

ABF E CONSUMATORI: LE RECENTI TENDENZE IN MATERIA DI
CESSIONE DEL QUINTO DELLO STIPENDIO

*ABF AND CONSUMERS: RECENT TRENDS IN THE FIELD OF THE
FIFTH OF THE SALARY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1778-1799



Giuliano
MATTACE

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Il presente lavoro si occupa della cessione del quinto dello stipendio. In particolare, la cessione del quinto dello stipendio sarà analizzata alla luce delle recenti decisioni ABF, della sentenza Lexitor e delle recenti modifiche al diritto bancario italiano. La rivoluzionaria portata offerta dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in data 11 settembre 2019 (c.d. Lexitor), in tema di riduzione del costo totale del credito – e con particolare attenzione alla tipologia di costi dei quali il consumatore ha diritto al rimborso – necessita di un ordine espositivo cronologico che consenta al lettore di comprendere la ratio che ha indotto il legislatore a riformulare il dettato dell'articolo 125-sexies t.u.b. con la legge 23 luglio 2021 n. 106, seppur in presenza dei rilievi critici sorti post-Lexitor sia in dottrina che nel panorama delle pronunce giurisprudenziali dell'Arbitro Bancario Finanziario.

PALABRAS CLAVE: Consumatori; ABF; Cessione del quinto.

ABSTRACT: *This work deals with the assignment of the fifth of the salary. In particular, the salary-backed loan will be analyzed in the light of the recent ABF decisions, the Lexitor ruling and the recent amendments to Italian banking law. The revolutionary scope offered by the ruling issued by the Court of Justice of the European Union on 11 September 2019 (so-called Lexitor), in terms of reducing the total cost of credit - and with particular attention to the type of costs for which the consumer is entitled to reimbursement - requires a chronological order that allows the reader to understand the rationale that led the legislator to reformulate the provisions of article 125-sexies tub with the law of 23 July 2021 n. 106 albeit in the presence of the post-Lexitor critical findings both in doctrine and in the panorama of jurisprudential rulings and the Financial Banking Arbitrator.*

KEY WORDS: Consumer, ABF, Assignment of the salary.

SUMARIO.- I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICIA.- II. QUADRO NORMATIVO EUROPEO E NAZIONALE.- III. CASO LEXITOR: LA PORTATA RIVOLUZIONARIA IN TEMA DI COSTI RIMBORSABILI.- IV. CRITICITA' POST LEXITOR.- V. LA MODALITA' DI CALCOLO DEI COSTI RIMBORSABILI.- VI. LA RIFORMULAZIONE DELL' ART. 125. SEXIES.

I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICIA.

In ambito bancario e finanziario¹, l'esigenza di tutela del cliente-risparmiatore è molto elevata, poiché le peculiarità dei servizi offerti caratterizzano significativamente il cliente come "parte debole" del rapporto negoziale.

Per questo motivo le asimmetrie nel settore bancario e finanziario richiedono interventi volti a rafforzare la tutela del risparmiatore-investitore.

Le caratteristiche di questi mercati hanno fatto sorgere un volume enorme di controversie: il numero di reclami presentati dai risparmiatori ha messo a dura prova la gestione del contenzioso nei suddetti settori.

Il filo conduttore del mio contributo sta nelle peculiarità dell'Arbitrato Bancario Finanziario, in termini di risoluzione di controversie specifiche, nel rispetto della legge e della garanzia di una procedura, e, nel contempo, nell'attuazione della trasparenza bancaria. Peculiarità che, di fatto, giustificano la menzione di principi e norme di diritto processuale civile, in un processo per sua natura "flessibile", "rapido" e "reale", in termini di tutela accordata.

In tal modo acquista rilevanza a livello normativo una doppia qualificazione soggettiva, che porta con sé il problema di tracciare i limiti di applicabilità della disciplina del consumo al "cliente" della banca che riveste anche il ruolo di "consumatore"².

Ciò solleva un delicato problema di relazione tra ordini specifici³.

Il successo dell'ABF è corroborato dal proficuo e costante dialogo instaurato con la giurisprudenza. Sono già numerose le sentenze, soprattutto di merito, che fanno riferimento alle "linee guida consolidate" dell'Arbitro Bancario Finanziario

1 PERLINGIERI, P.: "Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia", *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 659.

2 Interessanti sul punto sono le riflessioni di MEZZASOMA, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 311 ss.

3 PERLINGIERI, P.: "Conclusioni al convegno La Banca-Assicurazione", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 232.

• Giuliano Mattace

Dottorando di ricerca di Diritto dei consumi, Universidad de Salamanca e Università di Perugia
giulianomattace@gmail.com

per confermare l'autorevolezza dell'indirizzo adottato. Il fatto di aver agito o difeso in giudizio, assecondando posizioni “contrarie alle chiare linee guida dell'Arbitro Bancario Finanziario” è stato addirittura ritenuto una causa idonea per la formazione della sentenza “per responsabilità processuale aggravata” della banca.

L'ABF ha generato, negli anni, un vero e proprio “sistema giustizia” settoriale⁴.

Nel 2020 i ricorsi all'Arbitro Bancario Finanziario sono aumentati del 40% rispetto al 2019, arrivando a 30.918 cause. In particolare, sono cresciute le risorse relative ai prestiti che controllavano la cessione del quinto dello stipendio. E' quanto emerge dalla Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, pubblicata dalla Banca d'Italia.

La cessione del quinto dello stipendio è una forma di prestito a tasso fisso con ammortamento a rate costanti, trattenuta mensilmente dalla busta paga (o pensione) dal datore di lavoro e versata all'istituto che ha erogato il prestito.

Questa è qualificabile come operazione di “credito al consumo”, ovvero come prestito attraverso il quale il consumatore può ottenere credito e utilizzarlo per esigenze personali e familiari.

In particolare, la cessione del quinto dello stipendio sarà analizzata nel proseguo, alla luce delle recenti decisioni ABF, della sentenza Lexitor e delle recenti modifiche al diritto bancario italiano.

La rivoluzionaria portata offerta dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in data 11 settembre 2019⁵ (c.d. Lexitor), in tema di riduzione del costo totale del credito – e con particolare attenzione alla tipologia di costi dei quali il consumatore ha diritto al rimborso – necessita di un ordine espositivo cronologico che consenta al lettore di comprendere la ratio che ha indotto il legislatore a riformulare il dettato dell'articolo 125-sexies t.u.b. con la legge 23 luglio 2021 n. 106 (di conversione del decreto legge 25 maggio 2021 n. 73)⁶, seppur

4 Per tutti BERTI DE MARINIS, G.: “La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti”, *Resp. civ. e prev.*, IV, 2013, p. 1344 ss; PAGLIANTINI, S.: *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle corti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 120 ss.

5 Corte Giust., 11 settembre 2019, C-383/18 (Pres. BONICHOT – Est. TOADER), Lexitor sp. Z o.o. c. Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowa – Kredytowa im. Franciszka Stefczyka e altri, in *DeJure Online*.

6 La L.106/2021, articolo 11-octies, rubricato “Modifiche al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385” dispone al comma 1: “Per fronteggiare gli effetti economici dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e al fine di rendere certe e trasparenti le condizioni di accesso al credito al consumo per il sostegno delle famiglie, al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 sono apportate le seguenti modificazioni:” (...) c) l'articolo 125-sexies è sostituito dal seguente: “Art. 125-sexies (Rimborso anticipato). anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte. 2. I contratti di credito indicano in modo chiaro i criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi, indicando in modo

in presenza dei rilievi critici sorti post-Lexitor sia in dottrina che nel panorama delle pronunce giurisprudenziali e dell'Arbitro Bancario Finanziario.

Si rende dunque imprescindibile un *excursus* in ordine al quadro normativo pre Lexitor, con una breve, ma concisa, esposizione delle posizioni della Banca d'Italia e del Collegio di Coordinamento⁷ in tema di credito al consumo.

II. QUADRO NORMATIVO EUROPEO E NAZIONALE.

In materia di contratti di credito ai consumatori, l'assetto offerto dal Testo unico in materia bancaria (D.Lgs. 385/1993) è stato integrato, a seguito degli influssi europei, sul tema dell'estinzione anticipata del finanziamento da parte del consumatore.

La direttiva 1987/102/CEE prima, e la direttiva 2008/48/CE dopo, hanno attribuito rilevanza al diritto del singolo privato di ottenere una riduzione dei costi – sostenuti e da sostenersi – in caso di estinzione ante diem del finanziamento con cessione del quinto⁸ dello stipendio o della pensione.

Il disposto normativo europeo, agli albori della sua introduzione, ha assistito tuttavia ad una rimodulazione in punto di legittimità ed effettività di tale diritto garantito: difatti, l'articolo 8 della prima direttiva accordava al consumatore la "facoltà" di adempiere in via anticipata agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito, con il riconoscimento di una "equa riduzione" del costo complessivo del credito.

Il principio così delineato è stato ripreso dalla direttiva del 2008 la quale, all'articolo 16⁹, ha apportato delle innovazioni rispetto alla previgente disciplina.

analitico se trovi applicazione il criterio della proporzionalità lineare o il criterio del costo ammortizzato. Ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato".

- 7 Per una panoramica sull'ordinamento spagnolo LLAMAS POMBO, E.: "El convenio arbitral como instrumento de prevención, resolución y solución de conflictos"; in AA. VV.: *ADR, ODR y justicia del futuro* (a cura di F.J. PEREZ SERRABONA GONZALEZ), Aranzadi, Azur Menor, 2019, pp. 43 ss.
- 8 L'istituto è stato introdotto dal d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, aggiornato dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 e dal relativo regolamento attuativo, il d.p.r. 28 luglio 1950, n. 895; inoltre tale forma di prestito personale integra altresì una forma di credito al consumo essendo pertanto sottoposta alla relativa disciplina contenuta negli artt. 121 ss. TUB come disposto dall'art. 6bis, d.p.r. n. 180 che l'assoggetta anche alle norme in materia di assicurazioni connesse all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo. L'espressione "cessione del quinto di stipendio" deriva dal fatto che l'importo massimo della rata di rimborso del prestito non può superare il valore di un quinto dello stipendio mensile netto continuativo, inoltre la durata massima consentita è di 120 mesi e la minima non è inferiore ai 24 mesi. Il termine massimo della durata non può eccedere comunque il termine del rapporto di lavoro e il pensionamento, tranne che per i dipendenti pubblici, i quali possono decidere se estinguere il debito o trasferirlo sulla pensione. Come previsto dal d.p.r. n. 180 possono fruire di questa forma di prestito tutti i lavoratori dipendenti dello Stato e del comparto parastatale, sia delle aziende private. Possono accedere alla cessione del quinto tutti i pensionati di tutti gli enti previdenziali.
- 9 La Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, detta espressamente all'articolo 16, par. 1, "Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso,

Leggendo il disposto, viene in evidenza come il consumatore abbia "il diritto" di adempiere "in qualsiasi momento" ai propri obblighi contrattuali, "in tutto o in parte", con il riconoscimento in suo favore, per effetto dell'estinzione anticipata, di una "riduzione del costo totale di credito" che tenga conto tanto degli interessi quanto dei costi¹⁰ dovuti per la restante durata del contratto. Ciò in quanto il fine ultimo (ma non l'unico, come si dirà nel proseguo) perseguito dalla direttiva del 2008 è quello di garantire al consumatore quale contraente debole un'elevata protezione da eventuali elusioni attuate dai finanziatori¹¹ che hanno il compito di formulare i contratti di finanziamento.

Il recepimento del contenuto della direttiva nell'ordinamento italiano è avvenuto – seppur oltre il termine massimo – con il D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, introducendo l'art. 125-sexies nel t.u.b., si è uniformato alla disciplina europea in tema di rimborso in caso di estinzione anticipata del finanziamento.

Dall'esame letterale combinato del (previgente¹²) disposto normativo interno e di quello europeo si evince chiaramente come il primo offra, in via implicita, una sostanziale distinzione tra costi up front e recurring¹³ ammettendo il rimborso del secondo tipo, mentre il dettato della direttiva volge lo sguardo – in quella nozione di "costo totale del credito" – al complesso di oneri gravanti sul consumatore, nel quale occorre ricomprendere interessi e costi dovuti per la restante durata del contratto.

Tale ferma (ma non netta) distinzione tra le tipologie di costi, con il limite di rimborso dei soli costi recurring, è stata fatta propria non solo dagli ordinamenti dei

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".

- 10 Per costo totale del credito si intende, ai sensi dell'articolo 121 lett. e) t.u.b., gli interessi e tutti i costi, incluse commissioni, imposte e altre spese, ad eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza. Si v., MARCHESI, M.: "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione: i nuovi orientamenti dell'Autorità di vigilanza", *Riv. banc.*, 2018, p. 333.
- 11 MEZZANOTTE, F.: "Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori", *Nuove leggi civ. comm.*, I, 2020, p. 72. L'Autore, trattando della natura giuridica del rimborso anticipato del finanziamento, ricomprende la disciplina in esame nell'ambito della contrattazione asimmetrica, e qualifica il consumatore-contraente finanziato come parte fisiologicamente debole del rapporto creditizio al quale si riconosce, in virtù di tale posizione subordinata, il diritto di svincolarsi dal contratto in anticipo rispetto alla data formalmente concordata con il finanziatore. Di medesima opinione ROPPO, V.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", in ID.: *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 65 ss.
- 12 Si rammenta come, con la L. 106/2021 di conv. del D.L. 73/2021, è stato riformulato il primo comma e sono stati aggiunti un secondo e un terzo comma che, per quel che è oggetto del presente scritto, riguardano il criterio di calcolo dell'importo da rimborsare e il diritto di regresso del finanziatore verso l'intermediario del credito.
- 13 Si intendono up front quei costi riconducibili fase di trattativa e formazione del contratto quali, ad esempio, le spese di istruttori a e di stipula. Per converso, sono recurring quei costi che maturano, al pari degli interessi, nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale e che vengono corrisposti dal consumatore a titolo di copertura dei rischi di credito e delle spese per la gestione degli incassi. Così MALVAGNA, U.: "Cessione del quinto ed estinzione anticipata delle commissioni accessorie", *ilcaso.it*, 2013 n. 341.

singoli Stati membri che hanno recepito la direttiva¹⁴, ma altresì dall'ordinamento italiano attraverso un consolidato orientamento dettato dalla Banca d'Italia con le comunicazioni del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011.

Difatti, ben prima dell'introduzione dell'istituto del rimborso anticipato a mente della direttiva 2008/48/CE, il sistema bancario italiano riconosceva espressamente la facoltà per i consumatori di adempiere anticipatamente ai propri obblighi contrattuali, riconoscendone un'equa riduzione¹⁵.

Sull'assunto delle summenzionate comunicazioni¹⁶ e al fine di garantire al consumatore una piena conoscenza di quanto ancora dovuto e di quanto spettante a titolo di rimborso, l'Organismo di Vigilanza, conscio delle prassi degli intermediari di indicare cumulativamente l'importo di generiche spese, non consentendo una chiara individuazione degli oneri maturati e di quelli non maturati, ha intimato gli operatori del settore al rispetto della normativa della 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"¹⁷.

Dalle raccomandazioni della Banca d'Italia, è pacifico che l'aspetto del rimborso del quale hanno diritto i consumatori è tema particolarmente sentito anche nel contesto italiano, in particolare sul piano di garantire in modo preponderante una tutela alle condotte elusive e particolarmente opache poste in essere dai soggetti finanziatori.

14 Breve cenno ne offre DE CRISTOFARO, G.: "Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2, 2020, p. 283.

15 Il previgente Decreto del Ministero del Tesoro, 8 luglio 1992, 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". E ancora, il previgente art. 125, comma secondo, t.u.b. "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".

16 Comunicazione di Banca d'Italia, 10 novembre 2009, Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori; Comunicazione di Banca d'Italia, 7 aprile 2011, Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate.

17 Con la comunicazione del 7 aprile 2011, l'Organismo di Vigilanza ha sollecitato nuovamente gli intermediari a "definire correttamente – in linea con le nuove disposizioni sul credito a consumo – la ripartizione tra commissioni up-front e recurring, includendo nelle secondo le componenti economiche soggette a maturazione nel tempo"; "assicurare il pieno rispetto delle regole contabili nella rilevazione delle commissioni e degli oneri connessi con le CQS"; e ancora "solo una parte delle commissioni pagate anticipatamente dalla clientela in via anticipata si riferisce a prestazioni non rimborsabili (come le spese 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)".

Tuttavia, fermo restando l'aspetto sanzionatorio che possa investire in sede di contenzioso bancario le società di finanziamento, l'attività di corretta e puntuale informazione del contraente-finanziato è rimessa in via esclusiva in capo alla parte contrattualmente più forte, non potendo tali comunicazioni della Banca d'Italia ingerire nella gestione delle finanziarie.

Su tale scia sembra pacificamente orientarsi anche l'Arbitro Bancario Finanziario¹⁸.

Sono numerose le pronunce da parte dei vari ABF italiani¹⁹ che tracciano nettamente la distinzione tra costi recurring e costi up-front con la precisazione che, in materia di pagamento ante diem del finanziamento, i soli oneri soggetti alla restituzione in favore del consumatore siano i costi riferibili all'intero svolgimento del rapporto negoziale, purché vi sia una esposizione chiara e agevolmente comprensibile di quali oneri maturino nella vigenza del rapporto negoziale e quali invece siano strettamente correlati alla fase delle trattative e della formazione del contratto²⁰.

Ove non fosse possibile rinvenire ad una chiara ripartizione tra le due tipologie di oneri, l'intero importo di ciascuna delle suddette voci deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare²¹.

Infine, in tema di modalità di calcolo del rimborso da corrispondersi in favore del consumatore, è unanime l'adozione di un criterio proporzionale (c.d. pro-rata temporis puro) in virtù della natura di voci di spesa a maturazione progressiva dei costi recurring la modalità di calcolo impone, pertanto, di dividere la somma complessiva di costi e interessi spettanti al finanziatore per il numero totale delle

18 Per una disamina sull'istituto de quo V., ex multis, con varietà d'opinioni, CARRIERO, G. L.: "Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni", *Foro.it*, 2012, n. 2, pp. 213 ss.; PUNZI, C.: *Disegno sistematico dell'arbitro*, Cedam, Padova, 2012, pp. 287 ss.; CONSOLO, G.: "Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR", *An. Giur. econ.*, n. 1, 2011, pp. 121 ss.; FINOCCHIARO, G.: *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012; MINERVINI, E.: *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova forma di ADR*, Esi, Napoli, 2014, pp. 21 ss.; IUDICA, G.: *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 101 ss.; LIACE, G.: *L'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 155 ss; *vid.* anche le informazioni sull'ABF pubblicate nella Relazione sull'attività dell'arbitro bancario finanziario, www.arbitrobancariofinanziario.it.

19 Tra le varie decisioni vi sono ABF Napoli, 8 novembre 2017, n. 14134 nel quale si legge "il principio di equa riduzione del costo del finanziamento impone la restituzione della quota di commissioni e dei costi soggetti a maturazione nel tempo al fine di evitare, a causa dell'estinzione anticipata del prestito, un'ingiustificata attribuzione patrimoniale in favore del finanziatore, con esclusione delle voci di costo relative alle attività preliminari e prodromiche alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata". Conformi, ABF Torino, 18 dicembre 2018, n. 26793, www.arbitratobancariofinanziario.it; ABF Napoli, 21 settembre 2012, n. 3051, www.arbitratobancariofinanziario.it. Per una maggiore disamina, *vid.* rassegna di SIMEON, M.: "Gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia di credito ai consumatori", *Giur. comm.*, 3, 2019, pp. 436 ss.

20 DI NELLA, L.: "Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori", in AA. VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancari (profili internazionali)*, Esi, Napoli, 2020, p. 245.

21 Su tutte, ABF Napoli, 8 novembre 2017, n. 14134.

rate residue del finanziamento, e infine moltiplicare il risultato ottenuto per le rate residue²².

III. CASO LEXITOR: LA PORTATA RIVOLUZIONARIA IN TEMA DI COSTI RIMBORSABILI.

La pronuncia nella causa C-383/18 scaturita in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea trae origine da una controversia nella quale la società Lexitor, cessionaria dei crediti vantati da tre ex-consumatori che hanno estinto in via anticipata i rispettivi finanziamenti e non hanno ottenuto il rimborso sulla riduzione del costo totale del credito, ha citato in giudizio gli istituti di credito.

La rimessione della questione, ad opera del tribunale polacco, ai sensi dell'art. 267 TFUE ai fini dell'ottenimento di una pronuncia pregiudiziale sul tema, si è ritenuta necessaria in ragione del diverso recepimento della direttiva 2008/48/CE da parte dei singoli ordinamenti nazionali in punto di costi e interessi da rimborsare al consumatore.

La Corte europea, dopo un'articolata premessa sui punti salienti della direttiva del 2008, ha offerto un principio di diritto totalmente confliggente con i criteri di attuazione cristallizzatisi da ben 10 anni dall'adozione del provvedimento e dal recepimento nell'ordinamento interno di ciascun Stato membro.

Il dictum reso dalla sentenza è fortemente orientato nel ritenere che l'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE debba 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".

In altri termini, la Corte supera (ma non elimina) quella distinzione – attribuita dai singoli ordinamenti nazionali – tra costi up-front e recurring e riconosce il diritto del consumatore al rimborso (rectius, riduzione) di entrambe le tipologie di costi, senza alcun limite, ponendosi in netto contrasto con i criteri e le modalità adottate, nel sistema italiano, dalla Banca d'Italia e dall'Arbitro Bancario Finanziario.

E raggiunge tale conclusione avvalendosi di tre ordini di argomenti.

Il primo, di poca pregnanza, poggia sul dato letterale²³ in virtù del quale, nonostante le diverse versioni linguistiche, il riferimento alla "restante durata del

22 In dottrina, MAGER, A.: "Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2020, pp. 745 ss.; MEZZANOTTE, F.: "Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori", *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2020, p. 82.

23 Traendo altresì spunto dalle conclusioni rassegnate dall'avvocato generale della Lexitor, ove, a fronte di almeno quattro significati attribuibili al testo della direttiva, ne risultano selezionati due come preferibili.

contratto” può essere interpretato tanto nel senso che la riduzione del costo totale del credito debba essere limitata agli oneri strettamente agganciati alla 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, più limitato, che richiede un metodo di calcolo della riduzione fondato su un parametro proporzionale rispetto alla durata residua del contratto²⁴.

Sul piano sistematico, ovverosia tenendo conto del “contesto” nel quale è inserita la disposizione in esame, la motivazione della sentenza in commento non coglie ancora una volta nel segno in quanto la Corte si limita semplicemente a richiamare come la direttiva del 2008, abrogativa della precedente direttiva del 1987, abbia innovato la tutela del consumatore, ma nulla aggiunge al percorso di utilità offerto dalla nuova normativa²⁵.

Data l'insufficienza dei primi due ordini di considerazioni, è sul piano teleologico che pare rinvenirsi la convinzione, da parte della Corte, della corretta interpretazione dell'art. 16, par. 1.

Come sottolineato in precedenza, la direttiva 2008/48/CE si pone come obiettivo (ma non l'unico) quello di garantire un'elevata protezione del consumatore, parte ritenuta in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione sia il livello di informazione.

Ed è su tale obiettivo che la Corte innesta il proprio dictum, non memore o attenta alla circostanza che l'adozione della direttiva in esame si è resa parimenti necessaria per “facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo” con lo scopo di giungere a una piena armonizzazione delle legislazioni nazionali concernenti alcuni fondamentali aspetti dei contratti di credito dei consumatori²⁶.

Tale ultima argomentazione, presa nel suo complesso, svislisce non solo il criterio teleologico ma altresì quello sistematico perché potrebbe indurre a pensare che la Corte, nell'adottare il criterio di interpretazione che debba tener conto del

24 Argomenta DE CRISTOFARO, G.: “Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor”, *cit.*, p. 283.

25 D'altronde si potrebbe rischiare di condurre tale argomentazione in senso contrario alla tutela del consumatore in quanto gli studiosi del settore rinvenivano, agli albori della sua adozione ad opera del Parlamento e del Consiglio Europeo, una tutela rafforzata del creditore, titolare di un diritto ad un indennizzo (art. 16, par. 2), considerabile come costo associato all'esercizio del rimborso anticipato da parte del consumatore. Così, DE CRISTOFARO, G.: “La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori”, *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2008, pp. 255 ss.

26 CARRIERO, G.: “Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi”, *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 509 ss.; FEBBRAJO, T.: “La nuova disciplina dei contratti di credito al consumo nella Dir. 2008/48/CE”, *Giur. it.*, n. 1, 2010, pp. 223 ss.

contesto in cui è inferita la disciplina europea, non abbia tenuto effettivamente in considerazione tutti gli aspetti utili a giustificare la rilevanza che è stata attribuita all'art. 16, par. 1.

Vero è che la pacifica asimmetria informativa indurrebbe gli istituti di credito a rendere difficile la determinazione, da parte del consumatore, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto, se non specificatamente individuati; parimenti vero è che si rende necessaria una tutela rafforzata del consumatore²⁷ a fronte di condotte, dei finanziatori, non conformi ad un elevato grado di trasparenza, rimettendo alla loro discrezionalità la possibilità di elevare i costi al momento della trattativa e sottoscrizione del contratto di credito, con riduzione di quelli relativi alla durata del rapporto; ma altresì vero è che gli obiettivi della direttiva si pongono tutti su un medesimo piano egualitario e, pertanto, l'interpretazione offerta con la sentenza del 2019 sembra stridere fortemente con i dettami sia della normativa europea, sia con le singole legislazioni nazionali che da ben oltre 10 anni hanno perseguito un'impostazione totalmente divergente dall'interpretazione alla quale i giudici europei sono giunti.

IV. CRITICITA' POST LEXITOR.

In materia bancaria nell'ordinamento italiano, le prime criticità sono sorte in ordine al diverso applicativo dell'art. 16 par. 1, per mezzo dell'art. 125-sexies t.u.b. introdotto con D.lgs. 141/2010, fatto proprio da Banca d'Italia e dagli ABF.

Si è ampiamente argomentato sul punto come l'Organismo di Vigilanza abbia posto a fondamento del rimborso (rectius riduzione), in caso di estinzione anticipata del finanziamento, la netta distinzione tra costi up-front e recurring, escludendo i primi dal beneficio accordato al consumatore e purché il contratto di credito al consumo sia stato formulato nel pieno rispetto dei criteri indicati nelle comunicazioni del 10 novembre 2009 e del 7 aprile 2011, nonché delle Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 9 febbraio 2011.

Il sopraggiungere dell'interpretazione per come offerta dal dictum della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha posto l'Arbitro Bancario Finanziario nella condizione di doversi porre due quesiti strettamente correlati.

In primo luogo, che effetti possa produrre la pronuncia della Corte di Giustizia nell'ordinamento italiano e, in caso di esito positivo, su quale normativa poggia la sua "applicabilità", considerato il recepimento del precetto dettato dall'art. 16,

27 INDRACCOLO, E.: "Credito al consumo e principio di protezione effettiva del contraente debole. Prime considerazioni sulla direttiva 48/08/CE", *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2010, pp. 267 ss.

par. I Dir. 2008/48/CE, e con la conseguenza di dover distinguere gli effetti della sentenza nel settore del contenzioso.

In secondo luogo (di cui si dirà nel proseguo), considerata la riformulazione al quale dovrebbe essere soggetta la normativa italiana in tema di unificazione dei costi rimborsabili, quale criterio di calcolo debba essere adottato in punto di costi up-front (oneri fissi, rinvenibili per lo più in sorte di premi da corrispondersi in fase di trattativa negoziale) oramai ricompresi nel diritto di rimborso – stante la presenza del criterio proporzionale per i costi recurring quale voce di spesa a maturazione progressiva e strettamente correlata alla vigenza contrattuale.

Avendo riguardo alla prima questione, insieme ad una parte della dottrina²⁸, il Collegio di Coordinamento²⁹ con una pronuncia tempestiva ha stabilito il seguente principio di diritto: “a seguito della sentenza II settembre 2019 della Corte di Giustizia Europea, immediatamente applicabile anche ai ricorsi non ancora decisi, l'art. 125-sexies t.u.b. deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front”.

Non sono tuttavia mancate opinioni contrastanti in dottrina che hanno fortemente escluso che la pronuncia della Corte di Giustizia Europea, nel dare una nuova impronta interpretativa all'articolo 16 par. I della direttiva 2008/48/CE, possa trovare immediata applicazione nel contesto normativo italiano e dunque imprimere la propria portata all'articolo 125-sexies del testo unico in materia bancaria³⁰.

Tale ferma convinzione trae origine dai generali principi di diritto dell'unione europea secondo i quali alla direttiva 2008/48/CE non possa attribuirsi natura di direttiva self-executing -dalla quale deriverebbe l'obbligo in capo al giudice di merito di disapplicare, anche in assenza di un provvedimento di recepimento, la normativa interna in contrasto con la fonte sovranazionale³¹.

28 DOLMETTA, A.: “Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto”, *Banca, borsa e tit. credito*, n. 6, 2019, pp. 639 ss.; MAGER, A.: “Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor”, *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2020, pp. 743 ss.

29 ABF Collegio di Coordinamento, 17 dicembre 2019, n. 26525, www.arbitratobancariofinanziario.it. La decisione è stata altresì anticipata dalla comunicazione del 4 dicembre 2019 di Banca d'Italia con la quale sono state offerte le nuove linee orientative in materia di credito ai consumatori e rimborso anticipato ai finanziamenti, volte a favorire un pronto adeguamento al quadro delineato dalla sentenza Lexitor.

30 DE CRISTOFARO, G.: “Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor”, *cit.*, p. 283.

31 LIACE, G.: “Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor”, *Giur. comm.*, n. 5, 2020, p. 1007. L'Autore offre la nozione di direttiva self-executing, da intendersi con tale concetto una direttiva sufficientemente dettagliata nei propri contenuti che non necessita di alcun provvedimento di attuazione da parte dello Stato membro: ha, dunque, il potere di incidere direttamente nella sfera giuridica del singolo cittadino. Direttive di tal fatta producono un'efficacia diretta verticale (nei rapporti tra singolo cittadino e Stato inadempiente) e non anche orizzontale (nei rapporti tra singoli privati), e può comportare la responsabilità dello Stato membro

Pertanto, avuto riguardo alla generale disciplina secondo la quale la direttiva – quale strumento di armonizzazione dell'ordinamento interno di ciascun Stato membro dell'Unione europea – vincola gli Stati per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciandoli liberi quanto alla scelta della forma e dei mezzi necessari per conseguire i principi della stessa, sembra ben consolidato l'orientamento che esclude³² l'influenza del dictum della Corte di Giustizia.

Per converso, tuttavia, una parte della giurisprudenza di merito³³ ritiene immediatamente applicabile il principio di diritto espresso dalla Corte europea in quanto parte di un obiettivo più ampio volto alla tutela del consumatore e al suo diritto di estinguere anticipatamente un debito con la riduzione dei costi complessivi del credito.

D'altronde, da un più ampio esame del precetto dettato dalla norma europea (art. 16, par. 1) e dalla norma interna (art. 125-sexies t.u.b.) si evince come la seconda sia una mera trasposizione della prima nonché in sovrapposizione alla medesima, in particolar modo sul piano letterale.

Difatti, quando la disposizione di diritto interno tratta della riduzione che deve essere “pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto” altro non è che la riduzione “che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto”, dettata dalla disposizione europea: sul punto, la (apparente) portata più ampia dell'articolo 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE non conduce a risultati differenti. Inoltre in entrambe le previsioni normative, la riduzione dei costi e degli interessi in favore del consumatore è da ricondursi univocamente alla vita residua del contratto³⁴.

Sullo stesso orientamento, i vari Collegi ABF hanno più volte chiarito che, poiché le pronunzie della Corte di Giustizia hanno, in base all'art. 220 TUE, una funzione nomofilattica istituzionalizzata, tutti gli organi decidenti dell'UE sono

per il mancato recepimento della direttiva con conseguente obbligo di risarcimento del danno subito dal singolo per effetto dell'inadempimento.

- 32 Tra le pronunce di merito, *vid.* Giudice di Pace di Roma, 28 agosto 2020, n. 13888, in *DeJure Online*, secondo il quale “la direttiva 2008/48/CE, art. 16, par. 1, ha comunque efficacia verticale con ciò intendendosi che l'interessato può far valere solo nei confronti dello Stato una ritenuta imperfetta attuazione della direttiva, mentre essa non ha efficacia orizzontale tra privati, con conseguente impossibilità, per il giudice, di procedere alla disapplicazione della normativa italiana”. Ancora, Tribunale di Vicenza, 13 novembre 2020, n. 1907, in *DeJure Online*, che così enuncia “Le sentenze della Corte di Giustizia europea non vincolano, com'è noto, il Giudice Nazionale, sicché, in concreto il significato residuo da attribuirsi ad esse è quello di offrire una possibile interpretazione della norma comunitaria per, appunto, l'interprete del singolo Paese”.
- 33 Tribunale di Avellino, 28 ottobre 2019, n. 1968 in *DeJure Online*; da ultimo, Giudice di Pace di Savona, 7 gennaio 2020, in *DeJure Online* che fa proprie le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia con il caso *Lexitor*, attribuendole immediata rilevanza nell'ordinamento interno.
- 34 In tal senso, DOLMETTA, A.: “Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto”, *Banca, borsa e tit. credito*, n. 6, 2019, p. 645, (“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).

vincolati all'interpretazione suddetta ed inoltre sono vincolati a perseguire gli scopi di *policy* evidenziati dalla Corte di Giustizia nelle decisioni rilevanti³⁵.

In conclusione, dunque, ciò che il giudice nazionale è tenuto a compiere non è la disapplicazione dell'art. 125-sexies t.u.b. in quanto in contrasto con la normativa europea, bensì un'opera di interpretazione e applicazione della norma interna di attuazione secondo il dictum offerto dalla Corte di Giustizia.

Nel rimanere sul tema della immediata rilevanza della pronuncia Lexitor, non ci si può esimere dall'offrire altresì le considerazioni in tema di applicabilità della nuova interpretazione in materia di contenzioso bancario e a seconda che la risoluzione della controversia sia affidata ad un Collegio ABF o all'autorità giudiziaria ordinaria.

Nel caso di ricorso al Tribunale ordinario, anche in ipotesi di ricorso già deciso, la tutela volta alla restituzione dei costi *up front* è accordata al consumatore il quale può esercitare nuova azione di ripetizione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.³⁶ purché il diritto non si sia prescritto, previo esperimento della condizione di procedibilità dell'istituto di mediazione ex art. 5 D.Lgs. 28/2010.

In presenza di ricorso al Collegio ABF, è ferma la distinzione tra i ricorsi già decisi e i ricorsi pendenti in quanto in presenza di decisione è ferma la posizione dei Collegi che preclude la proposizione di nuovo ricorso in ragione del principio del *ne bis in idem* più volte confermato dal medesimo Arbitro³⁷. Per i ricorsi da proporsi o ancora pendenti, *nulla quaestio*.

35 ABF Napoli, 25 febbraio 2015, n. 1339, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Milano, 6 novembre 2013, n. 5632, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

36 TINA, A.: "Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa", *Giur. comm.*, 2018, p. 801. L'Autore è dell'opinione che la disposizione normativa del testo unico bancario non fa altro che anticipare l'esigibilità dell'invocato diritto del cliente ex art. 2033 c.c. che altrimenti maturerebbe soltanto successivamente all'estinzione del finanziamento per effetto del pagamento integrale del debito capitale residuo.

37 Così, ABF Milano, 26 marzo 2019, n. 8336, in *arbitrobancariofinanziario.it* secondo il quale "l'applicazione del divieto del "ne bis in idem" anche nel procedimento ABF è stata confermata dal Collegio di Coordinamento (con decisione n. 3962 del 23.11.2012). Il Collegio ha chiarito che nel procedimento davanti all'ABF, 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...". Secondo SOLDATI, N.: "L'ABF: la decisione, gli effetti e l'esecuzione", *Tratt. dell'arbitrato*, vol. XV, Le controversie bancarie e finanziarie, Napoli, 2020, pp. 173 ss., le decisioni adottate in seno ai Collegi sono da considerarsi alla stregua di veri e propri pareri pro veritate, che pertanto non assumono valore di giudicato e non fanno stato tra le parti, ma hanno il compito di esprimere una valutazione della controversia in atto tra l'intermediario e il cliente. Natura di responso viene altresì attribuita dalla Corte Cost., 4 luglio 2011, n. 218, *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, p. 128 (con nota di ANTONUCCI, A.: "ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale").

V. LA MODALITA' DI CALCOLO DEI COSTI RIMBORSABILI.

Alla luce delle considerazioni sino ad ora affrontate sul tema dell'immediata rilevanza del dictum della sentenza Lexitor sulla disposizione normativa interna (art. 125-sexies t.u.b.), avendo riguardo al criterio di calcolo da adottarsi per la riduzione (rectius, restituzione) del costo totale del credito, la Corte non sembra assumere una ferma posizione.

Vi è di più. Il testo della pronuncia fa proprie le conclusioni dell'avvocato generale Hogan e si concentra, particolarmente, su due interpretazioni coerenti con la conclusione per cui "la locuzione dovuta per la restante durata del contratto dovrebbe essere intesa nel senso che la riduzione prevista dall'articolo 16, par. 1, non dipende dalla finalità dei costi a carico dei consumatori, ma piuttosto dalla data in cui viene richiesto il pagamento dei costi al consumatore".

La prima interpretazione intende tale locuzione nel senso che sarebbe da considerarsi quale mera indicazione delle modalità di calcolo della riduzione, ossia in proporzione alla restante durata del contratto.

La seconda interpretazione fa corrispondere la riduzione del costo del credito ai pagamenti a tantum o ricorrenti non ancora scaduti al momento del rimborso anticipato.

La Corte premette, in aderenza a tali conclusioni, che "la menzione della restante durata del contratto, che compare all'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, 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".

Considerato che la direttiva impone il perseguimento di certi fini (alias la tutela del consumatore nei contratti di finanziamento), rimettendo ai singoli Stati membri la scelta dei mezzi e delle modalità con i quali raggiungere tali scopi e che non è pertanto diretta all'armonizzazione in punto di criterio di calcolo della riduzione da applicarsi in favore dei consumatori; che l'applicazione di due criteri di calcolo sarebbe in contrasto con la formulazione dell'art. 16, par. 1 e che non vi è assimilazione tra le due tipologie di oneri gravanti sul privato, nulla esclude che la

riduzione del costo totale del credito possa avvenire secondo un criterio diverso da quello strettamente proporzionale (rata pro temporis)³⁸.

Ciò premesso, dunque, l'orientamento prevalente dettato dai Collegi ABF è orientato nel senso di rinvenire un metodo di calcolo dei costi *up front* da restituire sul piano contrattuale, sul piano del principio di proporzionalità o, ancora, secondo determinazioni in via equitativa, mentre per i costi *recurring* continua a trovare applicazione il criterio pro rata temporis rigidamente proporzionale.

Secondo l'ABF, ove non contrattualmente previsto o se vi è espresso riferimento, il criterio di calcolo da adottarsi per il calcolo della riduzione dei costi *up front* è quello previsto per il conteggio degli interessi corrispettivi³⁹, trattandosi gli stessi di principale voce di costo totale del credito: pertanto, la riduzione può effettuarsi secondo lo stesso metodo di riduzione progressiva utilizzato per gli interessi corrispettivi (c.d. curva degli interessi) come desumibile dal piano di ammortamento.

La soluzione adottata dai Collegi ABF sembra da qualificarsi come una spinta, per le società di finanziamento, all'adozione dello schema tariffario c.d. "tutto TAN" (tasso annuo nominale), formula questa che ricomprende tutti gli oneri connessi al finanziamento e che rappresenta una buona prassi di mercato, volta ad assicurare una maggiore tutela del cliente⁴⁰.

VI. LA RIFORMULAZIONE DELL' ART. 125- SEXIES.

La sentenza Lexitor, più che porre il problema della disapplicazione della normativa interna in quanto letteralmente (ma non sostanzialmente) differente dalla normativa europea, ha attribuito rilevanza alla querelle che ne è derivata, ovvero sia l'inesatto recepimento da parte dello Stato italiano del dettato dell'art. 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE al momento della trasposizione con il D.Lgs. 141/2010.

38 L'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, ha riconosciuto che l'applicazione del criterio pro rata temporis, per quanto il più logico e, con ciò stesso, il più conforme al diritto ed all'equità sostanziale (ABF Collegio di Coordinamento, 22 settembre 2014, n. 6167, in *arbitrobancariofinanziario.it*), non costituisce principio assoluto, potendo trovare applicazione un diverso criterio di calcolo. Così, ABF Collegio di Coordinamento, 11 novembre 2016, n. 10003, in *arbitrobancariofinanziario.it*. Tale modalità di calcolo ha trovato applicazione in via residuale, sulla base delle indicazioni dettate da Banca d'Italia e fondandosi sul presupposto della netta distinzione, ante Lexitor, tra costi *recurring* e *up front*.

39 TINA, A.: "Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa", *cit.*, p. 179.

40 Secondo Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione, Orientamenti di Vigilanza, di Banca d'Italia, 30 marzo 2018, par. 16, il c.d. tutto TAN apporta tali benefici: tutti gli oneri incorporati nel tasso sono sempre oggetto di restituzione in caso di estinzione anticipata a prescindere dalla loro natura; semplifica la struttura tariffaria e la rende più comprensibile.

Sebbene dottrina e giurisprudenza si siano profuse nell'affermare una (potenziale) sovrapposizione dell'articolo 125-sexies all'art. 16, par. 1, seppur con una portata più limitata, e a ricercare le fonti più adeguate che consentissero un revirement in seno alla Banca d'Italia e al Collegio di Coordinamento in punto di riconoscimento sia dei costi up front che di quelli recurring, il dictum della Corte di Giustizia ha sollevato quei dubbi dettati dalla diversa formulazione del rimborso del costo totale del credito e dell'assenza di effettiva normativa che giustifichi la parificazione di tale tipologie di oneri in tema riduzione in favore del consumatore.

Lacuna legislativa che è stata colmata dalla Legge 23 luglio 2021, n. 106 (di conversione del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 c.d. "Decreto Sostegni bis").

Il legislatore, al fine di far fronte alla grave crisi economica – dovuta all'emergenza sanitaria da Covid-19 – con la concessione di finanziamenti alla portata delle imprese e dei professionisti, si è visto costretto – nell'ottica, oggi più che mai, di una maggiore tutela del consumatore – ad allinearsi alla normativa europea post Lexitor, apportando le dovute modifiche al dettato dell'articolo 125-sexies il cui primo comma testualmente recita "Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte".

Al comma secondo viene recepito quell'orientamento in punto di puntuale rispetto del principio della trasparenza in favore dei consumatori, consentendo ai medesimi di comprendere in modo chiaro i criteri di calcolo per il rimborso (rectius riduzione) del costo totale del credito ed espressamente pattuendo che, ove non sia diversamente indicato, si applica il criterio del costo ammortizzato (ovvero, di riduzione progressiva secondo la curva degli interessi come da piano di ammortamento).

E con ciò fugando ogni dubbio sul tipo di modalità di calcolo da adottarsi in ordine agli interessi e costi da restituire – ridurre sul costo totale in caso di estinzione anticipata – in favore del soggetto privato.

Sul piano dell'operatività della nuova riformulazione in ordine alle ipotesi di estinzione anticipata finanziamento avvenute prima dell'entrata in vigore dell'art. 11-octies, comma 2 D.L. 73/2021, con recente decisione del Collegio di Coordinamento, è rimasta ferma la distinzione tra le due tipologie di costi (recurring e up front), consentendo la retrocedibilità dei soli costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale,

ma non anche di quelli strettamente correlati alla fase di trattativa e formazione del contratto⁴¹.

Con tale primissima decisione, pervenuta a soli tre mesi dal nuovo assetto normativo in materia, il Collegio di Coordinamento pare voler assestare un proprio orientamento – fortemente ancorato alla via interpretativa ante Lexitor – nonostante il (tardivo) progresso compiuto dal legislatore nell'allineare (sul piano sia letterale che interpretativo) il diritto interno a quello europeo.

È probabile che si renderà necessario un periodo di assestamento nel corso del quale si auspica che le Autorità bancarie (in primis, Banca d'Italia) prima, e le Autorità giudiziarie poi, traccino la via interpretativa ritenuta maggiormente valida: ciò al fine di non incorrere in un aumento dei ricorsi – ove si propendesse per la decisione qui citata – che fonderebbero le proprie argomentazioni sul fatto che, nonostante la tardiva riformulazione, si ritenga sufficiente attribuire rilevanza a quella pronuncia (Lexitor) che ha offerto una lettura del dettato normativo conforme a quello letterale dell'art. 16, par. 1 della direttiva 2008/48/CE.

In conclusione, l'effettiva questione che gli studiosi del settore e le autorità (bancarie e giudiziarie) si sono posti verteva non tanto sull'interpretazione da attribuirsi alla disposizione di diritto interno quanto piuttosto sul recepimento (potenzialmente) inesatto della direttiva 2008/48/CE che avrebbe dato avvio, post Lexitor e in assenza di fondamento normativo interno, ad un vasto e controproducente contenzioso bancario.

È opinione di chi scrive che, sebbene la riformulazione della disposizione del t.u.b. causerà, in un primo tempo, numerosi ricorsi bancari da parte di coloro che, estinto il finanziamento ante diem, non si sono visti riconoscere la restituzione dei costi up front, ingiustamente trattenuti dalle finanziarie, dall'altro lato imporrà (in una prospettiva futura positiva) ai concedenti i contratti di finanziamento con cessioni del quinto dello stipendio o della pensione, l'effettivo rispetto del principio di trasparenza e un allineamento delle condizioni generali di contratto.

Prassi di mercato che potrebbe indurre ad un aumento del numero delle richieste di finanziamento da parte di soggetti che, consci dell'evidente asimmetria

41 ABF, Collegio di Coordinamento, 15 ottobre 2021, n. 21676, in *arbitrobancariofinanziario.it*; che detta il seguente principio di diritto: "In applicazione della Novella legislativa di cui all'art. 11-octies, comma 2°, ultimo periodo, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge n. 106 del 23 luglio 2021, in caso di estinzione anticipata di un finanziamento stipulato prima della entrata in vigore del citato provvedimento normativo, deve distinguersi tra costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (c.d. costi recurring) e costi relativi ad adempimenti preliminari alla concessione del prestito (c.d. costi up front). Da ciò ne consegue la retrocedibilità dei primi e non anche dei secondi, limitatamente alla quota non maturata degli stessi in ragione dell'anticipata estinzione, così come meglio illustrato da questo Collegio nella propria decisione n. 6167/2014".

informativa e quali contraenti deboli, hanno sempre diffidato della possibilità di richiedere prestiti.

Circostanze, queste, che potrebbero garantire e perseguire non solo l'obiettivo di offrire una tutela rafforzata al consumatore secondo la corretta interpretazione offerta dalla pronuncia Lexitor, ma altresì il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo, così come dettato dalla direttiva 2008/48/CE.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.: "La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)", Esi, Napoli, 2020, p. 245.

AZZALI, S.: Arbitrato amministrato ed arbitrato ad hoc, in IUDICA, G.: *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 101 ss.

BERTI DE MARINIS, G.: "La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti", *Resp. civ.e prev.*, 2013, pp. 1344 ss.

CARRIERO, G. L.: "Arbitrato bancario finanziario: morfologia e funzioni", *Foro.it*, 2012, p. 213.

CARRIERO, G.L.: "Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi", *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 509 ss.

CONSOLO, G.: "Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR", *An. giur. econ.*, 2011, p. 121.

DE CRISTOFARO, G.: "Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 283.

DE CRISTOFARO, G.: "La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 255 ss.

DI NELLA, L.: "Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori", in AA. VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancari (profili internazionali)*, Esi, Napoli, 2020, p. 245.

DOLMETTA, A.: "Anticipata estinzione e riduzione del costo totale del credito. Il caso della cessione del quinto", *Banca borsa e tit. credito*, 2019, pp. 639 ss.

FEBBRAJO, T.: "La nuova disciplina dei contratti di credito al consumo nella direttiva 2008/48/CE", *Giur. it.*, 2010, pp. 223 ss.

FINOCCHIARO, G.: *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012.

INDRACCOLO, E.: "Credito al consumo e principio di protezione effettiva del contraente debole", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 267 ss.

LIACE, G.: "Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor", *Giur. comm.*, 2020, p. 1007.

LIACE, G.: *L'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 155 ss.

LLAMAS POMBO, E.: "El convenio arbitral como instrumento de prevención, resolución y solución de conflictos", in AA. VV.: *ADR, ODR y iusticia de futuro* (a cura di F.J. PEREZ SERRABONA GONZALEZ), Aranzadi, Azur Menor, 2019, pp. 43 ss.

MAGER, A.: "Estinzione anticipata ex art. 125-sexies TUB dopo la sentenza Lexitor", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 745 ss.

MARCHESI, M.: "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione", *Riv. diritto bancario*, 2018, p. 333.

MEZZANOTTE, F.: "Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 72.

MEZZASOMA, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 311 ss.

MINERVINI, E.: *L'arbitro bancario finanziario una nuova forma di ADR*, Esi, Napoli, 2014, p. 21.

PERLINGIERI, P.: "Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia", *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 659.

PERLINGIERI, P.: "Conclusioni al convegno La Banca-Assicurazione", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 232.

PETRELLA, V.: *L'arbitrato bancario finanziario*, in PUNZI, C.: *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2012, pp. 287 ss.

ROPPO, V.: *Il contratto del 2000*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 65.

SIMEON, M.: "Gli orientamenti dell'arbitro bancario finanziario in materia di credito ai consumatori", *Giur. comm.*, 2019, pp. 436 ss.

SOLDATI, N.: "L'ABF: la decisione, gli effetti e l'esecuzione", in *Trattato dell'arbitrato*, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Esi, Napoli, 2020, pp. 173 ss.

TINA, A.: "Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento mediante attivazione della copertura assicurativa", *Giur. comm.*, 2018, p. 801.