

CIRCOLARE n. 5/2005

RISERVATA AI CLIENTI E AI CORRISPONDENTI DELLO
STUDIO GHIDINI, GIRINO & ASSOCIATI

www.ghidini-associati.it

(N.B. La presente circolare è meramente informativa e non costituisce parere)

COMMERCIALIZZAZIONE A DISTANZA DI SERVIZI FINANZIARI

Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n. 190 “Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”, (Gazzetta Ufficiale n. 221 del 22 settembre 2005).

1. Oggetto e entrata in vigore

Publicato in G.U. il D. Lgs. n. 190/05 che recepisce in Italia la Direttiva 2002/65/CE, con un ritardo di un anno rispetto alla scadenza del 9 ottobre 2004. La normativa entrerà infatti in vigore dal giorno **8 ottobre 2005**.

2. Ambito di applicazione

Il Decreto introduce una disciplina comune per i **contratti a distanza** di commercializzazione di **servizi finanziari**, che vedano come controparte il consumatore, nell’ormai acquisito significato di persona fisica che stipuli per finalità extraprofessionali.

Il **contratto a distanza** è quello stipulato fra il fornitore del servizio e il consumatore nell’ambito di un sistema per il quale il fornitore impieghi, in via esclusiva, un metodo di comunicazione tale da non comportare la simultanea compresenza fisica. Rientrano nella nozione, oltre alle moderne tecniche di negoziazione via Internet (*banking on line* e *trading on line*), qualsivoglia analogo metodo di interazione remota, quale la vendita telefonica o la tradizionale vendita per corrispondenza.

La nozione convenzionale di **servizio finanziario** è quanto mai ampia, abbracciando **qualsiasi** servizio di natura **bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale**. Segno evidente, fra l’altro, della presa d’atto legislativa dell’inarrestabile fenomeno di finanziarizzazione dei prodotti di taglio assicurativo-previdenziale. Il raggio di regolamentazione si estende dunque alla più ampia gamma di servizi aventi attinenza al trasferimento, al prestito e all’impiego di denaro.

La normativa si applica:

- a qualunque tipologia di contratto, ivi compresi i contratti quadro destinati a regolamentare una serie di operazioni successive. In tal caso però la disciplina si applica solo al contratto quadro e non alle singole operazioni (salvo che le medesime abbiano luogo a distanza di oltre un anno l’una dall’altra);

- anche nei confronti di fornitori stabiliti in uno Stato dell'UE che non abbia ancora recepito la summenzionata direttiva ed in cui non siano vigenti obblighi corrispondenti a quelli previsti nella stessa.

3. Rapporti con discipline preesistenti

La nuova disciplina non sostituisce gli, ma si aggiunge agli, obblighi scaturenti da normative anteriori (tipicamente quelle contemplate dal TUF, dal TUB e, dal gennaio prossimo, dal Codice delle Assicurazioni). Eventuali deroghe debbono essere esplicitamente previste nel decreto. Tale prescrizione, peraltro non fedelmente osservata dagli stessi redattori, è idonea a determinare non pochi problemi di coordinamento fra i diversi corpi normativi.

Così, ad esempio, per i servizi di investimento e bancari, non è chiaro se la stipulazione a distanza possa aver luogo anche senza il ricorso alla firma digitale. L'interpretazione è negativa, ma il testo normativo è silente sul punto. Così come l'informativa da rendere ai clienti ai clienti tende in larga misura a sovrapporsi a quella già esistente. Problematica è la determinazione del termine di recesso che non solo si amplia rispetto ai termini dettati in ambito bancario e finanziario, ma comporta un diverso regime di sospensione dell'efficacia del contratto. (v. *infra* § 5)

4. Obblighi informativi

La disciplina regola le fasi dell'offerta, della negoziazione e della conclusione del contratto tra il fornitore e il consumatore.

A carico del primo vengono posti precisi obblighi di informativa preventiva (artt. 3), ossia da fornire nella "*fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta*", da assolvere "*con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata*". L'informativa deve, in particolare, aver riguardo:

- (a) al fornitore del servizio (identità e indirizzo del fornitore, del suo rappresentante italiano, dei terzi di cui si avvalga, eventuali estremi di registrazione e/o autorizzazione);
- (b) al servizio finanziario offerto (caratteristiche, prezzo – comprensivo di eventuali imposte, eventuali elementi esogeni – ad es. prezzi di mercato non controllati dal fornitore – che possano costituire fattore di rischio, warning sulla non indicatività dei rendimenti pregressi, eventuali costi aggiuntivi ovvero non versati tramite il fornitore, limite temporale di validità dell'informazione, modalità di pagamento, caratteristiche essenziali del sistema di sicurezza di pagamento, eventuali collegamenti o connessioni ad altri servizi ed effetti complessivi della combinazione);
- (c) al contratto a distanza (esistenza o meno di diritto di recesso iniziale – c.d. diritto di pentimento – o in corso di rapporto, con specifica delle modalità di esercizio, eventuale durata minima del contratto, legge applicabile, foro competente, lingua negoziale);
- (d) al c.d. "ricorso" (ossia eventuali procedure extragiudiziali di reclamo e ricorso e l'esistenza di fondi di garanzia o dispositivi di indennizzo).

Nel caso di servizi offerti via telefono, parte delle informazioni sopra indicate non debbono essere rese, ma va comunicato al consumatore che le medesime sono disponibili su richiesta.

Alle informazioni di cui sopra ai punti a), b), c) e d) si devono aggiungere le informazioni - più rigorose - eventualmente previste dalla normativa settoriale concernente l'offerta di un particolare servizio o prodotto.

L'art. 9 prevede poi l'introduzione di ulteriori disposizioni nazionali, su impulso delle autorità di vigilanza dei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare, concernenti requisiti di informazione preliminare aggiuntivi.

Le informazioni preliminari di cui sopra, unitamente a tutte condizioni contrattuali, devono essere rese disponibili al consumatore, su supporto cartaceo o altrimenti durevole, prima della conclusione del contratto o, se ciò non è tecnicamente possibile, subito dopo la conclusione stessa. La locuzione impiegata ("subito dopo") non è fra le più felici in termini di certezza della *deadline* esecutiva.

La scelta di negoziare a distanza non è irreversibile: il consumatore ha il diritto di ricevere in qualsiasi momento le condizioni contrattuali su supporto cartaceo nonché di cambiare la tecnica di comunicazione a distanza utilizzata (salvo incompatibilità con il contratto concluso o con la natura del servizio finanziario prestato: un'attività di trading on line, ad esempio, cesserebbe di essere tale se non espletata via Internet).

5. Diritto di recesso iniziale (diritto di pentimento)

Il c.d. diritto di pentimento, il diritto cioè di recedere dal contratto in un dato arco temporale successivo alla stipulazione, costituiva da tempo una realtà acquisita nella negoziazione fuori sede. Il decreto 190/2005 introduce alcune significative innovazioni:

- a) il termine di recesso è di **14 (anziché di 7) giorni**, che divengono **30** nel caso di vendita di prodotti **assicurativi o previdenziali**;
- b) il termine decorre dalla **data di stipulazione** o, se successiva, dalla **data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari sopra menzionate**;
- c) il diritto di recesso non opera per quei servizi finanziari (gestione esclusa) il cui prezzo dipenda da **fluttuazioni di mercato incontrollabili** dal fornitore.

A quest'ultimo riguardo, l'art. 11 elenca una serie di servizi quali le operazioni in cambi, gli strumenti del monetario, i valori mobiliari (nozione peraltro ormai scomparsa dal nostro ordinamento giuridico e come tale foriera di fuorvianti interpretazioni), quote di OIC, futures forward rate agreement, swap, opzioni (dimenticando con ciò i derivati complessi previsti dal TUF e lasciando con ciò aperto il dubbio circa la loro assoggettabilità alla disciplina), assicurazioni viaggio, bagagli e RC veicoli e natanti, contratti già interamente eseguiti su richiesta del consumatore, "dichiarazioni dei consumatori rilasciate ad un pubblico ufficiale" (concetto alquanto oscuro, posto che una dichiarazione non è di per sé un contratto e tanto meno un servizio finanziario e non si vede come, in un servizio reso a distanza, il consumatore possa rilasciare dichiarazioni ad un pubblico ufficiale).

Al fine di consentire l'esercizio del diritto di recesso, l'efficacia del contratto è sospesa per tutta la durata del periodo di esercizio (principio già correttamente introdotto dalla normativa settoriale preesistente). Il consumatore, però, può richiedere per iscritto che la prestazione sia eseguita in pendenza del termine. Nondimeno il diritto di recesso permane e, se esercitato, obbliga il fornitore e il consumatore alla restituzione entro 15 giorni di quanto ricevuto (indennizzi assicurativi esclusi). Ma, tranne che per i finanziamenti immobiliari, l'efficacia del recesso non è subordinata alla restituzione. E' agevole immaginare a quali abusi la norma ben possa prestarsi (nel caso di un finanziamento ordinario, ad esempio, il consumatore potrebbe chiedere l'esecuzione in pendenza del termine, ricevere il controvalore del finanziamento, recedere e quindi restituire anche oltre il termine sopra indicato, soggiacendo solo all'interesse legale e non già a quello del contratto. L'antidoto contrattuale va attentamente predisposto, posto che il rischio di nullità è elevatissimo).

In caso di esecuzione in pendenza del termine di recesso, il fornitore può esigere solo un importo “proporzionale al servizio prestato” e non “tale da poter costituire una penale”. Espressioni assolutamente generiche e ambigue, anch’esse meritevoli di definizione nei testi contrattuali con le dovute cautele connesse al minimo margine di manovra concesso dalla disciplina.

6. Pagamento dei servizi

Contorta, mal formulata e gravida di ambiguità la disciplina in tema di pagamenti a distanza. In caso di pagamenti non autorizzati o in eccesso, l’emittente deve riaccreditarne l’importo al consumatore, potendolo riaddebitare al fornitore. L’onere probatorio è in capo all’emittente e l’uso dello strumento di pagamento non esprime di per sé autorizzazione. E’ presumibile che la materia dei meccanismi probatori e delle condizioni di uso delle carte debba ripensarsi alla luce di una consimile disposizione.

7. Servizi e comunicazioni non richiesti

E’ espressamente vietata la fornitura di servizi finanziari onerosi per il consumatore senza la previa richiesta di quest’ultimo, il quale, in ogni caso, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. La mancata risposta da parte del consumatore non può mai significare consenso.

Sono egualmente vietate, senza il previo consenso dell’investitore, metodi di chiamata mediante dispositivo automatico (quali, ad es., i “dialers”) e il telefax: l’intento è di combattere per questa via la piaga dello spamming commerciale.

8. Inversione dell’onere probatorio

Nel contenzioso con il consumatore grava interamente sul fornitore l’onere di provare:

- a) l’adempimento agli obblighi di informazione del consumatore;
- b) la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto;
- c) l’esecuzione del contratto;
- d) la responsabilità per l’inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto.

Norma altamente discutibile nella sua ultima previsione (lettera d) che sembrerebbe fra gravare sulla parte fornitrice anche l’onere di provare la responsabilità per inadempimento del consumatore. Difficile e delicata l’opera di riequilibrio per via negoziale, posto che le clausole di modifica scontano ex lege la presunzione di vessatorietà. Le clausole di alterazione dei diritti del consumatore rischiano invece la sanzione di nullità.

9. Sanzioni

Pesantissimo il quadro sanzionatorio.

Sempre che il fatto non costituisca reato, la violazione della normativa (di qualsiasi disposizione della normativa), l’ostacolo all’esercizio del recesso (la nozione di ostacolo non è definita ma sicuramente vi rientra la clausola che ecceda i, ristrettissimi, limiti di manovra consentiti) o il mancato rimborso delle somme (in un’interpretazione rigorosa la fattispecie potrebbe concretarsi anche in caso di ritardo rispetto al termine quindicinale di legge) comportano:

- la sanzione amministrativa da 5.000 a 50.000 euro;

- la sanzione amministrativa da 10.000 a 100.000 euro per violazioni particolarmente gravi o reiterate;
- la nullità del contratto (solo per i casi di ostacolo al recesso o rimborso mancato).

La nullità è relativa, ossia azionabile solo dal cliente, ma inspiegabilmente – e con il serio rischio di tornare a danno dello stesso consumatore - essa può rilevarsi anche d'ufficio.

L'iniziativa per l'accertamento giudiziale o amministrativo delle violazioni è accordata anche alle associazioni consumeristiche.

Milano, 29 settembre 2005

STUDIO GHIDINI, GIRINO E ASSOCIATI

Via S. Sofia 12 - 20122 Milano (Italia)

Tel. 0258300433 Fax 0258301508

e-mail: girino@ghidini-associati.it

URL: www.ghidini-associati.it/partners_it.html