

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2016

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

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

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

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

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

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

SEDE DELLA REDAZIONE

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

ALDO ANGELO DOLMETTA

Tasso variabile e «valori negativi»**1.- La svista del Sole**

Qualche giorno fa, il Sole – 24 ore ha pubblicato una notizia che non trova riscontro nei dati oggettivi della realtà. Secondo l'articolaista¹, dunque, una «raccomandazione della Corte di Giustizia UE, firmata dall'Avvocato Generale, ha dato al mercato alcuni punti fermi», in particolare affermando che «gli istituti di credito non sono tenuti a rimborsare i mutuatari degli interessi pagati in eccesso per i tassi Euribor negativi» (: per il caso, cioè, l'euribor cada «sotto lo zero»).

Nei fatti, le «Conclusioni» dell'avvocato generale Paolo Mengozzi hanno invece rilevato che la normativa della Direttiva 93/13, sui contratti coi consumatori, «non osta alla decisione di un organo giurisdizionale supremo con la quale quest'ultimo accerta il carattere abusivo delle clausole di "tasso minimo", dispone la cessazione del loro impiego ... dichiara la loro nullità, limitando al contempo, in ragione di circostanze eccezionali, gli effetti, segnatamente restitutori, di tale nullità alla data della sua prima sentenza pronunciata in tal senso»².

Al di là dell'impostazione di merito (che è di vettore alquanto differente da quanto annunciato nel quotidiano) e della problematica assunta (l'avvocato generale si occupa dichiaratamente di una «questione che non verte tanto sulle clausole ... in sé considerate, quanto sugli effetti che devono accompagnare la constatazione del carattere abusivo di tali clausole»), diverso è proprio il dato materiale a cui fa riferimento l'intervento europeo.

Invero, questo ultimo si sofferma sull'ipotesi in cui il testo del contratto di credito contenga in genere una clausola di «tasso minimo» (e dunque una qualunque clausola c.d. *floor*). E non già del caso specifico in cui si verifichi l'evenienza che l'euribor (o, volendo, un altro parametro analogo) venga a posizionarsi su valori negativi: in assenza, ovvero pure in presenza, di una clausola contrattuale che simile eventualità consideri, per bloccare allora a «zero» la variazione del tasso praticato.

2.- Le indicazioni della Banca d'Italia sulla disciplina del «fermo zero»

Niente di male: una svista, un disguido possono sempre capitare. E' senz'altro opportuno, tuttavia, dissipare l'equivoco che la riportata, e non veridica, notizia è in grado di suscitare tra gli operatori del settore.

Sul tema del «fermo zero», in effetti, si è di recente intrattenuta la Banca d'Italia. Con comunicazione del 5/6 febbraio 2016 («Parametri di indicizzazione dei finanziamenti con valori negativi: trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza nei rapporti con la clientela»), essa ha constatato il formarsi di una certa prassi nell'operatività e ha per l'effetto espresso una serie di indicazioni, che - se non erro - vanno dirette a

¹LucaBattanta, «Mutui, la Corte di Giustizia Ue dice no ai rimborsi degli interessi in caso di interessi negativi», sul *Sole – 24 ore*, 23 luglio 2016.

²Sui nodi del tema affrontato dalle Conclusioni dell'avvocato generale v. il lavoro di Malvagna, *Nullità «de futuro» e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in questa *Rivista*.

inscriversi nell'ambito dei poteri di «trasparenza contrattuale» che la norma dell'art. 127 TUB ha consegnato all'Autorità amministrativa (pur se la comunicazione non richiama nessuna disposizione normativa a presidio).

Questo il primo presupposto dell'intervento della Vigilanza: «a partire dalla metà del 2015, i principali tassi del mercato interbancario utilizzati come parametro di indicizzazione hanno assunto valori di segno negativo. Tale riduzione si riflette sui rapporti con la clientela». E questo il secondo presupposto: «sono emerse ipotesi in cui gli intermediari hanno neutralizzato l'erosione dello *spread* derivante dal sopravvenuto valore negativo del parametro attribuendo a quest'ultimo valore pari a zero», con l'«applicazione di tassi di interesse non allineati con le rispettive previsioni contrattuali».

Da qui, sulla base degli indicati presupposti, l'esplicita manifestazione di tre indicazioni prescrittive. Che sono le seguenti:

- la necessità di uno «scrupoloso rispetto» della normativa di trasparenza e delle condizioni pattuite. «Gli intermediari dovranno astenersi dall'applicare di fatto clausole di c.d. "tasso minimo" ... non pubblicizzate e non incluse nella pertinente documentazione di trasparenza e nella modulistica contrattuale»;
- la necessità di verifica non meno scrupolosa e attenta «che gli applicativi e le procedure in uso, nel caso in cui i parametri di indicizzazione assumano valore negativo, determinino correttamente il tasso di interesse»;
- la ancor più evidente necessità di «provvedere alle conseguenti restituzioni nel caso in cui ... le condotte ... seguite nella determinazione degli interessi dovuti ... risultino in contrasto» con le due indicazioni precedenti.

3. (Segue). Correlati profili problematici

Le indicazioni della Banca d'Italia risultano rivolte nei confronti dell'agire imprenditoriale degli intermediari, non già verso i singoli contratti che questi ultimi vengono nel concreto a concludere e a passare a esecuzione. Né sembra, per altro verso, che l'Autorità abbia in una qualche misura «ordinato» le restituzioni degli indebiti percepiti in tal modo dagli intermediari, come pur la norma dell'art. 128-*ter* comma 1, lett. a., TUB le avrebbe consentito.

Tutto questo per dire che, nei fatti, la difesa delle banche convenute in giudizio dai clienti in proposito (in via di accertamento o in via di ripetizione di indebito) rimane intatta, almeno in linea astratta, ed «aperta». Aperta, in specie, a una soluzione opposta a quella che è stata adottata dalla Banca d'Italia: a una difesa, quindi, che venga a sostenere la «non necessità» di un'apposita clausola contrattuale per l'applicazione di un regime disciplinare imperniato sul «fermo zero».

Su questo punto, dunque, conviene subito fermare un attimo l'attenzione. Rovesciando la prospettiva è da chiedersi, in altre parole, se l'assenza di una qualunque previsione contrattuale in proposito venga - a livello di fattispecie e di controversia concrete - a chiudere definitivamente ogni questione (cfr. il n. 4).

Non è questo, peraltro, l'unico interrogativo che segue al descritto intervento della Banca d'Italia. In effetti, lo stesso possiede anche un risvolto (non negativo, bensì) positivo che appare del tutto trasparente: quello, per l'appunto, della valutazione di idoneità di una clausola contrattuale *ad hoc* predisposta di comportare senz'altro l'effettiva applicazione di un regime di «fermo zero» in punto di variabilità del tasso.

Si che pare opportuno verificare brevemente anche quest'altro lato della medaglia: sia in punto di merito contenutistico della clausola (della sua validità, quindi; n. 5), sia pure in relazione alle necessarie modalità espressive della stessa (n. 6).

4.- Il regime dei «valori negativi» in assenza della clausola «fermo zero»

La risposta al primo degli interrogativi sopra delineati è, a mio avviso, sicuramente di segno positivo. Nel senso, preciso, che l'assenza di una clausola *ad hoc* preclude senz'altro ogni eventuale applicazione di un regime di «fermo zero». In effetti, questa soluzione viene a poggiare su un argomento che ha la forza e il taglio dell'«auto-evidenza»: posta la fissazione di un tasso variabile, la fluttuazione dello stesso in una direzione, ovvero nell'opposta, non incontra - di per sé - limiti strutturali.

D'altro canto, contro questa soluzione non varrebbe opporre, a me pare, che le banche sono imprese e che, pertanto, perseguono lo scopo di lucro; e nemmeno varrebbe rilevare (in cumulo o in alternativa) che una disciplina di valorizzazione del «fermo zero» risponde a un principio di prudente operare imprenditoriale.

Per la verità, il primo dei riportati rilievi si palesa scentrato nell'immediato: e per più ragioni. Una situazione di temporanea mancanza di un diritto alla percezione di interessi compensativi non comporta - certo non comporta in modo automatico, vista se non altro la pleora di oneri economici che l'operatività carica sul cliente - che l'operazione vada in perdita; e nemmeno che in perdita vada la gestione in quanto tale del relativo prodotto. E ancora: il perseguire istituzionalmente lo scopo di lucro non vuol dire - si perdoni l'ovvietà del rilievo, in ragione del suo spessore - realizzarlo per forza nel concreto. A contare è l'efficienza dell'impresa; come pure (e solo in parte in distinta maniera) l'efficienza del servizio di *compliance*. Per quanto sia cosa tradizionale della operatività bancaria del nostro Paese, non ha senso scaricare sul mercato il peso e i costi delle inefficienze delle imprese.

Per certi versi più serio può apparire l'altro argomento sopra riportato, che all'evidenza si richiama ed ispira alla clausola generale di «sana e prudente gestione» di cui alla norma dell'art. 5 TUB. È pure noto, peraltro, che tale clausola generale si volge - per sua tipica destinazione - verso l'attività delle imprese bancarie, senza entrare dentro il regolamento dei contratti in concreto conclusi dalle stesse. La regola in questione può quindi indurre le imprese, come effettivamente operanti nel mercato, a introdurre delle clausole di «fermo zero»; di certo, però, non può surrogarne la mancanza. Sarebbe paradossale, anzi, che la regola di «sana e prudente gestione» portasse a riversare sul mercato il peso portato dall'inefficienza imprenditoriale.

Detto questo, per completezza di discorso rimane ancora da aggiungere che - in punto di introduzione di una clausola di «fermo zero» - comunque non ci si potrebbe avvalere del meccanismo del c.d. *ius variandi* di cui all'art. 118 TUB (anche al di fuori - si intende - dei mutui per i quali tale procedimento modificativo del contenuto contrattuale non è vietato in ogni caso). E questo per due distinte ragioni, se non altro.

Il *ius variandi* riconosciuto dalla norma all'intermediario riguarda solo le modificazioni (*in pejus*) di contenuti e clausole già previste nell'originario

testo contrattuale, non anche le innovazioni³. D'altra parte, la discesa del parametro euribor sotto lo zero non potrebbe comunque rappresentare un «giustificato motivo» di variazione, come pure esige la norma in questione: ch   ci  signifiherebbe, per l'appunto, «giustificare» l'inefficienza dell'impresa; e, nel contempo, sostanzialmente ribaltare la conformazione dell'operazione cos  come congegnata in origine (su questo aspetto anche nel prossimo n. 5).

In definitiva, a tenere ferme tutte le indicazioni della Banca d'Italia (tanto di segno negativo, quanto di segno positivo: sopra, n. 3), per i rapporti in corso di esecuzione non rimane che praticare la via della rinegoziazione in buona fede: naturalmente, in relazione allo svolgimento futuro) del contratto.

5.- Sulla conformazione contenutistica della clausola «fermo zero»

La comunicazione della Banca d'Italia pare dare per affatto scontata l'idoneit  di una eventuale clausola contrattuale a produrre l'applicazione di un regime disciplinare imperniato sul «fermo zero». L'impressione, anzi,   quella della sbrigativit .

In realt , il punto esprime invece un profilo problematico assai delicato ed intenso. Tanto non solo sul piano dell'approccio dommatico, ma pure - nell'attuale - su quello operativo, secondo quanto riflesso dal diritto vivente. In via segnata, il riferimento va - non potrebbe essere diverso - alla clausola generale di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti *ex art.* 1322 c.c.: che ormai risulta pienamente valorizzata e consolidata, nei suoi tratti di fondo, a livello della giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Naturalmente, non pu  essere questa la sede adatta per approfondire una tematica tanto complessa, articolata e importante com'  quella appena evocata. Per i fini che interessano, pare comunque sufficiente richiamare i quattro, e assai recenti, provvedimenti relativi ai noti prodotti finanziari «*My way*» e «*For you*» e simili altri (Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949)⁴; e pure aggiungere a queste la pronuncia, appena appena pubblicata, che concerne l'altrettanto noto prodotto denominato «Prestito obbligazionario Russia» (Cass., 26 luglio 2016, n. 15408).

Tutte queste sentenze vengono a mettere particolarmente in luce la negativit  - la non meritevolezza - di operazioni congegnate in modo tale da sbilanciare significativamente l'«equilibrio contrattuale», di «alterar[n]e il sinallagma» in favore dell'impresa predisponente; di pattuizioni in cui la banca assume una posizione «blindata», mentre il contratto prevede un'alea unicamente in capo al cliente; di patti volti per intero all'esclusivo servizio dell'interesse dell'impresa predisponente⁵.

Ora, sta in fatto che le clausole *floor* - nel cui *genus* indubbiamente rientra pure quella «fermo zero» - si volgono istituzionalmente a fornire vantaggi e

³In proposito si pu  ricordare, tra l'altro, il consolidato orientamento dell'ABF che esclude la possibilit  di introdurre a mezzo dell'art. 118 delle clausole legittimanti la commissione di massimo scoperto.

⁴Sul tema v. ampiamente il mio «*My way*», «*Foryou*», «*Piano visione Europa*» e *Corte di Cassazione*, in *Il Caso.it*, 4 luglio 2016.

⁵Nel collegarsi alle osservazioni svolte nel precedente n. 4 in punto di *diprudente* agire imprenditoriale e per sintetizzare (cfr. ancora il mio lavoro appena citato): l'ordinamento, se accoglie l'«efficienza nel rispetto delle regole e nel rispetto del mercato», per contro respinge l'«efficienza senza rispetto delle regole e con distruzione del mercato».

guadagni esclusivi a una sola delle parti negoziali, nella specie a favore dell'impresa predisponente. Come pure è sicuro che le clausole *floor* vengono facilmente ad alterare sensibilmente le condizioni di rischio di un'operazione, sin quasi a rendere *ex ante* certo l'esito della stessa per il vantaggio dell'una parte e per il danno dell'altra⁶. Così come è non discutibile, ancora, che quelle del genere *floor* siano clausole legalmente atipiche, secondo quanto è bene precisare in ragione della (non giustificata) predilezione del nostro diritto vivente per limitare la valutazione di (im)meritevolezza ai soli patti atipici.

In definitiva, il tema richiede attenzione e qualche distinguo.

Posto questo e nella prospettiva che è stata ora tracciata, non sarebbe corretto, a me pare, non valorizzare le peculiarità della clausola «fermo zero». Questa di per sé (almeno) non sembra equiparabile a una qualunque clausola *floor*: nella sua cifra di base, la stessa si pone come clausola di difesa della banca dal rischio di perdita in esito all'esecuzione dell'operazione (cfr. anche sopra, ancora nel n. 4).

Per questo le indicazioni negative propriamente portate dalle clausole *floor* potrebbero risultare nella specie superabili: tenuto conto, naturalmente, di tutte le circostanze proposte dalle singole fattispecie concrete e nella verifica (che per vero inizia dai contorni del parametro di variabilità volta a volta assunto) dell'effettivo ricorrere di tale funzione di difesa. Nell'arco dei casi che vanno dall'ipotesi di caduta del tasso sostanzialmente incidente sulla somma capitale da restituire all'ipotesi in cui la caduta stessa risulti assorbita dalle altre componenti remunerative della prestazione della banca (non potendo certo trascurarsi – si è già osservato – che gli interessi compensativi rappresentano solo una componente del «compenso» della banca: si ricordino anche solo i meccanismi di imputazione convenzionale dei pagamenti rateali).

Peraltro, a me pare che il giudizio di meritevolezza di una clausola «fermo zero» dovrebbe comunque legarsi, altresì, alla compresenza in contratto di una congrua clausola *cap*. Non sarebbe funzionalmente coerente con il segnalato orientamento della Corte di Cassazione, invero, un plesso contrattuale che difenda la banca dall'eventualità dei valori negativi e nel contempo lasci il cliente esposto al rischio di rovinose salite dei tassi.

6. Sulla conformazione segnaletica e informativa della clausola «fermo zero»

Non del tutto chiara appare la posizione della comunicazione della Banca d'Italia in punto di conformazione segnaletica e informativa della clausola di «fermo zero». La stessa si limita, in definitiva, a richiamare – un po' vagamente, appunto - la necessità della «documentazione di trasparenza» (sopra, n. 2).

Poche battute paiono opportune, peraltro, per sorreggere l'assunto che una clausola di questo tipo deve essere confezionata proprio per bene: l'introduzione (in un contratto nuovo ovvero in un contratto rinegoziato) di

⁶Cfr. in materia Sartori, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *Contr.impr.*, 2015, p. 698 ss., che si segnala in particolare per un'analisi particolarmente attenta ai profili di «protezione della domanda».

una clausola di «fermo zero» deve avvenire, a me pare, a mezzo di clausole che siano particolarmente chiare, univoche ed evidenti⁷.

A indicare questa soluzione in effetti sta, prima di tutto, la constatazione che qui si discorre di una delle condizioni economiche dell'operazione, con la conseguente applicazione della disciplina dettata dalla norma dell'art. 117, comma 4, TUB. Sta, altresì, l'ulteriore constatazione che comunque la clausola «fermo zero» risulta strutturata per l'esclusivo vantaggio della banca predisponente: il che, a me pare - al di là del necessario correttivo dato dalla compresenza di una clausola di congruo *cap* (che per l'appunto attiene al piano del merito e non a quello dell'informazione) - apre le porte all'introduzione di uno speciale dovere di *clare loqui*, con connessa applicazione della normativa dell'art. 1370 c.c.

Sta ancora la constatazione che la posizione di una clausola «fermo zero» viene comunque a incidere sulla conformazione dell'operazione come tipicamente conseguente alla fissazione contrattuale di un tasso variabile, per sé destinato (pure questo si è già ricordato) a muoversi liberamente, a fluttuare verso l'una o l'altra direzione⁸. E qui, naturalmente, il richiamo normativo va diretto al canone fondamentale di buona fede oggettiva, nella forma dei doveri di lealtà e protezione del contraente non predisponente.

⁷Il riferimento all'«evidenza» della clausola esprime in breve l'esigenza di una sensibilizzazione del cliente in punto di peso del «fermo zero» (di un patto *floor* in genere) nel contesto della struttura dell'operazione in quanto tale, come pure sulla effettiva probabilità di un utilizzo nel concreto dello stesso.

⁸Si parla qui, naturalmente, per le variazioni «normali», che non dipendono da fatti straordinari, oltre che non prevedibili: il discorso gravita quindi del tutto al di fuori dell'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta (a parte il fatto che la norma dell'art. 1468 c.c. limita la rilevanza della stessa alla sola prestazione del mutuatario).