GITTI AND PARTNERS

INTERVENTO INTRODUTTIVO AL CONVEGNO

NOVITÀ E TREND REGOLAMENTARI 2018 – IDEE PER LA BANCA DEL FUTURO:

LA PROSPETTIVA DEL FINTECH

AUTONOMIA NEGOZIALE NEI CONTRATTI BANCARI, FINANZIARI, ASSICURATIVI E PERVASIVITÀ DELLA REGOLAMENTAZIONE

Avv. Camilla Ferrari
Of Counsel

Con il mio intervento, voglio "occupare" solo pochi minuti per segnalare alcune tendenze regolatorie, già evidenti nel recente passato e confermate dal *set* di provvedimenti che i miei colleghi si accingono a commentare, relative al profilo negoziale delle operazioni concluse, a diverso titolo, nei settori bancario, finanziario e assicurativo.

All'evidenza, nei settori segnalati, l'autonomia contrattuale – intesa soprattutto, ai sensi del primo comma dell'art. 1322 c.c. – come potere di determinare liberamente il contenuto del contratto, pur nei limiti imposti dalla legge – è fortemente compressa, se non quasi annullata. Ciò non vale soltanto per il contrante paradigmaticamente "debole" (quali il risparmiatore, l'investitore, il cliente *retail*), che si trova ad aderire ad un contratto scritto, cioè predisposto *in toto* e in ottica seriale, dalla controparte professionale; l'assunto vale anche per quest'ultima (e quindi per l'intermediario bancario, finanziario ovvero assicurativo) che, di fatto, si trova il testo contrattuale già confezionato dal regolatore, sia esso il legislatore europeo, la normativa primaria domestica o la normativa secondaria proveniente dall'Autorità di vigilanza competente.

L'autonomia contrattuale, già ridimensionata per le parti "deboli" dall'assenza di margini di trattativa con la controparte professionale, risulta fortemente ristretta anche per quest'ultima. In altre parole, il suo peso appare oramai residuale, a fronte della volontà del regolatore di uniformare e oggettivizzare i contenuti dei contratti di settore.

Provo a svolgere il tema, fornendo qualche dato particolare. Si possono segnalare alcune aree tematiche di influenza, pressoché comuni ad ogni genere di regolazione settoriale dell'autonomia contrattuale.

1. L'(in)formazione precontrattuale

Una di queste è sicuramente l'(in)formazione, intendendosi con questa locuzione il diffuso utilizzo, a livello sia primario sia secondario, di regole introduttive di precisi obblighi informativi da rispettarsi nella fase precontrattuale, che però tendono a divenire componente imprescindibile ai fini del perfezionamento dell'accordo, se non, addirittura, del contenuto del medesimo, giungendo talora a condizionarne la validità.

Le regole, *ça va sans dire*, sono puntuali e specifiche per ciascun settore (anzi, vi sono pure moduli informativi altamente differenziati in seno al singolo settore). Tuttavia, a livello generale si può definire l'informazione precontrattuale come un elenco analitico di elementi da fornirsi tassativamente da parte dell'operatore professionale al cliente, od anche, nella direzione opposta, da parte di quest'ultimo al professionista, ai fini della "confezione" di un servizio personalizzato e adeguato. L'impianto ricalca le tecniche disciplinari collaudate presso la normativa consumeristica, anch'esse rivolte ad una lista dettagliata e vincolante delle informazioni destinate alla parte debole del rapporto come base del consenso consapevole.

In questa direzione, conducono:

- nel settore bancario: (a) il dettaglio contenutistico dei fogli informativi, quale specificato dalle Disposizioni sulla Trasparenza di Banca d'Italia, che, lungi dal riferirsi a mere dichiarazioni promozionali, tratta una declinazione largamente anticipata – rispetto al frangente, niente affatto prevedibile e sicuro, della conclusione dell'accordo – delle condizioni contrattuali *standard* che la parte bancaria andrebbe ad applicare nell'ipotesi, ancora tutta da verificare, in cui l'interlocutore decidesse di richiedere le prestazioni. In particolare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, del Testo Unico Bancario, il sempre eventuale contratto non potrà prevedere condizioni peggiorative rispetto a quelle pubblicizzate o, per meglio dire, proposte al primo stadio dei contratti fra intermediario e potenziale cliente; (b) ad uno stadio successivo – che presume l'instaurazione di una trattativa vera e propria, per quanto caratterizzata dalla standardizzazione dei contenuti dei fogli informativi predisposti unilateralmente dalla banca –, le Disposizioni sulla Trasparenza prevedono altri strumenti di informazione contrattuale, se possibile ancora più densi in rapporto al regolamento contrattuale definitivo che potrebbe derivare dall'esito positivo della trattativa stessa: anzi, il paragrafo 6 della sezione II dispone che «prima della conclusione del contratto, l'intermediario consegn[i] al cliente, su sua richiesta, una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula», nonostante che, comunque, «la [sua] consegna non impegna le parti alla stipula del contratto»;
- nel settore finanziario: l'impianto regolatorio dell'informazione precontrattuale, il quale è stato conservato, nelle sue linee essenziali, dalla MiFID II, con un aggravamento complessivo degli oneri informativi (di acquisizione ovvero di rilascio di informazioni) a carico dell'intermediario, in particolare sul versante dei "costi", anche in virtù della configurazione della fattispecie della cosiddetta "consulenza su base indipendente". In sintesi, la regolazione dell'informazione precontrattuale conserva la caratteristica del "doppio flusso parallelo bi-direzionale" (che coinvolge cioè flussi di dati che viaggiano non solo dall'intermediario al cliente ma anche da quest'ultimo

all'operatore cui si rivolge; di per sé niente affatto circoscritti alla fase precontrattuale); altresì, mantiene la bi-partizione della funzionalità della "raccolta", rispetto alla valutazione di adeguatezza oppure di appropriatezza (ferma restando la "zona franca" della mera esecuzione) a seconda del tipo di servizio di investimento o di prodotto finanziario di cui il potenziale cliente intende avvalersi;

- nel settore assicurativo: come è noto, il Codice delle assicurazioni private assegna agli intermediari assicurativi il compito di colmare il presunto divario informativo tra l'impresa di assicurazione e il cliente. Il riferimenti normativi sono, a livello primario, l'art. 120 del CAP, e, a livello secondario, la parte III del Regolamento IVASS n. 5 del 16 ottobre 2006, ove, tra l'altro, l'art. 52 commissiona all'intermediario, «in fase precontrattuale», l'acquisizione «dal contraente [di] ogni informazione utile a valutare l'adeguatezza del contratto offerto in relazione alle esigenze assicurative e previdenziali di quest'ultimo nonché (…) alla propensione al rischio».

Oltre il piano descrittivo, i doveri di *disclosure* precontrattuali previsti dalle disposizioni regolatorie di settore rivestono un ruolo dirimente nel procedimento di stipulazione del contratto, tale per cui l'(in)formazione scolora financo nella formazione. Simili informazioni – ancora una volta in linea con la struttura della normativa consumeristica – subiscono una sorta di attrazione nel contenuto del contratto, vincolando il contraente, soprattutto sul versante professionale, ad un adempimento ad esse conforme.

A questo proposito, per il settore bancario è già stato segnalato come, ai sensi del comma sesto dell'art. 117 del Testo Unico Bancario, l'informazione anticipata in realtà costituisca una soglia minima e non peggiorabile del contenuto del futuro, eventuale, contratto. Per il settore finanziario, la mancata o insufficiente profilazione del cliente (dovuta anche alla scarsa collaborazione di quest'ultimo) addirittura osta, per i servizi "coperti" dalla regola di adeguatezza, all'erogazione del medesimo.

Alla luce di tali considerazioni, la contrattualizzazione del *set* informativo da rendersi, di volta in volta, al risparmiatore, all'investitore o al cliente della compagnia assicurativa, pure "aggravato" e "stressato" dalle nuove regole di recentissima o prossima entrata in vigore, potrebbe suggerire una revisione delle soluzioni interpretative fornite dalla giurisprudenza riguardo alle conseguenze derivanti da una mancata, insufficiente od erronea informazione: come è noto, la violazione degli obblighi informativi rilevanti in sede precontrattuale, sul piano delle discipline richiamate, resta priva di una esplicita statuizione, financo ad opera della normativa primaria, in ordine alle sanzioni civilistiche da applicarsi.

Brevemente, per i profili di interesse in questa sede, e cioè con riferimento agli «obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione», mutuando il linguaggio delle pronunce gemelle delle Sezioni Unite del 2007, il riscontro di una responsabilità precontrattuale, risolta dalle Corti in via maggioritaria con l'applicazione del regime della responsabilità extracontrattuale – ed affiancata, nei casi più gravi ed estremi di reticenza e "inganno", dalla annullabilità –, potrebbe apparire ora una sanzione poco proporzionata e insufficiente a presidiare l'adempimento degli obblighi in questione.

2. La "forma-contenuto del contratto"

Se l'(in)formazione precontrattuale anticipa il contenuto del futuro, eventuale, contratto, a sua volta il contenuto è ingessato in una forma particolare. Come è noto, il binomio "forma-contenuto" indica l'imposizione, all'interno del documento contrattuale di una serie di elementi predeterminati ed elencati dal regolatore. La forma veicola dunque un contenuto minimo inderogabile e viene così a rappresentare, nel contesto dei contratti regolati, l'«insieme delle note esteriori di un testo», comprensivo non solo del vestimento, ma anche delle indicazioni esplicative che lo scritto contrattuale, a pena di nullità, deve recare.

I precetti della regolazione prediligono la "forma-contenuto", richiedendo una copertura formale per molteplici dati contenutistici, che superano di misura il novero degli elementi essenziali del contratto. L'esame delle prescrizioni in tal senso rilevanti risulta peraltro agevole, avendo anticipato i temi nell'esposizione degli obblighi di (in)formativa imposti prima della conclusione del contratto.

Il legislatore, *in primis*, e poi le Autorità di vigilanza competenti, stilano elenchi di dati che il soggetto predisponente il testo contrattuale (ossia l'operatore professionale) deve integrare, andando a specificare, voce per voce, i dettagli concreti e minuti previsti dal programma dettato da una fonte a livello superiore: in guisa, ad esempio, di indirizzi e recapiti dell'intermediario/finanziatore/venditore; di caratteristiche, quantitative e qualitative, delle prestazioni fornite; di durata e di diritti di "exit" previsti in capo all'uno o all'altro contraente. La struttura "ad elenco", peraltro, si ripropone anche per le informazioni che la parte professionale è tenuta a chiedere o comunque a reperire presso il cliente, nelle diverse attività di profilatura richieste ai sensi delle regole di adeguatezza e appropriatezza relative ai servizi di investimento (e ai contratti assicurativi), destinate a conformare l'accordo quadro di intermediazione e le singole operazioni successive, se non addirittura a decidere del loro destino.

L'impressione del contenuto del contratto che il panorama regolatorio consegna pare contrastare *in nuce* la libertà delle parti di determinarlo liberamente, loro riconosciuta, per quanto entro limiti imposti dalla legge, dall'art. 1322, comma primo, c.c.. Per la verità, è proprio il regolatore – a livello sia primario sia secondario – ad arrogarsi tale prerogativa ogni qualvolta predispone, con un livello significativo di concretezza e specificità, i punti destinati a comporre il testo contrattuale. Alle parti private – soprattutto alla parte professionale che prepara il testo del contratto o della proposta contrattuale – non resta che scrivere, in corrispondenza dei singoli argomenti elencati, i dati che, per ogni singolo accordo, corrispondono alle richieste formulate in via autoritativa.

Il contenuto del contratto si evolve, nella regolazione della contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa, in predisposizione unilaterale (in quanto proveniente dal legislatore ovvero dall'Autorità) dello scritto contrattuale, destinata ad essere completata – negli aspetti di estremo dettaglio, rispettosi del già fitto programma normativo – da parte dei contraenti sotto-ordinati o, per meglio dire, del contraente che esercita l'attività riservata o caratteristica.

La standardizzazione delle formule negoziali, un tempo espressione del potere del contraente "forte" verso la massa dei possibili oblati, si tramuta in una soluzione volta a garantire (oltre all'esplicazione e all'illustrazione compiuta delle clausole agli

utenti/investitori/consumatori) il confronto immediato tra le varie offerte e dunque la concorrenza e l'efficienza del mercato di riferimento.

3. Considerazioni conclusive

La rilevante restrizione all'autonomia contrattuale (soprattutto di quella dell'intermediario) non è tuttavia avvenuta in funzione di una istanza protezionistica finalizzata a tutelare una particolare categoria di soggetti (clienti, utenti, risparmiatori, *et cetera*). La regolazione dei contratti di settore, infatti, non costituisce automaticamente e integralmente una disciplina di tutela; tra i suoi principi ispiratori, si annoverano – oltre a «l'interesse del cliente» e la «tutela degli investitori» – anche e soprattutto «l'integrità dei mercati», «la stabilità e il buon funzionamento del sistema», la «sana e prudente gestione», la «trasparenza», che talvolta implicano la protezione del contraente "debole" ma non si esauriscono con essa. Tant'è che gli interventi regolatori sul contratto coinvolgono sia negoziazioni asimmetriche, tra professionisti e "clienti finali", sia negoziazioni fra operatori egualmente professionali (si veda in proposito l'estensione della previsione della forma scritta del contratto anche ai rapporti con i clienti professionali e nell'ambito dei servizi di consulenza, ora prevista dal nuovo Regolamento Intermediari).

In tale direzione, la dimensione standardizzata e seriale della contrattazione nei settori vigilati mira ad ottenere pattuizioni sempre più conformate al dettaglio prescritto dal regolatore e dunque sempre più simili tra loro, al fine principale di rendere immediatamente comparabili e "governabili" le offerte commerciale che recano.

Questa conclusione non è contraddetta dalla istanza – come vedremo, comune alla MiFID e alla IDD – circa la "personalizzazione" dei servizi, intesa nei termini di un "pacchetto" di misure volte a rendere disponibile una offerta di servizi di investimento, nonché di prodotti assicurativi, il più possibile rispondenti agli interessi e alla propensione al rischio del cliente. Anzitutto, tali misure incidono direttamente sulla natura del servizio oggetto del contratto, e non sulla disciplina contrattuale in sé, che rimane standardizzata.

Soprattutto, la segnalata "personalizzazione" non avviene affatto su base individuale, ma per macro-categorie di "utente"; e dunque, nonostante l'introduzione di qualche *distinguo*, riaffermano l'approccio uniformante della disciplina. Si veda, ad esempio, l'art. 24, secondo comma, della MiFID II, che si esprime, con riferimento alla realizzazione di strumenti finanziari destinati alla vendita alla clientela, nei termini di "prodotti concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria" e di "strategia di distribuzione degli strumenti finanziari (…) compatibile con il target". Analogamente, l'art. 25 della IDD, in relazione sempre a prodotti assicurativi destinati alla vendita, prescrive "per ciascun prodotto un mercato di riferimento individuato"; una "strategia di distribuzione (…) coerente con il mercato di riferimento stesso" e "misure ragionevoli per assicurare che il prodotto assicurativo sia distribuito al mercato di riferimento individuato".

Nella prospettiva del Fintech, la ricercata standardizzazione delle formule contrattuali avrà buon gioco nel veicolare la dichiarazione negoziale, con struttura e contenuti seriali, all'interno della tecnologica informatica.

In ipotesi, l'autonomia contrattuale risulterà a questo punto ridotta all'*an* della decisione di concludere un contratto, essendo le fasi di predisposizione, stipulazione, esecuzione e "regolazione" del contratto interamente automatizzate.

DISCLAIMER
La presente informativa ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.
The only purpose of this introduction note is to provide general information. It is not a legal opinion nor should it be relied upon as a substitute for legal advice.