Il Mulino - Rivisteweb

Pietro Sirena

La tutela del consumatore nella commercializzazione a distanza di cripto-attività

(doi: 10.4478/106713)

Osservatorio del diritto civile e commerciale (ISSN 2281-2628)
Fascicolo Speciale, settembre 2022

Ente di afferenza:
()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda https://www.rivisteweb.it

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda https://www.rivisteweb.it/

La tutela del consumatore nella commercializzazione a distanza di cripto-attività

Pietro Sirena

Consumer Protection in Distance Marketing of Crypto-Activities

The article addresses the coordination of the corpus of existing (and forthcoming) EU instruments of consumer protection (particularly, in the field of distance marketing) with the proposal of a Regulation on Markets in Crypto-Assets (MiCAR). After dealing with the general interaction between rules of market regulation (on financial instruments, on securities, etc.) and rules pertaining to the horizontal relations between professionals and consumers, the article delves into two main issues regarding initial offers, custody and administration, and transfers of crypto-activities: 1. The professional's duties of disclosing and providing key information to the contracting consumer; 2. The consumer's right of withdrawal from the contract she or he has entered into.

Keywords: Crypto-Activities, Consumer Protection, Distance Marketing, Duties of Information to Consumers, Consumer Right of Contractual Withdrawal.

1. Il coordinamento tra la proposta MiCAR e le direttive europee di tutela del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari

Secondo il considerando (55) della proposta MiCAR, «i servizi per le cripto-attività dovrebbero essere considerati «servizi finanziari» quali definiti nella direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Se commercializzati a distanza, i contratti tra i fornitori di servizi per le cripto-attività e i consumatori dovrebbero essere soggetti a tale direttiva»[1]. Tali affermazioni

Il dattiloscritto è stato riletto dai prof. Filippo Annunziata e Francesco P. Patti, ai quali devo particolare gratitudine per i suggerimenti e i commenti. Ringrazio inoltre i dott. Maddalena Ginestri e Luigi Buonanno per l'aiuto.

[1] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2020, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (COM(2020) 593 final). Successivamente, il 30 giugno 2022, è stato raggiunto un accordo preliminare tra il Parlamento europeo e il Consiglio (https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739221/EPRS_BRI(2022)739221_EN.pdf), che è stato approvato dal Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER) il 5 ottobre 2022 (https://data.consilium.euro-

 ISSN 2281-2628 © Società editrice il Mulino

pongono tuttavia delicati problemi di interpretazione e di coordinamento con altre fonti del diritto dell'Unione europea.

In via preliminare, si deve rilevare che la direttiva ivi richiamata, la quale disciplina appunto la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori[2], è stata nel frattempo assoggettata a un processo di rivalutazione da parte della Commissione, culminato nella proposta dell'11 maggio 2022[3]: è stato così previsto che tale strumento legislativo sia abrogato e le sue disposizioni, variamente modificate, siano incorporate nella direttiva generale sui diritti dei consumatori[4], in cui si introdurrebbe così un nuovo capo III-*bis*[5]. Per quanto qui rileva, è particolarmente significativo che, nella relazione che accompagna tale proposta, sia stato espressamente precisato che quest'ultima ha tenuto conto delle proposte legislative avanzate dall'Unione europea sulle cripto-attività ed è finalizzata a modernizzare le disposizioni della direttiva oggi vigente, «accrescendo nel contempo la fiducia ai consumatori»[6].

In se stessa considerata, tale risistemazione della disciplina legislativa della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori non ne compromette l'applicabilità alle cripto-attività, non ponendosi dunque in contrasto con quanto affermato dal considerando (55) della proposta MiCAR. D'altro canto, il considerando (16) di tale proposta ne sancisce la più generale compatibilità con le vigenti discipline europee a tutela del consumatore, stabilendo che: «la legislazione orizzontale dell'UE che garantisce la tutela dei consumatori, quale la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio o la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clau-

pa.eu/doc/document/ST-13198-2022-INIT/en/pdf) e dal Comitato economico e sociale europeo (CESE) il 10 ottobre 2022 (https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/254953/agenda%20items%2008%20and%2009.pdf). Nel prosieguo del testo, si farà generalmente riferimento all'originaria proposta di regolamento; nella misura in cui essa non è stata riprodotta nell'accordo preliminare (il quale, tra l'altro, non è al momento disponibile in italiano), si darà conto delle modificazioni che sono state da quest'ultimo introdotte.

[2] Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE. Nel diritto italiano essa ha trovato applicazione negli artt. 67-*bis* ss. del codice del consumo.

[3] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2022, che modifica la direttiva 2011/83/UE per quanto riguarda i contratti di servizi finanziari conclusi a distanza e abroga la direttiva 2002/65/CE (COM(2022) 204 final).

[4] Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[5] Esso ricomprenderebbe i nuovi articoli dal 16-*bis* al 16-*sexies*.

[6] COM(2022) 204 final, Relazione, § 1 (*Contesto della proposta*), p. 4.

sole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, compresi gli obblighi di informativa ivi contenuti, rimane applicabile a tali offerte al pubblico di cripto-attività laddove ciò implichi relazioni tra imprese e consumatori».

Secondo la dottrina civilistica che si è specificamente occupata della questione, «non vi è ragione alcuna per escludere che anche nel settore delle cripto-attività risultino applicabili le discipline richiamate», e in particolare quella della contrattazione a distanza di servizi finanziari[7]. Tale perentoria affermazione di carattere generale risulta tuttavia smentita dagli specifici risultati interpretativi ai quali si è poi ritenuto di pervenire, i quali sono orientati dalla considerazione secondo cui le disposizioni dell'Unione europea che disciplinano gli obblighi del professionista di informare il consumatore nella fase precontrattuale sarebbero «distoniche rispetto alle nuove tecnologie»[8]. In via interpretativa, tali disposizioni dovrebbero essere pertanto disapplicate ai servizi per le cripto-attività, fermo restando che la proposta MiCAR predisporrebbe comunque un'adeguata tutela del consumatore: infatti, le informazioni contenute nel documento detto *white paper* che, a fini di regolazione del mercato e di vigilanza da parte delle autorità competenti, dev'essere redatto, notificato e pubblicato dall'emittente di cripto-attività sarebbero da considerarsi equivalenti, nella forma e nella sostanza, a quelle che, secondo quanto previsto dalla direttiva sulla contrattazione a distanza di servizi finanziari, devono essere comunicate dal professionista al consumatore.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, tali proposte interpretative non solo sembrano porsi in aperto contrasto con quanto affermato dai considerando (16) e (55) della proposta MiCAR, ma risultano sostanzialmente ingiustificate, non sussistendo alcuna incompatibilità degli obblighi informativi di cui si tratta con la natura dei servizi per le cripto-attività.

Non può essere tuttavia aprioristicamente escluso che, sia proponendo la nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, sia riformulando la stessa proposta MiCAR, il legislatore europeo abbia successivamente recepito gli auspici della dottrina[9], affinché nelle disposizioni speciali in materia di servizi per le cripto-attività si introducessero alcune deroghe alle discipline generali a tutela del consumatore.

Nella proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, e segnatamente nella relazione che la accompagna, si afferma infatti che la disciplina oggi vigente in materia (ossia, quella dettata dalla direttiva 2002/65/CE) è applicata ai prodotti finanziari che non sono «ancora soggetti ad alcuna legislazione dell'UE», precisando che

[7] Maugeri, *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di Regolamento MICA* (Markets in Crypto-Assets) *e tutela del consumatore*, in *Contratto e impresa Europa*, 2022, p. 4.

[8] *Ibidem*, p. 7.

[9] *Ibidem*, p. 8.

ciò avviene «in assenza di norme dell'Unione europea sulle cripto-attività»[10]. Se queste proposizioni sono intese nel senso che l'applicazione della direttiva (orizzontale) sulla contrattazione a distanza è (risolutivamente) condizionata all'emanazione di una disciplina (verticale) sulle cripto-attività, si deve ritenere che, nel caso in cui la proposta MiCAR fosse approvata, la suddetta direttiva non sarebbe più applicabile a tali servizi finanziari.

Una conclusione del genere sembra avvalorata da un passaggio successivo della medesima relazione, in cui si afferma letteralmente che: «La presente proposta garantisce la coerenza con le norme vigenti nel settore dei servizi finanziari. Questo perché il rapporto tra i due ambiti è disciplinato dal principio secondo il quale, in caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e una disposizione di un altro atto dell'Unione che disciplini settori specifici, la disposizione di tale altro atto dell'Unione prevale e si applica a tali settori specifici»[11]. In particolare, il nuovo art. 16-*bis*, paragrafo 6, della direttiva 2011/83/UE in futuro dovrebbe stabilire che: «Qualora un altro atto dell'Unione che disciplina specifici servizi finanziari contenga norme sulle informazioni da fornire al consumatore prima della conclusione del contratto, a detti specifici servizi finanziari si applicano soltanto gli obblighi di informazione precontrattuale di tale altro atto dell'Unione, salvo diversamente disposto [*sic*] in tali atti».

Si deve parimenti rilevare che la definizione di «consumatore», la quale era dettata nella proposta iniziale MiCAR[12], non è stata riprodotta nella più recente versione di tale testo legislativo, in cui essa è stata sostituita da quella di «retail holder»[13]. Il testo delle disposizioni di tale proposta è stato pertanto rivisto, cosicché esse non fanno più riferimento al «consumatore», ma appunto al «retail holder», fatte salve alcune eccezioni (che non è facile giustificare e che restano comunque sprovviste di una definizione generale)[14].

[10] COM(2022) 204 final, Relazione, § 1 (*Contesto della proposta*), p. 1.

[11] *Ibidem*, p. 4.

[12] Secondo la definizione n. 28 che era contenuta nell'art. 3, paragrafo 1, di tale proposta, per «consumatore» deve intendersi «qualsiasi persona fisica che agisca per scopi che non rientrano nella sua attività commerciale, imprenditoriale artigianale o professionale».

[13] La definizione di «retail holder» è collocata nella stessa collocazione topografica di quella (oggi soppressa) di «consumatore» e recita: «Any natural person who is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession». Si tratta di una specificazione della nozione di «client», anch'essa introdotta *ex novo* dal Consiglio e formulata nei seguenti termini: «Any natural person to whom a crypto-asset service provider provides crypto-asset services».

[14] Ad es., quella dell'art. 47 (*Liability of issuers of e-money tokens for the information given in a crypto-asset white paper*), paragrafo 3, lett. (b), proposta MiCAR, secondo il quale «A holder of e-money shall not be able to claim damages for the information provided in a summary as referred to in Article 46(5), including the translation thereof, where: [...] b) the summary does not provide, when read together with the other parts of the crypto-asset white paper, key information in order to aid consumers and investors whether to purchase such e-money tokens» (sottolineatura aggiunta).

Si pone quindi il problema se, tenuto conto anche di altre innovazioni testuali, sia stato così modificato il contenuto precettivo della proposta MiCAR, segnatamente dal punto di vista del suo àmbito soggettivo di applicazione. È possibile che tale opzione di tecnica legislativa, la quale sembra esaurirsi in mere opzioni definitorie e di redazione delle disposizioni di tale proposta, manifesti tacitamente la volontà del futuro legislatore europeo di sancire che le direttive a tutela dei consumatori non siano più applicabili ai servizi per le cripto-attività e ai contratti che sono stipulati per la loro prestazione. Una conclusione del genere non sembra tuttavia attendibile.

Per quanto riguarda le disposizioni in materia di doveri precontrattuali del professionista di informare il consumatore, in realtà, le disposizioni della proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari non solo non introducono alcuna deroga espressa, ma si dimostrano senz'altro compatibili con la natura delle cripto-attività e applicabili ai relativi servizi che abbiano finalità di investimento[15]. Per altro verso, tali disposizioni hanno sì menzionato un'ulteriore ipotesi in cui «il diritto di recesso non si applica»[16], individuandola appunto nei servizi riguardanti cripto-attività, ma essa non può essere propriamente definita come una «deroga», trattandosi soltanto di un'ulteriore specificazione dell'elenco esemplificativo che è già contenuto nella direttiva 2002/65/CE a proposito dei «servizi finanziari il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono aver luogo durante il periodo di recesso»[17]: già in base alla formulazione attuale di tale disposizione si arriva pianamente alla soluzione di escludere il recesso dai contratti per i servizi di cripto-attività aventi finalità di investimento finanziario, com'è stato peraltro affermato dalla giurisprudenza di merito[18].

Resta peraltro fermo quanto disposto dall'art. 12 della proposta MiCAR[19].

2. La dubbia qualificazione delle cripto-attività come «valori mobiliari», «strumenti finanziari» ovvero «prodotti finanziari»

Se interpretato in senso letterale, il considerando (55) della proposta MiCAR sembra enunciare una definizione meramente analitica (ossia, *a priori*) dei servizi per la cripto-attività, la quale si limiterebbe ad affermare una loro ca-

[15] V. *infra*, §§ 2 e 3.a.
[16] Nuovo art. 16-*ter*, paragrafo 2, direttiva 2011/83/UE.
[17] Art. 6, paragrafo 2, direttiva 2002/65/CE.
[18] V. *infra*, § 3.b.
[19] Ivi.

ratteristica intrinseca e indefettibile. In questo senso, esso servirebbe soltanto a chiarire che tali servizi avrebbero senz'altro natura finanziaria ai sensi della direttiva 2002/65/CE, indipendentemente dal fatto che rientrino o meno nella definizione che è ivi dettata dall'art. 2, lett. *b)*[20].

Premesso che gli strumenti finanziari in quanto tali sono dichiaratamente esclusi dall'ambito di applicazione della proposta MiCAR (art. 2, paragrafo 2, lett. *a)*)[21], si deve rilevare che la natura delle cripto-attività è notoriamente eterogenea. In particolare, si deve escludere che gli *utility tokens*, i quali sono definiti dalla proposta di MiCAR come «un tipo di cripto-attività destinato a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, e che è accettato solo dall'emittente di tale token»[22], siano finalizzati alla creazione di un rendimento finanziario: essi costituiscono piuttosto il titolo esclusivo per il godimento di un'utilità (mediante un sistema basato su un registro distribuito, generalmente *blockchain*)[23]. In sostanza, si tratta di un fenomeno simile al pagamento di un diritto d'autore o di una licenza di

[20] Maugeri, *op. cit.*, p. 7. Su tale definizione, v. Bravo, *Nozione di «strumenti finanziari» di cui al d.lgs. n. 190 del 2005 sulla «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori» e collocabilità della disciplina nel codice del consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 595 ss.

[21] In tal caso, alle cripto-attività si applicherà infatti il regime regolatorio e la disciplina (pre- e post-)contrattuale che il testo unico bancario (in particolare, per quanto qui rileva, l'art. 23) detta in attuazione della MiFID II (per qualche considerazione a proposito della MiFID I, v. Sirena, *Responsabilità contrattuale e obblighi informativi*, in *L'attuazione della direttiva MIFID*, a cura di Frediani e Santoro, Milano, 2009, pp. 101 ss.). A tali discipline si aggiunge quella del «Sustainability-Related Disclosures in the financial sector Regulation» (SFDR), dettata dal Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, successivamente integrato e modificato dal Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica al regolamento (UE) 2019/2088. Lo stesso deve dirsi quando le cripto-attività costituiscano: «un prodotto di investimento assicurativo» (IBIP), ai sensi dell'art. 1, 1° comma, lett. *w-bis.*3), TUF; un «prodotto d'investimento al dettaglio preassemblato» (PRIP), ai sensi dell'art. 1, 1° comma, lett. *w-bis.*2), TUF; un «prodotto d'investimento al dettaglio e assicurativo preassemblato» (PRIIP), ai sensi dell'art. 1, 1° comma, lett. *w-bis.*1), TUF; per la loro disciplina, v. regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassembleati, nonché, per il diritto italiano, l'art. 25-*ter* TUF e il codice delle assicurazioni private. Una deroga espressa all'art. 23 TUF è disposta dall'art. 50-*quinquies*, 2° comma, TUF a proposito della gestione di portali per la raccolta di capitali (*crowdfunding*) per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali (a tale proposito, v. quanto rilevato da Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 469, in nota, con commento di Passaretta, *Bitcoin: il* leading case *italiano*).

[22] Art. 3, paragrafo 1, n. 5, proposta MiCAR.

[23] Zetzsche, Annunziata, Arner, Buckley, *The Markets in Crypto-Assets regulation (MiCA) and the EU digital finance strategy*, in *Capital Markets Law Journal*, 2021, 16, p. 206.

utilizzo, ovvero alla raccolta di fondi finalizzata a prestiti tra privati (*lending* o *social crowdfunding*, il quale si svolge generalmente mediante una piattaforma *on line*)[24].

In se stesse considerate, le cripto-attività che costituiscono *utility tokens* non integrano la fattispecie dei «valori mobiliari»[25], né quella più ampia degli «strumenti finanziari»[26], le quali sono definite dalla MiFID II (e di riflesso dal testo unico finanziario)[27]. Per quanto riguarda specificamente il diritto italiano, tuttavia, ciò non significa che tale specie di cripto-attività possa ritenersi senz'altro sottratta alla disciplina dell'offerta al pubblico e del prospetto che è prevista dal testo unico finanziario: secondo gli orientamenti della Consob[28], infatti, i quali sono stati sostanzialmente ribaditi in occasione della procedura di consultazione pubblica su *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività* che era stata avviata prima della pubblicazione della proposta MiCAR[29], gli *utility token* possono infatti rientrare nella definizione di «pro-

[24] Non trattandosi di un servizio di investimento, si spiega che l'Arbitro Bancario Finanziario abbia affermato la propria competenza in materia (v. Collegio di Milano, decisioni n. 9795 del 13 aprile 2021, nn. 22802 e 22804 del 15 dicembre 2020; Collegio di Roma, decisione n. 9218 del 6 aprile 2021).

[25] Art. 1, 1º-*bis* comma, TUF. Tale nozione era già precedentemente utilizzata dalla legislazione italiana in materia di intermediazione mobiliare e rilevava anche in altri comparti della disciplina del mercato finanziario, anzitutto quello della sollecitazione del pubblico risparmio (v. per tutti Salamone, *Unità e molteplicità della nozione di valore mobiliare*, Milano, 1995). Nella MiFID II (e di riflesso nel testo unico finanziario oggi vigente), la medesima nozione individua tuttavia un sottoinsieme degli «strumenti finanziari» che sono stati elencati dal legislatore; è stato chiarito pertanto che essa ha un contenuto diverso rispetto a quello che aveva nel diritto italiano previgente (v. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, 11ª ed., Torino, 2021, pp. 104 s., e ivi nota 6).

[26] Art. 1, 2º comma, TUF il quale espressamente rinvia alla Sezione C dell'Allegato I. Sul carattere «aperto» ovvero «chiuso» di tale elencazione, v. Salamone, *La nozione di «strumento finanziario» tra unità e molteplicità. A proposito di cambiali finanziarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, pp. 716 ss.; Chionna, *Le forme dell'investimento finanziario*, Milano, 2008, pp. 191 ss.

[27] Resta piuttosto controverso se e fino a che punto si sia trattato di una vera e propria tipizzazione legislativa (v. per tutti Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., pp. 106 s.). La questione è stata inevitabilmente riesaminata proprio con riferimento alle cripto-attività (v. Gitti, *Emissione e circolazione di cripto-attività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, pp. 13 ss.). Un caso particolarmente controverso è costituito dalla *tokenizzazione* di quote di s.r.l., anche in rapporto al requisito della loro «negoziabilità» sul mercato dei capitali (v. Patriarca, *Prodotti e strumenti finanziari*, in *Il Testo Unico Finanziario*, a cura di Cera e Presti, I, Bologna, 2020, pp. 67 ss.).

[28] Per un loro esame, v. Carrière, *Le «criptovalute» sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di «strumenti finanziari», «valori mobiliari» e «prodotti finanziari»: tra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, pp. 117 ss.

[29] Ci si riferisce al documento per la discussione del 19 marzo 2019, al quale ha fatto seguito un incontro aperto al pubblico svoltosi il 21 maggio 2019, a Milano, presso l'Università Bocconi e intitolato *Initial Coin Offerings*. Tra i commenti, v. Sciarrone Alibrandi, *Offerte*

dotti finanziari» che è dettata dall'art. 1, 1° comma, lett. *u)*, TUF, in quanto siano ricollegati a rendimenti di natura finanziaria[30]. È pertanto necessaria un'analisi caso per caso.

A tale proposito, possono essere riprese alcune delle soluzioni che, dapprima prospettate dalle autorità di vigilanza competenti[31], si sono affermate nei precedenti giurisprudenziali e arbitrali sulla vendita di diamanti da parte delle banche[32]. È stato condivisibilmente affermato che tali servizi non sono finalizzati a un investimento finanziario, in quanto, pur sussistendo un'aspettativa di rendimento da parte dell'acquirente, manca un rischio intrinseco all'attività svolta che sia direttamente correlato all'impiego di capitali. La finalità di investimento finanziario che motiva l'investitore a stipulare tale contratto si coglie esclusivamente in alcune caratteristiche intrinseche dei beni che acquista, dato che si tratta di beni rifugio; dal punto di vista della qualificazione del contratto che egli stipula, tuttavia, si tratta semplicemente di una vendita, per quanto essa rilevi come un «servizio connesso» rispetto all'attività professionale che è esercitata dal venditore (che, appunto, è una banca)[33].

iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob, in *dirittobancario.it*, aprile 2019; Genovese, *Innovazione tecnologica e trasformazione del settore finanziario tra* Initial Coin Offerings (ICOS) *e* Investment Crowdfunding: *quali sfide per l'autorità di controllo?*, in Finocchiaro, Falce (a cura di), Fintech: *diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2019, pp. 17 ss.; Gitti, Maugeri, Ferrari, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, in questa Rivista, 2019, pp. 95 ss.; Carrière, *Possibili approcci regolatori al fenomeno dei* crypto-asset; *note a margine del documento di consultazione della Consob*, in *dirittobancario.it*, maggio 2019; Nicotra, *Il regime giuridico delle* ICOs. *Analisi comparata e prospettive regolatorie italiane*, in *dirittobancario.it*, aprile 2019. Il documento finale è stato pubblicato dalla Consob il 2 gennaio 2020.

[30] Secondo quanto spiegato nel documento (p. 6), tali profili di finanziarietà degli *utility tokens* possono essere costituiti, in via diretta, da «rendimenti parametrati all'andamento dei ricavi, dei volumi di beni e servizi venduti o dei profitti dell'attività imprenditoriale»; in via indiretta, dal «potenziale apprezzamento del valore dei token negoziati in dedicati *exchange* (che può dipendere dalla positiva performance dell'iniziativa imprenditoriale così come dalle sole dinamiche di mercato)».

[31] Comunicazione Consob n. DTC/13038246 del 6-5-2013, accessibile al seguente indirizzo: https://www.consob.it/web/area-pubblica/bollettino/documenti/bollettino2013/c13038246.htm; notizia della Banca d'Italia del 14 marzo 2018, *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*, accessibile al seguente indirizzo: https://www.bancaditalia.it/media/notizia/operazioni-di-compravendita-di-diamanti-effettuate-attraverso-gli-sportelli-bancari/; approfondimento della Banca d'Italia del 13 dicembre 2021, *La compravendita di diamanti attraverso canali bancari e il ruolo della Banca d'Italia*, accessibile al seguente indirizzo: https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2021/diamanti/index.html.

[32] Per indicazioni al riguardo, v. Pistelli, *«Dai diamanti... non nasce niente?». Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio*, in *Persona e mercato*, 2020, 2, pp. 129 ss.

[33] L'Arbitro Bancario Finanziario si è peraltro dichiarato incompetente in materia, senza particolari approfondimenti (v. Collegio di Palermo, decisioni nn. 26089 e 26090 del

È stato peraltro messo in rilievo che, mediante le clausole del contratto di vendita di diamanti che stipulano, le parti possono tuttavia creare una correlazione endogena tra rischio e rendimento (ad es., quando la banca concede un'opzione *put* con la quale si vincola al riacquisto del diamante a un prezzo maggiorato in base a un determinato indice).

Se si adotta la stessa logica a proposito dei contratti che hanno a oggetto la prestazione di servizi per le cripto-attività, si deve ritenere che la loro natura finanziaria possa essere valutata soltanto mediante un giudizio sintetico (*a posteriori*), ossia in base alla causa concreta per la quale il contratto è stato stipulato dalle parti contraenti[34].

Così, la cripto-valuta può essere acquistata per averne la disponibilità come strumento di pagamento, e allora la causa concreta di tale acquisto non sarà quella dell'investimento[35]. Ma se, invece, di quest'ultimo si tratta, allora non ci sono dubbi che si tratti di prodotti finanziari, con la conseguenza che sarà applicabile la disciplina della contrattazione a distanza che è dettata dagli artt. 67-*bis* e seguenti TUF, ma ad es. anche la disciplina che sanziona penalmente l'abusivismo finanziario, ossia l'esercizio di tali servizi di investimento da parte di soggetti che non siano stati autorizzati dall'autorità competente[36].

Il considerando (55) della proposta MiCAR deve essere quindi letto nel senso che la direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori è applicabile solo se e in quanto il contratto, interpretato alla luce della sua causa concreta, abbia a oggetto servizi per le cripto-attività che sono finalizzati all'investimento finanziario.

10 dicembre 2019; Collegio di Bologna, decisioni n. 8089 del 22 marzo 2019, n. 21328 dell'11 ottobre 2018 e n. 22690 del 29 ottobre 2018; Collegio di Torino, decisione n. 7302 del 13 marzo 2019).

[34] Per questa impostazione metodologica, v. Achille, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 37 ss.

[35] Annunziata, *Speak, if You Can: What Are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offers*, in *Bocconi Legal Studies. Research Paper Series*, February 1999, Number 2636561, p. 5.

[36] Cass., II Sez. Pen., 30 novembre 2021, n. 44337, in *Danno e resp.*, 2022, pp. 492 ss., con nota di Guastadisegni, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*; in *Giur. it.*, 2022, pp. 1213 ss., con nota di Quattrocchi, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*; Cass., II Sez. Pen., 17 settembre 2020, n. 26807, in *Giur. comm.*, 2022, II, pp. 928 ss., con nota di Cosulich, *Il diritto penale dell'età del cripto-oro. Gli elementi normativi della fattispecie di abusivismo finanziario tra monete virtuali e investimenti reali*. Per un esame complessivo di tale giurisprudenza, v. Cosulich, *Nella* Wunderkammer *del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, pp. 153 ss.

3. La tutela del consumatore che acquisti servizi per le cripto-attività finalizzati all'investimento finanziario

3.1. Gli obblighi informativi del professionista

In quanto le cripto-attività svolgano concretamente una funzione di investimento finanziario da parte del consumatore, il professionista che le emetta, le gestisca o le scambi a distanza con un consumatore deve adempiere gli obblighi informativi che sono analiticamente disciplinati dagli artt. 67-*quater* e seguenti del codice del consumo, in attuazione della già menzionata direttiva 2002/65/CE[37]. Ai sensi dell'art. 67-*quater*, 2° comma, del codice del consumo, tali informazioni, «il cui fine commerciale deve risultare in maniera inequivocabile», devono essere fornite «in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo debitamente conto in particolare dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale e dei principî che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori».

In tal senso, si è espressa la giurisprudenza di merito a proposito del caso di una società finanziaria che sollecitava l'investimento in alcune *start-up* innovative, raccogliendo il capitale di rischio mediante un portale *on line* (c.d. *equity crowdfunding*)[38]. In particolare, agli investitori era assegnata cripto-valuta, finalizzata appunto all'acquisto di tali partecipazioni societarie.

In tale precedente, il giudice ha accertato che il prestatore del servizio finanziario (commercializzato a distanza ai consumatori) non aveva dato le informazioni che sono analiticamente prescritte dagli articoli che vanno dal 67-*quinquies* al 67-*octies* del codice del consumo (relative al fornitore stesso, al servizio finanziario, al contratto a distanza e al servizio)[39]. Ai sensi dell'art. 67-*septiesdecies*, 4° comma, del codice del consumo, il contratto è stato dunque dichiarato nullo, in quanto il fornitore aveva violato «gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del servizio finanziario».

[37] A tale proposito, v. Caloni, *Deposito di cripto-attività presso una piattaforma* exchange: *disciplina e attività riservate*, in *Giur. comm.*, 2020, pp. 1073 ss.

[38] Tribunale di Verona, 24 gennaio 2017, cit.

[39] In aggiunta, il giudice di merito ha ritenuto che, in virtù dell'art. 67-*decies*, 1° comma, cod. cons., secondo il quale sono inoltre «applicabili le disposizioni più rigorose previste dalla normativa di settore che disciplina l'offerta del servizio o del prodotto interessato», il gestore del portale di *crowdfunding* fosse assoggettato agli obblighi di correttezza e di informazione che sono prescritti dagli artt. 13-15 del regolamento CONSOB sulla raccolta di capitali tramite portali *on-line*, adottato con delibera n. 18592 del 26 giugno 2013 (successivamente modificato mediante la delibera n. 21259 del 6 febbraio 2020).

Com'è stato già rilevato[40], la dottrina che si è occupata specificamente dell'argomento, movendo dal presupposto secondo cui gli obblighi informativi previsti dalla proposta MiCAR ai fini dell'autorizzazione e quelli previsti dalla direttiva 2002/65/CE ai fini dell'informazione precontrattuale del consumatore tenderebbero «in linea di massima a coincidere», è giunta a ritenere che, una volta notificate alle Autorità competenti, tali informazioni potrebbero considerarsi «a disposizione del consumatore», cosicché risulterebbero parimenti adempiuti gli obblighi precontrattuali nei confronti dei consumatori[41].

È tuttavia evidente che tale soluzione non può essere conseguita in via interpretativa, ma, se del caso, richiede un intervento del legislatore. Com'è stato già rilevato[42], sia la riformulazione della direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, sia la più recente versione della proposta MiCAR, non sono prive di ambiguità al riguardo, ma in definitiva non sussistono elementi sufficienti per ritenere che, mediante tali strumenti, il legislatore europeo abbia inteso disapplicare ai servizi per le cripto-attività le discipline generali di tutela del consumatore.

Per quanto riguarda l'art. 16-*bis*, paragrafo 6, il quale è contenuto nella proposta di nuova direttiva di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori[43], in particolare, si deve rilevare che la proposta MiCAR non contiene alcuna norma sulle «informazioni da fornire al consumatore prima della conclusione del contratto». La tesi secondo cui tali informazioni sarebbero quelle dovute all'autorità competente (e in particolare quelle contenute nel documento detto *white paper*) trascura di considerare che, per definizione, esse non sono appunto fornite al consumatore (prima della conclusione del contratto), ma notificate all'autorità di vigilanza e pubblicate: si tratta dunque di adempimenti informativi che, al di là della forma nella quale sono dovuti, prescindono da qualsiasi requisito di recettizietà nei confronti del consumatore, il quale è invece chiaramente presupposto dal suddetto art. 16-*bis*, paragrafo 6.

D'altro canto, l'argomento contrario prova troppo, perché, se esso fosse vero, la disciplina del prospetto informativo e dell'offerta al pubblico di strumenti finanziari prevista dal diritto europeo (e di riflesso dal testo unico finanziario) per i valori mobiliari, quali sottoinsieme degli strumenti finanziari (ed estesa nel diritto italiano anche ai prodotti finanziari) dovrebbe, a maggior ragione, escludere che al consumatore (prima della conclusione del contratto) siano dovute le informazioni prescritte dalla direttiva sulla com-

[40] V. *supra*, § 2.
[41] Maugeri, *op. cit.*, p. 7.
[42] V. *supra*, § 2.
[43] Sul quale, v. *supra*, § 2.

mercializzazione a distanza di servizi finanziari. In termini generali, le discipline di regolazione del mercato e di vigilanza da parte delle autorità competenti finirebbero così col comprimere (o addirittura spazzare via) quelle di tutela del consumatore nel rapporto con il professionista – il che costituirebbe un esito non soltanto incoerente con la storia e la realtà attuale del diritto dell'Unione europea, ma soprattutto incompatibile con la strategia di *private enforcement* su cui esso è chiaramente basato.

Ciò posto, si deve rilevare che la proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori disciplina in modo innovativo le modalità con le quali le informazioni prescritte devono essere comunicate dal professionista. In particolare, tali informazioni devono essere messe a disposizione del consumatore su un supporto durevole e devono essere formulate in modo da essere di facile lettura, utilizzando caratteri di dimensioni leggibili[44]. Affinché tale requisito di chiarezza e comprensibilità formale sia soddisfatto, è necessario che il professionista tenga conto delle modalità di presentazione grafica del documento[45], nonché delle eventuali disabilità visive dei consumatori[46].

Com'è ovvio, la messa a disposizione delle informazioni chiave su «supporto durevole» non implica che occorra necessariamente la consegna di un documento cartaceo[47], valendo al riguardo le indicazioni che si rinvengono nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[48].

[44] Art. 16-*bis*, paragrafo 4, periodo 4, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: «Qualora vengano usati colori per fornire le informazioni di cui al paragrafo 1, essi non compromettono la visibilità delle informazioni se il documento contenente le informazioni chiave viene stampato o fotocopiato in bianco e nero». Qualora tale requisito non sia soddisfatto, deve ritenersi che il professionista non abbia adempiuto l'obbligo informativo che gli incombe.

[45] Art. 16-*bis*, paragrafo 4, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

[46] Art. 16-*bis*, paragrafo 4, periodo 5, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: «Su richiesta, le informazioni di cui al paragrafo 1 sono messe a disposizione dei consumatori con disabilità visive in un formato adeguato».

[47] Cfr. Maugeri, *op. cit.*, p. 8. Sul tema, v. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.

[48] Ad es., CGUE 25 gennaio 2017, C-375/15, BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG/Verein für Konsumenteninformation, ECLI:EU:C:2017:38: «Le modifiche delle informazioni e delle condizioni, di cui all'articolo 42 della stessa direttiva, nonché le modifiche del contratto quadro, trasmesse dal prestatore di servizi di pagamento all'utente di tali servizi a mezzo di una casella di posta elettronica integrata in un sito internet di servizi bancari *online*, possono essere considerate fornite su un supporto durevole, ai sensi di tali disposizioni, soltanto qualora ricorrano le seguenti due condizioni: -che il sito internet permetta all'utente di memorizzare le informazioni a lui personalmente dirette in modo da potervi accedere e riprodurle in maniera identica, per un periodo

Fatte salve alcune specifiche informazioni che sono state espressamente indicate dal legislatore europeo[49], il professionista può inoltre assolvere gli obblighi informativi di cui si tratta facendo ricorso alla tecnica della stratificazione[50], in particolare mediante *pop-up* o *link* a livelli accessori[51]; in tal caso, dev'essere comunque possibile al consumatore stampare come unico documento le informazioni che gli sono dovute[52].

Dal punto di vista temporale, le informazioni chiave devono essere fornite almeno un giorno prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza[53].

di congrua durata, senza possibilità di alcuna modifica unilaterale del loro contenuto da parte del prestatore o da parte di altro professionista, e; -che, se l'utente di servizi di pagamento è obbligato a consultare il sito internet al fine di prendere conoscenza delle informazioni medesime, la trasmissione di tali informazioni sia accompagnata da un comportamento attivo da parte del prestatore di servizi di pagamento, destinato a portare a conoscenza dell'utente l'esistenza e la disponibilità di tali informazioni sul sito internet».

[49] Si tratta di quelle che il nuovo art. 16-*bis* indica alle lettere a), f), g) e p) del paragrafo 1, ossia: a) «L'identità e l'attività principale del professionista»; b) «L'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito, così come il suo numero di telefono e il suo indirizzo elettronico. Inoltre, se il professionista fornisce qualsiasi altro mezzo di comunicazione online che garantisca al consumatore di poter intrattenere con lui una corrispondenza scritta, recante la data e l'orario dei relativi messaggi, su un supporto durevole, il professionista deve fornire anche le informazioni relative a tale altro mezzo. Tutti questi mezzi di comunicazione forniti dal professionista devono consentire al consumatore di contattarlo rapidamente e di comunicare efficacemente con lui. Ove applicabile, il professionista fornisce anche l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce»; g) «il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al professionista per il servizio finanziario, compresi tutti i relativi oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il professionista o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest'ultimo»; p) «l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso e, se tale diritto esiste, la durata e le condizioni per esercitarlo, comprese le informazioni relative all'importo che il consumatore può essere tenuto a versare e alle conseguenze derivanti dal mancato esercizio di detto diritto».

[50] Art. 16-*bis*, paragrafo 4, periodo 2, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

[51] Considerando (22), il quale precisa altresì quanto segue: «Un possibile modo per fornire informazioni precontrattuali è l'approccio che prevede l'uso di indici con rubriche espandibili. Al livello più alto, i consumatori potrebbero trovare gli argomenti principali, ciascuno dei quali espandibile con un clic, in modo da essere indirizzati verso una presentazione più dettagliata delle informazioni pertinenti. Il consumatore avrà così tutte le informazioni necessarie in un unico posto, conservando al tempo stesso il controllo su quali elementi verificare e in che momento. I consumatori dovrebbero avere la possibilità di scaricare tutto il documento informativo precontrattuale e salvarlo come documento a sé stante».

[52] Art. 16-*bis*, paragrafo 4, periodo 3, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

[53] Art. 16-*bis*, paragrafo 3, periodo 1, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Se il termine non è rispettato, il professionista deve indicare al consumatore un promemoria, su supporto durevole, della possibilità di recedere dal contratto e della procedura da seguire[54]. Tale promemoria è fornito al consumatore almeno un giorno dopo la conclusione del contratto a distanza[55].

Le suddette disposizioni devono ritenersi integralmente applicabili ai servizi per le cripto-attività finalizzati all'investimento finanziario, anche per quanto riguarda il diritto di recesso attribuito al consumatore che non abbia ricevuto le informazioni chiave almeno un giorno prima che sia vincolato dal contratto a distanza. In tal caso, il diritto di recesso non è infatti escluso o contraddetto dal nuovo art. 16-*ter*, paragrafo 2, il quale è contenuto nella proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e del quale si dirà subito dopo[56].

3.2. *Segue*: il recesso contrattuale del consumatore

Secondo l'art. 67-*duodecies*, 5° comma, lett. *a)*, del codice del consumo, il consumatore non ha il diritto di recesso quando si tratti di investimenti «il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono aver luogo durante il periodo di recesso»[57]. Tale disposizione speciale è chiaramente applicabile ai servizi per le cripto-attività finalizzati all'investimento finanziario, cosicché, come ha ritenuto la giurisprudenza di merito, deve escludersi che il consumatore abbia il diritto di recedere dai relativi contratti[58], fermo restando che, come si è precisato nel paragrafo precedente, tale diritto gli spetta invece qualora

[54] Art. 16-*bis*, paragrafo 3, periodo 2, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. La procedura di recesso da seguire è generalmente disciplinata dall'art. 16-*ter* della medesima proposta.

[55] Art. 16-*bis*, paragrafo 3, periodo 2, ultima frase, proposta di nuova direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

[56] V. *infra*, § 3.b.

[57] Sulla disciplina del recesso c.d. di pentimento o di ripensamento (*ius se poenitendi*) mi permetto di rinviare a Sirena, *I recessi unilaterali*, in *Tratt. del contratt*[2], dir. da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2023, pp. 127 ss. Nella letteratura più recente, v. inoltre Greco, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, pp. 161 ss.; Pilia, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, spec. pp. 299 ss.; Barca, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè, 2011; F.P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, pp. 1007 ss.; Bongiovanni, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, pp. 455 ss.; Pagliantini, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 275 ss.; Pignalosa, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, spec. pp. 143 ss.; Bacciardi, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019.

[58] Trib. Verona, 24 gennaio 2017, cit.

non abbia ricevuto le informazioni chiave almeno un giorno prima che sia vincolato dal contratto a distanza.

Se è vero che tali servizi non sono espressamente indicati nell'elencazione che è contenuta nella medesima disposizione legislativa, infatti, è altresì vero che essa ha un carattere dichiaratamente esemplificativo, cosicché non preclude che la deroga sia applicata a tipi di servizi finanziari che non vi sono menzionati. D'altro canto, vi sono ricompresi, al n. 3), i «valori mobiliari», ai quali (come ha ritenuto la giurisprudenza di merito, per quanto qui rileva) possono essere ricondotte appunto le cripto-attività acquistate con finalità di rendimento finanziario[59].

Un'esplicita conferma in tal senso si rinviene nella proposta della nuova disciplina europea della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, la quale ha appunto aggiunto nell'elencazione di cui si è detto le cripto-attività quali definite dalla proposta MiCAR.

Tale soluzione è condivisibile in sé ed è anche coerente con la disciplina del recesso che è dettata dall'art. 12 della proposta di regolamento MiCA[60]. Quest'ultima prevede infatti che, se si tratta di cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività e dai *token* di moneta elettronica, il consumatore (ovvero, secondo quanto si è detto[61], il *retail holder*) abbia il diritto di recedere gratuitamente dal contratto solo quando le acquisti «direttamente dall'emittente o dal fornitore di servizi per le cripto-attività che colloca cripto-attività per conto di tale emittente»[62], e sempre che esse non siano «ammesse alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività»[63].

L'informazione di tale diritto di recesso dev'essere data dagli emittenti di cripto-attività nel loro *white paper*[64]. Non è stato tuttavia stabilito nella proposta MiCAR quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione di tale dovere informativo: non sembra si possa analogicamente applicare quanto previsto dall'art. 67-*duodecies*, 3° comma, lett. *b)*, del codice del consumo, secondo il quale, quando il professionista non abbia tempestivamente fornito al consumatore l'informazione di cui si tratta, il termine entro il quale il consumatore può recedere dal contratto decorre dalla data in cui riceve tali informazioni.

[59] Ivi.

[60] Esso dovrà essere peraltro coordinato con quanto statuito dall'art. 32 TUF a proposito di promozione e collocamento a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari, nonché, se del caso, con quanto statuito dagli art. 30, 6°-8° comma, TUF a proposito dell'offerta fuori sede (per quanto qui rileva, v. Vitelli, *Investimenti fuori sede e diritto di ripensamento* ex *art. 30 TUF*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, pp. 525 ss.).

[61] V. *supra*, § 2.

[62] Art. 12, paragrafo 1, periodo 1, proposta MiCAR.

[63] Art. 12, paragrafo 4, proposta MiCAR.

[64] Art. 12, paragrafo 3, proposta MiCAR.

Secondo la proposta MiCAR, il recesso contrattuale dev'essere esercitato entro quattordici giorni, i quali decorrono «dalla data in cui il consumatore ha prestato il proprio consenso all'acquisto delle cripto-attività in oggetto»[65]; tuttavia, «se gli emittenti di cripto-attività hanno fissato un termine per la loro offerta al pubblico di tali cripto-attività [...], il diritto di recesso non può essere esercitato dopo la fine del periodo di sottoscrizione»[66].

Il recesso contrattuale di cui si tratta è gratuito e arbitrario[67]. A esso consegue l'obbligo del professionista di restituire i pagamenti ricevuti, secondo la disciplina appositamente prevista[68].

4. La tutela del consumatore che acquisti servizi per le cripto-attività finalizzati al godimento di un bene o di un servizio

4.1. Gli obblighi informativi del professionista

In quanto le cripto-attività svolgano concretamente la funzione di attribuire il godimento di un bene o di un servizio, il professionista che le emetta, le gestisca o le scambi a distanza con un consumatore deve adempiere gli obblighi informativi che sono analiticamente disciplinati dall'art. 49 del codice del consumo.

Le informazioni chiave devono essere allora fornite con le modalità prescritte dall'art. 51 del codice del consumo. Si dovrà altresì tener conto dell'applicazione dei nuovi artt. 135-*octies* e seguenti del codice del consumo[69], i quali, in attuazione della direttiva 2019/770/UE[70], disciplinano i contratti di fornitura di contenuto digitale, i quali non concernano servizi finanziari[71].

Contrariamente a quanto affermato in dottrina[72], non sembra sussistano ragioni convincenti, né tanto meno argomenti di carattere formale per escludere che siano applicabili ai servizi per le cripto-attività (finalizzati al

[65] Art. 12, paragrafo 1, periodo 2, proposta MiCAR.

[66] Art. 12, paragrafo 4, proposta MiCAR. La possibilità che l'offerta al pubblico di cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica sia limitata nel tempo è disciplinata dall'art. 9 della medesima proposta.

[67] Art. 12, paragrafo 1, periodo 2, proposta MiCAR.

[68] Art. 12, paragrafo 2, proposta MiCAR.

[69] A tale proposito, v. Pagliantini, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/Ue: riflessioni sugli artt. 135* octies-*135* vicies ter *c.cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1499 ss.

[70] Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

[71] Secondo quanto statuito dall'art. 135-*nonies*, 2° comma, lett. *e)*, cod. cons.

[72] V. *supra*, § 2.

godimento di un bene o di un servizio) le disposizioni dell'art. 51, 2º comma, del codice del consumo.

Ai sensi di tale disposizione, in particolare, si deve ritenere che il professionista debba qui garantire che «al momento di inoltrare l'ordine il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare». In particolare, «se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole «ordine con obbligo di pagare» o una formulazione corrispondente inequivocabile [*sic*] indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista»[73].

Secondo quanto è espressamente sancito dallo stesso art. 51, 2° comma, del codice del consumo, l'inosservanza di tali doveri da parte del professionista fa sì che il consumatore non sia vincolato dall'ordine.

4.2. (*Segue*) Il recesso contrattuale del consumatore

In quanto le cripto-attività svolgano concretamente la funzione di attribuire il godimento di un bene o di un servizio, il consumatore potrà recedere dal contratto stipulato a distanza, ai sensi degli artt. 52 e seguenti del codice del consumo.

Nella prassi contrattuale, è tuttavia diffusa la clausola secondo cui l'acquirente acconsente all'immediata fruizione del servizio contrattuale (ad es., ricezione di un *utility token* che dia accesso immediato a un bene o a un servizio) e dichiara di essere stato informato che perde contestualmente il diritto di recesso contrattuale.

Tale clausola contrattuale si ricollega alla previsione dell'art. 59, lett. *o)*, del codice del consumo[74], secondo il quale, tra le «eccezioni al diritto di recesso» per i contratti a distanza (e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali) è ricompresa «la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che avrebbe perso il diritto di regresso».

La clausola contrattuale di cui si è detto è senz'altro idonea a soddisfare i requisiti soggettivi di tale disposizione legislativa, ossia da un lato il consenso del consumatore affinché inizi l'esecuzione del contratto (vale a dire, la fornitura di contenuto digitale) e, dall'altro lato, la sua accettazione della contestuale perdita del diritto di regresso.

[73] Sul tema, v. Magri, *Obblighi informativi a favore del consumatore e* Internet of Things: *alcune osservazioni a margine del* dash button, *Europa e dir. priv.*, 2019, pp. 571 ss.

[74] Si tratta dell'art. 16, lett. *m)*, direttiva n. 2011/83/UE.

Rispetto al presupposto oggettivo della medesima disposizione, tuttavia, si deve premettere che, secondo la disciplina generale (art. 2697, 2° comma, c.c.) e anche secondo quella speciale della fornitura di contenuto digitale (art. 135-*sexiesdecies*, 1°-3° comma, cod. cons.), è il professionista contraente a dover provare che la fornitura sia stata eseguita, trattandosi di un fatto estintivo o impeditivo di un diritto fatto valere dal consumatore. La formulazione della clausola contrattuale qui considerata, invece, può tendere a esonerare il professionista contraente da tale onere probatorio: si tratterà allora di una confessione stragiudiziale da parte del consumatore (art. 2935, 1° comma, c.c.), la quale può essere revocata solo in caso di errore di fatto o violenza (art. 2732 c.c.)[75]. Il fatto sfavorevole al dichiarante (il consumatore) e favorevole alla controparte (il professionista) sarà allora costituito dall'avvenuta esecuzione della fornitura di contenuto digitale.

In quanto tale clausola determini dunque un'inversione o modificazione dell'onere della prova, aggravando così la posizione del consumatore, essa deve considerarsi generalmente abusiva (art. 33, 3° comma, lett. *t*), cod. cons.), e quindi nulla (art. 36 cod. cons.), a meno che non abbia costituito oggetto di trattativa individuale (art. 34, 4° comma, cod. cons.).

Nonostante l'apposizione di tale clausola al contratto, graverà pertanto sul professionista l'onere di provare che, ai sensi dell'art. 59, lett. *o)*, del codice del consumo, il contenuto digitale sia stato effettivamente fornito al consumatore che pretenda di esercitare il diritto di recesso contrattuale, fermo restando che, come si è già detto, risultano integrati i restanti presupposti di tale disposizione legislativa.

Anche nel caso in cui il diritto di recesso sia escluso ai sensi dell'art. 59, lett. *o)*, del codice del consumo, sarà applicabile quanto disposto dall'art. 12 della proposta MiCAR[76].

In caso di mancata fornitura del contenuto digitale, sarà comunque applicabile l'art. 135 *septiesdecies* cod. cons.

Pietro Sirena
Università Bocconi
Dipartimento di Studi giuridici «Angelo Sraffa»
Via Röntgen 1, 20136 Milano
pietro.sirena@unibocconi.it
Orcid: 0000-0003-0730-6670

[75] In generale, v. Patti, *Le prove*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2021, pp. 920 ss.

[76] V. *supra*, § 3.a.