PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2017

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 ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

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

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La giurisprudenza spagnola sulla clausola floor; 3. La sentenza della Corte di Giustizia UE: il monopolio della Corte di Giustizia sulla disciplina degli effetti del giudizio di abusività di una clausola.; 4. Le conseguenze della decisione: ancora incertezze?

1. Premessa

Sul volgere al termine del 2016, la Corte di Giustizia UE ⁽¹⁾ ha inflitto un altro «formidabile varapalo judicial» ⁽²⁾ al sistema bancario europeo (e in particolare a quello spagnolo), affermando l'incompatibilità con la direttiva comunitaria sulle clausole abusive (Direttiva 93/13/CEE) dell'orientamento del *Tribunal Supremo* spagnolo che, in una controversa decisione del 9 maggio 2013, aveva dichiarato la nullità della clausola *floor* nei mutui bancari con i consumatori ⁽³⁾, limitandone tuttavia gli effetti restitutori agli eventuali versamenti indebiti effettuati dal mutuatario *successivamente* alla data di pubblicazione della sentenza.

¹V. sentenza CGUE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Cajasur Banco SAU, ECLI:EU:C:2016:980, è reperibile su: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186483&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=956581>. Per un primo commento della sentenza v. VAN DUIN, *Spanish 'floor clauses' (cláusulas suelo) EU Court of Justice steps in: nullity is nullity*, in *Recent developments in European Consumer Law*, 22 december 2016, disponibile sul sito <http://recentecl.blogspot.it/2016/12/spanishfloorclausesclausulasuelo.html>.

² Il questo modo apre la cronaca de El Pais online il giorno di pubblicazione della sentenza: PÉREZ, *La justicia europea obliga a la banca a devolver todo lo cobrado por 'cláusulas suelo'*, 21 dicembre 2016, disponibile su http://economia.elpais.com/economia/2016/12/21/actualidad/1482306332_458117.html.

³ Cfr. al riguardo, DALMARTELLO, *Note sulla «cláusula suelo» (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 756 ss.

Considerata la capillare diffusione della clausola di tasso minimo nella prassi bancaria spagnola, si apre all'indomani della decisione della Corte uno scenario quasi apocalittico per il sistema bancario di quel paese, che potrebbe essere chiamato a restituire ai mutuatari – secondo quanto si apprende da fonti non ufficiali ⁽⁴⁾ – dai tre ai cinque miliardi di euro.

Disattendendo le - per la verità piuttosto fragili - argomentazioni dell'A.G. Mengozzi ⁽⁵⁾, che aveva ritenuto ammissibile l'orientamento del *Tribunal Supremo*, la Corte di Giustizia UE si è armonicamente inserita nel solco tracciato dai propri precedenti in materia di clausole abusive. Prima di esaminare i principali snodi argomentativi della sentenza è opportuno dare brevemente conto della questione controversa e dell'orientamento della giurisprudenza spagnola dal quale è originato l'intervento correttivo della Corte di Giustizia.

2. La giurisprudenza spagnola sulla clausola *floor*.

La clausola *floor* è, come noto, la pattuizione mediante la quale le parti di un contratto di finanziamento a tasso variabile prevedono una soglia percentuale minima, di là della quale non può convenzionalmente scendere il parametro (generalmente l'indice Euribor), dal quale dipende la quantificazione degli interessi corrispettivi. Tale clausola è stata regolarmente inserita dalle banche spagnole nei contratti di mutuo remunerati a tasso variabile, allo scopo di garantirsi una remunerazione anche nell'ipotesi di discesa del parametro di riferimento dell'obbligazione del mutuatario al di sotto di una determinata soglia (appunto, in termini finanziari, il c.d. *floor*).

⁴ V. ancora PÉREZ, *La justicia europea obliga a la banca a devolver todo lo cobrado por 'cláusulas suelo'*, 21 dicembre 2016, disponibile su http://economia.elpais.com/economia/2016/12/21/actualidad/1482306332_458117.html.

⁵ V. Conclusioni AG Mengozzi, 13 luglio 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15. V. in termini critici al riguardo: PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, in *Contratti*, 2016, 1039; MALVAGNA, *Nullità «de futuro» e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *questa Rivista*, 2016, 4; DALMARTELLO, *Note*, cit., 766.

Tale previsione contrattuale ha determinato che, nel recente scenario di tassi di interesse molto bassi (o addirittura negativi), i mutuatari si trovassero a dover sostenere oneri finanziari piuttosto elevati. La gravosità di un simile peso economico, mal sopportata e ritenuta ingiustificata anche in ragione della diffusa situazione di crisi economico-sociale, ha determinato in Spagna lo sviluppo di un contenzioso tra mutuatari e istituti di credito riguardante la validità della *cláusula suelo*.

In un primo momento, le corti di merito hanno reputato le clausole *floor* perfettamente lecite, non ravvisando alcun contrasto con la disciplina di tutela del consumatore. Dopo alcune iniziali decisioni di segno negativo per la clientela degli istituti di credito (e grazie a un sistema giudiziario più celere di quello italiano), sono stati sufficienti meno di tre anni per giungere a un punto di svolta segnato dalla decisione del *pleno del Tribunal Supremo* n. 241 del 9 maggio 2013⁽⁶⁾, che ha considerato abusiva la c.d. *cláusula suelo* (ossia la clausola *floor*).

Il giudizio riguardava un'inibitoria collettiva avviata da un'associazione dei consumatori nei confronti di alcune banche⁽⁷⁾.

⁶ La decisione è reperibile sul sito *open-access* <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>: banca dati nella quale si trovano tutte le decisioni spagnole che saranno citate nel prosieguo. La sentenza è oggetto di numerosi commenti: v. ad es. MARTINEZ ESCRIBANO, *El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo*, in *Rev. Derecho Bancario y Bursátil*, 2014, 295 ss.; PÉREZ CONESA, *Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, in *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2013, 1 ss. (dell'estratto dalla banca dati Aranzadi); PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *Indret*, 3/2013, 1 ss.; PLAZA PENADÉS, *Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo*, in *Diario La Ley*, n. 8112, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2013, 1 ss. (dell'estratto dalla banca dati laleydigital360); CÁMARA LAPUENTE, *No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (caja madrid) a la STribunal Supremo 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo*, in *Rev. CESCO*, 2013, 98 ss.

⁷ Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (sentencia 246/2010): v. il commento di MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Nulidad de «cláusulas suelo» de intereses en contratos de préstamo hipotecario*, in *Rev.*

Riformando la decisione dell'*Audiencia Provincial* di Siviglia, il *Tribunal Supremo* ha affrontato la questione con l'evidente obiettivo di individuare un delicato punto di equilibrio tra gli interessi dei consumatori e quelli (alla stabilità) del sistema bancario.

Risolte alcune complesse questioni di carattere preliminare, la corte suprema spagnola entra nel vivo (§ 179 ss.) del problema dell'applicabilità della disciplina delle clausole abusive alla *cláusula suelo* unilateralmente (:in assenza di una trattativa individuale) inserita dalle banche in un contratto di mutuo ipotecario, ripercorrendo i singoli presupposti di applicabilità della disciplina delle clausole abusive. In primo luogo, viene affrontato il tema cruciale dell'inerenza all'oggetto del contratto di una clausola siffatta: benché manchi una disposizione espressa, anche il diritto spagnolo (in coerenza con l'art. 4.2 della direttiva 93/13/CEE) prevede che non possa essere abusiva una clausola relativa all'oggetto del contratto e, dunque, tale da incidere direttamente sull'equilibrio economico dello stesso. Così impostata, la conclusione non pare particolarmente complicata, giacché è arduo negare che la clausola *floor* disciplini, sia pur introducendo un meccanismo condizionale, uno dei profili essenziali della quantificazione dell'obbligazione del mutuatario diretta a remunerare il mutuante (8). Rilievo che non esaurisce la questione, poiché – come noto – la direttiva (v., ancora, art. 4.2) vieta l'introduzione di clausole relative all'oggetto del contratto redatte in modo non trasparente.

Il *Tribunal Supremo*, precisato che il controllo sull'oggetto del contratto non si traduce in un controllo sull'equilibrio economico dello stesso (9), ritiene che la formulazione scritta della clausola non

Derecho Bancario, n. 121/2011, 209 ss.; e nel gravame deciso da Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011: v. il commento di MARTÍNEZ ESCRIBANO, *De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, De 7 de octubre de 2011)*, in *Rev. Derecho Bancario*, n. 126/2012, 273 ss. Per maggiori dettagli, v., anche, DALMARTELLO, *Note*, cit., 757.

⁸ V., però, la conclusione difforme alla quale perviene a seguito di articolata argomentazione: SARTORI, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *Contratto e impresa*, 2015, 698 ss. e in *Dirittodegliaffari.it*, 2015, 7 ss.

⁹ Cfr. § 191 e ss., ove il *Tribunal Supremo*, per un verso, riconosce che tale controllo sarebbe pure ammesso dalla giurisprudenza comunitaria (v. CGUE, sent. n. 3 giugno 2010, C-484/08, Caja de Ahorros e, per l'altro, precisa che

sia sufficiente a superare il vaglio di trasparenza richiesto dalla disciplina comunitaria. Quest'ultimo richiede, piuttosto, la rappresentazione delle informazioni più rilevanti in modo idoneo a consentire al consumatore un'immediata percezione dei possibili effetti (anche economici) del contratto. Alla stessa stregua, viene escluso che la disciplina speciale di settore riguardante il procedimento di negoziazione del mutuo ipotecario (10), pur considerata a tal fine rilevante nella sentenza d'appello, obbligasse le banche a rappresentare un quadro realmente comprensibile al consumatore. A tal riguardo, non può essere trascurato che l'importanza di una informazione (precontrattuale e contrattuale) efficace è stata rimarcata dall'indirizzo interpretativo della stessa Commissione CE (11) e della Corte di Giustizia, allorquando hanno puntualizzato che le informazioni precontrattuali e il testo contrattuale devono essere funzionali alla percezione da parte del consumatore della possibilità del realizzarsi di modificazioni del carico economico del contratto (12).

L'ultimo profilo accennato difettava *in concreto* nelle clausole esaminate dal *Tribunal Supremo*, giacché il concreto operare della clausola *floor* era tale da trasformare l'indebitamento presentato sul mercato come a *tasso variabile*, in un indebitamento a *tasso minimo fisso*, senza che questa circostanza fosse adeguatamente chiarita al consumatore (13). Ciò, in particolare, in presenza di una descrizione

nell'ordinamento spagnolo costante giurisprudenza lo esclude: v. ad es. *Tribunal Supremo*, 18 giugno 2012, n. 406).

¹⁰ Si tratta del già citato *Orden Ministerial* del 5 maggio 1994 (oggi sostituito dall'*Orden EHA/2899/2011*, del 28 ottobre, «de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios»), il quale prevede una serie di obblighi informativi precontrattuali in capo agli istituti di credito.

¹¹ Cfr. Comunicazione Commissione CE sull'attuazione della direttiva 93/13/CE.

¹² V. CGUE, 21 marzo 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, § 49.

¹³ Per rilievi non dissimili nel diverso contesto della negoziazione dei contratti derivati (ove, però, non sono generalmente coinvolti consumatori e, pertanto, non si applica la disciplina in materia di clausole abusive): v. DOLMETTA, *Di derivati impliciti e di derivati apparenti*, in questa *Rivista*, 2016, 6 ss. Cfr., inoltre, sul tema dei derivati impliciti, con varietà di accenti: SARTORI, *Sulla clausola floor*, cit., 17; F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 25 ss.; GIRINO, *I "derivati impliciti" vizi e virtù della scomposizione*, in questa *Rivista*, 2016, 1 ss.; COGNOLATO, *Componenti derivate e causa di*

della offerta commerciale tale da sviare l'attenzione del consumatore su altri elementi (come, ad es., la previsione di un eventuale tetto massimo rispetto al rialzo del tasso di interesse). Significativamente, il *Tribunal Supremo* fa riferimento a uno studio empirico del Banco di Spagna ⁽¹⁴⁾, che ha messo in evidenza che, nel decidere se concludere il contratto, l'attenzione dei mutuatari si concentrava sull'ammontare della rata, trascurando di valutare i meccanismi e le variabili che avrebbero potuto influenzare il calcolo della medesima rata ⁽¹⁵⁾.

Il rilevato difetto di trasparenza non conclude peraltro l'indagine dovuta dal giudice circa la vessatorietà di una clausola, poiché è richiesto anche l'accertamento della esistenza di un significativo contrasto con il generale dovere di buona fede. Il *Tribunal Supremo*, *per un verso*, precisa che questa valutazione non può essere compiuta in termini puramente soggettivi e *individuali*, avendo riguardo cioè al singolo rapporto, bensì in una prospettiva *di mercato*, necessariamente oggettiva e astratta. Ciò non esclude, *per altro verso*, l'opportunità di tenere conto delle aspettative del consumatore *medio* circa il comportamento di un professionista che opera lealmente in un mercato concorrenziale necessariamente caratterizzato da un elevato livello di fiducia del consumatore nella neutralità dell'operatore bancario ⁽¹⁶⁾.

finanziamento, in *Le operazioni di finanziamento*, a cura di E. Panzarini-Dolmetta-Patriarca, Bologna, 2016, 1763 ss.

¹⁴ Cfr. *Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, in BOCG, Senado, n. 457, 7 maggio 2010, 12 ss. (disponibile sul sito <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>).

¹⁵ Sulla base del medesimo studio, il *Tribunal Supremo* conclude che avrebbero potuto attirare in modo adeguato l'attenzione dei consumatori simulazioni di scenari alternativi, informazioni relative al costo comparativo di operazioni simili (§ 222). Informazioni, cioè, volte a far emergere che l'operazione finanziaria conclusa realizzasse nella sostanza un indebitamento a tasso fisso tale da esporre il solo consumatore al rischio di rialzo del tasso di interesse (senza alcun vantaggio in caso di ribasso degli stessi).

¹⁶ Con ciò il *Tribunal Supremo* intende dire che il giudice deve tenere conto delle caratteristiche concrete di un mercato e che, dunque, non può essere trascurato il fatto che il consumatore medio riponga nell'operatore di banca un livello di fiducia certamente maggiore rispetto a quel che accade, ad esempio (volendo considerare l'oggetto del celebre studio di Akerlof), con il venditore di auto usate.

Questa impostazione è a ben guardare la stessa indicata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in un recente e importante arresto (¹⁷), dove è stato rimarcato che la valutazione di abusività di una clausola non può trascurare il contesto giuridico ed economico, in base al quale il giudice è tenuto a valutare «se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato individuale».

Di conseguenza, in questa prospettiva, le clausole *floor* risultano valide soltanto nella misura in cui sia consentito al consumatore di comprenderne il rilievo e gli effetti sull'oggetto del contratto con particolare riguardo all'incidenza sui rischi effettivamente assunti. L'informazione, nel caso di specie, deve essere funzionale a chiarire che l'operazione finanziaria è in sostanza un'operazione remunerata a tasso fisso minimo, con la conseguente esposizione del mutuatario al rischio di rialzo del tasso di interesse di mercato a fronte di un beneficio minimo nell'ipotesi di ribasso del parametro.

Accertata la vessatorietà della clausola *floor*, il Tribunal Supremo ha accolto la inconsueta richiesta del pubblico ministero di limitare al futuro gli effetti della pronuncia di nullità, in ragione dei potenziali effetti negativi sulla stabilità del sistema bancario di una pronuncia retroattiva (¹⁸). In tale prospettiva, il *Tribunal Supremo* nega la

¹⁷ CGUE, 14 marzo 2013, Aziz, C-415/11. Su questa sentenza, v. LAS CASAS-MAUGERI-PAGLIANTINI, *Cases: ECJ – Recent trends of the ECJ on consumer protection: Aziz and Constructora Principado*, in *ERCL*, 2014, 444 ss.

¹⁸ Benché quest'ultima sia l'evidente *raison suffisante* di una decisione eversiva rispetto alla piana applicazione dei principi civilistici (Non vi è al riguardo differenza tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo, benché in Spagna vi sia una disciplina specifica delle azioni restitutorie (art. 1303 cod. civ. spagnolo): in Spagna, v., per tutti, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, sub *art. 1303*, in *Código civil comentado*², III, a cura di Cañizares Laso-de Pablo Contreras-Orduña Moreno-Valpuesta Fernández, Thomson Reuters-Civitas, 2016, 733 ss.; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, 705 ss. In Italia, per tutti, v. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, vol. II, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2006, 1591 s.) il *Tribunal Supremo* identifica nel bilanciamento con alcuni principi generali l'ostacolo tecnico alla produzione di effetti retroattivi della dichiarazione di nullità. In particolare, il *Tribunal Supremo* si riferisce (sia pur molto brevemente) al principio di certezza giuridica sancito dall'art. 9, comma 3°, della Costituzione spagnola, che troverebbe alcune (circoscritte) applicazioni nel diritto positivo in

retroattività della declaratoria di nullità della clausola ravvisando, *da un lato*, la buona fede del sistema bancario spagnolo, che da tempo ha previsto la clausola nella quasi totalità dei mutui ipotecari a tasso variabile in conformità con la disciplina speciale, difettando la trasparenza della stessa nei soli specifici termini ravvisati dalla sentenza; e, *dall'altro*, il rischio di gravissimi inconvenienti per il sistema bancario, che si troverebbe investito di obblighi restitutori tali da metterlo sostanzialmente in ginocchio ⁽¹⁹⁾.

Nonostante il clamore mediatico enorme e il tentativo della giurisprudenza di merito successiva di limitarne la portata, nel 2015, il *Tribunal Supremo* ha confermato il precedente ad esito di due giudizi *individuali* tra un consumatore e un istituto di credito ⁽²⁰⁾.

materia amministrativistica e nel diritto della proprietà intellettuale. Viene altresì menzionato un indirizzo della giurisprudenza costituzionale che ha limitato *ex nunc* la declaratoria di costituzionalità di alcune leggi (Cfr. ad es. Tribunal Constitucional, 16 giugno 1994, n. 179; Trib Constitucional, 28 marzo 2011, n. 38). Argomenti decisivi nella direzione indicata paiono: *i*) il riferimento ad alcuni precedenti del medesimo *Tribunal Supremo*, che ha rilevato come non sia implicato un automatismo tra declaratoria di nullità del contratto ed effetti restitutori, dovendo il giudice valutare se vi è stato un ingiustificato arricchimento in capo a una delle parti (al riguardo, il *Tribunal Supremo* richiama alcuni precedenti in materia di contratti ad esecuzione continuata o periodica nei quali, in considerazione dell'equilibrio delle obbligazioni reciprocamente già eseguite la giurisprudenza non ha condannato le parti alle obbligazioni restitutorie: v. Tribunal Supremo, 13 marzo 2012, n. 118; Tribunal Supremo, 16 maggio 2000, n. 485; Tribunal Supremo, 23 giugno 2008, n. 541; Tribunal Supremo, 26 febbraio 2009, n. 109); *ii*) il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in via eccezionale, ammette che «applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico dell'Unione» possa essere limitata la facoltà di ogni individuo di «rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede», a condizione che sia riscontrata la buona fede delle parti e sussista «il rischio di gravi inconvenienti» (Così CGUE, 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, C-92/11).

¹⁹ In dottrina, è stato rilevato che il *Tribunal Supremo* non ha argomentato in modo accurato e documentato questo aspetto, nemmeno allorquando sono stati sottoposti al suo giudizio azioni individuali che avrebbero richiesto una motivazione ben più articolata nella parte in cui la sentenza conteneva gli effetti della nullità della clausola *floor*: ACHÓN BRUÑÉN, *La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STribunal Supremo de 25 de marzo de 2015*, in *Diario La Ley*, n. 8561, Sección Doctrina, 2015, Ref. D-237, 5.

²⁰ Tribunal Supremo, 25 marzo 2015, rec. 138/2014; Tribunal Supremo, 29 aprile 2015, rec. 1072/2013. Entrambe le citate sentenze confermano l'orientamento

Queste ultime decisioni hanno così determinato la scelta di alcuni giudici di merito di rimettere la questione interpretativa alla Corte di Giustizia UE.

3. *La sentenza della Corte di Giustizia UE: il monopolio della Corte di Giustizia sulla disciplina degli effetti del giudizio di abusività di una clausola.*

La questione affrontata è efficacemente sintetizzata dalla stessa CGUE in questi termini (§ 46): «se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale che limita nel tempo gli effetti restitutori legati alla dichiarazione giudiziale del carattere abusivo, nell'accezione dell'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, di una clausola contenuta in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista solo alle somme indebitamente versate in applicazione di tale clausola successivamente alla pronuncia della decisione che ha giudizialmente sancito tale carattere abusivo».

Dopo aver rigettato la tesi (affatto “avvocatesca”) di alcune banche convenute (seguita anche dal governo spagnolo) secondo la quale la decisione del Tribunal Supremo non riguarderebbe direttamente gli effetti del contrasto della clausola floor con norme riconducibili direttamente alla fonte comunitaria, bensì con un'attuazione più rigorosa della stessa da parte del legislatore spagnolo ⁽²¹⁾, la Corte

precedente, rilevando che non vi è differenza tra l'ipotesi dell'azione *collettiva* e quella dell'azione *individuale* sussistendo comunque le ragioni per la limitazione dell'efficacia retroattiva della declaratoria di nullità. Viene altresì precisato che l'inefficacia della clausola e, dunque, la decorrenza degli effetti restitutori della nullità conseguono a far data dalla pubblicazione della sentenza del 9 maggio 2013. Le decisioni menzionate sono assai controverse, come testimonia la *dissenting opinion (voto particular)* di alcuni autorevoli magistrati del collegio che ha deciso la questione. Cfr., in senso critico, nella dottrina spagnola, PLAZA PENADÉS, *Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo*, in *Diario La Ley*, n. 8547, Sección Tribuna, 26 de Mayo de 2015, *catedrático* spagnolo che non risparmia critiche alla innovativa giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, essenzialmente giustificata dalle pesanti pressioni politiche e sociali che insistono sulla questione.

²¹ Si tratta infatti di una tesi difficilmente sostenibile in quanto è esplicito il riferimento del Tribunal Supremo al contrasto della *cláusula suelo* con il principio di trasparenza di cui all'art. 4.2 direttiva 93/13/CEE.

entra nel vivo della questione relativa agli effetti restitutori della non vincolatività di una clausola abusiva (§ 53 e ss.).

Senza poter contare sulla tradizione dogmatica e concettuale della categoria della nullità contrattuale, il percorso argomentativo della CGUE è tutto interno al “sistema” della direttiva 93/13 e all’evoluzione che l’interpretazione della stessa ha avuto nell’aquis comunitario.

Sottolineata la natura di ordine pubblico della disciplina delle clausole abusive⁽²²⁾ e la finalità di riequilibrio sostanziale del rapporto tra professionista e consumatore⁽²³⁾, viene rimarcata la necessità di assicurare a quest’ultimo rimedi *effettivi*: cioè tali da determinare la cessazione delle prassi di inserimento nei contratti con i consumatori di clausole abusive (art. 7 direttiva 93/13/CEE)⁽²⁴⁾. In questa direzione, viene richiamata la giurisprudenza che ha escluso la facoltà del giudice nazionale di integrare il vuoto lasciato dalla clausola vessatoria⁽²⁵⁾ e quella che ha rimarcato l’obbligo del giudice

²² Il riferimento è, tra le altre, alla nota sentenza sentenza CGUE, 30 maggio 2013, *Asbeek Brusse e de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, punto 44. Ma v. nello stesso senso anche sentenza CGUE 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, Racc. pag. I-9579, punto 52; ordinanza CGUE 16 novembre 2010, *Pohotovost’*, C-76/10, Racc. pag. I-11557, punto 50.

²³ Anche in questo caso il rilievo è frequente nella giurisprudenza: v., ad es., sentenza CGUE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, punto 63.

²⁴ Il punto è sovente sottolineato nella giurisprudenza della Corte: sentenza CGUE, *Banco Español de Crédito*, cit., punto 68; sentenza CGUE 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 78.

²⁵ Cfr., ancora, sentenza CGUE, *Banco Español de Crédito*, cit., punto 65 (v. inoltre i punti successivi per l’ulteriore svolgimento dell’argomentazione): «Risulta pertanto dal tenore letterale del paragrafo 1 di detto articolo 6 che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l’applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz’altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile». V., altresì, sentenza CGUE 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 78, la quale ammette la facoltà del giudice interno di integrare il vuoto lasciato dalla dichiarazione di abusività di una clausola nella sola ipotesi in cui l’invalidità della clausola travolga l’intero contratto con effetti deteriori per il consumatore; sentenza CGUE, 21 gennaio 2015, *Unicaja Banco* e

nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola ⁽²⁶⁾. Da questi orientamenti, la Corte ricava il principio – piuttosto ovvio nell'ottica del diritto interno italiano ove è esplicito il riferimento alla nullità della clausola abusiva – in forza del quale (§ 61): «l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, come se non fosse mai esistita, cosicché non può sortire effetti nei confronti del consumatore. Pertanto, l'accertamento giudiziale del carattere abusivo di una clausola del genere, in linea di massima, deve produrre la conseguenza di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola»; con conseguente piena retroattività degli effetti restitutori (§ 62). La Corte rimarca come tale conclusione sia funzionale all'obiettivo di deterrenza che emerge dal complesso della disciplina delle clausole abusive.

La precedente conclusione non può essere messa in discussione, secondo la CGUE, dall'inciso dell'art. 6, comma 1, direttiva 93/13/CEE, per il quale le clausole abusive non vincolano il consumatore «alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali». Infatti, il legislatore comunitario concede a quelli nazionali la facoltà di qualificare la non vincolatività della clausola abusiva in conformità alla propria tradizione giuridica, senza che tale facoltà si trasformi in una libertà di disciplinare gli effetti della non vincolatività,

Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13e C-487/13, EU:C:2015:21, punto 31 e ss. In dottrina, è discusso se la giurisprudenza citata ammetta una integrazione del vuoto lasciato dalla clausola abusiva mediante il diritto dispositivo: v. con diversità di accenti D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'Amico-Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, 221 ss.; PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Contratti*, 2013, 406 ss.; D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 16 ss.; R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, 7, 400 ss.

²⁶ Cfr. sentenza CGUE, 30 maggio 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, punto 42; sentenza CGUE, 21 febbraio 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, punto 28.

compromettendo l'effettività della tutela accordata al consumatore⁽²⁷⁾.

Rimarcato il sostanziale monopolio della Corte di Giustizia UE nel definire la disciplina e, in particolare, gli effetti della abusività di una clausola, la Corte ricorda di aver già indicato quali sono i *limiti* che incontra *l'effettività della tutela* del consumatore, rimessi alla discrezionalità del legislatore interno⁽²⁸⁾. Segnatamente, tali limiti derivano dalla necessità di contemperare l'esigenza di massimo effetto utile per il consumatore con quella di certezza del diritto e consistono: *i)* nella necessità di rispettare il principio dell'intangibilità della cosa giudicata⁽²⁹⁾, con conseguente operatività delle regole in materia di decadenza e di conseguente estinzione del diritto a esperire ricorsi avverso decisioni giurisdizionali che non si siano pronunciate sulla natura abusiva di una clausola⁽³⁰⁾; *ii)* nella prescrizione del diritto per decorso di un ragionevole lasso di tempo⁽³¹⁾. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte del Lussemburgo puntualizza che non è consentito ai

²⁷ La Corte si esprime in questi termini (§ 66): « Di conseguenza, per quanto spetti agli Stati membri, mediante le loro legislazioni nazionali, definire le modalità per dichiarare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto, nonché le modalità con cui si realizzano i concreti effetti giuridici di tale dichiarazione, quest'ultima deve tuttavia consentire di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato se tale clausola abusiva non fosse esistita, fondando, in particolare, un diritto alla restituzione dei benefici che il professionista ha indebitamente acquisito a discapito del consumatore avvalendosi di tale clausola abusiva».

²⁸ La disciplina interna non deve, tuttavia, essere meno favorevole di quella che riguarda situazioni analoghe (principio di equivalenza), né essere strutturata in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività): v. sentenza CGUE, 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 22; sentenza CGUE, 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub, punto 24.

²⁹ Cfr. sentenza CGUE, 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punto 37; sentenza CGUE, 16 marzo 2006, Kapferer, cit., punto 20; sentenza CGUE, 3 settembre 2009, Fallimento Olimpiclub, cit., punto 22; e, già, sentenza CGUE, 1 giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 47 e 48.

³⁰ V., ancora, sentenza CGUE, 6 ottobre 2009, Asturcom, cit., punto 41.

³¹ Al riguardo, la Corte sembra attribuire natura processuale al meccanismo estintivo della prescrizione e non precisa i parametri per la valutazione di ragionevolezza del termine.

giudici nazionali interferire con l'esigenza di applicazione uniforme delle norme UE e con la conseguente, esclusiva (ed eccezionale) facoltà della medesima di limitare nel tempo gli effetti di una determinata interpretazione di una norma di diritto dell'Unione⁽³²⁾.

Da tali considerazioni discende l'incompatibilità dell'orientamento del *Tribunal Supremo* con l'ordinamento europeo e la necessità che i giudici nazionali riconoscano ai mutuatari spagnoli il diritto alla ripetizione di tutte le somme pagate indebitamente in base a clausole di tasso minimo abusive.

4. *Le conseguenze della decisione: ancora incertezze?*

La sentenza in esame ha il merito principale di ristabilire il primato della Corte di Giustizia nella costruzione ermeneutica degli effetti della non vincolatività delle clausole vessatorie, a prescindere dalle scelte del legislatore interno e degli orientamenti giurisprudenziali nazionali. In termini funzionali, volti ad assicurare l'accesso dei consumatori a una tutela *effettiva* e, dunque, a rimedi il più possibile *omogenei*.

Nondimeno, l'orientamento esaminato lascia aperti ulteriori profili problematici, che probabilmente richiederebbero un intervento chiarificatore del formante legislativo.

Da un primo angolo visuale, non può sottacersi che la affermata retroattività degli effetti della non vincolatività della clausola riguarda, a rigore, i soli giudizi individuali tra i mutuatari e le banche e, pertanto, non riveste l'auspicata (dai mutuatari spagnoli) portata generale per la totalità dei mutui bancari in cui è prevista la *cláusula suelo*: le banche sicuramente coinvolte sono quelle convenute nel giudizio avanti alla Corte di Giustizia UE e nelle controversie giudicate dal *Tribunal Supremo*, pur essendovi molti altri istituti di credito, che hanno inserito la clausola di tasso minimo nella propria contrattualistica. A ciò si aggiunge il fatto che molti giudizi che avevano ad oggetto la *cláusula suelo* sono ormai definiti, nei termini fissati dal *Tribunal Supremo*, da sentenze passate in giudicato e,

³² Cfr. sentenza CGUE, 15 aprile 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, punto 30, ove è richiamata ulteriore giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha affermato l'eccezionalità della limitazione nel tempo degli effetti di una determinata interpretazione del diritto dell'Unione.

dunque, per stessa ammissione della Corte di Giustizia, in modo non più tangibile ⁽³³⁾. Con un'inevitabile disparità di trattamento tra i consumatori che sembra, nel caso di specie, poco giustificata (i consumatori più attivi riceverebbero così un trattamento peggiore rispetto a quelli che hanno atteso passivamente).

In sostanza, la vicenda in esame conferma che il diritto privato "regolatorio" di fonte europea esige un ripensamento di alcuni profili fondanti della disciplina delle tutele, al fine di garantire una *reale effettività* ed omogeneità delle stesse e, pertanto, una loro coerenza con la dimensione collettiva, di mercato. Anzitutto, dovrebbe essere previsto un più efficace coordinamento tra la giurisprudenza dell'UE e quella nazionale. In secondo luogo, la disciplina europea dovrebbe affiancare al rimedio collettivo dell'inibitoria (art. 7 direttiva 93/13/CEE) anche azioni collettive ripristinatorie, funzionali a definire gli assetti di mercato in tempi rapidi e senza incertezze. Infine, un ruolo più incisivo potrebbe essere attribuito alle autorità di settore ovvero a quelle preposte alla generale tutela dei consumatori ⁽³⁴⁾.

Da altro punto di vista, considerata l'assenza del principio del precedente vincolante nel sistema continentale, non si può escludere a priori che, in reazione alla bocciatura ricevuta in sede europea, il *Tribunal Supremo* muti il proprio orientamento, nel caso in cui sia ad esso sottoposta nuovamente la questione della trasparenza delle clausole di tasso minimo, adottando una nozione di trasparenza più formalistica e fondata sulla sola chiarezza sintattica del testo della clausola ⁽³⁵⁾. Tale ultimo rilievo potrebbe quasi risultare una

³³ In questo senso: v., in dottrina, PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, in *Contratti*, 2016, 1038.

³⁴ In questa direzione, potrebbe essere valorizzata la previsione dell'art. 128-ter, comma 1, lett. a t.u.b. che assegna alla Banca d'Italia il potere di ordinare ai soggetti vigilati la restituzione di somme indebitamente percepite.

³⁵ Si tratta dell'orientamento unanime della giurisprudenza italiana e dell'Arbitro Bancario e Finanziario: v. ad es. Trib. Ferrara, 16 dicembre 2015, in *dirittobancario.it*. Cfr. ABF Milano, 1 aprile 2011, n. 688, est. Sciarrone Alibrandi, che ha rigettato le domande del consumatore riservando la valutazione di chiarezza e comprensibilità ex art. 34, comma 2°, cod. cons. alla lettera della clausola contrattuale; ABF Roma, 13 dicembre 2011, n. 2688, est. Rossi Carleo, ove il Collegio ha respinto le contestazioni del consumatore rilevando (assertivamente) che

provocazione: invero, non è possibile escludere un passo indietro del *Tribunal Supremo*, in quanto – come si è visto, *supra* – la decisione del 2013 è fondata su una lettura della clausola generale di trasparenza, che lascia ampi margini di discrezionalità all’organo giudicante nel delineare la disciplina applicabile alla fattispecie concreta⁽³⁶⁾.

Infine, come già sottolineato altrove⁽³⁷⁾, non sembra improprio individuare meccanismi di contenimento della discrezionalità del giudice nel determinare il significato di concetti indeterminati: specialmente allorquando si discuta della validità di una pattuizione contrattuale. In questa direzione, si potrebbe valorizzare il ruolo delle autorità di settore nel contribuire a dare certezza agli operatori nell’individuare le prassi di mercato compatibili con i principi generali di comportamento (es. trasparenza, correttezza) previsti dalla disciplina di fonte europea, onde contenere lo spiazzante intervento a posteriori della giurisprudenza. Al riguardo, occorre probabilmente

la clausola era formulata in modo chiaro e comprensibile e richiamando la circostanza che l’art. 33, comma 5° e 6°, cod. cons. «prevede una disciplina parzialmente derogatoria e più permissiva» dei contratti finanziari e delle clausole di indicizzazione dei prezzi (si tratta, a ben guardare, di un argomento solo suggestivo in quanto se è pur vero che è prevista una disciplina parzialmente derogatoria, la deroga è espressamente limitata all’operatività della presunzione di abusività di una clausola non negoziata attributiva di un *ius variandi*). Si limitano, in sostanza, a richiamare i precedenti e pertanto valutano in termini di chiarezza la lettera della clausola in questione: ABF Roma, 3 settembre 2012, n. 2833, est. Corapi; ABF Napoli, 5 maggio 2014, n. 2735, est. Conte, ove è altresì rimarcata la diffusione di clausole siffatte sul mercato e il potenziale vantaggio che esse comportano per il consumatore rispetto a indicizzazioni pure; ABF Napoli, 16 settembre 2015, n. 7355, est. Maimeri, ove la chiarezza della clausola è desunta – alquanto apoditticamente – dal semplice intervento del notaio; ABF Roma, 30 settembre 2015, n. 7669, est. Ruperto.

³⁶ Va evidenziato, peraltro, che la Corte di Cassazione ha di recente sottolineato l’importanza dell’intervento nomofilattico proprio con riferimento all’interpretazione di un concetto indeterminato come la meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*: v. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, 8 ss. Manca, tuttavia, nella disciplina positiva un raccordo tra la funzione nomofilattica della Corte Suprema e i meccanismi di concreta attuazione sul mercato degli indirizzi giurisprudenziali consolidati.

³⁷ V. DALMARTELLO, *Note*, cit., 768.

rivalutare il potere di connotazione ⁽³⁸⁾ previsto dall'art. 117, comma 8, t.u.b. che potrebbe consentire meccanismi di *product governance* ⁽³⁹⁾, per certi versi simili a quelli oggetto della disciplina MiFID II (direttiva 2014/65/UE) in ambito finanziario ⁽⁴⁰⁾.

³⁸ V. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 935 ss.

³⁹ I benefici di un intervento regolatorio *ex ante* sono sottolineati – sia pure in contesti anche molto diversi fra loro – ad esempio, da: BAR GILL-WARREN, *Making credit safer*, in 157 *U. Pa. L. Rev.* 1, 98 ss. (2008) (i quali si riferiscono specificamente ai prodotti creditizi); OMAROVA, *License to deal: mandatory approval of complex financial products*, in 90 *Wash. U. L. Rev.*, *passim* (2012) (la quale si riferisce a prodotti finanziari complessi, come i derivati); MOLONEY, *How to protect investors*, Cambridge University Press, 2010, 134 ss. (la quale si concentra sulla *product regulation* nella disciplina dell'investimento collettivo del risparmio).

⁴⁰ Cfr., per un inquadramento generale della questione, M.E. SALERNO, *La disciplina in materia di protezione degli investitori nella MiFID II: dalla disclosure alla cura del cliente?*, in *Riv. dir. banc. merc. fin.*, 2016, I, 449 ss.