

ESTINZIONE ANTICIPATA E DIRITTI DEL CONSUMATORE: L'IMPATTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE SUL "CASO ITALIANO"

Rimborsabili anche i costi "che non dipendono dalla durata del contratto": ma può dirsi inadempiente la Banca che si sia conformata alla normativa italiana?

A cura dell'Avv. Walter Giacomo Caturano – Direttore Scientifico *Ex Parte Creditoris*

ABSTRACT

Una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea è destinata ad aprire un profondo dibattito tra gli operatori del credito, sul delicato tema del rimborso dei costi dovuto al consumatore in caso di estinzione anticipata di un finanziamento. I Giudici di Lussemburgo hanno sancito la rimborsabilità anche dei costi "che non dipendono dalla durata del contratto". La pronuncia è destinata a superare la tradizionale distinzione tra oneri "up-front" e "recurring"? Quale impatto avrà sul sistema italiano? È del tutto lineare il percorso argomentativo della Corte?

SOMMARIO

§-I) Premessa introduttiva - §-II) Il contesto normativo - §-III) Una prima delimitazione dell'oggetto di tutela: consumatori e credito al consumo - §-IV) Esame comparativo delle normative nazionali ed argomentazioni della Corte UE - §-V) Il commento – L'impatto sul "caso italiano" - §-V.a) Il tema della vincolatività del dictum della CGUE - §-V.b) Il tema della "efficacia diretta" della direttiva 2008/48; §-V.c) Il tema della "direttrice" entro cui è possibile far valere l'inesatta trasposizione della direttiva (rapporti "orizzontali" vs. rapporti "verticali") - §-V.d) Il tema dei rimedi a disposizione del singolo per far valere i diritti scaturenti dalla direttiva; §-V.e) Il tema dell'effettivo superamento della distinzione tra costi "up-front" e costi "recurring" - §-VI) Considerazioni conclusive e spunti critici.

§-I) PREMESSA INTRODUTTIVA

È destinata ad aprire un profondo dibattito tra gli operatori del credito la recente sentenza dell'11 settembre 2019 (causa C-383/2018), con la quale la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** si è pronunciata – in sede di rinvio pregiudiziale – sul delicato tema del rimborso dei costi dovuto al consumatore in caso di estinzione anticipata di un finanziamento.

La decisione pregiudiziale interpretativa della Corte di Giustizia UE è stata sollecitata nell'ambito di tre controversie pendenti innanzi ad organi giurisprudenziali polacchi, tenuto conto della «legge sul credito al consumo» che traspone la direttiva 2008/48 proprio nell'ordinamento giuridico polacco.

Oggetto della richiesta di "interpretazione" alla Corte di Giustizia UE era il seguente: ***"se [...] il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato di quest'ultimo, contemplato all'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, riguarda anche i costi che non dipendono dalla durata del contratto"***.

Per comprendere appieno il percorso argomentativo dei Giudici di Lussemburgo – e coglierne i possibili riflessi sul "caso italiano" – è opportuno tracciare brevemente il contesto normativo in cui la decisione si "muove".

§-II) IL CONTESTO NORMATIVO

L'articolo 16 della direttiva in parola, intitolato «Rimborso anticipato», dispone quanto segue: «1. **Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto.**».

La norma appena citata sopra invocata ribadisce il principio già espresso dal disposto dell'art. 8 della direttiva 87/102/CEE (poi ripreso dal D.M. dell'8.7.92), ai sensi del quale “il consumatore deve avere la facoltà di adempiere in via anticipata agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito” e “in conformità delle disposizioni degli stati membri, egli deve avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito”.

Nell'ordinamento italiano, tale disposizione è stata recepita dal D.Lgs. n. 141/2010, in base al quale, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore “[...] **ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto**”.

Avuto riguardo alla normativa regolamentare, invece, le Disposizioni di Vigilanza del 29 luglio 2009 e s.m.i. (recanti “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, alla Sezione VII, par. 5.2.1 – Contratti di credito”) hanno ribadito che “**I contratti di credito indicano in modo chiaro e conciso: [...] q) il diritto del consumatore al rimborso anticipato previsto dall'articolo 125-sexies, comma 1, del T.U.**”.

§-III) UNA PRIMA DELIMITAZIONE DELL'OGGETTO DI TUTELA: CONSUMATORI E CREDITO AL CONSUMO

Un primo importante “confine” per valutare l'impatto della decisione della Corte va tracciato avuto riguardo all'oggetto di tutela (della direttiva e della normativa italiana di recepimento): la tutela concerne **esclusivamente la posizione del “consumatore”**.

Più nel dettaglio, l'art. 125 sexies del T.U.B. (il quale esordisce già riferendosi al “consumatore”), s'inscrive sistematicamente all'interno del Capo II del Titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti) ed è rubricato espressamente “**Credito ai consumatori**”.

In apertura del Capo II, l'**art. 122** definisce l'ambito di applicazione della disciplina:

*“1. Le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti di credito comunque denominati, **a eccezione dei seguenti casi:** [...]”.*

Tra le “eccezioni” più rilevanti (per le quali quindi **non si applica nessuna delle le disposizioni del Capo II**) vanno tenute in considerazione le seguenti ipotesi:

*[SECONDO UN CRITERIO “QUANTITATIVO”] “a) finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o **superiore a 75.000 euro**. Ai fini del computo della soglia minima si prendono in considerazione anche i crediti frazionati concessi attraverso più contratti, se questi sono riconducibili a una medesima operazione economica”*

*[SECONDO UN CRITERIO “QUALITATIVO”] “f) **finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili**”.*

È prevedibile, pertanto, che – a prescindere da ogni considerazione circa l'efficacia immediatamente “vincolante” della decisione della Corte di Giustizia UE – l'impatto più rilevante si avvertirà sul contenzioso riguardante il credito al consumo ed i finanziamenti con “cessione del quinto”.

§-IV) ESAME COMPARATIVO DELLE NORMATIVE NAZIONALI ED ARGOMENTAZIONI DELLA CORTE UE

Premesso che il procedimento rinvio pregiudiziale è stato attivato nell'ambito di tre controversie pendenti innanzi ad uffici giudiziari polacchi, è importante, prima di entrare nel merito della decisione della Corte, comparare la normativa di attuazione polacca a quella italiana:

ORDINAMENTO POLACCO	ORDINAMENTO ITALIANO
12 maggio 2011 - Dz. U. n.126, posizione 715 articolo 49, paragrafo 1	Articolo 125-sexies T.U.B.
<i>In caso di rimborso dell'intero credito prima della data concordata nel contratto, il costo totale del credito è ridotto nella misura dei costi corrispondenti al periodo di durata residua del contratto, anche qualora il consumatore li abbia sostenuti prima di tale rimborso.</i>	(Rimborso anticipato) 1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tal caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto.

Le due normative sono praticamente sovrapponibili; entrambe limitano la riduzione dei costi del finanziamento a quelli corrispondenti al periodo di durata residua del contratto.

La normativa polacca aggiunge l'inciso della riduzione dei costi anche **“qualora il consumatore li abbia sostenuti prima di tale rimborso”**.

Venendo all'esame della decisione della Corte di Giustizia UE, alla domanda **“se [...] il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato di quest'ultimo, contemplato all'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, riguardi anche i costi che non dipendono dalla durata del contratto”**, è stata fornita la seguente risposta:

«L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, **deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore**».

[SEGUE] Le motivazioni della CGUE

I punti salienti della motivazione possono essere così sintetizzati:

- 1). La direttiva (articolo 3, lettera g) fornisce la **nozione di «costo totale del credito»**, includendovi tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il soggetto concedente il credito è a conoscenza, escluse le spese notarili. Tale definizione **non contiene dunque alcuna limitazione relativa alla durata del contratto di credito in questione.**
- 2). Il riferimento alla **«restante durata del contratto»**, che compare all'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, **potrebbe essere interpretato, tanto nel senso che esso significa che i costi interessati dalla riduzione del costo totale del credito sono limitati a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto oppure a quelli che sono presentati dal soggetto concedente il credito come riferiti ad una fase particolare della conclusione o dell'esecuzione del contratto, quanto nel senso che esso indica che il metodo di calcolo che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto [...];**

- 3). L'obiettivo della **direttiva 2008/48** è quello di **garantire un'elevata protezione del consumatore** (v., in tal senso, sentenza del 6 giugno 2019, Schyns, C-58/18, EU:C:2019:467, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata).
- 4). L'**effettività** del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito **risulterebbe sminuita** qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 54 delle sue conclusioni, i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto.
- 5). **Limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito**, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto.
- 6). Il **“margine di manovra” di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto.**

§-V) IL COMMENTO – L'IMPATTO SUL “CASO ITALIANO”

Per esaminare e prevedere l'impatto della decisione sull'ordinamento italiano (e sul contenzioso bancario in particolare) occorre porsi soprattutto nella prospettiva del rapporto gerarchico e dinamico tra la disciplina UE e quella nazionale.

Proprio in tale direttrice si svilupperanno le riflessioni che seguono, relativamente ai “temi” che la Sentenza in commento pone sul “tavolo” degli operatori.

§-V.a) Il tema della vincolatività del *dictum* della CGUE

In primis, va indagato il tema della vincolatività della decisione per il giudice italiano che si trovi a dover applicare (e quindi interpretare) la normativa UE.

Sotto il profilo teorico, vi sono pochi dubbi, ma le implicazioni “pratiche” non sono altrettanto lineari, come si tenterà di vedere in seguito.

Il rinvio pregiudiziale è previsto dagli articoli 19, paragrafo 3, lettera b), del trattato sull'Unione europea (in breve «TUE») e 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in breve «TFUE»). Esso mira a garantire l'interpretazione e l'applicazione uniformi di tale diritto in seno all'Unione, fornendo ai giudici degli Stati membri uno strumento che consenta loro di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale, questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione o la validità di atti adottati dalle istituzioni, organi o organismi dell'Unione.

La domanda di pronuncia pregiudiziale deve riguardare **l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione**, e non l'interpretazione delle norme del diritto nazionale o questioni di fatto sollevate nell'ambito del procedimento principale.

Quando la Corte si pronuncia sulla “interpretazione del diritto dell'Unione” (c.d. sentenza interpretativa), la stessa:

- vincola il giudice che ha disposto il rinvio il quale è tenuto ad applicare la norma europea così come interpretata dalla Corte di giustizia;

- vincola anche gli altri giudici e le amministrazioni nazionali dovranno applicare la norma europea così come interpretata dalla Corte di giustizia.

D'altronde, se così non fosse, l'istituto del rinvio pregiudiziale non potrebbe assolvere a quella funzione di "armonizzazione" degli ordinamenti, vedendo sminuito il proprio ruolo.

Occorre però anticipare una considerazione su un profilo rilevante ai fini dell'analisi: **la "fonte" interpretata in senso vincolante è quella europea, ed essa sola (sic!).**

Laddove il giudice nazionale sia chiamato, invece, a misurarsi con l'interpretazione della normativa interna di attuazione di "quella" fonte europea, muta nettamente la prospettiva, incrociandosi l'ermeneutica processuale con il rapporto "dinamico" tra gli ordinamenti ed i vincoli dettati dalle esigenze di certezza del diritto.

§-V.b) Il tema della "efficacia diretta" della direttiva 2008/48

Chiarito che il giudice nazionale deve conformarsi alle sentenze interpretative della Corte UE, va quindi esaminato un ulteriore profilo, che è quello della rilevanza e/o diretta efficacia della norma oggetto dell'interpretazione della Corte (nel caso di specie l'art. 16 della direttiva 2008/48) nell'ordinamento nazionale.

Tale aspetto è dirimente, in quanto solo la normativa UE avente efficacia diretta può condurre alla disapplicazione del diritto nazionale che non sia ad essa conforme (c.d. effetto di esclusione).

Ai sensi dell'**art. 288, n. 3, TFUE**, le direttive sono una fonte obbligatoria di diritto secondario dell'Unione europea. Esse presentano la caratteristica di vincolare gli Stati membri cui sono dirette (nella maggior parte dei casi, tutti gli Stati) per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciandoli tuttavia liberi quanto alla scelta della forma e dei mezzi necessari per conseguirlo. A differenza dei regolamenti, quindi, non sono direttamente applicabili negli ordinamenti interni, né hanno portata generale, avendo come destinatari formali solo Stati membri.

Tuttavia, l'elaborazione del diritto comunitario ha consentito di superare tale distinzione, **attribuendo anche alle direttive**, a determinate condizioni, **l'idoneità a produrre effetti diretti**, onde non vanificare la produzione normativa comunitaria in caso di mancata (o erronea) trasposizione delle stesse negli ordinamenti nazionali.

In via di estrema sintesi, l'efficacia diretta è stata affermata per le c.d. direttive "*self executing*", ovverosia quelle sufficientemente dettagliate nei propri contenuti, che, quindi, non necessitano di alcun provvedimento di attuazione da parte dello Stato membro ed hanno il "potere" di incidere direttamente nella sfera giuridica del singolo cittadino.

Nel caso di specie, tuttavia, è da considerare che:

- da un lato, è dubbio se la direttiva 2008/48 possa dirsi sufficientemente specifica nella determinazione dei diritti che intende attribuire al consumatore e, pertanto, possa annoverarsi tra quelle ad efficacia diretta.

In particolare, se è chiara l'affermazione di principio di cui all'art. 16, par. 1, circa l'attribuzione al cliente del "diritto" alla "riduzione del costo totale del credito", **non è altrettanto dettagliato il criterio temporale di restituzione che il "legislatore" europeo intende adottare** (sul punto si dirà più approfonditamente *infra*, §-V.e) e §VI) a proposito della valutazione di compatibilità del metodo *pro rata temporis* con riferimento alla restituzione di costi non legati al fattore-tempo).

La considerazione non è peregrina, posto che, *in subjecta materia*, la regolamentazione degli aspetti tecnici è talvolta assorbente rispetto alle indicazioni di principio, in quanto l'adozione di

un criterio computazionale (ovvero di un altro) finisce per incidere sul contenuto dei diritti che la normativa intende attribuire.

In termini più generali, invece, la natura “self executing” della direttiva in parola potrebbe essere messa in discussione, ragionando *a contrario*, proprio in ragione dei dubbi interpretativi che hanno determinato la necessità di rivolgersi alla Corte di Giustizia UE per definire una linea ermeneutica univoca. In tale ottica, la stessa parte motiva della sentenza oggi in esame malcela l’incertezza dei Giudici di Lussemburgo a fronte del ventaglio di interpretazioni (ed, a monte, di “traduzioni”) possibili del contenuto della direttiva.

- sotto altra prospettiva, **non ci troviamo di fronte ad un caso di mancata trasposizione**, in quanto lo Stato italiano ha inteso recepire e trasporre la direttiva europea nella normativa nazionale (art. 125 sexies T.U.B. come introdotto dal D.Lgs. n. 141/2010).

Pertanto sarebbe più idoneo chiedersi **se la normativa italiana abbia effettivamente trasposto correttamente la direttiva** (come interpretata dalla Corte di Giustizia UE), ovvero se possa esservi una sorta di contrasto (per effetto della erronea trasposizione) tra normativa comunitaria e normativa interna.

In altri termini, l’invocabilità diretta delle disposizioni di cui alla direttiva oggetto della odierna interpretazione “estensiva” da parte della CGUE sarebbe comunque da escludere, ove si constatasse **l’assoluta inconciliabilità tra la direttiva stessa e la disciplina interna di attuazione**, in quanto non vi sarebbe margine per qualsivoglia “interpretazione estensiva” di quest’ultima.

§-V.c) Il tema della “direttrice” entro cui è possibile far valere l’inesatta trasposizione della direttiva (rapporti “orizzontali” vs. rapporti “verticali”)

Fermi i dubbi, appena espressi, circa la natura “self executing” della direttiva in questione, in termini più generali l’efficacia diretta riguarda sempre i rapporti tra i cittadini e lo Stato (effetto verticale delle direttive) e solo nei casi in cui l’ordinamento comunitario prevede norme più favorevoli per i cittadini rispetto alla normativa interna che non è stata adeguata.

Ciò comporta in primo luogo che, decorso inutilmente il termine fissato per dare attuazione alla direttiva, i singoli possono far valere in giudizio i diritti precisi ed incondizionati che derivano loro dalla direttiva ed i giudici devono accogliere una simile richiesta. In secondo luogo, per le autorità nazionali sussiste il divieto di opporre qualunque disposizione interna non conforme ad una disposizione della direttiva che imponga obblighi precisi ed incondizionati.

Per contro, **la Corte UE ha da sempre ribadito l’assenza di qualsiasi effetto orizzontale delle direttive, vale a dire la possibilità che queste possano esplicare effetti tra privati pur mancando una disposizione nazionale di recepimento**. La responsabilità è, infatti, configurabile solo in capo allo Stato e **solo a quest’ultimo si impone l’obbligo dell’eventuale risarcimento del danno causato**. In assenza di provvedimenti di attuazione entro i termini prescritti, un privato non può fondare su una direttiva un diritto nei confronti di un altro privato, né può farlo valere dinanzi a un giudice nazionale.

In realtà ci sono delle **eccezioni al principio di inefficacia orizzontale**:

- situazioni triangolari: la direttiva è usata contro la pubblica amministrazione, ma il risultato che si conseguirà sarà che tale amministrazione dovrà così agire in senso sfavorevole verso un altro soggetto (ad esempio in un caso di appalti);
- procedure di controllo: la direttiva va ad incidere sulla normativa interna, paralizzandola (e incidendo così di fatto sulle situazioni di altri privati);
- la direttiva richiama fonti direttamente efficaci (come un regolamento);
- la direttiva contiene le norme di dettaglio di un diritto fondamentale direttamente efficace;

Le disposizioni di una direttiva europea idonea a produrre un effetto diretto sono opponibili anche ad enti o organismi di diritto privato, a cui lo Stato abbia demandato un compito di pubblico interesse con poteri che eccedono quelli che normalmente si applicano nei rapporti fra singoli (causa Farrell vs Irlanda).

Non sembra che tra questi casi sia riconducibile il caso di specie, che riguarderebbe esclusivamente rapporti interprivatistici tra consumatori ed istituti di credito.

Pertanto, in tal caso, l'efficacia diretta "orizzontale" pare da escludere.

Come già detto, nel caso di specie non ci troveremmo al cospetto di una mancata trasposizione della direttiva, ma solo di una "inesatta trasposizione".

In altri termini, **il privato (consumatore) dovrebbe invocare direttamente l'applicabilità della direttiva 2008/48** (come interpretata dalla Corte UE) per ottenere il rimborso di **"tutti i costi"** (anche quelli che prescindono dalla durata del finanziamento).

Viene allora in rilievo il prossimo punto della riflessione.

§-V.d) Il tema dei rimedi a disposizione del singolo per far valere i diritti scaturenti dalla direttiva

Considerando del tutto inconciliabile la disciplina nazionale con l'interpretazione "estensiva" offerta dai Giudici di Lussemburgo, l'antinomia tra la norma interna e quella comunitaria non potrebbe che risolversi in una **responsabilità dello Stato per erronea trasposizione della direttiva**.

Infatti, non sarebbe ammissibile l'applicazione "diretta" della direttiva, se non nei rapporti "verticali" tra Stato e cittadino, sul presupposto che lo Stato abbia frapposto un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi posti dal "legislatore" europeo.

In altri termini, la mancata adozione delle disposizioni necessarie al recepimento pone in essere una violazione del diritto dell'Unione che – al di là dell'illecito costituito dalla mancata trasposizione e delle sue conseguenze sul piano istituzionale (procedimento di infrazione) – provoca la responsabilità patrimoniale dello Stato membro inadempiente (C. giust., 19.11.1991, C-6/90 e C-9/90, Francovich). Ciò a condizione che le disposizioni violate della direttiva siano intese ad attribuire un diritto ai privati e che sussista un nesso di causalità tra il mancato adempimento ed il danno da essi patito.

Dunque **l'inesatta trasposizione della direttiva dovrebbe comportare la necessità che il consumatore** (da solo o, come più spesso accade, per il tramite di associazioni di categoria) **invochi innanzi alla Corte di Giustizia UE l'inadempimento dello Stato italiano all'obbligo di trasporre correttamente la direttiva de qua, facendo valere un autonomo diritto di natura risarcitoria.**

In altri termini, **il consumatore non potrebbe invocare l'efficacia diretta della direttiva nei confronti della Banca.**

Tale strada sembra quella più coerente in relazione anche ad un ulteriore aspetto: **se la Banca è stata "compliant" rispetto alla normativa nazionale**, per quale ragione deve subire le conseguenze negative derivanti dalla inesatta trasposizione della direttiva?

§-V.e) Il tema dell'effettivo superamento della distinzione tra costi "up-front" e costi "recurring"

Traendo le conclusioni, l'interpretazione estensiva offerta dalla Corte di Giustizia UE, secondo la quale, il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito riguarda **"anche i costi che non dipendono dalla durata del contratto"** determina sicuramente una situazione di forte **incertezza** nei rapporti giuridici tra consumatore e banca.

Si è detto però che, in linea di principio, laddove si postuli una totale inconciliabilità tra la normativa italiana e la direttiva comunitaria, **quest'ultima non potrà che trovare applicazione solo nei rapporti "verticali" e determinare unicamente una responsabilità dello Stato per erronea trasposizione dell'atto normativo europeo.**

Non resta che tornare, in tale ottica, all'esame della disciplina italiana per apprezzarne i profili di specificazione rispetto alla direttiva:

Articolo 125-sexies T.U.B.
<i>(Rimborso anticipato)</i> 1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tal caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto.

L'inciso "per la vita residua del contratto" ha contribuito ad avallare la tradizionale distinzione tra **costi "up-front"** e costi "recurring".

I costi **up-front** corrispondono ad esborsi dovuti per adempimenti preliminari alla concessione del finanziamento (ad es. la gestione della pratica, le spese di istruttoria ecc.) che prescindono dalla durata del rapporto di credito.

Per giurisprudenza (sinora) prevalente, detti costi non sono rimborsabili in sede di estinzione anticipata.

I costi **recurring** (come ad esempio le polizze vita accessorie) sono invece riconducibili a spese legate alla durata del rapporto di credito e sono considerati dalla giurisprudenza dominante rimborsabili -in misura maggiore o minore- a seconda del momento in cui il finanziamento è stato estinto.

In linea di principio, l'orientamento più diffuso ritiene che il contraente abbia diritto soltanto al rimborso dei costi *recurring*, ovvero di quegli esborsi che riguardano il periodo successivo all'estinzione del finanziamento ed in cui – di fatto – non ha usufruito di tali servizi o prestazioni.

La Corte UE sembra interpretare in senso "matematico" più che giuridico l'inciso controverso, laddove afferma: "[...] **la menzione della «restante durata del contratto», che compare all'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, potrebbe essere interpretata tanto nel senso che essa significa che i costi interessati dalla riduzione del costo totale del credito sono limitati a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto oppure a quelli che sono presentati dal soggetto concedente il credito come riferiti ad una fase particolare della conclusione o dell'esecuzione del contratto, quanto nel senso che essa indica che il metodo di calcolo che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto [...]**".

Dunque, un simile approccio consentirebbe di affermare tout court la rimborsabilità di tutti i costi "up-front" (si intende, proporzionalmente alla vita residua del contratto e quindi "pro rata temporis") e, quindi, di superare la distinzione di questi ultimi dagli oneri "recurring"?

A ben vedere **no**, in quanto, allo stesso modo, andrebbe ridotta la portata della pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia UE, nella misura in cui il riferimento alla rimborsabilità dei costi che non sono legati alla durata del contratto vada intesa parimenti in senso "matematico" più che giuridico: se ben si coglie la *ratio* della pronuncia, **il diritto al rimborso riguarderà anche (e solo) quei costi che la banca (in quanto soggetto contraente forte) abbia "spostato" all'inizio del finanziamento, mediante riduzione proporzionale, ma ciò non ne muterà la natura.**

Detto altrimenti, che si ammetta la rimborsabilità di “interessi e costi” strettamente **afferenti** al finanziamento (e quindi al concetto stesso di costo di remunerazione del denaro concesso a mutuo e/o accessorio e/o di “garanzia”) solo perché “spostati” nella fase preliminare del rapporto¹, può rientrare nella logica di tutela del consumatore nei confronti del contraente “forte”-Banca; **lo stesso non può dirsi con riferimento ai costi di quelle prestazioni e/o servizi che si pongono e si esauriscono nella fase anteriore al finanziamento stesso e che ne costituiscono adempimenti esterni e/o preliminari alla concessione del finanziamento stesso (l’esempio potrebbe essere costituito dagli oneri di mediazione creditizia, almeno ogni qualvolta sia dimostrabile che l’intermediario sia realmente un soggetto terzo e non si trovi in un rapporto di collegamento diretto con l’istituto mutuante).**

In questa ottica, si potrebbe sostenere che la sentenza interpretativa della Corte UE lasci ancora margini per ritenere che la distinzione tra costi *up-front* e costi *recurring* non sia del tutto “superata”, ma abbia ragione di esistere, avuto riguardo alla natura giuridica ed alla “sostanza” del problema.

[SEGUE] La condotta degli istituti e gli “orientamenti” dell’Organo di Vigilanza

L’esame della disciplina italiana di attuazione della direttiva sembra lasciare pochi margini di dubbio circa l’espressa scelta del legislatore nazionale di “limitare” la rimborsabilità ai soli oneri “*recurring*”.

L’inconciliabilità è ancor più profonda, se il campo di indagine viene allargato dalla normativa primaria di cui all’art. **125-sexies T.U.B.** al concreto dipanarsi della regolamentazione tecnica, che – come sempre in questa materia – finisce per riempire di contenuti “pratici” lo scarno dettato legislativo.

Sicché, non può non notarsi come la distinzione tra costi “*up-front*” e “*recurring*” non sia solo un ritrovato ermeneutico di derivazione giurisprudenziale, ma trovi delle **solide radici nella produzione regolamentare della Banca d’Italia.**

Tanto la Comunicazione Banca d’Italia del 7/4/2011, quanto gli Orientamenti di Vigilanza in materia di cessione del quinto del Marzo 2018 (par. III, punti 12 e 15), infatti, rimarcano con nettezza la differenza tra costi “*up-front*” e “*recurring*”, presupponendo la non rimborsabilità dei primi e la rimborsabilità pro quota dei secondi.

Proprio nei citati “Orientamenti di Vigilanza” si legge testualmente: *“Le Disposizioni richiedono che la documentazione precontrattuale e contrattuale indichi in modo chiaro i costi applicabili al finanziamento; in relazione al diritto del consumatore al rimborso anticipato, vanno anche indicate le modalità di calcolo della riduzione del “costo totale del credito”, specificando gli oneri che maturano nel corso del rapporto (cd. “recurring”) e che devono quindi essere restituiti al consumatore se corrisposti anticipatamente e in quanto riferibili ad attività e servizi non goduti”.*

Se ne deduce che Bankitalia interpreta in maniera “letterale” la disposizione di cui all’art. 125-sexies T.U.B., non lasciando alcun margine di dubbio circa la coincidenza tra i costi “**dovuti... per la vita residua del contratto**” e la tradizionale definizione degli oneri “*recurring*”.

Nello schema allegato agli Orientamenti di Vigilanza, si “raccomanda” agli istituti di indicare schematicamente, sin dal momento della conclusione del contratto, i costi “*up-front*” e quelli “*recurring*” ai fini della successiva rimborsabilità in caso di estinzione anticipata.

In tale prospettiva – tornando all’oggetto della presente analisi – alcun margine è lasciato a qualsivoglia “interpretazione estensiva” della disciplina di attuazione della direttiva, nel senso indicato dalla Corte europea.

¹ Sul punto, un ulteriore tema d’indagine sarebbe quello della **prova** “processuale” di tale (asseritamente fittizia) anticipazione.

A prescindere da qualsivoglia apprezzamento circa il valore “gerarchico” di tali fonti normative “secondarie”, il punto da rimarcare è il seguente: ogni qualvolta, per effetto di una innovativa impostazione ermeneutica da parte della giurisprudenza – specie con riferimento a quella delle giurisdizioni “superiori” – si introduca nei rapporti giuridici interprivatistici un elemento di “incertezza”, a farne le spese sono spesso (anche) gli istituti bancari, in quanto soggetti alla spinta di due forze uguali e contrarie (sic!).

Da un lato, infatti, questi sono trattati dagli organi giurisdizionali quali operatori (privati) “qualificati”, per cui si richiede loro uno sforzo costante di *Compliance* a tutti i livelli normativi; dall’altro, essi si muovono negli stretti binari della “Vigilanza” di Bankitalia e delle Autorità ministeriali.

Ne consegue che, ove gli orientamenti di questi ultimi risultino anch’essi superati dalla giurisprudenza, il sistema bancario tutto entra in una sorta di “corto circuito”.

Si torna, quindi, all’osservazione già svolta in precedenza: **se la Banca è stata “compliant” rispetto alla normativa nazionale** (e, qui, si aggiunga anche agli Orientamenti di Vigilanza) per quale ragione deve subire le conseguenze negative derivanti dalla inesatta trasposizione della direttiva?

§-VI) Considerazioni conclusive e spunti critici

Le considerazioni sin qui svolte lasciano preferire la strada della non invocabilità dell’**efficacia diretta della direttiva (come oggi interpretata dalla CGUE) nei rapporti Consumatore-Banca**, ma non fuggano tutti i dubbi lasciati aperti dalla Sentenza in commento.

Se è vero che la Corte di Giustizia, proprio attraverso le pronunce interpretative, riesce a conseguire il maggior impatto possibile in termini di “**armonizzazione**” degli Ordinamenti, tale finalità (di per sé “nobile”) non lascia la decisione odierna esente da critiche.

Giova sgombrare il campo da una facile obiezione: ai Giudici di Lussemburgo – ai quali in ultima istanza spetta di fornire la corretta chiave interpretativa del diritto comunitario – non può essere certamente imputato l’eventuale errore di trasposizione del legislatore italiano; né il processo di armonizzazione può trovare ostacoli nei problemi sistemici di un singolo ordinamento nazionale e/o sistema bancario.

Gli spunti critici che s’intende porre riguardano piuttosto il percorso argomentativo in sé della Corte.

In tale ottica, alcuni passaggi motivazionali appaiono – quantomeno – “frettolosi”.

La *ratio* della decisione è chiara: la direttiva 2008/48 ha l’obiettivo di garantire un’elevata protezione del consumatore, tutelandolo dalla scarsa chiarezza dei testi contrattuali e dalla evidente sproporzione nel potere contrattuale, che consente agli istituti di credito di conservare un certo “**margin**e di manovra” nella allocazione temporale dei costi del finanziamento.

In alcuni frammenti significativi – che peraltro tradiscono anche sotto il profilo lessicale una aprioristica sfiducia nella capacità del sistema bancario di rispondere alle esigenze della clientela – si legge in maniera limpida tale intento: ***“limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto”***. Ed ancora: ***“Il “margin*e di manovra” di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto”**.

Tale prospettiva – nella sua estrema semplificazione – non fornisce alcun supporto “pratico” agli operatori, che si trovano nella realtà quotidiana a dover affrontare situazioni del tutto eterogenee e non assimilabili tra loro.

Come già osservato *supra*, che si ammetta la rimborsabilità di “interessi e costi” strettamente **affidenti** al finanziamento (e quindi al concetto stesso di costo di remunerazione del denaro concesso a mutuo e/o accessorio e/o di “garanzia”) pur se corrisposti nella fase preliminare del rapporto, può rientrare nella logica di tutela del consumatore nei confronti del contraente “forte”-Banca.

Ma *quid juris* con riferimento ai costi di quelle prestazioni e/o servizi che **si pongono e si esauriscono nella fase anteriore al finanziamento** stesso e che ne costituiscono adempimenti esterni e/o preliminari alla concessione del finanziamento stesso, eventualmente incassati da soggetti terzi?

Con riferimento a questi ultimi, invero, l’affermazione di principio della Corte (la rimborsabilità di “tutti i costi”) non risolve – anzi finisce per introdurre un ulteriore elemento di complicazione – un **problema di natura tecnica**: la direttiva, come anticipato *supra* (cfr. §V.b), all’art. 16, par. 1 attribuisce sì al cliente il “diritto” alla “riduzione del costo totale del credito”, ma non dettaglia il criterio temporale di restituzione che il “legislatore” europeo intende adottare.

Ebbene, con riferimento ai costi corrisposti dal consumatore nella fase preliminare all’ammortamento – e, pertanto, non legati alla variabile temporale – non può che essere matematicamente incompatibile l’applicazione del criterio *pro rata temporis* “lineare”, mancando uno dei fattori determinanti ai fini del computo (appunto, il “fattore-tempo”).

L’elemento di incertezza è ancor più evidente, se si prova a spingere la profondità dell’indagine sino all’esame dei **lavori preparatori** alla direttiva, allorché era stata suggerita l’adozione di un criterio di calcolo conforme ai “**principi attuariali**”².

2 Nella relazione “**Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori (2002/C 331 E/39) COM(2002) 443 def. — 2002/0222(COD) (Presentata dalla Commissione l’11 settembre 2002)**” si legge: “Articolo 16 (rimborso anticipato). L’articolo 8 della direttiva 87/102/CEE accorda al consumatore la facoltà «di adempiere in via anticipata agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito». Tale facoltà è stata modificata e l’articolo ora recita che «il consumatore ha la facoltà, in ottemperanza alle disposizioni degli Stati membri, a un’equa riduzione del costo del credito» e che pertanto il creditore può esigere un’indennità di reimpiego equo, per compensare i costi e la perdita dell’investimento. Numerosi Stati membri hanno precisato o addirittura proibito tale indennità (1). Considerate le attuali possibilità di reinvestimento del capitale sul mercato internazionale del capitale, è difficile giustificare un’indennità o una compensazione finanziaria. È stato pertanto proposto di confermare innanzitutto il diritto al rimborso anticipato, sia parziale che integrale. Cercando un equilibrio tra i vantaggi per il consumatore e gli svantaggi per il creditore (gestione del rimborso anticipato e reinvestimento dei capitali ricevuti) si prevede di contemplare un’indennità di estinzione anticipata che sia obiettiva, equa e **calcolata sulla base dei principi attuariali**. In altri termini, il metodo utilizzato deve essere oggettivo e permettere di rilevare automaticamente i casi nei quali l’indennizzo non si applica, in particolare nei casi di condizioni al rialzo, nei quali tale indennizzo deve essere negativo e garantire, in realtà, un beneficio per il consumatore. Si rispetta pienamente, in questo caso, il principio dell’«equità attuariale» che consente di prendere meglio in considerazione i punti di vista delle due parti. Si propone comunque di esentare il consumatore dal pagamento di un’indennità per tutti i contratti di credito le cui condizioni non sono tali da giustificarla:

— il punto a) è volto in questo senso ad escludere i crediti a tasso debitore variabile, i cui costi di rimborso anticipato sono in larga misura spalmati sul tasso. La variabilità del tasso deve tuttavia essere effettuata su periodi di durata inferiore a un anno.

— Il punto b) esclude i crediti coperti da un’assicurazione. Nessuna delle parti coinvolte ha interesse a mantenere il credito, al contrario, le somme versate in forza del contratto di assicurazione devono permettere di porre fine alla relazione contrattuale.

— Il punto c) si riferisce ai crediti senza ammortamento di capitale, quali gli anticipi in conto corrente e in generale ogni forma di credito nella quale gli interessi sono calcolati *ex post* in funzione della durata dei prelievi effettuati. L’assenza di un obbligo di rimborsare «a rate» o per periodi comporta inoltre che non esista alcun rimborso «anticipato». I contratti di credito che prevedono la ricostituzione del capitale, di cui all’articolo 20, sono esclusi dal punto c) in quanto contengono delle tecniche particolari di rimborso al termine del periodo e delle condizioni particolari di calcolo distinto degli interessi”.

Ma soprattutto – e qui entra in gioco un aspetto “sostanziale” – è giusto “gravare” l’istituto mutuante di un obbligo restitutorio, per effetto del quale lo stesso agisce da “sostituto” di un terzo che ha percepito, a monte, il compenso della propria prestazione?

Si pensi, ad esempio, agli **oneri di mediazione creditizia**, per loro stessa natura riferiti all’attività di un soggetto “terzo” rispetto alle parti (ed, in particolare, all’istituto mutuante).

Quale **impatto** avrebbe l’onere di rimborso di tali costi **sui bilanci degli istituti**, a fronte di un mancato incasso iniziale?

Ed ancora, quale sarebbe la sorte delle **imposte e tasse** corrisposte nella fase di stipula del finanziamento? Con quali modalità gli istituti – in ipotesi obbligate a rimborsarle per conto dell’Erario – potrebbero ripeterle nei confronti dell’Ente impositore?

A tali interrogativi, la Corte di Giustizia sembra dare una risposta “sbrigativa” facendo riferimento al sistema degli **“indennizzi”** spettanti al creditore ed espressamente previsti dalla direttiva.

L’effetto di bilanciamento che i Giudici di Lussemburgo vorrebbero derivarne, tuttavia, può essere persino “trascurabile”.

A mente dell’**art. 16** della direttiva in parola, l’indennizzo, infatti:

- dev’essere oggettivamente giustificato in relazione solo ad *“eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito”* (cfr. **art. 16 co. 2**);
- non può superare l’1% del capitale rimborsato, percentuale ridotta ulteriormente allo 0,5% nell’ultimo anno di ammortamento (cfr. **art. 16 co. 2 cpv.**);
- è escluso per alcune fattispecie, tra le quali: rimborsi tramite **polizza assicurativa** (cfr. **art. 16 co. 3, lett. a**), **“scoperti”** di conto (cfr. **art. 16 co. 3, lett. b**), finanziamenti a **tasso variabile** (cfr. **art. 16 co. 3, lett. c**), **rimborsi di importo pari o inferiore a 10.000 euro** (cfr. **art. 16 co. 4, lett. a**, come trasposto dall’art. 125 sexies co. 3 lett.d) T.U.B.).

Come è evidente, avuto riguardo in particolare all’ultima esclusione, se la direttiva è rivolta a disciplinare soprattutto il “credito al consumo”, l’ipotesi in cui il rimborso degli oneri ecceda i 10.000 euro ed attribuisca al creditore il diritto all’indennizzo finisce per essere assolutamente irrisorio in termini statistici, “vanificando” una delle principali argomentazioni della Sentenza in commento.

È buona abitudine dei commentatori salutare ogni innovazione normativa o giurisprudenziale con l’affermazione che solo la prassi potrà chiarire l’impatto della stessa.

La presente analisi non può che concludersi nel medesimo solco.

Non suoni come un “*non liquet*”. Si è tentato di evidenziare, senza pretesa di completezza, tanto gli aspetti controversi del sistema italiano, quanto i lati oscuri ed irrisolti del *dictum* della Corte.

Troppi però sono gli operatori chiamati ad assumere una posizione: il sistema bancario, *in primis*, attualmente preda dell’incertezza; la Vigilanza bancaria, obbligata a fornire adeguati Orientamenti; le associazioni consumeristiche, pronte a trarre il “massimo vantaggio” dall’occasione; la giurisprudenza, infine – ed in tale materia sarà chiamato a giocare a un ruolo “cruciale” anche l’ABF – sollecitata come sempre a trovare una delicata sintesi tra le diverse “voci”.

Pensare, infatti, che queste possano “sintonizzarsi” sulla stessa lunghezza d’onda, è pura utopia.