

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-sexies, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli orientamenti di Banca d'Italia e dell'ABF sulla riduzione del costo totale del credito dovuta al consumatore in caso di estinzione anticipata del finanziamento. – 3. I principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia. – 4. Gli effetti della sentenza sul sistema giuridico italiano. – 5. (*Segue*): i rilievi espressi sulla sentenza. Critica. – 6. (*Segue*): il criterio di rimborso dei costi del finanziamento alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia. – 7. (*Segue*): gli effetti sul contenzioso avanti l'ABF.

1. Premessa

Con la recente sentenza dell'11 settembre 2019, resa nella causa C-383/18, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulla portata e sull'estensione del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento così come disciplinato dall'art. 16 della direttiva 2008/48/CE, in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE avanzata dall'autorità giudiziaria polacca (il Tribunale circondariale di Lublin-Wschód in Lublino con sede in Świdnk) in riferimento a tre operazioni di credito al consumo¹.

La pronuncia ha immediatamente dato luogo ad un ampio e acceso dibattito² sulle implicazioni e conseguenze applicative sull'ordinamento nazionale interno³, per la cui piena comprensione pare

¹ La vicenda è riassunta ai par. 11-19 della sentenza, cui si rinvia.

² Ripreso anche dai mezzi di stampa, cfr. *Rate: aumento dei rimborsi per le estinzioni anticipate*, in *Plus24*, Il Sole 24 Ore, 2 novembre 2019, p. 19; *Estinzioni anticipate, più tutele dalla UE sui prestiti*, in *Plus24*, Il Sole 24 Ore, 16 novembre 2019, p. 4 s.

³ Tra i primi commenti cfr. Conciliatore Bancario Finanziario, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2019 (C383/18). Considerazioni giuridiche e relativi effetti*, 30 settembre 2019; W.G. CATURANO, *Estinzione anticipata e diritti del consumatore: l'impatto della Corte di Giustizia sul "Caso Italiano"*, 18 ottobre 2019, consultabile all'indirizzo www.expartecreditoris.it/provvedimenti/estinzione-

preferibile – invertendo il naturale ordine espositivo – procedere in via preliminare ad una breve disamina del quadro normativo italiano di riferimento, sul quale la pronuncia della Corte viene ad innestarsi.

2. Gli orientamenti di Banca d'Italia e dell'ABF sulla riduzione del costo totale del credito dovuta al consumatore in caso di estinzione anticipata del finanziamento

In termini generali, nell'ambito dei contratti di credito ai consumatori, l'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE stabilisce che 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».

In attuazione del richiamato art. 16 dir. 2008/48/CE, l'attuale art. 125-*sexies* t.u.b.⁴ prevede – in termini sostanzialmente analoghi⁵ – che 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 ad una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto»⁶.

anticipata-e-diritti-del-consumatore-limpatto-della-corte-di-giustizia-ue-sul-caso-italiano; F. MAIMERI, *Credito al consumo: quali commissioni sono rimborsabili*, in *FCHub*, 15 ottobre 2019, consultabile all'indirizzo https://fchub.it/wp-content/uploads/2019/10/credito_al_consumo.pdf; A.A. DOLMETTA, *Estinzione anticipata della cessione del quinto: il segno della Corte di Giustizia*, in www.ilcaso.it; ID., *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto*, in corso di pubblicazione in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, che ho potuto consultare per la cortesia dell'Autore.

⁴ Introdotto con d.lgs. n. 141/2010.

⁵ Per le difformità testuali tra l'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE e l'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. e per la loro irrilevanza ai fini dell'interpretazione e applicazione della normativa interna alla luce delle indicazioni desumibili dalla sentenza della Corte v. *infra* § 4.

⁶ Le medesime disposizioni trovano applicazione anche alle operazioni di credito al consumo immobiliare, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 120-*noviesdecies*, primo comma, t.u.b. Con riferimento a quest'ultime operazioni, è, tuttavia, il caso di precisare che la pronuncia della Corte ora in esame potrebbe essere

Sulla base del quadro normativo ora sinteticamente descritto, con riferimento non solo all'attuale art. 125-*sexies* t.u.b., ma anche alla previgente disciplina⁷, Banca d'Italia ha costantemente interpretato il diritto del consumatore ad una riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato limitandolo ai soli interessi e costi non ancora maturati al momento dell'estinzione del finanziamento (c.d. costi *recurring*), con esclusione, quindi, di ogni rimborso per quei costi riconducibili ad attività o servizi – *in thesi* – già espletati al momento della conclusione del contratto (c.d. costi *up-front*)⁸.

Al riguardo – seppur con riferimento specifico alle operazioni di cessione del quinto dello stipendio e della pensione, ma con considerazioni applicabili più in generale ad ogni operazione di credito al consumo – Banca d'Italia ha, infatti, più volte:

- i) confermato l'obbligo dell'intermediario di restituire al cliente, «nel caso in cui tutti gli oneri relativi al contratto siano stati pagati anticipatamente dal consumatore, la relativa quota non maturata»;
- ii) stigmatizzato la prassi degli intermediari di «indicare cumulativamente, nei contratti e nei fogli informativi, l'importo di generiche spese, non consentendo quindi una chiara individuazione degli oneri maturati e di quelli non maturati»⁹; nonché
- iii) prescritto «uno scrupoloso rispetto della normativa di

destinata ad avere un differente impatto, in ragione del diverso tenore e della diversa portata dell'art. 25 dir. 2014/17/UE.

⁷ Cfr. l'art. 125, secondo comma, t.u.b. vecchio testo, ai sensi del quale «Le facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità spettano unicamente al consumatore senza possibilità di patto contrario. Se il consumatore esercita la facoltà di adempimento anticipato, ha diritto a un'equa riduzione del costo complessivo del credito, secondo le modalità stabilite dal CICR».

⁸ Chiaro in tal senso anche il previgente Decreto del Ministero del Tesoro, 8 luglio 1992, che, all'art. 3, primo comma, prevedeva che «Il consumatore ha sempre la facoltà dell'adempimento anticipato; tale facoltà si esercita mediante versamento al creditore del capitale residuo, degli interessi ed altri oneri maturati fino a quel momento e, se previsto dal contratto, di un compenso comunque non superiore all'uno per cento del capitale residuo».

⁹ Prassi che comporta la difficoltà e talvolta l'impossibilità per il cliente «di individuare quali oneri debbano essere rimborsati in caso di estinzione anticipata della cessione» (in tal senso Comunicazione di Banca d'Italia, 10 novembre 2009, *Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori*, 5).

trasparenza», evidenziando la necessità «che nei fogli informativi e nei contratti di finanziamento sia riportata una chiara indicazione delle diverse componenti di costo per la clientela, enucleando in particolare quelle soggette a maturazione nel corso del tempo (a titolo di esempio, gli interessi dovuti all'ente finanziatore, le spese di gestione e incasso, le commissioni che rappresentano il ricavo per la prestazione della garanzia 'non riscosso per riscosso' in favore dei soggetti 'plafonanti', ecc.)»¹⁰.

La necessità di una chiara distinzione tra costi maturati e costi non maturati – evidentemente strumentale e funzionale al diritto del consumatore alla riduzione dei soli (interessi e) costi *recurring* secondo le indicazioni dell'autorità di vigilanza – è espressamente prevista anche dalle Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari di Banca d'Italia (come modificate con provvedimento del 9 febbraio 2011) e nella successiva comunicazione di Banca d'Italia del 7 aprile 2011, *Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate (CQS)*.

Oltre a richiedere che il contratto di credito indichi «in modo chiaro e preciso», tra l'altro, il diritto del consumatore al rimborso anticipato

¹⁰ In questi termini, la Comunicazione di Banca d'Italia, 10 novembre 2009, cit., 2 e 5. Conf. anche la successiva Comunicazione di Banca d'Italia, 7 aprile 2011, *Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate (CQS)*, con cui l'autorità di vigilanza ha nuovamente sollecitato gli intermediari a «definire correttamente – in linea con le nuove disposizioni sul credito ai consumatori – la ripartizione tra commissioni *up-front* e *recurring*, includendo nelle seconde le componenti economiche soggette a maturazione nel tempo» (p. 3); «assicurare il pieno rispetto delle regole contabili nella rilevazione delle commissioni e degli oneri connessi con le CQS. In particolare, è necessario sia applicato correttamente il principio di competenza economica nella rilevazione delle commissioni percepite in relazione all'operatività in CQS, distinguendo quelle che maturano in ragione del tempo (c.d. *recurring*), da rilevare *pro rata temporis*, dalle altre, da rilevare quando percepite» (p. 3). Cfr. anche l'allegato alla medesima comunicazione (*Aspetti rilevanti emersi dalla ricognizione effettuata dalla Banca d'Italia presso gli operatori e conseguenti indicazioni*, p. 6): «solo una parte delle commissioni pagate anticipatamente dalla clientela in via anticipata si riferisce a prestazioni non rimborsabili (come le spese d'istruttoria o di stipula del contratto) (c.d. quota *up front*), mentre la restante parte (c.d. quota *recurring*) è volta a coprire i rischi trattenuti (rischi di credito e di liquidità connessi con le garanzie prestate, quali ad esempio quella del 'non riscosso per riscosso') e gli oneri la cui maturazione è intrinsecamente connessa con il decorso del finanziamento (ad esempio, la gestione degli incassi e dei sinistri)».

previsto dall'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. e la procedura per effettuarlo, le disposizioni di Banca d'Italia precisano, infatti, che «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, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore» (cfr. sez. VII, par. 5.2.1. lett. q) e nota 3)¹¹.

La distinzione così tracciata tra costi *up front* (non ripetibili in caso di rimborso anticipato del finanziamento in quanto interamente sostenuti per attività e servizi già espletati) e costi *recurring* (soggetti a maturazione nel corso del tempo in quanto legati ad attività e servizi non ancora erogati) – più recentemente ribadita da Banca d'Italia negli *Orientamenti di vigilanza in merito alle operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione*¹² – trova netta conferma anche nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) (art. 128-*bis* t.u.b.).

Secondo il costante e consolidato orientamento dell'ABF, ripetutamente confermato anche dal Collegio di Coordinamento, nel caso di estinzione anticipata del finanziamento deve essere rimborsata al cliente la quota delle commissioni e dei costi assicurativi non

¹¹ La precisazione è contenuta nella sezione VII sul “credito ai consumatori”, ma sembra, tuttavia, potersi estendere anche al “credito immobiliare ai consumatori” (sez. VI-bis), per effetto del richiamo contenuto al par. 5.2.1, lett. 1, sez. VI-*bis* («le condizioni per il rimborso anticipato del credito, secondo quanto previsto dagli articoli 120-*ter* e 125-*sexies*, comma 1, del T.U.»).

¹² Cfr. delibera n. 145/2018: «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 (c.d. ‘*recurring*’) e che devono quindi essere restituiti al consumatore se corrisposti anticipatamente e in quanto riferibili ad attività e servizi non goduti» (p. 4 s.); «Le Disposizioni richiedono l'adozione di procedure interne – oggetto di verifica da parte dell'Autorità di vigilanza – idonee a individuare in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto. La qualificazione delle voci di costo deve essere coerente con il contenuto delle attività remunerate» (p. 5). Per una valutazione generale, cfr. M. MARCHESI, *Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione: i nuovi orientamenti dell'autorità di vigilanza*, in questa *Rivista*, 2018, II, 333 ss.

maturati nel tempo, dovendosi ritenere contrarie alla normativa di riferimento le condizioni contrattuali che stabiliscano la non ripetibilità *tout court* delle commissioni e dei costi applicati al contratto nel caso di estinzione anticipata dello stesso.

Più in particolare, sulla base di tale orientamento:

- i) 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*);
- ii) a tal fine può ritenersi valida la quantificazione negoziale dei costi *recurring* addebitati al cliente in una percentuale del costo globale delle commissioni, a condizione, però, che nel contratto siano chiaramente indicate, sia pure in forma sintetica, le prestazioni continuative correlate a quella percentuale, con modalità e termini tali da consentire al cliente di verificarne l'effettiva natura preliminare o continuativa;
- iii) in assenza di una chiara ripartizione nel contratto tra oneri *up front* e *recurring*, anche in applicazione dell'art. 1370 c.c. e, più in particolare, dell'art. 35, secondo comma, 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 deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare;
- iv) l'importo da rimborsare deve essere determinato secondo un criterio proporzionale, tale per cui l'importo di ciascuna delle suddette voci viene moltiplicato per la percentuale del finanziamento estinto anticipatamente, risultante (se le rate sono di eguale importo) dal rapporto fra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue;
- v) altri metodi alternativi di computo non possono considerarsi conformi alla disciplina vigente (ma v. *infra* § 6);
- vi) sono rimborsabili, per la parte non maturata, non solo le commissioni bancarie, finanziarie e di intermediazione, ma anche i costi assicurativi relativi alla parte di finanziamento non

goduta (cfr. art. 22, comma 15-*quater*, d.l. n. 179/2012; art. 49 Reg. Isvap n. 35/2010; art. 39 Reg. Ivass n. 41/2018)¹³.

3. I principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia

Sensibilmente diverso è, invece, il quadro che emerge dalle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia, chiamata a stabilire se «la disposizione contenuta nell'art. 16, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 3, lettera g), della direttiva [2008/48], debba essere interpretata nel senso che il consumatore, in caso di adempimento anticipato degli obblighi che gli derivano dal contratto di credito, ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, compresi i costi il cui importo non dipende dalla durata del contratto di credito in questione»¹⁴.

Premessa una breve ricostruzione dell'impianto normativo di riferimento (parr. 20-30), la Corte di Giustizia, considerato, in sintesi, che:

- «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 (...) i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto» (par. 31);
- «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

¹³ Cfr. per tutte ABF Collegio di Coordinamento, 11 novembre 2016, nn. 10003, 10017 e 10035; 10 maggio 2017, n. 5031. Per una ricostruzione generale del tema cfr. anche M. MAUGERI-S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, 116 ss.; F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni nel costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in questa *Rivista*, 2013; R. VIGO, *Sub art. 125-sexies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, t. II, Torino, 2013, 1466 ss.; E. VENTURI, *Sub art. 125-sexies*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, t. III, Milano, 2018, 2207 ss.

¹⁴ Cfr. sentenza par. 18.

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» (par. 32);

- «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» (par. 33),

ha, infatti, espresso il seguente principio di diritto: «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 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».

Più chiaramente, la Corte – senza apparentemente fornire (ma v. *infra* §6), indicazioni sul criterio da utilizzare per il calcolo della riduzione del costo totale del credito – supera ogni rilevanza sinora riconosciuta, in sede di estinzione anticipata del finanziamento, alla distinzione tra costi *up front* e *recurring*, riconoscendo il diritto del consumatore al rimborso (*recte*, riduzione) anche dei costi c.d. *up front* e ponendosi, di conseguenza, in frontale contrasto con le costanti e consolidate interpretazione e applicazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b., fatte proprie da Banca d'Italia e dall'Arbitro Bancario Finanziario (v. *supra* §2). Lungi dal rappresentare un risultato del tutto inatteso o imprevisto, la Corte traccia un netto accostamento tra i costi (o parte dei costi) del finanziamento e gli interessi corrispettivi, oggetto anch'essi di riduzione in caso di estinzione anticipata, giungendo così ad esiti in parte analoghi a quelli ipotizzati e anticipati – seppur in una differente prospettiva – da chi ha da tempo evidenziato come le commissioni addebitate al consumatore – che incorporano anche voci di costo qualificabili come *up front*¹⁵ – siano, in realtà, riconducibili

¹⁵ Connessi ad attività «necessariamente preliminari e conclusive del prestito, quali, ad esempio: l'esame della documentazione» (così la formulazione frequente soprattutto nei contratti più risalenti e ripresa da U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della «cessione del quinto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1534).

«a una componente del corrispettivo per il differimento» (*i.e.*, gli interessi)¹⁶.

4. *Gli effetti della sentenza sul sistema giuridico italiano*

Ciò premesso, in relazione alla definizione e delimitazione delle possibili ricadute, interpretative e applicative, della sentenza sull'impianto normativo italiano sopra descritto (§2), non pare, anzitutto, potersi dubitare che i principi così espressi dalla Corte di Giustizia, e la conseguente interpretazione delle previsioni dell'art. 16 dir. 2008/48/CE, trovino immediata e diretta applicazione anche nell'ordinamento nazionale interno¹⁷, indipendentemente – occorre aggiungere – dai rilievi critici in termini di fondatezza e correttezza che possono eventualmente sollevarsi nei confronti della sentenza¹⁸, che potrebbero al più dare luogo ad una nuova ed ulteriore questione pregiudiziale sollevata avanti la medesima Corte¹⁹.

Come noto, la natura dichiarativa che suole attribuirsi alle sentenze della Corte di Giustizia, emesse in sede di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, ne comporta l'applicabilità anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza²⁰, con effetto vincolante per il giudice nazionale per tutti i casi analoghi²¹.

¹⁶ Ci si riferisce all'attento studio di U. MALVAGNA, *op. cit.*, 1532 ss., spec. 1541 ss., cui si fa ampio rinvio, che sembra, per l'appunto, anticipare le riflessioni poi maturate dalla Corte di Giustizia secondo cui «la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto» (par. 31).

¹⁷ In tal senso v. anche A.A. DOLMETTA, *Estinzione anticipata della cessione del quinto*, cit., 3 s.; ID., *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito»*, cit., 8 s.; F. MAIMERI, *op. cit.*, 5, pur con un approccio critico – parzialmente condivisibile – alle conclusioni raggiunte dalla sentenza.

¹⁸ Su cui v. comunque *infra* §5.

¹⁹ È questa la prospettiva in cui sembra porsi F. MAIMERI, *Credito al consumo*, *op. cit.*, 5 s.

²⁰ CGE, 2 settembre 1998, causa C-309/85, *Barra c. Stato Belga*, in *Racc.*, 1988, p. 355.

²¹ Cfr. CGE, 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Cilfit s.r.l. e Lanificio di Gavardo s.p.a. c. Ministero della Sanità*, in *Racc.*, 1982, p. 3415; Cass., 3 marzo 2017, n. 5381; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2468; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22577. Proprio in materia di credito al consumo, la Corte di Giustizia ha recentemente negato che pretese ragioni di stabilità degli intermediari creditizi possano legittimare giudici e organi amministrativi nazionali a limitare nel tempo gli effetti di una pronuncia di nullità di

Non appaiono, infatti, del tutto condivisibili le opinioni contrarie emerse nei primi commenti alla pronuncia della Corte²², in ragione – in particolare, ma non solo²³ – *a*) del difetto di una efficacia diretta (c.d.

una clausola per abusività («L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale che limiti nel tempo gli effetti restitutori legati alla dichiarazione giudiziale del carattere abusivo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, di una clausola contenuta in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista, alle sole somme indebitamente versate in applicazione di una siffatta clausola successivamente alla pronuncia della decisione che ha accertato giudizialmente tale carattere abusivo», CGUE, 21 dicembre 2016, Grande Sezione, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15).

²² Cfr. in particolare Conciliatore Bancario Finanziario, *op. cit.*; W.G. CATURANO, *op cit.*

²³ Desta, per esempio, non poche perplessità la conclusione per cui «l'interpretazione dell'art. 16, paragrafo 1, della Direttiva proposta dalla Corte si pone in aperta contrapposizione con la normativa italiana di attuazione» e che, quindi, «sarebbe difficile poter interpretare la norma interna secondo quanto disposto dalla Corte, perché il tenore inequivocabile della norma medesima lo esclude» (Conciliatore Bancario Finanziario, *op. cit.*, 3). Perplessità che derivano dal fatto che non è possibile escludere la diretta applicazione della interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia in ragione della mera difformità o contrarietà a quella sinora desunta dalle indicazioni di Banca d'Italia e dell'ABF, poiché ciò significherebbe – all'evidenza – eludere l'autorità e il ruolo attribuiti alla Corte di Giustizia. Così come perplessità suscita il riferimento alla necessità di garantire la certezza del diritto, che finisce, in realtà, per limitare (*recte*, escludere) arbitrariamente l'effetto retroattivo proprio delle pronunce della Corte. Sul punto appare, in ogni caso, dirimente la circostanza che nel caso di specie la Corte non ha previsto limitazioni temporali all'interpretazione dalla stessa condotta, come ben avrebbe potuto in ragione delle condizioni oggettive della «buona fede degli ambienti professionali» coinvolti e del «rischio di gravi inconvenienti» dalla stessa Corte individuate (cfr. per tutte CGUE, 12 ottobre 2000, C-372/98) e che, nel caso in esame, possono ritenersi entrambe sussistenti, alla luce delle indicazioni fornite da tempo da Banca d'Italia e dell'orientamento espresso dall'ABF (§2). Non appare, quindi, condivisibile l'accento talora posto sull'affidamento riposto dagli intermediari nei confronti degli orientamenti e delle indicazioni provenienti da Banca d'Italia (Conciliatore Bancario Finanziario, *op. cit.*, 6 s.), poiché così facendo si mette – ancora una volta – in discussione *in radice* il ruolo della Corte di Giustizia e l'efficacia (normalmente) riconosciuta alle sue pronunce.

È chiaro, infatti, che ogni qual volta la Corte di Giustizia intervenga offrendo un'interpretazione non in linea con quella consolidatasi nell'ordinamento nazionale interno sussiste pur sempre un (sino ad allora) legittimo affidamento degli operatori, che, tuttavia, non è – e non può essere – tale da limitare gli effetti e le ricadute delle

orizzontale) della direttiva 2008/48/CE; *b*) delle differenze che contraddistinguono l'impianto normativo nazionale rispetto all'ordinamento polacco²⁴, alla luce del quale si è pronunciata la Corte.

Sotto il primo profilo (*a*)), si omette di considerare che il vigente art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. costituisce la trasposizione pressoché letterale dell'art. 16, par. 1, della direttiva, come si evince dalla diretta comparazione delle due previsioni normative. Al riguardo, non assumono, infatti, alcun rilievo le differenze testuali – pur sussistenti – tra l'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE, che si riferisce ad una riduzione «che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto», e l'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b., in cui si discorre, invece, di una riduzione «pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». Sul punto è sufficiente evidenziare che: *i*) tutte le voci che compongono il «costo totale del credito» (art. 3, lett. g), dir. 2008/48/CE; art. 120, primo comma, lett. e), t.u.b.) sono comunque riconducibili alle categorie degli interessi e dei costi²⁵, per cui la (apparentemente) più ampia portata dell'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE²⁶ non conduce a risultati differenti; *ii*) in entrambe le previsioni normative, i costi oggetto di riduzione sono individuati con il medesimo criterio, ovvero in ragione (*recte*, in

pronunce della Corte, salva, ben inteso, una espressa indicazione in tal senso della stessa Corte.

²⁴ Di cui – per la verità – è solo presunto un livello di tutela inferiore rispetto a quello offerto dall'art. 125-*sexies* t.u.b.

²⁵ Chiaro in tal senso l'art. 121, primo comma, lett. e), t.u.b., secondo cui il 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». In termini analoghi – seppur non coincidenti – anche l'art. 3, lett. g), dir. 2008/48/CE che definisce il costo totale del credito come «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», così confermando che tutte le voci indicate appartengono all'unica categoria dei “costi”.

²⁶ La determinazione della riduzione del costo totale del credito che “comprende” gli interessi e i costi dovuti per la vita residua, facendo così riferimento ad una parte soltanto (compresa) del tutto, di cui all'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE non appare difforme da quella dell'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b., posto che ciò che sarebbe in ipotesi escluso (non compreso) costituisce pur sempre parte di quei “costi” cui testualmente si riferisce l'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b.

funzione) della «restante durata» o della «vita residua» del contratto, in relazione al quale le conclusioni della sentenza sono univoche²⁷.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia sono, pertanto, vincolanti per il giudice nazionale – non in quanto modificative del quadro normativo di riferimento (che sul piano formale rimane, di fatti, immutato), ma – per le chiare ricadute sulla interpretazione dell'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b., che non potrà che essere allineata a quella delineata dalla Corte per il corrispondente art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE. Più chiaramente, non si tratta di «disapplicare la norma interna in [ipotizzato] contrasto con la Direttiva»²⁸; né si pone un problema di applicazione diretta della direttiva in mancanza di una corretta attuazione da parte del legislatore italiano²⁹, posto che il legislatore nazionale (primario) ha, in realtà, attuato l'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE con l'introduzione del vigente art. 125-*sexies* t.u.b.

Ciò a cui è chiamato, quindi, il giudice nazionale non è la disapplicazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. in ipotesi in contrasto, secondo l'interpretazione e l'applicazione operate da Banca d'Italia e dall'ABF, con la normativa dell'Unione, ma, al contrario, è l'interpretazione e applicazione della norma interna di attuazione (l'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b.), conformemente all'interpretazione dell'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE fornita dalla Corte di Giustizia³⁰. In questo senso depone, del resto, anche l'orientamento dei collegi territoriali dell'ABF, che, in circostanze diverse da quella ora in esame, ha più volte chiarito che poiché «le pronunzie della [C]orte di Giustizia hanno, in base all'art. 220 Trattato, una funzione nomofilattica istituzionalizzata, tutti gli organi decidenti dell'UE, sono vincolati alla

²⁷ In tal senso v. anche A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione*, cit., 7, nota 1 («Le differenze letterali, che sono rintracciabili, non sono in ogni caso idonee ad aprire degli spazi di interpretazioni divergenti, posto che 'il giudice nazionale è tenuto, nell'applicazione del diritto interno, ad adeguare la sua interpretazione al diritto comunitario'», citando Cass., 31 gennaio 2017, n. 2483).

²⁸ Cfr. in merito Conciliatore Bancario Finanziario, *op. cit.*, 3.

²⁹ Così invece W.G. CATURANO, *op. cit.*, 5 s.

³⁰ Interpretazione che è non solo dovuta (salva, ovviamente, la possibilità per il giudice nazionale di sollevare una nuova questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE), ma anche perfettamente possibile, posto che l'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. è – come chiarito – la trasposizione pressoché testuale dell'art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE.

interpretazione suddetta ed inoltre sono vincolati a perseguire gli scopi di *policy* evidenziati dalla Corte di Giustizia nelle decisioni rilevanti»³¹.

Per quanto attiene, invece, al secondo profilo sopra evidenziato (*b*)), non pare possibile invocare l'assenza nell'ordinamento nazionale interno di quella discrezionalità nella determinazione dei «costi oggettivamente correlati alla durata del contratto» posta a fondamento delle conclusioni raggiunte dalla Corte³².

L'impianto normativo interno³³ impone certamente all'intermediario una precisa e analitica individuazione dei costi *up front* e *recurring*, con la chiara e comprensibile indicazione dei costi oggetto di rimborso in caso di estinzione anticipata del finanziamento e del relativo criterio di calcolo. Ciò nonostante, gli stringenti obblighi di informativa preventiva a carico dell'intermediario non sono sufficienti a superare le criticità evidenziate dalla Corte di Giustizia³⁴.

La sentenza puntualizza, infatti, chiaramente che l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito «risulterebbe sminuita» qualora la riduzione si limitasse ai «soli costi presentati [e, quindi, pubblicizzati] dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto» (par. 31).

Gli obblighi informativi imposti dalle Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (sez. VII, par. 5.2.1) e dalle comunicazioni di Banca d'Italia del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011 non precludono, infatti: *i*) che i costi e la loro ripartizione, benché oggetto di ampia informativa in favore del consumatore, siano comunque «determinati unilateralmente dalla banca»³⁵; *ii*) che «la fatturazione di costi [possa] includere un certo margine di profitto»³⁶; *iii*) la previsione contrattuale di «pagamenti», evidentemente oggetto di informativa in favore del consumatore, «non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di

³¹ Così tra le molte ABF Collegio di Milano, 6 novembre 2013, n. 5632; 21 luglio 2011, n. 1535; ABF Collegio di Napoli, 25 febbraio 2015, n. 1339.

³² Cfr. parr. 32 e 33.

³³ Le Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e le comunicazioni di Banca d'Italia del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011, cit., nonché, da ultimo, gli *Orientamenti di Vigilanza*, di Banca d'Italia, *op. cit.*

³⁴ In tal senso anche le già richiamate riflessioni di U. MALVAGNA, *op. cit.*, 1539 ss.

³⁵ Sentenza, par. 31.

³⁶ Sentenza, par. 31.

credito», ottenuti mediante la riduzione «al minimo [de]i costi dipendenti dalla durata del contratto»³⁷; iv) la difficoltà per il «consumatore» e per il «giudice» di discernere tra i costi pubblicizzati dall'intermediario come *up front* e *recurring* quelli «oggettivamente correlati alla durata del contratto», in ragione del «margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna»³⁸.

5. (segue): i rilievi espressi sulla sentenza. Critica

Ciò detto, sebbene, come accennato, ogni valutazione sull'idoneità della sentenza a produrre effetti nell'ordinamento nazionale interno prescinde da ogni considerazione circa la correttezza e fondatezza delle

³⁷ Sentenza, par. 32. In tal caso, la condotta elusiva dell'intermediario non potrebbe, del resto, trovare alcun freno, come talora (forse troppo affrettatamente) sostenuto, nell'interesse del finanziatore a ridurre, e non già aumentare, anche i costi *up front* in funzione della competitività dell'offerta del credito. È, infatti, immediato e (troppo) agevole segnalare che per la competitività dell'offerta del credito ciò che rileva non è l'importo delle singole voci di costo (siano esse *up front* o *recurring*), ma il costo totale del credito, sinteticamente e immediatamente rappresentato per il consumatore (e il mercato) dal TAEG (art. 121, primo comma, lett. *m*), t.u.b.). E' evidente che la mera distribuzione del costo del credito tra voci *up front* e voci *recurring* non incide in alcun modo sulla consistenza complessiva del costo totale del credito e sulla quantificazione del TAEG.

³⁸ Sentenza, par. 33. Chiare sul punto anche le conclusioni dell'avvocato generale: «anche quando i costi addebitati sono stati calcolati con riferimento alla durata del credito, va osservato che essi possono servire a compensare in parte i costi ricorrenti e in parte i costi *una tantum*, compresi i costi sorti esclusivamente prima del rimborso anticipato. Lo stesso può dirsi quando tali addebiti sono stati calcolati in relazione all'importo del credito concesso, in quanto non tutti i costi variabili sono necessariamente costi ricorrenti. Infine, qualsiasi onere o commissione che i consumatori sono tenuti a pagare può includere una parte del profitto, in quanto nessuna norma obbliga gli enti creditizi a conseguire il loro margine di profitto unicamente attraverso gli addebiti imposti ai consumatori» (par. 54). E ancora: «l'unico modo per avere un'idea precisa dell'importo che l'ente creditizio risparmierà è» – non l'implementazione di una stringente normativa di trasparenza e informativa, ma – «quello di esigere che [l'ente creditizio] tenga una contabilità dei costi, il cui scopo è precisamente quello di identificare e valutare gli elementi che costituiscono il suo risultato operativo netto (...) Tuttavia, la contabilità dei costi non è stata resa obbligatoria per gli enti creditizi dalla direttiva 2008/48, né, a quanto pare, da alcun altro atto dell'Unione, né, per quanto qui rileva, dall'ordinamento nazionale interno» (par. 55).

conclusioni raggiunte dalla Corte³⁹, che al più possono indurre il giudice nazionale a sottrarsi alla applicazione dei principi espressi dalla pronuncia sollevando una nuova e ulteriore questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, appaiono, tuttavia, opportune alcune brevi considerazioni sui rilievi critici sollevati in merito.

Si è, in particolare, osservato che «il punto qualificante» dell'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. «è ‘per la restante durata del contratto’, che sta a significare che sia gli interessi sia i costi – cioè le commissioni già pagate – debbono essere restituiti nei limiti in cui non hanno più ragion d’essere a seguito del venir meno del rapporto»⁴⁰.

In merito, non pare, tuttavia, corretto fare reiteratamente leva sul possibile riferimento dell’inciso «per la restante durata del contratto» quale conferma di un rimborso in favore del consumatore legato a interessi e costi che «non hanno più ragione d’essere», in quanto in tal modo non pare cogliersi il reale piano su cui si muovono le considerazioni della Corte di Giustizia.

La Corte, infatti, non supera la distinzione sinora tracciata tra costi *up front* e costi *recurring* sulla base di un approccio meramente (o semplicemente) interpretativo del dettato normativo, ma su un profilo più propriamente ontologico. Sono chiare le indicazioni della Corte sulla difficoltà (impossibilità) di distinguere effettivamente tra costi *up front* e *recurring*. Distinzione che, quando negozialmente presente, e fatte salve alcune eccezioni⁴¹, è puramente convenzionale, ovvero dipendente unicamente dalle valutazioni e decisioni dell’intermediario e connessa ad una determinazione forfettaria e ad una conseguente imputazione soltanto “convenzionale” al singolo contratto di credito⁴². La menzione di spese «relative all’organizzazione o all’attività dell’ente *in quanto tale* (il riferimento potrebbe qui andare alle spese per il personale, al costo in genere del denaro, ai costi relativi alla

³⁹ Il ricorso ad un filtro di correttezza o fondatezza delle conclusioni della sentenza avrebbe, all’evidenza, l’effetto di una disapplicazione della stessa pronuncia della Corte, sulla base di una valutazione che certamente non compete al giudice nazionale, pena la contestazione della stessa autorità della Corte così come definita dai trattati.

⁴⁰ Così F. MAIMERI, *op. cit.*, 6.

⁴¹ Ci si riferisce alle voci di costo corrispondente alle imposte e alle commissioni agente/mediatore (su cui v. *infra* nota 44).

⁴² Limpide sul punto le conclusioni dell’avvocato generale (parr. 53 e 55) e la stessa sentenza (par. 33).

conformità alla normativa)» esclude «la possibilità di identificare un nesso di immediata ed effettiva rispondenza del costo sostenuto al *quantum* della commissione (anche nel senso di una liquidazione forfettaria)»; l'incidenza dei costi generali sulla singola prestazione (ovvero sul singolo contratto di finanziamento) non è, pertanto, «mai diretta e, per così dire, reale, bensì indiretta e congetturale (la sua determinazione dipendendo da criteri di imputazione dei costi ai singoli prodotti: ciò che sconta un evidente margine di discrezionalità»⁴³.

Ne consegue che quella valutazione più volte richiamata sulla individuazione di costi che non hanno più ragion d'essere a seguito del venir meno del rapporto, poiché legati ad attività o servizi non più erogati in favore del consumatore, è meramente fittizia, in ragione, appunto, della impossibilità (oggettiva) di collegare ciascuna voce di costo ad una precisa fase del rapporto di credito o ad una specifica attività ad esso connessa. Salve le dovute eccezioni⁴⁴, i costi legati al

⁴³ Così le – qui condivise – considerazioni di U. MALVAGNA, *op. cit.*, 1554, nella cui prospettiva sembrano oggi porsi i rilievi critici sollevati dalla Corte di Giustizia.

⁴⁴ È il caso, anzitutto, delle imposte connesse al contratto di finanziamento, costituite per lo più da imposte di bollo (fisse e periodiche) (d.P.R. n. 642/1972) e, a seconda delle circostanze, dall'imposta sostitutiva di cui all'art. 15 d.P.R. n. 601/1973 (la cui applicazione, espressamente prevista per le banche, è stata recentemente estesa anche agli intermediari finanziari *ex art.* 106 t.u.b. da Cass., Sez. Un., 18 luglio 2018, n. 19106). Sebbene il punto – che esula dalla competenza specifica di chi scrive – meriterebbe ulteriori riflessioni, indipendentemente da ogni considerazione circa la destinazione della voce di costo ora in esame e circa la sua oggettiva e certa individuazione, il principio espresso dalla Corte può porsi in contrasto con la normativa fiscale interna, con la conseguente possibilità per il giudice nazionale di disattendere l'applicazione in riferimento alle imposte (pur espressamente ricomprese nel costo totale del credito); fatta eccezione, ovviamente, per le imposte periodiche (imposta di bollo dovuta per le comunicazioni periodiche), ma solitamente incassate anticipatamente dall'intermediario. Considerazioni parzialmente analoghe potrebbero ripetersi anche per le voci di costo rappresentate dalle commissioni agente e mediatore (ricomprese anch'esse nel costo totale del credito, anche *arg. ex art.* 125-*novies*, terzo comma, t.u.b.), sebbene per tali costi non siano immediatamente ravvisabili profili di contrasto con l'ordinamento interno. Anche in tal caso si tratta di voci di costo che sfuggono ad una quantificazione forfettaria e ad una imputazione convenzionale propria, invece, degli altri costi sostenuti dall'intermediario. Le commissioni mediatore o agente sono, di fatti, riconosciute e dovute a soggetti esterni alla organizzazione dell'intermediario (ancorché la commissione agente sia un costo propriamente dell'intermediario), la cui quantificazione è direttamente riconducibile al singolo contratto. Ferma, in ogni caso, la necessità di una chiara e puntuale

finanziamento appaiono, infatti, per lo più costi imputati (attribuiti) al singolo contratto solo in via forfettaria e convenzionale⁴⁵.

Per tale ragione non pare – ancora una volta⁴⁶ – superabile il rilievo della Corte secondo cui l'intermediario potrebbe incrementare le commissioni *up front*, riducendo quelle *recurring* (in astratto rimborsabili), così diminuendo l'importo dovuto al consumatore in caso di estinzione anticipata del finanziamento. Soluzione che, come chiarito, non è legata ad una mera interpretazione «manifestamente illogica» cui la Corte ricorrerebbe per «sostituire una lettura presuntamente eludibile»⁴⁷, poiché l'elusione evidenziata dalla Corte trova origine proprio nella impossibilità – per il consumatore e per il giudice – di tracciare una oggettiva linea di confine tra costi *up front* e costi *recurring* e, in definitiva, nella totale discrezionalità dell'intermediario.

Né appare corretto far leva sull'«esito restitutorio» prodotto dall'art. 125-*sexies* t.u.b. (e dall'art. 16 dir. 2008/48), sottolineando come la «restituzione può aversi se colui che la chiede dimostra di aver dato qualcosa indebitamente: e l'indebito nella fattispecie in esame non può che aversi per quelle somme corrisposte a fronte di servizi durevoli, che cioè sono dovute 'per la restante parte del contratto', quella successiva all'estinzione»⁴⁸. Tale ricostruzione rivela una certa confusione sulle effettive modalità di realizzazione dell'operazione di finanziamento e,

documentazione in tal senso, che non sia limitata alla sola trasparenza negoziale, ma che consenta di confermare la consistenza della voce di costo e la diretta imputazione al singolo contratto di finanziamento (conf. anche A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione*, cit., p. 11, nota 17), non potrebbe, quindi, escludersi – quanto meno per le commissioni mediatore (su cui v. comunque le considerazioni di U. MALVAGNA, *op. cit.*, 1560 ss.) – un intervento correttivo – in sede eventualmente di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* – sulle posizioni assunte dalla Corte.

⁴⁵ Cfr., ancora, le conclusioni dell'avvocato generale: «anche quando i costi addebitati sono calcolati con riferimento alla durata del credito, va osservato che essi possono servire a compensare in parte i costi ricorrenti e in parte i costi una tantum, compresi i costi sorti esclusivamente prima del rimborso anticipato. Lo stesso può dirsi quando tali addebiti sono stati calcolati in relazione all'importo del credito concesso, in quanto non tutti i costi variabili sono necessariamente costi ricorrenti» (par. 54).

⁴⁶ V. *supra* nota 37.

⁴⁷ In tal senso, invece, F. MAIMERI, *op. cit.*, 7.

⁴⁸ F. MAIMERI, *op. cit.*, 7.

soprattutto, dell'esercizio del diritto del consumatore ai sensi dell'art. 125-*sexies* t.u.b.⁴⁹.

L'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. riconosce, infatti, espressamente al cliente il diritto di estinguere il finanziamento senza dover versare interamente l'importo dovuto quale debito capitale residuo, per poi recuperare (*ex art. 2033 c.c.*) le somme indebitamente trattenute dall'intermediario successivamente all'estinzione; ma procedendo direttamente a corrispondere all'intermediario la differenza tra il debito capitale residuo e la quota parte delle commissioni non maturate. L'art. 125-*sexies* t.u.b. anticipa, quindi, l'esigibilità dell'invocato diritto del cliente *ex art. 2033 c.c.*, che altrimenti maturerebbe soltanto successivamente (o al più contestualmente) alla estinzione del finanziamento per effetto del pagamento integrale del debito capitale residuo, attraverso una *facultas solutionis*, che consente al debitore di corrispondere anticipatamente una data somma (determinata ai sensi dell'art. 125-*sexies* t.u.b.) in sostituzione dell'esatto adempimento⁵⁰. L'eccedenza corrisposta dal consumatore in sede di estinzione anticipata e corrispondente alla quota parte dei costi oggetto di riduzione *ex art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b.* costituisce, dunque, un effettivo indebito a carico dell'intermediario e non (soltanto) di soggetti terzi⁵¹.

⁴⁹ V. anche A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione*, cit., p. 11.

⁵⁰ In tal senso, v. già A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 524 e 540 ss., secondo cui – in riferimento all'estinzione anticipata (anche parziale) di un contratto di mutuo stipulato «per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione», come disciplinata dal previgente art. 7 d.l. n. 7/2007 (convertito con l. n. 40/2007) – «viene attribuita al debitore la facoltà di scegliere, lungo tutta la pendenza del rapporto, un adempimento anticipato e ridotto (posta la sufficienza del rimborso, oltre al capitale, degli interessi maturati: a differenza dell'esatto adempimento, conformato sulla prestazione degli interessi sino a scadenza dell'obbligo di pagamento (...))».

⁵¹ Sul punto sia consentito rinviare al mio *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-*sexies* t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 789 ss., spec. 801 ss.

6. (Segue): *il criterio di rimborso dei costi del finanziamento alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia*

Se l'applicazione dei principi espressi dalla Sentenza non può che condurre ad una interpretazione e applicazione dell'art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. conforme a quella tracciata dalla Corte di Giustizia, che contempra, quindi, il diritto del consumatore al rimborso (parziale) anche dei costi sinora considerati non suscettibili di rimborso alcuno, con riferimento al criterio di calcolo la pronuncia della Corte, come accennato, non assume all'apparenza una chiara e formale posizione⁵².

In realtà, sul punto non mancano indicazioni di carattere generale.

Da un lato, occorre, considerare che la Corte di Giustizia muove il proprio ragionamento dalle conclusioni presentate dall'avvocato generale (Gerard Hogan), secondo cui soltanto due interpretazioni tra quelle (quattro) dallo stesso prospettate sono coerenti con la conclusione per cui «la locuzione '[dovuti] per la restante durata del contratto' dovrebbe essere intesa nel senso che la riduzione prevista dall'articolo 16, paragrafo 1, non dipende dalla finalità dei costi a carico del consumatore (...), ma piuttosto dalla data in cui viene richiesto il pagamento dei costi al consumatore»⁵³.

La prima (1) interpretazione (ovvero la «seconda» nell'elencazione dell'avvocato generale) «consiste nel ritenere che il costo totale del credito debba essere ridotto in proporzione al restante periodo contrattuale. In sostanza la locuzione 'per la restante durata del contratto' costituirebbe solo un'indicazione delle modalità di calcolo della riduzione, ossia in proporzione alla 'restante durata del contratto'»⁵⁴.

La seconda (2) interpretazione (ovvero la «quarta» nell'elencazione dell'avvocato generale), secondo cui «la riduzione cui avrebbe diritto il consumatore corrisponde ai pagamenti *una tantum* o ricorrenti non ancora scaduti al momento del rimborso anticipato»⁵⁵.

Dall'altro lato, coerentemente con le conclusioni dell'avvocato generale, è la stessa Corte di Giustizia a premettere che «la menzione

⁵² W.G. CATURANO, *op. cit.*, 12 s.; Conciliatore Bancario Finanziario, *op. cit.*, 9.

⁵³ Conclusioni avvocato generale, par. 63.

⁵⁴ Conclusioni avvocato generale, par. 43.

⁵⁵ Conclusioni avvocato generale, par. 46.

della ‘restante durata del contratto’ (...) 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» (par. 24).

Di conseguenza, sembra potersi concludere che il principio di diritto espresso nella sentenza presupponga il ricorso alla prima linea interpretativa sopra evidenziata (1), in base alla quale l’art. 16, par. 1, dir. 2018/48/CE si riferisce ad una «modalità di calcolo della riduzione»⁵⁶, che «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»⁵⁷.

Ciò, tuttavia, non implica automaticamente e necessariamente il ricorso al criterio di calcolo *pro rata temporis* (o di competenza economica) nella sua formula rigidamente proporzionale, sino ad oggi applicata ai costi c.d. *recurring* sulla base delle indicazioni di Banca d’Italia, e dell’orientamento dell’ABF (v. *supra* §2), in base alla quale l’importo delle voci di costo «viene moltiplicato per la percentuale del finanziamento estinto anticipatamente, risultante (se le rate sono di eguale importo) dal rapporto fra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue»⁵⁸.

È lo stesso Arbitro Bancario Finanziario ad aver, del resto, riconosciuto che il criterio *pro rata temporis* nella sua formula strettamente proporzionale non costituisce un principio assoluto. Non è, infatti, precluso che «il rimborso dovuto in caso di estinzione

⁵⁶ Conclusioni avvocato generale, par. 43.

⁵⁷ Sentenza, par. 24. Non può, quindi, condividersi il rilievo per cui nella sentenza «non si rinviene alcuna indicazione che possa orientare gli intermediari nella determinazione della quota da rimborsare al consumatore» (Conciliatore Bancario Finanziario, *op. cit.*, 9).

⁵⁸ Così ABF Collegio di Coordinamento, decisioni nn. 10003/2016; 10017/2016; 10035/2016, cit.

anticipata del contratto e ‘pari all’importo (...) dei costi dovuti per la vita residua del contratto’ possa avere uno sviluppo non strettamente lineare o proporzionale (come normalmente avviene) ». Qualora «le parti, nell’esercizio della loro autonomia, abbiano previsto costi continuativi (*recurring*) in misura differenziata per ogni frazione di tempo della durata complessiva del rapporto, il criterio di recupero degli esborsi sopportati per remunerare tali costi a seguito della estinzione anticipata del finanziamento, ancorché non esattamente proporzionale, sarebbe sempre conforme al criterio di competenza economica (*pro rata temporis*), dato che il rimborso avverrebbe comunque secondo la quota dei costi ‘dovuti’ tempo per tempo maturati»⁵⁹.

Più chiaramente, se si considera che:

- i) l’art. 16 dir. 2008/48/CE «non stabilisce il metodo di calcolo da utilizzare» e che, quindi, l’intenzione del legislatore dell’Unione è quella «di lasciare agli Stati membri un certo margine di manovra in materia»⁶⁰;
- ii) l’art. 16, par. 1, dir. 2008/48/CE non è diretto ad armonizzare il metodo di calcolo della riduzione, ma ad enunciare i principi che gli Stati membri devono rispettare nella determinazione di tale metodo e a garantire al consumatore «una riduzione sia dei costi sia degli interessi a seguito del rimborso anticipato in un

⁵⁹ABF Collegio di Coordinamento, decisione n. 10003/2016, cit. («solo il principio di stretta proporzionalità che vi è normalmente sotteso può essere contrattualmente derogato, nel caso in cui sia anticipatamente concordata e stabilita la quota (differenziata nel tempo) di commissioni *recurring* in maturazione riferibili ad ogni rata, dovendo sempre applicarsi la regola che tutte le commissioni continuative, pagate in anticipo al momento di conclusione del contratto, devono poi essere rimborsate al consumatore per le quote imputabili alla rate non maturate (competenza economica)»). In senso conforme anche *Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione: Orientamenti di Vigilanza*, di Banca d’Italia, 30 marzo 2018, par. 12, nota 13: «in relazione al diritto del consumatore al rimborso anticipato, vanno anche indicate le modalità di calcolo della riduzione del ‘costo totale’ del credito’ (...) Ad esempio una percentuale o un piano di rimborso di interessi e commissioni».

⁶⁰ Conclusioni avvocato generale, par. 36. La direttiva 2008/48/CE, infatti, non armonizza «il metodo di calcolo da utilizzare per determinare la riduzione applicabile nel caso di rimborso anticipato del credito, ma enuncia i principi che gli Stati membri devono rispettare nella determinazione di tale metodo» (conclusioni avvocato generale, par. 38).

modo che è (relativamente) proporzionale alla misura in cui il contratto è stato rimborsato anticipatamente»⁶¹;

- iii) «l'applicazione di due distinti metodi di calcolo, rispettivamente uno per l'interesse e uno per i costi (...) sarebbe in contrasto con la formulazione stessa dell'articolo 16, paragrafo 1»⁶²;
- iv) non appare del tutto corretto discorrere di una piena assimilazione dei costi *up front* ai costi *recurring* e prospettare, quale effetto immediato, l'applicazione – in via residuale (*i.e.*, in assenza di una espressa previsione negoziale) – ai primi di criteri di rimborso indicati per i secondi da Banca d'Italia e dall'ABF in un quadro normativo profondamente differente da quello che emerge dalla sentenza e incentrato sulla netta distinzione – oggi superata – tra costi *up front* e costi *recurring*;
- v) nell'impostazione seguita dalla Corte di Giustizia, la necessità di procedere ad una riduzione del costo totale del credito che tenga conto (anche) di tutte le voci di costo sembra muovere non tanto dalla mera assimilazione tra costi *up front* e costi *recurring*, quanto piuttosto (e prima ancora) dalla stessa difficoltà (o impossibilità) di tracciare anche in astratto una linea di confine tra, da un lato, i costi (siano essi *recurring* e *up front*) e, dall'altro lato, gli interessi, considerato che «la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto»⁶³;

nulla esclude che la riduzione del costo totale del credito (comprensivo degli interessi e dei costi) possa avvenire secondo un criterio differente da quello *pro rata temporis* strettamente proporzionale⁶⁴, che garantisca comunque una riduzione relativamente proporzionale alla (ovvero, in funzione della) misura in cui il contratto è stato rimborsato anticipatamente e che sia al contempo omogeneo per tutte le voci ricomprese nel costo totale del credito: interessi e costi.

⁶¹ Così esplicitamente le conclusioni dell'avvocato generale, par. 64.

⁶² Conclusioni avvocato generale, par. 59.

⁶³ Sentenza, par. 31. Nello stesso senso anche le conclusioni dell'avvocato generale par. 54 («qualsiasi onere o commissione che i consumatori sono tenuti a pagare può includere una parte del profitto, in quanto nessuna norma obbliga gli enti creditizi a conseguire il loro margine di profitto unicamente attraverso gli addebiti imposti ai consumatori») e par. 55.

⁶⁴ Per il quale «l'importo complessivo delle voci *recurring* viene suddiviso per il numero complessivo delle rate e poi moltiplicato per il numero delle rate residue» (ABF Collegio di Coordinamento, decisione n. 10003/2016, cit.).

Salva l'ipotesi (rara) in cui sia espressamente contemplato dal contratto di finanziamento, nell'ordinamento nazionale interno il criterio *pro rata temporis* rigidamente proporzionale ha, del resto, trovato sinora applicazione in via soltanto residuale, sulla base delle espresse indicazioni di Banca d'Italia (come richiamate e recepite dall'ABF), fondate sul presupposto – oggi, si ribadisce, superato dalla Corte di Giustizia – della netta distinzione tra costi *up front* e costi *recurring* e del connesso principio della ripetizione dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.)⁶⁵. È solo con riferimento ai costi *recurring* che il criterio *pro rata temporis* rigidamente proporzionale è stato, sino ad oggi, considerato «il più logico e, con ciò stesso, il più conforme al diritto ed all'equità sostanziale»⁶⁶. Il che esclude, tra l'altro, che l'applicazione del criterio *pro rata temporis* strettamente proporzionale anche ai costi *up front* possa trovare fondamento nell'affidamento (insussistente) del consumatore ad un rimborso rigidamente proporzionale, radicalmente e chiaramente escluso dalle indicazioni di Banca d'Italia e dall'orientamento dell'ABF.

Anche per i costi *recurring* può, in realtà, predicarsi quella imputazione convenzionale-forfettaria al singolo contratto che ha indotto la Corte al loro accostamento agli interessi (*i.e.* il corrispettivo della prestazione principale), sulla base di argomenti fatti talora propri anche dal Collegio di Coordinamento dell'ABF per voci di costo quali gli oneri per l'«acquisizione provvista» e per la «conversione tasso». Costi qualificati come *recurring*, ma di cui, da un lato, si è dubitato della loro riconducibilità «al singolo contratto di finanziamento» e della loro remunerazione da parte del «cliente tramite commissioni, anziché attraverso la determinazione del tasso degli interessi corrispettivi» e, dall'altro lato, si è evidenziata la possibile distribuzione «sulla durata

⁶⁵ Cfr. ancora ABF Collegio di Coordinamento, decisioni nn. 10003/2016; 10017/2016; 10035/2016, cit.: «l'estinzione anticipata implica l'automatico effetto della restituzione degli importi corrispondenti ai servizi non resi, per i quali viene, quindi, a mancare ogni ragione (titolo) dell'apprensione da parte dell'intermediario. Su questa linea, la misura dell'indebito discende automaticamente dalla corretta determinazione dell'oggetto, recata in contratto: anche in assenza dell'art. 125-*sexies* TUB, il consumatore avrebbe comunque il diritto alla ripetizione delle somme indebitamente trattenute dall'intermediario, secondo la disciplina generale dell'art. 2033 c.c., di cui l'art. 125-*sexies*, primo comma, TUB è chiaramente espressione».

⁶⁶ Così ABF Collegio di Coordinamento, 22 settembre 2014, n. 6167.

del medesimo contratto»⁶⁷. Anche quando sia possibile – come effettivamente è – individuare attività e servizi prestati tempo per tempo (*i.e. recurring*)⁶⁸, e che, quindi, non saranno più erogati in caso di rimborso anticipato del finanziamento, sussiste pur sempre una imputazione e quantificazione convenzionale-forfettaria del costo corrispondente.

Non paiono, pertanto, sussistere insormontabili ostacoli giuridico-formali e sostanziali ad una riduzione di quella quota del costo totale del credito rappresentata dai costi sia *up front* che *recurring* secondo il medesimo criterio di calcolo utilizzato per gli interessi corrispettivi, che costituiscono la principale voce del costo totale del credito; criterio che, in ogni caso, determina una riduzione progressiva (*i.e.* «(relativamente) proporzionale»⁶⁹) del costo totale del credito in funzione del tempo trascorso (*i.e.* del momento in cui avviene l'estinzione anticipata del finanziamento) e che, in quanto inferibile dal piano di ammortamento allegato al finanziamento, costituisce, in realtà, l'unico criterio di rimborso espressamente contemplato dal contratto e condiviso dalle parti⁷⁰. Ciò ovviamente non preclude al legislatore⁷¹ e alle parti di prevedere differenti criteri di rimborso, pur sempre nei limiti (sopra richiamati) individuati nella sentenza.

In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, per la riduzione di tutte le voci del costo totale del credito la sentenza della Corte di Giustizia non impone l'applicazione del criterio *pro rata temporis* strettamente proporzionale, ma appare, in realtà, compatibile con l'adozione, anche per le voci di costo, del medesimo criterio di

⁶⁷ ABF Collegio di Coordinamento, 10 maggio 2017, n. 5031.

⁶⁸ Si pensi, ad esempio, alle comunicazioni periodiche, alle attività necessarie per l'incasso delle rate del piano di ammortamento, ecc.

⁶⁹ Conclusioni avvocato generale, par. 64.

⁷⁰ Fatta salva, come accennato, l'ipotesi, per la verità infrequente, in cui il contratto richiami espressamente il criterio *pro rata temporis* strettamente proporzionale per il rimborso (riduzione) dei costi del finanziamento.

⁷¹ È questo certamente il caso del rimborso dei premi assicurativi delle polizze connesse a contratti di finanziamento ai sensi dell'art. 22, comma 15-*quater*, d.l. n. 179/2012 e dell'art. 39, reg. Ivass n. 41/2018, che presenta una distribuzione chiaramente «(relativamente) proporzionale» (cfr. A. TINA, *Il rimborso del premio assicurativo nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione (CQS) e la (in)competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario (art. 128-bis t.u.b.)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, spec. 186 ss.).

calcolo utilizzato per la determinazione degli interessi corrispettivi, così come desumibile dal piano di ammortamento previsto dal contratto. Ciò non solo qualora le parti abbiano fatto espresso riferimento al piano di ammortamento anche per la riduzione/rimborso dei costi (*up front e recurring*)⁷², ma anche in assenza di una specifica previsione negoziale in tal senso, posto che, come ricordato, «l'applicazione di due distinti metodi di calcolo, rispettivamente uno per l'interesse e uno per i costi (...) sarebbe in contrasto con la formulazione stessa dell'articolo 16, paragrafo 1»⁷³ e che il criterio di riduzione degli interessi è previsto nel piano di ammortamento normalmente allegato al – e richiamato dal – contratto. Il criterio *pro rata temporis* strettamente proporzionale troverà, quindi, applicazione, in via residuale, nell'ipotesi (rara) in cui il contratto di finanziamento non faccia riferimento ad alcun criterio di rimborso, neppure a quello normalmente impiegato per la riduzione degli interessi corrispettivi e rappresentato nel piano di ammortamento solitamente allegato al contratto.

Oltre a contemperare, seppur in parte, gli effetti e le ricadute della sentenza e a superare la necessità di un immediato intervento del legislatore o dell'autorità di vigilanza⁷⁴, comunque non escluso, ma pur sempre confinato nell'ambito dei limiti tracciati dalla Corte, la soluzione così prospettata consente di raggiungere risultati analoghi a quelli ottenuti con uno schema tariffario che incorpori «nel tasso annuo nominale (TAN) la gran parte o tutti gli oneri connessi con il finanziamento»; soluzione che, come evidenziato da Banca d'Italia, oltre a rappresentare «una buona prassi di mercato», «assicura una maggiore tutela del cliente poiché: i) tutti gli oneri incorporati nel tasso sono sempre oggetto di restituzione in caso di estinzione anticipata a prescindere dalla loro natura; ii) semplifica la struttura tariffaria e la rende più comprensibile»⁷⁵. In questa prospettiva, la sentenza della

⁷² Soluzione espressamente consentita dalle già richiamate decisioni del Collegio di Coordinamento ABF, nn. 10003/2016; 10017/2016; 10035/2016, cit.

⁷³ Conclusioni avvocato generale, par. 59.

⁷⁴ V. in tal senso A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione*, cit., p. 9; F. MAIMERI, *op. cit.*, 8.

⁷⁵ Cfr. *Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione: Orientamenti di Vigilanza*, di Banca d'Italia, 30 marzo 2018, par. 16. Tale soluzione risulta, ad esempio, ormai prevalente in Germania, soprattutto in seguito alla decisione della Corte di giustizia federale (*Bundesgerichtshof*), 28 ottobre 2014, XI ZR 17/14, consultabile all'indirizzo <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

Corte costituisce, anzi, una chiara spinta per l'adozione di una formula di tariffazione c.d. "tutto TAN"⁷⁶ o, qualora si mantenga l'articolazione del costo totale del credito in interessi e costi, per l'impiego – attraverso un'eventuale clausola negoziale espressa⁷⁷ – del medesimo criterio di rimborso per gli interessi e per tutti i costi (*up front* e *recurring*).

Anche sotto questo profilo, non paiono, pertanto, sussistere ragioni sostanziali per non ricorrere all'andamento del piano di ammortamento quale criterio generale di riduzione del costo totale del credito⁷⁸.

7. (Segue): gli effetti sul contenzioso avanti l'ABF

Se si condividono le considerazioni che precedono, la sentenza della Corte di Giustizia apre certamente la via a nuovi reclami e ricorsi dei clienti diretti ad ottenere il rimborso ai sensi dell'art. 125-*sexies* t.u.b. anche delle voci di costo *up front*.

Al riguardo, possono formularsi alcune osservazioni di carattere generale a seconda che le richieste dei clienti siano state o meno oggetto di ricorsi già decisi dall'ABF.

Per i ricorsi non ancora decisi, qualora le richieste del ricorrente abbiano avuto ad oggetto – sia nel ricorso che nel precedente reclamo⁷⁹ – anche i costi *up front*, non potranno che trovare applicazione i principi

bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=69445&pos=2&anz=494. Come evidenziato anche da M. MARCHESI, *op. cit.*, 347, attraverso «tale soluzione dovrebbe passare l'auspicata riduzione del contenzioso in materia devoluto all'ABF».

⁷⁶ Così superandosi, tra l'altro, in radice le criticità da tempo evidenziate da U. MALVAGNA, *op. cit.*, 1532 ss.

⁷⁷ Come già riconosciuto e ammesso dalle più volte richiamate decisioni del Collegio di Coordinamento ABF (nn. 10003/2016; 10017/2016; 10035/2016, cit.).

⁷⁸ A ciò si aggiunga che – come ben evidenziato – l'inclusione dei costi dovuti ad attività accessorie nel corrispettivo della prestazione principale (gli interessi), «incrementa pure, *direttamente*, l'efficienza del servizio offerto. L'eccedenza dei costi sui ricavi» – si aggiunge – «resta rischio d'impresa, da gestirsi secondo una sana programmazione: non essendo immediatamente traslabili sul cliente, i costi possono coprirsi solo con i ricavi» (G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Trattato del contratto*, V. Roppo (a cura di), V, Milano, 2014, 663, spec. 682).

⁷⁹ In caso contrario, l'Arbitro, vincolato al principio della domanda, non potrà che procedere al rimborso dei soli costi c.d. *recurring*, salva la possibilità per il ricorrente di presentare un nuovo reclamo e ricorso per i costi *up front* (ma v. *infra* nota 81).

espressi dalla Corte, con un conseguente rimborso in favore del ricorrente secondo i criteri sopra esaminati (*supra* §6).

Con riferimento, invece, ai ricorsi già decisi dall'ABF, è, anzitutto, chiaramente preclusa la possibilità per il cliente di presentare un nuovo ricorso all'ABF in ragione del principio del *ne bis in idem* più volte confermato dal medesimo Arbitro⁸⁰.

Il principio del *ne bis in idem* non esclude, tuttavia, la possibilità per il cliente di avanzare una richiesta di rimborso dei costi *up front*: *i*) all'ABF, qualora la domanda formulata nel primo ricorso abbia avuto, in ipotesi, oggetto – conformemente alle indicazioni di Banca d'Italia e all'orientamento dell'ABF (v. *supra* §2) – i soli costi *recurring*⁸¹; e, soprattutto, *ii*) all'autorità giudiziaria (sempre che non sia decorso il termine decennale di prescrizione). Richiesta che, se accolta, determinerebbe sulla base di quanto sopra osservato il rimborso dei costi *up front* secondo il medesimo criterio utilizzato per gli interessi corrispettivi, potendosi compensare, in tutto o in parte, quanto dovuto al consumatore a tale titolo con l'eccedenza tra quanto già rimborsatogli per i costi *recurring*, secondo il criterio strettamente proporzionale, e quanto, in realtà, dovuto in applicazione del criterio di riduzione degli interessi corrispettivi desumibile dal piano di ammortamento.

⁸⁰ Cfr. spec. ABF Collegio di Coordinamento, 23 novembre 2012, n. 3962 («nel procedimento davanti all'ABF, diversamente da quanto avviene nei giudizi innanzi all'A.G., l'accertamento contenuto nella decisione del Collegio non fa stato tra le parti né impedisce alle parti di ricorrere ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti ed interessi. Ma ciò non autorizza a ritenere che, dopo la decisione, il ricorso possa essere riproposto per un nuovo esame davanti allo stesso Collegio decidente o ad altro Collegio dell'ABF. Invero, la decisione, una volta che sia stata comunicata alle parti, non può essere più modificata (...). Deve, pertanto (...). escludersi che il ricorrente, in tutto o in parte insoddisfatto dell'esito del ricorso, possa riproporre il ricorso innanzi allo stesso o ad altro Collegio dell'ABF. Anche perché ciò comporterebbe una irragionevole penalizzazione dell'intermediario, che si troverebbe ad essere assoggettato per la seconda volta alla stessa procedura e al conseguente rischio di dover provvedere all'adempimento di un'eventuale decisione di accoglimento, onde evitare che sia data notizia della sua inadempienza (Disp. cit., Sez. VI, § 4.)»). Conf. da ultimo ABF Collegio di Bari, 31 maggio 2019, n. 13761; ABF Collegio di Milano, 26 marzo 2019, n. 8336.

⁸¹ E salvo che si ritenga di riconoscere – non senza perplessità – alla decisione dell'Arbitro gli effetti propri del giudicato, con conseguente applicazione anche del principio del dedotto e del deducibile.

In entrambe le ipotesi, non è, inoltre, del tutto escluso – quanto meno in linea di principio – che, indipendentemente dal decorso del termine decennale di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c., le richieste del consumatore possano ritenersi sterilizzate in ragione degli effetti derivanti dalla decisione dell'ABF e dalla sua esecuzione.

Qualora le richieste del consumatore abbiano avuto ad oggetto i costi *up front* e *recurring* ed entrambe le parti abbiano dato esecuzione alla decisione dell'Arbitro senza sollevare contestazioni o riserva alcuna di rivolgersi all'autorità giudiziaria, potrebbe – in astratto e ferma la necessità di una valutazione caso per caso – invocarsi una definizione transattiva (art. 1965 c.c.) della controversia insorta tra il cliente e l'intermediario e avente ad oggetto la pretesa del cliente alla riduzione del costo totale del credito ai sensi dell'art. 125-*sexies* t.u.b.; possibilità che può rivelarsi tanto più concreta quanto maggiore è il tempo intercorso tra la precedente decisione dell'Arbitro e le nuove contestazioni del cliente.

La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, riconosciuto l'ammissibilità di un accordo transattivo concluso con una manifestazione implicita del consenso, a condizione che il consenso delle parti, per quanto implicito, risulti da circostanze «*precise, concordanti e obiettivamente concludenti*»⁸².

L'esperimento della procedura dinanzi all'ABF costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa ai contratti bancari e finanziari, alternativa al ricorso al procedimento di mediazione disciplinato dal d.lgs. n. 28/2010 (art. 5), avente ad oggetto «l'attività (...) svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (art. 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010). In questa prospettiva, la decisione dell'Arbitro che conclude il procedimento potrebbe essere assunta come il contenuto (l'oggetto) di una definizione transattiva della controversia (come individuata e delimitata dalla richieste del consumatore), assolvendo al contempo alla prova formale richiesta dall'art. 1967 c.c. e non trovando ostacoli nel

⁸² Cass., 28 aprile 2011, n. 9455. Conf. Cass., 17 maggio 1985, n. 3013; Cass., 14 maggio 1993, n. 5489; Cass. 16 maggio 1996, n. 4542.

mutato quadro normativo di riferimento⁸³, considerato che, in linea generale, la «transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti» (art. 1969 c.c.).

Entrambe le parti hanno, di fatto, la facoltà «di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi» (cfr. Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari di Banca d'Italia, sez. VI, par. 3); facoltà che può dare contenuto all'inattività delle parti⁸⁴.

⁸³ Mutamento che, invece, esclude in radice la possibilità di ravvisare, facendo leva sul principio generale dell'*exceptio doli*, nella condotta tenuta dal consumatore una rinuncia implicita (su cui v. in generale F. RANIERI, *Rinuncia tacita e verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971, 21 ss.; ID., voce «Eccezione di dolo generale», in *Digesto/civ.*, VII, Torino, 1991, 311 ss.).

⁸⁴ Per l'intermediario, il consenso implicito ad una definizione transattiva può essere ravvisato nell'adempimento spontaneo della decisione dell'Arbitro, senza l'espressione di alcuna riserva circa l'intenzione di ricorrere successivamente all'autorità giudiziaria, mostrando in tal modo, seppur implicitamente, di ritenere definitivamente chiusa la vicenda. L'intermediario ha, del resto, piena facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria e di richiedere che di tale sua intenzione ne sia data pubblicità: «Nel caso in cui sia stata comunicata la sottoposizione della controversia all'Autorità giudiziaria, ne viene fatta menzione in sede di pubblicazione» (Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari di Banca d'Italia, sez. VI, par. 4). Analogamente (ma non senza maggiori difficoltà), il consenso implicito del consumatore alla definizione transattiva della controversia sulla base della decisione dell'ABF potrebbe desumersi dalla accettazione dell'adempimento dell'intermediario senza contestazioni o riserve e dalla sua eventuale protratta inattività, ancor prima del decorso del termine decennale di prescrizione.