

Novembre 2016

**VESSATORIETÀ DELLE COMMISSIONI “OPACHE”:
IL RIMEDIO CONTRATTUALE ALLA IMPOSSIBILE
INTELLIGIBILITÀ DELLE COMMISSIONI**

A proposito di ABF Roma, 12 maggio 2016

Premessa – 1. Ricostruzione del fatto e principio di diritto. – 2. La ripetibilità delle commissioni pagate e non maturate come antidoto alle prassi negoziali patologiche. – 3. Opacità testuale : profili di vigilanza e conseguenze sul piano contrattuale. – 4. La vessatorietà delle clausole limitative o esclusive della ripetibilità. – 5. La vessatorietà delle clausole contrattuali opache : concretizzazione di un esito auspicabile.

Premessa

L'Arbitro Bancario Finanziario (in seguito, ABF) con un recentissimo provvedimento¹ ha implementato un interessante *trait d'union* tra la disciplina dell'estinzione anticipata del finanziamento, mediante cessione del quinto, e quella codicistica della vessatorietà delle clausole contrattuali² : il Collegio ha, infatti, ritenuto che una proposizione contrattuale che non indichi in modo specifico, chiaro e comprensibile, i costi dei servizi, stabilendo, viceversa, un corrispettivo forfettario per una serie di voci, peraltro anche parzialmente non riferibili in via immediata alla fase delle trattative o della formazione del contratto, debba ragionevolmente essere qualificata come vessatoria, ai sensi dell'art. 34, secondo comma, del Codice del Consumo³. A parere dell'ABF, la *ratio* dei requisiti di chiarezza e comprensibilità è da rintracciare nell'ineludibile esigenza di assicurare un'indicazione non – equivoca dei termini dell'accordo e, specialmente, degli effetti giuridici ed economici che andranno a dispiegare nella sfera patrimoniale dei soggetti contraenti.

¹ V. ABF, Collegio di Roma, 12 maggio 2016.

² Sul punto, G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 1, 2014, pagg. 161 ss.

³ Sul punto, ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. ANNALI. VOLUME 5 : ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE. VERTICI INTERNAZIONALI, Giuffrè, 2012, pag. 1299.

1. Ricostruzione del fatto e principio di diritto

La fattispecie sottoposta all'esame dell'ABF aveva per oggetto la richiesta da parte della ricorrente del rimborso *pro quota* di commissioni pagate e non maturate, per un ammontare complessivo pari a euro 1.350,00, a seguito di estinzione anticipata di un contratto di finanziamento mediante cessione del quinto dello stipendio⁴. L'intermediario – parte resistente non riconosceva alcuna somma da rimborsare, poiché nel contratto di finanziamento, regolarmente sottoscritto, era puntualmente specificato, con apposita previsione, che le commissioni richieste non potessero essere oggetto di rimborso, avendo natura di costi *up – front*, ovvero essendo inerenti a prestazioni già esaurite al momento dell'estinzione anticipata.

Indubbia centralità nella risoluzione del Collegio è assunta, più che dalla inveterata questione del mancato rimborso da parte dell'intermediario, a seguito di richiesta di estinzione anticipata, dell'importo rappresentato dalla quota pagata e non maturata di commissioni ed oneri assicurativi (corrisposti in maniera anticipata, al momento della stipulazione del contratto di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio), dalla qualificazione come vessatoria della clausola contrattuale che, in un coacervo di riferimenti generici ed imprecisati, implichi quale conseguenza immediata la non – rimborsabilità di tutte quelle commissioni che, pur tuttavia, *prima facie*, sarebbero potute sembrare riferibili all'intera durata del contratto⁵.

La vessatorietà non può che essere letta come il ragionevole, quanto auspicabile, esito di un percorso, dalle tinte programmatiche, in seno alla giurisprudenza arbitrale, che ha constatato di una partenza coincidente con la certificazione, all'interno del pur lacunoso ed ancora immaturo panorama normativo, dei criteri per una razionale e compiuta differenziazione tra commissioni e costi prodromici (preliminari alla stipulazione del contratto), e, dall'altro lato, commissioni e costi funzionali, strettamente connessi alla fase esecutiva contrattuale. Questo ancoraggio ha garantito una sorta di “reviviscenza” al dato normativo e codicistico, che, penalizzato oltremodo dal carattere frammentario, ha riacquisito piena ed indiscussa centralità e legittimazione, fungendo da imprescindibile *trait d'union tra vigilanza del mercato e tutela del consumatore*. In quest'ultimo punto d'incontro deve essere innestata la vessatorietà con cui l'ABF ha apostrofato, in maniera assolutamente innovativa, l'opacità delle clausole contrattuali, relative alle commissioni in un contratto di finanziamento.

⁴ L'importo mutuato lordo era pari a euro 31.320,00, da rimborsare tramite 120 rate, dell'importo unitario di euro 261,00.

⁵ V. E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1997, I, pagg. 94 ss.

2. La ripetibilità delle commissioni pagate e non maturate come antidoto alle prassi negoziali patologiche

Per esaminare nella maniera più ottimale la portata innovativa della pronuncia in commento e vagliare il fattivo sviluppo compiuto nelle dinamiche contrattuali e, specialmente, nella loro diagnostica, è d'uopo adottare quale preludio il dato normativo, in una sua connotazione strettamente letterale. Il riferimento principe deve sicuramente essere all'art. 125-sexies del Testo Unico Bancario (in seguito, TUB)⁶, rubricato "Rimborso anticipato". La disposizione, introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, è risultato di istanze comunitarie⁷ univocamente tese alla legittimazione, nel sistema ordinamentale, della facoltà in capo al consumatore di poter adempiere anticipatamente, con il versamento parziale o totale del capitale residuo al creditore, apportando, parallelamente, il diritto ad una riduzione del costo complessivo del credito mutuato, comprensiva di interessi e costi inerenti la restante durata del contratto.

L'art. 125-sexies, in merito alla riduzione, statuisce espressamente che *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*. Si rifugia in una sostanziale indeterminatezza di contenuti, che s'è rivelata, senza dubbio, presupposto legittimante la fiorente disamina giurisprudenziale e dottrinale relativa ai criteri ed ai presupposti di discernimento tra commissioni e costi sussumibili nella ripetibilità descritta dalla norma, e, viceversa, commissioni e costi destinati a permanere al di là di detto confine⁸. Si è cercato, ed ottenuto con successo, di riempire di contenuto stabile e condiviso i due esoscheletri rappresentati dalle : cc. dd. commissioni *recurring*, relative ad attività soggette a maturazione nel corso dell'integrale dipanarsi del rapporto negoziale e dotate, quindi, di un collegamento causale con le prestazioni rese e proporzionale alla durata del rapporto; cc. dd. *up – front*, strettamente inerenti ad adempimenti preliminari alla

⁶ L'art. 125-sexies, introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, prevede che : «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. 2. In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. L'indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto. 3. L'indennizzo di cui al comma 2 non è dovuto: a) se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito; b) se il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito; c) se il rimborso anticipato ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto; d) se l'importo rimborsato anticipatamente corrisponde all'intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro.».

⁷ V., per tutte, Direttiva 87/102/CEE e Direttiva 2008/48/CE.

⁸ In merito all'indennizzo previsto a favore del finanziatore, V. BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2014, pagg. 455 ss.

concessione del prestito, ovvero sia già pienamente esaurite al momento dell'estinzione anticipata del finanziamento.

L'individuazione del criterio fattivo che potesse coadiuvare una netta distinzione tra le due tipologie di costi ha avuto quale sviluppo mediato la coabitazione di due distinti indici rivelatori: la chiarezza o l'opacità delle clausole descrittive delle ragioni del loro addebito; il combinato disposto tra denominazione formale e attività svolta e la prova dell'effettivo intervento di soggetti terzi nella fase di conclusione del contratto. Si è assistito ad un'oscillazione regolare tra i due criteri, corrispondente ad un'originaria ed asimmetrica divisione tra i Collegi dell'ABF⁹, fino alla definitiva convergenza verso un'unica, condivisa e consolidata soluzione, instillata dal Collegio di Coordinamento, con la decisione n. 6167 del 22 settembre 2014. Di un percorso meno travagliato si è potuto giovare il criterio di calcolo e quantificazione della quota di commissioni/costi rimborsabili, visto che, pur essendo presenti alcune originarie differenze di vedute¹⁰, queste ultime si riducevano a profili meramente operativi e non sostanziali: la ripetibilità proporzionale alla durata è, quindi, apparsa, *ab origine*, criterio condiviso, che è andato progressivamente consolidandosi, tanto in seno alla giurisprudenza arbitrale, quanto a quella di merito¹¹.

Quantunque si appalesasse, *prima facie*, evidente la lacunosità della normativa ed il carattere recente della stessa, il Collegio non identifica un discrimine certo, non enuclea un canone interpretativo *tranchant*, poiché la materia da esaminare e spartire, impersonata dalla prassi negoziale, mal si prestava ad una simile operazione chirurgica; si affida, viceversa, ad un combinato disposto tra fonti primarie, convergenti unicamente sull'indubbia esistenza di un generico diritto al rimborso in favore del consumatore nell'eventualità di estinzione anticipata del contratto di finanziamento, e fonti regolatrici secondarie (che si avrà modo di attenzionare nel prosieguo), indicanti in maniera univoca lo stretto nesso funzionale fra la trasparenza contrattuale¹² e la ripetibilità,

⁹ I Collegi di Roma e Milano erano orientati verso la prima soluzione; quello di Napoli, viceversa, spalleggiava la seconda.

¹⁰ I Collegi di Roma e Milano erano, *ab origine*, fautori del criterio proporzionale, stante la necessità di una definizione equitativa dell'importo da rimborsare. Il Collegio di Napoli, invece, preordinava la volontà delle parti al criterio proporzionale, considerando quest'ultimo applicabile solo laddove non ci fosse una puntuale statuizione contrattuale.

¹¹ V. Tribunale di Parma, Sezione Prima Civile, 27 novembre 2015, ove si prevede espressamente che *il danno in esame può essere quantificato in misura pari alla quota di commissioni e del premio assicurativo non maturato, quantificabili, in assenza nel contratto di una chiara ripartizione tra oneri e costi, mediante un criterio proporzionale, tale per cui l'importo complessivo di ciascuna delle suddette voci viene suddiviso per il numero complessivo delle rate e poi moltiplicato per il numero delle rate residue.*

¹² Sul punto, G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, Intervento tenuto nell'ambito del Seminario su "Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale", Perugia, 19 marzo 2004, in *Quaderno N. 210, Associazione per lo sviluppo degli studi di Banca e Borsa*; V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella al Codice Civile)*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, ESI, Napoli, 1997, pagg. 64 ss.; R. BASSO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel*

nonché la validità del principio di competenza economica per i costi *recurring*. Gli effetti di questa operazione, sicuramente risolutiva, non si sono riversati direttamente sul piano dell'elaborazione dell'auspicato criterio distintivo, ma hanno coadiuvato tale anelante ricerca in maniera strumentale, mediante la mirata azione di prevenzione e repressione di tutte quelle prassi negoziali patologiche radicate nel mercato. La decisa convergenza sull'assoluta ripetibilità delle commissioni pagate preventivamente e non maturate, al momento dell'estinzione anticipata, non rappresenta altro che la soluzione pragmatica che l'ABF ha razionalmente individuato (sulla scorta dei dettami propri della disciplina di tutela del consumatore) e, successivamente, azionato nel tentativo di arginare i comportamenti illegittimi ed anticoncorrenziali, posti in essere dagli operatori finanziari, nella qualificazione dei costi immanenti al finanziamento, e di garantire, quindi, alla fase contrattuale strettamente esecutiva la piena adesione al diritto e all'equità sostanziale¹³.

Il tratteggiato percorso interpretativo ed argomentativo è riportato, in via schematica, nella decisione in commento, laddove, mutuando le statuizioni già formulate in precedenti decisioni¹⁴, oltre all'evidenziazione dell'inderogabile onere incombente sugli intermediari di *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)*, si prevede testualmente che *in assenza di una chiara ripartizione nel contratto tra oneri up – front e recurring, anche in applicazione dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 206 del 2005 (secondo cui, in caso di dubbio sull'interpretazione di una clausola, prevale quella più favorevole al consumatore), l'intero importo di ciascuna delle suddette voci debba essere preso in considerazione al fine dell'individuazione della quota parte da rimborsare*¹⁵. L'intervento del Collegio, in punto di rimborsabilità delle clausole “opache”, non presenta larghi tratti di innovazione e dirompenza, poiché, in fin dei conti, unicamente recepite di quel dettato normativo che conferisce, nel caso in cui vi sia dubbio sul senso da attribuire ad una clausola contrattuale, titolo assolutamente preferenziale all'interpretazione che si riveli più favorevole al cliente – consumatore¹⁶.

T.U.B., in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Trattato di diritto dell'economia, CEDAM, 2008, pagg. 857 ss.

¹³ Sul punto, C. VENDITTI, *Contratti di somministrazione. Strumenti e strategie di tutela per il consumatore*, CEDAM, 2009, pagg. 121 ss.

¹⁴ V., per tutte, ABF, Collegio di Milano, 19 aprile 2013, n. 2084.

¹⁵ È inoltre previsto che siano rimborsabili, relativamente alla parte non maturata, anche le commissioni di intermediazione e i costi assicurativi e che al rimborso sia tenuto l'intermediario mutuante, stante che la sua legittimazione passiva trovi fondamento nel rapporto di accessorietà dei contratti di assicurazione e mediazione creditizia rispetto a quello di finanziamento. L'importo da rimborsare, inoltre, è assoggettato ad un criterio di proporzionalità.

¹⁶ V. art. 35, secondo comma, Codice del Consumo; F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, Volume 3*, Giuffrè, 2008, pagg. 503 ss.; E. GUERINONI, *I contratti del consumatore : principi e regole*, Giappichelli, 2011, pag. 348; V. RIZZO, *op. cit.*

All'esito della decisione n. 6167/2014, relativamente all'iniziale problematica della classificazione delle commissioni e dei costi, si è di fronte ad una tripartizione : commissioni certamente preordinate all'esecuzione del contratto, ossia costi finalizzati all'accensione del finanziamento e, come tali, non rimborsabili; commissioni sicuramente *recurring*, corrispettive allo svolgimento di attività amministrative e gestionali del rapporto, rimborsabili *pro rata temporis*¹⁷, poiché corrisposte per servizi già programmati, ma non ancora eseguiti; commissioni generiche, *le cui ragioni siano opacamente manifestate*, da qualificare ufficiosamente alla stregua di *recurring* e, quindi, ripetibili, proprio nell'ottica descritta di *contrastare le prassi riottose al dovere di trasparenza*.

3. Opacità testuale: profili di vigilanza e conseguenze sul piano contrattuale

Gli istituti di credito, nella formazione della loro contrattualistica, sono onerati dall'obbligo di rendere esplicita, chiara e perfettamente comprensibile al cliente la composizione e l'imputazione dei differenti costi che vengano addebitati, nel corso del fisiologico svolgimento del rapporto¹⁸ : il cliente deve, quindi, essere posto nelle condizioni ottimali per conoscere l'esatta conformazione e strutturazione dei suoi obblighi nei confronti dell'intermediario e, conseguentemente, dei suoi diritti (tra i quali quello alla ripetibilità delle somme versate anticipatamente per prestazioni ancora non

¹⁷ Il criterio della proporzionalità era già stato espresso nell'Accordo ABI – ANIA, sottoscritto il 22 ottobre 2008, “Linee Guida per le Polizze Assicuratrici connesse a mutui e altri contratti di finanziamento”, nel paragrafo rubricato “Estinzione anticipata del mutuo o altro contratto di finanziamento”, ove si prevede testualmente che *nel caso in cui il contratto di mutuo o di finanziamento venga estinto anticipatamente rispetto all'iniziale durata contrattuale ed esso sia assistito da una copertura assicurativa collocata dal soggetto mutuante ed il cui premio sia stato pagato anticipatamente in soluzione unica, lo stesso soggetto mutuante propone [...] l'estinzione del contratto assicurativo accessorio al contratto principale di mutuo o di finanziamento*, provvedendo alla restituzione al cliente della parte di premio pagato, inerente al periodo residuo per il quale il rischio sia cessato, tanto nell'ipotesi in cui il suddetto pagamento sia stato anticipato dal mutuante, quanto nel simmetrico caso in cui sia stato effettuato, a favore dell'assicuratore, direttamente dal cliente (In alternativa, il soggetto mutuante dovrebbe proporre la continuazione della copertura assicurativa per la durata ed alle condizioni originariamente pattuite, con l'indicazione da parte del soggetto mutuante del nominativo del nuovo beneficiario o intestatario del vincolo di beneficio).

¹⁸ E' opportuno riportare la distinzione, effettuata in dottrina, tra i due requisiti di chiarezza e comprensibilità, che, lungi dal rappresentare una sinonimia, si riferiscono a due differenziati campi d'applicazione ed importano differenti effetti. La chiarezza è riferita, nella generalità dei casi, alle modalità esteriori di espressione delle clausole contrattuali, cosicché può, in ultima analisi, essere fatta coincidere con la leggibilità e la riconoscibilità delle proposizioni contrattuali, e, dunque, essere attratta nel campo operativo delle tecniche di redazione contrattuale. La comprensibilità, viceversa, è più strettamente attinente al contenuto delle disposizioni contrattuali, ovvero è criterio necessario ed indefettibile per garantire al contraente la giusta contezza riguardo all'integrale complesso dei propri obblighi e dei propri diritti, scaturenti dal contratto. Sul punto, V. RIZZO, *op. cit.*; E. MINERVINI, *op. cit.*; E. DANESE, *Commento alla direttiva 93/13/CEE sulle condizioni generali di contratto e le clausole abusive. Una prospettiva per l'attuazione nell'ordinamento interno*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1995, pagg. 446 ss.; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, pag. 315; M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giustizia Civile*, 1994, II, pagg. 543 ss.

maturate)¹⁹. Il diritto alla trasparenza è espressamente enucleato, nell'architettura del Codice del Consumo, nell'art. 2, secondo comma, lett. e), ove è affiancato alla correttezza ed all'equità nei rapporti contrattuali : tale posizione è inequivocabile indizio deponente a favore di un'interpretazione funzionale che, partendo proprio dall'ontologica interconnessione tra i tre canoni, giunge a connotare la trasparenza quale estrinseca specificazione della correttezza e quale viatico, unico, affinché il soggetto – consumatore, pienamente consapevole, possa esprimere il proprio informato consenso verso le proposizioni contrattuali predisposte dal professionista e, quindi, possa fattivamente implementarsi l'idea di equità tra le parti (*rectius*, tra le posizioni delle parti) nel rapporto contrattuale²⁰. L'obbligo di correttezza, o di buona fede “oggettiva” che dir si voglia, importa nel sistema codicistico quale conseguenza mediata la costituzione di un principio di solidarietà intersoggettiva, che suggerisce, se non addirittura impone, una conduzione del rapporto sinallagmatico, contrattuale od obbligatorio, all'insegna della lealtà, ovverosia della limitazione delle proprie utilità nell'ottica del pieno rispetto delle posizioni corrispettive altrui. Si assiste, in definitiva, all'edificazione di un intreccio di tutele reciproche, all'interno del quale il professionista, dotato ontologicamente di una maggiore conoscenza e forza contrattuale, non deve abusare di tali vantaggi a sfavore del consumatore, deviandolo da un utilizzo consapevole delle risorse disponibili nel mercato²¹.

Tale situazione ha, ad oggi, contorni più immaginifici che reali. La prassi negoziale, in effetti, non si è mai compiutamente discostata da quel quadro, dalle tinte fortemente patologiche, che Banca d'Italia, nei suoi compiti di vigilanza, aveva già delineato nel biennio 2009 – 2011, con due comunicazioni²², attraverso le quali rilevava una marcata e diffusa tendenza ad inserire, nei contratti di finanziamento dietro cessione del quinto,

¹⁹ Così, F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 28, 2013.

²⁰ Così, P. BASSO, *L'art. 2 comma 2° del Codice del Consumo ed i diritti dei consumatori in materia contrattuale (parte seconda)*, in P. CENDON (a cura di), *personaedanno.it*.

²¹ Così, M. FELTRIN – S. IORIO – F. PORTENTO (a cura di), *I diritti del consumatore. Commento al Codice del Consumo. Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206*, 2009.

²² Il riferimento è alla : Comunicazione del 10 novembre 2009, “Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate : cautele e indirizzi per gli operatori”, a firma dell'allora Governatore di Banca d'Italia, Mario Draghi; Comunicazione del 7 aprile 2011, “Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate (CQS). Comunicazione”, a firma dell'allora Direttore Generale di Banca d'Italia, Fabrizio Saccomanni.

Con la prima Comunicazione, Banca d'Italia sottolinea la necessità di costruire e mantenere rapporti proficui e corretti tra intermediari e clientela, stante l'imprescindibilità di un'informazione chiara ed esaustiva nell'apparato di tutela avverso l'insorgere di incomprensioni e contenziosi e nell'ottica di una progressiva e costante riduzione della conflittualità tra intermediari e utenza.

Con la seconda Comunicazione, invece, viene incluso tra i risultati conseguiti più rilevanti *un generale abbandono della diffusa prassi di non ristorare la clientela delle commissioni non maturate, in caso di chiusura anticipata dei finanziamenti*, oltre all'impegno a migliorare i documenti di trasparenza, attraverso la chiara ripartizione delle commissioni percepite anticipatamente dagli intermediari tra *quote up – front e recurring*.

clausole talmente generiche da avvicinarsi alla soglia dell'indeterminatezza (*“Relativamente all'estinzione anticipata, la Banca d'Italia ha stigmatizzato la prassi, seguita dagli intermediari, di indicare cumulativamente, nei contratti e nei fogli informativi, l'importo di generiche spese, non consentendo quindi una chiara individuazione dei oneri maturati e di quelli non maturati. Tale prassi comporta la difficoltà, e talvolta l'impossibilità, per il cliente di individuare quali oneri debbano essere rimborsati in caso di estinzione anticipata della cessione”*), oltre alla (già precedentemente segnalata) proliferazione di prassi anticoncorrenziali, specie nella distribuzione dei costi (*“Non pienamente soddisfacenti risultano le prassi adottate in materia di ripartizione delle commissioni tra quota up – front e recurring, sovente non supportate da una dettagliata analisi dei costi e caratterizzate da uno sbilanciamento nei confronti della prima”*); problematiche contemperate solo in parte da un successivo miglioramento, rivelatosi, comunque, meno dirompente di quanto, *prima facie*, potesse sembrare, nonostante l'incisività delle paventate sanzioni in caso di inottemperanza²³.

Attenzionando in particolare la disciplina dell'estinzione anticipata, la prassi degli intermediari di indicare cumulativamente l'ammontare complessivo di generiche spese dal contenuto orfico, impendendo conseguentemente al cliente di procedere ad una puntuale ricognizione degli oneri, lungi dal cadere in disuso, deve essere ancor oggi letta come palese violazione degli obblighi di trasparenza, nonché di tutte quelle clausole generali certificanti i doveri di correttezza e buona fede in sede contrattuale²⁴, tanto in fase di trattative, quanto in quella esecutiva.

Vi è di più. Un considerevole aggravio è senza dubbio implicato dal carattere di “professionalità” che deve ontologicamente impregnare tale descritta pletora di comportamenti : il parametro di riferimento alla stregua del quale valutare la liceità delle azioni poste in essere in sede contrattuale non deve, e prima ancora non può, essere rappresentato dalle condotte normalmente tenute e, quindi, legittimate dalla frequenza pragmatica, ma, tutt'al più, deve ispirarsi ad un *costume professionale e commerciale eticamente qualificato ed i cui parametri di valutazione non sono rinvenibili tanto in un generico concetto di onestà, quanto, e soprattutto, in regole che conformano l'agire sui mercati vigilati e regolamentati, oltre che in regole deontologiche che gli stessi operatori economici abbiano riconosciuto valide e vincolanti*²⁵. Si è di fronte, dunque, ad obblighi “qualificati” e pertanto ad una loro

²³ Conseguenza dell'accertamento del mancato rispetto, in via sistematica, della normativa in materia di operazioni di rinnovo dei contratti di finanziamento e di retrocessione alla clientela degli importi rimborsabili era l'attivazione di procedimenti sanzionatori e anche di rigore nei confronti degli intermediari riottosi, ai sensi di quanto espressamente previsto nell'allora Titolo IV del TUB, ovvero l'avvio del procedimento di cancellazione dagli appositi elenchi per gli intermediari finanziari.

²⁴ Il fondamento della trasparenza deve essere rinvenuto nei principi di buona fede e correttezza, costituendo null'altro che una loro diretta emanazione. Così, B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza*, in *Rassegna di Diritto Civile*, ESI, 2001, pagg. 237 ss.; P. GIAMMARRIA, *Art. 1469-quater. Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in G. ALPA – S. PATTI (a cura di), *Commentario agli artt. 1469 bis-1469 sexies del Codice Civile*, Milano, 1997, pag. 677.

²⁵ Così, ABF, Collegio di Coordinamento, 22 settembre 2014, n. 6167.

violazione deve, per tutelare la coerenza sistemica, conseguire una sanzione che tenga in debita considerazione la *ratio* posta a fondamento di tale qualificazione²⁶.

L'omessa trasparenza nell'architettura contrattuale importa, come precedentemente si è avuto modo di puntualizzare, quale conseguenza immediata, il trattamento delle commissioni prive di chiara accezione causale alla stregua di costi *recurring*, con conseguente ripetibilità del loro ammontare. Il rimborso proporzionale alla durata residua del finanziamento, pur tuttavia, potrebbe apparire una soluzione certa, ma limitativa e quasi premiale, rispetto al carattere della violazione da sanzionare, e, proprio per scongiurare tale eventualità, è stato sponsorizzato un correttivo ermeneutico, una lettura strumentale del dato normativo, segnatamente del primo e del secondo comma dell'art. 125-sexies del TUB²⁷: la compressione quantitativa del diritto alla ripetibilità deve essere suffragata dall'esatta verifica dell'onere probatorio della causalità e reale rispondenza dell'addebito ad una prestazione resa²⁸ e, parallelamente, la facoltà, generica, del finanziatore di richiedere un compenso per l'anticipata estinzione non solo deve essere predeterminata contrattualmente, ma anche giustificata da spese debitamente ed oggettivamente comprovate²⁹.

4. La vessatorietà delle clausole limitative o esclusive della ripetibilità

Nell'omessa trasparenza in sede contrattuale deve univocamente individuarsi un'illegittima compressione della libertà di autodeterminazione negoziale, che consta di un altro evidente punto di emersione, coincidente con la capillare presenza di clausole standard, che statuiscono la perentoria non rimborsabilità delle somme addebitate a titolo di caricamenti di costi "formali": queste altro non sono che una diversa, ma equipollente, rappresentazione, concreta e fattiva, della palese violazione dei suindicati doveri e buoni costumi commerciali, poiché viatico di informazioni scorrette e fuorvianti, nonché compromissorie della libertà di autodeterminazione³⁰.

La dipendenza causale tra costi *recurring* e svolgimento del contratto è strettamente interconnessa al principio secondo cui, nel fisiologico atteggiarsi dei rapporti a prestazioni sinallagmatiche, si concretizzi la facoltà di azionare rimedi restitutori in capo al cliente, laddove venga meno la reciprocità delle prestazioni, fattispecie nella

²⁶ Sul punto, ABF, Collegio di Roma, 9 luglio 2010, n. 707. Nella fattispecie ad oggetto, la mancanza di trasparenza è rilevata sia nella fase delle trattative, con la generica menzione nel contratto di "Commissioni finanziarie" e "Commissioni accessorie", sia nella fase propriamente esecutiva, ove alla richiesta di chiarimenti in merito alla conformazione di entrambe le voci di addebito, l'intermediario ha provveduto con un'ampia e particolareggiata elencazione di "costi", espressi ugualmente in forma assolutamente generica, rendendo ancor più evidente il comportamento consapevolmente omissivo adottato in sede di formazione del contratto.

²⁷ V. *supra*, nota 3.

²⁸ V. U. MALVAGNA, *Cessione del quinto ed estinzione anticipata: la sorte delle "commissioni accessorie"*, in *Dottrina e opinioni, documento n. 341/2013*, ilcaso.it.

²⁹ V. F. QUARTA, *op. cit.*

³⁰ In tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n.19024.

quale perfettamente è suscumbibile la remunerazione anticipata dei servizi accessori³¹. La pronuncia in commento pone come necessaria premessa della parte motiva proprio il principio per cui sia da considerare come assolutamente *contra legem* qualsivoglia condizione contrattuale che stabilisca *la non – ripetitività tout court delle commissioni e dei costi applicati al contratto nel caso di estinzione anticipata*, adducendo, ove ve ne fosse necessità, a sostegno di tale posizione un variegato e diffuso dato normativo³².

L'introduzione nel contratto di una clausola limitativa o, addirittura, totalmente impeditiva del diritto alla ripetibilità di tutte le somme corrisposte per servizi non maturati, è certamente da qualificarsi come l'inserimento di una condizione contrattuale vessatoria, ai sensi dell'art. 33 del Codice del Consumo, in quanto istitutiva di un ulteriore e significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi nel rapporto tra professionista (*rectius*, intermediario) e consumatore; effetto immediato è la sua nullità, con conseguente ammissione del recedente al diritto ad una riduzione equitativa del costo del finanziamento, estinto prima della scadenza naturale³³.

La perentorietà di tale conclusione è amplificata da un'altra pronuncia dell'ABF³⁴, ove il Collegio elude con decisione il rilievo, formulato nelle controdeduzioni dall'intermediario, consistente nella presunta "*libera, consapevole e irrevocabile*" manifestazione di volontà negoziale del cliente – ricorrente, desumibile dalla tangibile sottoscrizione di clausole riportanti la non rimborsabilità di taluni oneri (nello specifico, commissioni bancarie a copertura di attività contrattuali preliminari e conclusive, commissioni di intermediazione e premio assicurativo), nell'eventualità di estinzione anticipata del finanziamento : una (presunta) accettazione espressa e puntuale non può, quindi, sanare in alcun modo l'insita nullità c.d. di protezione, ai sensi dell'art. 36 del Codice del Consumo, che è inderogabile tutela del contraente c.d. "debole"³⁵.

³¹ Così, F. QUARTA, *op. cit.*

³² Nella decisione, al riguardo, si menzionano l'Accordo Abi – Ania (v. *supra* nota 7) del 22 ottobre 2008; l'art. 49, "Restituzione del premio", del Regolamento ISVAP, 26 maggio 2010, n. 35, ove si prevede testualmente che *le imprese nel caso di estinzione anticipata o di trasferimento del mutuo o del finanziamento, restituiscono al debitore/assicurato la parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria e che possono trattenere dall'importo dovuto le spese amministrative effettivamente sostenute per l'emissione del contratto e per il rimborso del premio, a condizione che le stesse siano indicate nella proposta, nella polizza ovvero nel modulo di adesione alla copertura assicurativa*; le Comunicazioni del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011 di Banca d'Italia, precedentemente attenzionate; l'art. 125-sexiex TUB, oggetto di disamina in apertura del secondo paragrafo.

³³ ABF, Collegio di Napoli, 25 giugno 2013, n. 3415. Nella fattispecie, il contratto di finanziamento prevedeva, in ipotesi di estinzione anticipata, la non ripetibilità di *alcuno dei costi, commissioni, spese ed oneri riconosciuti all'atto dell'erogazione* (ognuno dei quali indicato puntualmente nel testo contrattuale).

³⁴ ABF, Collegio di Milano, 15 marzo 2013, n. 1455.

³⁵ V. Giudice di Pace di Torino, V Sezione, 17 marzo 2015. Nella fattispecie, l'intermediario convenuto contestava la domanda attorea, evidenziando come la cliente – parte attrice avesse espressamente accettato le clausole del contratto di finanziamento e che, pertanto, queste ultime fossero a tutti gli effetti vincolanti. Il Giudice ha dichiarato infondata tale tesi, stante la tipologia di contratto (c.d. per adesione) e

5. La vessatorietà delle clausole contrattuali opache: concretizzazione di un esito auspicabile

La declaratoria di nullità *ex officio* per carattere manifestamente vessatorio della clausola limitativa/impeditiva deve essere vista, in un quadro prospettico, come il giusto preludio alla vessatorietà dell'opacità contrattuale, statuita con la decisione in esame.

Nell'azione di diffuso contrasto al delineato *modus operandi* degli intermediari di rendere scarsamente intellegibili i costi e, quindi, all'opacità delle disposizioni contrattuali, l'ABF, dimostrando una continuativa e particolare attenzione riguardo alla problematica della riconducibilità o meno delle commissioni e dei costi (specie di quelli a maturazione progressiva) alla normativizzata categoria della ripetibilità, è giunto alla ragionevole conclusione, già auspicata in sede dottrinale³⁶, di associare alle specifiche e settoriali sanzioni d'impresa, comminate dalle Autorità di Vigilanza, un meccanismo repressivo – sanzionatorio, che spiegasse la sua efficacia sul piano strettamente contrattuale³⁷: la dichiarazione di manifesta vessatorietà, ovvero sia l'unico rimedio munito di effetti giuridici di portata tale da scoraggiare le inveterate prassi negoziali distorsive, per mirare alla preservazione della centralità, nel panorama della contrattualistica, del criterio della chiarezza formale. Secondo quanto statuisce testualmente il primo comma dell'art. 36 del Codice del Consumo, *le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto*: la problematica diviene quindi tracciare gli esatti canoni di tale invalidità, per ricondurla al più confacente modello di responsabilità³⁸.

Sulla questione ritorna prepotentemente d'attualità il fraseggio, sviluppato nel precedente paragrafo, in merito all'intrinseca connessione tra opacità delle formule contrattuali e violazione dei doveri qualificati di buona fede e correttezza³⁹. L'impossibile intelligibilità delle quote di commissioni frazionate nel tempo e, per tale motivo, rimborsabili *ratione temporis*, è da considerarsi, come già osservato, alla stregua di comportamento difettante di tutti quei requisiti fondamentali ai quali la condotta di un intermediario finanziario dovrebbe essere ispirata, nell'intrattenere

l'indubbia imposizione a carico del contraente debole di limitazioni ai propri diritti, nonché data l'assenza dell'assolvimento dell'onere probatorio, gravante sulla convenuta, di certificare l'effettivo svolgimento di specifiche trattative per l'inserimento delle clausole oggetto di contestazione.

³⁶ V. U. MALVAGNA, *op. cit.*

³⁷ Sul punto, M. ONZA, *La «trasparenza» dei «servizi di pagamento» in Italia (un itinerario conoscitivo)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, fasc. 5, 2013, pag. 577.

³⁸ In dottrina si è postulata anche una parametrizzazione della vessatorietà in relazione alle caratteristiche del soggetto contraente, con la conseguenza che l'opacità della clausola possa essere compiutamente addotta solo nei confronti di un consumatore, piuttosto che di un altro. Per la differenziazione consumatore medio – interprete accorto, v. G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro.it*, 1996, pag. 153.

³⁹ V. F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, I, 2015, pag. 0025B.

relazioni con l'utenza; il difetto di buona fede e di correttezza, professionali, implica una limitazione, più o meno marcata dell'autodeterminazione della controparte contrattuale, e, in quanto tale, rappresenta anche comportamento sia censurabile sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, *ex* artt. 1337 e 1338 c.c., che ascrivibile all'alveo del dolo incidente, ai sensi dell'art. 1440 c.c.⁴⁰. Relativamente ad entrambi i profili, pare meritevole una precisazione sistematica; in effetti, affinché l'intermediario possa essere effettivamente ritenuto responsabile, è necessario che la condotta scorretta posta in essere sia stata vettore di un'informazione fuorviante che, a sua volta, abbia indotto alla rinuncia ad azionare il diritto allo scioglimento anticipato del contratto di finanziamento⁴¹: la responsabilità precontrattuale indicata conserva una sua causalità solo laddove la parte asseritamente danneggiata abbia confidato, senza colpa, nella validità della clausola. Circostanza quest'ultima assolutamente non realizzata, per evidenti motivi, nella fattispecie oggetto della decisione in commento⁴².

ANTONIO ZURLO

⁴⁰ In tal senso, ABF, Collegio di Milano, 18 febbraio 2011, n. 340, e ABF, Collegio di Milano, 28 aprile 2011, n. 874.

⁴¹ Il diritto al risarcimento del danno, infatti, avrebbe ragion d'essere solo laddove in seguito all'informazione non veritiera si fosse generato il convincimento circa l'effettiva irripetibilità di tutte le somme. Sul punto, v. ABF, Collegio di Coordinamento, *cit.*

⁴² Il Collegio, infatti, nulla prevede in qualità di risarcimento per la parte ricorrente.