettronici esaminati come e-mail e videoconferenza. Il regolamento consente l'utilizzo delle nuove tecnologie nelle informazioni, anche per il trasferimento di prove tra le autorità giudiziarie degli Stati membri diversi. Ma saranno gli Stati membri della Comunità europea a decidere quali prove sono accettabili nei loro organismi di giustizia ordinaria. Dato che si tratta di un regolamento già attuabile, è prevedibile una notevole influenza per la risoluzione delle controversie B2C sia *on-line* sia *off-line*.

Tra i vari sistemi di ODR esistenti, si distinguono quelli completamente automatizzati per mezzo di un apposito software (*blind bidding*, quelli in cui si incontrano proposte transattive segrete) e quelli in cui si prevede l'intervento di un terzo soggetto, che si distinguono a seconda del ruolo assunto da tale soggetto: *assisted negotiation, mediation, e arbitration*.

Un modello completamente automatizzato è costituito dalla cosiddetta negoziazione "cieca", in cui le parti vengono messe in comunicazione da un programma elettronico che calcola l'approssimazione della proposta e della controproposta in

un *range* di percentuale e di tempo prefissato. Il tentativo di conciliazione resta attivo per 15-30 giorni. Tutte le offerte fatte sono “cieche”, ossia il loro ammontare non è conosciuto dalle parti. Nell’ipotesi di incontro delle due posizioni, il sistema stila l’accordo con l’importo scaturito dalla contrattazione al buio. La realizzazione pratica di questo modello si rileva nell’ambito assicurativo statunitense. Si tratta del sito Cybersettle.com ove si conciliano mediante software e negoziazione “cieca” controversie unicamente di carattere monetario.

Il modello in cui interviene un terzo neutrale va invece ricondotto allo schema della mediazione. La trattativa è assistita da un terzo neutrale il cui compito è quello di gestire il conflitto e sviluppare una comunicazione efficace tra i litiganti allo scopo di raggiungere un accordo soddisfacente per entrambi. Le parti possono scegliere se comunicare in tempo reale (chat, instant messaging, web conference) oppure in tempi differenziati (listservs, e-mail) o ancora stabilire di prediligere una modalità o l’altra a seconda dei ritmi assunti dalla trattativa nelle sue fasi.

A livello europeo la Commissione, oltre a includere la risoluzione online delle controversie nella discussione generale relativa all’armonizzazione della legislazione commerciale, ha promosso e sostenuto la creazione di ECODIR (*Electronic consumer dispute resolution*). Si tratta di un progetto di ODR B2C elaborato e azionato da un consorzio costituito da varie realtà accademiche.

Un esempio italiano di ODR mediata da un terzo è quella offerta dalla Camera Arbitrale di Milano, con il sito RisolviOnline.com. Online dal 2002, si sviluppa secondo lo schema della mediazione, e può essere utilizzato sia dal singolo consumatore/utente, sia dall’impresa, anche per mezzo di loro avvocati.

Tutte le controversie di carattere commerciale possono essere sottoposte a RisolviOnline indipendentemente dal loro valore economico o dalla nazionalità dei soggetti coinvolti, e principalmente quelle derivanti da Internet e dal commercio elettronico. Il tentativo di conciliazione si svolge discutendo in tempo reale del problema tramite chat oppure tramite forum di discussione utilizzando un’area riservata del sito internet a cui possono accedere solo le parti, il conciliatore ed il funzionario della Camera Arbitrale preposto al servizio.

Per attivare il procedimento, la parte interessata deve compilare e trasmettere via web un modulo presente su www.risolvionline.com. Successivamente la Segreteria contatta l’altra parte nel più breve tempo possibile, invitandola a aderire al procedimento entro 15 giorni dal ricevimento dell’email. Nel caso in cui l’altra parte accetti di partecipare al procedimento, la Segreteria ne dà comunicazione alla parte proponente e individua il conciliatore online. Nel caso in cui l’altra parte non accetti di partecipare al procedimento, il procedimento si conclude, mentre in assenza di comunicazione contraria della parte proponente, trascorsi 60 giorni dal contatto dell’altra parte senza che l’adesione sia pervenuta alla Segreteria, il procedimento viene archiviato.

Ove accettato il compromesso per la mediazione, il procedimento può svilupparsi, sin dall’inizio, tramite uno dei sistemi di comunicazione messi a disposizione dal

servizio o anche, qualora il conciliatore online lo ritenga possibile e opportuno, con l'utilizzo combinato di tali strumenti. Le parti partecipano di persona al procedimento, ma possono farsi assistere da consulenti, legali o persone di fiducia. Nel caso in cui decidano di farsi rappresentare dovranno far pervenire alla segreteria un documento che attesti i poteri di conciliare del rappresentante e la sua identità. Le parti sono tenute al rispetto delle istruzioni fornite dal conciliatore online relative alla tempistica e in generale alla gestione del procedimento. Il conciliatore online ha la facoltà di comunicare singolarmente ed in via riservata con ciascuna delle parti. Se le parti lo richiedono espressamente il conciliatore può fornire ipotesi di accordo (non vincolanti).

Il procedimento si conclude:

- a. quando le parti o il conciliatore o la Segreteria ritengano che non sussistono gli estremi per proseguire;
- b. quando le parti raggiungono un accordo.

In caso di accordo viene redatto un documento che le parti sottoscrivono e trasmettono alla Segreteria via fax o servizio postale.

Dopo RisolviOnline.com, alcune Camere di commercio italiane hanno lanciato altri sistemi di ODR: Concilianet, sistema modulare elaborato da Tinnova (azienda speciale delle Camere di Commercio di Firenze e Prato) e utilizzato da una ventina di Camere di Commercio italiane nonché da alcuni provider di *alternative dispute resolution* privati.

REFERENCIAS

- E. Falletti. (2008). *E-justice. Esperienze di diritto comparato*, Milano.
- G. Cassano. (2004). Le nuove forme di Alternative dispute resolution (ADR), nell'era di internet, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*.
- R. Danovi. (1997). *Le ADR (Alternative dispute resolution) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, IV, 326 ss.
- G. Peruginelli (2007), *Le Online dispute resolution: un'evoluzione delle Alternative dispute resolution*, in *Informatica e dir.*
- G. Zampini, E-marketplaces. (2002). *ADR online e pluralità degli ordinamenti*, in M. Pievani, E. Ruggiero (Dir.), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online*, Milano:
- C. Rossello. (2006). *Commercio elettronico*, Milano.
- S. Baratti. (2002). Internet, III) Diritto internazionale privato e processuale, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Aggiornamento 10*, 1-15.