

Gennaio 2020

ABF e LEXITOR: estinzione anticipata e riduzione del costo del credito alla luce del principio di equità integrativa

Maddalena Rabitti, Professore ordinario di diritto dell'economia, Università degli Studi Roma Tre

La sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2019 (C 383/18 – *Lexitor*) – commentata da Andrea Tina in *Rivista di diritto bancario*, 2019, II, p. 155 ss. (cui si rinvia) – che afferma il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento, continua a suscitare interesse sia a livello teorico sia pratico.

In sintesi, la questione: la CGUE ha optato per un'interpretazione della Dir. 2008/48, funzionale alla tutela degli interessi dei consumatori. Pertanto, l'articolo 16 della direttiva sul Credito al Consumo – che prevede che in caso di estinzione anticipata il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito che comprenda gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto – deve essere inteso nel senso che la riduzione cui ha diritto il consumatore comprende tutti i costi posti a carico del consumatore, non solo quelli che dipendono dalla durata del contratto, c.d. *recurring*. Il riferimento alla “restante durata del contratto” ha perciò il solo significato di indicare il metodo di calcolo utilizzabile per procedere alla riduzione, consistente nel prendere in considerazione la totalità dei costi e poi ridurre l'importo in proporzione della durata residua del contratto.

L'obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla CGUE è evidente, risponde alla recente tendenza della giurisprudenza europea a conformare le proprie decisioni al principio di *effettività*, e mira a garantire il consumatore dal rischio di abuso di potere negoziale da parte dell'intermediario. Abuso che si registra sovente nella prassi finanziaria dei contratti di finanziamento al consumatore e che consiste, ad avviso della Corte di Giustizia, nel “gonfiare” i costi *up front*, cioè le spese sostenute *una tantum* dai consumatori per ottenere il finanziamento in quanto non rimborsabili in caso di estinzione anticipata del finanziamento e ridurre invece i costi *recurring* per i quali è ammesso il rimborso *pro rata temporis*.

Tuttavia, da più parti si è ritenuto che l'applicazione nel nostro sistema del principio enunciato dalla Corte di Giustizia possa comportare una *overprotection* dei consumatori, che altera l'equilibrio esistente nel sistema del credito e che rischia di tradursi, in una

prospettiva di medio termine, in un pregiudizio per gli stessi consumatori determinando un'eterogenesi dei fini.

L'ABF, infatti, da tempo ha assunto una posizione consolidata nell'interpretazione dell'art. 125 *sexies* Tub che recepisce l'art. 16 della direttiva nel senso di ritenere: (i) i costi *up front* non ripetibili, salvo l'ipotesi che vi sia opacità contrattuale e dunque non sia chiara la ripartizione tra costi *up front* e costi *recurring*; (ii) i costi *recurring*, invece, da rimborsare secondo un criterio proporzionale, tale per cui l'importo di ciascuna voce viene moltiplicato per la percentuale di finanziamento estinto anticipatamente, risultante dal rapporto tra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue. Ciò, anche in considerazione degli Orientamenti di vigilanza in materia di finanziamenti emanati dalla Banca d'Italia con delibera n. 145/2018 che impongono condizioni puntuali che garantiscano trasparenza nei contratti di finanziamento con cessione del quinto. Gli intermediari, seppure non tenuti a osservare le decisioni dell'ABF che non hanno efficacia vincolante, si sono progressivamente uniformati a queste indicazioni a conferma dell'effetto conformativo del mercato che esercita l'Arbitro bancario finanziario.

Si è dunque al cospetto di un sistema di regole e tutele che, sebbene perfettibile, è apprezzabile in quanto non ci si è limitati a recepire e applicare la normativa europea, ma la si è integrata, nella parte in cui lasciava alla discrezionalità degli Stati membri la scelta dei modi e delle forme per darvi esecuzione. L'integrazione è avvenuta, come spesso accade ormai, non per via legislativa o regolamentare ma *via* "circolo regolatorio", che muove dalle buone prassi indicate dall'Autorità di vigilanza che hanno migliorato la trasparenza dei contratti e contrastato il fenomeno delle clausole vessatorie. Questa disciplina viene poi in parte integrata, e soprattutto fatta osservare, dall'Arbitro bancario finanziario, esempio della possibilità di creare sistemi efficienti di ADR in materie complesse e capaci di ridurre il carico della giurisdizione ordinaria e consentire di dare risposte alle *small-claims* dei consumatori.

Il rischio è che gli intermediari, che si sono progressivamente adoperati per adeguarsi alle buone prassi fondando su queste un legittimo affidamento, si trovino oggi a sopportare costi non preventivati per rimborsare le voci *up front*, oltre a costi di *compliance* necessari per adeguare i propri assetti organizzativi e i propri contratti così onerosi da indurli a disattendere le pronunce dell'arbitro preferendo assumere il rischio di lite innanzi all'autorità giudiziaria.

Vi è inoltre l'incertezza che in futuro l'intermediario riduca la catena della distribuzione, scegliendo di non avvalersi di agenti e mediatori per non sopportarne il costo in caso di estinzione anticipata, con evidente risparmio di costi ma con un aggravio della posizione del cliente che non potrà più avvalersi della capillarità dell'offerta.

D'altro canto, è indubbio che debbano essere contrastati comportamenti opportunistici degli intermediari a danno dei consumatori e che l'obiettivo della Direttiva di garantire un sufficiente livello di tutela degli interessi dei consumatori non possa essere disatteso.

2. A conferma della complessità dei problemi, a distanza di pochi mesi dalla pronuncia della CGUE sono intervenute: (i) la Banca d'Italia con la comunicazione del 4 dicembre 2019, contenente le linee orientative in materia di credito ai consumatori e rimborso anticipato dei finanziamenti, volte a favorire un pronto allineamento al quadro delineato con la sentenza *Lexitor* e a preservare la qualità delle relazioni tra intermediari e clientela; (ii) il Collegio di Coordinamento dell'ABF con decisione dell'11 dicembre 2019 n. 2625, che afferma l'applicabilità del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia anche con riguardo all'art. 125 *sexies*, TUF.

In sintesi, la Banca d'Italia con riguardo ai nuovi contratti di credito ai consumatori stabilisce che in caso di riduzione dovranno essere inclusi nel calcolo da rimborsare tutti i costi a carico del consumatore, escluse le imposte. Inoltre, suggerisce per il futuro di ricorrere a schemi tariffari che incorporino nel c.d. Tasso annuale nominale (TAN) la gran parte o tutti gli oneri connessi con il finanziamento, incluso il compenso per l'attività di intermediazione del credito. Chiarisce poi che occorre assicurare la massima trasparenza nei confronti dei clienti, cosicché i criteri di riduzione dei costi dovranno formare oggetto di specifica informativa al cliente già in fase precontrattuale.

Quanto ai finanziamenti in corso – che come a breve si illustrerà è certamente la questione più rilevante e delicata – per i costi *up front* dichiarati non rimborsabili nel contratto, la Banca d'Italia – ribadito l'obbligo di restituzione per tutti i costi escluse le imposte – “rimette al prudente apprezzamento degli intermediari la determinazione del criterio di rimborso, che tuttavia dovrà essere un criterio proporzionale rispetto alla durata del contratto”.

Il Collegio di Coordinamento dell'11 dicembre ha chiarito tuttavia che è rimesso all'interprete il compito di trovare all'interno del sistema vigente il criterio idoneo alla soluzione del problema poiché né la legge né la CGUE hanno imposto un criterio unico di riduzione per tutte le voci di costo. Perciò, salvo un intervento normativo eventualmente retroattivo, due sono le alternative possibili: che il criterio sia fissato nel contratto anche in modo differenziato per costi *up front* e costi *recurring* (purché il criterio sia chiaro e rispetti il principio di proporzionalità) oppure che, in caso di lacuna, sia l'ABF del singolo Collegio territoriale a stabilirne uno sussidiario, esercitando l'equità integrativa che è giustizia del caso concreto.

3. Nel vivace dibattito che ha impegnato la dottrina e gli operatori del diritto in questi mesi si erano sollevati diversi interrogativi che discendevano dal nuovo indirizzo dato dalla Corte di Giustizia, alcuni dei quali (ma non tutti) hanno trovato risposta nella decisione del Collegio di Coordinamento.

Nel caso affrontato, il Collegio di Coordinamento risolve il problema dell'individuazione del metodo di calcolo utilizzabile per procedere alla riduzione dei costi *up front*, richiamando il medesimo criterio di calcolo utilizzato per gli interessi corrispettivi, che determina una riduzione progressiva del costo totale del credito in funzione del tempo trascorso. Questo criterio, che è inferibile dal piano di ammortamento, può dare risultati

sostanzialmente analoghi a quelli ottenuti con uno schema tariffario che incorpori nel tasso annuo nominale (TAN) gli oneri connessi al finanziamento.

Inoltre, il Collegio di Coordinamento ha chiarito che: (i) il cliente che abbia già preteso e ottenuto la riduzione dei costi, limitando la domanda a quelli *recurring* non possa, per effetto della sentenza europea, proporre nuova domanda all'ABF per avere la retrocessione delle somme *up front*, ponendosi in tal senso il principio di infrazionabilità della domanda; (ii) a maggior ragione è da negarsi il diritto alla restituzione delle voci di costi *up front* se queste erano già state chieste e respinte, perché altrimenti si violerebbe il principio del *ne bis in idem*.

A ciò si potrebbe aggiungere, al di là del ragionamento del Collegio di Coordinamento, che – seppure da più parti sia stata criticata la tesi per cui si possa riconoscere una funzione transattiva alla decisione dell'ABF – non è da escludersi la possibilità di riconoscere una funzione para-conciliativa alla procedura complessiva, intendendosi con ciò l'esecuzione della decisione da parte dell'intermediario accompagnata dall'accettazione della stessa da parte del cliente, senza riserve.

Se, invece, si nega la funzione para-conciliativa, resta ferma la possibilità per i consumatori di rivolgersi al giudice ordinario per vedere soddisfatta la propria pretesa restitutoria per i rapporti pendenti e per quelli conclusi, anche solo per la differenza di somma legata alle voci *up front*. Questa eventualità diventa tanto più rilevante nelle sue conseguenze se dovesse assumere la forma di una *class action* esperita nei confronti degli intermediari.

4. Si coglie, in questa prospettiva, il nucleo del problema che investe oggi l'ABF e che richiede una soluzione equilibrata se non si vuole andare incontro ai rischi che sopra si sono prospettati e che comportano, in sostanza, una crisi di fiducia da parte del sistema nel valore della *compliance* alle buone prassi esistenti in materia.

Se nel costo totale del credito rientrano tutti i costi anche *up front* pagati dal consumatore, ad eccezione delle spese notarili e delle imposte, si tratta di stabilire se debbano essere rimborsati anche i costi che non sono stati trattenuti dall'intermediario, in quanto destinati ad esempio a provvigioni di mediazione.

Dalla lettura dell'art. 125 *sexies*, come orientata dall'interpretazione della Corte di Giustizia, non vi sono argomenti per escludere questi costi dalla nozione di costi del credito da rimborsare; tuttavia, posto che ciò non è espressamente previsto dalla legge, un'interpretazione funzionale agli interessi delle parti complessivamente considerata spinge in un'altra direzione.

Quando la Corte con *Lexitor* mette in discussione la distinzione tra voci *up front* e *recurring*, non nega concettualmente la differenza tra queste voci. Tuttavia, essa afferma il principio per cui, in considerazione dell'interesse protetto dei consumatori, tutti i costi vadano proporzionalmente retrocessi per garantire l'effettività della tutela.

È evidente che la CGUE opera secondo lo schema classico per cui spetta al Giudice valutare in concreto quale è l'interesse da preferire all'interno della scelta di quelli rilevanti operata dal legislatore, ma questa operazione di bilanciamento non può tradursi nella lesione di interessi altrettanto meritevoli di tutela che vengono in rilievo in base ad altri principi di diritto.

Questa considerazione induce a negare la rimborsabilità dei costi sopportati dal consumatore per l'attività svolta dal mediatore, che si esaurisce in una fase antecedente alla concessione del finanziamento. Il compenso che spetta al mediatore indipendente non è finalizzato a remunerare l'intermediario: ne consegue che imporre a quest'ultimo l'obbligo di retrocedere tale costo può legittimare il dubbio di essere di fronte a un'obbligazione non giustificata causalmente, dal momento che l'obbligo non discenderebbe né dalla legge né dal contratto, ma solo da un'interpretazione della tesi della Corte che, a leggere bene la sentenza *Lexitor*, neppure arriva ad affermare tanto.

Una lettura dell'art. 125 *sexies* coerente con il sistema civilistico richiede infatti che si assuma alternativamente: (i) che l'art. 125 *sexies* attribuisca direttamente all'intermediario il diritto di regresso *pro quota* nei confronti dei terzi percettori della voce di costo sopportata dal cliente; (ii) che tale voce non rientri nel costo del credito oggetto di restituzione.

Nessuna delle due letture risulta del tutto convincente. Escludere in generale la commissione del mediatore dal costo del credito oggetto di restituzione sembra, a questo punto, contraddire il tenore testuale della norma, alla luce della nozione data dall'art. 121 lett. e) e dell'interpretazione data dalla CGUE; ipotizzare che l'art. 125 *sexies* attribuisca un automatico diritto di regresso al finanziatore sembra, invece, andare al di là del contenuto della norma, che non prevede alcuna forma di garanzia.

Per i costi di mediazione non è, peraltro, previsto un regime analogo a quello del rimborso dei costi relativi alle polizze assicurative. L'art. 22, comma 15-*quater* e 15 – *quinquies* del D.L. 179 del 2012, dispone l'obbligo, in capo alle compagnie assicurative, di rimborsare all'assicurato i ratei di premio non goduti a seguito dell'estinzione anticipata del finanziamento a cui la polizza è abbinata, in considerazione del collegamento negoziale esistente tra contratto di finanziamento e contratto di assicurazione. L'ABF ha affermato al riguardo che, in virtù del collegamento negoziale esistente tra il contratto di finanziamento e quello di assicurazione, sussiste una responsabilità solidale del finanziatore per la restituzione dei ratei di premio non più dovuti e che ciò troverebbe conferma già nell'Accordo ABI-ANIA del 22 ottobre 2008. Pertanto, il cliente ha il diritto di ottenere la restituzione della quota parte di premio non goduta direttamente dal finanziatore, senza preventiva escussione dell'assicuratore. La legittimazione passiva del finanziatore fonda poi il diritto di regresso nei confronti della compagnia di assicurazione.

Per uscire *dall'impasse* si potrebbe fare ricorso ai principi dell'arricchimento senza causa per fondare una ragione di credito contraria da farsi valere in via di eccezione. In questo caso, però, bisognerebbe interrogarsi sui rapporti tra l'azione ex art. 2041 e il co. 2

dell'art. 125-sexies, che sancisce il diritto all'indennizzo equo e oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito e valutare se questa soluzione sia realmente efficiente, alla luce del principio di effettività.

5. In altri termini, dalla scelta del legislatore di responsabilizzare il finanziatore in quanto "dominus" del prodotto offerto e unico soggetto in grado di garantire il meccanismo complessivo del finanziamento contro cessione del quinto, non può trarsi la conclusione che l'intermediario debba sopportare definitivamente il costo di una somma mai incassata, salvo che la stessa legge non lo disponga espressamente.

Sembra essere questo, peraltro, il principio in base al quale la Banca d'Italia, nella Comunicazione del 4 dicembre scorso, ha scelto di escludere dall'obbligo di rimborso cui è tenuto l'intermediario il costo sopportato dal consumatore per le imposte.

Alla stessa conclusione si giunge anche ragionando in termini di corretta gestione imprenditoriale, considerando che, senza la possibilità di rivalersi su chi ha effettivamente ricevuto il vantaggio patrimoniale, l'intermediario si vedrebbe accollato un rischio di impresa non preventivamente valutabile e legato alla contingenza delle scelte dei consumatori. La restituzione di somme non percepite potrebbe anche essere considerata una scelta azzardata, imputabile a una non corretta gestione ad opera degli amministratori, esponendoli al rischio di dovere rispondere del loro operato nei confronti dei soci.

Meno evidente è il ragionamento che può svolgersi relativamente ai costi di agenzia. Da un lato, infatti, vale anche in questo caso il principio per cui nessuno può essere obbligato, se non per espressa previsione di legge, a rimborsare un costo che è stato sopportato per remunerare l'attività di un terzo; tuttavia a differenza del mediatore, l'agente agisce per conto dell'intermediario nell'ambito della sua organizzazione d'impresa e dunque risponde a questi (art. 128 *decies*, co. 2, TUB).

Perciò, avendo sempre riguardo alla tutela del consumatore, si tratta di valutare se sia più efficiente garantire il rimborso del costo di agenzia oppure se non sia preferibile escludere anche in questo caso la rimborsabilità, ma solo se l'intermediario riesce a dimostrare che la remunerazione è andata effettivamente a vantaggio dell'agente. Questa soluzione consentirebbe, nell'interesse di tutti, di conservare la capillarità dell'offerta.

Alla luce di queste considerazioni, ci si può chiedere, infine, se l'ABF possa esercitare il suo ruolo di giudice che applica il principio di equità integrativa del caso concreto anche per quel che riguarda le commissioni istruttorie che, se realmente hanno esaurito la loro funzione nella fase di istruzione della pratica senza arrecare un vantaggio economico all'intermediario, potrebbero aggiungersi anch'esse a quelle sopra richiamate, sempre che l'intermediario riesca a dare rigorosa prova della destinazione e dell'ammontare della somma percepita.

Qui si apre il capitolo più delicato per l'ABF: stabilire in che modo possa assolversi l'onere della prova da parte dell'intermediario nelle diverse ipotesi considerate che,



soprattutto per quel che riguarda i costi di agenzia e di istruttoria, deve essere molto rigoroso e non fondato su indici presuntivi deboli.