

“La tutela dei risparmiatori nei servizi finanziari on-line”

SOMMARIO. 1. La «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»: il quadro normativo. – 2. Prime questioni di coordinamento con il Testo Unico della Finanza e il Regolamento Consob n. 16190/2007. – 3. Campo di applicazione soggettivo: disarmonia tra nozione di “cliente” e di “consumatore”. – 4. Le modalità di accesso ai servizi finanziari tramite internet. – 5. Il ruolo degli obblighi informativi e del diritto di recesso. – 6. Pagamento mediante carta e regime probatorio. – 7. Il pagamento dei servizi: le diverse fattispecie regolate. – 8. Il coordinamento con il Codice dell’amministrazione digitale. – 9. Onere della prova.

di Ettore Battelli

Ricercatore di Diritto Privato

Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre

1. - L’art. 9 del d.lgs. n. 221/2007 («Disposizioni correttive ed integrative del Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo») ha modificato il codice del consumo introducendo i nuovi articoli da 67-bis a 67-vicies bis, con i quali tale testo normativo si arricchisce di una nuova Sezione IV-bis¹, di ben 21 articoli, dedicata alla «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori».²

Tale normativa sostituisce integralmente, abrogandolo, il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, precedentemente vigente, con il quale era stata data prima attuazione all’interno del nostro ordinamento alla direttiva comunitaria 2002/65/CE³.

Tale direttiva era stata emanata per fornire una risposta all’esigenza di consolidare il mercato comune assicurando ai consumatori l’accesso a distanza e in completa sicurezza ad una gamma molto ampia di servizi finanziari nell’Unione europea, al fine di permettere loro di scegliere quelli ritenuti più rispondenti alle proprie necessità⁴.

Attesa la loro natura immateriale, i servizi finanziari presentano le caratteristiche necessarie per essere veicolati a distanza, in particolare tramite le nuove tecnologie digitali, per cui il loro potenziale mercato di riferimento risulta quanto mai esteso. Da ciò l’esigenza di instaurare un quadro giuridico completo e sicuro che valga ad accrescere la fiducia del consumatore nell’utilizzazione delle tecniche di commercializzazione a distanza.

La disciplina del mercato finanziario in Italia, sin dall’emanazione del d.lgs. 415/1996, ha mostrato grande sensibilità all’utilizzo di Internet nella prestazione di servizi finanziari approntando, nella disposizione attualmente rifluita nell’art. 32, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 «Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria», una specifica disciplina della promozione e del collocamento a distanza di servizi di investimento e di strumenti finanziari.

¹ Il capo I del titolo III della parte III del codice del consumo è rubricato “particolari modalità di conclusione del contratto” e si divide nelle seguenti sezioni: sezione I (contratti negoziati fuori dei locali commerciali; artt. 45-49); sezione II (contratti a distanza; artt. 50-61); sezione III (disposizioni comuni; artt. 62-63); sezione IV (diritto di recesso; artt. 64-67); sezione IV-bis (commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; artt. 67 bis – 67 vicies bis).

² Vedi SANGIOVANNI V., *sub* artt. 67-bis-67-vicies bis, in *Codice del consumo. Commentario del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206* a cura di E. M. Tripodi e C. Belli, Maggioli, Rimini, 2008, 264 ss., tra i primi commentatori della disciplina in oggetto così come trasfusa all’interno del Codice del consumo. Alle sue prime riflessioni più volte si fa riferimento in questa sede.

³ Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

⁴ Cfr. *considerando* n.1 e il *considerando* n.3 («nell’ambito del mercato interno, è interesse dei consumatori poter accedere senza discriminazione alla gamma quanto più ampia possibile di servizi finanziari disponibili nella Comunità, onde poter scegliere quelli meglio rispondenti ai loro bisogni. Per assicurare la libertà di scelta dei consumatori, loro diritto essenziale, occorre un livello elevato di protezione del consumatore per aumentare la fiducia del consumatore nel commercio a distanza»).

La vicenda della distribuzione di servizi finanziari (ivi inclusi quelli assicurativi) mediante Internet si coniuga con altre discipline, via via rivolte a regolare: il commercio elettronico, i pagamenti elettronici, la firma digitale e, ovviamente, la conclusione del contratto telematico, nonché la legge applicabile, il contenuto dei contratti e la presenza di clausole abusive, l'osservanza di prassi commerciali corrette, la concertazione di comportamenti e di contenuti contrattuali tra gli operatori e gli utenti, la protezione dei dati personali, i rimedi applicabili e la risoluzione giudiziale e stragiudiziale delle controversie.

La ricostruzione del quadro normativo è dunque complessa ed affidata all'interprete, dal momento che nel settore considerato si registrano, rispetto alla diffusione delle tecniche informatiche, qualche ritardo e non poche incoerenze nell'intervento del legislatore comunitario e del legislatore domestico.

Corretta appare, peraltro, la collocazione delle disposizioni sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori nel Codice del consumo.

Bisogna, difatti, riflettere sul fatto che il codice del consumo rappresenta un tentativo di sistemare in modo organico tutta la materia concernente i consumatori.

In questo senso milita lo stesso utilizzo dell'espressione «*codice*», con la quale si vuole indicare un corpo normativo che si caratterizza oltre che per la sua "settorialità" anche per la sua "sistematicità".

Invero, proprio quando il testo del decreto sul codice del consumo era già stato approvato ed attendeva solo la formale pubblicazione, è stato emanato il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di attuazione della direttiva 2002/65/CE, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; un provvedimento, dunque, che pur riguardando anch'esso il tema centrale dell'atto di consumo, con particolare riferimento a specifiche tipologie contrattuali, era stato escluso, per la sua specificità, anche dalla precedente disciplina sull'e-commerce⁵, ritenuta dal legislatore «*sede*» non adeguata per disciplinare compiutamente una materia così particolare come la commercializzazione dei servizi finanziari.

Tornando all'inserimento della Sezione IV-*bis* nel codice del consumo, si deve rilevare come essa non contenga, però, disposizioni nuove per l'ordinamento italiano rispetto a quelle in precedenza contenute nel d.lgs. 190/2005.

2. Il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, recependo la direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, aveva già modificato radicalmente la disciplina precedente risultante dagli artt. 30 e 32 TUF.

Come se ciò non bastasse, successivamente il d.lgs., 17 settembre 2007, n. 164, con il quale è stata recepita la Direttiva MIFID 2004/39/CE, ed il regolamento attuativo della Consob (c.d. "Regolamento Intermediari"), adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 hanno apportato significative modifiche alle regole generali di condotta degli intermediari, intervenendo sulla materia in oggetto per eliminare alcune incongruenze conseguenti al mancato coordinamento tra gli artt. 30-32 TUF ed il d.lgs. 190/2005.

In generale, con riferimento ai rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori, le "offerte fuori dai locali commerciali"⁶ ed "i contratti a distanza"⁷, sono da tempo oggetto di specifica regolamentazione nazionale e comunitaria, inapplicabile tuttavia, per espressa previsione normativa, ai servizi finanziari.

⁵ La disciplina del d.lgs. 70/2003 non è stata trascritta all'interno dei "codici" ma del codice del consumo fa parte integrante, stante il rinvio formulato nell'art. 68. Vale la pena di notare che l'art. 68, parla di «*offerte (...) effettuate ai consumatori per via elettronica*», mentre da tempo è stato fatto notare che il termine "elettronico" non copre completamente l'ambito tecnologico, quando la vendita è svolta attraverso sistemi di comunicazione a distanza. Si tratta, infatti, di "telematica" e non di "elettronica" che ne costituisce solo una parte.

⁶ Cfr. direttiva 85/577/CEE; artt. 45 ss. d.lgs 6 settembre, 2005, n. 206.

⁷ Cfr. direttiva 97/7/CE; artt. 50 ss. d.lgs 6 settembre, 2005, n. 206

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 190/2005 le offerte fuori sede e a distanza sono state soggette a una disciplina per molti aspetti comune in ragione del fatto che entrambe potevano essere ricondotte nell'alveo della contrattazione c.d. "aggressiva" o "a sorpresa" relativamente alla quale il cliente può essere esposto al rischio di decisioni contrattuali poco meditate perché assunte in assenza di una sua iniziativa o con ridotte possibilità di interloquire con l'intermediario sulle caratteristiche e sugli effetti dell'operazione.

Tuttavia, la diffusione del *trading on-line* ha determinato sostanziali novità nelle modalità di negoziazione dei prodotti finanziari e ha fatto emergere nuove e diverse esigenze di protezione dell'investitore che hanno portato ad uno scostamento della disciplina delle offerte fuori sede ed a distanza.

In presenza di contratti, o di proposte contrattuali di gestione di portafogli di investimento o di collocamento di strumenti finanziari a distanza o fuori sede, l'intermediario ai sensi dell'art. 30 TUF è sottoposto a quattro regole: (i) l'efficacia del contratto (o della proposta) è sospesa per sette giorni dalla sottoscrizione dell'investitore (art. 30, comma 6); (ii) entro tale termine questi può recedere senza costi e senza corrispettivi per l'intermediario e per il promotore (art. 30, comma 6); (iii) nei moduli o formulari utilizzati per la conclusione del contratto deve essere indicata la facoltà di recedere (art. 30, comma 7); (iv) in caso di mancata menzione del diritto di recesso il contratto è nullo e la nullità può essere rilevata solo dall'investitore (art. 30, comma 7).

La formulazione della norma ha tuttavia posto diversi problemi interpretativi, riguardanti in particolare l'interpretazione dell'espressione "contratti di collocamento", richiamata tanto per le offerte fuori sede, quanto per quelle a distanza che nell'impianto originario del TUF si differenziavano solo per le tecniche di contatto con la clientela.

Mentre, infatti, le offerte fuori sede richiedono la compresenza fisica del promotore e del cliente in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, dell'offerente o dell'incaricato della promozione o del collocamento, quelle a distanza, ai sensi dell'art. 32 TUF, non comportano la compresenza fisica del cliente, dell'offerente o di un suo incaricato.

Con il recepimento della direttiva 2002/65/CE da parte del d.lgs. 190/2005 (oggi, appunto, trasfuso agli artt. 67-bis ss. cod. cons.), le offerte a distanza sono, invece, soggette ad una disciplina speciale che ha segnato per i consumatori un ampliamento della tutela prevista per le offerte a distanza disciplinate dal TUF.

Il regime della commercializzazione dei servizi finanziari a distanza oggi contenuta nel Codice del Consumo si fonda su due pilastri:

- 1) gli obblighi di informazione da fornire al consumatore prima della conclusione del contratto;
- 2) il riconoscimento del diritto di recesso.

Mentre il diritto di recesso è oggi disciplinato in via esclusiva dal Codice del Consumo, la disciplina dei doveri di informazione imposti agli intermediari nelle offerte a distanza è contenuta anche nel TUF e nel regolamento attuativo della Consob, che come ricordato sono stati recentemente modificati in conseguenza del recepimento della Direttiva MIFID.

Il regolamento Consob n. 16190/07 disciplina in via generale la promozione ed il collocamento a distanza agli artt. 79-81 e, limitatamente alla distribuzione di prodotti finanziari assicurativi, all'art. 87.

3. L'aspetto relativamente al quale si registra una marcata differenziazione tra il Codice del Consumo e la disciplina contenuta nel TUF e nel regolamento intermediari riguarda l'ambito soggettivo di applicazione.

Gli artt. 67-bis ss. cod. cons. si applicano infatti ai contratti stipulati tra i fornitori ed i consumatori ovvero «*qualunque persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*».

L'intera disciplina dei servizi di investimento contenuta nel TUF individua invece quale soggetto bisognoso di tutela l'investitore non qualificato, oggi spesso definito come l'investitore "al dettaglio". La definizione di cliente al dettaglio (come per altro già in precedenza quella di operatore non qualificato) e quella tradizionale di consumatore sono estremamente diverse e si basano su presupposti in buona parte non coincidenti.

L'art. 79, reg. Consob 16190/07 prevede che «*non costituiscono promozione e collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza le attività svolte nei confronti dei clienti professionali di cui all'art. 26 lett. d)*», dovendosi pertanto ritenere che le norme specifiche sulle offerte a distanza contenute agli artt. 79-81 del regolamento attuativo della Consob, così come i doveri generali di condotta richiamati per le offerte a distanza dall'art. 81 trovino applicazione per tutti i clienti non professionali, ovvero per i clienti al dettaglio.

Il reg. Consob 16190/07 individua la figura del cliente al dettaglio in negativo quale persona fisica o giuridica che non sia controparte qualificata o cliente professionale.

Sono considerati come clienti professionali di diritto gli imprenditori finanziari e le imprese di grandi dimensioni. Gli altri investitori, ed in particolare le persone fisiche e le imprese non finanziarie di piccole dimensioni possono essere invece classificati come clienti professionali solo se l'impresa di investimento, a seguito di una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, possa ragionevolmente ritenere, anche considerando la natura delle operazioni o dei servizi prestati, che il cliente sia in grado di adottare autonomamente le proprie decisioni di investimento e di comprenderne i rischi.

L'ambito soggettivo di applicazione degli artt. 67-bis ss. cod. cons. e del reg. Consob 16190/07 in materia di promozione e collocamento a distanza dei servizi finanziari si sovrappongono quindi in maniera disarmonica ed irragionevole.

Ad esempio, le imprese non sono mai consumatori ma possono essere classificate come clienti al dettaglio e quindi essere soggette alla sola disciplina prevista nel reg. Consob.

La delimitazione dell'ambito di applicazione degli artt. 67-bis ss. ai soli consumatori, secondo la tradizionale nozione di consumatore, avallata dalla giurisprudenza della Cassazione, della Corte europea di Giustizia⁸ ed infine dalla Corte Costituzionale, in tale contesto normativo pare pertanto irragionevole e si presta alle medesime critiche mosse dalla quella dottrina che, con riferimento all'art. 1469-bis c.c., ha ritenuto ingiustificata e discriminatoria la definizione di consumatore come la sola persona fisica che agisce per finalità non professionali.

Una visione del mondo idealizzata dal legislatore (ovvero che solo per i consumatori e non per gli imprenditori sussista uno squilibrio contrattuale ed un'asimmetria informativa) che è del tutto avulsa dalla realtà fattuale sottostante (che ci dice che lo squilibrio contrattuale e l'asimmetria informativa sussistono indipendentemente dalle categorie del legislatore).

Tali rilievi critici paiono ancor più giustificati per i contratti di investimento, materia in cui la tutela informativa del cliente è in via generale svincolata dall'esercizio di un'attività professionale, richiedendo invece una concreta analisi della realtà dei rapporti contrattuali per verificare se il cliente dell'intermediario sia un soggetto dotato di sufficiente esperienza e di specifiche conoscenze negli investimenti.

Non pare ragionevole che i clienti dell'intermediario che non siano consumatori né operatori qualificati, siano trattati in maniera eguale ai consumatori quando il servizio di investimento venga prestato con la contestuale presenza fisica del consumatore e del fornitore del servizio, e in maniera differenziata quando il medesimo servizio avvenga a distanza.

Proprio tali modalità di promozione e collocamento degli strumenti finanziari necessitano una tutela rafforzata, come confermato dal fatto che anche con il reg. Consob 16190/2007 le norme specifiche che disciplinano i contratti a distanza continuano a trovare applicazione nei confronti di tutti i clienti al dettaglio (operatori non qualificati o non professionali) e non solamente nei confronti dei consumatori.

⁸ Cass., 25 luglio 2001, n. 10127. in *Giur. it.*, 2002, 543; Corte giust. CE, 22 novembre 2001, cause C-541/99 e 542/99, *ibidem*.

4. Le «Nuove tecniche hanno profondamente innovato i meccanismi di costituzione e circolazione dei diritti e dei rapporti giuridici»⁹. Ciò appare tanto più vero con riguardo al settore della intermediazione finanziaria, in cui il carattere eminentemente immateriale degli strumenti finanziari e dei servizi di investimento rappresenta sede di elezione per lo sviluppo di tecniche contrattuali e modalità operative tipicamente *inter absentes* quali sono peculiarmente quelle realizzabili mediante l'uso di Internet.

È indubbio che l'*information technology*, con tutte le innovazioni di processo che comporta, sta determinando negli ultimi anni una duplice trasformazione nel mercato finanziario che opera sia a livello dei meccanismi e dei sistemi di transazione sia, più in generale, a livello della competitività, dell'efficienza e della conformazione degli stessi intermediari, consentendo ai clienti di ottenere una agile comparabilità¹⁰ delle condizioni praticate dagli intermediari, di abbassare i costi di commissione, di evitare i disagi relativi al doversi recare allo sportello e di avere un aggiornamento in tempo reale della propria operatività.

Sono essenzialmente due le modalità di accesso ai servizi finanziari tramite internet, ossia una tramite i siti *web* degli intermediari e un'altra attraverso l'utilizzo della posta elettronica, ovvero una modalità informativa che dà al cliente accesso a particolari dati (ad es. saldo, estratto conto con gli ultimi movimenti, disponibilità e valute su versamenti e prelievi) ed un'altra modalità dispositiva che consente di porre in essere operazioni di pagamento (bonifici, giroconti, addebiti di utenze, RIBA, RID, MAV) nonché operazioni sul proprio conto titoli (acquisto e vendita di azioni, obbligazioni, titoli di stato, prenotazione e sottoscrizione di titoli di nuova emissione)¹¹. Il *trading on line*¹², ossia, in una prima approssimativa definizione, l'acquisto e la vendita di strumenti finanziari ai consumatori esaminata in questa sede per mezzo di Internet, è dunque solo una delle possibilità tecniche in cui si atteggia la modalità dispositiva dei servizi finanziari *on line*.¹³

5. In questo nuovo mercato della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, ancora una volta, l'informazione costituisce un elemento importante per la tutela del consumatore. In particolar modo nei settori assicurativo, bancario e finanziario, poiché non tutti gli operatori del mercato godono dello stesso livello informativo, le asimmetrie informative tendono ad avvantaggiare il contraente forte a scapito del contraente debole. Peraltro è di palese evidenza che proprio laddove la materia è più tecnica e complessa, maggiori tendono a essere i divari informativi tra professionista e cliente/consumatore. Le norme, di cui agli artt. 67-bis ss. cod. cons. cercano, pertanto, di ridurre tali asimmetrie.

⁹ OPPO G., *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, I, Giappichelli, Torino, 2001, 163, come ammonisce l'insigne maestro, vi sono state profonde innovazioni nella costituzione e nella circolazione dei diritti, tuttavia ciò non deve indurre ad abbandonare le tradizionali categorie del diritto privato a favore di terminologie di sicuro impatto "mediatico" ma dalla dubbia valenza giuridica.

¹⁰ Si pensi all'iniziativa promossa dal Consorzio bancario Patti Chiari denominata "Conti correnti a confronto" che, attraverso un motore di ricerca dedicato presente nel proprio sito istituzionale (www.pattichiari.it) consente al cliente di comparare i prodotti offerti dalle banche consorziate sulla base di una griglia che rende confrontabili le principali voci di costo dei servizi stessi. Cfr. CAPRIGLIONE F., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 40.

¹¹ FALCONIO D., *Operazioni bancarie on line*, in BOCCHINI F. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, *Gli scambi*, Giappichelli, Torino, 2003, 265; PIZZI P., *Profili giuridici del trading on line*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 163.

¹² Il *trading on line*, come riporta FILOTTO U., *Lo sviluppo della rete e l'industria dei servizi finanziari*, in FILOTTO U. (a cura di), *U.E-finance ed e-commerce. Banche e nuovi competitors*, Bancaria Editrice, Roma, 2000, 15, nasce intorno alla metà degli anni ottanta negli Stati Uniti ad opera dei *discount broker*, Charles Schwab in particolare, che si rivolgono ad Internet come mezzo di esecuzione degli ordini di compravendita per potere abbassare le commissioni praticate ai clienti e nel contempo raggiungere il maggior numero di investitori possibile. Si trattava di un servizio estremamente semplice (ricezione ed esecuzione degli ordini), nel quale la velocità dell'esecuzione e l'ampiezza della platea di risparmiatori coinvolta assumeva maggiore importanza rispetto al volume delle singole transazioni.

¹³ Cfr. TIDU A., voce *Internet, Banca e finanza*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Aggiornamento, Roma, 2001, 1.

Nel settore dei contratti a distanza, inoltre, l'elemento dell'informazione del consumatore assume un'importanza ancora maggiore, in quanto manca il contatto personale fra i soggetti interessati.

L'informazione deve pertanto precedere la conclusione del contratto in quanto essa è funzionale all'espressione di un consenso pienamente consapevole. Il consumatore può prestare il suo consenso con cognizione di causa solo se è stato adeguatamente informato. Se il consumatore non è adeguatamente informato, è maggiore il rischio della conclusione di un contratto che non soddisfi i suoi reali bisogni¹⁴.

Si può affermare che, anche nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari, la funzione centrale dell'informazione precontrattuale è quella di garantire l'alternativa secca fra conclusione oppure non conclusione dell'accordo.

In caso di servizi finanziari complessi può senz'altro essere necessario parecchio tempo per comprendere appieno tutti gli elementi dell'offerta.

Idealmente, pertanto, dati e notizie andrebbero forniti molto tempo prima della stipula, lasciando così al consumatore tutto il tempo necessario per le sue opportune riflessioni.

Rispetto ad altri settori, nella materia dei servizi finanziari a distanza le informazioni sono di centrale rilevanza anche per un'altra ragione. Dati e notizie servono non solo per il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale fra fornitore e consumatore (funzione "privatistica"), ma sono anche utili per assicurare il buon funzionamento dei mercati finanziari (funzione "pubblicistica"). Esse permettono di effettuare consapevoli scelte d'investimento e dovrebbero rafforzare dunque la fiducia dei consumatori nell'efficienza dei mercati.

Per giustificare la possibilità della dazione d'informazioni nell'imminenza del contratto, bisogna però riflettere sul fatto che il consumatore, anche laddove avesse concluso il contratto in maniera "affrettata", gode comunque di un diritto di recesso ai sensi dell'art. 67-*duodecies* (entro un termine di 14 giorni senza penali e senza dover indicare il motivo). Nel complesso, dunque, anche se le informazioni vengono date solo nell'imminenza della conclusione del contratto, il consumatore sembrerebbe sufficientemente tutelato.

La direttiva n. 39/2004 (c.d. direttiva *MIFID*), recentemente attuata nel diritto italiano, dedica anch'essa ampio spazio agli obblighi informativi delle imprese d'investimento.

Pertanto, particolare attenzione agli obblighi di informazione è stata prestata dal nuovo Regolamento Consob n. 16190/2007¹⁵, rispetto al quale le disposizioni dell'art. 67-*septies* in esame e degli articoli successivi non appaiono particolarmente innovative.

In altri termini, gli adempimenti legislativamente sanciti dall'67-*septies* si inseriscono su una regolamentazione amministrativa già fortemente orientata verso il medesimo obiettivo.

L'aspetto sul quale il Codice del Consumo pare contenere obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dal nuovo Reg. 16190/2007 riguarda il complesso informativo relativo al "diritto di recesso" che è contenuto nell'art. 67-*septies* del Codice del consumo che riproduce il par. 1, n. 3. dell'art. 3 della direttiva 2002/65/Ce.

6. L'art. 67 *quater-decies*, in particolare, recepisce l'art. 8 della direttiva 2002/65/Ce che impone l'adozione di misure a tutela del consumatore in caso di uso fraudolento della carta di pagamento nell'acquisto di servizi finanziari on-line.

In tali casi, previo annullamento delle operazioni, al consumatore è concesso di chiedere il rimborso di quanto versato.

¹⁴ Cfr. TOTARO F., *sub* artt. 67-*septies*, 67-*octies*, 67-*novies*, 67-*decies*, 67-*undecies*, in *Codice del consumo e norme collegate* a cura di V. Cuffaro, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, 383 ss.

¹⁵ Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007, che ha abrogato il precedente reg. n. 11522/1998 e successive modifiche.

Tale norma è da raccordare con quella dell'art. 56 del medesimo Codice del Consumo anch'essa dedicata al pagamento mediante carta¹⁶.

Il coordinamento tra due diverse norme dettate una con riferimento ai contratti a distanza in generale¹⁷ e l'altra nel caso che detti contratti abbiano ad oggetto la negoziazione di servizi finanziari, rimanda alle osservazioni già proposte dalla dottrina circa l'ambito di applicazione della suddetta disciplina generale dei pagamenti mediante carta, con specifico riguardo, in particolare, alla nozione di carta di pagamento.

Secondo gli interpreti¹⁸ l'espressione si può riferire da un lato alle carte di credito e alle altre carte di pagamento tecnicamente intese, e dall'altro ad altri strumenti di pagamento, quali la moneta elettronica e qualsivoglia altro futuro mezzo di pagamento proposto dal progresso tecnologico.

In dottrina¹⁹ si è affermato, poi, che nella nozione succitata rientrassero le carte di credito, le carte di debito e le carte prepagate.

Rispetto alla disciplina generale del pagamento mediante carta contenuta nella sezione dei contratti a distanza, quella che concerne i servizi finanziari, contenuta nell'art. 67 *quater-decies*, appare sicuramente più completa, grazie alle previsioni dei commi 3 e 4.

Tali ultime disposizioni, infatti, si inquadrano nell'ottica di un rafforzamento della tutela del consumatore, che viene a bilanciare lo sfavore in cui il medesimo è posto a causa dell'onere probatorio impostogli dal comma 2 a tenore del quale egli deve dimostrare «*l'eccedenza rispetto al prezzo pattuito ovvero l'effettuazione mediante l'uso fraudolento della propria carta di pagamento da parte del fornitore o di un terzo*».

Va anche rilevato come per converso la finalità ultima di rafforzare la tutela del consumatore, onde evitare che egli stesso sia vittima di frodi, appare garantita dalla previsione della possibilità di un riaccredito o rimborso delle somme versate²⁰, ponendo in capo all'emittente «*l'onere di provare che la transazione di pagamento è stata autorizzata, accuratamente registrata e contabilizzata e che la medesima non è stata alterata da guasto tecnico o da altra carenza*».

7. Entrando nello specifico della disposizione si nota come l'articolo 67 - *quater decies* si occupa pertanto del pagamento dei servizi finanziari offerti a distanza.

Il consumatore può effettuare il pagamento con carte di credito, debito o con altri strumenti di pagamento, ove ciò sia previsto tra le modalità di pagamento che gli sono state comunicate ai sensi dell'art. 67-*sexies*, comma 1, lett. f (art. 67-*quater decies*, comma 1).

Secondo questa disposizione le modalità di pagamento dei servizi finanziari prestati dal fornitore possono godere, in effetti, di una certa flessibilità, nel senso che il pagamento è consentito con: 1) carte di credito; 2) carte di debito; 3) altri strumenti di pagamento.

¹⁶ Art. 56- Pagamento mediante carta. 1. «*Il consumatore può effettuare il pagamento mediante carta ove ciò sia previsto tra le modalità di pagamento, da comunicare al consumatore ai sensi dell'articolo 52, comma 1, lettera e).*- 2. *L'istituto di emissione della carta di pagamento riaccredita al consumatore i pagamenti dei quali questi dimostri l'eccedenza rispetto al prezzo pattuito ovvero l'effettuazione mediante l'uso fraudolento della propria carta di pagamento da parte del professionista o di un terzo, fatta salva l'applicazione dell'articolo 12 del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197. L'istituto di emissione della carta di pagamento ha diritto di addebitare al professionista le somme riaccreditate al consumatore*».

¹⁷ In argomento si rinvia a MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2006,

¹⁸ ALBANO M., *Pagamento dei servizi finanziari a distanza*, Commento al d. lg. 19 agosto 2005 n. 190, in AA.VV. *Codice del consumo e norme collegate* a cura di V. Cuffaro, I ed., Giuffrè, Milano, 2006, 868.

¹⁹ In Tal senso, BRAVO F., *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, Collana "Prima lettura" diretta da G. De Nova, Ipsoa, Milano, 2002, 86.

²⁰ In dottrina, PALLOTTA A., Sub Art. 56- *Pagamento mediante carta*, in AA. VV., *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., ESI, Napoli, 2005, 425, si è parlato in proposito di un sovvertimento del generale principio di irreversibilità del pagamento, fulcro della disciplina dei pagamenti elettronici.

L'indicazione non meglio specificata di «*altri strumenti di pagamento*» è certamente voluta e serve necessariamente a comprendere anche mezzi di pagamento che lo sviluppo della tecnologia ancora non offre ma potrà offrire in futuro²¹.

Bisogna tenere presente che gli sviluppi tecnologici in questa materia sono particolarmente veloci.

La norma va interpretata nel senso che il pagamento con carte di credito e di debito è sempre consentita, mentre la possibilità di pagamento con altri strumenti deve essere comunicata dal fornitore al consumatore.

Questa interpretazione del testo della legge è da preferirsi per non limitare eccessivamente la libertà del consumatore. Inoltre, anche nell'ipotesi in cui il pagamento venga effettuato con mezzi diversi da quelli comunicati, è difficile credere che il fornitore possa contestare in modo efficace le modalità dell'avvenuto pagamento.

Il fornitore, una volta ricevuta la somma dovuta, non ha nemmeno interesse a sollevare contestazioni.

Problemi possono sorgere, dal punto di vista pratico, solo nel caso in cui la scelta di una certa modalità di pagamento da parte del consumatore, nel caso sia diversa da quelle precedentemente comunicate, ha l'effetto di ritardare il pagamento stesso oppure determina il versamento di una somma inferiore a quella dovuta.

L'ente che emette o fornisce lo strumento di pagamento riaccredita al consumatore i pagamenti non autorizzati o dei quali questi dimostri l'eccedenza rispetto al prezzo pattuito ovvero l'effettuazione mediante l'uso fraudolento della propria carta di pagamento da parte del fornitore o di un terzo.

L'ente che emette o fornisce lo strumento di pagamento ha diritto di addebitare al fornitore le somme riaccreditate al consumatore (art. 67-*quater decies*, comma 2).

Questa disposizione ha un grande rilievo pratico e fornisce una tutela di carattere sostanziale al consumatore. La norma sottrae al fornitore, per attribuirgli all'ente emittente, la disponibilità delle somme che il fornitore abbia indebitamente percepito dal consumatore.

L'articolo 67 - *quater decies* autorizza pertanto l'ente che emette o fornisce lo strumento di pagamento a riaccreditare al consumatore certi pagamenti.

Vengono identificate tre fattispecie.

Il primo caso è quello dei pagamenti non autorizzati. Qui è evidente che non vi è alcun fondamento per il trasferimento di danaro, che deve dunque essere immediatamente restituito.

Il secondo caso è quello relativo a pagamenti eccedenti il prezzo pattuito. Si supponga che il prezzo pattuito fosse di 100 euro, mentre ne sono stati pagati 150. In una situazione del genere il legislatore impone al consumatore l'onere di provare che una parte della somma versata è eccedente rispetto a quanto dovuto.

L'onere della prova è quindi a carico del consumatore e ciò è stato criticato sulla base della considerazione che la parte debole del rapporto contrattuale potrebbe in tal modo avere difficoltà a far valere il proprio diritto. In realtà non pare che sia particolarmente difficile provare l'eccedenza di quanto pagato rispetto a quanto dovuto. Dovrebbe bastare produrre all'ente una qualsiasi documentazione da cui risulta che il prezzo pattuito ammontava a una certa somma. Constatata la differenza fra quanto dovuto e quanto pagato, l'ente procederà al rimborso.

Il terzo caso affrontato dalla disposizione in esame concerne i pagamenti effettuati mediante uso fraudolento della carta. Anche in questa ipotesi il bisogno di tutela del consumatore non può essere messo in dubbio, atteso che è addirittura vittima di un utilizzo truffaldino della carta. Sotto questo profilo, in effetti, la previsione di un onere della prova in capo al consumatore potrebbe rendere più difficile far valere i propri diritti.

²¹ ALBANO M., *Commento al d.lgs. n. 190/2005*, in *Codice del consumo* a cura di V. Cuffaro, Giuffrè, Milano, 2006, 868.

Rispetto alle tre fattispecie illustrate non occorre ottenere il consenso del fornitore per effettuare il riaccredito. Il fornitore, anzi, vede così ridotte le possibilità di adottare una politica ostruzionistica nei confronti del consumatore.

8. Fermo restando quanto previsto dal d.lgs. n. 82/2005 sul valore probatorio della firma elettronica e dei documenti elettronici, è in capo all'ente che emette o fornisce lo strumento di pagamento l'onere di provare che la transazione di pagamento è stata autorizzata, accuratamente registrata e contabilizzata e che la medesima non è stata alterata da guasto tecnico o da altra carenza.

L'uso dello strumento di pagamento non comporta necessariamente che il pagamento sia stato autorizzato (art. 67-*quater decies*, comma 3).

Questa disposizione, unitamente a quella di cui al comma 2, serve a creare un clima di fiducia dei consumatori nei confronti dei pagamenti effettuati con mezzi elettronici. Lo sviluppo di un mercato in questa area dipende difatti in misura centrale dalla fiducia che i contraenti deboli hanno verso il buon funzionamento del sistema²².

Al fine di assicurare una tutela sostanziale e non già formale, la disciplina in esame ha pertanto realizzato una vera e propria inversione dell'onere probatorio, rispetto alla disposizione generale dell'art. 2697, comma 1, cod. civ., secondo cui «*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*»²³.

Bisogna peraltro rilevare che, siccome l'ente emittente ha diritto di rivalersi sul fornitore ai sensi dell'art. 67-*quater decies*, comma 2, esso non ha un particolare incentivo a fornire la prova in questione²⁴.

9. Importante dal punto di vista pratico è la disciplina dell'onere della prova (art. 67-*vicies semel*, comma 1) che viene addossata, in larga misura, al fornitore. La legge prevede difatti che sul fornitore gravi l'onere della prova riguardante: a) l'adempimento agli obblighi d'informazione del consumatore; b) la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto; c) l'esecuzione del contratto; d) la responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto.

La disposizione in esame impone ai fornitori di adottare misure organizzative per registrare tutte le operazioni che vengono poste in essere nei confronti del consumatore. Poiché nel momento in cui dovesse sorgere una controversia, l'onere della prova è ampiamente a carico del fornitore, questi deve allora, fin dall'inizio, procurarsi le prove che gli consentano di fronteggiare eventuali richieste (anche pretestuose) dei consumatori.

Si tratta di una scelta di politica legislativa che trova il proprio fondamento nell'esigenza di non caricare la parte debole del rapporto contrattuale di un onere probatorio difficoltoso²⁵. Il fornitore dispone dei mezzi e della capacità per creare e conservare la prova di tutti i rapporti intercorsi con il consumatore.

L'art. 67-*vicies semel*, comma 1, va tenuto distinto dall'altra norma che, nell'ambito della disciplina sulla commercializzazione a distanza di prodotti finanziari, si occupa di onere della prova ovvero l'art. 67-*quater decies*, comma 3, che riguarda non tanto il rapporto fra fornitore e consumatore, quanto piuttosto la posizione dell'ente che emette o fornisce lo strumento di pagamento.

²² Il considerando n. 5 della direttiva n. 65/2002 prevede che «*per la loro natura immateriale i servizi finanziari si prestano particolarmente al commercio a distanza, e l'instaurazione di un quadro giuridico applicabile alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari dovrebbe accrescere la fiducia del consumatore nell'utilizzazione delle nuove tecniche di comunicazione a distanza di servizi finanziari, come il commercio elettronico*».

²³ ALBANO, *Commento al d.lgs. n. 190/2005*, cit., 870.

²⁴ ALBANO A., *Commento al d.lgs. n. 190/2005*, cit., 870.

²⁵ BARBA A., *Commento al d.lgs. n. 190/2005*, *ivi*, 883.

Gettando poi uno sguardo al di fuori del Codice del consumo, giova rilevare che un meccanismo d'inversione dell'onere della prova è già previsto nel d.lgs. n. 58/1998: «*nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta*» (art. 23, comma 6).

La protezione endoprocessuale del consumatore, che l'articolo in esame realizza attraverso la ripartizione dell'onere della prova, rappresenta pertanto un modello di tutela già utilizzato nel T.U. dell'intermediazione finanziaria (d.lgs. n. 58/1999), e nello stesso Codice del consumo agli artt. 27, comma 5 («*Tutela amministrativa e giurisdizionale*» nelle pratiche commerciali scorrette), 34, comma 5 («*Accertamento della vessatorietà delle clausole*»).

Come nelle ipotesi appena richiamate, anche nell'attuazione dell'art. 15 «*Onere della prova*» della direttiva 2002/65/CE il legislatore nazionale ha scelto di alleggerire la posizione processuale del consumatore ponendo a carico del fornitore l'onere della prova.

Il testo comunitario, infatti, di suo presta notevole attenzione ai profili di ordine probatorio. La tutela del risparmiatore, per potersi ritenere efficace, deve essere attenta anche agli strumenti processuali, rischiando altrimenti di restare priva di concreta attuazione.

L'art. 15 del testo comunitario conferisce agli Stati membri «*la facoltà*» di stabilire che l'*onus probandi* possa gravare sul fornitore, se concernente l'ottemperanza agli obblighi informativi, ovvero il consenso del consumatore alla conclusione e/esecuzione del contratto.

La *ratio* dell'art. 67-*vicies semel*, frutto di una scelta ben precisa e consapevole del legislatore italiano, è da individuare, dunque, proprio nell'esigenza di compensare la situazione di debolezza del consumatore attraverso l'imposizione di una situazione processuale svantaggiata rispetto alla parte che, invece, per ragioni strutturali, dimensionali e di informazione, è nella condizione di maggiore prossimità all'oggetto della prova.

L'art. art. 67-*vicies semel*, comma 2 specifica che le clausole che hanno per effetto l'inversione o la modifica dell'onere della prova di cui al comma 1 si presumono vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t, (già art. 1469-bis, comma 3, n. 18).

Nell'intera disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, caratterizzata dalla tutela del consumatore, eventuali inversioni o modifiche dell'onere della prova potrebbero avere l'effetto d'indebolire, anche in maniera grave, la posizione del consumatore. Il legislatore consente pertanto inversioni o modifiche, ma qualifica come presumibilmente vessatorie le relative clausole.

La protezione del consumatore sembrerebbe, pertanto, divenire in questa sede particolarmente estesa, perché il testuale ed ampio riferimento agli obblighi che incombono sul fornitore, in forza della norma in esame, fa apparire superflua e limitativa una elencazione puntuale delle singole pattuizioni da considerarsi «*abusive*».

Stando al tenore letterale della norma, dunque, il «*significativo squilibrio*» tra le parti sarebbe infatti da ravvisare ogni qualvolta il fornitore preveda contrattualmente che sia il consumatore a dover fornire la prova del rispetto di ciascuno degli obblighi imposti dallo stesso art. 67 *vicies semel* al fornitore medesimo.

Si tratta di una presunzione relativa di vessatorietà, con la conseguenza che la clausola in deroga è valida se viene raggiunta la prova prevista dall'art. 34, comma 4, Cod. consumo.