

Andrea Zoppini

**GLI EFFETTI DELLA SENTENZA
LEXITOR NELL'ORDINAMENTO
ITALIANO**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (*)

11 settembre 2019, C-383/2018

Pres. BONICHOT - Rel. TOADER

Rinvio pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Contratti di credito ai consumatori - Direttiva 2008/48/CE - Articolo 16, paragrafo 1 - Rimborso anticipato - Diritto del consumatore ad una riduzione del costo totale del credito corrispondente agli interessi e ai costi dovuti per la restante durata del contratto - Criterio di calcolo - Obbligo di inclusione anche delle voci di costo indipendenti dalla durata del contratto - Sussistenza.

(Direttiva 2008/48/CE, artt. 16 e 22).

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

(1) Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano ().**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La sentenza. — 3. La « riduzione del costo totale del credito » nel diritto italiano. — 4. I profili problematici della sentenza e la sua applicabilità nell'ordinamento italiano. — 4.1. La disciplina non univocamente armonizzata del criterio di quantificazione della « riduzione del costo totale del credito ». — 4.2. L'obiettivo incertezza sui criteri applicabili per la determinazione dei costi *up-front* da restituire in caso di rimborso anticipato. — 4.3. La natura non discrezionale della distinzione *up-front* e *recurring* nel diritto italiano. — 5. La questione degli effetti temporali della sentenza nell'ordinamento interno nell'eventualità che la si consideri applicabile in Italia. — 6. Il possibile esperimento del rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 TFUE. — 7. Conclusioni.

1. Di séguito esprimo il mio parere *pro veritate* in ordine alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (di séguito, “C. giust. UE”), 11 settembre 2019, C-383/18 (di séguito, “Sentenza”), al fine, in particolare, di appurare se il suo dispositivo vincoli l'ordinamento italiano, con particolare riferimento all'interpretazione finora consolidatasi in merito alla portata dell'art. 125-*sexies* t.u.b., letto anche alla luce della disciplina secondaria di attuazione dell'art. 16 della direttiva 2008/48/CE (1).

Per dare compiuta risposta al quesito, pare necessario:

1) in primo luogo, esaminare il contenuto della Sentenza e, segnatamente, il principio di diritto con essa espresso e la motivazione posta dalla C. giust. UE a fondamento della propria decisione;

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in questa *Rivista*, 2019, II, 639 ss., con conta di A.A. DOLMETTA.

(**) Il presente parere è stato depositato come *amicus curiae* nell'ambito di un procedimento amministrato dall'Arbitro Bancario e Finanziario.

(1) Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE.

2) in secondo luogo, indicare come l'art. 16 della direttiva 2008/48/CE sia stato recepito nell'ordinamento italiano attraverso i provvedimenti di normazione primaria e secondaria;

3) in terzo luogo, porre in evidenza i profili maggiormente problematici della Sentenza ed evidenziare se essa sia da ritenersi applicabile nell'ordinamento italiano;

4) in quarto luogo, con riguardo alla possibile attuazione della Sentenza nell'ordinamento italiano, verificare, alla luce dell'ordinamento UE, i suoi effetti sul piano temporale;

5) infine, qualora si desuma dalla lettura della Sentenza la necessità di ricevere delucidazioni ulteriori dalla C. giust. UE circa contenuto, portata, estensione e limiti (anche temporali) del suo dispositivo, verificare, alla luce dell'ordinamento UE, se ed eventualmente in quale misura sia ammissibile l'esperimento del rinvio pregiudiziale interpretativo alla C. giust. UE ai sensi dell'art. 267 TFUE.

2. La domanda di pronuncia pregiudiziale che ha dato origine alla Sentenza ha avuto ad oggetto l'art. 16 della direttiva 2008/48/CE, e, segnatamente, il dettato del suo primo paragrafo, secondo il quale, nei contratti di finanziamento tra un intermediario e un consumatore, « il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto ».

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

La C. giust. UE, in altri termini, ritiene che nel calcolo della riduzione spettante al consumatore nel caso di rimborso anticipato del debito vadano ricompresi *tutti* i costi posti a carico del consumatore:

i) non solo, quindi, gli oneri c.d. *recurring* (che maturano progressivamente nel corso della durata del contratto: es. somme versate a titolo di copertura dei rischi di credito, spese per la gestione degli incassi, ecc.);

ii) ma altresì quelli c.d. *up-front* (che riguardano adempimenti preliminari alla concessione del prestito, e quindi indipendenti dalla durata del rapporto di finanziamento).

Dalla lettura della Sentenza si evince la consapevolezza della C. giust. UE circa la non univoca portata della disposizione dell'art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE:

i) che « 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 » (§ 24);

ii) e che « un'analisi comparativa delle diverse versioni linguistiche dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 non permette di stabilire la portata esatta della riduzione del costo totale del credito prevista da tale disposizione » (§ 25).

In un tale contesto, la C. giust. UE ritiene che la disposizione in esame debba essere interpretata non soltanto sulla base del suo tenore letterale, ma anche alla luce dell'obiettivo di garantire un'elevata protezione del consumatore (Sentenza, §§ 26-29).

Sulla scorta di queste premesse, la decisione della C. giust. UE trova fondamento su un preciso presupposto, desumibile dalla lettura dei §§ 31-33 della Sentenza: quello, cioè, di ritenere che la distinzione tra costi fissi (*up-front*) e costi dipendenti dalla durata del contratto (*recurring*) sia arbitrariamente governabile dal soggetto finanziatore.

Il professionista, in altri termini, sarebbe giuridicamente libero di qualificare a propria discrezione la natura dei propri costi operativi, potendo così imporre unilateralmente al consumatore gli effetti di una prospettazione capace, in astratto, di azzerare in ogni caso l'ammontare del rimborso dovutogli nell'ipotesi di estinzione anticipata del contratto di finanziamento (2).

Ciò in definitiva imporrebbe, ad avviso della C. giust. UE, una lettura omnicomprensiva della dicitura « riduzione del costo totale del credito » contenuta nella direttiva 2008/48/CE, volta a ricomprendere, genericamente, « tutti i costi posti a carico del consumatore ».

3. In Italia, la direttiva 2008/48/CE è stata attuata con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. In particolare, l'art. 16 della direttiva, oggetto di interpretazione pregiudiziale nella sentenza C. giust. UE, è stato recepito con l'attuale formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b.

La disposizione attuativa stabilisce, al comma 1°, 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 a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto ».

Come è agevole comprendere già sulla scorta di un'analisi letterale della disposizione interna, il recepimento della direttiva 2008/48/CE non è avvenuto con una sua testuale riproposizione nel provvedimento legislativo nazionale.

Ed invero, l'art. 125-*sexies*, comma 1°, t.u.b. esplicita la regola di riduzione del costo del credito riferendosi non già — come invece si legge all'art. 16, par. 1, della direttiva — ad una somma che genericamente « comprende » alcune voci di spesa, ma invece disciplinando puntualmente una riduzione che deve essere « pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto ».

Conseguentemente, non è stato disagevole per gli interpreti ritenere la norma italiana, di per sé, chiara ed inequivoca: il diritto al rimborso dipende dalla quota degli interessi e dei costi da imputarsi al periodo residuo del contratto, per come originariamente programmato (3).

Muovendo da queste premesse, è apparso altresì evidente che il criterio di restituzione *pro rata temporis* si potesse ricondurre esclusivamente ai costi connessi a prestazioni capaci di attribuire al cliente un'utilità proporzionale alla durata del rapporto, con ciò inducendo, parallelamente, a ritenere che non si potesse invece operare una restituzione per quegli addebiti concernenti prestazioni già esaurite, anche funzionalmente, al momento della conclusione del contratto.

È per l'appunto su queste basi che si è affermata, in via sostanzialmente incontroversa, l'interpretazione sino ad oggi ricondotta all'art. 125-*sexies*, comma 1°, t.u.b. e fondata sulla distinzione tra costi *up-front* (non oggetto di restituzione, pur a fronte di un rimborso anticipato) e *recurring* (oggetto, invece, della riduzione del costo totale del credito).

(2) V. nel dettaglio *infra*, n. 4.3.

(3) V. esplicitamente, MALVAGNA, *Cessione del quinto ed estinzione anticipata: la sorte delle « commissioni accessorie »*, in *Il Caso*, n. 341/2013, 2.

Questa lettura risulta condivisa in dottrina (4), costantemente impiegata negli orientamenti della giurisprudenza ordinaria (5) e negli (assai più frequenti, in materia) interventi dell'Arbitro Bancario e Finanziario (di seguito, "ABF") (6).

Ciò che in questa sede più rileva è che ad avallare, in forma sostanzialmente 'autentica', la distinzione tra costi *up-front* e *recurring* (e, per tal via, la disciplina della riduzione del costo del credito come limitata ai secondi) è stato altresì il regolatore nazionale, attraverso i propri interventi di normazione secondaria, emanati in conformità alla disposizione primaria di cui all'art. 125-*sexies* T.U.B.

Il riferimento è in particolare alle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, segnatamente le *Disposizioni di Trasparenza dei Servizi bancari e finanziari* (di seguito "Disposizioni"), e agli *Orientamenti di vigilanza. Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione* (Delibera 145/2018, di seguito, "Orientamenti").

Come meglio si dirà (v. *infra*, n. 4.3), le indicazioni offerte da questi plessi disciplinari si fondano per l'appunto sulla diversa considerazione dei costi e degli interessi nel quadro della complessiva disciplina delle restituzioni spettanti al consumatore nel caso di rimborso anticipato, fondata sulla loro dipendenza (o meno) dalla durata del contratto di finanziamento.

4. Ad un'attenta analisi, la Sentenza della C. giust. UE presenta diversi aspetti problematici e solleva non pochi interrogativi.

4.1. Va, innanzitutto, sottolineato che il diritto europeo non offre univoche indicazioni sui criteri di computo della « riduzione del costo totale del credito » di cui il consumatore ha diritto in caso di rimborso anticipato del finanziamento.

Ciò si desume con chiarezza già muovendo da quanto attesta la stessa C. giust. UE allorché, nella Sentenza (§ 25), mette in luce come siano rinvenibili almeno quattro diverse formulazioni della stessa disposizione, a seconda delle differenti traduzioni che il provvedimento UE ha avuto nelle lingue ufficiali degli Stati membri. In particolare:

— « da un lato, le versioni in lingua neerlandese, polacca e rumena di tale disposizione suggeriscono una riduzione dei costi correlati alla restante durata del contratto »;

— « [d]all'altro lato, le versioni in lingua tedesca e inglese della disposizione di cui sopra sono caratterizzate da una sicura ambiguità e fanno pensare che i costi correlati a tale periodo residuo servono come indicazione per il calcolo della riduzione »;

— « [l]a versione in lingua italiana della medesima disposizione evoca, al pari della versione in lingua francese, interessi e costi « dovuti » (« dus ») per la restante durata del contratto »;

— « la versione in lingua spagnola dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 prescrive una riduzione che includa i costi che corrispondono alla restante durata del contratto ».

(4) Cfr. MAUGERI e PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, 121; QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in *dirittobancario.it*, 2013.

(5) Cfr. di recente, Trib. Torino, 24 aprile 2018.

(6) Le prime decisioni in tema risalgono già al 2012: ABF Napoli, n. 3051/2012; ABF Napoli, n. 349/2011; ABF Napoli, n. 1071/2011; ABF Napoli, n. 2204/2011; ABF Napoli, n. 1187/2011; ABF Napoli, n. 2533/2012. Di recente, v. tra le altre ABF Napoli, n. 8567/2018; ABF Roma, n. 15784/2017.

Quanto scritto trova conferma nelle Conclusioni rese in causa dall'Avvocato Generale Gerard Hogan, presentate il 23 maggio 2019 (di seguito, "Conclusioni").

Nella sua ricostruzione, l'Avvocato Generale ha chiarito, tra l'altro:

— che il testo della direttiva si presta astrattamente ad almeno quattro interpretazioni (Conclusioni, §§ 42-46) (7);

— che tra queste, benché non vi sia « alcuna interpretazione dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 che sia pienamente soddisfacente » due sarebbero quelle maggiormente coerenti con i principi della direttiva (8) (Conclusioni, § 63);

— che, pertanto, « gli Stati membri possono tra l'altro scegliere di recepire questa disposizione o, se del caso, di interpretare il loro diritto nazionale in conformità con l'una o l'altra di tali due interpretazioni » (Conclusioni, § 67).

Con tutta evidenza, l'intera argomentazione dell'Avvocato Generale si fonda sull'esplicito presupposto, definito nelle sue Conclusioni come un assunto « chiaro », per cui « la direttiva 2008/48 non armonizza il metodo di calcolo da utilizzare per determinare la riduzione applicabile nel caso di un rimborso anticipato del credito, ma enuncia i principi che gli Stati membri devono rispettare nella determinazione di tale metodo » (Conclusioni, § 38).

Sulla base di queste considerazioni si spiega l'interpretazione da ultimo offerta alla C. giust. UE dall'Avvocato Generale, secondo la quale l'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE disciplinerebbe esclusivamente alcuni limiti entro i quali gli Stati nazionali possono muoversi nel regolare la materia. Limiti così sintetizzati al § 68 delle Conclusioni:

— « qualora un consumatore abbia effettuato un rimborso anticipato, la riduzione cui ha diritto tale consumatore può [i.e., non « deve »] riguardare i costi il cui importo non dipende dalla durata del contratto di credito ».

— « gli Stati membri non possono limitare — e un giudice nazionale non può interpretare la propria normativa nazionale limitando — tale riduzione semplicemente all'importo delle spese risparmiate dall'ente creditizio in conseguenza del rimborso anticipato ».

Secondo questa lettura, quindi, dovrebbe apparire *chiaro*:

— che nel diritto europeo non sia stato armonizzato il criterio di calcolo della riduzione del costo totale del credito dovuta in caso di rimborso anticipato;

— che gli Stati membri, godendo sul punto di autonomia, pur non essendo vincolati, *possano* — ove lo ritengano — prevedere condizioni che garantiscano al consumatore la restituzione anche voci di spesa non dipendenti dalla durata del contratto.

Peraltro, l'interpretazione per cui, ai sensi della direttiva 2008/48/CE, la « riduzione del costo totale del credito » non *debba* rivolgersi ai costi che non dipendono dalla durata del finanziamento è stata motivatamente sostenuta anche dalla Commissione

(7) In particolare:

I. « La prima interpretazione si basa sull'idea che la locuzione « per la restante durata del contratto » miri a limitare la riduzione solo ai costi connessi alla durata del credito » (Conclusioni, § 42);

II. « La seconda interpretazione consiste nel ritenere che il costo totale del credito debba essere ridotto in proporzione al restante periodo contrattuale » (Conclusioni, § 43);

III. « La terza interpretazione [...] comporta che i costi che possono essere detratti dal costo totale del credito sono solo quelli formalmente indicati nel contratto di credito come costi dipendenti dalla durata del contratto di credito medesimo » (Conclusioni, § 45);

IV. « Secondo la quarta e ultima interpretazione, la riduzione cui avrebbe diritto il consumatore corrisponde ai pagamenti una tantum o ricorrenti non ancora scaduti al momento del rimborso anticipato » (Conclusioni, § 46).

(8) Si tratta delle interpretazioni *sub* (II) e (IV) di cui alla precedente nota.

UE nelle Osservazioni presentate in causa alla Corte di Giustizia (di seguito “Osservazioni Commissione”) (9). In particolare, la Commissione ha preso le mosse dal rilievo per cui, con l’art. 16 della direttiva, il legislatore euro-unitario avrebbe cercato di trovare un equilibrio tra la capacità del consumatore di pagare in una proporzione adeguata per il servizio di credito ricevuto (fino a quando il credito è stato rimborsato) e l’opportunità per il professionista di ottenere una remunerazione in relazione a un servizio che ha effettivamente fornito (10). Su queste basi, si ritiene che l’art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE vada interpretato nel senso di imporre, per il caso di rimborso anticipato, la restituzione di una parte appropriata, proporzionale di tutti i costi *direttamente o indirettamente connessi alla durata del contratto di credito* (« une part appropriée, proportionnelle de tous les frais liés directement ou indirectement à la durée du contrat de crédit » (11)). Così argomentando, la Commissione UE ha escluso che possano essere oggetto di restituzione al consumatore i costi sostenuti dal consumatore nel contesto della concessione di un credito ma che riguardano un determinato servizio, che è già stato fornito nella sua interezza (ad esempio, la commissione pagata ai fini dell’esame della domanda di credito) (« il est difficile d’établir un tel lien dans le cas de frais supportés par le consommateur dans le cadre de l’octroi d’un crédit mais qui concernent un service particulier, qui a déjà été fourni dans son intégralité (par exemple, la redevance versée aux fins de l’examen de la demande de crédit) » (12)).

La Sentenza della C. giust. UE, con riferimento alla vicenda polacca oggetto del rinvio pregiudiziale, pur dettando un univoco criterio di lettura della nozione di « *riduzione del costo totale del credito* », non prende esplicita posizione sul punto e, in particolare, non smentisce non solo ciò che emerge dalla lettura delle Osservazioni della Commissione, ma, soprattutto, ciò che nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale è testualmente definito come « *chiaro* ».

C’è, quindi, da chiedersi, nel successivo n. (4.2):

— in primo luogo, dal punto di vista del diritto interno, quali sarebbero le conseguenze derivanti da un’interpretazione armonizzatrice, sul piano della riduzione del costo totale del credito, della direttiva, così come condotta nella Sentenza;

— in secondo luogo, dal punto di vista del diritto UE, se la Sentenza vada necessariamente letta nel senso d’imporre a ogni Stato membro una lettura pienamente armonizzata del criterio di cui all’art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE, *a prescindere dal contesto normativo nazionale di riferimento*.

Ciò detto, va precisato che, qualora si ritenesse che il dispositivo della Sentenza concernente la riduzione del costo totale del credito fosse applicabile in Italia, le autorità giurisdizionali e amministrative nazionali dovrebbero disapplicare la normativa e la prassi contrastante con la Sentenza.

Il legislatore dovrebbe provvedere a modificare o abrogare la normativa nazionale di trasposizione al fine di conformarsi al dispositivo della Sentenza.

La violazione della Sentenza da parte dello Stato italiano, per atteggiamento commissivo oppure omissivo delle sue autorità (a qualsiasi livello, nazionale, regionale, locale), potrebbe portare all’avvio di una procedura d’infrazione nei confronti dell’Italia ed eventualmente a una condanna, come avvenuto recentemente in Francia in

(9) Commissione UE, *Observations Écrites* (funzionari G. Goddin, C. Valero, A. Szymkowska) nella causa C-383/18, 21.10.2018/17.12.2018 [sj.j(2018)5444351 AS/az].

(10) Osservazioni Commissione, § 30: « le législateur a cherché à établir un équilibre entre la possibilité donnée au consommateur de payer dans une proportion appropriée pour le service de crédit reçu (jusqu’au remboursement du crédit) et la possibilité pour le professionnel d’obtenir une rémunération au titre d’un service qu’il a effectivement fourni ».

(11) Osservazioni Commissione, § 26.

(12) Osservazioni Commissione, § 30.

relazione al mancato adeguamento a una pronuncia pregiudiziale, seppure in un ambito differente dalla tutela dei consumatori (13).

Infine, si ricorda che la Sentenza non può essere oggetto né di ricorso per annullamento, ai sensi dell'articolo 263 TFUE, né di rinvio pregiudiziale di validità (14).

4.2. Ove si assumesse di poter rinvenire nella decisione della C. giust. UE l'indicazione di una necessaria, generalizzata, inclusione dei costi *up-front* nell'ambito delle somme dovute al consumatore per il caso di estinzione anticipata del debito, la Sentenza apparirebbe totalmente carente di indicazioni circa i criteri attraverso i quali poter concretamente quantificare quale parte di quei costi, non dipendenti dalla durata del contratto, debba essere restituita.

Invero, l'interpretazione fino ad oggi invalsa, anche in Italia, della normativa di fonte europea ha portato a delineare il criterio di quantificazione c.d. *pro-rata temporis* — che presuppone la divisione della somma complessiva di costi e interessi spettanti al finanziatore per il numero totale delle rate del finanziamento, e poi la moltiplicazione del risultato ottenuto per le rate residue — quale quello « più logico, e con ciò stesso, più conforme al diritto ed all'equità sostanziale » (15).

Tale conclusione, con tutta evidenza, si giustifica tuttavia solo con riguardo alle voci *recurring*, essendo (solo) queste considerabili quali « corrispettivi allo svolgimento di attività amministrative del rapporto, sicché il costo, al netto di fattori esogeni, è costante in pendenza di rapporto, perché il tempo e le energie dedicate al loro svolgimento è indipendente dall'ammontare delle somme amministrate ed è piuttosto correlato alle complicazioni della normativa che si deve applicare » (16).

Ove si accogliesse l'idea che oggetto di restituzione al consumatore debbano in qualche misura essere anche i costi *up-front*, appare chiaro che il medesimo criterio — fino ad oggi, come detto, ritenuto coerentemente riconducibile al dettato normativo — non potrebbe essere di alcun ausilio per la corretta determinazione dell'importo dovuto dal professionista al momento del rimborso anticipato. L'applicazione del parametro *pro-rata temporis*, infatti, risulta logicamente inconciliabile con oneri *indipendenti* dalla durata del rapporto di finanziamento, ponendosi questi ultimi, in termini funzionali, quali corrispettivi di attività già compiutamente esaurite al momento della sottoscrizione del contratto da parte del consumatore, e rispetto alle quali, pertanto, la successiva durata del rapporto di finanziamento risulta completamente irrilevante.

Tutto questo è del resto coerente con quanto già argomentato al precedente n. (4.1), sulla scorta delle Conclusioni dell'Avvocato Generale: allorché, sfruttando il margine di autonomia loro riconosciuto dalla disciplina europea, gli Stati membri vogliano sfruttare la *possibilità* di inserire, tra gli oneri oggetto di restituzione, anche costi non dipendenti dalla durata del rapporto, sarà allora proprio il provvedimento nazionale a dover esplicitare quale criterio di computo applicare per il rimborso dei costi *up-front*.

Ora, in assenza di tale intervento a livello nazionale, si può concludere che ove il principio di diritto espresso dalla C. giust. UE dovesse essere inteso quale fonte di un vincolo assoluto, per tutti gli Stati membri (e a prescindere dal loro quadro normativo

(13) C. giust. UE, 4 ottobre 2018, *Commissione europea c. Francia*, causa C-416/17. Sul tema si veda MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, 2018, 880.

(14) Sul punto cfr. C. giust. CE, 5 marzo 1986, *Wünsche c. Repubblica federale di Germania*, causa C-69/85. Si veda CONDINANZI e MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 231.

(15) Questi i termini impiegati da GAMBARO, quale relatore della decisione ABF, Coll. Coord., n. 6167/2014, 19.

(16) Ancora, GAMBARO (nt. 15).

di riferimento), a garantire in ogni caso una riduzione del costo totale del credito comprensiva dei costi *up-front*, la Sentenza non potrebbe che apparire oscura (o, quantomeno, di non immediata applicabilità) in quanto carente di qualsiasi indicazione (peraltro, non altrimenti desumibile dall'art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE) circa il criterio con cui effettivamente procedere alla quantificazione degli oneri *up-front* oggetto di restituzione (17).

Ulteriore conferma della non immediata applicabilità del dispositivo della Sentenza in un ordinamento quale quello italiano emerge considerando la nozione di « costo totale del credito » che — ai sensi dell'art. 120-*quinquies*, comma 1°, lett. *d*, t.u.b. — « indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza ».

È pacifico nella prassi, e coerente con il dettato della direttiva 2008/48/CE (18), che tale nozione include anche oneri relativi a prestazioni e servizi resi da soggetti *terzi* rispetto al finanziatore, tra i quali, tipicamente:

— i costi di polizze assicurative se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte (19);

— i compensi dovuti per le prestazioni rese dagli « intermediari del credito » (20);

— i pagamenti di imposte.

Appare chiaro che se il principio di diritto espresso dalla Sentenza si ritenesse applicabile, *sic et simpliciter*, nell'ordinamento nazionale, il finanziatore risulterebbe legittimato passivo di richieste di restituzione concernenti somme che, sebbene astrattamente annoverabili tra « tutti i costi posti a carico del consumatore », ben potrebbero essere già state versate a soggetti formalmente distinti (es. provvigioni già corrisposte all'intermediario del credito; imposte già versate all'erario, ecc.).

(17) Ci si potrebbe ad esempio chiedere se tale operazione debba condurre un ordinamento nazionale a 'sdoppiare' i criteri di computo della riduzione del costo totale del credito, affiancando a quelli associabili ai costi dipendenti dalla durata del contratto, un diverso ordine di parametri compatibili con la logica dei costi *up-front* (ad esempio, quelli ispirati da « principi di equità attuariale » e fondamento matematico in passato suggeriti nella Relazione per la proposta della Direttiva 2008/48/CE: « Cercando un equilibrio tra i vantaggi per il consumatore e gli svantaggi per il creditore (gestione del rimborso anticipato e reinvestimento dei capitali ricevuti) si prevede di contemplare un'indennità di estinzione anticipata che sia obiettiva, equa e calcolata sulla base dei principi attuariali. In altri termini, il metodo utilizzato deve essere oggettivo e permettere di rilevare automaticamente i casi nei quali l'indennizzo non si applica, in particolare nei casi di condizioni al rialzo, nei quali tale indennizzo deve essere negativo e garantire, in realtà, un beneficio per il consumatore. Si rispetta pienamente, in questo caso, il principio dell'« equità attuariale » che consente di prendere meglio in considerazione i punti di vista delle due parti »).

(18) Direttiva 2008/48/CE, art. 3, par. 1, lett. *g*: « 'costo totale del credito per il consumatore': tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte ».

(19) Cfr. ad esempio A.B.F., Coll. coord., nn. 10617, 10620, 10621/2017.

(20) Direttiva 2008/48/CE, art. 3, par. 1, lett. *h*: « 'intermediario del credito': una persona fisica o giuridica che non agisce come creditore e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso, che può essere costituito da una somma di denaro o da qualsiasi altro vantaggio economico pattuito, *i*) presenta o propone contratti di credito ai consumatori; *ii*) assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui al punto *i*); oppure *iii*) conclude contratti di credito con i consumatori in nome e per conto del creditore ».

Ancora, va osservato che qualora la Sentenza fosse interpretata nel senso di richiedere una piena armonizzazione anche con riguardo al calcolo dei costi, essa non potrebbe considerarsi direttamente applicabile in Italia, così come in diversi altri Stati membri, visto che, nei singoli ordinamenti nazionali, il legislatore o le autorità di regolazione, dovrebbero, a valle della Sentenza, procedere alla determinazione dei suddetti criteri di computo, addirittura riscrivendo intere disposizioni della normativa, primaria o secondaria, di recepimento della direttiva 2008/48/CE.

Quanto da ultimo sostenuto risulta avvalorato dal fatto che, nel tempo, e senza che siano mai state sollevate questioni pregiudiziali o addirittura paventate procedure di infrazione da parte della Commissione (e anzi in conformità alla soluzione interpretativa da ultimo prospettata proprio dalla Commissione UE) (21), in numerosi paesi si è consolidata l'interpretazione della direttiva fondata sulla distinzione tra costi *up-front* e *recurring*. Soluzione, questa, che si è andata a consolidare non solo — come è avvenuto in Italia — nella normativa secondaria e nella prassi regolatoria, ma addirittura nella legislazione primaria, e financo nelle disposizioni, di parte generale, dei codici civili. È il caso, all'evidenza notevole, della Germania, ove la direttiva 2008/48/CE è stata recepita attraverso una novella delle norme del *BGB* sul credito ai consumatori (§§ 491 ss. *BGB*). Per quanto in questa sede interessa, viene in rilievo il § 501 *BGB* che disciplina le restituzioni spettanti al consumatore in conseguenza dell'estinzione anticipata (« *Kostenermäßigung* ») espressamente collegando la riduzione del costo totale del finanziamento ai soli costi e interessi dipendenti dal termine di scadenza del finanziamento (« *laufzeitabhängigen Kosten* »), per tal via escludendone quelli *c.d. up-front* (22).

Da qui il risultato che, oltre a essere privo del carattere di diretta applicabilità, il dispositivo contenuto nella Sentenza non potrebbe considerarsi nemmeno direttamente efficace in sistemi come quelli evocati e, dunque, invocabile dal singolo in controversie instaurate dinanzi ad autorità amministrative o giurisdizionali degli Stati membri e d'immediata applicazione da parte di dette autorità.

Insomma, la disapplicazione, ad opera del giudice interno, del diritto nazionale (nel caso che più qui interessa: art. 125-*sexies*, comma 1°, t.u.b.) ritenuto in contrasto con l'art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE, per come interpretato nella Sentenza, così come, in prospettiva, la sua modifica o abrogazione, quale risultato ultimo prodotto dalla Sentenza, genererebbe una situazione di grave incertezza del diritto per tutti gli operatori coinvolti (23).

Ciò detto, esistono fondati dubbi in merito alla stessa volontà della C. giust. UE d'interpretare l'art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE nel senso d'imporre l'armonizzazione anche in relazione al calcolo del costo totale del credito.

Infatti, la circostanza che la Corte renda un dispositivo, in una sentenza pregiudiziale interpretativa, con riferimento a una disposizione di una direttiva volta ad armonizzare un determinato settore del diritto (e del mercato), non significa che quel precipitato giurisprudenziale si applichi, indifferentemente e senza alcuna distinzione, a tutti gli Stati membri, a prescindere dal contesto nazionale di riferimento.

(21) Cfr. *retro*, n. 4.1.

(22) Testualmente, il § 501 *BGB* così recita: « Soweit der Darlehensnehmer seine Verbindlichkeiten vorzeitig erfüllt oder die Restschuld vor der vereinbarten Zeit durch Kündigung fällig wird, vermindern sich die Gesamtkosten (§ 6 Abs. 3 der Preisangabenverordnung) um die Zinsen und sonstigen laufzeitabhängigen Kosten, die bei gestaffelter Berechnung auf die Zeit nach der Fälligkeit oder Erfüllung entfallen ».

(23) Profilo sul quale v. STROZZI e MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*⁷, Torino, 2016, 443.

Ebbene, non c'è dubbio che una sentenza pregiudiziale resa dalla C. giust. UE su questioni d'interpretazione del diritto UE abbia effetto (dichiarativo) *erga omnes* (24) e che il principio giuridico da essa veicolato, travalicando i confini del giudizio *a quo*, vincola le autorità nazionali, giudici compresi, degli Stati membri e, quindi, non s'impone sul solo giudice di rinvio, bensì su tutte le giurisdizioni nazionali (25). L'interpretazione fornita nella sentenza ha portata generale, cioè extraprocessuale, e natura vincolante perché integra, per incorporazione, il contenuto della norma UE, condizionando la sua applicazione da parte di tutti i giudici nazionali (26).

Tuttavia, la questione della portata *erga omnes* di una pronuncia pregiudiziale non va confusa con la questione della sua efficacia interna. Efficacia che va valutata e calibrata sulla scorta dell'ordinamento nazionale e che, dunque, non può declinarsi *a priori* e a prescindere dal diritto nazionale, essendo la pronuncia collegata « ad una determinata fattispecie e ad un determinato contesto fattuale e giuridico » (27). Insomma, il dispositivo di cui alla Sentenza vale per l'ordinamento polacco e per tutti gli ordinamenti analoghi, non anche per gli ordinamenti, come quello italiano, rispetto ai quali l'applicazione della Sentenza, oltre a causare, come scritto *supra*, incertezza giuridica, non produrrebbe alcun effetto utile in termini di maggiore tutela del consumatore o comunque produrrebbe risultati non proporzionati allo scopo prefissato.

Anzi, l'applicazione della Sentenza genererebbe conseguenze pregiudizievoli per la stabilità delle relazioni tra i soggetti coinvolti nelle operazioni di credito sottese interessate dalla disciplina in esame. In quest'ottica, nel n. (4.3) sarà dimostrato che le caratteristiche del nostro ordinamento inducono a una lettura della Sentenza che escluda la piena armonizzazione nell'ambito del calcolo dei costi.

4.3. Si è già detto come, una volta inquadrato il problema sottoposto alla sua attenzione, e pur riconoscendo la non univocità delle indicazioni desumibili dal testo della direttiva quanto al senso da attribuire alla nozione di « riduzione del costo totale del credito », la C. giust. UE abbia:

i) considerato necessario valorizzare il criterio d'interpretazione teleologica della disposizione, fondato sull'obiettivo di garantire una « elevata protezione del consumatore »;

ii) ritenuto che questo obiettivo imponga una considerazione unitaria di tutti i costi ed interessi sopportati dal consumatore, in quanto quella connessa alla dipendenza (o meno) delle suddette spese dalla durata del contratto sarebbe suscettibile di determinazione discrezionale, ed unilaterale, da parte del soggetto professionista.

Quanto appena detto emerge inequivoco dai passaggi della sentenza in cui la C. giust. UE sancisce che:

(24) L'opinione è sostanzialmente unanime; in senso contrario si esprimono pochissimi autori, tra cui CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014, 223.

(25) Cfr., *ex multis*, C. giust. CE, 3 febbraio 1977, *Luigi Benedetti c. Munari Flli s.a.s.*, causa C-52/76; C. giust. CE, 14 dicembre 2000, *Fazenda Publica c. Câmara Municipal do Porto*, causa C-446/98; C. giust. UE, 5 ottobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritel-nakasa*, causa C-173/09.

(26) JEANTET, *Originalité d'interprétation du traité de Rome*, in *SJ*, 1966, I-1987; PEPY, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du Traité de Rome*, in *CDE*, 1966, 459 ss., in specie 484-487; VANDERSANDEN, *De l'autorité de chose jugée des arrêts préjudiciels d'interprétation rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *R.C.J.B.*, 1972, 508 ss.; BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Recueil d'Etudes, Droit communautaire et droit français*, 1999, 99-111, in specie 107; LENAERTS, MASELIS e GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, 243-249.

(27) CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli, 2011, 56.

i) « l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 54 delle sue conclusioni, i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo margine di profitto » (§ 31);

ii) « limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto » (§ 32);

iii) « 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 » (§ 33).

Queste considerazioni assumono un così rilevante peso nella tenuta complessiva della motivazione offerta dalla C. giust. UE da rappresentare il vero e proprio presupposto di diritto sul quale la decisione deve dirsi fondata (28).

In altri termini, alla luce del ragionamento svolto nella Sentenza, appare evidente che la questione interpretativa con essa risolta si ricolleggi ineludibilmente ad un sistema ordinamentale nel quale il professionista sia effettivamente libero di qualificare discrezionalmente le diverse voci di costo dell'operazione di finanziamento, calibrandone opportunisticamente l'inquadramento nella voce delle spese non dipendenti dalla durata del contratto al fine di ridurre arbitrariamente i propri obblighi restitutori in caso di rimborso anticipato da parte del cliente.

Alla luce di tutto ciò, deve osservarsi come queste premesse non siano, in diritto, corrispondenti con il quadro dell'ordinamento italiano.

In particolare, l'esame della disciplina regolatoria nazionale mette chiaramente in

(28) Il peso sostanzialmente esclusivo che, nella motivazione della Sentenza, è assunto dall'argomento sintetizzato nel testo emerge anche osservando come assai scarso rilievo — se non quello di mero *obiter* incidentale — può essere riconosciuto al passaggio con cui la C. giust. UE afferma che « il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito. Infatti, occorre ricordare che gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, il quale prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante » (Sentenza, § 34). A chi volesse intendere queste osservazioni come effettivamente fondanti la *ratio decidendi* della C. giust. UE basterebbe obiettare:

i) che l'indennizzo di cui all'art. 16, par. 2, direttiva (e art. 125-*sexies*, comma 2°, t.u.b.) ha natura esclusivamente risarcitoria del mancato lucro cessante connesso all'estinzione del contratto anticipata rispetto al termine convenuto con la propria controparte negoziale. Ciò è confermato dal fatto che l'art. 16, par. 5, direttiva 2008/48/CE, e il corrispondente art. 125-*sexies*, comma 2°, t.u.b., stabiliscono che « [i]n ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto ».

ii) che l'« indennizzo maggiore », previsto dall'art. 16, par. 4, direttiva, è strumento meramente opzionale a disposizione degli Stati membri (il legislatore italiano, ad esempio, non ha recepito la norma) e non è quindi elemento di disciplina idoneo ad orientarne strutturalmente l'interpretazione.

evidenza come il professionista sia sottoposto a stringenti obblighi di informazione preventiva nei confronti del consumatore, concernenti, tra l'altro:

— « le condizioni per il rimborso anticipato del credito, secondo quanto previsto dagli articoli 120-ter e 125-sexies, comma 1, del t.u. » (oggetto di obbligatorie informazioni precontrattuali ai sensi della Sez. VI, § 5.2.1, Disposizioni);

— « il diritto al rimborso anticipato previsto dall'articolo 125-sexies del t.u. nonché, in presenza delle condizioni ivi stabilite, il diritto del finanziatore a ottenere un indennizzo a fronte del rimborso anticipato e le relative modalità di calcolo » (obbligatoriamente indicati nei documenti informativi di cui alla Sez. VII, § 4.2, Disposizioni);

— « il diritto del consumatore al rimborso anticipato previsto dall'articolo 125-sexies, comma 1, del t.u. e la procedura per effettuarlo » (obbligatoriamente da inserire, « in modo chiaro e preciso », nei contratti di credito, ai sensi della Sez. VII, § 5.2.1, Disposizioni).

In particolare, quanto alla determinazione delle componenti *up-front* e *recurring* dei costi di credito, gli Orientamenti della Banca d'Italia sanciscono tra l'altro che:

— « [l]e Disposizioni richiedono che la documentazione precontrattuale e contrattuale indichi in modo chiaro i costi applicabili al finanziamento; in relazione al diritto del consumatore al rimborso anticipato, vanno anche indicate le modalità di calcolo della riduzione del "costo totale del credito", specificando gli oneri che maturano nel corso del rapporto (cd. "recurring") e che devono quindi essere restituiti al consumatore se corrisposti anticipatamente e in quanto riferibili ad attività e servizi non goduti » (§ 12);

— « [l]e Disposizioni prevedono che, prima della conclusione del contratto, il consumatore riceva le informazioni su tutti i costi e le condizioni contrattuali applicabili al prodotto offerto. La necessità di rappresentare i costi in maniera chiara assume specifica rilevanza in occasione di rinnovi anticipati dei finanziamenti CQS, quando è più alto il rischio che il cliente non comprenda esattamente l'onerosità effettiva dell'operazione di rinnovo e rinnovo, gli intermediari adottano ogni iniziativa utile ad assicurare che il cliente possa valutare consapevolmente la convenienza a proseguire nell'operazione di CQS. Ciò implica che al cliente venga illustrato quanta parte del montante sia destinata all'estinzione del precedente debito e quanta al pagamento di commissioni e interessi » (§ 19);

— « [l]e Disposizioni richiedono di indicare chiaramente gli oneri oggetto di restituzione al cliente in caso di estinzione anticipata (cfr. paragrafo 12). Gli oneri, applicati al finanziamento e riportati nella documentazione di trasparenza con qualificazioni generiche o ambigue (in base, ad esempio, agli orientamenti consolidati dell'ABF), in sede di estinzione anticipata vanno restituiti al cliente per la parte non maturata. In caso di mancata indicazione delle modalità utilizzate per la restituzione, si dovrà considerare il criterio del *pro rata temporis* » (§ 20);

— « [i]n caso di richiesta di estinzione anticipata del finanziamento da parte del cliente, gli intermediari devono fornire tempestivamente i necessari conteggi estintivi; essi devono evidenziare in modo chiaro e comprensibile almeno il residuo da corrispondere, le rate pagate e quelle ancora non pagate (evidenziando quelle in scadenza e quelle già scadute in relazione al piano di ammortamento; cfr. anche paragrafo 26), l'ammontare degli oneri già corrisposti che formeranno oggetto di restituzione e quelli che invece, avendo natura *upfront*, non saranno restituiti » (§ 62).

Nello stesso senso militano del resto quegli indici normativi, di rango primario e secondario, dai quali si desumono puntuali vincoli cui gli intermediari devono sottostare non solo, come si è visto, nella *qualificazione*, ma altresì nella *quantificazione* degli oneri imposti ai consumatori, da commisurare a costi e spese effettivamente sostenuti in funzione della conclusione o dell'esecuzione del contratto di credito.

Si pensi, in tal senso:

i) nelle fonti di rango ordinario:

— all'art. 119, comma 4°, t.u.b. che, per le « comunicazioni periodiche alla clientela », prevede l'addebito dei soli « costi di produzione » della documentazione richiesta dal cliente, dal suo successore o da chiunque gli subentri nella amministrazione dei suoi beni;

— all'art. 127-bis, comma 3°, t.u.b. che prevede che « se, in relazione a informazioni o comunicazioni vengono addebitate spese al cliente, queste sono adeguate e proporzionate ai costi effettivamente sostenuti dalla banca »;

ii) nella disciplina regolatoria, su tutti, alla regola di necessaria « [c]oerenza tra costi e attività svolte » imposto dalla Banca d'Italia con gli Orientamenti (Sez. III.3), in virtù della quale, tra l'altro:

— « le commissioni addebitate al cliente devono essere commisurate alle attività concretamente svolte e funzionali alla erogazione e gestione del finanziamento » (§ 24);

— « [è] necessario il ricorso a soluzioni procedurali e organizzative efficienti (es. convenzionamenti con datori di lavoro, informatizzazione delle procedure, tempestività delle comunicazioni tra i diversi attori, etc.), che mirino a ridurre il ricorso a soggetti terzi per il perfezionamento delle operazioni, contenere gli oneri amministrativi di gestione delle pratiche e il conseguente onere addebitato, direttamente o indirettamente, al cliente » (§ 25).

Né può dirsi che i richiamati presidi regolatori — già di per sé comunque rilevanti, in prospettiva *ex ante*, in termini generali ed astratti — non siano poi oggetto di adeguate misure di controllo, a garanzia del consumatore, in termini di tutele *ex post*.

Pare sufficiente indicare, al riguardo, il ruolo assunto, nel garantire l'effettività dei principi regolatori valevoli nella materia in esame, dell'ABF: struttura di risoluzione alternativa delle controversie gestita dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 128-bis t.u.b. e pienamente operativa già dal 2010.

L'esame delle decisioni dell'A.B.F. mette puntualmente in chiaro come il consumatore, oltre a poter contare sull'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia, disponga di effettivi strumenti di controllo dell'operato delle banche e degli intermediari finanziari secondo criteri capaci di verificare, nel caso concreto, l'avvenuto rispetto della normativa primaria e secondaria di riferimento, con la conseguenza:

— di poter aver chiarezza su quali voci di costo, a prescindere dalla formale qualificazione compiuta dal professionista, possano essere legittimamente considerate *up-front*, e quindi non restituibili in caso di rimborso anticipato (29);

— di poter sempre ottenere la riduzione del costo del credito in relazione a quelle voci qualificate dal professionista in modo generico o anche solo ambiguo (30).

I risultati complessivi di questa attività di regolazione e controllo, in punto di effettività delle tutele del consumatore quanto alla corretta applicazione della disciplina di cui all'art. 125-sexies t.u.b., sono stati di recente attestati proprio nella Relazione annuale della Banca d'Italia sull'attività dell'A.B.F., nella quale, tra l'altro, si legge che « [l]a riduzione dei ricorsi ha riguardato in particolare quelli in tema di estinzione

(29) Tra le altre, ABF, Coll. Coord., n. 6167/2014; ABF, Coll. coord., n. 8827/2017.

(30) Cfr. tra le molte e a mero scopo indicativo, ABF, Coll. coord., n. 9584/2017: « In un contratto di finanziamento, l'opacità delle clausole concernenti le commissioni di intermediazione imposte al consumatore determina la qualificazione dei relativi costi come "recurring" e quindi, in ipotesi di estinzione anticipata, il loro assoggettamento a riduzione ai sensi dell'art. 125-sexies t.u.B. (criterio *pro rata temporis*) »; più in generale, cfr. Banca d'Italia, Comunicazione del 27 marzo 2018, 6 (« Le Disposizioni richiedono di indicare chiaramente gli oneri oggetto di restituzione al cliente in caso di estinzione anticipata (cfr. paragrafo 12). *Gli oneri applicati al finanziamento e riportati nella documentazione di trasparenza con qualificazioni generiche o ambigue (in base, ad esempio, agli orientamenti consolidati dell'ABF), in sede di estinzione anticipata vanno restituiti al cliente per la parte non maturata. In caso di mancata indicazione delle modalità utilizzate per la restituzione, si dovrà considerare il criterio del pro rata temporis* »).

anticipata dei finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione (-22 per cento). Sulla dinamica ha inciso [...] l'adozione da parte della Banca d'Italia, nella sua attività di supervisione, degli orientamenti di vigilanza sui prestiti contro cessione del quinto. Sono in tal modo state fornite agli intermediari precisazioni sull'applicazione dei principi contenuti nella normativa, al fine di contrastare condotte improprie e promuovere l'adozione di comportamenti corretti nei confronti della clientela, anche attraverso il riconoscimento delle pretese della clientela nella fase di gestione dei reclami. Agli orientamenti hanno fatto seguito specifiche azioni di intervento nei confronti degli intermediari » (31).

Alla luce di tutto ciò, risulta evidente che l'interpretazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. accreditatasi in Italia circa la recuperabilità per il consumatore, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, dei soli costi *recurring* trova fondamento su un presupposto normativo completamente opposto a quello in base al quale la C. giust. UE ha motivato la sua pronuncia del 11 settembre u.s. Un presupposto che — lo ricordiamo — consiste proprio nell'assenza di discrezionalità, da parte del professionista, nella determinazione delle componenti fisse e variabili dei costi del finanziamento, oggetto invece di una precisa normativa regolamentare e di una stringente vigilanza esercitata sul professionista da parte della Banca d'Italia.

In questa prospettiva, vi sono fondate ragioni per affermare che la Sentenza non produca effetti nell'ordinamento italiano.

L'esigenza di uniformità, al cuore del rinvio pregiudiziale, riguarda ordinamenti, come quello del giudice del rinvio, non particolarmente avanzati nella tutela del consumatore, al punto da potersi dire completamente discrezionale, per il professionista del credito, la qualificazione di un costo come *up-front* o *recurring*. Non si deve ritenere estesa, quindi, anche ad ordinamenti, come quello italiano, i quali, come si è visto, letti nella loro complessità, dunque anche a livello regolamentare, di vigilanza e giurisprudenziale (32), non rischiano di minare l'obiettivo primario della direttiva 2008/48/CE, ossia la protezione dei consumatori, quanto a qualificazione e quantificazione unilaterale degli oneri da parte delle imprese finanziatrici.

Ulteriore riprova della conclusione così raggiunta si rinviene nelle già menzionate Osservazioni presentate in causa dalla Commissione UE. La Commissione, dopo aver sostenuto che i costi oggetto della riduzione di cui all'art. 16, par. 1, direttiva 2008/48/CE sono, in linea di principio, solo quelli direttamente o (almeno) indirettamente connessi alla durata del contratto di finanziamento (33), chiarisce poi come questa regola non possa essere applicata, in via generalizzata, a partire da una sentenza della Corte di giustizia UE, ma debba essere il giudice dell'ordinamento nazionale a compiere una valutazione caso per caso (34). Con ciò si conferma quindi un'interpretazione della direttiva 2008/48/CE assolutamente compatibile con ordinamenti nazionali nei quali è il giudice o il regolatore che, su basi obiettive (*i.e.* non lasciate all'arbitrio dei professionisti del credito, ma normativamente disciplinate), può assicurare una tutela al consumatore, non essendo quindi necessario sempre e comunque, ai

(31) Banca d'Italia, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - anno 2018*, 23 giugno 2019, 7.

(32) Sulla necessità di tenere conto del quadro generale, non solamente normative, di uno Stato cfr., *inter alia*, Corte di giustizia, 26 giugno 2003, *Commissione/ Francia*, causa C-233/00, punto 84.

(33) *V. retro*, n. 4.1.

(34) Cfr. Osservazioni Commissione: (i) al § 27 (« Dans le cadre de l'article 267 TFUE, la Cour n'est en effet pas habilitée à appliquer les règles du droit de l'Union à une espèce déterminée, mais seulement à se prononcer sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions de l'Union européenne »); (ii) e, conseguentemente, nelle conclusioni al § 33 (« Il appartient à la juridiction de renvoi d'évaluer quels frais respectent ce critère »).

fini del suddetto obiettivo, pervenire a una lettura della direttiva che abroga qualsiasi distinzione tra tipologie di costi obiettivamente diverse fra loro.

5. Qualora le autorità italiane, giudici e arbitri *in primis*, nonostante quanto scritto nel n. (4), dovessero ritenere applicabile *in toto* la Sentenza nel contesto giuridico italiano, ci si deve interrogare se sia possibile ipotizzare una limitazione, nel tempo, dei suoi effetti, nell'ordinamento nazionale.

Il quesito si pone dal momento che la C. giust. UE, nella sua giurisprudenza consolidata, ha affermato che le pronunce pregiudiziali interpretative producono effetti *ex tunc*, hanno, quindi, efficacia retroattiva, estendendosi a governare anche i rapporti giuridici « sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa » (35), a condizione, ovviamente, che sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una controversia relativa all'applicazione della norma oggetto d'interpretazione nella sentenza pregiudiziale. In altre parole, un soggetto che non abbia agito in giudizio entro il termine previsto dalla normativa nazionale non può invocare una pronuncia resa ai sensi dell'art. 267 TFUE una volta che il termine sia scaduto (36).

Dall'esame della giurisprudenza UE si evince, tuttavia, a partire dalla sentenza *Defrenne* (37), che esistono situazioni eccezionali suscettibili di ammettere, in forza dei principi generali della certezza del diritto, della buona fede e del legittimo affidamento, limitazioni temporali, *ex nunc*, all'interpretazione condotta dalla C. giust. UE nella sua sentenza. Al riguardo, la Corte individua due condizioni cumulative: « la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti » (38).

Quanto ai « gravi inconvenienti », come sottolineato in dottrina (39), si tratta frequentemente di gravi ripercussioni economiche e finanziarie occorse in virtù dell'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa nazionale vigente fondata su un'interpretazione non corretta del diritto UE. Ripercussioni che potrebbero incidere anche, ma non necessariamente, sullo Stato.

Quanto alla « buona fede », deve risultare che i singoli e le autorità nazionali siano stati influenzati da un certo comportamento delle istituzioni europee, ad esempio il mancato avvio della procedura d'infrazione da parte della Commissione nei confronti di taluni Stati, o siano stati indotti a ritenere vigente un'interpretazione non conforme al diritto UE in ragione del diritto in vigore in altri Stati membri.

Per quel che concerne la Sentenza di cui qui si discute, entrambe le condizioni sembrano essere soddisfatte.

Quanto alla prima condizione (« gravi inconvenienti »), anche in virtù di quanto scritto nei n. precedenti, si comprende facilmente fino a che punto la Sentenza potrebbe incidere sui rapporti giuridici già costituiti tra operatori del credito, intermediari, consumatori, in ormai svariati anni di incontro applicativa di norme di legge, regolamentari, indicazioni di vigilanza, prassi giurisprudenziali e arbitrali orientate nel senso della distinzione tra costi *up-front* (non oggetto di restituzione) e *recurring* (oggetto di riduzione del costo totale del credito per i casi di rimborsi anticipati). L'efficacia retroattiva di un criterio di quantificazione delle somme completamente innovativo rispetto a quello di cui all'art. 125-*sexies*, comma 1°, t.u.b. potrebbe chiara-

(35) C. giust. CE, 27 marzo 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit*, causa C-61/79, punto 16; C. giust., 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, causa C-453/00, punto 21.

(36) Sul punto si veda DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, 351.

(37) C. giust. CE, 8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, causa C-43/75.

(38) Cfr., *ex multis*, C. giust. CE, 28 settembre 1994, *Vroege c. NCIV*, causa C-57/93, punto 21 e C. giust. CE, 12 ottobre 2000, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte J.H. Cooke & Sons*, causa C-372/98, punto 42.

(39) CONDINANZI e MASTROIANNI (nt. 14), 234-235.

mente determinare gravi squilibri non solo nei rapporti giuridici in essere, ma anche rispetto ai casi nei quali il rimborso è stato già effettuato, andando ad incidere in via radicale anche sulle prassi operative (contrattualistica, procedure, organizzazione, ecc.) cui gli intermediari si sono nel tempo conformati, sulla scorta delle indicazioni provenienti dalle competenti autorità di vigilanza (in primo luogo, la Banca d'Italia).

Quanto alla seconda condizione (« buona fede »), va in primo luogo segnalato che la direttiva non si pronuncia sul criterio da adottare quanto al calcolo della riduzione del costo totale del credito, come rilevato dall'Avvocato generale Hogan nelle sue Conclusioni, il quale, addirittura, argomenta, come già osservato nel n. (4.1), in maniera molto diversa, se non opposta, a quanto fa la C. giust. UE nella Sentenza. Inoltre, la Commissione non ha mai avviato procedure d'infrazione nei confronti di paesi, come, tra gli altri, l'Italia e la Germania, nei quali è consolidata (e addirittura, come detto, formalizzata nei precetti della legislazione primaria) la distinzione tra *costi up-front recurring* (40).

Quanto scritto fin qui sembrerebbe ammettere un'interpretazione della C. giust. UE volta a consentire la limitazione *ex nunc* dell'efficacia della Sentenza.

Tuttavia, non va dimenticato che una tale limitazione può essere effettuata dalla sola Corte di giustizia (41). Quel che s'intende sottolineare, quindi, è l'impossibilità per l'interprete nazionale di adottare autonomamente un'interpretazione che limiti l'efficacia temporale della Sentenza senza che vi sia alcun riferimento, nella motivazione o nel dispositivo, ai possibili effetti *ex nunc* da essa creati.

Ciò detto, non c'è dubbio che il diritto UE salvaguardi le esigenze sottese al legittimo affidamento e alla tutela delle prerogative individuali (42), anche con riguardo alle conseguenze, per il singolo, scaturenti dall'applicazione retroattiva delle norme UE di una direttiva, per come interpretate dalla C. giust. UE, laddove esse trovino attuazione nei rapporti tra privati. La circostanza che uno degli assi giuridici dell'ordinamento UE sia la certezza del diritto, di cui il legittimo affidamento è una declinazione essenziale, deve essere evidentemente tenuta ben presente dalle autorità nazionali al momento d'interpretare il diritto interno conformemente al diritto UE, incluse le direttive e le sentenze della C. giust. UE che le chiariscano e perimetrino nel contenuto e nella portata, anche e soprattutto quando in gioco c'è il bilanciamento di interessi individuali contrapposti (43).

6. Qualora le giurisdizioni nazionali, sulla base dello stimolo proveniente dalle parti della controversia oppure *ex officio*, sollevassero dubbi circa l'opportunità, nel caso di giudici non di ultima istanza, la doverosità, nel caso di giudici di ultima istanza, di chiedere chiarimenti alla C. giust. UE, lo strumento a disposizione sarebbe, evidentemente, la formulazione di uno o più quesiti pregiudiziali, ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

È, infatti, possibile, sulla base della giurisprudenza consolidata, per i giudici degli Stati membri, sospendere il procedimento nazionale e rivolgersi alla C. giust. UE affinché questa sciogla i dubbi riguardanti l'interpretazione del diritto UE.

Peraltro, quando, come nel caso di specie, il rinvio pregiudiziale è esperito successivamente a una pronuncia pregiudiziale interpretativa, non è escluso che la Corte di giustizia muti approccio, anche in maniera significativa, o che comunque circoscriva nettamente l'ambito di applicazione della sua prima sentenza interpretativa (44).

(40) Cfr. *retro*, n. 3 e n. 4.3 (per il rilevantissimo paragone con l'esperienza tedesca).

(41) Cfr., tra le altre, C. giust. CE, 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis*, causa C-80/86; C. giust. CE, 2 febbraio 1988, *Barra c. Stato Belga e Città di Liegi*, causa C-309/85, punto 13.

(42) Cfr., da ultimo, C. giust. UE 16 ottobre 2019, *SD c. Agrárminiszter*, causa C-490/18.

(43) Cfr., tra le altre, C. giust. CE, 26 settembre 1996, *Arcaro*, causa C-168/95.

(44) Cfr., tra le altre, C. giust. CE, 11 giugno 1987, *Pretore di Salò*, causa C-14/86; C. giust. CE, 15 dicembre 1993, *Hünermund c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, causa C-292/92.

Con riferimento alla questione che su cui mi esprimo, oggetto del rinvio dovrebbero essere:

— l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE, sulla scorta dell'apparente natura non armonizzata della nozione di « riduzione del costo totale del credito » e delle voci di costo che possono contribuire a comporla;

— la Sentenza, rispetto alla quale i quesiti da porre dovrebbero vertere:

— sull'applicabilità del dispositivo anche all'ordinamento italiano, considerato quanto scritto nel n. (4) circa le caratteristiche del nostro ordinamento e le differenze rispetto ad un ordinamento come quello da cui è provenuto il rinvio pregiudiziale oggetto del presente parere;

— sulla motivazione esclusivamente basata su un presupposto normativo non necessariamente sussistente in ogni Stato Membro;

— in via subordinata, qualora la C. giust. UE dovesse ritenere integralmente applicabile il dispositivo all'ordinamento italiano, sulla possibilità di limitare temporalmente l'efficacia di un'interpretazione del diritto UE anche tramite una sentenza successiva a quella precedentemente resa in relazione alla norma UE oggetto d'interpretazione. Inoltre, potrebbe argomentarsi che la contrarietà della Corte di giustizia a una limitazione che sia effettuata successivamente alla (prima) sentenza interpretativa non potrebbe valere qualora a essere oggetto del secondo rinvio pregiudiziale sia la sentenza precedentemente resa piuttosto che la norma UE.

A questo proposito, un ostacolo potrebbe essere rappresentato dalla circostanza che la Corte di giustizia ritiene che la limitazione temporale possa essere decisa solamente nella sua stessa sentenza interpretativa, non quindi in una sentenza ulteriore resa nel quadro di un nuovo rinvio pregiudiziale (45), da parte del medesimo giudice del primo rinvio, di un giudice appartenente allo stesso ordinamento o di un giudice di altro Stato membro.

Il tema è certamente controverso. Quel può essere osservato, in questa sede, è che si tratta di una questione ampiamente dibattuta in dottrina (46) e tra gli avvocati generali. Ad esempio, una voce particolarmente autorevole — mi riferisco a quella di Tizzano (47) — sembra ammettere che la Corte di giustizia possa limitare temporalmente l'efficacia di un'interpretazione del diritto UE anche tramite una sentenza successiva a quella precedentemente resa in relazione alla norma UE oggetto d'interpretazione. Inoltre, potrebbe argomentarsi che la contrarietà della Corte di giustizia a una limitazione che sia effettuata successivamente alla (prima) sentenza interpretativa non potrebbe valere qualora a essere oggetto del secondo rinvio pregiudiziale sia la sentenza precedentemente resa piuttosto che la norma UE.

7. Alla luce delle superiori considerazioni, pare ragionevole concludere che:

1) la Sentenza non produce effetti vincolanti nell'ordinamento italiano, in quanto fondata su presupposti di diritto che non sono propri di un sistema, quale il nostro, che non lascia all'arbitrio del professionista la determinazione dei costi del credito come dipendenti o non dipendenti dalla durata del finanziamento;

2) la non automatica applicabilità del dispositivo della Sentenza al caso italiano è confermata sia dall'Avvocato generale nelle sue Conclusioni, ispirate dalla volontà di perimetrare in maniera significativa la portata dell'armonizzazione, sotto il profilo dei costi del credito, sia dalla Commissione europea nelle sue Osservazioni, ispirate dalla volontà di affermare con nettezza la discrezionalità del giudice nazionale nell'interpretazione dell'art. 16 della direttiva 2008/48/CE;

3) il principio di diritto affermato dalla C. giust. UE non è in ogni caso direttamente applicabile dal giudice nazionale, non essendo la Sentenza univoca, ed

(45) Cfr., ad esempio, C. giust., 17 maggio 1990, *Barber*, causa C-262/88.

(46) Si veda LENAERTS, MASELIS e GUTMAN (nt. 26), 248. Solleva diversi dubbi circa la giurisprudenza UE DÜSTERHAUS, *Eppur si muove! The Past, Present and (possible) Future of Temporal Limitations in the Preliminary Reference Procedure*, in YBEL, 237 ss.

(47) Conclusioni dell'AG Tizzano, causa C-292/04, *Meilicke e a. c. Finanzamt Bonn-Innenstadt*, punti 41-63; cfr. altresì le Conclusioni dell'AG Jacobs, causa C-475/03, *Banca di Cremona c. Agenzia Entrate Ufficio Cremona*, punti 75-88.

anzi apparendo oscura, quanto alle condizioni alle quali, nell'ordinamento dello Stato membro, l'operatore del diritto — anche in contrasto con le norme, primarie e secondarie, di attuazione della direttiva 2008/48/CE — dovrebbe d'ora in poi computare la riduzione del costo del totale credito con riguardo ai costi *up-front*;

4) ove pure si ritenesse la Sentenza formalmente applicabile nel contesto giuridico italiano, ove l'attuale, consolidata, interpretazione dell'art. 125-*sexies* T.U.B. sia contestata innanzi a un'autorità giurisdizionale italiana, quest'ultima dovrebbe fare leva sui principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento al fine di evitare che l'applicazione retroattiva della direttiva 2008/48/CE pregiudichi indebitamente le prerogative individuali. In un tale quadro, peraltro, nulla osta a che il giudice italiano — d'ufficio, ovvero su stimolo di parte (o di un terzo interveniente) — possa promuovere un nuovo rinvio pregiudiziale innanzi alla C. giust. UE.

ANDREA ZOPPINI