

NICOLA BRUTTI

PREPAID CARDS E MOBILE PAYMENTS: PROFILI DEI CONTRATTI DI TELEFONIA MOBILE

SOMMARIO

1.1. Contratti di telefonia mobile ed emersione della fattispecie « prepagato ». — 1.2. Il diritto di recesso del cliente: tutela « proconcorrenziale ». — 1.3. Recente esperienza statunitense: *Early Termination Fees* (ETF). — 2.1. Il *Mobile payment* verso una nuova regolamentazione. — 2.2. Funzioni del *M-payment* e tutele del consumatore.

1.1. CONTRATTI DI TELEFONIA MOBILE ED EMERSIONE DELLA FATTISPECIE « PREPAGATO ».

I contratti per la fruizione dei servizi di telefonia mobile discendono dai contratti di abbonamento tradizionali al servizio telefonico: è, pertanto, da questi ultimi che occorre prendere, seppur brevemente, le mosse.

Si ritiene comunemente che il contratto di abbonamento appartenga alla categoria dei contratti per adesione, riconducibile a grandi linee alla fattispecie della somministrazione (art. 1569 ss. c.c.), integrata, per via della peculiarità della prestazione (i servizi di telecomunicazione), dalla disciplina dell'appalto in quanto compatibile (artt. 1570, 1677 c.c.)¹.

Infatti, nell'abbonamento al servizio telefonico, più che discorrersi della fornitura di cose (*ex art. 1559 c.c.*), si tratta di prestazioni consistenti essenzialmente in un *facere* (instradamento delle comunicazioni provenienti dall'utente od a lui destinate attraverso le connessioni alla rete) e, sotto

¹ L'impresa di telecomunicazioni non fornisce propriamente cose, ma garantisce, con un *facere*, il processo comunicativo a distanza, rendendo possibile la connessione della linea assegnata all'utente alle reti di telecomunicazione, attraverso una serie di prestazioni a carattere continuativo, per cui si avvale di proprie strutture e personale, nonché di imprese esterne. Per l'inquadramento del contratto di abbonamento telefonico nella categoria dei contratti per adesione e, in particolare, dei contratti di somministrazione, Cass. Civ. III Sez. 2 ottobre 1997, n. 9624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, fasc. 1, 156 ss. con nota di G. UNGARI TRASAT-

TI, *Sospensione della somministrazione di servizio telefonico e risarcimento del danno subito dal somministrato*; nonché Cass. sez. un. 16 febbraio 1978, n. 5613, in *Mass. for. it.*, 1978; G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, 107 ss.; E. DI FAZIO, *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Tem. rom.*, 1972, 622 ss.; G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, artt. 1556-1570, Bologna-Roma, 1970. Sia consentito rinviare, per ulteriori riferimenti, a N. BRUTTI, *La telefonia mobile. Profili giuridici*, Torino, 2009, 6 ss.

il profilo dell'utilità acquisita dall'utente, di carattere fondamentalmente immateriale².

La struttura obbligatoria di tale contratto prevede, quale controprestazione, il pagamento del corrispettivo secondo una cadenza periodica (mensile), posticipata rispetto all'erogazione del servizio. Il corrispettivo include il prezzo per la prestazione effettivamente fornita, nonché alcune spese e costi fissi ulteriori³.

Rispetto all'originario regime di *favor* per il concessionario, i connotati del rapporto tra gestore ed utente si sono andati evolvendo in senso più favorevole a quest'ultimo. In giurisprudenza è ormai pacifico che i rapporti instaurati fra utente e società concessionaria sorgono e si muovono nell'ambito di posizioni di diritto soggettivo perfetto⁴. Tale percorso, iniziato con l'affermazione della natura contrattuale di diritto privato dell'utenza telefonica, è, infine, approdato ad uno scenario di mercato altamente concorrenziale, prima impensabile, caratterizzato da un'inarrestabile innovazione tecnologica e commerciale.

In particolare, il fenomeno dei contratti prepagati di telefonia mobile, diffuso in tutto il mondo (*prepaid phone cards*, *pre-paid mobilfunkvertrags*), attecchisce straordinariamente in Italia nella seconda metà degli anni novanta. La sua principale caratteristica risiede nella modalità di pagamento, appunto anticipata, secondo la quale il cliente corrisponde un prezzo per il servizio telefonico (minuti voce, dati etc.) prima di averne usufruito. Vale la pena osservare che le carte prepagate andrebbero distinte dalla moneta elettronica, in quanto la spendibilità delle prime è limitata all'acquisto dei prodotti od alla fornitura dei servizi offerti dall'emittente, mentre elemento costitutivo della moneta elettronica è la sua attitudine a costituire strumento di pagamento con valenza generale⁵.

L'altra peculiarità del « prepagato » è rappresentata dalla centralità del dato tecnologico per la stessa vicenda contrattuale: le carte *sim*, nelle quali il credito può essere immesso anche pagando in contanti un rivenditore dotato degli appositi collegamenti con l'operatore, permettono non solo di « ricaricare », quindi di alimentare il credito, ma costituiscono il mezzo tecnico di cui il cliente deve essere dotato per fruire del servizio vero e proprio. Tale è il motivo per cui possono essere ricondotte al *genus* dei documenti di legittimazione *ex art.* 2002 c.c.⁶. Il loro principale vantaggio è co-

² In tal senso, S. KÖHLER, *Vertragstypologische Aspekte von Pre-Paid-Mobilfunkverträgen*, in *Juristische Rundschau*, 2006, 491; nonché, *Id.*, *Der Mobilfunkvertrag*, Düsseldorf, 2005.

³ Di recente su questi aspetti, F. GRECO, *È vessatorio il canone di abbonamento telefonico?* (Nota a G. Pace Campi Salentina 7 gennaio 2008), in *Resp. civ. prev.*, 2008, fasc. 10, 2130-2136; nonché F. SCOPACASA, *Una tassa da « ripensare »: la concessione governativa sui « telefonini »*, in *Corr. trib.*, 2008, fasc. 6, 456 ss.

⁴ Cfr. Cass. S.U., 29 novembre 1978, n. 5613, in *Mass. giust. civ.*, 1978; Cass. 4 luglio 1991, n. 7380, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Somministrazione*, n. 5.

⁵ Così, ad esempio, Cass. Pen., sez. V, 1 ottobre 2001, n. 41182. Cfr., di recente, A. ROSENBERG, *Better Than Cash? Global Proliferation of Payment Cards and Consumer Protection Policy*, 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 520, 543-552 (2006); S. SICA, P. STANZIONE, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica. Profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2004; nonché, E. CASSESE, *La vigilanza sugli « istituti di moneta elettronica »*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, fasc. 2, 190-193.

⁶ Cfr., in generale, G. OPPO, *Tramonto dei titoli di credito ed esplosione dei titoli di legittimazione*, 1998; MARTORANO, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*,

stituito dalla possibilità di circoscrivere la spesa per i servizi entro un tetto massimo, predeterminato in anticipo, evitando di dover sostenere costi imprevedibili alla fine del periodo di fatturazione.

Aspetto non secondario del fenomeno è che, incamerando i pagamenti anticipati, l'operatore gode di un vantaggioso finanziamento (praticamente a costo zero), sino a quando i crediti precostituiti rimangano inutilizzati dagli utenti⁷. Per non parlare della possibile questione se debbano o meno trovare applicazione alle somme così accantonate le norme sul deposito irregolare di cui all'art. 1782 c.c. che, come noto, rinvia alla disciplina del mutuo ex art. 1815 per quanto concerne l'eventuale decorrenza di interessi.

Il contratto d'utenza si perfeziona normalmente tramite comportamenti concludenti sulla base di un'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.⁸; dal momento che il cliente può consultare presso il rivenditore (tramite *brochure*) oppure sul sito Internet dell'operatore le condizioni economiche dettagliate, unitamente al « regolamento del servizio », tali informazioni si intendono conosciute, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1341, comma 1, c.c.⁹

A queste fonti negoziali, seppur caratterizzate da un notevole polimorfismo e assai diverse dai formulari dei contratti per adesione (ex art. 1342 c.c.), deve aversi riguardo per la regolamentazione del rapporto d'utenza prepagata¹⁰.

Considerati la crescente propensione alle rimodulazioni tariffarie da parte degli operatori e, parallelamente, la possibilità per gli utenti di « migrare » verso contratti più vantaggiosi, incoraggiati dallo strumento della *number portability*, il tema della « libertà dal contratto » non poteva non suscitare un intenso dibattito tra operatori, legislatore e giurisprudenza.

1.2. IL DIRITTO DI RECESSO DEL CLIENTE: TUTELA

« PROCONCORRENZIALE ».

Il contratto di abbonamento al servizio telefonico costituisce pacificamente un contratto di durata ai sensi dell'art. 1373, comma 2, c.c., dal quale, se non è determinata una durata, l'utente può liberarsi con lo stru-

in *B.B.T.C.*, 1992, I, 169; B. LIBONATI, voce *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1977, 361.

⁷ Si veda per queste considerazioni, A. COENENBERG, *Die bilanzielle Behandlung von Handy-Subventionen bei Mobilfunkunternehmen*, Wiesbaden, 2007, 10 ss.; nonché, per ulteriori riflessioni, F. RICCA, *Non si « perde » l'IVA nel cambio di gestore di telefonia mobile*, in *Corr. trib.*, 2002, 47, 4317.

⁸ Sulla dispersione dell'elemento volontaristico-identitario e sulla contemporanea ascesa dei comportamenti concludenti nella contrattazione di massa, cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Vol. Allgemeiner Teil*, München-Berlin, 1964, 33; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984, 296 ss.; G. GIAMPIC-

COLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 787; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 335.

⁹ Pubblicità sottoposte all'osservanza di appositi criteri tecnici da parte dell'AGCOM.

¹⁰ Uno spiccato carattere mediatico-pubblicitario ed estremamente fluido nella predisposizione delle condizioni normative ed economiche di fruizione del servizio è colto anche dalla più recente giurisprudenza, Trib. Roma Sez. VIII Civ., Ord. del 30 gennaio 2004, Giudice De Petra in *Resp. comun. impr.*, 2004, 1, 3-29 con nota di G. MARTINI, *Tutela collettiva dei consumatori e degli utenti e inibitoria alla diffusione di comunicazione pubblicitaria ingannevole ai sensi della Legge 30 luglio 1998, n. 281*; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

mento del recesso in qualsiasi momento (salvo preavviso). Proprio per evitare simili incertezze, il contratto veniva normalmente consegnato dalle compagnie con un termine di un anno e clausola di rinnovo tacito di anno in anno, salvo disdetta dell'utente¹¹.

Come noto, il termine per l'esercizio della disdetta varia a discrezione del predisponente, potendo, se collocato troppo indietro nel tempo, ostacolare la funzione essenziale del recesso determinativo in questo tipo di contratti, ovvero quella di optare a favore di offerte concorrenziali alternative presenti sul mercato in un dato periodo¹².

Tuttavia, già nel 2001, con un'importante pronuncia, la giurisprudenza aveva accolto un'azione inibitoria, sancendo la sproporzione del termine di sessanta giorni per disdettare, quale clausola vessatoria del contratto di abbonamento¹³.

Nel contratto prepagato, invece, il riconoscimento di un analogo diritto di recesso del cliente non appariva così scontato.

Ciò in quanto tale recesso avrebbe potuto riguardare, almeno teoricamente, solo il servizio, mentre era escluso in ordine al credito già versato che sarebbe andato, comunque, perduto se non consumato entro un certo termine (decadenza negoziale). In quest'ottica, era dato desumere la sostanziale irrilevanza dell'istituto del recesso con funzione determinativa in quel tipo di rapporto.

La tesi sembrava supportata dall'idea che l'acquisto di *sim card* integrasse un contratto ad effetti reali, più precisamente una vendita a consegne eventualmente ripartite, da cui, com'è noto, non è dato sciogliersi unilateralmente (art. 1373, comma 1, c.c.)¹⁴. Il segno distintivo del contratto prepagato, insomma, sarebbe stato non tanto il rapporto d'utenza assimilabile alla somministrazione (art. 1559 c.c.)¹⁵, ma la configurazione dell'operazione quale contratto ad effetti reali e ad esecuzione istantanea, integrante una cessione di diritti di utilizzazione del servizio, ovvero una compravendita di quote di traffico (artt. 1376, 1377 c.c.).

A questa tesi si è contrapposta una maggior unitarietà della fattispecie, riconducibile alla categoria dei contratti di durata in cui l'una prestazione è anticipata rispetto all'altra¹⁶. Peraltro, come affermato in passato dalla

¹¹ La disdetta può essere ritenuta una *species* del *genus* recesso unilaterale, caratterizzata dal fatto di vincolare il termine di preavviso alla scadenza contrattuale eventualmente prevista. Cfr., per tutti, G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 24.

¹² In tale prospettiva, si veda il pionieristico lavoro di T. WILHELMSSON, *Social civilratt: om behovsorienterade element i kontraktsrattens allmänna laror*, Helsinki, 1987; per una riproposizione di queste tesi, v. anche, Id., *Social Force Majeure: A New Concept in Nordic Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 1990, XIII, 1 ss.

¹³ Trib. Torino, 12 aprile 2000 Dott.ssa Aragno est., in *Giur. it.*, 2001, I, 506 ss. con nota di ZUCCARO, *Brevi note in tema di tutela del consumatore e clausole abusive*.

¹⁴ In tal senso, F. PIETROSANTI, *Telefonia mobile: licenza d'esercizio di stazione radio e tassa di concessione governativa*, in *Giur. it.*, 2001, 2, 430 ss. che richiama la concezione dell'«abbonamento» come specificazione dell'oggetto di alcuni contratti di durata ad esecuzione continuata o periodica (di F. MESSINEO, voce «Contratto (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 919 ss.).

¹⁵ In merito alla non agevole distinzione tra sottotipi e variazioni dal tipo, E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 711 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, 7 ss.

¹⁶ Di recente, questa tesi è stata abbracciata anche dall'AGCOM, Delibera n. 416/07/CONS, Diffida agli operatori di telefonia mobile ad adempiere l'obbligo di

Cassazione, dal momento che non scaturiscono obbligazioni di durata a carico di entrambe le parti, ma l'una provvede anticipatamente all'adempimento della propria, non si applicherebbe il principio, contenuto negli artt. 1458, comma 1, c.c. e 1373, comma 2, c.c. secondo il quale in caso di scioglimento del contratto ad esecuzione continuata o periodica restano ferme le prestazioni già eseguite¹⁷. Anche in ambito tedesco, a proposito del contratto di mutuo, ci si attesta sulla stessa posizione¹⁸.

Inoltre, da parte della stessa dottrina tedesca, ma di recente anche dalla nostra giurisprudenza, pur riconducendo il *pre-paid mobilfunkvertrag* ad un classico contratto di durata (il *dienstvertrag* di cui al § 611 ss. del BGB), se ne evidenzia l'eclettismo e la natura di *kombinatorische vertrag*, ovvero la sua atipicità. Mentre, nel contratto di abbonamento, l'operatore permette continuativamente l'uso della linea telefonica all'utente, che successivamente corrisponde il relativo prezzo, nel prepagato l'operatore cederebbe, a fronte del pagamento anticipato di un prezzo (ma in realtà potrebbe trattarsi anche di un deposito), il diritto di utilizzare la suddetta linea con successivi atti discrezionali dello stesso utente¹⁹.

Un definitivo chiarimento sulla natura del contratto prepagato e sui destini delle somme depositate, a titolo di corrispettivo di future prestazioni appariva inevitabilmente connesso alla configurabilità del diritto di recesso ed alla sua concreta esplicazione.

Il legislatore ha poi introdotto in via imperativa tale strumento con riferimento a tutti « i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica indipendentemente dalla tecnologia utilizzata », restringendo di conseguenza la « libertà contrattuale »²⁰

riconoscimento agli utenti del credito residuo ai sensi dell'art. 1 comma 3 della legge 40/2007, in *www.agcom.it* (8 agosto 2007), successivamente confortata ulteriormente da TAR Lazio, Sez. III, 27 febbraio 2008, n. 1775, in *Corr. giur.*, 2008, 7, 1010 ss. (con nota di I. NASTI, *L'obbligo di restituzione del credito residuo e l'effettività della tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche*); nonché Trib. civ. Roma, sez. IX, ord., 23 maggio 2008, fasc. 8-9, 920 con nota di F. SUBRANI, *Servizi « prepagati » e tutela dei consumatori*. Nel senso sia sufficiente che la prestazione ad esecuzione continuata o periodica sia posta a carico di una sola parte: A. COENENBERG, *op. cit.*, 24 ss.; J. GERNHUBER, *Schuldverhältnisse*, 1989, 380; H. PUTZO, Palandt BGB, 2004, Vorb. § 488 BGB, Rdn. 4; O. von GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, 1914, 399-401; BGH-Urteil vom 16 dicembre 1968-III ZR 151/66, WM 1969, 336; BGH-Urteil vom 10 novembre 1977-III ZR 39/76, NJW 1978, 948; BGH-Urteil vom 10 gennaio 1980-III ZR 108/78, WM 1980, 381; BGH, Urteil vom 5 marzo 1981 III ZR 115/80, NJW 1981, 1067; BGH-Urteil vom 10 novembre 1977-III ZR 39/76, NJW 1978, 948 ss.

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. I, 19 marzo 1980,

n. 1324, in *Foro it.*, 1980, I, 1933; Trib. Roma, sez. IX, ord. 23 maggio 2008 - Giud. Meloni, in *Corr. merito*, 2008, fasc. 8-9, 920.

¹⁸ Si veda BGH, Urteil vom 10 novembre 1977, cit. secondo il quale « Ein Dauerschuldverhältnis wird auch durch einen krediteröffnungsvertrag begründet, der das kreditinstitut verpflichtet, die kreditsumme bereit zu stellen » (cfr. A. COENENBERG, *op. cit.*, 24).

¹⁹ Rispettivamente KÖHLER, *Mobilfunkvertrag*, cit., 67, 108 ss.; A. COENENBERG, *op. cit.*, 23. la natura mista del contratto è inoltre affermata da OLG München, vom 21.4. 2005, Az. 6 Ob69/05y, e sotto forma di *obiter dictum*, da BGH vom 23 marzo 2005, III ZR 338/04, CR 2005, 816 ss.; cfr. KÖHLER, *Vertragstypologische aspekte*, cit., 490.

²⁰ Come sottolineato polemicamente da R. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Volume II: Istituti*, ed. it. a cura di A. di Majo e A. Gambaro, Milano, 1995, 11: « La libertà contrattuale potrebbe dunque funzionare solo in una società utopistica, formata solo di liberi imprenditori dotati tutti della stessa forza economica e totalmente automatizzata (senza operai ed impiegati). La disuguaglianza ».

degli operatori, mediante il divieto di qualsiasi vincolo temporale all'esercizio del recesso dell'utente o imposizione di costi aggiuntivi a suo carico.

La giurisprudenza recente ha confermato che l'introduzione del recesso legale attribuisce, se mai ve ne fosse ancora bisogno, al contratto di ricarica, natura di contratto di durata (di somministrazione o fornitura che sia) ad effetti obbligatori²¹. Di conseguenza, « l'obbligo di restituzione o di trasferimento del credito residuo discende direttamente dal divieto legislativamente imposto agli operatori ex art. 1, comma 1, l. n. 40 del 2007 di prefissare unilateralmente limiti temporali massimi all'utilizzo del traffico telefonico o del servizio acquistato, atteso che l'obiettivo dalla succitata norma perseguito sarebbe frustrato se al suddetto obbligo non si accompagnasse quello di restituire all'utente o di trasferire al nuovo operatore il credito residuo »²². Tale orientamento, pur « ostentando » benefici immediati ai consumatori, dovrebbe ancora confermare se, nel medio-lungo termine, sortirà l'effetto di premiare i concorrenti capaci di offrire condizioni contrattuali migliori e servizi innovativi, attraverso nuovi investimenti e *partnerships*.

1.3. RECENTE ESPERIENZA STATUNITENSE: *EARLY TERMINATION FEES* (ETF).

La decisione di introdurre con norma imperativa un diritto di recesso con termini brevi di preavviso potrebbe risultare, in alcuni casi, controproducente per gli stessi consumatori.

Secondo una certa impostazione, infatti, molto spesso gli operatori sotterranno i maggiori costi delle offerte promozionali in cambio di un *commitment*, ovvero un impegno duraturo dell'utente verso quello stesso operatore.

Per i servizi *post-paid*, cioè in abbonamento, normalmente gli operatori hanno a disposizione diversi strumenti per proteggere i loro « investimenti », quali *term commitments* (durata minima), *early termination fees* (clausola penale per recesso anticipato), *electronic locks* (blocco del cellulare) per tutelarsi dal trasferimento dell'utenza ad altra impresa in violazione del *customer's agreement*.

Nel caso del prepagato, invece, non sussistendo di regola né durata minima, né *early termination fees*, gli operatori possono confidare solamente nel blocco dell'utenza telefonica.

In un recente studio si sostiene come tali dispositivi fungano da vero e proprio incentivo all'abbassamento dei prezzi nel mercato delle comunicazioni *wireless* e che se la regolamentazione pubblica proibisse tali attività i prezzi sarebbero destinati ad aumentare, danneggiando in ultima analisi anche i consumatori²³.

gianza sociale ed economica, in cui versano le parti, significa infatti che solo la parte contrattuale più forte è libera, mentre l'altra non è tale rispetto all'"an" e al "quomodo" (della formazione) del contratto ».

²¹ TAR Lazio, 1775/2008, *loc. cit.* ed *ivi* Trib. Roma sez. IX 23 maggio 2008,

cit., anch'esso favorevole alla restituzione del credito residuo; per un'impostazione diametralmente opposta, cfr. F. PIETROSANTI, *op. cit.*, 435.

²² Cfr. TAR Lazio cit.

²³ G.S. FORD, et al., *Consumers and Wireless Carterfone: An Economic Per-*

Negli Stati Uniti, ad esempio, gli operatori sono soliti offrire sconti riguardanti l'acquisto di alcuni dei modelli più diffusi di telefono cellulare, abbinati a tariffe scontate anch'esse, in cambio di un impegno (*commitment*) contrattuale di uno o due anni. In base alla clausola di *Early Termination Fees*, un recesso anticipato da parte dell'aderente autorizza l'operatore a trattenere un corrispettivo variabile tra i 150 e i 200 \$, in dipendenza dell'operatore e del piano tariffario sottoscritto²⁴.

La clausola è stata oggetto di numerose azioni giudiziarie collettive (*class actions*), basate fondamentalmente su leggi statali di tutela dei consumatori che vietano clausole penali le quali eccedano la misura del danno effettivo, laddove quest'ultimo sia agevolmente calcolabile²⁵.

Tale iniziativa è stata contrastata richiamando il § 332(c)(3)(A) del *Federal Communications Act*, sostenendo, in particolare, che la competenza federale esclusiva (*federal preemption*) in materia tariffaria dovesse estendersi anche a questo genere di clausole. Secondo tale impostazione, le famigerate *early termination fees* andrebbero considerate alla stregua di *rates charged*, sottratte, così, alla qualifica di *other terms and conditions* che, invece, ne legittimerebbe l'assoggettamento a disciplina statale.

Il tema appena descritto si colloca, sotto un profilo comparativo, entro la prospettiva dell'eventuale abusività delle clausole di limitazione del diritto di recesso del cliente dai contratti di abbonamento.

Anche l'art. 34, comma 2, del nostro Codice del Consumo, a ben vedere, potrebbe offrire un criterio di soluzione abbastanza restrittivo per i consumatori, laddove prevede che « La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile ». Ciò comporta la non sottoposizione a giudizio di vessatorietà di una clausola incidente sul rapporto di corrispettività tra le prestazioni.

Ma sarebbe veramente possibile qualificare come « corrispettivo », ai sensi del suddetto articolo, la previsione dell'obbligo di pagare una certa somma a fronte del recesso *ante tempus*, o non si tratterebbe più propriamente di una clausola penale per cui opera una differente previsione?

A parte il carattere prevalentemente teorico di tale disquisizione nel nostro ordinamento, data la recente introduzione del divieto di qualsiasi impedimento al diritto di recesso²⁶, tali clausole potrebbero essere ricondotte al disposto dell'art. 33 comma 2, lett. f) del Codice del consumo per il quale devono essere considerate vessatorie le clausole che impongano « al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il paga-

spective, Phoenix Center Policy Bulletin No. 21 at 5-6 (Sept. 2008).

²⁴ Per una disamina approfondita della questione, cfr. B. EVERARD, *Early Termination Fees: Fair Game or Federally Preempted?*, 4, *George Washington L. Rev.*, vol. 77, 2009, 1034 ss.; D. STEINBOCK, *The Mobile Revolution: The Making of Mobile Services Worldwide*, 36-38 (2005).

²⁵ Cfr. Class Action Complaint at 4,

Waudby v. Verizon Wireless Servs., LLC, No. 07-470, 2007 WL 1560295 (D.N.J. May 25, 2007).

²⁶ Su cui v. in ottica operativa, AGCOM, Delibera n. 416/07/CONS, *Diffida agli operatori di telefonia mobile ad adempiere l'obbligo di riconoscimento agli utenti del credito residuo ai sensi dell'art. 1 comma 3 della legge 40/07*, in *www.agcom.it* (8 agosto 2007).

mento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo»²⁷.

Come confermato dall'osservazione dell'esperienza statunitense, poi, tale manifesta eccessività potrebbe essere valutata in maniera ampia, tenendo conto della durata residuale del contratto²⁸ ovvero in modo più circoscritto ed aprioristico, operando tale giudizio esclusivamente *ex ante*²⁹. Invero, l'art. 4, n. 1 della direttiva CE 93/13³⁰ ha vincolato l'accertamento della vessatorietà al momento della conclusione del contratto³¹, in un'ottica di favore per una maggiore prevedibilità ed omogeneità dei costi da parte del predisponente.

2.1. IL MOBILE PAYMENT: VERSO UNA NUOVA REGOLAMENTAZIONE.

Gli operatori di telefonia mobile, che pure avrebbero potuto tramite le proprie tecnologie operare efficacemente nel mercato della moneta elettronica, hanno visto tradizionalmente preclusa tale attività, giusto il disposto dell'art. 11, quinto comma, T.U.B (Testo Unico Bancario). Quest'ultimo, come noto, vietava a soggetti diversi dalle banche di « effettuare ogni forma di raccolta di fondi a vista collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata ». Proprio l'attitudine a costituire strumento di pagamento con valenza generale è ciò che distingue la moneta elettronica dalle carte telefoniche prepagate³².

Anche la successiva disciplina di matrice comunitaria (direttiva 2000/46/CE), pur autorizzando i c.d. « Istituti di Moneta Elettronica » (IMEL) a svolgere tali attività nell'ambito della moneta elettronica, forniva una definizione di moneta elettronica restrittiva. Inoltre, delineando requisiti soggettivi stringenti, impediva ancora l'emergere di dinamiche concorrenziali virtuose in quel settore.

Gli IMEL, infatti, ricevono una disciplina speciale rispetto alle banche, ma ne assorbono un'identità sostanziale nel trattamento (oggetto sociale, appositi requisiti prudenziali, vigilanza etc.) cui consegue la capacità di emettere moneta elettronica, *sub specie* di carte prepagate multiuso (c.d. *multi - purpose smart cards*)³³.

²⁷ Sull'attuale complessità della funzione della figura, che da sanzionatoria si è, mano a mano, trasformata in riparatoria, si vedano comunque GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. Lineamenti generali*, I, Milano, 1955, 258 ss.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 19 ss.; MAZZARESE, *Clausola penale (artt. 1332-1384)*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 15 ss.

²⁸ E, ancora, occorrerebbe considerare la rigidità del criterio di determinazione, l'assenza di bilateralità ecc.

²⁹ In tal senso, Cass., 25 giugno 1981, n. 4146, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 204; diversamente Pret. Bologna, 20 gennaio 1998, con nota

critica di PALMIERI-PARDOLESI, *Dalla parte di Shylock: vessatorietà della clausola penale nei contratti dei consumatori?*, in *Danno e resp.*, 1998, 275; ma, nel senso, della rilevanza di un adempimento parziale al fine della formulazione del giudizio di valore sulla riduzione della penale, A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 148 ss.

³⁰ Dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in G.U. L 95 del 21 aprile 1993, 29-34.

³¹ V. ora art. 34, Codice del consumo.

³² Cfr. ad esempio, Cass. Pen., sez. V, 1° ottobre 2001, n. 41182.

³³ Cfr. A. ROSENBERG, *Better Than Cash? Global Proliferation of Payment*

Gli IMEL sono legittimati a trasferire direttamente le somme relative all'acquisto dalla *smart card* del debitore al terminale del creditore, in modo non dissimile da quanto avviene nei pagamenti con denaro contante. L'attività resta, invece, preclusa ad altri, quali gli operatori di telefonia mobile, per cui l'utilizzo di strumenti di pagamento elettronici implica necessariamente l'intervento della banca in funzione di intermediario, secondo il noto schema della delegazione di pagamento di cui all'art. 1269 c.c.

Agli operatori telefonici non era rimasto che escogitare sistemi di pagamento *ad hoc* basati sull'emissione di una *card* utilizzabile soltanto per l'acquisto di una singola categoria merceologica (es. biglietti dell'autobus, telepass etc.) e spendibile esclusivamente presso il gestore del servizio. Un'eventuale inclusione di tali schemi di pagamento nella categoria della moneta elettronica avrebbe suscitato notevoli perplessità, soprattutto considerando come il requisito della rimborsabilità obbligatoria previsto ex art. 3 della direttiva 2000/46/CE ed art. 114-*bis* del T.U.B. fosse difficilmente conciliabile con lo strumento di pagamento appena descritto. Ciò ne impediva la riconduzione all'alveo degli strumenti di moneta elettronica e ne consigliava l'inquadramento sotto la fattispecie di cui all'art. 1197 c.c. (*datio in solutum*) secondo cui il debitore può liberarsi, con il consenso del creditore, rappresentato nella fattispecie dalla sua adesione al sistema di pagamento, eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta.

Le perplessità, che una tale sistemazione inerente alla moneta elettronica suscitava, sono man mano cresciute sino a convincere anche il legislatore comunitario dell'opportunità di intervenire ulteriormente.

Particolare rilevanza assume, in tale contesto, la direttiva 2007/64/CE, recepita con D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11³⁴ che amplia il novero dei soggetti che potranno gestire strumenti di pagamento elettronici.

La Direttiva prevede che « per eliminare gli ostacoli giuridici all'ingresso al mercato, è necessario istituire un'autorizzazione unica per tutti i prestatori di servizi di pagamento che non siano collegati alla raccolta di depositi o all'emissione di moneta elettronica. È pertanto opportuno introdurre una nuova categoria di prestatori di servizi di pagamento, denominati di seguito "istituti di pagamento", autorizzando persone giuridiche che non rientrino nelle categorie esistenti a prestare servizi di pagamento in tutta la Comunità, previo il rispetto di una serie di condizioni rigorose e ad ampio raggio. In questo modo, tali servizi sarebbero soggetti alle stesse condizioni in tutta la Comunità ».

La finalità, come descritta nella direttiva, è quella di « istituire un quadro giuridico comunitario moderno e coerente per i servizi di pagamento... in modo da garantire parità di condizioni per tutti i sistemi di pagamento, mantenendo così la libertà di scelta dei consumatori ».

Cards and Consumer Protection Policy, 44 *Colum. Transnat'l L.*, 520, 543-552 (2006); S. SICA, P. STANZIONE, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica. Profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2004.

³⁴ Attuazione del titolo IV della direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e

del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, e abrogazione della direttiva 97/5/CE, pubbl. sulla Gazzetta Ufficiale del 13 febbraio 2010, n. 36 - Serie generale Supplemento numero 29.

Si prevede la nuova figura del « prestatore di servizi di pagamento », destinata ad inglobare soggetti prima esclusi dal novero degli IMEL³⁵.

Il prestatore eseguirà il pagamento per conto del pagatore in conformità ad un « contratto quadro », definito come il contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento. Sono previste norme antifrode ed obblighi specifici a carico dei prestatori e degli utilizzatori, meglio dettagliate nel recentissimo Provvedimento della Banca d'Italia in materia di « Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti » (in particolare, il Titolo VI)³⁶. È prevista, poi, una semplificazione in caso di utilizzo di strumenti di pagamento che consentano esclusivamente singole operazioni di pagamento di importo non superiore a 30 euro o che presentino un limite di spesa complessivo di 150 euro o che siano avvalorati per un importo che in nessun momento supera i 150 euro (micro pagamenti)³⁷.

Tra gli obblighi rilevanti per gli operatori telefonici risalta quello secondo cui il conto di pagamento va tenuto separato da quello inerente ai servizi dell'operatore telefonico (credito prepagato). Ma occorrerà monitorare le soluzioni applicative nelle quali i due servizi verranno eventualmente abbinati, sotto il profilo commerciale, e le funzionalità dell'uno (le soluzioni tecnologiche e le *partnerships* strategiche) condizioneranno notevolmente l'appetibilità dell'altro.

Nonostante ciò, il D.Lgs., pur rimuovendo in linea di principio gli ostacoli alla possibilità di effettuare pagamenti mediante il telefono cellulare, sembra destinato ad un iter attuativo e regolamentare tutt'altro che agevole, soprattutto sotto il profilo della vigilanza e della sicurezza dei sistemi di pagamento.

2.2. FUNZIONI DEL *M-PAYMENT* ED ATIPICITÀ: TUTELE DEL CONSUMATORE.

L'appena descritto *m-payment* sembra orientato, comunque, a ricoprire una funzione decisamente autonoma rispetto al « servizio prepagato ». Risolto, ormai, il profilo dell'autorizzazione ad operare quali Istituti di Pagamento, in linea con la disciplina prudenziale ed organizzativa prevista dal D.Lgs. 11/2010 e, poi, nel dettaglio dalla Banca d'Italia³⁸, si pone, in particolare, il problema di quale disciplina contrattuale applicare a questa ulteriore prestazione fornita dagli operatori telefonici.

In effetti, esistono già regole civilistiche potenzialmente applicabili anche al caso dei conti di pagamento degli IP: si pensi al contratto di conto corrente, ovvero al deposito (regolare o irregolare), o ancora al mandato (di pagamento).

³⁵ Cfr. R. PETRAUSKAS, L. ZUMARAS, *Comparative Analysis of Mobile Payments in the European Union*, (4)2008, n. 2, 59 ss.

³⁶ Provvedimento 15 febbraio 2010 che modifica l'omonimo Provvedimento del 29 luglio 2009.

³⁷ V. anche Banca d'Italia, Prov. cit. par. 7.

³⁸ Si tratta del Provvedimento: « Disposizioni di vigilanza per gli Istituti di Pagamento » del 15 febbraio 2010.

Come già accennato, l'art. 16, § 2, direttiva 2007/64/CE stabilisce che i conti di pagamento degli IP debbano essere «utilizzati esclusivamente per le operazioni di pagamento». Tale opportuna puntualizzazione non è priva di risvolti in ambito contrattuale, denotando, in primo luogo, un'autonomia tipologica del contratto «*conto di pagamento dell'IP*» rispetto al contratto di utenza prepagata.

Tale previsione farebbe emergere una peculiarità funzionale rispetto al contratto di conto corrente bancario, confermata dal forte vincolo di destinazione delle somme all'operazione o alle operazioni specificamente richieste dal cliente. Comunque, secondo tale impostazione, il fatto che le cose consegnate e depositate siano costituite da somme di denaro non potrebbe di per sé solo far propendere per una qualificazione giuridica invece che per un'altra, ovvero deposito regolare/deposito irregolare, laddove il dato significativo sarebbe costituito dalla finalità di adempiere al servizio di pagamento, con ciò avvicinando la fattispecie nel suo complesso a quella di un mandato di pagamento per conto dell'utente³⁹.

Tali presupposti fanno sì che si giunga ad escludere l'applicazione della disposizione dell'art. 1834 c.c. che prevede il passaggio della proprietà delle somme dal depositante al depositario.

Sia che si parli di deposito (regolare) (art. 1766) sia che si parli di mezzi somministrati al mandatario (art. 1719 c.c.), le conseguenze sarebbero analoghe, in termini, sia di responsabilità sia di obblighi di restituzione da parte degli IP⁴⁰. Il mandatario al pari del depositario è obbligato a custodire diligentemente le cose affidategli dall'utente, rispettivamente art. 1718 c.c. e art. 1768 c.c. L'obbligazione di custodia è, a sua volta, funzionale all'obbligazione di restituzione, art. 1771 c.c. (per il contratto di deposito), art. 1713 c.c. (per il mandato)⁴¹.

Ciò comporta che, ai conti di pagamento degli IP, non potrebbero essere estese le seguenti norme:

— l'art. 1853 c.c. che concede ampia facoltà di compensazione alle banche, rimanendo applicabile, invece, la norma generale dell'art. 1246, n. 2, secondo la quale la compensazione non si verifica a fronte di «*credito per la restituzione di cose depositate*»⁴²;

— l'art. 1782 c.c. sul deposito irregolare che, facendo rinvio all'art. 1815 c.c., contempla la naturale maturazione di interessi legali sulle somme depositate;

³⁹ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, (a cura di M. Mancini, M. Perassi), Banca d'Italia, 2008, 30-31. D'altra parte, come correttamente evidenziato: «lo stesso art. 16, § 3, lett. c), direttiva 2007/64/CE, impedisce di considerare le somme consegnate dall'utente all'IP sia quale deposito bancario sia quale deposito irregolare. La disposizione, nel consentire agli IP la concessione del credito, specifica che «*tale credito non è concesso utilizzando fondi ricevuti o detenuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento*»; il divieto, per essere operativo,

presuppone che l'IP non diventi proprietario delle somme consegnate, né automaticamente come vuole, invece, l'art. 1834 c.c. per i depositi bancari, né con il consenso del depositante, come concede la norma sul deposito irregolare (art. 1782 c.c.). Il divieto di utilizzare i fondi degli utenti impedisce, ancora, di qualificare il rapporto con gli IP quale mutuo, contratto con il quale parimenti il mutuatario diverrebbe proprietario delle somme consegnate». (cit., 34).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*. Cfr. anche Cass. 7 aprile 1995, n. 4071, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2397.

— l'art. 1831 sul termine di restituzione delle somme depositate, proprio del conto corrente.

Ulteriore aspetto d'interesse emerge in caso di errori o frodi occorsi durante le operazioni di *M-payment*, ipotesi che potrebbe evocare le tutele previste nel Codice del consumo per i pagamenti effettuati mediante carte di pagamento.

Come noto, l'art. 56 Cod. cons. dispone che l'istituto di emissione della carta di pagamento riaccrediti 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 del professionista o di un terzo⁴³. In questo caso, dato il ruolo dell'IP, vi sarebbero non poche difficoltà ad estendere la disposizione sul disconoscimento e conseguente restituzione di pagamenti indebitamente effettuati al caso del pagamento eseguito tramite IP. Sarebbe, forse, opportuna un'estensione *ad hoc*, all'interno del contratto quadro, che rafforzi una funzione di garanzia anche nella fase posteriore all'effettuazione dell'operazione.

Nel D.Lgs. citato, la disciplina è infatti, più composita rispetto al Codice del consumo e contempla delle sottodistinzioni che potrebbero ingenerare qualche incertezza.

Da un lato (art. 7, n. 1, b)), si prevede che l'utente debba comunicare senza indugio, secondo le modalità previste nel contratto quadro, al prestatore di servizi di pagamento o al soggetto da questo indicato lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne venga a conoscenza. In questo modo, « Salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, l'utilizzatore non sopporta alcuna perdita derivante dall'utilizzo di uno strumento di pagamento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente intervenuto dopo la comunicazione ».

Dall'altro lato, secondo l'art. 9⁴⁴ « L'utilizzatore, venuto a conoscenza di un'operazione di pagamento non autorizzata o eseguita in modo inesatto, ivi compresi i casi di cui all'articolo 25, ne ottiene la rettifica solo se comunica senza indugio tale circostanza al proprio prestatore di servizi di pagamento secondo i termini e le modalità previste nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento. La comunicazione deve essere in ogni caso effettuata entro 13 mesi dalla data di addebito, nel caso del pagatore, o di accredito, nel caso del beneficiario ». Secondo il comma 3, della stessa norma, un'operazione di pagamento è eseguita in modo inesatto quando l'esecuzione non è conforme all'ordine o alle istruzioni impartite dall'utilizzatore al proprio prestatore di servizi di pagamento.

Il criterio per discernere le due fattispecie dell'« uso non autorizzato dello strumento » e dell'« operazione non autorizzata o eseguita in modo inesatto » potrebbe destare qualche dubbio interpretativo e, tuttavia, pare risolvibile a seconda che sia riscontrabile o meno la presenza di un ordine legittimamente impartito dall'utilizzatore⁴⁵. Ciò rende gli addebiti

⁴³ Cfr. CESARO, *I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, Padova, 2007; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, 467 ss.

⁴⁴ La rubrica è significativa, recitando: « Comunicazione di operazioni non autorizzate o effettuate in modo inesatto ».

⁴⁵ Fermo restando che l'operazione in

eventualmente effettuati del tutto ingiustificati e comporta, comunque, una tempestiva restituzione delle somme⁴⁶.

Tuttavia, solo in presenza di questo requisito (ordine), la tutela dell'utilizzatore potrebbe operare per recuperare le somme trasferite in epoca antecedente alla sua tempestiva comunicazione, con la conseguenza di renderlo paradossalmente responsabile (rispetto alla citata disciplina del Codice del consumo) per una serie di frodi o, addirittura, di semplici errori intercorsi tra i soggetti che intervengano nella procedura di pagamento, qualora tali errori dovessero prescindere da un preventivo ordine.

sé rimarrebbe indebita, sia che prescinda completamente da un ordine, sia che si tratti quest'ultimo, solo in quest'ultimo caso vi sarebbe una presunzione di responsabilità dell'IP.

⁴⁶ V. Titolo XI, par. 2 (Procedure interne) del Prov. della Banca d'Italia sulla « Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti ».