

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: cosa cambia nella normativa italiana.

Fabio Coco

Febbraio 2003

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1.1 INTRODUZIONE ALLA DIRETTIVA 2002/65	2
1.2 LA DIRETTIVA 2002/65	4
1.3 LA “VENDITA” A DISTANZA DEI SERVIZI FINANZIARI: UN ERRORE O UNA PIGNOLERIA LINGUISTICA?	8
1.4 UNA DISCIPLINA UNIFICATA	9
1.5 GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE	11
1.6 IL DIRITTO DI RECESSO	13
1.7 PAGAMENTO DEL SERVIZIO FORNITO PRIMA DEL RECESSO	15
1.8 PAGAMENTO CON CARTE DI PAGAMENTO	16
1.9 SERVIZI E COMUNICAZIONI «NON RICHIESTI»	17
1.10 L’ONERE DELLA PROVA	18
2.1 RICORSO GIUDIZIALE E RICORSO EXTRAGIUDIZIALE	18
2.1 LE ALTRE INNOVAZIONI DELLA DIRETTIVA E CONCLUSIONI	19

1.1 introduzione alla direttiva 2002/65

Nel Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo del 2000 è stata fissata la scadenza del 2005 per la realizzazione di un mercato europeo integrato di servizi finanziari, per agevolare l’accesso ai capitali d’investimento e rendere competitiva l’economia europea.¹

Per conseguire tale obiettivo, è essenziale instaurare un contesto favorevole allo sviluppo del commercio elettronico² nella Comunità. La direttiva sul commercio elettronico³ si pone proprio come obiettivo primario quello di assicurare la libera prestazione dei servizi *on-line* nell’insieme della Comunità. La direttiva 2000/31 include nel suo ambito di applicazione anche la materia dei servizi finanziari: “la presente direttiva, unitamente alla futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita (*rectius*: commercializzazione) a distanza di servizi finanziari ai consumatori,

¹ In particolare è stata ribadita la necessità che venga attuato in via prioritaria il piano d’azione per i servizi finanziari (c.d. PASF) onde giungere in tempi rapidi alla creazione di un mercato europeo dei valori mobiliari dinamico ed efficiente.

² Vedi direttiva 2000/31/CE.

³ Di cui la comunicazione si occupa nei suoi aspetti generali e nelle sue ripercussioni particolari in materia di servizi finanziari.

contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura di servizi finanziari in linea”⁴.

La direttiva si fonda sulla "clausola del mercato interno", che conferisce ai prestatori di servizi *on line* il diritto di operare in tutta l'Unione attenendosi alle norme dello Stato membro nel quale sono stabiliti.⁵ La direttiva prevede anche però una serie di deroghe alla clausola e istituisce per il commercio elettronico transfrontaliero un regime diverso da quello valido per altri tipi di vendita a distanza.⁶

Nel 2001 la Commissione Europea aveva espresso alcune linee di azione necessarie allo sviluppo della prestazione transfrontaliera dei servizi finanziari:⁷

1. *un programma per promuovere la convergenza delle regole contrattuali e non*, la coerenza infatti di un quadro normativo per i servizi finanziari risulta necessaria a garantire una maggiore convergenza delle norme che tutelano i consumatori e gli investitori;

2. *misure mirate per favorire la fiducia dei consumatori nei sistemi di risoluzione delle controversie transfrontaliere e nei pagamenti su internet*, tali misure rispondono a due esigenze generali. In primo luogo, la possibilità di poter accedere a strumenti di risoluzione delle controversie rapidi ed efficaci in caso di problemi. In secondo luogo, la necessità di risolvere una serie di problemi legati in modo specifico all'utilizzo delle nuove tecnologie, in particolare la sicurezza e l'affidabilità dei pagamenti via Internet. In particolare per ciò che riguarda la risoluzione delle controversie transfrontaliere, la Commissione sostiene che i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie potrebbero costituire un modo efficace di rispondere a tale esigenza, fermo restando che tali sistemi non devono pregiudicare la possibilità di presentare ricorso ad un organo giurisdizionale. Per quanto riguarda i servizi finanziari, recentemente è stata lanciata **FIN-NET** (FINancial Services complaints NETwork) una rete

⁴ Vedi considerando 27, direttiva 2000/31/CE.

⁵ Vedi art. 3, direttiva 2000/31/CE e Comunicazione della Commissione 2000/66 dove si legge: « I servizi offerti su un sito *web* sono automaticamente e simultaneamente accessibili in tutti gli Stati membri; obbligare quindi chi presta un servizio finanziario a rispettare quindici normative diverse sarebbe ingiustificabilmente gravoso»

⁶ Vedi allegato dove si escludono dall'applicazione della clausola del mercato interno «le obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori».

⁷ Vedi Comunicazione della Commissione 2001/66.

specifica per la risoluzione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere in materia di servizi finanziari. Essa collega i sistemi nazionali competenti per la risoluzione alternativa delle controversie in materia di servizi finanziari, coordinandoli in una rete comunitaria.⁸

3. *una più stretta cooperazione tra le autorità di vigilanza*; la autorità del paese ospitante devono affidarsi in misura sempre maggiore alla autorità del paese in cui ha sede il prestatore dei servizi; questa cooperazione va sostenuta da un sistema globale di protocolli d'intesa tra le autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione, sia in via bilaterale che attraverso comitati comunitari già esistenti.⁹ I cambiamenti che si stanno verificando a causa del commercio elettronico richiedono un controllo capillare e un adattamento degli accordi vigenti così da garantire che questi rispondano nel modo più adeguato alla sfida di un'integrazione sempre più stretta dei mercati finanziari. La relazione intermedia del gruppo Lamfalussy¹⁰ ha proposto di modificare dal punto di vista istituzionale le procedure di definizione ed applicazione delle regole per assicurare che esse rimangano al passo con la rapida evoluzione del mercato.

La comunicazione viene conclusa dalla sollecitazione della Commissione a «mettere in atto rapidamente le misure prospettate [...] se si vuole realizzare un mercato europeo integrato dei servizi finanziari entro la scadenza del 2005 fissata dal Consiglio europeo di Lisbona».

1.2 la direttiva 2002/65

La direttiva sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori ha cercato di dare a avvio e realizzare quelle proposte e iniziative più volte emerse in sede comunitaria per la creazione di un mercato europeo integrato di servizi finanziari.

⁸ FIN-NET si avvale quindi di tradizioni consolidate e basate sulla ricca esperienza nazionale per la risoluzione extragiudiziale delle controversie. Il consumatore può ottenere riparazione con modalità flessibili, particolarmente attraverso gli organismi nazionali di ricorso. Il funzionamento pratico della rete è regolato da un Protocollo d'intesa volontario tra i sistemi partecipanti. Il protocollo stabilisce i principi fondamentali della collaborazione e il quadro procedurale.

⁹ Ad es. il Gruppo di contatto, il FESCO, la Conferenza delle Autorità di vigilanza sulle assicurazioni e i comitati cui questi fanno capo: il Comitato consultivo bancario, il Comitato delle autorità di vigilanza dei mercati dei valori mobiliari e il Comitato delle assicurazioni.

¹⁰ Il 17 luglio 2000, il Consiglio ECOFIN ha nominato un Comitato di saggi, presieduto dal barone Alexandre Lamfalussy, con il compito di analizzare l'evoluzione dei mercati finanziari nell'Unione europea.

La proposta di direttiva è datata ottobre 1998, la sua emanazione avviene ben quattro anni dopo. Il percorso che ha condotto alla sua adozione non è stato certamente facile. Il motivo fondamentale della contesa tra Consiglio e Commissione è stato un principio da subito affermato nella prima stesura della proposta: la commissione ha adottato, infatti un approccio innovativo rispetto al tradizionale assetto basato sull'armonizzazione minima; nell'ambito della realizzazione degli obiettivi del mercato interno, (art. 95 Trattato Ce) e di un elevato livello di protezione dei consumatori, (art. 153 Trattato Ce), la Commissione ha deciso per un livello di armonizzazione di regole comuni, che non consentisse peraltro l'emanazione, o il mantenimento, di regole alternative da parte degli Stati membri (c.d. **armonizzazione massima**).

Nei considerando ottavo e nono, troviamo infatti¹¹:

«se gli Stati membri adottassero disposizioni divergenti o diverse di protezione dei consumatori in materia di vendita a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, ciò avrebbe un'incidenza negativa sul funzionamento del mercato interno e sulla concorrenza fra le imprese in esso attive; è quindi necessario introdurre regole comuni a livello comunitario in tale ambito, senza pregiudicare la protezione generale del consumatore negli Stati membri» (ottavo considerando);

«visto il livello elevato di protezione dei consumatori assicurato dalla presente direttiva, per assicurare la libera circolazione dei servizi finanziari, gli Stati membri non possono prevedere disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva per quanto concerne gli ambiti da essa armonizzati» (nono considerando).

Un'osservazione prima di proseguire: nei "considerando" di ogni direttiva comunitaria sono presenti gli obiettivi di politica economica perseguiti dalla Comunità. Per questa ragione, i "considerando" non possono essere ignorati, bensì, al fine di garantire un'interpretazione quanto più possibile conforme alle "*intenzioni del legislatore*", devono essere presi in considerazione; anche per il ruolo di notevole importanza che assumono nelle occasioni di conflitto sulle norme comunitarie portate davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e le cui decisioni sono coerenti con una lettura economico-fattuale della fattispecie. Pur essendo estranei alla nostra tradizione legislativa,

¹¹ Nella direttiva 2002/65, vedi considerando n. 12 e 13.

progressivamente, vi si stanno radicando, come è facile constatare leggendo gli atti delle autorità che hanno più diretto contatto con il governo dell'economia, le c.d. autorità amministrative indipendenti.¹²

La scelta (di c.d. armonizzazione massima) operata nella versione originaria della proposta appariva innovativa non solo rispetto alla linea seguita in via generale da una serie di direttive volte a disciplinare la fornitura di beni o la prestazione di servizi ai consumatori, ma anche in particolare rispetto a quella seguita dalla direttiva concernente la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Tale direttiva, che disciplina in via generale la vendita a distanza di beni e servizi nei confronti dei consumatori, con espressa esclusione peraltro (giòva ricordare) dei servizi finanziari (art. 3, co. 1), afferma invece il principio dell'armonizzazione minima (art. 14).

Su tale scelta appare critica parte della dottrina¹³, sostenendo che un'armonizzazione a livello massimo, finisce per assestarsi ad una soglia modesta, perché gli operatori soffrono costrizioni e limitazioni. La stessa dottrina osserva che per quanto appaia opportuna un'armonizzazione minima con spazi opzionali affidati ai singoli Stati membri, la eccessiva diversificazione che ne deriva, presuppone un consumatore avvertito – dal punto di vista linguistico e tecnico – da saper apprezzare le differenze e profittare dei vantaggi. Ciò che viene proposta, quindi è una soluzione equilibrata, per così dire intermedia, articolata in due obiettivi:

- raggiungere l'armonizzazione massima nella dimensione giuridica, quanto alla terminologia, ai concetti, agli strumenti giuridici (obiettivo, questo, perseguito dalle iniziative in corso per la redazione di un «codice europeo di diritto privato», comprensivo anche della disciplina dei servizi, inclusi quelli finanziario¹⁴);

¹² Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 2001, p. 690. A tal proposito un esempio per tutti: vedi delibera su Smallexchange (delibera Consob n. 12698, del 4 agosto 2000). Si può avvertire inoltre la non colmata (e forse incolmabile) diversità fra formulazione legislativa continentale (proposizioni generali ed astratte cui seguono corollari ed eccezioni) e metodo inglese basato sulla analitica previsione delle fattispecie e la rigida predeterminazione dei termini utilizzati, si da ridurre al massimo la discrezionalità dell'interprete. I "considerando" svolgono dunque anche questa funzione di mediazione tra *civil law* e *common law*, agevolando la trasposizione in quest'ultimo ordinamento, ma ponendo speculari difficoltà nel primo.

¹³ Cfr. ALPA G., *Commercio elettronico e protezione del consumatore*, in *Mondo bancario*, novembre-dicembre, 2000, p. 9.

¹⁴ Vedi HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, JOUSTRA, *Towards a European Civil Code*, 2nd rev. and exp. ed., du Perron ed., Nijmegen, The Hague, Londra, Boston, 1998.

- mantenere un trattamento differenziato per le forme di protezione migliorative rispetto alla soglia minima quanto ai rimedi e alle garanzie, e un trattamento differenziato, dettato dalle esigenze del mercato, quanto ai contenuti economici riguardanti il prezzo, i rischi, i vantaggi, etc.

Fondamentalmente la versione originaria è stata mantenuta, con qualche deroga concessa agli Stati membri.

1.3 la “vendita” a distanza dei servizi finanziari: un errore o una pignoleria linguistica?

La prima vera differenza tra proposta e versione finale della direttiva, infatti sta proprio nel titolo. Il primo impatto che ha suscitato la proposta su un lettore, neanche attento, è l'improprietà linguistica del titolo ove si leggeva de «la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori». La prestazione di servizi finanziari, infatti può essere fatta rientrare in diversi schemi giuridici, ma non certamente in quello della vendita, che presuppone, nella sua tipologia, il trasferimento della proprietà o di altro diritto.

I «servizi finanziari» – nella loro vasta configurazione – non vengono in alcun modo «trasferiti», vengono semplicemente prestati, come avviene, d'altronde per tutti i servizi. E nemmeno possono configurarsi in una forma mista, come avviene quando un *facere* si associa a un *dare*¹⁵.

Taluni hanno ipotizzato la configurabilità della «vendita» di un diritto (ex art. 1470 c.c.), ma non è possibile, perché innanzitutto, la prestazione non è un «diritto» (si ha diritto *alla* prestazione), e poi perché, nel caso dei servizi finanziari, i diritti in capo al fruitore sorgono *a seguito* della prestazione.

Altri ancora hanno pensato di essere di fronte alla circolazione di modelli giuridici, agevolata da una letterale traduzione di terminologie straniere. Ma non esiste riscontro della tesi: il testo inglese parla di «*distance marketing of financial services*», quello tedesco di «*Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*», quello spagnolo di «*comercialización a distancia de servicios financieros*».

Autorevole dottrina afferma che si è trattato di una «evidente sciatteria del servizio traduzioni della Comunità», e questa tesi è peraltro confermata dalla semplice lettura del testo che parla ripetutamente di «commercializzazione a distanza»¹⁶, anche se poi torna a parlare di «vendita a distanza»¹⁷.

¹⁵ Caso tipico è quello del ristorante, dove insieme al servizio del coperto e della cucina vi è anche la dazione di cibi e bevande che vengono fatti propri dal contraente. Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 2001, p. 688. L'autore precisa: «Non si può vendere un servizio finanziario più di quanto non si possa vendere la prestazione del parrucchiere, o la consulenza del medico, il trasporto su una nave, la locazione di una casa, il deposito in un magazzino e via discorrendo».

¹⁶ Vedi i considerando 2,5,7, proposta modificata 382/99.

¹⁷ Vedi art. 1, lett. a), proposta modificata 382/99.

A questo punto occorre domandarsi se abbia senso affrontare tale preliminare questione terminologica¹⁸. Riteniamo di sì, perché:

- il diritto si regge, sostanzialmente, su convenzioni linguistiche infrangendo le quali, senza adeguate ragioni, si crea soltanto incertezza e confusione;

- gli errori di traduzione, purtroppo non sono ignorati dalla dottrina, ma anzi danno la stura ad interminabili elucubrazioni le quali, cercano di raddrizzare gli strafalcioni del legislatore anziché ricorrere ad un semplice *errata corrige* sulla Gazzetta Ufficiale;¹⁹

- l'operazione di traduzione, come la dottrina comparatistica ha mostrato, è il motore che dà forza alla circolazione di concetti e modelli, ma richiede competenza e grande attenzione. In questo senso non possono considerarsi "importazioni" consapevoli e quindi legittime, quelle fondate sull'errore o, peggio ancora, sull'ignoranza. Vari gli esempi al riguardo: "transazioni" per operazioni economiche; le clausole "abusive" anziché vessatorie; "professionisti" per imprese. Questo fenomeno denota, oltretutto, un vero e proprio impoverimento linguistico e l'incapacità di soffermarsi un attimo per cercare di trovare l'equivalente in un vocabolario sicuramente ricco come quello della lingua italiana.²⁰

In conclusione, c'è da considerare che fortunatamente è stata apportata alla direttiva 2002/65 nella sua ultima versione, quella semplice correzione (*dele* «vendita», *adde* «commercializzazione») (meglio ancora sarebbe stato «prestazione») che ha evitato infiniti equivoci e discussioni.

1.4 Una disciplina unificata

Sul piano generale, va anzitutto rilevato che la direttiva unifica le discipline speciali della "commercializzazione a distanza" che – come abbiamo detto – sono da noi distinte.

¹⁸ D'altronde coerentemente con il metodo inizialmente prospettato. Vedi nota 12.

¹⁹ A tal riguardo ricordiamo la vicenda del "malgrado la buona fede" (art. 1469 bis c.c.) traduzione manifestamente errata di «*en dépit de l'exigence de bonne foi*», ovvero di «*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*».

²⁰ «Si constata qui un significativo iato fra dottrina giuridica – ampia, sapiente ma spesso auto-referenziale – e ceto politico-burocratico, al quale è attribuita o viene demandata l'attività di legiferazione e che parlano spesso due lingue (giuridiche) diverse». Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 2001, p. 689.

Sia i servizi bancari, sia i servizi di investimento – e senza l’eccezione del collocamento dei prodotti bancari e assicurativi²¹ – sono assoggettati alla medesima disciplina.

L’**art. 2** lett. b) della direttiva definisce il «servizio finanziario» come «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento».

Gli articoli 30, co. 9, (in relazione all’art. 30, co. 6) e 32, co. 2 del TUF devono essere pertanto modificati, nel senso che l’esonero della disciplina della protezione del consumatore nei contratti a distanza, ivi previsto per i prodotti finanziari delle banche e delle assicurazioni, non può essere mantenuto²².

Di conseguenza, va cassato il secondo comma dell’art. 72 del regolamento Consob n. 11522.

Analizzando la definizione di servizio finanziario, sarà poi necessario accertarsi in quali termini ed entro quali limiti si deve (o può) parlare di servizio assicurativo.

Se utilizziamo come criterio quello per cui tutti gli oggetti esclusi dalla direttiva 7/97 sono ricompresi nella direttiva in parola, allora, dovremo considerare quelli presenti nelle fonti di esclusione dei servizi assicurativi, indicate come tali dalla stessa direttiva 7/97, ossia le operazioni «di cui all’art. 1 della direttiva 73/239/CEE; all’allegato della direttiva 73/239/CEE; alla direttiva 64/225/CEE; alle direttive 92/49/CEE e 92/96/CEE». L’allegato alla direttiva 239/73, richiamato dal suo art. 1, sembra coprire tutti i possibili rami e dunque ogni sorta di contratto di assicurazione.

Se però così non fosse allora si potrebbe escludere dall’ambito di applicazione della direttiva 2002/65, l’assicurazione per la responsabilità civile automobilistica – peraltro uno dei settori nei quali la contrattazione *on-line* sta prendendo sempre più piede – in considerazione della sua natura non «finanziaria».

Ci si rende facilmente conto infatti che taluni contratti di assicurazione svolgono funzioni analoghe alle tradizionali forme di investimento (si pensi alle

²¹ L’intento di unificare la disciplina e di renderla onnicomprensiva emerge evidente dai lavori preparatori.

²² Ci si riferisce all’esonero dei prodotti di cui all’art 100, co.1, lett. f) del TUF. Mentre può essere mantenuto l’esonero della disciplina della “sollecitazione all’investimento”, sancito sempre nell’art.100.

svariate forme del c.d. risparmio assicurativo). Ma l'assicurazione contro i danni ha finalità molto diverse, in particolare in quei casi (e sono molti, oltre alla r.c.a.) in cui la legge impone ad un soggetto di munirsi di copertura assicurativa.

La questione rimane aperta.

Così come per i servizi assicurativi anche per quelli «di pagamento» è difficile identificarne appieno la definizione. Se poi si considera che quasi ogni operazione economica implica un pagamento e che le reti telematiche prestano abitualmente numerosi servizi con tali finalità, ci si chiede, ad esempio, se il pagamento in carta di credito o di debito, o ancora, il bonifico effettuato tramite *home-banking* rientrino nella propugnata direttiva; perciò si dovrà analizzare servizio per servizio per essere sicuri.²³

Sorgono dei dubbi anche intorno alla definizione di «servizio bancario» che nella sua accezione tradizionale include anche delle figure la cui ricomprensione nell'ambito della direttiva, non appare giustificata: pensiamo ad esempio al servizio di cassette di sicurezza.

1.5 gli obblighi di informazione

Proseguendo nell'analisi degli elementi di carattere sostanziale, l'**art. 3**, rubricato de la "informazione del consumatore prima della conclusione del contratto", precisa che questa deve avvenire «*in tempo utile*». Il significato dell'espressione «tempo utile» è esplicitato nel considerando n. 21 secondo cui «il consumatore deve ricevere, prima della conclusione del contratto, le informazioni preliminari necessarie al fine di poter valutare opportunamente il servizio finanziario propostogli e quindi scegliere con cognizione di causa». Pare dunque essere necessario per il consumatore un adeguato *spatium deliberandi*. Ci si chiede fino a che punto questo sia conciliabile con le tecnologie informatiche che mirano a rendere più veloci tutte le operazioni, anche quelle economiche-giuridiche. Più concretamente ci si chiede se il requisito del «tempo utile» sia soddisfatto qualora le informazioni indicate dall'art. 3 vengano fornite immediatamente prima alla conclusione del contratto, ovvero se vi sia bisogno di un ben più congruo margine di tempo. Occorre notare a tal

²³ Per tutti vedi FINOCCHIARO G., *Il problema dei mezzi di pagamento*, in TOSI E., *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2001, p. 147 e ss.

proposito come la maggiore durata della connessione alla rete si traduca in maggiori costi di telecomunicazioni per l'utente e potrebbe avere una forte efficacia dissuasiva; inoltre la fase preliminare nei contratti di servizi finanziari assume un'importanza ancora maggiore se si considera che non in tutti i casi è concesso il diritto di recesso²⁴ che sostituisce al «pensamento anticipato» il «ripensamento successivo», quale bilanciamento di un'eventuale carenza o insufficienza di informazioni al momento della conclusione del contratto.²⁵

L'art. 3 indica la serie di informazioni che il fornitore è tenuto a comunicare al consumatore in modo da rendere lo stesso in grado di effettuare scelte economiche quanto più possibile consapevoli. Le informazioni sono articolate in quattro categorie concernenti il fornitore, il servizio finanziario, il contratto a distanza, il ricorso. In particolare il fornitore deve indicare quale sia lo Stato membro o gli Stati membri sulle cui legislazioni egli si basa per l'instaurazione dei rapporti con il consumatore prima della conclusione del contratto a distanza.²⁶ Previsione molto importante se si pensa agli effetti giuridici e al regime applicabile agli atti negoziali precontrattuali, incluse la proposta e l'accettazione, sia soprattutto, alla responsabilità di tipo precontrattuale e al regime giuridico che governa le trattative. L'art. 3 affronta anche due questioni relative alla forma degli obblighi di informazione. Il secondo comma richiede un «modo chiaro e comprensibile tramite qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata», e richiama i «principi di lealtà» nelle operazioni commerciali.²⁷

L'art. 4 rubricato “requisiti aggiuntivi in materia di informazioni”, deroga parzialmente al principio di massima armonizzazione permettendo agli Stati membri di «mantenere o introdurre disposizioni più rigorose riguardo ai requisiti in materia di informazioni preliminari se tali disposizioni sono

²⁴ Vedi art. 6.

²⁵ Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *op. cit.*, 2001, p. 694.

²⁶ Cfr. BRAVO F., *La «posizione comune» del Consiglio dell'UE per l'adozione della direttiva comunitaria concernente la «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 2002, pp. 53 e ss.

²⁷ In fondo ripete quanto già previsto dall'art. 4, co.2, della direttiva 7/97 sui contratti a distanza. L'art. 3, co.2, in fine fa salvi i «principi che disciplinano la protezione delle persone in condizione di incapacità giuridica, secondo la legislazione nazionale, quali i minori». L'identificazione del soggetto contraente su una rete telematica costituisce uno dei principali problemi della sicurezza delle operazioni commerciali. In attesa di strumenti tecnologici più sofisticati, essa viene accertata attraverso la comunicazione dei dati identificativi contenuti sulla carta di credito. Essi servono a dimostrare la solvibilità del soggetto e indirettamente, la sua identità.

conformi al diritto comunitario». Sottoporre le norme degli Stati membri ad un giudizio di conformità al diritto comunitario, confronto finalizzato ad elidere le disposizioni più rigorose attualmente in vigore negli ordinamenti nazionali, si evidenzia tanto rilevante quanto generico. Risulta necessario in questo senso un altro intervento di armonizzazione.

L'art. 5 della direttiva poi pone a carico del fornitore il dovere di comunicare su supporto durevole le condizioni contrattuali *prima* della conclusione del contratto ma avverte, al secondo comma la possibilità di adempiere a tale obbligo, *subito dopo* la conclusione del contratto a distanza, se quest'ultimo è stato concluso su richiesta del consumatore. Non poche sono le perplessità che l'art. in parola suscita all'interprete. Ci si chiede infatti come possa darsi il caso del secondo comma (art. 5) che allude ad una ipotetica conclusione del contratto da parte del cliente "*prima che le condizioni contrattuali [...] gli siano state comunicate*". Per la nostra cultura giuridica un contratto così non esiste, è nullo! O quantomeno contrario al principio di buona fede.²⁸ Parte della dottrina ritiene inoltre del tutto privo di «coerenza logica e saggezza pratica» prevedere che il recesso possa essere esercitato nel termine sopra indicato, a decorrere dal giorno in cui – dopo che il contratto sia stato concluso – siano state compiutamente comunicate all'investitore le "condizioni contrattuali" e "tutte le altre informazioni prescritte dall'art. 3, co.1, (compresa l'esistenza o l'inesistenza (!) del diritto di recesso e le "istruzioni pratiche per il suo esercizio") e poi però soggiungendo che il diritto di recesso non si applica ai contratti la cui esecuzione sia "interamente conclusa prima che il consumatore eserciti il suo diritto di recesso".²⁹

1.6 Il diritto di recesso

Da parte della dottrina è stato definito una forma di tutela complementare al diritto di ricevere informazioni preliminari e contrattuali

²⁸ A tal proposito vedi ALPA G., *La distribuzione dei prodotti finanziari mediante Internet*, in *Economia e diritto del terziario*, n.1, 2000, p. 8. L'autore chiarisce: «che il consumatore conosca le condizioni contrattuali dopo la conclusione del contratto appare irragionevole e contrario al principio di buona fede: la versione inglese del testo reca all'art. 3 l'obbligo per il professionista di comunicare le condizioni *prima* della conclusione del contratto».

²⁹ Non si può non ammettere che le categorie giuridiche utilizzate nella stesura della direttiva siano frutto di una giustapposizione di concetti molto spesso contraddittori e privi di sistematicità. Cfr. SCOTTI CAMUZZI S., *L'impatto del diritto comunitario sull'e-banking* intervento tenuto nell'ambito delle "Giornate Romane", Roma, 7 novembre 2000.

chiare, inequivoche e complete.³⁰ Il diritto di recesso è esercitabile *ad nutum* ossia senza penali e senza dover offrire indicazioni in ordine ai motivi, ma rispettando rigorosamente i limiti temporali fissati normativamente. È uno strumento di autotutela che conferisce alla parte contrattualmente debole (il consumatore) il diritto di riflettere entro un certo termine sul negozio giuridico posto in essere, da un lato, e dall'altro, il diritto a ripensare e a svincolarsi da ciò che si è fatto, senza giusta causa.

La direttiva a differenza della proposta prende posizione netta sul termine da concedere al consumatore, non più un tempo variabile, ma esattamente **14 giorni** di calendario quale regola generale, elevato a **30** in via d'eccezione per i contratti a distanza aventi per oggetto le assicurazioni sulla vita di cui alla direttiva 90/619/CEE e le operazioni aventi ad oggetto gli schemi pensionistici individuali.³¹

Notevole la portata innovatrice della norma. Innanzitutto l'art. 30, co. 6, del TUF dovrà essere modificato e il termine dovrà passare da 7 a 14 giorni; così come non si potrà ignorare la non esclusione del ramo assicurativo «non vita», sulla scia di quanto già auspicava l'ISVAP in seno alla Circolare n. 393 del 17 gennaio 2000³², dato che le considerazioni in ordine alla natura delle tecniche usate per il collocamento rende effettivo un incremento di tutela del contraente anche per il ramo danni. In più occorre osservare che, la nozione ampia di servizi finanziari della direttiva, esplicitamente allargata anche al servizio assicurativo, non pone alcuna restrizione oggettiva tale da far ritenere l'estromissione dei prodotti «non vita» dal proprio oggetto o dal proprio campo di applicazione.

L'art. 6 aggiunge una esclusione necessaria, per i contratti che abbiano già avuto interamente esecuzione ad opera di entrambe le parti e su richiesta esplicita del consumatore. Per ciò che riguarda il *dies a quo*, è previsto che coincida con il momento della conclusione del negozio solo qualora le

³⁰ Cfr. BRAVO F., *La «posizione comune» del Consiglio dell'UE per l'adozione della direttiva comunitaria concernente la «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 2002, p. 84.

³¹ Questo contribuisce in maniera decisiva alla certezza del diritto. Cfr. BRAVO F., *La «posizione comune» del Consiglio dell'UE per l'adozione della direttiva comunitaria concernente la «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 2002, p. 84.

³² «per le assicurazioni contro i danni, per le quali d.lgs. 175/95 non prevede il diritto di recesso, questo istituto ritiene di richiamare l'attenzione delle imprese sull'opportunità di introdurre comunque tale diritto, in considerazione della sua particolare funzione di tutela in presenza di forme di collocamento a distanza» Vedi Circolare ISVAP 393/2000.

condizioni contrattuali e le informazioni preliminari siano state fornite al consumatore antecedentemente al momento perfezionativo. Di notevole portata innovatrice anche le modalità di esercizio del diritto di recesso: «il consumatore invia, prima dello scadere del termine, secondo le istruzioni pratiche ex art. 3, co. 1, punto 3 lett. d) una comunicazione che costituisca un mezzo di prova conformemente alla legislazione nazionale. Il termine si considera rispettato se la comunicazione, sempreché effettuata per iscritto o mediante altro supporto durevole disponibile e accessibile al destinatario, sia inviata anteriormente alla scadenza del termine». Rileva dunque il principio di spedizione e non quello di ricezione: ciò che conta è che la comunicazione venga inviata prima della scadenza del termine.

1.7 Pagamento del servizio fornito prima del recesso

L'art. 7 della direttiva prevede la possibilità per il consumatore di essere tenuto a pagare solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore, prima dell'esercizio del diritto di recesso, ma l'esecuzione del contratto può avvenire solo previo consenso del consumatore. Quanto dovuto dal consumatore non può «eccedere un importo proporzionale all'importanza del servizio già fornito in rapporto a tutte le prestazioni previste dal contratto a distanza», «né essere tale da costituire una penale». Inoltre «Il fornitore non può esigere dal consumatore il pagamento di un importo (...) se non è in grado di provare che il consumatore è stato debitamente informato dell'importo dovuto; (...) Egli non può tuttavia in alcun caso esigere tale pagamento se ha dato inizio all'esecuzione del contratto prima della scadenza del periodo di esercizio del diritto di recesso (...), senza che vi fosse una *preventiva richiesta* del consumatore. In sostanza il fornitore per poter esigere il prezzo del servizio finanziario effettivamente prestato, deve essere in grado di provare che il consumatore sia stato debitamente e preliminarmente informato circa l'importo dovuto e la prestazione anticipata del servizio deve essere stata su richiesta dello stesso consumatore, altrimenti nulla è dovuto.

Parte della dottrina si è domandata se il fornitore possa legittimamente trattenere le somme eventualmente corrisposte *sponte* dal consumatore, secondo il principio della *soluti retentio*. In effetti il comma 3 dell'art. 7 non parla di limiti se non facendo riferimento al potere del fornitore di attivarsi per l'esazione del pagamento, in teoria dunque nulla osterebbe ad un'interpretazione in tal senso, non è previsto cioè alcun limite al diritto di

ricevere, pur sempre in relazione al servizio effettivamente prestato, quanto sia stato spontaneamente corrisposto dal consumatore. Ma tuttavia si deve tener conto del comma 4 che prescrive l'obbligo di restituzione in capo al fornitore di tutti gli importi percepiti, eccezion fatta per quello pagato in relazione al servizio finanziario effettivamente prestato. L'obbligo va adempiuto entro 30 giorni di calendario, e analogamente viene previsto per il consumatore l'obbligo di restituzione di «qualsiasi importo e/o bene». Nonostante queste previsioni temporali, l'assenza di sanzioni al riguardo fa dubitare della effettività del precetto. La norma in bianco dell'art. 11, dove si lascia agli Stati membri la possibilità di prevedere sanzioni adeguate al caso di «mancato rispetto da parte del fornitore delle disposizioni nazionali adottate in conformità della presente direttiva», contribuisce a svilire il processo di armonizzazione.³³

1.8 Pagamento con carte di pagamento

L'art. 8 della direttiva richiede agli Stati membri una particolare attenzione ed esercizio di una funzione di controllo per l'uso delle carte di pagamento. In particolare dovranno accertarsi che esistano «misure adeguate affinché il consumatore possa chiedere di annullare il pagamento in caso di uso fraudolento della sua carta» e sia «riaccreditato o rimborsato dell'importo versato».

L'accezione di «carte di pagamento» è molto lata³⁴. Essa comprende le *credit cards*, le *debit cards*, e le *carte prepagate*. Nelle prime, il pagamento viene addebitato successivamente all'acquisto; nelle seconde, l'addebito è contestuale all'acquisto, (es. PagoBancomat); con le carte prepagate l'addebito è precedente al momento dell'acquisto (es. ViaPass, carte telefoniche prepagate). Data la possibilità di reintegrazione effettiva del patrimonio del consumatore, la tutela diviene sostanziale e non solo formale. Questo contribuisce a ripartire i rischi economici connessi all'attività svolta mediante tecniche di comunicazione a

³³ Vedi BRAVO F., *La «posizione comune» del Consiglio dell'UE per l'adozione della direttiva comunitaria concernente la «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 2002, p. 93.

³⁴ Per una definizione vedi OMARINI, *Gli strumenti di pagamento*, in FABRIZI – FORESTIERI – MOTTURA (a cura di), *Gli strumenti e i servizi finanziari*, Milano, 2000, p. 313, «l'insieme dei documenti tramite i quali il titolare può acquisire beni o servizi presso determinati esercizi commerciali senza che il pagamento avvenga mediante un esborso immediato di contante».

distanza, e ad accrescere la fiducia dei consumatori nei sistemi di pagamento elettronici, suscettibili della massima compatibilità con queste tecniche.

1.9 Servizi e comunicazioni «non richiesti»

L'art. 9 pone il divieto di fornitura di servizi non richiesti dal consumatore, qualora essi comportino una domanda di pagamento immediato o differito nel tempo; e il consumatore viene «dispensato da qualunque obbligo in caso di fornitura non richiesta».

L'art. 10 impone come necessario il consenso del consumatore (*opt-in*) per l'uso di determinate tecniche di comunicazione a distanza (il fax e i dispositivi automatici di chiamata): da rilevare che il consenso è generale e non specifico, ossia richiesto non per ogni singola comunicazione a distanza che faccia uso di tali strumenti, ma per la «utilizzazione» delle tecniche di comunicazione in esame. Per tutte le altre tecniche l'art. 10, co. 2, rinvia agli Stati membri il compito di scegliere alternativamente tra “necessario e previo consenso del consumatore” (*opt-in*) e “assenza di una sua manifesta opposizione” (*opt-out*), per autorizzarne l'uso. Parte della dottrina ha ritenuto essere una «vistosa lacuna» l'omissione della *email*, considerato il «reale motore del sistema».³⁵ Omissione neanche frutto del caso, ma considerata riflesso delle divergenze di opinioni emerse con evidenza in occasione del dibattito, anche in sede di parlamento Europeo, sulla tutela della riservatezza nelle comunicazioni elettroniche³⁶. Altra parte della dottrina ricorda invece che la disciplina delle «comunicazioni commerciali non sollecitate» tramite *email* è presente nella direttiva 2000/31/CE all'art. 7, dove si impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie a rendere obbligatoria non solo la chiara identificabilità *ab initio* della loro natura commerciale, ma anche la regolare consultazione di appositi registri «negativi» nei quali sono tenuti ad iscriversi coloro che non desiderano ricevere comunicazioni tramite la citata tecnica.

³⁵ Vedi SCOTTI CAMUZZI S., *L'impatto del diritto comunitario sull'e-banking* intervento tenuto nell'ambito delle “Giornate Romane”, Roma, 7 novembre 2000.

³⁶ Vedi direttiva 2002/58/CE, art. 13.

1.10 L'onere della prova

L'art. 15 della direttiva concede la facoltà agli Stati membri di far gravare l'*onus probandi* a carico del fornitore per ciò che riguarda l'ottemperanza degli obblighi informativi, nonché il consenso del consumatore alla conclusione e/o alla esecuzione del contratto. Da notare come la proposta modificata della direttiva attribuiva senz'altro l'onere della prova a carico del fornitore senza lasciare alcuna discrezione/facoltà agli Stati membri.

«Costituisce clausola abusiva, ai sensi della direttiva 93/13/CEE (...) ogni clausola contrattuale che ponga a carico del consumatore l'onere della prova dell'ottemperanza, totale o parziale, da parte del fornitore, agli obblighi che gli incombono in virtù della presente direttiva»³⁷.

2.1 Ricorso giudiziale e ricorso extragiudiziale

L'art. 13 impone agli Stati membri un generico obbligo di vigilanza sull'adeguatezza ed efficacia dei «mezzi» necessari ad assicurare il rispetto della direttiva nell'interesse dei consumatori. Si parla genericamente di «mezzi» e non più di «procedure adeguate di reclamo e di ricorso al fine della composizione delle controversie» perché in questo modo si estende il precetto anche alla predisposizione di tutti quegli strumenti utili al rispetto della disciplina in commento³⁸.

Da rilevare comunque l'innovazione normativa apportata nel riconoscere legittimazione attiva anche agli «organismi pubblici e loro rappresentanti» e alle «associazioni professionali» oltre alle già previste «associazioni dei consumatori» (limitatamente all'azione inibitoria circa l'uso di condizioni o clausole di cui si accerti la vessatorietà³⁹). L'estensione della legittimazione ad agire, dunque, riguarderà sia il profilo soggettivo e che quello oggettivo.

³⁷ Vedi art. 15, co. 2.

³⁸ Vedi proposta modificata 382/99, art. 12.

³⁹ Vedi art. 1469-sexies c.c. ex artt. 3 e 5 della legge 281/98, che recepisce la direttiva 93/13/CE.

L'art. 14 chiede agli Stati membri di promuovere «l'istituzione di adeguate ed efficaci procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso per la composizione di controversie riguardanti i consumatori relative a servizi forniti a distanza» e di esortare «gli organismi responsabili della composizione extragiudiziale delle controversie a cooperare ai fini della composizione delle controversie transfrontaliere riguardo a servizi finanziari forniti a distanza.

Nella Raccomandazione 98/257/CE vengono individuati i principi di *indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, e rappresentanza*, quali criteri comuni indefettibili per la funzionalità degli strumenti di ADR⁴⁰ nei singoli Stati membri. È stata così creata EEJ-NET una rete di connessione tra gli ADR (organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie) appartenenti agli Stati membri per promuovere la collaborazione e lo scambio delle informazioni tra gli stessi, sì da consentire al consumatore per le controversie transfrontaliere di ricorrere al competente organismo estero mediante l'omologo organismo esistente nel proprio Paese. FIN-NET, compresa nella EEJ-NET si dedica specificamente alla composizione delle controversie del settore finanziario.⁴¹ Al riguardo occorre ricordare che il funzionamento della rete FIN-NET non contiene disposizioni vincolanti ma solo dichiarazioni di intenti tra le parti che vi hanno aderito. La cooperazione nella rete avviene partendo dal *sistema più vicino* alla residenza del consumatore; questo cura la domanda di risoluzione extragiudiziale del consumatore indirizzandola al *sistema competente*, se il fornitore accetta la giurisdizione del *sistema più vicino*, il *sistema* del Paese del consumatore provvede esso stesso a risolvere direttamente la controversia.

2.1 Le altre innovazioni della direttiva e conclusioni

In generale si può osservare che intento della Commissione nella emanazione della direttiva in esame fosse quello di «rafforzare la protezione dei consumatori»⁴², ma sorgono dubbi in ordine alla nozione di “rafforzare” giacché essa è in funzione del regime pre-esistente. Come si osserverà, non è affatto detto, che in ambito nazionale, la direttiva sia concretamente

⁴⁰ *Alternative Dispute Resolution*.

⁴¹ Vedi «*Financial services: Commission launches out-of-court complaints network to improve consumer confidence*» documento della Commissione reperibile sul sito <http://europe.eu.int>

⁴² Vedi considerando 11.

migliorativa della normativa già esistente, sia pure spesso di rango sub-legislativo.

Certamente da un punto di vista strettamente soggettivo, dovranno essere apportate alcune modifiche concettuali, in quanto sostanzialmente riconducibili alla medesima disciplina, per ciò che riguarda i consumatori. Osserviamo infatti come a livello legislativo (TUF) e regolamentare (regolamento Consob 11522/98) non vengano mai menzionati i “consumatori” bensì gli “investitori” o i “clienti”.⁴³

La prospettiva assunta dal regolamento Consob n. 11522/1998 è un po' diversa, come già abbiamo accennato. In esso – interpretando latamente l'espressione dell'art. 30, co. 2 del TUF, che parla di “*investitori professionali*” – si dice, nell'art. 31, che non sono sottoposti alla normativa di protezione del cliente-consumatore i rapporti che l'intermediario intrattiene con controparti investitori “*qualificati*”, ancorché nel caso, operino come consumatori. Questa diversa prospettiva poteva essere fondata su una possibile interpretazione dell'art. 11 della direttiva 92/22/CEE, ai cui disposti sono da ricondurre le regole generali di protezione dell'investitore sancite con estensione generale (e non soltanto per i contratti “fuori sede” o “a distanza”) negli artt. 26-30 del regolamento Consob citato. L'art. 3, co. 1, della proposta di direttiva faceva «salve le disposizioni dell'art. 11 della direttiva 93/22», ora invece, poiché la direttiva non menziona in alcun modo l'art. 11 della direttiva 93/22, si deve concludere che l'art. 31 del regolamento Consob, che esonera gli intermediari dall'obbligo di protezione verso gli investitori, non soltanto quando costoro agiscano come investitori professionali, ma anche quando, pur agendo come consumatori, siano “qualificati” deve essere variato. Allo stesso modo, appare che detta più lata estensione dell'esonero non possa rimanere (dato il principio di prevalenza del diritto comunitario) quanto alle protezioni specifiche che, nei confronti dell'investitore, sono apprestate dalla direttiva per l'ipotesi dei

⁴³ Nel TUF così come nella disciplina di attuazione, non sono mai nominati i consumatori: l'impianto normativo italiano (TUF e regolamento n. 11522/1998), che è rivolto alla tutela degli interessi pubblici sottesi dalle regole, definisce il ruolo dei soggetti intesi come «operatori economici». I soggetti che operano come investitori sono considerati solo di riflesso: di volta in volta si considera il «pubblico», gli «investitori istituzionali», gli investitori «non professionali», i «clienti», ma la protezione offerta appare solo *indiretta*. Non sono mai nominati i consumatori, anche se nelle direttive comunitarie (tra le principali, vedi: Direttiva 93/22/CE: *disciplina dell'offerta fuori sede di strumenti finanziari*, Direttiva 97/7/CE: *protezione consumatori in materia dei contratti a distanza*, Direttiva 2000/31/CE: *commercio elettronico*) e negli indirizzi emergenti dal diritto comunitario la distinzione tra *risparmiatore* e *consumatore* è ormai superata; il risparmiatore «non professionale» è considerato come «consumatore» di prodotti e servizi finanziari. Cfr. ALPA G., *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1998, p. 372 e ss.

contratti “a distanza”. Ciò appunto perché la direttiva si applica ai rapporti con gli investitori che agiscono come consumatori, a prescindere dalla loro esperienza professionale. Dunque l’art. 72, co. 4 del regolamento Consob 11522 va emendato.

La nuova disciplina comunitaria inoltre, non prescrive in nulla l’utilizzo di promotori finanziari. Né tale prescrizione può essere mantenuta nel nostro diritto nazionale. La direttiva detta infatti un’armonizzazione massima⁴⁴, stabilendo che ulteriori prescrizioni dei diritti nazionali impedirebbero il libero commercio fra gli Stati membri⁴⁵. Dunque la legge di recepimento deve modificare l’art. 32, co. 2 del TUF, e l’art. 76 del regolamento Consob 11522 non può essere mantenuto.⁴⁶

Come abbiamo già visto⁴⁷, la normativa italiana dovrà essere adeguata in senso oggettivo ricomprendendo anche i prodotti assicurativi nella disciplina della promozione e collocamento a distanza dei prodotti finanziari e dei servizi di investimento; ma non solo: l’estensione oggettiva sembra dover comprendere anche il ramo «non vita».⁴⁸

⁴⁴ Vedi *supra*.

⁴⁵ Vedi considerando n. 13, come *supra* citato e commentato.

⁴⁶ In questa prospettiva parte della dottrina propone un rovesciamento del rapporto di genere a specie tra l’offerta “fuori sede” e l’offerta “a distanza”. La prescrizione dell’obbligo di utilizzo dei promotori finanziari potrebbe essere mantenuta per l’offerta “fuori sede” (ma dall’obbligo potrebbero essere esentati i servizi bancari ed il collocamento dei prodotti bancari e assicurativi), essendo però difficile che l’offerta via Internet (che di per sé è semplice offerta “a distanza”), possa mai in ragione della modalità del caso concreto adottate, sconfinare in una offerta “fuori sede”. L’art. 31 del TUF, e l’art. 36 del regolamento Consob 11522 potrebbero così essere mantenuti senza emendamenti (restando beninteso inapplicabili ai contratti “a distanza” contemplati e disciplinati dalla direttiva). Cfr. SCOTTI CAMUZZI S., *L’impatto del diritto comunitario sull’e-banking* intervento tenuto nell’ambito delle “Giornate Romane”, Roma, 7 novembre 2000.

⁴⁷ Vedi *supra*.

⁴⁸ Parte della dottrina in proposito ha sostenuto: «in materia assicurativa, il recesso dovrà essere definitivamente esteso, in sede di attuazione anche al ramo “non vita”», BRAVO F., *La «posizione comune» del Consiglio dell’UE per l’adozione della direttiva comunitaria concernente la «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 2002, p. 105. Al riguardo ci sentiamo di dire però che non possa essere sostenibile una previsione del genere in virtù del meccanismo che sottende ad un contratto di assicurazione nel ramo danni, quantomeno nei termini sopra indicati. Se ad esempio prendiamo una semplice RCA (responsabilità civile auto) se fosse davvero applicabile il diritto di recesso con un termine di 14 giorni, un cliente più avveduto e scaltro potrebbe chiedere e ottenere copertura per i primi 13 giorni e poi recedere dal contratto per andare a chiedere e ottenere copertura presso un’altra agenzia di una diversa compagnia di assicurazione senza costi né penali e senza indicare il motivo. Probabilmente il sistema dovrà almeno prevedere un costo a carico del consumatore proporzionale al periodo di copertura.

In particolare non sembra azzardato affermare che in virtù di una disciplina comune ai servizi finanziari in senso lato sia possibile rinvenire una tendenza in materia di vigilanza volta alla unificazione dei *regulators* in un unico *supervisor*, come è successo in Inghilterra con l'istituzione della FSA. Altra parte della dottrina non esclude invece che si debba mantenere una tripartizione classica nella vigilanza in considerazione della specificità nonché elevato tecnicismo e complessità dei prodotti e dei servizi elaborati.⁴⁹

Inoltre, merita una lodevole menzione la precisazione che la direttiva si applica a tutti i consumatori; la limitazione, evidentemente discriminante, criticata dal Parlamento, ai consumatori residenti nella Comunità, è stata soppressa dalla proposta modificata.

Un'ultima notazione sulla scelta della *legge applicabile* al contratto e la scelta del tribunale competente, che come detto sono libere, sempre che siano state oggetto di informazione preventiva.

Infine occorre osservare che la direttiva non si fa carico di stabilire né il momento né il luogo di conclusione del contratto, il problema pertanto dovrà essere risolto secondo le disposizioni recate dalla legge nazionale applicabile al contratto e dalla Convenzione di Roma⁵⁰ nel caso di contratti conclusi tra soggetti appartenenti a Stati diversi.

Si tratta di lacune che compromettono la certezza delle contrattazioni e che sarebbe utile – quanto meno in sede di attuazione della direttiva – risolvere in modo univoco.

⁴⁹ Per un approfondimento si rinvia, *amplius* http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/mobil/lamfalussy_en.htm, dove è possibile trovare relazioni, commenti e rapporti della commissione Lamfalussy con le relative proposte sulla integrazione dei mercati finanziari.

Vedi http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/lamfalussyen.pdf dove si può leggere: «More convergent regulatory and supervisory structures are vital to ensure that the future European Securities Regulators Committee, a key part of the Committee's regulatory proposal, can function effectively».

⁵⁰ Sulla disciplina applicabile alle obbligazioni del 19 giugno 1980 ratificata con la legge 975 del 1984..