

Mauro Tesaro

Applicazione ai servizi finanziari dell'art. 3, parr. 3-6, della «Direttiva sul commercio elettronico»: la comunicazione della Commissione del 14 maggio 2003

(articolo pubbl. anche nella rivista *Studium Iuris*)

SOMMARIO: 1. La «Direttiva sul commercio elettronico» e, in particolare, le previsioni di cui all'art. 3 della stessa (la c.d. clausola del “mercato interno”). – 2. La comunicazione della Commissione del 14 maggio 2003 concernente l'applicazione ai servizi finanziari dei parr. 3-6 dell'art. 3: osservazioni introduttive. – 3. Segue. I punti principali del documento.

1. – La Direttiva 2000/31/CE¹, recentemente recepita dal legislatore italiano con il d. legisl. 9 aprile 2003, n. 70, relativa – come recita la sua intitolazione – a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, è stata dettata al fine di garantire la libera circolazione di tali servizi negli Stati membri², attraverso il ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti gli stessi sotto i profili del mercato interno, dello stabilimento dei prestatori, delle comunicazioni commerciali, dei contratti per via elettronica, della responsabilità degli intermediari, dei codici di condotta, della composizione extragiudiziarie delle controversie, dei ricorsi giurisdizionali e della cooperazione tra gli Stati membri (v. art. 1, par. 2, della Direttiva).

L'art. 3 della Direttiva, in particolare, contempla la c.d. clausola del “mercato interno” (nota anche come clausola del “paese d'origine” o di “unicità del controllo”), secondo la quale ogni Stato membro ha l'obbligo di verificare, sulla base delle proprie disposizioni nazionali vigenti «nell'ambito regolamentato», la liceità dei servizi della società dell'informazione forniti dai prestatori stabiliti sul proprio territorio nazionale, e non può «limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro»³ (art. 3, par. 1-2). L'idea di fondo è dunque che deve farsi luogo ad un unico controllo in ordine alla liceità dei servizi, da parte del solo paese di stabilimento del fornitore del servizio, volendosi per questa via,

¹ Per un commento di carattere generale alla Direttiva, solitamente denominata, per motivi di brevità, «Direttiva sul commercio elettronico», v. DE NOVA-DELFINI, *La Direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *R. d. priv.* 2000, p. 693; v. anche LEOCANI, *La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa e dir. priv.* 2000, p. 617.

² Obiettivo che le istituzioni comunitarie perseguono allo scopo di contribuire al buon funzionamento del mercato, come è facilmente intuibile, e come si evince, del resto, dall'art. 1, par. 1, della Direttiva.

³ Cfr. DE NOVA-DELFINI, *op. cit.*, p. 697.

evidentemente, evitare l'intralcio allo sviluppo del mercato comune che potrebbe derivare dal proliferare di più controlli nazionali in relazione ad uno stesso servizio.

Il principio ora delineato, che era già presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia prima dell'emanazione della Direttiva in discorso, non è però – viste le previsioni di cui allo stesso art. 3 – di applicazione piena ed incondizionata⁴. Infatti, in primo luogo, vi sono determinati settori, elencati in allegato alla Direttiva, per i quali l'applicazione dello stesso è senz'altro esclusa (cfr. art. 3, par. 3) e vi è poi, in secondo luogo, una complessa procedura, regolata dai parr. 4-6 dell'art. 3, azionando la quale è consentito agli Stati membri, a determinate condizioni, di adottare provvedimenti derogatori rispetto appunto al summenzionato principio.

2. – La materia dello scambio *on line* di servizi finanziari è tanto importante sotto il profilo socio-economico⁵ quanto carente di adeguata regolamentazione, tenuto conto, in particolare, della dimensione sovranazionale del fenomeno, che richiederebbe, com'è facilmente comprensibile, una normativa di livello corrispondente⁶.

Anche a detto settore debbono ritenersi, comunque, applicabili le previsioni della Direttiva in discorso, come si può desumere dal suo Considerando n. 27⁷, e così debbono ritenersi, in particolare, per ciò che qui più interessa, quelle di cui all'art. 3 della stessa.

Taluni Stati membri hanno però manifestato «una certa preoccupazione in merito alla piena e totale applicazione della clausola detta del “mercato interno” nel settore dei servizi finanziari», concludendo che «in attesa di maggiore convergenza in determinati settori... essi dovrebbero poter continuare ad imporre... determinate loro norme ai servizi entranti forniti per via elettronica»⁸.

⁴ Cfr. LEOCANI, *op. cit.*, p.629, il quale ha sottolineato che «il principio del controllo alla fonte ... non ha l'ampia portata che a tutta prima si sarebbe spinti a riconnettergli», e SANTAROSSA, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contratto e impr./Europa* 2000, p. 852, il quale ha affermato che «la regola del controllo all'origine ... subisce alcune deroghe di non poco momento».

⁵ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *D. inf. e informatica* 2000, p. 453, il quale ha ricordato che «Uno dei settori di maggiore sviluppo dell'e-commerce è quello dei servizi finanziari».

⁶ In termini analoghi, si è espresso BESSONE, *E-economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di internet?*, in *D. inf. e informatica* 2002, p. 52.

⁷ Considerando nel quale si afferma che «La presente direttiva ... contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura di servizi finanziari in linea», anche se essa «non pregiudica future iniziative nel settore dei servizi finanziari». Giova inoltre ricordare come, sempre nel Considerando n. 27, si sottolinei che «La possibilità, che la presente direttiva conferisce agli Stati membri, di limitare in determinate circostanze la libertà di fornire servizi della società dell'informazione al fine di tutelare i consumatori comprende anche misure nel settore dei servizi finanziari, in particolare intese a tutelare gli investitori». Nel senso dell'applicabilità della Direttiva anche al settore dello scambio *on line* di servizi finanziari, v., in particolare, in dottrina, GRISI, *La prestazione on line di servizi e prodotti finanziari*, in *Europa e dir. priv.* 2001, p. 379.

⁸ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e alla Banca centrale europea*, del 14 maggio 2003 (di seguito: *comunicazione*), intitolata *L'applicazione ai servizi finanziari degli articoli da 3, paragrafo 4 a 3, paragrafo 6, della direttiva sul commercio*, reperibile in Internet al sito http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/pdf/2003/com2003_0259it01.pdf, p. 2.

La Commissione europea ha però contestato questa posizione, essendo chiara – come si diceva – l'applicabilità dei principi concernenti l'*home country control* anche alle forniture *on line* di servizi finanziari, comprese, oltre tutto, le ricordate previsioni che, sia pure a talune condizioni, consentono ad essi di derogare; e, considerata l'importanza della materia, ha ritenuto opportuno diramare un'apposita comunicazione⁹, datata 14 maggio 2003, dedicata a chiarire il funzionamento dei meccanismi di deroga di cui ai parr. 4-6 dell'art. 3 in relazione ai servizi finanziari, allo scopo di fornire un ausilio agli Stati membri che di questi meccanismi appunto intendano avvalersi.

Si tratta, peraltro, solo di una comunicazione, e cioè di un atto non vincolante¹⁰ (né per gli Stati membri né per la stessa Commissione, che potrebbe rivedere in futuro i propri orientamenti), anche se dotato di forte valore persuasivo, stante l'autorevolezza dell'organo emanante. Così che non è per nulla sicuro che i pronunciamenti della Corte di Giustizia citati dalla Commissione per sostenere le proprie considerazioni, concernenti materie tra le più varie, verranno poi ribaditi dalla giurisprudenza comunitaria che si svilupperà nel settore *de quo*¹¹.

3. – Tutto ciò premesso, pare ora possibile prendere in considerazione i punti fondamentali della comunicazione in discorso.

Innanzitutto, va sottolineato come essa sia stata formulata senza alcuna pretesa di sistematicità, bensì con l'obiettivo dichiarato di affrontare solo quei profili che sono parsi necessitare di «chiarimenti e assistenza»¹².

Per quanto riguarda, poi, in particolare, le possibili deroghe al principio dell'*home country control* di cui all'allegato della Direttiva (cfr. il par. 3 dell'art. 3), la Commissione si è limitata ad osservare come talune di esse, per esempio quelle concernenti la libertà delle parti di scegliere il diritto applicabile al contratto o le obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori, siano di carattere talmente generale da apparire astrattamente idonee a comprendere al loro interno anche la materia dei servizi finanziari¹³.

Più numerose sono invece le considerazioni che sono state dedicate alla procedura di cui ai parr. 4-6 dell'art. 3 (procedura il cui esame costituisce, come si diceva, l'oggetto precipuo della comunicazione), che varrà la pena, perciò, qui di seguito brevemente ricordare.

Gli Stati membri possono adottare provvedimenti derogatori rispetto al principio dell'*home country control*, in relazione ad un determinato servizio della società dell'informazione, purché

⁹ Citata nella nota precedente.

¹⁰ Cfr. *comunicazione, cit.*, p. 2.

¹¹ Cfr. *comunicazione, cit.*, p. 3.

¹² *Comunicazione, cit.*, p. 2.

¹³ Cfr. *comunicazione, cit.*, p. 3.

sussista una delle quattro ragioni considerate rilevanti dal legislatore comunitario a questo proposito (ordine pubblico, tutela della sanità pubblica, pubblica sicurezza, tutela dei consumatori), e purché il servizio in questione sia effettivamente lesivo o, quantomeno, costituisca un «rischio e serio e grave di pregiudizio» per dette ragioni, sempre che il provvedimento derogatorio risulti essere «proporzionato» (art. 3, par. 4, lett. a).

Preliminarmente, lo Stato che intende adottare il provvedimento derogatorio deve però avere chiesto allo Stato di stabilimento del prestatore di provvedere a risolvere il problema; quest'ultimo deve non avere provveduto, o avere provveduto in modo inadeguato; il primo deve allora avere notificato alla Commissione e allo Stato membro di stabilimento del prestatore la propria intenzione di adottare determinati provvedimenti (art. 3, par. 4, lett. b; v. anche il par. 5 dello stesso articolo, che consente di derogare alle condizioni da ultimo prese in considerazione «in caso di urgenza»); infine, la Commissione deve avere verificato la compatibilità con il diritto comunitario dei provvedimenti ad essa notificati (art. 3, par. 6). Sono, quelli appena elencati, i presupposti del provvedimento derogatorio che vengono solitamente raggruppati sotto l'etichetta di «condizioni relative alla notifica»¹⁴:

A proposito di tutto questo, la Commissione ha svolto le seguenti osservazioni.

La circostanza che il provvedimento derogatorio debba avere per oggetto un «determinato servizio della società dell'informazione» comporta l'impossibilità che il provvedimento medesimo sia di carattere generale (*rectius*: riguardi una intera categoria di servizi finanziari): esso dev'essere, invece, «individuale», e cioè relativo ad un «servizio finanziario specifico fornito da un determinato operatore»¹⁵.

L'elenco delle quattro ragioni, di cui all'art. 3, par. 4, lett. a, i, che possono fondare il provvedimento derogatorio, ha carattere «limitativo e tassativo»¹⁶, con la conseguente impossibilità che ragioni ulteriori, sia pure riconosciute di interesse generale dalla Corte di Giustizia, possano rilevare ai sensi della norma in parola.

Quanto, in particolare, alla ragione dell'ordine pubblico, pare estremamente difficile che un servizio finanziario possa essere ritenuto pregiudizievole per lo stesso, eccettuati casi-limite, quale quello del riciclaggio di denaro, attesa la tendenza della Corte di Giustizia ad intendere la nozione di ordine pubblico in senso estremamente restrittivo¹⁷.

Quanto, poi, alla ragione della «tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori», per intenderne la portata, occorre, tra l'altro, rifarsi alla nozione di consumatore propria del diritto

¹⁴ V. *comunicazione, cit.*, p. 7.

¹⁵ *Comunicazione, cit.*, p. 5.

¹⁶ *Comunicazione, cit.*, p. 5.

¹⁷ Cfr. *comunicazione, cit.*, pp. 5-6.

comunitario, ed espressa in ormai numerose direttive (tra cui anche la Direttiva sul commercio elettronico: art.2, lett. e), secondo la quale tali possono essere considerate solo le persone fisiche che agiscano per fini non professionali¹⁸.

Veniamo quindi a ciò che la Commissione ha osservato con riguardo alle condizioni relative alla notifica.

La Direttiva non prevede un termine preciso entro il quale lo Stato del prestatore che abbia ricevuto la notifica da parte dello Stato membro di destinazione del servizio deve provvedere. Si tratta di una lacuna che può essere colmata attraverso il ricorso alla previsione di cui all'art. 19, par. 3, della Direttiva stessa, secondo la quale «gli Stati membri forniscono *quanto prima*... l'assistenza e le informazioni richieste dagli altri Stati membri o dalla Commissione».

Anche se appare del tutto evidente già sulla base della lettura del testo della Direttiva, è bene sottolineare come l'obbligo di notifica non privi lo Stato membro destinatario del servizio della possibilità di azionare una procedura giudiziaria, eventualmente anche di carattere preliminare o consistente in un'indagine penale¹⁹.

Le conseguenze dell'assenza di notifica possono consistere, innanzitutto, nella proposizione, da parte della Commissione, di un ricorso per inadempimento nei confronti dello Stato, appunto, inadempiente. L'eventuale inosservanza delle disposizioni della Direttiva relative all'obbligo di notifica, trattandosi di disposizioni sufficientemente precise e incondizionate, può inoltre essere fatta valere dai privati dinanzi al giudice nazionale²⁰.

L'esame dei provvedimenti notificatili deve essere condotto dalla Commissione, ai sensi del par. 6 dell'art. 3, alla luce, oltre che delle ragioni, di cui al par. 4 dell'art. 3, sulle quali il provvedimento può essere fondato, anche dei criteri congruenti con questo genere di esame che possono essere tratti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²¹, e, perciò, tenendo anche conto del fatto che, secondo il giudice comunitario, i provvedimenti contrastanti con l'esercizio delle libertà fondamentali sancite nel Trattato debbono essere non discriminatori, giustificati da ragioni imperative di interesse pubblico, adeguati all'obiettivo perseguito e proporzionati allo stesso²².

Una discriminazione può consistere – secondo la Corte di Giustizia – tanto nell'«applicazione di norme diverse a situazioni analoghe» quanto nell'«applicazione della stessa norma a situazioni diverse», la sua eventuale presenza va valutata alla luce di circostanze

¹⁸ Cfr. *comunicazione, cit.*, p. 6.

¹⁹ Cfr. *comunicazione, cit.*, p. 7.

²⁰ V. *comunicazione, cit.*, p. 7. Sulla diretta applicabilità delle direttive contenenti disposizioni sufficientemente precise e incondizionate, anche se non ancora attuate, cfr. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2001, p. 106.

²¹ V. *comunicazione, cit.*, p. 8.

²² V. sent. 30 novembre 1995, *Gebhard*, causa C-55/94, Racc. pag. I-4165, citata in *comunicazione, cit.*, p. 8.

squisitamente oggettive e può ritenersi giustificata solo sulla base di uno dei motivi contemplati nell'art. 46 del Trattato (ordine pubblico, sicurezza pubblica, sanità pubblica)²³.

Sempre nel contesto delle valutazioni relative ad una eventuale discriminazione, la Commissione deve anche interrogarsi se sia eventualmente in presenza di una duplicazione: «La Commissione valuterà se i provvedimenti previsti costituiscano o meno un duplicato con, ad esempio, la tutela offerta nel paese d'origine e i controlli in esso effettuati»²⁴. In caso affermativo, l'obiettivo di interesse generale perseguito dal paese di destinazione potrà essere ritenuto già soddisfatto.

Per quanto riguarda, poi, le «ragioni imperative di interesse pubblico», non si può che richiamare quanto già rilevato a proposito della lettura dell'art. 3, par. 4, lett. *a, i*.

Ancora: l'adeguatezza del provvedimento all'obiettivo perseguito, stando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, deve essere valutata in modo estremamente penetrante, in particolare nell'ipotesi in cui detto obiettivo sia rappresentato dalla tutela dei consumatori, nel qual caso è necessario indagare se la finalità perseguita dallo Stato non sia invece la protezione del mercato nazionale²⁵. Inoltre, nel settore dei servizi bancari, parrebbe necessario spingersi ad esaminare anche «la natura dei servizi in questione e la necessità di protezione corrispondente»²⁶.

Nel prendere in considerazione la proporzionalità, la Commissione dovrà, infine, valutare se siano ipotizzabili provvedimenti meno restrittivi in grado comunque di soddisfare l'obiettivo di interesse generale invocato. A questo scopo, potrà essere particolarmente utile prendere in considerazione le norme vigenti negli altri Stati membri, anche se, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, può ritenersi che l'esistenza di un provvedimento meno restrittivo in un altro Stato membro, di per sé, debba essere considerata un mero indizio, e non una vera e propria prova, di una sproporzione²⁷. In ogni caso, la proporzionalità dovrà essere valutata in modo particolarmente rigoroso, atteso che la Corte di Giustizia, in una sentenza concernente proprio il commercio elettronico, ha ritenuto che «una restrizione è tanto meno ammissibile qualora ... il servizio sia fornito ... senza che il prestatore debba recarsi sul territorio dello Stato membro ove la prestazione è fornita»²⁸.

La Commissione, poi, qualora, sulla base di tutti i criteri testé elencati, giudichi il provvedimento esaminato incompatibile con il diritto comunitario, potrà chiedere allo Stato

²³ Sent. 27 giugno 1996, *Asscher*, causa C-107/94, Racc. pag. I-3089, citata in *comunicazione, cit.*, p. 8.

²⁴ *Comunicazione, cit.*, p. 8.

²⁵ V. *comunicazione, cit.*, p. 10.

²⁶ *Comunicazione, cit.*, p. 10.

²⁷ V. *comunicazione, cit.*, p. 12.

²⁸ Sent. 25 luglio 1991, *Säger*, causa C-76/90, Racc. pag. I-4221, citata in *comunicazione, cit.*, p. 12, dove si sottolinea però anche come si debba essere prudenti nell'utilizzazione dei principi espressi in detta sentenza, vista la particolarità del caso da essa risolto.

membro interessato di astenersi dall'adottarlo o – qualora sia già stato emanato – di revocarlo con urgenza (v. art. 3, par. 6). In caso contrario, invece, com'è evidente, lo Stato in questione potrà adottare o – a seconda dei casi – mantenere, detto provvedimento.

Rimane solo da rilevare, in conclusione, come la posizione che venga assunta dalla Commissione all'esito delle verifiche prima considerate non può ritenersi pregiudicare in alcun modo una eventuale successiva decisione, in relazione allo stesso provvedimento, da parte della Corte di Giustizia²⁹.

Mauro Tesaro

²⁹ V. *comunicazione, cit.*, p. 13.