Il punto sull’estinzione anticipata.

(Directio 1° marzo 2023)

dir. 2008/48
(II dir. sul credito ai consumatori)

Art. 3 Definizioni

g) «costo totale del credito per il consumatore»: 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 creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte;

Art. 16 Rimborso anticipato

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. [..]

d. lgs. 385/93 - TUB
(dir. recepita con d.lgs. 141/10)

Art. 121 Definizioni

1.e) "costo totale del credito" indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza;

2. Nel costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte.

Art. 125 sexies Rimborso anticipato

1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale 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

Misura della riduzione *ante* Lexitor. Upfront e recurring.

"Nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che **devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore**"

- Banca d'Italia, *Disposizioni di trasparenza dei servizi bancari e finanziari ,* agg. 2/2011
- art. 6 bis, co. 1, lett. b) d.p.r. 180/50

A contrario: esistono:

- **oneri ex se irripetibili**, perché relativi ad attività anteriori al contratto e indipendenti dalla durata
- **oneri già maturati** alla data del rimborso anticipato, ergo irripetibili.

Base giuridica dell'irripetibilità: per **principio generale del diritto civile**, il recesso libero dal contratto (= estinzione anticipata) non pregiudica il diritto al corrispettivo della prestazione interamente eseguita (arg. ex art. 1373).

Razionalità economica: costi fissi e indivisibili per l'accesso al contratto (perizia, provvigione agente ecc.) sono normalmente **indipendenti dalla durata**.

Trasparenza e correttezza come correttivi consumeristici *ante* Lexitor all'irripetibilità

«nella formulazione dei contratti, gli intermediari sono tenuti ad esporre in modo chiaro e agevolmente comprensibile quali oneri e costi siano imputabili a prestazioni concernenti la fase delle trattative e della formazione del contratto (costi up front, non ripetibili) e quali oneri e costi maturino nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (costi *recurring* rimborsabili pro quota)»

- ABF Collegio coordinamento 11.12.2019 n. 26525

Prassi scorrette e/o opache, in violazione degli obblighi di trasparenza ed elusive del diritto alla riduzione del costo del credito

- caricamento della quota di commissioni upfront ingiustificato da un'analisi dei costi
- opacità sulle componenti di costo dovute all'intermediario e quelle dovute alla rete distributiva
- ambiguità nella distinzione tra costi upfront e recurring (i.e. costi recurring vengono presentati come upfront)
- duplicazioni di commissioni per identica attività

- *Orientamenti di vigilanza di Banca d'Italia*

Reazioni giur. (ABF e corti) alle violazioni delle norme sulla trasparenza: *interpretatio contra proferentem* (artt. 1370 c.c. e 35 co. 2 cod. consumo). Nel caso di opacità del servizio cui si riferisce la commissione, duplicazione ecc.: mancanza di causa, non meritevolezza, art. 34 co. 2 cod. consumo.

La sentenza Lexitor

Significato e portata dell'art. 16 dir. 2008/48: «costo totale del credito», «interessi e oneri dovuti per la restante durata»

Tesi principali in gioco:

- «la restante durata» è criterio di selezione dei costi ammissibili a riduzione → la riduzione riguarda interessi non ancora maturati e oneri correlati a prestazioni non ancora eseguite → implica la distinzione oneri upfront vs. recurring e lascia in secondo piano l'elemento testuale del «costo totale del credito»
- «la restante durata» è criterio di calcolo della riduzione → la riduzione riguarda la generalità degli oneri compresi nel «costo totale del credito» e si applica in ragione della frazione di contratto ineseguita alla data di estinzione anticipata → elide la distinzione oneri upfront vs. recurring, poiché entrambi devono essere presi in considerazione ai fini del calcolo e lascia in secondo piano l'elemento testuale del «dovuti per la restante durata».

Motivazione. 1) argomento letterale. Insufficiente. Le differenti versioni linguistiche risulterebbero (**è controvertibile**) compatibili con entrambe le tesi in gioco e tuttavia, se **molte** sono le versioni, il significato deve essere uniforme perché la fonte è **unica**. 2) ricorso all'argomento teleologico – scopo della II dir. è assicurare un'elevata protezione del consumatore; l'art. 22 dir. obbliga gli Stati a evitare che i diritti del consumatore possano essere elusi tramite particolari formulazioni dei contratti; 3) comparativamente, tra le due tesi in gioco, quella che ammette al rimborso il costo totale del credito salvaguarda con maggiore efficacia il diritto del consumatore, perché toglie all'intermediario la possibilità di incidere sulla misura del diritto del consumatore, imponendo pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto e riducendo al minimo la quota degli oneri ricorrenti (p. 32); 4) **la trasparenza non è presidio adeguato/efficace** perché «i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca» (p. 31) e «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» (p. 33)

In estrema sintesi. Dati due piatti, «costi irripetibili» e «costi ripetibili», l'intermediario non corretto tenderà a caricare il primo e l'asimmetria informativa e inaccessibilità dei conti rendono molto difficile al consumatore (ma anche al giudice stesso) smascherare questa scorrettezza. **Quindi la trasparenza non è la più efficace delle regole possibili.**

Principio di diritto. L'art. 16 deve essere interpretato nel senso che il diritto alla riduzione in caso di estinzione anticipata «include tutti i costi posti a carico del consumatore».

Le norme secondarie nella sentenza Corte cost. 263/22 (§ 13)

«In sostanza, le norme secondarie della Banca d'Italia richiamate dall'art. 11-octies, comma 2, avallano l'interpretazione del precedente art. 125-sexies, comma 1, riferito unicamente ai costi recurring, e **valorizzano la funzione dei doveri di trasparenza, vòlti a segnalare i soli costi rimborsabili. E questo, a dispetto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, che non ha voluto lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori**, ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito, strumento che opera a prescindere dal rispetto dei citati doveri».

«In definitiva, **attraverso il rinvio a precise norme regolamentari** contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia, rinvio che si specifica in relazione a un duplice parametro, temporale e oggettivo, **risulta univoco l'intento del legislatore di fissare per il passato un contenuto della norma circoscritto alla interpretazione antecedente alla sentenza Lexitor e che si discosta dai contenuti della citata pronuncia**».

«Tale risultato è conseguito con una tecnica che questa Corte – sia pure al diverso fine di ammettere la sindacabilità delle norme subprimarie – ha qualificato in termini di **completamento prescrittivo della norma primaria** (sentenze n. 3 del 2019, n. 200 del 2018, n. 178 del 2015 e n. 1104 del 1988)».

Corte cost. 263/22. La ratio decidendi

- Rinvio alle norme secondarie di Banca d'Italia serve a avallare l'interpretazione del precedente art. 125-sexies, comma 1 e valorizzare la funzione dei doveri di trasparenza (devono essere indicati i costi rimborsabili), a dispetto della sentenza Lexitor che ha ritenuto insufficiente la sola trasparenza, «ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito, strumento che opera a prescindere dal rispetto dei citati doveri».

- «risulta univoco l'intento del legislatore di fissare per il passato un contenuto della norma circoscritto alla interpretazione antecedente alla sentenza Lexitor e che si discosta dai contenuti della citata pronuncia». Tale intento **rende impossibile l'interpretazione conforme** dell'art. 125 sexies per i contratti anteriori, interpretazione conforme **altrimenti possibile e doverosa (dopo Lexitor e prima dell'intervento legislativo)** per la quasi perfetta identità del testo dell'art. 16 dir. (versione italiana) e del 125 sexies.

- La ragione dell'intervento legislativo consiste (è dichiarato) nella protezione dell'affidamento degli operatori sul diritto applicato *ante* Lexitor (**§ 12.3.**). Sennonché, prosegue la Corte (§ 12.3.1.), «**Non sembra, viceversa, che il legislatore abbia ritenuto che un affidamento fosse stato ingenerato solo dal dato testuale della precedente formulazione** dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario. Se così fosse stato, se cioè tale disposizione avesse avuto un contenuto univoco, nel senso della possibile riduzione dei soli costi recurring, il legislatore non avrebbe dovuto precisare che per il passato continuava a operare la disposizione antecedente la novella, unitamente al contestuale doveroso rispetto delle norme secondarie, che cristallizzavano il riferimento alla riduzione dei soli costi recurring». **Altro la Corte non dice in tema di affidamento degli operatori: e quel poco che dice è controvertibile**.

Critica della *ratio decidendi*

Apparentemente Corte cost. 263/22 considera provata la mancanza di univocità nel fatto che il legislatore sia intervenuto a «precisare», ma …

C'erano equivocità nell'art. 125 sexies *ante* Lexitor ?

- **Sistema centrato per anni sulla trasparenza degli «oneri rimborsabili»**: (1) regime della I dir.; (2) disposizioni legislative, sia pure fuori dalla *sedes materiae*, che attribuiscono a Banca d'Italia il potere di adottare quelle disposizioni poi richiamate nell'art. 11-octies comma 2 (art. 6bis D.P.R. 180/50); (3) sostanziale inesistenza di controversie interpretative.
- **La versione italiana dell'art. 16 dir**.: il significato enunciato dalla CGUE non può che comunicarsi a tutte le versioni linguistiche, ma è indubitabile che la versione italiana deponeva, abbastanza letteralmente, per il rimborso dei soli interessi e oneri dovuti (= a maturare) per la restante durata del contratto.
- Se **l'elemento «perturbante»,** in un quadro interpretativo altrimenti omogeneo, è proprio la sentenza Lexitor, dovrebbe essere la data di pubblicazione dell'11.9.2019 a fare da spartiacque.

(Segue). Una conferma dalla dottrina consumeristica.

«il principio desumibile dalla disposizione in esame [art. 125 sexies], per la verità, **è *di per sé* chiaro**: il diritto al rimborso dipende dalla quota degli interessi e dei costi (termine, questo, abbastanza ambiguo, ma che con tutta probabilità si riferisce agli oneri relativi al contenuto economico "secondario") da imputarsi al periodo residuo del contratto, per come originariamente programmato».

«Il criterio di restituzione *pro quota temporis* si attaglia, evidentemente, ai **"costi" dotati di un collegamento causale con le prestazioni rese dall'intermediario**, o da soggetti terzi coinvolti a vario titolo nell'operazione (ad es. imprese di assicurazione), che attribuiscano al cliente un'utilità proporzionale alla durata del rapporto (c.d. commissioni *recurring*): con la conseguenza che **non si darà luogo a restituzione degli addebiti concernenti prestazioni già esaurite** al momento dell'estinzione anticipata, verosimilmente perché riferite al momento della conclusione del contratto (c.d. commissioni *upfront*)».

Malvagna, Cessione del quinto ed estinzione anticipata. La sorte delle «commissioni accessorie» (2013)

su *Il caso*

Limiti all’interpretazione autentica per effetto del diritto UE ?

Rientra nelle funzioni della legge «precisare», fissare «interpretazioni» vincolanti di norme esistenti. Non ogni «precisazione» è, in termini sostanziali, una «innovazione», tant’è vero che è riconosciuta la possibilità di interpretazione autentica anche dove la Costituzione non ammette la retroattività della legge. Ad esempio in materia di **norme incriminatrici (art. 25 Cost.)**.

- **Corte cost. 29.5.2013 n. 103**

(1) possibilità di emanare una norma retroattiva, che si limiti ad «assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (ex plurimis: sentenze n. 271 e n. 257 del 2011 n. 209 del 2010 e n. 24 del 2009).

(2) In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo **scopo di chiarire "situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo", in ragione di "un dibattito giurisprudenziale irrisolto" (sentenza n. 311 del 2009), o di "ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore" (ancora sentenza n. 311 del 2009), a tutela della certezza del diritto** e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale».

Il dispositivo di Corte cost. 263/2022

La disposizione censurata deve, dunque, ritenersi costituzionalmente illegittima limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», sicché l'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario [..] **può nuovamente accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza Lexitor**.

Quanto alle disposizioni introdotte con i commi 2 e 3 dell'art. 125-sexies riformulato nel 2021, esse non trovano riscontro nel precedente testo e, dunque, risultano vigenti per il futuro, **spettando, di conseguenza, agli interpreti il compito di risolvere, per il passato, i profili di disciplina in esse regolati.**

Infine, resteranno chiaramente applicabili tutte le norme secondarie richiamate dai numerosi rinvii operati dal testo unico bancario, con **esclusione di quelle riferite alla vecchia interpretazione** del precedente art. 125-sexies, comma 1.

Profili di disciplina aperti: criteri di rimborso

- Il rimborso deve riguardare il costo totale del credito (Lexitor), ma non c'è un'enunciazione sul criterio, né all'art. 16 peraltro svalutato nel suo tenore letterale proprio dalla sentenza Lexitor, né nel considerando 39, che riguarda l'indennizzo dovuto all'intermediario e non il rimborso a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata. Volendo estendere questi criteri, il calcolo del rimborso dovrebbe essere «**trasparente**» e «**comprensibile per il consumatore**» e «**di facile applicazione**», ma questo non vuol dire che esista un unico criterio plausibile e capace di soddisfare questi principi.
- La questione è rimessa all'interprete (Corte cost.) poiché le disposizioni introdotte dall'art. 11-octies si applicano ai soli contratti successivi al 25.7.2021.

Gli strumenti dell’interprete. Auto- o etero-integrazione ?

Ordine delle questioni:

1. interpretazione e qualificazione della clausola
2. rilevazione della nullità
3. **verifica della lacuna ed eventuale integrazione. Questo** è lo stadio in cui si colloca l’attività di scelta del criterio di rimborso di fronte a una lacuna del contratto (esiste una clausola, ma è affetta da nullità).

Auto-integrazione.

Il contratto viene completato estendendo la portata delle disposizioni esistenti, seppure non testualmente riferite al caso (anzi, il contratto escludeva il rimborso *tout court*).

Tecnica di facile applicazione quando il contratto prevede un **unico criterio** per il rimborso: pro rata temporis, curva degli interessi. Controvertibile è il caso in cui il contratto preveda più criteri per il rimborso di diverse specie di costi, perché in tal caso l’interprete dovrebbe scegliere **un** criterio per il rimborso del costo dichiarato (invalidamente) non rimborsabile e motivare la sua preferenza.

Titoli di preferenza. 1) criterio più favorevole per il consumatore; 2) criterio utilizzato per i costi di maggiore peso; 3) salvaguardia della sfera giuridica dell’avente diritto con il minor sacrificio dal lato del debitore (criterio coerente con art. 1375 c.c.).

Etero-integrazione (1374 c.c.). Legge. Direttamente applicabile a nuovi contratti. In via analogica per vecchi.

(Segue). Oneri corrisposti a terzi.

Trib. Nocera Inferiore 5.1.2023 (su *Diritto bancario*)

La resistente ha, tuttavia, dimostrato di aver corrisposto la provvigione al mediatore creditizio in data 12.7.2011 tramite bonifico (doc. 9 e 10 comparsa resistente): di conseguenza, deve ritenersi adeguatamente provato che **l'*accipiens* effettivo delle somme versate dal ricorrente a titolo di "costi di intermediazione" è il mediatore, e, pertanto, la domanda di ripetizione dell'indebito non può essere rivolta alla banca, priva di legittimazione passiva**.

Tesi «la banca non è legittimata passiva sull'azione di indebito, perché non è il beneficiario finale delle somme versate dal ricorrente», senonché: (1) il diritto del consumatore alla riduzione è inerente al contratto di credito (2) deve essere esercitato nei confronti dell'intermediario (3) ergo l'intermediario deve dedurre le quote ripetibili degli oneri upfront dal capitale dovuto (4) se non lo fa percepisce (lui, non il mediatore) un quid pluris indebito.

Non è possibile negare diritto vs. intermediario, senza al contempo riconoscerlo vs. terzo, senonché non è neppur chiaro quale azione il consumatore avrebbe a disposizione nei confronti del terzo, visto che talora è parte del contratto (assicurazione), talora è parte, ma non ha ex se diritto alla restituzione della provvigione versata (mediatore), talora è semplicemente terzo (agente, perito).

La sentenza Unicredit Austria (c-555/21)

Principi.

- Irripetibilità dei costi per prestazioni eseguite.
- Presidio consumeristico: trasparenza e informativa pre- e contrattuale
- Correttivo all’irripetibilità. Divieto di pratiche opache o predatorie.

Irripetibilità dei costi (§ 30-31)

30 Tuttavia, occorre rilevare, come ha rilevato, in sostanza, l'avvocato generale al paragrafo 69 delle sue conclusioni, che il diritto alla riduzione previsto dall'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva del 2014 /17 non ha lo scopo di porre il consumatore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto di credito fosse stato concluso per una durata inferiore, un importo inferiore o, più in generale, a condizioni diverse. Mira, d'altra parte, ad adattare questo contratto in base alle circostanze del rimborso anticipato. **31** A tali condizioni, **tale diritto non può comprendere le spese che, indipendentemente dalla durata del contratto, sono poste a carico del consumatore a favore né del prestatore né di terzi per servizi già integralmente eseguiti al momento di rimborso anticipato.**

Informativa (§ 34 ss.)

34 [..] conformemente all'articolo 14, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/17, il creditore o, se del caso, l'intermediario del credito o il suo rappresentante designato è tenuto a fornire al consumatore le informazioni precontrattuali mediante l'ESIS, di cui all'allegato II della presente direttiva. Questa scheda fornisce una ripartizione dei costi a carico del consumatore in base alla loro natura ricorrente o meno. **35** Tuttavia, una siffatta **ripartizione uniforme dei costi addebitati al consumatore riduce notevolmente il margine di manovra** di cui dispongono gli enti creditizi nella fatturazione e nell'organizzazione interna e consente sia al consumatore sia al giudice nazionale di verificare se un tipo di contributo sia oggettivamente legato alla durata del contratto. **36** Di conseguenza, il rischio di comportamento abusivo da parte del prestatore, richiamato dalla giurisprudenza citata ai punti 32 e 33 della presente sentenza, non può giustificare che i costi indipendenti dalla durata del contratto siano inclusi nel diritto alla riduzione del costo totale del credito, previsto dall'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2014/17.

Salvaguardia contro le condotte scorrette e predatorie (§ 37-38)

37 [la Direttiva] impone agli Stati membri di garantire che le misure da essi adottate per trasporre tale direttiva non può essere elusa in un modo che potrebbe portare il consumatore a perdere la protezione garantita da questa direttiva a causa della formulazione dei contratti. **38** Per garantire tale tutela, **spetta ai giudici nazionali vigilare affinché gli oneri che, indipendentemente dalla durata del contratto di credito, gravano sul consumatore non costituiscano obiettivamente una remunerazione del creditore per l'utilizzo temporaneo del capitale oggetto del presente contratto o per servizi che, al momento del pagamento anticipato, dovrebbero essere ancora forniti al consumatore.** Il creditore è, a tal proposito, tenuto a stabilire la natura ricorrente o meno dei costi in questione

L’elemento differenziale (?) tra le due Direttive

La sentenza Unicredit Austria è un over-ruling di Lexitor?

Non apertamente: (1) riguarda due direttive diverse; (2) la CGUE enuncia un elemento differenziale, anche se apparentemente debole, che consente di seguire una regola di diritto opposta a Lexitor e cioè il fatto che il modello SECCI della dir. 2008/48 non distingue «spese una tantum» e «periodiche» e quello della dir. 2014/17 sì.

Questione aperta.

Il sistema italiano fino a Lexitor seguiva il modello della dir. 2014/17 (irripetibilità, trasparenza, correttezza), ante litteram perché l’ha applicato anche alla dir. 2008/48. La Corte di Giustizia ci dice che è un modello di tutela dei diritti del consumatore alternativo a quello del «costo totale del credito» e altrettanto valido perché evita l’applicazione del principio di Lexitor … Questo può implicare non un vero e proprio over-ruling, ma una nuova statuizione che eccettua dall’applicazione di Lexitor i sistemi che seguono il modello della trasparenza ?

Oppure, invece, si dovrebbe dire che la dir. 2008/48 è di **piena armonizzazione (cons. 9; CGUE 9.11.2016 *Home credit Slovakia*).** Pertanto, l’art. 16 dir. non ha lasciato discrezionalità allo Stato membro nell’individuare il livello di tutela da riconoscere ?

Cons. 9 «è necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno».