

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/02/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34671-agenti-in-attivita-finanziaria-ed-intermediari-del-credito>

Autore: Longo Giuseppe

Agenti in attività finanziaria ed intermediari del credito

Ars Maieutica e estensione della buona fede precontrattuale

Agenti in attività finanziaria ed intermediari del credito. Ars Maieutica e estensione della buona fede precontrattuale.

Note alla Decisione dell'ABF di Roma n.2286 del 5.7.2012

Massima

Involgendo l'obbligo della buona fede precontrattuale di cui all'art.1337 c.c., l'intera fase delle trattative, non solo in caso di rottura, ma anche nell'ipotesi della conclusione del contratto, incombe sull'agente in attività finanziaria e sull'intermediatore finanziario, a pena di risarcimento del danno, l'obbligo di informare il cliente del prossimo mutamento della disciplina dettata in materia di valori soglia dei tassi d'interesse usurari.

La questione disputata.

Adducendo ai coefficienti di TEG e TAEG applicati ad un prestito quinquennale rimborsabile mediante delegazione di pagamento stipulato il 29.10.2009 e deducendo che il TAEG fosse superiore al valore soglia per il riconoscimento del "carattere usurario", il cliente si è rivolto all'ABF di Roma affinché a mente dell'art. 1815 2° c.c., fosse dichiarata la nullità del contratto di finanziamento e, quindi, liberato dal dover corrispondere alcun importo a titolo d'interessi. L'intermediario finanziario, asserendo di essersi attenuto alle istruzioni della Banca d'Italia allora vigenti per la rilevazione del TEG, ha invece eccepito che, dedotte la spese di assicurazione, il TEG effettivo fosse pari al 10,56% e così inferiore al valore soglia del 13,77 % quale tasso usurario e che quindi il contratto, nella sua integrità, fosse perfettamente valido.

La decisione dell'ABF di Roma

Sul merito della questione posta al suo vaglio, il Collegio ha ritenuto preliminarmente che la fattispecie debba essere valutata sotto l'egida delle Istruzioni dell'Autorità di Vigilanza aggiornate nel febbraio 2006, non essendo applicabili le successive in quanto, pur emanate nel agosto 2009, entrate in vigore l'1.1.2010, e quindi in data successiva alla stipula del contratto.

Rilevato come la disciplina regolamentare vigente all'epoca disponesse espressamente che nelle operazioni di prestito contro cessione del quinto dello stipendio, ed assimilate, le spese assicurative per il caso di morte o infermità, purchè certificate da apposita polizza, non dovessero rientrare nei computi dei tassi e che la verifica del carattere di usurarietà debba essere condotta sulla base del TEG e non del TAEG, riscontrato come nel caso di specie il tasso applicato, rilevante in tal senso, fosse pari al 10,57 % e quindi ben inferiore a quello soglia per l'attribuzione del carattere usurario, pari al 13,77%, il Collegio ne ha così rigettato l'istanza.

Al contempo ha però rilevato l'Arbitro, che pur non essendo ancora vigenti alla stipula del finanziamento, le nuove disposizioni più favorevoli al cliente, esse, in quanto comunicate dall'autorità di vigilanza in data 12.8.2009, non potevano non essere già note all'intermediario.

Ora, pur non rilevando tale circostanza quale motivo di nullità del contratto, essa è stata però ritenuta rivelatrice della violazione dell'obbligo di buona fede precontrattuale ex art. 1337 c.c., avendo procurato a danno del cliente l'indebito esborso di maggiori somme per interessi, rispetto a quelle che avrebbe dovuto pagare se il finanziamento fosse stato differito a dopo l'1.1.2010; e ciò in misura dell'importo eccedente il valore soglia usurario introdotto *ex novo*.

Ferma così restando la validità del tasso applicato fino al 31.12.09, vigenti le precedenti tariffe, l'ABF ha riconosciuto al cliente un credito per gli importi corrisposti a far data dell'1.1.2010, a titolo di interessi, non essendo essi dovuti per la misura eccedente il nuovo tasso di soglia.

Obbligo *bonae fidei* e ragionevolezza della sua estensione.

Evocato per decidere un ricorso involgente la nullità di un contratto di finanziamento mediante delegazione di pagamento, per asserita illiceità del tasso d'interesse applicato, Il Collegio Arbitrale Bancario Finanziario di Roma lo ha esitato con una soluzione di tenore risarcitorio, o *rectius* restitutorio, che ha presupposto come rilevante il contegno tenuto dalle parti durante la trattative, sotto il profilo della buona fede precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.¹.

Ciò sulla base di consolidati principii giurisprudenziali per cui la condotta precontrattuale delle parti rileva in termini di possibili violazioni dell'obbligo di buona fede, non solo quando abbia concorso a far interrompere le trattative, precludendo la conclusione del contratto, ma pure nell'opposta ipotesi che ciò malgrado, o persino proprio a suo motivo, esso sia stato concluso.²

In tali evenienze, il danno ingiustamente arrecato e la conseguente misura del risarcimento, devono essere ragguagliati al "*minor vantaggio o al maggior aggravio economico*" determinato proprio dal comportamento tenuto dalla controparte in violazione dell'obbligo di buona fede³, fatto salvo il diritto al maggior ristoro, ove sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che siano collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto⁴.

Lungo tale alveo si è mosso l'arbitro applicando l'art.1337 c.c., ma sottoposta alla sua egida la condotta dell'intermediario, ha però escluso che potesse determinare la nullità del contratto.

Riassunto il principio giurisprudenziale per cui la nullità di pattuizioni relative al tasso applicato non involge l'intera disciplina negoziale, non attenendo ad un vizio genetico del contratto, ma semmai la sola automatica riduzione, l'arbitro ha infatti rigettato la domanda di nullità⁵.

Al contempo ha però inteso assicurare al consumatore una giustizia sostanziale, assicurandogli comunque un parziale ristoro, attraverso il ricorso all'istituto della inserzione automatica di clausole in materia di prezzi e tariffe, in sostituzione di quelle in violazione di norme di legge.

Il processo motivazionale seguito dall'ABF sottintende due profili d'opportuno approfondimento.

Il primo, di più immediata accezione è ravvisabile nell'individuazione, *rationae temporis*, del TEG, non del TAEG, con esclusione dal computo delle spese assicurative certificate, ai fini della comparazione dei tassi effettivi praticati, rispetto ai valori soglia implicanti il carattere usurario. Esso riecheggia in sentenze e decisioni di sì diffusa e cognizione da non dovervisi indugiare⁶.

Il secondo, di più meditata rivisitazione, è ravvisabile nella previsione di un obbligo di buona fede precontrattuale, incumbente sugli intermediari o agenti in attività finanziaria, in funzione informativa a favore dei clienti, in quanto tale involgente delle prospettive di più ampio respiro. Non circoscritto a mere disquisizioni giuridiche, ma involgente anche le concrete metodiche della dinamica professionale degli operatori finanziari e creditizi, merita una quale riflessione.

1 Il testo integrale è all'indirizzo <http://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni//Dec-20120705-2286.pdf>

2 Cassazione civile, ss. un. 19.12.2007 n.26725 , vertente pure le note implicazioni in ordine al cd. "*contratto quadro*".

3 Cassazione civile, sez. III 08/10/2008 n. 24795.

4 Cassazione civile, sez. I, 29/09/2005, n. 19024.

5 Sugli effetti di riduzione automatica per applicazione di coefficienti *ex lege*, Corte Appello Milano, 6.3.2002.

6 Sulla configurazione delle voci concorrenti per il TEG, Cassazione penale, sez. II, 19.2.2010 n.12028. Peraltro la Corte aveva già respinto come manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto dell'art. 644 c.p., c. 3 e art.2 L. 7.3.1999 n.108, per contrasto con l'art. 25 Cost., sotto il profilo che nel rimettere la determinazione del "tasso soglia", oltre il quale si configura uno degli elementi oggettivi del delitto di usura, ad organi amministrativi, le norme avrebbero determinato una violazione del principio della riserva di legge in materia penale": Cassazione penale, sez. II, n.20148 del 18.3.2003. Per gli attuali valori soglia del TEG, rilevanti per il carattere usurario, vedi il comunicato della Banca d'Italia: <http://www.bancaditalia.it/media/comsta/2012/20121221-cs-usura.pdf>.

Nel caso di specie è stata censurata la mancata segnalazione al cliente, dell'incipiente entrata in vigore di tassi per lui più convenienti, che se pur non ancora vigenti, non potevano non essere conosciuti dall'intermediario, per effetto della comunicazione emanata dall'autorità di vigilanza, risalente a circa un mese prima la data di stipula del contratto di finanziamento.

E' sulla base d'una tale presunzione che il Collegio ha ritenuto operante l'obbligo d'informativa. In ossequio alla buona fede contrattuale, secondo l'arbitro bancario, l'intermediario avrebbe dovuto informare il cliente che di lì ad alcuni mesi, i coefficienti parametrici per la fissazione del tasso di interesse usurario, sarebbero stati destinati a mutare, ed in senso a lui più favorevole. Ciò nell'ottica di consentirgli di vagliare l'eventuale differimento del finanziamento l'anno dopo.

La questione or riassunta involge aspetti di innegabile problematicità.

Soprattutto per quanti, intermediari o agenti in attività finanziaria, vengano non di rado a operare, nel dispiegarsi delle trattative, o comunque dei contatti che preludono alla sottoscrizione del finanziamento, vigenti per vincolo normativo determinati prezzi o tariffe, nell'arco di tempo che precede il subentro di nuovi tassi potenzialmente più convenienti per il cliente, ed anche se già emanati e diffusi, non ancora entrati in vigore.

Che fare allora?

E fin quanto deve essere ampio quest'arco, per essere rilevante nel senso indicate dal collegio? E poi, ancora; quali implicazioni di tenore giuridico è giusto, o meglio, equo, farne discendere?

La decisione dell'ABF sottintende, in modo che non può non ritenersi assiomatico, una presunzione e un correlato obbligo informativo, che a ben vedere non sono poi così pacifici.

L'arbitro ha infatti presunto che se il cliente avesse saputo dei tassi che sarebbero entrati in vigore dopo poco più un bimestre, avrebbe certo ritardato la sottoscrizione del finanziamento.

Da una tale presunzione ha fatto discendere l'obbligo di informativa dell'operatore finanziario.

Ma dove abbia ritenuto di poter trarre i presupposti per tal assunto in verità non è dato sapere.

Anzi, la ricostruzione prospettata dal collegio non può non dare adito a innegabili perplessità.

E ciò sotto due profili, di natura sostanziale e di tenore procedurale, strettamente connessi.

Il primo riposa sull'evidenza che non è dato desumere, dalle circostanze allegates dal ricorrente, che una tale volontà fosse in lui effettivamente maturata, e men che meno esternata.

La sinteticità della decisione in parte motiva non soccorre a fugare tali ragioni di perplessità⁷.

Non trova infatti luogo nella rassegna delle *rationes decidendi*, alcun esplicitazione al riguardo.

Già solo per questo l'affidamento a tale presunzione non sembra univocamente suffragato⁸.

Il secondo promana dal principio per cui, non potendo l'arbitro, che decidere soltanto sui fatti allegati, una sua prerogativa di fare ricorso a una tale presunzione è tutt'altro che indiscussa⁹.

⁷ Ciò in quanto, nell'esercizio della sua discrezionalità nell'apprezzamento e nella ricostruzione dei fatti, il Giudice deve comunque rendere chiaramente apprezzabile il criterio logico posto a base della selezione delle risultanze istruttorie indiziarie, nel loro contrapposto contemperamento, e del proprio convincimento: *ex plurimis* Cassazione Civile Sez. III 11.5.2007 n. 10847; Cassazione Civile sez. III 13.11.2009 n. 24028; Cassazione Civile sez. II 27.10.2010 n. 21961.

⁸ Com'è noto, secondo la Suprema Corte, in tema di prova per presunzioni, l'esistenza del fatto ignoto, cui si risale dal fatto noto, deve rappresentare l'univoca conseguenza logica di determinate e certe premesse e non già il risultato di una deduzione che, pur se probabile e non arbitraria, lasci sopravvivere l'ipotizzabilità di una conclusione diversa e opposta; sin da Cassazione civile, sez. III, 29.6.1981, n.4222 fino alla recente Cassazione Civile, sez. trib, 6.6.2012, n.9108.

⁹ Per un raffronto dell'arbitrato bancario e finanziario con altri strumenti conciliativi, in particolare con la conciliazione CONSOB, e sui limiti ascrivibili all'istruttoria esclusivamente documentale e alla carenza d'esecutorietà delle decisioni, vedi in questa stessa rivista Guidoni *Arbitro bancario e finanziario e mediazione: la difficile convivenza forzata in una dicotomia sistematica* all'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33274-arbitro-bancario-e-finanziario-e-mediazione-la-difficile-convivenza-forzata-in-una-dicotomia-sistematica>

Stante che per la stessa natura della decisione arbitrale, eventuali dichiarazioni informali delle parti, ricognitive di una tale volontà del cliente, non potrebbero trovarvi accoglienza, la sola produzione documentale relativa alle operazioni propedeutiche alla stipula di tali finanziamenti, come dettata dalle norme e così utilizzabile in istruttoria, non si presta a una tale presunzione.

il tenore assiomatico ascritto *in parte qua* alla decisione in commento, appare incontestabile.

A tacer poi...ma solo fino al prossimo capo, della sua scarsa aderenza alle norme UE e interne!

L'Ars Maieutica, richiesta, o presunta...?, agli operatori finanziari e creditizi.

E' evidente, o forse solo...presuntivo, che allorché un cliente si rivolga a un agente in attività finanziaria o comunque ad un intermediario del credito, per ottenere un finanziamento rimborsabile mediante delega di pagamento, egli abbia preventivamente valutato l'opportunità dell'operazione, in ragione delle necessità economiche ad essa sottese, in funzione della sua tempestività e in relazione alla destinazione *ab implicito* riservata al suo reddito residuale. Contemperate tali esigenze con un giudizio circoscritto al suo esclusivo ambito volitivo, può così avviare i contatti con gli operatori e valutare le proposte contrattuali a lui più convenienti.

Ora se è pur vero che incombe sull'operatore del credito, l'onere deontologico di orientare il cliente verso l'operazione ritenibile come la più confacente alle sue esigenze, ciò può essere ovviamente modulato sulla scorta di quello che gli viene volutamente esternato, e non oltre. Soggetto alle regole sempre più rigide, pure in materia di tutela della privacy, che la nuova disciplina creditizia gli impone, deve essere molto prudente nell'invadere quella sfera interna¹⁰.

Nel caso in specie, per valutare se la futura riduzione dei tassi avrebbe potuto assurgere per il cliente a un tale livello di interesse da fargli mutare i suoi intendimenti, rappresentando così un'informazione, secondo l'ABF, non solo opportuna, ma senz'altro dovuta, egli avrebbe dovuto indagare sulla destinazione concreta riservata dal cliente al capitale e ponderare di concerto con lui se alle sue esigenze non avrebbe ostato un'eventuale postergazione del finanziamento.

Il che varrebbe a trasformare la collaborazione informativa in una vera cogestione decisionale!

Condotta che non poteva certo pretendersi dall'intermediario, per ognuno dei potenziali clienti!

A meno di voler ritenere che un tale *modus operandi* fosse richiesto per l'intero autunno di quell'anno a ogni operatore del credito; il che equivarrebbe a sostenere che tutte le operazioni di finanziamento di tale natura avrebbero dovuto essere sospese fino all'anno nuovo, con l'effetto abnorme di paralizzare l'attività di tutti gli intermediari del credito operanti nel settore. Esito francamente inammissibile per i profili economici e infondato dal punto di vista giuridico.

E ciò alla luce dell'evidenza che la normativa da cui promana la riforma del sistema creditizio, nell'elencare le informazioni precontrattuali dovute ai clienti questa non la contempla affatto¹¹!

Stante però il valore di precedente, dell'odierna decisione, come dovrebbe allora comportarsi l'operatore in una futura e non improbabile analoga situazione, per evitare le censure dell'ABF, senza travalicare i limiti della privacy e mutare il proprio ruolo da interlocutore a condivisore?

Egli dovrebbe indurre il cliente a svelare i suoi programmi, ma senza chiederli espressamente. Esplorarne gli intendimenti fin ai più reconditi progetti di vita, evocando un ordito spontaneo. Suscitare in lui dei quesiti sul futuro andamento dei prezzi, per i quali ha già pronte le risposte.

Perciò, possedere una vera e propria Ars Maieutica da custodire nel suo bagaglio professionale.

¹⁰ La disciplina degli intermediari finanziari, agenti in attività finanziaria e intermediari creditizi è stata fortemente innovata dalle recenti modifiche e integrazioni recate al T.U.B. dal D. Lgs. 13.5.2010 n.141 e D. Lgs. 19.9.2012 n.1169. In materia di tutela della privacy, Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti *Provvedimento del Garante n. 8 del 2004*.

¹¹ DIRETTIVA 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori; artt. 5-7.

Una prerogativa ulteriore rispetto a quelle tradizionali per queste figure in continua evoluzione.

Agenti in attività finanziaria, intermediari finanziari ed intermediari creditizi... coraggio!
D'ora in poi, tenetevi sempre accanto *l'Apologia di Socrate* e... non dimenticate di consultarla...

Avv. Prof. Giuseppe Longo