

Intermediazione finanziaria

Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari

di Valerio Sangiovanni

Fra le numerose disposizioni che disciplinano la commercializzazione a distanza di servizi finanziari merita particolare attenzione l'art. 67-*duodecies* cod. cons., che regola il diritto di recesso.

Introduzione

Nell'ambito della commercializzazione a distanza di servizi finanziari (1), una delle principali forme di tutela del consumatore è costituita dal diritto di recesso, disciplinato nell'art. 67-*duodecies* cod. cons. (2).

Più in generale sono gli artt. 64-67 cod. cons. a disciplinare il recesso del consumatore. In particolare si prevede che «per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi» (art. 64 comma 1 cod. cons.).

Anche nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari il diritto di recesso può essere esercitato dal consumatore senza penali e senza dover indicare il motivo quando, avendo riflettuto meglio sulle caratteristiche del servizio, ritiene di non volersene avvalere. Si tratta di una forma di tutela dell'utente che trova la propria giustificazione anche nel carattere particolarmente tecnico del servizio offerto. I servizi finanziari presentano talvolta caratteri tali di complessità da essere di difficile comprensione anche per i professionisti; a maggior ragione può risultare complicato per un consumatore apprezzarne tutte le caratteristiche. Il legislatore reputa dunque opportuno un periodo di tempo durante il quale l'utente può, se ritiene, studiarli con la dovuta calma le tipicità del servizio offerto e - se del caso - tornare sui propri passi. Si tenga presente che, nello specifico contesto dei servizi finanziari, il consumatore può concludere anche contratti di rilevante importanza economica e ciò giustifica un diritto di ripensamento.

Il diritto di recesso nella commercializzazione a di-

Note:

(1) In materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari cfr. G. Alpa, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in questa Rivista, 2005, 1173 s.; P. Balzarini, *Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari*, in Riv. soc., 2005, 1177 s.; F. Bravo, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in questa Rivista, 2008, 373 ss.; V. Crescimanno, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in Eur. dir. priv., 2008, 483 ss.; V. Cuffaro, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in Contr. impr., 2007, 264 ss.; G. De Cristofaro, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, in Studium iuris, 2006, 265 ss.; Id., *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in Studium iuris, 2006, 385 ss.; U. Draetta, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in Dir. comm. int., 2005, 465 ss.; P. Fiorio, *Offerte a distanza e fuori sede tra testo unico della finanza, nuovo regolamento intermediari e codice del consumo*, in www.ilcaso.it; M. Giurgola, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in Società, 2003, 103 ss.; F. Mastrosola-M.P. Serra, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005 n. 190*, in Dir. internet, 2006, 82 ss.; M.-T. Paracampo, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in Nuova giur. civ. comm., 2003, II, 382 ss.; L. Pontiroli, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in Banca borsa tit. cred., 2006, I, 678 ss.; V. Sangiovanni, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in Corr. giur., 2008, 1469 ss.

(2) Fra i più recenti commentari al codice del consumo cfr. AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di R. Rolli, Piacenza, 2008; AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di E.M. Tripodi-C. Belli, 2ª ed., Santarcangelo di Romagna, 2008; AA.VV., *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. Cuffaro, 2ª ed., Milano, 2008; AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da M. Franzoni, Torino, 2008.

stanza di servizi finanziari mira non tanto a tutelare il consumatore dall'effetto-sorpresa, quanto piuttosto ad assicurargli un ampio spazio di riflessione sulla sensatezza del contratto che ha concluso (3). Il fattore-sorpresa gioca un ruolo importante nella conclusione di contratti fuori dai locali commerciali; nei contratti a distanza - invece - l'effetto-sorpresa è più raro, in quanto normalmente è il consumatore che prende l'iniziativa.

Il diritto di recesso è uno strumento «forte» di tutela del consumatore per varie ragioni. Il diritto di ripensamento costituisce anzitutto una forma di auto-tutela, in quanto azionabile unilateralmente dall'utente (oltre che esercitabile con modalità relativamente semplici). Dal punto di vista dei principi del diritto civile il diritto di recesso, nella sostanza, deroga al principio secondo cui «il contratto ha forza di legge tra le parti» (art. 1372 comma 1 c.c.). Il recesso consente al consumatore di svincolarsi unilateralmente da un contratto già perfezionato. La disposizione appena menzionata prevede che il contratto «non può essere sciolto che per mutuo consenso» (e questo non è certo il caso del diritto di recesso, in cui è una sola delle parti a sciogliere il contratto) «o per cause ammesse dalla legge». Il diritto di recesso costituisce un'eccezione a questa norma o, se si vuole, «una causa ammessa dalla legge» per sciogliere il contratto.

Il diritto di recesso

La legge prevede anzitutto che «il consumatore dispone di un termine di quattordici giorni per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo» (art. 67-duodecies comma 1 cod. cons.). Le parti del contratto sono il consumatore e il fornitore. Entrambe queste figure vengono definite nello stesso codice del consumo. La definizione di consumatore va ricostruita sulla base del richiamo che l'art. 67-ter lett. d cod. cons. opera all'art. 3 lett. a cod. cons.: per «consumatore» o «utente» si intende «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». La definizione di «fornitore» è invece data direttamente dall'art. 67-ter cod. cons. In altre parole non esiste una definizione di fornitore valevole per tutto il codice del consumo, bensì solo una definizione valevole ai fini delle disposizioni sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari. Per «fornitore» si intende «qualunque persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi finanziari oggetto di contratti a distanza» (art. 67-ter lett. c cod. cons.).

L'art. 67-duodecies comma 1 cod. cons. statuisce, in primo luogo, che il consumatore vanta un diritto di recesso. La parte debole del rapporto contrattuale ha dunque la possibilità di ripensare la decisione effettuata e di tornare sui propri passi. Il recesso previsto dal codice del consumo non va confuso con l'istituto del recesso unilaterale «classico» previsto nel nostro ordinamento all'art. 1373 c.c., secondo cui «se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione». I due istituti sono diversi sotto numerosi profili. Per i fini che qui interessano basta rilevare che l'art. 1373 c.c. disciplina un caso di recesso che deve essere pattuito fra i contraenti, mentre l'art. 67-duodecies cod. cons. regola un'ipotesi di recesso *ex lege*. Nel primo caso, il recesso c'è solo se è stato oggetto di un'apposita pattuizione fra le parti, nel secondo sussiste sempre. Questa differenza di trattamento è giustificata dal fatto che il legislatore vuole tutelare in modo particolare il consumatore, quale contraente debole. Per l'utente sarebbe difficile negoziare individualmente con il fornitore una clausola attributiva del diritto di recesso, stante la diversità di forza contrattuale oltre che la maggiore conoscenza ed esperienza del soggetto professionale (4). Ecco allora che sovrviene il legislatore attribuendo espressamente tale potere.

In secondo luogo l'art. 67-duodecies comma 1 cod. cons. fissa la durata del termine per l'esercizio del diritto di recesso. Il termine è fissato, con una certa generosità, in 14 giorni. Il termine è piuttosto lungo per la possibile delicatezza (in particolare per la potenziale rilevanza economica) dell'operazione che il consumatore pone in essere a distanza. Inoltre la materia dei servizi finanziari è connotata da un elevato livello di tecnicismo e, a tutela dell'utente, è opportuno concedergli un periodo piuttosto lungo di riflessione (5). D'altro canto il legislatore non può considerare solo gli interessi del consumatore, ma deve conciliare la sua posizione con quella del fornitore. La legge deve dunque pur porre un ragionevole limite temporale alla scelta dell'utente e reputa che un periodo di due settimane sia sufficiente per il consumatore per riflettere a posteriori sulla scelta effettua-

Note:

(3) Cfr. A. Albanese, *Commento all'art. 67-duodecies*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, cit., 290 s.

(4) P. Longhini, *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 190*, Milano, 2006, 193.

(5) E. Guerinoni, *Commento all'art. 67-duodecies*, in AA.VV., *Codice del consumo e norme collegate*, cit., 393.

ta. Successivamente il contratto diventa vincolante a tutela del fornitore, il quale deve poter fare affidamento - per ragioni commerciali oltre che organizzative - sull'assetto contrattuale raggiunto. Il termine deve considerarsi come durata minima imperativamente prescritta: non è dunque possibile ridurre tale termine con un accordo fra le parti.

In terzo luogo l'art. 67-*duodecies* comma 1 cod. cons. prevede che, per il recesso, non può essere prevista una penale. Il termine «penale» evoca l'istituto della clausola penale: «la clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore» (art. 1382 comma 1 c.c.). Questa disposizione del codice del consumo è utile poiché, altrimenti, la reale efficacia del diritto di recesso potrebbe essere vanificata dalla previsione dell'obbligo di corrispondere una somma elevata. Sarebbe di scarsa tutela per il consumatore avere il diritto di recesso, ma essere obbligato a pagare una penale per avvalersene. Se difatti l'importo previsto è elevato, il consumatore potrebbe essere tentato di mantenere il forza il contratto al fine di non subire delle perdite. La scelta operata dal legislatore in questo contesto è radicale, nel senso di non consentire alcun tipo di penale, indipendentemente dal suo ammontare.

In quarto luogo l'art. 67-*duodecies* comma 1 cod. cons. specifica che non è necessario indicare il motivo del recesso. Anche questa disposizione esprime una forma di grande tutela del consumatore. Questi ha un vero e proprio diritto di ripensamento e la possibilità di svincolarsi dal contratto non è legata alla presenza di particolari motivi. La scelta del consumatore non può dunque essere in alcun modo sindacata dal fornitore. Concretamente sarà dunque sufficiente comunicare l'intenzione di recedere senza dover in alcun modo dar conto delle ragioni che muovono l'utente.

La durata dei termini e la loro decorrenza

Si è appena visto che il termine «ordinario» per esercitare il diritto di recesso è di 14 giorni. In alcuni casi però il legislatore prevede un termine maggiore, non di 14, bensì di 30 giorni (art. 67-*duodecies* comma 2 cod. cons.).

Il primo caso in cui il termine ammonta a 30 giorni è quello dei contratti a distanza aventi per oggetto le assicurazioni sulla vita di cui al d.lgs. n. 209 del 2005. Questo testo normativo disciplina il diritto di recesso nei contratti di assicurazione, prevedendo in

particolare che «il contraente può recedere da un contratto individuale di assicurazione sulla vita entro trenta giorni dal momento in cui ha ricevuto comunicazione che il contratto è concluso» (art. 177 comma 1 d.lgs. n. 209 del 2005). Il termine lungo di 30 giorni non opera invece nel caso di assicurazioni contro i danni.

La maggior durata del termine nel caso di assicurazioni sulla vita è legata in parte alla complessità tecnica del contratto concluso dal consumatore e, soprattutto, alle gravose conseguenze che ne possono derivare (6). Nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari possono essere conclusi contratti di vario genere. Alcuni di questi contratti (si pensi all'apertura di un conto corrente) possono avere un significato tutto sommato modesto per il consumatore. In altri casi, invece, l'impegno che viene assunto con il contratto concluso a distanza può essere importante e finanziariamente ingente. Il legislatore reputa che ciò avvenga nel caso di un'assicurazione sulla vita e, conseguentemente, concede - a tutela dell'utente - un termine di recesso più lungo.

Se questo ragionamento è corretto, a ben guardare sarebbe stato sensato prevedere un termine maggiore rispetto a quello dell'art. 177 d.lgs. n. 209 del 2005. I 30 giorni del contratto concluso personalmente non possono difatti essere equiparati ai 30 giorni del contratto concluso a distanza. Nel caso di contratto a distanza si sarebbe potuto riconoscere al consumatore un termine maggiore proprio data l'assenza di un contatto personale con la controparte. D'altro lato, mettendosi dal punto di vista del fornitore, bisogna riflettere sul fatto che termini di recesso particolarmente lunghi lascerebbero la compagnia assicurativa in una situazione d'insicurezza, dannosa per un'appropriata gestione commerciale dell'impresa. In altre parole: decorso un ragionevole (e non troppo lungo) lasso di tempo, l'assicurazione deve poter fare affidamento sulla definitiva conclusione del contratto.

Il secondo caso in cui il termine per il diritto di recesso è elevato da 14 a 30 giorni ricorre nell'ipotesi di operazioni aventi a oggetto schemi pensionistici individuali (art. 67-*duodecies* comma 2 cod. cons.). Anche in questa ipotesi il legislatore ritiene che la particolare importanza di un contratto quale quello avente a oggetto schemi pensionistici individuali esiga un termine di riflessione maggiore, che viene fissato in 30 giorni.

Nota:

(6) Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 292; P. Longhini, *op. cit.*, 196.

Stabilita la durata dei termini di recesso (di solito 14 giorni, in casi particolari 30 giorni), la legge fissa il momento di decorrenza di tali termini: «il termine durante il quale può essere esercitato il diritto di recesso decorre alternativamente: a) dalla data della conclusione del contratto, tranne nel caso delle assicurazioni sulla vita, per le quali il termine comincia a decorrere dal momento in cui al consumatore è comunicato che il contratto è stato concluso; b) dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 67-*undecies*, se tale data è successiva a quella di cui alla lettera a)» (art. 67-*duodecies* comma 3 cod. cons.) (7). Questa disposizione prevede il soddisfacimento di due condizioni, affinché il termine decorra: il termine decorre sì dalla conclusione del contratto (prima condizione), purché - in quel momento - il consumatore abbia ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 67-*undecies* cod. cons. (seconda condizione); altrimenti il termine decorre dal successivo momento in cui sono fornite condizioni contrattuali e informazioni. Conclusione del contratto nonché ricezione di condizioni e informazioni sono dunque i presupposti per il decorso del termine. La disposizione è sensata in quanto solo alla presenza di un'appropriate informazione il consumatore può decidere con cognizione di causa se recedere.

È importante sottolineare che il diritto di recesso non è soggetto a termini di decadenza se le due condizioni menzionate non sono soddisfatte (8). La legge crea dunque, nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, un forte incentivo in capo al fornitore alla comunicazione di condizioni contrattuali e informazioni. In assenza di tale comunicazione, il consumatore può sempre recedere dal contratto. La disposizione scoraggia fortemente comportamenti reticenti del fornitore.

La prima condizione per il decorso del termine è la conclusione del contratto. Ma quando può dirsi che un contratto a distanza sia concluso? A questo fine occorre senz'altro una manifestazione di volontà del consumatore, la quale - nelle forme di comunicazione a distanza - si sostanzia nella sottoscrizione di un modulo. Il problema però risiede nell'esatto significato da attribuirsi al modulo e alla sua sottoscrizione (9). In una prima ipotesi ermeneutica la sottoscrizione del modulo può considerarsi come mera proposta e allora occorre un'accettazione da parte del fornitore di servizi finanziari: «il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte» (art. 1326 comma 1 c.c.). In una seconda ipotesi inter-

pretativa il modulo potrebbe essere considerato come un'offerta al pubblico: «l'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi» (art. 1336 comma 1 c.c.). In questo caso la sottoscrizione da parte del consumatore configura l'accettazione di una proposta contrattuale e il contratto si conclude con tale accettazione.

Al fine di comprendere appieno l'art. 67-*duodecies* comma 3 cod. cons., ossia per determinare esattamente da quando decorra il termine per esercitare il diritto di recesso, bisogna inoltre analizzare in dettaglio quanto prevede l'art. 67-*undecies* cod. cons., il quale impone la comunicazione di condizioni contrattuali e informazioni. Secondo questa disposizione «il fornitore comunica al consumatore tutte le condizioni contrattuali, nonché le informazioni di cui agli articoli 67-*quater*, 67-*quinquies*, 67-*sexies*, 67-*octies*, 67-*novies* e 67-*decies*, su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta» (art. 67-*undecies* comma 1 cod. cons.).

Questa disposizione fissa le modalità con cui condizioni contrattuali e informazioni vanno fornite: il fornitore deve utilizzare un supporto cartaceo oppure un altro supporto durevole (10). È esclusa dunque la comunicazione in forma meramente orale. La forma scritta, o comunque la necessità dell'utilizzo di un supporto durevole, consente una fissazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni a futura memoria. In qualsiasi momento il consumatore può così avere accesso a condizioni e informazioni e verificarne il contenuto. Inoltre la norma in esame fissa la tempistica della comunicazione. Condizioni contrattuali e infor-

Note:

(7) Sull'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari sia concesso il rinvio a V. Sangiovanni, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Dir. internet*, 2008, 399 ss.

(8) Si noti che una disciplina diversa è invece prevista nel caso di recesso del consumatore dai contratti a distanza «ordinari» (non quelli relativi a servizi finanziari). In questa ipotesi si prevede difatti che, decorsi tre mesi dalla conclusione del contratto, il diritto di recesso non può più essere esercitato anche se non sono state fornite le informazioni (cfr. l'art. 65 comma 2 cod. cons.).

(9) Al riguardo cfr. F. Annunziata-E. Guffanti, *Il recesso nei contratti finanziari a distanza*, in *Corr. giur.*, 2006, 6.

(10) Per «supporto durevole» si intende «qualsiasi strumento che permetta al consumatore di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate» (art. 67-ter lett. f cod. cons.).

mazioni vanno date prima che il consumatore sia vincolato da un contratto, in modo che l'utente possa riflettere sulle condizioni contrattuali proposte e sulle informazioni comunicate. La ragione di questa regola è che solo la conoscenza delle condizioni e delle informazioni provenienti dal fornitore consente al consumatore di prendere una decisione appropriata. Se esse vengono comunicate dopo la conclusione del contratto, non sono di giovamento per l'utente.

La legge continua prevedendo che «il fornitore ottempera all'obbligo di cui al comma 1 subito dopo la conclusione del contratto a distanza, se quest'ultimo è stato concluso su richiesta del consumatore utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le condizioni contrattuali né le informazioni ai sensi del comma 1» (art. 67-undecies comma 2 cod. cons.).

Con questa disposizione il legislatore fa eccezione al principio di cui al comma 1 secondo il quale condizioni contrattuali e informazioni vanno date prima della conclusione del contratto. Si tratta peraltro di un'eccezione che opera in presenza di due condizioni particolari. La prima è che il contratto sia stato concluso su richiesta del consumatore. È dunque questi, per così dire, a «pretendere» la conclusione del contratto prima di avere ottenuto condizioni e informazioni. Il secondo presupposto fissato dalla norma è la presenza di una situazione d'impossibilità di trasmissione prima della conclusione. A fronte dell'impossibilità di trasmissione immediata di condizioni e informazioni e di una richiesta del consumatore di procedere, l'interesse a una veloce conclusione del contratto prevale rispetto all'esigenza di un'approfondita informativa.

La disposizione è per certi versi sorprendente in quanto consente la conclusione di un contratto di cui il consumatore non conosce appieno il contenuto. Bisogna tuttavia tenere presente che l'utente trova tutela, appunto, nel diritto di recesso, il cui termine decorre dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni. Ne consegue che è vero che l'utente può eccezionalmente concludere un contratto senza conoscerne i dettagli, ma è altrettanto vero che può - una volta preso conoscenza di condizioni contrattuali e informazioni - recedere dallo stesso. Nel complesso, dunque, il consumatore pare sufficientemente tutelato.

Ricapitolando: se al momento della conclusione del contratto non sono state fornite le condizioni contrattuali e le informazioni, il termine per il recesso non inizia a decorrere. Il termine inizia a decorrere solo nel momento successivo in cui il consumatore riceve tali condizioni contrattuali e informazioni.

L'obiettivo del legislatore è che l'utente venga messo in grado di conoscere tutte le condizioni contrattuali e tutte le informazioni prima che la sua decisione divenga definitiva. Al riguardo pare corretto parlare di «recesso informato».

L'art. 67-duodecies comma 3 cod. cons. contiene infine un'eccezione con riferimento alle assicurazioni sulla vita: in questo caso il termine per il recesso comincia a decorrere in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto. Bisogna difatti, in aggiunta, che al consumatore venga comunicato che il contratto è stato concluso. In altre parole non basta la conclusione del contratto, ma occorre che la conclusione sia comunicata all'utente. Questa disposizione conferma che le assicurazioni sulla vita sono un tipo contrattuale rispetto al quale il consumatore gode di tutela rafforzata.

I contratti d'investimento

Il legislatore specifica che «l'efficacia dei contratti relativi ai servizi d'investimento è sospesa durante la decorrenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso» (art. 67-duodecies comma 4 cod. cons.).

La prima osservazione da fare è che questa disposizione non concerne tutti i contratti aventi a oggetto servizi finanziari, bensì i soli contratti d'investimento. Il «servizio finanziario» è definito direttamente nel codice del consumo, e proprio nel contesto della commercializzazione a distanza, come «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale» (art. 67-ter lett. b cod. cons.). Come si può notare da questa definizione i servizi d'investimento sono una sola delle tante categorie di servizi finanziari che possono essere oggetto di commercializzazione a distanza. L'efficacia dei contratti è sospesa solo relativamente ai servizi d'investimento non per gli altri servizi finanziari.

L'art. 67-duodecies comma 4 cod. cons., nel menzionare i «servizi d'investimento», opera così - implicitamente - un rinvio alla materia disciplinata negli artt. 18 ss. d.lgs. n. 58 del 1998 (11). La disposizione

Nota:

(11) Sulla nuova disciplina dei contratti d'investimento dopo l'attuazione della direttiva MIFID cfr. L. Pontiroli-P. Duvia, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziari ed il recepimento della MIFID*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 151 ss.; V. Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 485 ss.; V. Sangiovanni, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in questa *Rivista*, 2008, 173 ss.; F. Sartori, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 25 ss.

in commento è del resto abbastanza simile a quella dell'art. 30 comma 6 d.lgs. n. 58 del 1998, secondo cui «l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato». Anche se le norme sono relativamente simili, sussistono alcune differenze. Il termine, ad esempio, è qui di 7 giorni, mentre nel caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari è di 14 giorni. Inoltre il termine decorre da momenti diversi: nel caso dell'art. 30 comma 6 d.lgs. n. 58 del 1998 dalla mera sottoscrizione del contratto, nell'ipotesi della commercializzazione a distanza dalla conclusione del contratto (purché siano state fornite le condizioni contrattuali e le informazioni).

Il codice del consumo prevede dunque che, nel caso particolare dei contratti d'investimento, l'efficacia del contratto sia sospesa. I contratti d'investimento non possono produrre effetti fino a che non sia decorso il termine (nel caso dell'art. 30 d.lgs. n. 58 del 1998 si tratta di 7 giorni, nel caso dell'art. 67-duodecies cod. cons. di 14 giorni). Se l'efficacia dei contratti è sospesa con riferimento ai contratti d'investimento, si può ricavare - *ex negativo* - che relativamente agli altri contratti (diversi da quelli d'investimento) l'efficacia non è sospesa: ne consegue che tali contratti sono efficaci e iniziano a produrre effetti. Laddove dovesse intervenire la dichiarazione di recesso nel termine stabilito dalla legge, il contratto cesserà di produrre effetti.

Le ragioni della sospensione dell'efficacia dei contratti d'investimento sono da ricercarsi nell'esigenza di una migliore tutela del consumatore. Si tratta anzitutto di accordi che possono implicare un esborso economico di notevole portata. In secondo luogo occorre riflettere su quelle che sono le conseguenze di un eventuale diritto di recesso. Una volta che sono stati comprati determinati strumenti finanziari, recesso significa che l'operazione deve essere posta nel nulla. Ma può capitare che ciò risulti possibile solo a condizioni peggiori, per il consumatore, rispetto a quelle a cui è stata compiuta la transazione originaria. In un'ottica di massima prudenza, il legislatore sospende l'efficacia dell'operazione per tutto il lasso di tempo in cui l'utente ha diritto di recesso. Decorso tale periodo, la transazione produce effetti e il recesso non è più possibile.

In un'ottica di analisi economica, bisogna rilevare che la sospensione dell'efficacia dei contratti d'investimento

ha senso - dal punto di vista del consumatore - per le operazioni d'investimento di medio e di lungo termine. La sospensione può invece andare contro gli interessi dell'utente quando l'operazione deve, per sua natura, effettuarsi nel breve termine (12). Difatti l'obiettivo del consumatore può essere quello di effettuare immediatamente una certa operazione, sfruttando le condizioni di mercato favorevoli, condizioni che - a distanza di pochi giorni, se non di poche ore - possono mutare.

Le eccezioni al diritto di recesso

La legge elenca poi dei casi in cui il diritto di recesso non opera (art. 67-duodecies comma 5 cod. cons.). L'idea su cui si basano queste eccezioni è che tale diritto non deve diventare uno strumento di cui il consumatore abusa per trarre vantaggi ingiustificati. Più specificamente si prevede anzitutto che «il diritto di recesso non si applica ai servizi finanziari, diversi dal servizio di gestione su base individuale di portafogli d'investimento se gli investimenti non sono già stati avviati, 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» (art. 67-duodecies comma 5 lett. a cod. cons.) (13).

Nota:

(12) Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 292; E. Guerinoni, *op. cit.*, 392.

(13) La disposizione elenca a titolo esemplificativo i servizi riguardanti: «1) operazioni di cambio; 2) strumenti del mercato monetario; 3) valori mobiliari; 4) quote di un organismo di investimento collettivo; 5) contratti a termine fermo (*futures*) su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; 6) contratti a termine su tassi di interesse (FRA); 7) contratti *swaps* su tassi d'interesse, su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o a indici azionari (*equity swaps*); 8) opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento previsto dalla presente lettera, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti. Sono comprese in particolare in questa categoria le opzioni su valute e su tassi d'interesse». L'art. 67-duodecies comma 5 lett. a cod. cons. si riferisce dunque anche ai contratti derivati. Al riguardo è forse utile ricordare al cortese lettore come, negli ultimi tempi, sia sorto un contenzioso di vaste proporzioni fra clienti e intermediari finanziari in relazione a tali contratti. Fra i più recenti contributi che si occupano di questa materia cfr. F. Bruno, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. merito*, 2008, 1261 ss.; P. Fiorio, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008, 2241 ss.; C. Motti, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, 1167 ss.; A. Piras, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2219 ss.; M. Sesta, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autore-sponsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008, 1751 ss.; V. Sangiovanni, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corr. mer.*, 2008, 41 ss.; Id., *Contratto di swap e nozione di operatore qualificato*, in questa *Rivista*, 2007, 1093 ss.

Con questa disposizione il legislatore desidera tenere conto del fatto che le parti, nel periodo in cui è attribuito il diritto di recesso, sono esposte a fluttuazioni del mercato finanziario. In condizioni del genere il consumatore - se gli fosse riconosciuto il diritto di recesso - potrebbe conseguire vantaggi indebiti, poiché si troverebbe nella posizione di far propri i vantaggi dell'operazione senza accollarsene i rischi. L'utente particolarmente scaltro potrebbe utilizzare il diritto di recesso per attività speculative a senso unico: se l'operazione effettuata risulta positiva non recede dal contratto, se invece l'operazione risulta negativa recede. È una *ratio* simile a quella che giustifica una disposizione come l'art. 30 comma 8 d.lgs. n. 58 del 1998, secondo cui il diritto di recesso «non si applica alle offerte pubbliche di vendita o di sottoscrizione di azioni con diritto di voto o di altri strumenti finanziari che permettano di acquisire o sottoscrivere tali azioni». Se così non fosse, il consumatore potrebbe aderire all'offerta pubblica e successivamente, verificato l'andamento del mercato, recedere dall'offerta qualora il prezzo degli strumenti finanziari fosse nel frattempo calato (14). È esclusa dall'ambito di applicazione di questa disposizione il servizio di gestione su base individuale se gli investimenti non sono già stati avviati (15). Con riferimento, dunque, al servizio di gestione non sussiste alcuna eccezione e rimane fermo il diritto di recesso. Il legislatore si riferisce al caso in cui è stato stipulato un contratto-quadro, ma non sono state compiute operazioni attuative dello stesso; in ipotesi del genere il diritto di recesso non va a incidere finanziariamente sulle posizioni dei contraenti. Bisogna difatti considerare che il contratto-quadro non è in sé un'operazione finanziaria, ma semplicemente la disciplina pattizia del rapporto fra le parti in vista di futuri investimenti.

Il codice del consumo prevede inoltre che il diritto di recesso non si applica «alle polizze di assicurazione viaggio e bagagli o alle analoghe polizze assicurative a breve termine di durata inferiore a un mese» (art. 67-*duodecies* comma 5 lett. *b* cod. cons.). Anche in questo caso il legislatore vuole evitare che il consumatore abusi del fattore tempo. Si tratta difatti di polizze assicurative a breve termine. Se il consumatore potesse recedere dalle stesse, si avrebbe la seguente situazione paradossale: il consumatore è assicurato, ma - una volta che è venuto meno il rischio - recede dal contratto di assicurazione. L'utente trarrebbe solo vantaggi dal contratto, lasciando i potenziali oneri a carico della controparte. Bisogna anche rilevare che le polizze di assicurazione viaggio e bagagli non rappresentano contratti particolarmente

complessi, per cui pare quasi eccessivo attribuire il diritto di recesso al consumatore, il quale - rispetto a operazioni, fra l'altro, modeste dal punto di vista finanziario - è chiamato ad adottare una particolare diligenza nelle verifiche che precedono la conclusione dell'accordo (16).

La legge prevede poi che il diritto di recesso non si applica «ai contratti interamente eseguiti da entrambe le parti su esplicita richiesta scritta del consumatore prima che quest'ultimo eserciti il suo diritto di recesso, nonché ai contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per i quali si sia verificato l'evento assicurato» (art. 67-*duodecies* comma 5 lett. *c* cod. cons.). Questa disposizione prevede due diverse fattispecie.

Anzitutto viene affrontato il caso del contratto già eseguito interamente da entrambe le parti. Se l'esecuzione è avvenuta su richiesta del consumatore, questi non può esercitare il diritto di recesso. Il comportamento dell'utente sarebbe difatti, altrimenti, connotato da scorrettezza, per avere egli accettato (anzi addirittura richiesto) l'esecuzione del contratto, salvo poi - non appena terminata l'esecuzione dello stesso - pretendere di recedere. La dizione usata dal legislatore è quella di «esplicita richiesta scritta» e sottintende una consapevolezza da parte del consumatore: l'utente deve prima essere stato adeguatamente informato sul contratto e poi esprime la sua richiesta per iscritto, ossia con una modalità che impone una riflessione sul significato dell'atto che si pone in essere (17). Il consumatore deve essere consapevole che, effettuando la propria richiesta, perde il diritto di recesso. Se le parti hanno realmente voluto dare esecuzione per intero agli accordi su esplicita richiesta scritta dell'utente, la previsione di un diritto di recesso sarebbe difficilmente conciliabile con i principi di correttezza che devono connotare i comportamenti contrattuali. L'esplicita richiesta scritta viene sostanzialmente equiparata a una (implicita) rinuncia al diritto di recesso. La legge richiede che la richiesta del consumatore sia non solo scritta, ma anche «esplicita». In questo modo si vogliono evitare fraintendimenti fra le parti; in parti-

Note:

(14) P. Longhini, *op. cit.*, 198.

(15) Sul servizio di gestione sia concesso rinviare a V. Sangiovanni, *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, in questa *Rivista*, 2006, 966 ss.

(16) Cfr. P. Longhini, *op. cit.*, 199.

(17) Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 293; P. Longhini, *op. cit.*, 199.

colare si vuole evitare il rischio che il fornitore esegua il contratto senza la reale espressione di un consenso dell'utente per poi pretendere il corrispettivo. La seconda fattispecie affrontata dalla disposizione in commento riguarda i contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per danni da circolazione. Se si è verificato l'evento assicurato, la compagnia assicurativa è tenuta a pagare il risarcimento pattuito fra le parti. L'esercizio del diritto di recesso farebbe venire meno tale obbligo.

La legge prevede una quarta eccezione alla possibilità di esercitare il diritto di recesso: il diritto di recesso non si applica «alle dichiarazioni dei consumatori rilasciate dinanzi a un pubblico ufficiale a condizione che il pubblico ufficiale confermi che al consumatore sono garantiti i diritti di cui all'art. 67-*undecies*, comma 1» (art. 67-*duodecies* comma 5 lett. *d* cod. cons.). La presenza di un pubblico ufficiale assicura che le dichiarazioni di volontà del consumatore sono state effettivamente rese e che l'utente ha espresso liberamente la propria volontà. A queste condizioni il legislatore reputa che la concessione del diritto di recesso sarebbe una forma di tutela eccessiva. La legge esige tuttavia che siano garantiti i diritti di cui all'art. 67-*undecies* comma 1 cod. cons.: occorre insomma che il fornitore comunichi al consumatore le condizioni contrattuali e le informazioni.

Le modalità dell'esercizio del diritto di recesso

L'art. 67-*duodecies* comma 6 cod. cons. si sofferma sulle modalità con cui va esercitato il diritto di recesso: «se esercita il diritto di recesso, il consumatore invia, prima dello scadere del termine e secondo le istruzioni che gli sono state date ai sensi dell'art. 67-*septies*, comma 1, lettera *d*), una comunicazione scritta al fornitore, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altro mezzo indicato ai sensi dell'art. 67-*septies*, comma 1, lettera *d*» (art. 67-*duodecies* comma 6 cod. cons.).

Questo comma della disposizione del codice del consumo che regola il diritto di recesso è posto anche nell'interesse del fornitore. In esso si chiarisce anzitutto che il diritto di recesso del consumatore va esercitato mediante comunicazione scritta. È da escludersi pertanto la validità della forma orale. Inoltre lo scritto deve assumere - in linea di principio - la forma della lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la quale dà certezza sia dell'avvenuta spedizione sia dell'avvenuta ricezione della comunicazione. Tuttavia istruzioni pratiche per l'esercizio del diritto di recesso possono essere comunicate dal

fornitore al consumatore. L'art. 67-*septies* lett. *d* cod. cons. consente la previsione dell'utilizzo di mezzi differenti. Nell'ipotesi in cui fossero stati pattuiti altri mezzi di comunicazione, il recesso può essere esercitato in forma diversa dalla raccomandata. Rimane peraltro ferma la necessità di forma scritta. Si può, ad esempio, pensare a un recesso esercitato mediante l'invio di un *fax*.

La disposizione enuncia poi il c.d. «principio della spedizione» e, sotto questo profilo, la norma avvantaggia il consumatore (18). L'utente deve premunirsi di rispettare il termine nel momento in cui effettua la spedizione. Anche se la spedizione dovesse arrivare dopo il termine fissato dalla legge, il recesso sarebbe stato esercitato per tempo. Nella sostanza si deroga al principio di cui all'art. 1335 c.c., secondo cui «la proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario» (19).

Note:

(18) Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 294; P. Longhini, *op. cit.*, 200.

(19) Così A. Torelli, *Contratti a distanza e tutela del consumatore. La nuova disciplina nella commercializzazione dei servizi finanziari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 646.