



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
E ORDINAMENTI NAZIONALI"**

CICLO XXX

COORDINATORE Prof. De Cristofaro Giovanni

*Contratti di finanziamento e valutazione del merito creditizio del cliente-consumatore nel
diritto dell'Unione europea.*

Le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE e la loro attuazione negli Stati membri.

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottoranda

Dott. Bellettato Sara

Tutore

Prof. De Cristofaro Giovanni

Anni 2014/2017

*Essere veramente liberi è potere.
Quando posso fare ciò che voglio, ecco la libertà.
Un uomo è libero nel momento in cui desidera esserlo.
(Voltaire, Dictionnaire Philosophique)*

INDICE

Capitolo I: IL CREDITO AL CONSUMO E LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELLA DIR. 1987/102/CEE

1. Premessa. Lo sviluppo del credito al consumo: da fenomeno sociale a giuridico. ... 1
2. Il credito al consumo e la risposta normativa dei legislatori nazionali. Cenni..... 6
3. L'intervento del legislatore comunitario: la dir. 1987/102/CEE e l'armonizzazione minima in materia di credito al consumo. 9
4. La preferenza accordata dal legislatore comunitario alla forma scritta e al contenuto "minimo" del contratto quali strumenti di tutela (apparente) del consumatore. 16
5. Inadeguatezza della regolamentazione comunitaria. Esigenze di riforma nella disciplina di settore..... 20

Capitolo II: L'OBBLIGO DI VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO DEL CONSUMATORE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO. LA DIRETTIVA 2008/48/CE: VERSO UNA RESPONSABILIZZAZIONE DEGLI ENTI CREDITIZI?

1. Prima proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di credito ai consumatori. Armonizzazione massima e "soggettivazione" della disciplina comunitaria. 27
2. Il principio del prestito responsabile. Profili innovativi ed aspetti problematici. ... 35
3. Seconda proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio: dall'effimera illusione di un approccio *responsible lending* al disvelato orientamento *responsible borrowing*..... 39
4. La definitiva approvazione della direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori. L'esigenza di assicurare «un'elevata» tutela ai consumatori: fine o mezzo? 45
5. Obblighi di disclosure precontrattuale e decisione consapevole del consumatore.. 48
6. *Segue*: la necessità di fornire «chiarimenti adeguati». Personalizzazione delle informazioni e dovere di assistenza del creditore..... 53
7. L'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore. *Ratio*. 60
8. *Segue*: i chiarimenti «adeguati» e la verifica del merito creditizio. Presumibili profili di connessione. 70
9. Condotta imposta ai finanziatori ma non anche agli intermediari del credito. Disomogeneità di regolamentazione e conseguenze. 73

10. L'accesso alle banche dati "pertinenti" e il delicato rapporto con il (circoscritto) diritto del consumatore di conoscere le informazioni ivi contenute. Dati inesatti e pregiudizi derivanti al "cattivo" debitore.	77
11. Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di valutare la solvibilità del cliente e la mancanza di regole ad hoc nella direttiva. I margini di discrezionalità concessi agli Stati membri.	86
11.1. <i>Segue</i> : la soluzione tedesca.	89
11.2. <i>Segue</i> : la soluzione irlandese e inglese.	91
11.3. <i>Segue</i> : la soluzione francese.	105
12. La compatibilità delle sanzioni nazionali con la normativa europea. Il vaglio della Corte di giustizia.	108

Capitolo III: LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO DEL CONSUMATORE NEL MERCATO DEL CREDITO IPOTECARIO RESIDENZIALE. IL PROBLEMA DELLA CONCESSIONE E ACCENSIONE IRRESPONSABILE DEI MUTUI NELLA DIRETTIVA 2014/17/UE

1. Il mercato del credito ipotecario. Esigenza di una normativa settoriale europea..	117
2. La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali. L'importanza della decisione finanziaria assunta dal consumatore.	126
3. <i>Segue</i> : le misure finalizzate a garantire la concessione e l'accensione responsabile dei mutui ipotecari. La valutazione d'impatto effettuata dalla Commissione.	131
4. La direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: livello di armonizzazione e ambito applicativo.	139
5. <i>Segue</i> : obblighi informativi e dovere di assistenza.	142
5.1. <i>Segue</i> : il servizio di consulenza.	149
6. L'obbligo di verifica del merito creditizio del mutuatario. Gli orientamenti ABE.	152
7. Il dovere di astensione del creditore: verso un'effettiva tutela del consumatore?	158
8. <i>Segue</i> : l'impossibilità di procedere alla valutazione per causa imputabile al consumatore e il divieto per il finanziatore di concedere il credito.	162
9. L'inadempimento dell'obbligo di valutare la solvibilità del cliente e del dovere di astensione: l'ordinaria discrezionalità degli Stati membri nella determinazione delle misure sanzionatorie.	165

10. <i>Segue</i> : la soluzione tedesca.....	170
10.1. <i>Segue</i> : la soluzione francese.....	173
10.2. <i>Segue</i> : la soluzione irlandese e inglese.....	177

Capitolo IV: LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

1. Il recepimento nell'ordinamento italiano delle dir. 2008/48/CE e 2014/17/UE. Le scelte di politica legislativa. Premessa.....	185
1.1. <i>Segue</i> : con specifico riguardo al dovere di verifica del merito creditizio del consumatore.....	192
2. La verifica del merito creditizio e l'art. 124 <i>bis</i> t.u.b. Una trasposizione puntuale del precetto europeo.	195
3. La verifica del merito creditizio nell'art. 120 <i>undecies</i> t.u.b.....	201
4. L'inadempimento del creditore e conseguenze privatistiche. Premessa.	207
4.1. <i>Segue</i> : i rimedi caducatori. Norme di validità <i>versus</i> norme di comportamento.....	209
4.1.1. I vizi del volere tra errore (essenziale e riconoscibile) sulla qualità dell'oggetto della prestazione e dolo omissivo.....	211
4.2. Il mantenimento del contratto. Responsabilità precontrattuale e obbligo risarcitorio.	219
5. Le sanzioni pubblicistiche. Il ruolo della Banca d'Italia.	226
5.1. <i>Segue</i> : e la possibile incidenza della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.	229
5.1.1. <i>Segue</i> : La diligenza professionale del creditore.	231
6. Rilievi conclusivi.....	247
BIBLIOGRAFIA.....	251

Abstract

Nel quadro dell'attuale crisi finanziaria e del sempre più penetrante fenomeno del c.d. "sovraindebitamento delle famiglie", le istituzioni europee hanno ritenuto opportuno intervenire attraverso l'emanazione di due direttive aventi entrambe lo scopo di creare un mercato interno del credito al consumo più trasparente, efficiente e competitivo, tale da garantire a tutti i cittadini europei un livello di tutela elevato ed uniforme. A tal riguardo, il lavoro di ricerca si propone di indagare se la verifica del merito creditizio del consumatore, quale obbligo gravante in capo ai finanziatori, possa rappresentare il nucleo normativo a partire dal quale sviluppare strumenti di tutela rispetto a forme di credito irresponsabile finalizzati a proteggere il consumatore dal rischio di una potenziale insolvenza del contratto di credito, ovvero se tale istituto sia primariamente volto a garantire il corretto svolgimento dell'attività bancaria. Si analizzeranno dunque le diverse soluzioni prospettate dai legislatori nazionali dei singoli Stati membri, ponendo particolare attenzione alla tipologia di sanzioni in concreto previste in caso di violazione del precetto europeo e si tenterà altresì l'individuazione di regole volte a realizzare un adeguato bilanciamento fra le esigenze di trasparenza ed efficienza del mercato e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona nell'ottica della realizzazione di un sistema efficiente ed affidabile per tutti i soggetti coinvolti nell'operazione finanziaria.

English version

The PhD Thesis is based on the regulation concerning the evaluation of consumers' credit worthiness, according to the article 8 Directive 2008/48/EC on "credit agreements for consumers" and article 14 Directive 2014/17/UE on "credit agreements relating to residential property" (Mortgage Credit Directive, MCD).

Each of these directives contain a special regulation of the "credit worthiness", that arouses the problem relating with the identification of the purpose of this evaluation and with the social and juridical protected interest. In fact, on the one end, this discipline could be understood as a regulation aimed at ensuring only the correct execution of bank activity, in order to avoid that the financial institutions grant sum of money (even if of limited amount) to subjects that, through an ex ante evaluation, could have well been recognized as potentially insolvent. On the other hand, however, in the current social and economical context, we cannot exclude that the European Union Institutions first, and the national legislators of European Union Member States then, making reference to the credit negotiation, intend to offer to the weaker party of the contractual relation (i.e.: the consumer) a level of protection directed to avoid the lending, from bank intermediaries, when the loan is substantially unbearable for the consumer himself and is based on an incorrect evaluation of the credit worthiness (which could also lead, in the long run, to the so-called Overindebtedness of the consumer).

Central, then, is the recognition of the right perspective of the protected interest because different would be the practical implications resulting from the non-fulfilment of the duty (in any case burdening the financier) to proceed to the evaluation of credit worthiness of the potential debtor.

This aspect is not completely regulated by the two European directives, allowing each

Member State to outline different systems of sanctions according to the interest considered preeminent: if it is the banks' interest to be privileged, administrative sanctions would be preferred; on the contrary, if it is the consumers' interest to be protected, it could allow the creation of private-law sanctions directed to avoid situations of so-called Over-indebtedness of themselves.

**IL CREDITO AL CONSUMO E LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELLA DIR.
1987/102/CEE**

1. *Premessa. Lo sviluppo del credito al consumo: da fenomeno sociale a giuridico.*

Di credito al consumo si inizia a parlare dalla seconda metà del XIX secolo, con l'avvento della produzione industriale di massa e il conseguente affermarsi di una società caratterizzata da un'organizzazione economica e sociale che rivendicava un modello creditizio diverso da quello tipico del periodo ottocentesco. In un'economia prettamente basata sull'attività agricola di piccoli produttori, il finanziamento veniva infatti concesso direttamente dal venditore al cliente, ovvero i prestiti di denaro erano garantiti da pegno o, ancora, si ricorreva alla pratica della cessione del salario, sebbene sovente con l'imposizione di tassi usurari.

Tale quadro iniziò a mutare nei primi anni del '900 nei Paesi dell'Europa occidentale ove, con l'avvento della prima rivoluzione industriale e la conseguente affermazione di nuove tecnologie, le strutture produttive e sociali subirono una sensibile trasformazione. Il progressivo processo di superamento dell'economia agricolo-pastorale, avvenuto con l'introduzione di un sistema produttivo basato sull'utilizzo di macchinari di nuovo conio (c.d. "meccanizzazione"), e l'imporsi di una mentalità c.d. "imprenditoriale", determinarono la produzione e la distribuzione di beni c.d. "di consumo"¹.

A fronte del mutato contesto economico e produttivo appariva necessaria la predisposizione di strumenti in grado di assicurare l'accesso ai "nuovi" beni anche

¹ Sul tema i primi lavori monografici si devono a G. DELL'AMORE, *Il credito al consumo*, Milano, 1964; P.L. FABRIZI, *Il credito al consumo*, Milano, 1975 e G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976. Sono seguiti, poi, altri numerosi contributi: G. ALPA e M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. società*, 1975, p. 1360 ss.; ID., *Il consumatore e l'Europa*, Padova 1979, p. 73 ss.; M. BESSONE, *Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore*, in *Foro it.*, 1980, c. 80; D. LA ROCCA, *Credito al consumo e sistema dei finanziamenti*, in *Pol. e dir.*, 1980, p. 429 ss.; D. SINESIO, *Il credito al consumo*, in *Moneta e credito*, Milano, 1982; G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 157 ss.; M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994; EAD., *Credito al consumo e "leasing" traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 1123 ss.; G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, p. 1991, I, p. 591; M. MANTOVANI, *Il credito al consumo*, Milano, 1992; R.M. GELPI, F. JULIEN-LABRUYERE, *Storia del credito al consumo*, Bologna, 1994; F. FALCO, *Il credito al consumo*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999; AA.VV., *Manuale del credito al consumo*, a cura di U. Filotto, Milano, 1999.

alle classi sociali prima escluse dal circuito creditizio². Solo in tal modo, infatti, avrebbe potuto essere garantito l'incontro tra offerta e domanda – peraltro in costante aumento – al fine del buon andamento dell'economia. Così, ai prestiti concessi direttamente dai venditori ai commercianti e agli artigiani per l'acquisto di beni produttivi inerenti alla loro attività, iniziarono ad affiancarsi i finanziamenti a coloro che potevano offrire come garanzia del credito esclusivamente la propria capacità reddituale ovvero il proprio salario³.

Il circuito creditizio si spostò, così, «dall'impresa al consumatore»⁴ e il criterio seguito dal venditore per valutare l'opportunità o meno del finanziamento era costituito dalla sola capacità di guadagno, presente e futura, del richiedente, non possedendo, lo stesso, nessun altro tipo di bene.

Atteso tale preliminare accertamento, e lo scopo a questo sotteso, sembrerebbe allora non azzardato rinvenirvi la forma più embrionale di quella più complessa valutazione c.d. “del merito creditizio del consumatore”⁵, venutasi progressivamente a determinare nel contesto europeo, prima, e in quello nazionale, poi, a seguito di una sempre più analitica regolamentazione del credito al consumo e, in particolare, degli obblighi di condotta gravanti sugli stessi operatori economici.

Il mutamento della tipologia sia dei soggetti finanziati, sia dei beni acquistati con il finanziamento concesso, lasciava però aperto il problema della tutela del venditore per le ipotesi di mancato rispetto, da parte del consumatore, degli obblighi restitutori sullo stesso incombenti. In principio, la soluzione venne individuata nel particolare tipo di vendita con riserva della proprietà⁶, ritenuta idonea a soddisfare le esigenze di entrambe le parti contrattuali: da un lato, rendeva infatti possibile l'immediato godimento del bene al consumatore; dall'altro, tutelava il venditore in caso di inadempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo, in quanto il

² Ad avviso di F. FALCO, *op. cit.*, p. 610, la trasformazione delle dinamiche economiche del credito al consumo segna «il passaggio dalla *cash society* alla *credit society*».

³ G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 14, il quale individua tali soggetti nei prestatori di lavoro subordinati, negli artigiani e nei piccoli imprenditori.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Il significato, le caratteristiche e le problematiche sottese a tale dovere verranno trattate nel prosieguo del presente lavoro, in particolare nel cap. II.

⁶ Sui profili di connessione tra vendita con riserva della proprietà e credito al consumo, si vedano P. RAISI, *Alcune osservazioni sul nuovo ordinamento delle vendite a credito*, in *Dir. econ.*, 1964, p. 528 ss.; F. CARBONETTI, *La réglementation italienne des ventes à crédit*, in *Rev. int. de droit comparé*, 1973, II, p. 661 ss.; M. FERRARA-SANTAMARIA, *La vendita a rate con riserva di proprietà*, Napoli, 1938, p. 3 ss.; T. ASCARELLI, *Aspetti giuridici della vendita a rate*, in *Riv. dottori commercialisti*, 1955, p. 773; G. COTTINO, *La vendita rateale ed il suo finanziamento da parte del terzo*, in *Impr., amb. e pubb. amm.*, 1974, p. 367. Sulla vendita con patto di riservato dominio in generale, v. C.M. BIANCA, *La vendita*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, p. 520; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1971, p. 428; P. GRECO e G. COTTINO, *sub art. 1526*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 442; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.*, Torino, 1968, p. 178 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1991.

trasferimento della titolarità sul bene era subordinata alla corresponsione dell'ultima rata pattizamente prevista, dovendo il compratore, in caso contrario, restituire il bene.

Tuttavia, l'applicazione di tale strumento contrattuale risultava limitato a quei beni in grado di "adeguarsi" alle peculiarità dello stesso, vale a dire ai beni c.d. durevoli, come tali predisposti a mantenere un apprezzabile valore economico nonostante il loro utilizzo. Solo in tal caso, infatti, il bene poteva costituire un'ideale ed effettiva garanzia per il venditore.

In origine, il rapporto creditizio si sostanziava, dunque, in una relazione bilaterale tra venditore e acquirente, rimanendo del tutto estranea la figura di un terzo finanziatore. La concessione del credito avveniva, come detto, a seguito della valutazione della capacità reddituale del finanziato, e la garanzia del pagamento era costituita dallo stesso bene oggetto del negozio di vendita. Ne derivava, dunque, l'impossibilità per l'eventuale terzo che fosse intervenuto in tale rapporto di vedersi riconosciuta una qualsiasi forma di garanzia del credito elargito per l'acquisto⁷.

In ogni caso, fin tanto che la domanda di credito manteneva livelli relativamente bassi con riguardo sia alla quantità dei soggetti richiedenti, sia al valore economico dei beni finanziati, la dilazione del pagamento a favore del consumatore si mostrava un metodo di finanziamento pratico ed efficiente.

Tale quadro iniziò però a mutare con lo sviluppo dell'industria automobilistica. Invero, l'elevato costo delle autovetture e l'ampliamento della domanda di credito per il relativo acquisto, impedivano ai singoli venditori di far fronte – con il tradizionale sistema della vendita a rate – a tali richieste. Era dunque necessario adattare il sistema di finanziamento alla nuova realtà economica e sociale che si stava progressivamente determinando, onde evitare un arresto dell'assetto produttivo e finanziario. Iniziaron così a profilarsi i primi finanziamenti concessi non dal venditore, ma da un terzo, perlopiù banche e società finanziarie.

Nonostante un inizio incerto, il mercato del credito al consumo seppe svilupparsi ed imporsi all'interno della società in tempi assai brevi, sino ad affermarsi, a partire dagli anni '50, come «uno dei maggiori capisaldi di quello

⁷ Il terzo non avrebbe infatti potuto avvalersi del bene acquistato dal consumatore in quanto oggetto del contratto di compravendita concluso tra quest'ultimo e il venditore, dal quale il finanziatore rimaneva estraneo. Così G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, cit., p. 19.

stadio avanzato dell'economia creditizia che esprime il modo di essere stesso dell'*affluent society* (...)»⁸.

Ben presto la concessione di credito raggiunse livelli tali da rappresentare un vero e proprio modo di vivere della maggioranza dei cittadini, ormai avvezzi ad utilizzare tale strumento per l'acquisto di qualsiasi tipo di bene. Invero, gli istituti creditizi erano soliti concedere prestiti senza effettuare alcuna previa indagine in merito alle condizioni economiche e sociali del richiedente, alle sue origini o a qualsivoglia altro elemento idoneo a fornire informazioni relative allo stesso⁹. Il credito risultava così alla portata di tutti i consumatori.

Alle implicazioni socio-economiche determinate dallo sviluppo del credito al consumo, si associava l'esigenza di introdurre una specifica disciplina normativa che ne tenesse in debita considerazione le caratteristiche. Per vero, l'intervento legislativo, oltre che garantire adeguati mezzi di tutela al finanziatore per il caso di mancato adempimento delle obbligazioni gravanti sul consumatore, doveva considerare e adeguatamente tutelare anche – e soprattutto – gli interessi di quest'ultimo¹⁰, normando l'intera operazione economica in modo da assicurare «un più penetrante e rigoroso controllo dell'autonomia privata»¹¹.

Alla luce dei summenzionati rilievi, appare allora possibile cogliere, sin dalle sue origini, la natura “duale” della regolamentazione del fenomeno in questione: da un lato, l'interesse nei confronti del consumatore si traduceva, di fatto, in un intervento prettamente privatistico, concretizzantesi nella predisposizione di norme volte a sanare le disparità verosimilmente sussistenti tra le parti dell'operazione economica¹²; dall'altro lato, assumendo il credito al consumo un ruolo di notevole rilevanza all'interno dell'economia dei diversi Paesi, non poteva prescindere da un'azione pubblicistica finalizzata a soppesarne le inevitabili conseguenze

⁸ G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 24.

⁹ Così, B. CURRIAN, *Trends in Consumer Credit Legislation*, Chicago-Londra, 1965, p. 1. *Contra*, F. MACARIO, *Note introduttive al Commentario alle Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 748, il quale nell'analizzare le caratteristiche sottese al rapporto creditizio a seguito dell'intervento di un terzo soggetto, affermava che «qualunque sia il legame tra il finanziatore e il fornitore di beni di consumo nella prassi contrattuale accade normalmente che: il primo si riserva la facoltà di decidere se accordare o no il prestito soltanto all'esito di un'indagine sulle condizioni economiche del richiedente (...)».

¹⁰ G. ALPA, M. BESSONE, U. CARNEVALI e G. GHIDINI, *La tutela degli interessi diffusi con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976, p. 206 ss.; G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo, tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 354.

¹¹ G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, cit., p. 27.

¹² Cfr. R. FERRARA, *Contributo allo studio della teoria del consumatore*, Milano, 1983, p. 73 ss.; P. SCHLESINGER, *Il «primato del credito»*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 825; G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, cit., pp. 595 e 596.

economiche. Di conseguenza, mentre la disciplina privatistica si occupava (e tutt'ora si occupa) delle relazioni personali intercorrenti tra le diverse parti dell'operazione creditizia, l'interesse pubblicistico dalla medesima suscitato ne rifletteva (e ne riflette) la dimensione macro-economica. Solo un accurato svolgimento dell'attività economica rendeva infatti possibile l'innalzamento della domanda, con l'ulteriore conseguenza che al finanziamento della stessa corrispondeva giocoforza il finanziamento dell'economia e, quindi, il suo sviluppo¹³.

Tuttora la costante commistione tra “pubblico” e “privato” si riflette sui modelli di regolamentazione del credito al consumo; gli stessi risultano, infatti, sempre contraddistinti da norme volte a garantire, talora, un'adeguata protezione del consumatore, talaltra, il corretto svolgimento dell'attività creditizia da parte degli enti finanziatori, a sua volta strumentale al buon andamento del mercato.

Ebbene, detta natura duale, oltre che rivelare le aree di incidenza del fenomeno creditizio, si ritiene possa essere altresì utilizzata come chiave di lettura per risolvere quei dubbi interpretativi che spesso scaturiscono da disposizioni normative che non sempre lasciano trasparire con chiarezza il tipo di interesse, privatistico o pubblicistico, ad esse sotteso. Qualora, infatti, a fronte di una disposizione suscettibile di molteplici – e tra loro molto diverse – interpretazioni, si intenda adottare una prospettiva volta a giudicare preminente la tutela del consumatore, dovranno essere fatti propri gli strumenti del diritto privato per indagare i risvolti pratici correlati all'osservanza o meno della stessa; al contrario, nel caso in cui si ravvisi nel corretto svolgimento dell'attività bancaria l'unico o il principale interesse tutelato, anche al fine di evitare ripercussioni pregiudizievoli all'interno del mercato, il conseguente intervento normativo non potrà prescindere dall'utilizzo dei tipici strumenti pubblicistico-amministrativi¹⁴.

¹³ In merito alle implicazioni economiche del finanziamento al consumo, v. P.L. FABRIZI, *Le caratteristiche strutturali del credito al consumo*, in *Risparmio*, 1974, p. 1577 ss.; F. CESARINI, *Finanziamento del consumo, dell'investimento e dell'innovazione*, in *Riv. bancaria*, 1984, p. 23; v. P. DE VECCHIS, *La vigilanza sul credito al consumo*, in *La disciplina comunitaria del credito al consumo. Quaderni della consulenza giuridica della Banca d'Italia*, a cura di F. Capriglione, Roma, 1987, pp. 207 e 211; F. MENGHINI, *Il credito al consumo: alcune riflessioni*, in *Risparmio*, 1988, p. 977 ss.; A. CARRETTA, *Il ruolo del credito al consumo in banca: servizio bancario o società specializzate*, in *Risparmio*, 1990, p. 171 ss.; A. VERONELLI, *Nota in tema di credito al consumo: i “prestiti personali”*, in *Econ. e banca*, 1991, p. 131; M.C. CAPPONI, *Verso una nuova prospettiva di disciplina del credito al consumo, nota a Trib. D'instance de Bordeaux, (ord. 12 ottobre 1989)*, in *Foro it.*, IV, 1990, c. 18 e Id., *Tendenze e prospettive in merito al ruolo della banca nella prevenzione del sovraindebitamento privato*, in *Banca, impr. e soc.*, 1992, p. 27; M. DI ANTONIO, *Il credito al consumo*, Milano, 1994; U. FILOTTO e C. GINNASCA, *Credito al consumo: qualità del credito e gestione del rischio*, in *Banche e banchieri*, 1996, p. 241 ss.

¹⁴ Già G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, cit., p. 30, sapientemente rilevava che l'intreccio tra pubblico e privato nel settore del credito al consumo «determina dei meccanismi giuridici di controllo e di

Ciò posto, appare allora interessante osservare come i legislatori nazionali hanno inteso reagire dinanzi all'imperante fenomeno creditizio, indagando se e in che modo le discipline nazionali potrebbero avere influito sulle scelte normative in proposito compiute dal legislatore comunitario.

2. *Il credito al consumo e la risposta normativa dei legislatori nazionali. Cenni.*

Il rapido e accentuato sviluppo del credito al consumo indusse i principali Paesi europei a dotarsi di normative idonee a rispondere alle nuove esigenze di tutela dallo stesso originate.

Primariamente, gli interventi legislativi ebbero quale finalità principale la predisposizione di strumenti in grado di tutelare in maniera adeguata il soggetto finanziato, ritenuto, per definizione, la parte maggiormente bisognoso di protezione.

Il primo Paese a munirsi di una legislazione a tutela del consumatore con riguardo sia al diritto dei contratti in generale, sia ai contratti di credito in particolare, fu la Francia. Già la l. n. 66-1010 28 dicembre 1966, "relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité", estendeva l'applicazione della disposizione antiusura «ai crediti concessi in occasione di vendite a rate»¹⁵. Fu tuttavia la l. n. 78-22 10 gennaio 1978 (c.d. *Loi Scrivener*) "relative à l'information et à la protection des consommateurs dans la domaine de certaines opérations de crédit" ad approntare puntuali tecniche normative di protezione del richiedente il finanziamento¹⁶. L'idea posta a fondamento dell'intera disciplina era quella secondo cui soltanto un *debitore informato* avrebbe potuto comprendere l'impegno finanziario derivante dalla stipulazione di un contratto di credito. Da qui, la previsione di una cospicua quantità

regolamentazione da coordinare e da saldare in un complessivo quadro legale, senza ricercarne una composizione dogmatica *a priori*, ma valutando concretamente gli interessi da essi realizzati e la funzione da essi svolta [c.vo mio]».

¹⁵ Art. 1, comma 2°. Tali vendite erano equiparate ai prestiti convenzionali e perciò considerate usuarie qualora il tasso effettivo globale superasse, nel momento in cui il credito veniva concesso, più di un quarto del tasso effettivo medio praticato nel corso del trimestre precedente dalle banche e dagli istituti finanziari (iscritti nell'apposito albo) per operazioni della stessa natura comportanti rischi analoghi (art. 1, comma 1°).

¹⁶ C. GAVALDA, *L'information et la protection des consommateurs dans la domaine des certaines opérations de crédit*, in *Dalloz*, 1978, p. 189 ss.; A. COSSU, *Credito al consumo: appunti in margine ad una recente legge francese*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 375; L. ANDREOLINI, *La tutela del consumatore di servizi finanziari in Francia*, in AA.VV., *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, a cura di R. Ruozi, Milano, 1990, p. 61 ss.; R. CASO, *I meccanismi triangolari del leasing alla francese: riflessi della risoluzione della vendita sul contratto di crédit bail*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2331 ss.; M. DASSIO, *Profili del credito al consumo nell'esperienza francese: evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 380 ss.

di informazioni da fornire allo stesso prima della (eventuale) conclusione del contratto, accompagnate dal riconoscimento di un periodo c.d. “di riflessione”, pari a sette giorni successivi all’accettazione della proposta, entro il quale era possibile «revenir» l’impegno assunto e svincolarsene.

Strumentali alla protezione del mutuatario¹⁷ erano, poi, le disposizioni inerenti al contenuto che il regolamento contrattuale avrebbe dovuto avere.

L’intervento del legislatore francese delineò, dunque, un’inversione nella priorità degli interessi da tutelare nell’ambito del rapporto creditizio così come concepito nel *code civil* che accordava al creditore, quale soggetto che subiva il sacrificio economico¹⁸, maggiore protezione.

Diverso fu l’approccio adottato nel Regno Unito con il *Fair Trading Act* del 1973, prima, e il *Consumer Credit Act* del 1974¹⁹: prescindendo da una regolamentazione volta a prediligere la tutela degli interessi del consumatore²⁰ ovvero del finanziatore, il legislatore inglese perseguì, infatti, l’obiettivo di predisporre misure in grado di assicurare un’efficiente allocazione dei beni e delle risorse, in un’ottica di protezione del mercato concorrenziale²¹.

Ciò premesso, sembrerebbe allora possibile attribuire alla legislazione inglese il merito di avere colto e tradotto in termini normativi l’intersezione sussistente tra tutela della concorrenza e protezione del consumatore nel settore del finanziamento al consumo. Per vero, solo in un mercato concorrenziale le possibilità di scelta per i consumatori aumentano e i prezzi dei diversi prodotti loro offerti vengono spinti verso il basso; le imprese, inoltre, sono incoraggiate a migliorare la qualità dei prodotti e dei servizi che commerciano al fine di attirare clienti ed ampliare così la loro quota di mercato²².

¹⁷ Nella sua formulazione originaria, la normativa francese prescindeva dalla qualificazione soggettiva del finanziato in termini di “consumatore”, applicandosi la stessa a tutte le ipotesi in cui i contraenti risultavano essere «un prêteur» e un emprunteur» (cfr. art. 1). Tuttavia, l’introduzione nell’ordinamento francese del c.d. *code de la consommation* di cui alla l. n. 93-949 26 luglio 1993, vide confluire nel medesimo tutte le disposizioni contenute nella *loi Scrivener* di talché le stesse, insieme alle altre prescrizioni ivi racchiuse, si applicano, ad oggi, esclusivamente alla “categoria” dei consumatori.

¹⁸ G. ALPA E M. BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, cit., p. 1362.

¹⁹ F. ZICCARDI, *Il Consumer Credit Act inglese: prime impressioni*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 20 ss.

²⁰ Come in Francia, anche il legislatore inglese del 1974 ritenne opportuno prescindere dalla qualità di “consumatore” del finanziato, rilevando solo, ai fini dell’applicazione della disciplina, che il credito concesso non superasse le 5.000 sterline (*sect. 8.2. CCA*).

²¹ Così, E. CARLUCCIO, *La tutela del consumatore dei servizi finanziari in Gran Bretagna*, in *La tutela del consumatore nei servizi finanziari*, cit., p. 204.

²² Cfr. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2007, pp. 7 e 19.

Anche nel *Consumer Credit Act* del 1974, la protezione del finanziato veniva accordata da disposizioni inerenti alla forma e al contenuto del contratto²³, nonché all'attività pubblicitaria; era inoltre riconosciuto il diritto di recedere dal contratto entro cinque giorni dalla consegna della copia dello stesso, ovvero entro quattordici giorni dal suo perfezionamento (*sect.* 68).

In Germania, le norme previste a tutela del consumatore dall'*Abzahlungsgesetz* del 1894 sulle vendite rateali²⁴ venivano applicate estensivamente dalla giurisprudenza anche alle operazioni di credito trilaterali.

In Italia, a differenza degli altri Paesi europei, una legislazione in materia tardò ad arrivare, sebbene l'applicazione della vendita con riserva della proprietà alle operazioni creditizie non rimase estranea al nostro contesto. Cause di detto ritardo normativo erano da imputarsi alla estrema arretratezza della struttura industriale e al conseguente mancato interesse per una produzione di massa di beni durevoli, caratterizzante, invece, le economie degli altri Paesi.²⁵

Nel periodo in cui gli altri Stati europei si stavano progressivamente dotando di normative volte a regolamentare il finanziamento al consumo, in Italia ancora ci si interrogava sulla natura giuridica e sull'ammissibilità della vendita con riserva della proprietà. Invero, vi era chi manifestava delle perplessità in ordine alla compatibilità di tale istituto con il principio consensualistico vigente nel nostro ordinamento²⁶, perplessità in ogni caso risolte in senso positivo dalla giurisprudenza sia di merito, sia di legittimità, la quale, sin dal principio, ne affermò l'ammissibilità²⁷.

²³ Il compito di stabilire le prescrizioni da osservare con riguardo a detti aspetti era attribuito al *Secretary of State*, sicché l'operazione creditizia risultava soggetta al controllo di tipo amministrativo. Sul punto, si vedano le riflessioni critiche di F. ZICCARDI, *op. cit.*, c. 26 ss.

In ogni caso, a prescindere da tale controllo, sul finanziatore gravava l'obbligo di informare il debitore dei diritti e dei doveri a lui riconosciuti o imposti dal contratto; dell'ammontare dell'importo e delle rate del costo totale del credito; della tutela e dei provvedimenti che la legge metteva a sua disposizione; di ogni altro elemento riguardante il contratto di credito che, ad avviso del *Secretary*, era per lui auspicabile conoscere (*sec.* 60.1).

²⁴ G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, cit., p. 40 ss.;

²⁵ G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 16. Per un'analisi dettagliata relativa al rapporto percentuale fra credito al consumo e i consumi privati delle famiglie nel contesto italiano nel tempo, si veda G. CARRIERO, *Autonomia Privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, cit., p. 9 ss. Cfr. altresì l'indagine del Ministero industria e commercio, *Le vendite a rate dei beni di consumo in Italia*, Milano, 1955; G. ANGRISANI, *L'organizzazione delle vendite a rate*, in *Giornale degli economisti*, 1928, p. 801; R. ROMEO, *Breve storia della grande industria in Italia*, Bologna, 1972, p. 86.

²⁶ In tal senso si è espresso G. BONELLI, *Della clausola riservativa del dominio nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 98 ss.

²⁷ A titolo meramente esemplificativo, si segnalano: App. Bologna 16 giugno 1894, in *Foro it.*, 1894, c. 603; App. Milano 26 maggio 1897, in *Foro it.*, 1897, c. 780; App. Venezia 23 maggio 1905, in *Giur. it.*, I, p. 483; App. Firenze 19 febbraio 1907, in *Riv. dir. comm.*, 1907, II, p. 539; Cass. 27 novembre 1913, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, p. 257; Cass., sez. un., 7 maggio 1912, in *Foro it.*, 1912, I, c. 577.

Un espresso riconoscimento normativo della vendita con patto di riservato dominio si ebbe solo con l’emanazione del codice civile del 1942 e la collocazione nel libro IV (“Delle obbligazioni”), Titolo III (“Dei singoli contratti”), Capo I (“Della vendita”), Sezione II (“Della vendita di cose mobili”) degli artt. 1523-1526.

Rimaneva tuttavia ancora privo di adeguata regolamentazione il fenomeno – che nel frattempo si era sviluppato anche nella realtà economica nazionale – del credito al consumo, non essendo da tutti condivisa l’applicazione estensiva delle norme sulla vendita a rate²⁸.

Il panorama europeo si presentava, dunque, caratterizzato da un’accentuata disomogeneità con riguardo alle tecniche normative scelte dai singoli legislatori nazionali, disomogeneità che, a causa del differente grado di tutela accordato ai consumatori, impediva lo sviluppo del credito transfrontaliero e, quindi, della concorrenza tra i prestatori degli Stati membri.

3. *L’intervento del legislatore comunitario: la dir. 1987/102/CEE e l’armonizzazione minima in materia di credito al consumo.*

Premessa l’importanza assunta dal settore creditizio nell’economia dei diversi Paesi europei, e considerata l’accentuata divergenza tra le legislazioni nazionali – ove presenti – che lo disciplinavano, apparì dunque opportuno, per non dire necessario, adottare una direttiva che armonizzasse le disposizioni nazionali concernenti gli aspetti più rilevanti e al contempo offrisse il medesimo livello di tutela a tutti i consumatori della Comunità.

Tale consapevolezza iniziò ad emergere a livello europeo già con la risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975, “in materia di protezione e informazione del consumatore”²⁹. In tale provvedimento veniva evidenziata l’esigenza di rafforzare e coordinare le misure di protezione dei consumatori, anche al fine di migliorarne

²⁸ Nello specifico, ci si interrogava sulla possibilità, da un lato, di applicare l’art. 1525 c.c. ed impedire così al creditore di agire per la risoluzione del contratto qualora il consumatore avesse omesso il pagamento di una sola rata, sempreché la stessa non eccedesse l’ottava parte della somma complessivamente concessa; dall’altro, di ritenere sussistente un collegamento tra contratto di compravendita e contratto di finanziamento al fine di proteggere il consumatore qualora il venditore si fosse mostrato inadempiente alle obbligazioni nascenti dal relativo contratto. In tal caso, infatti, il debitore avrebbe potuto opporre l’eccezione di inadempimento del venditore al creditore che avesse continuato a pretendere il rimborso del prestito. Al riguardo, si veda F. MACARIO, *Le forme di tutela del consumatore debitore*, in *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, a cura di M. Lobocono e M. Lorizio, Torino, 2007, p. 194 ss., spec. nt. 18 ove accenna altresì alle posizioni espresse dalla giurisprudenza.

²⁹ Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975, riguardante *un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*, in *G.U.C.E. N. C. 92/1*.

le condizioni di vita; il consumatore, inoltre, non era «più considerato come compratore e utilizzatore di beni e di servizi per il proprio uso personale, familiare o collettivo, ma come individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale» che potevano «direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore». Senonché, nel contesto di un'economia di massa, quest'ultimo non era «più in grado di svolgere pienamente, come utente del mercato, la propria funzione di fattore di equilibrio», dovendo spesso confrontarsi con prodotti e servizi sempre più complessi, le cui caratteristiche e implicazioni – data tale complessità – rimanevano per lo stesso oscure. Ne derivava, pertanto, la necessità di adottare misure volte a colmare lo squilibrio conoscitivo che, nei diversi settori del mercato, impediva al consumatore di comprendere l'effettiva portata delle proprie scelte. E da un siffatto intervento non rimase escluso il settore del credito al consumo, la cui armonizzazione, nell'ottica di assicurare un'adeguata tutela agli interessi economici dei consumatori, fu peraltro considerata «prioritaria» rispetto ad altre azioni da intraprendere a livello comunitario.

Un importante elemento idoneo a correggere gli squilibri sussistenti tra i diversi operatori economici venne individuato nell'*informazione*. Invero, solo informando *adeguatamente* il consumatore, si assicurava allo stesso il vantaggio, tra gli altri, di una *scelta libera e razionale* nell'ambito dei beni e dei servizi offerti.

Sin dal principio appare dunque emergere l'idea del legislatore comunitario che vede nell'informazione un elemento imprescindibile per assicurare un'adeguata ed effettiva tutela alla parte “più debole” del rapporto contrattuale. E in effetti, proprio sul binomio informazione-protezione del consumatore, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo, si basa l'intero sistema normativo del credito al consumo.

L'opera iniziata con la citata risoluzione venne successivamente proseguita dal “Secondo programma d'azione della Comunità europea a favore dei consumatori”³⁰. In tale provvedimento si ribadiva la necessità di adottare misure che permettessero al consumatore di agire con piena cognizione di causa, esplicando, così, la sua funzione di fattore di equilibrio nel gioco dei meccanismi di mercato. Seguì, infine, la terza relazione sulla “Politica di protezione e di informazione del consumatore” del 1980, ove peraltro, a differenza delle

³⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, presentata il 27 giugno 1979.

precedenti, assunse rilevanza non soltanto la tutela, ma anche la *promozione* degli interessi dei consumatori.

Con specifico riguardo al settore creditizio, detto manoscritto evidenziava come lo sviluppo di una politica a favore dei consumatori fosse stato di fatto influenzato dalle riflessioni sul ruolo e sulla gestione del consumo, divenuto ormai *il mezzo* cui i cittadini ricorrevano per soddisfare i loro bisogni. Sulla base di ciò, appariva dunque evidente l'opportunità di armonizzare a livello comunitario le modalità di accesso al credito da parte dei consumatori, così da assicurarne una tutela omogenea degli interessi economici e giuridici. Solo con la statuizione di norme comuni volte a rimuovere gli ostacoli tra le diverse legislazioni, e a favorire, al contempo, l'espansione del commercio e dei servizi tra gli Stati membri, sarebbe infatti stato possibile promuovere la creazione – prima – e lo sviluppo – poi – di un mercato comune del credito al consumo, orientato a tutelare non soltanto il consumatore, ma anche la libertà di concorrenza e la conseguente espansione del commercio creditizio. Era pertanto chiara la natura ambivalente dell'intervento comunitario: da un lato, si proponeva di sanare la condizione di inferiorità in cui si trovava il mutuatario; dall'altro, al contrario, si preoccupava di istituire un regime in grado di garantire la concorrenza tra i prestatori dei diversi Stati membri. A tal fine, la disciplina comunitaria doveva regolamentare il fenomeno nel suo complesso, non apparendo sufficiente un mero approccio settoriale, volto a regolarne soltanto alcune manifestazioni (come, ad esempio, le vendite a rate, i finanziamenti personali, le carte di credito). Cionondimeno, il quadro normativo da definire a livello comunitario doveva essere “minimo”, caratterizzato, cioè, da prescrizioni che permettessero ai legislatori nazionali di mantenere, ovvero approntare, qualora lo avessero ritenuto opportuno, misure più rigorose a tutela del consumatore. E un tale approccio venne adottato sin dalla prima proposta di direttiva sul credito al consumo del 1979³¹.

Consapevole delle disparità normative sussistenti tra gli Stati membri, detta proposta era animata da una duplice finalità: da una parte, tutelare la concorrenza tra le imprese creditizie all'interno del mercato comune; dall'altra, migliorare la protezione del consumatore attraverso l'emanazione di disposizioni *minime* valide per *tutte* le forme di credito. A tale ultimo riguardo, la Commissione individuò nella

³¹ Proposta di direttiva del Consiglio relativa “al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, degli Stati membri in materia di credito al consumo”, presentata alla Commissione al Consiglio il 27 febbraio 1979, in *G.U.C.E.* N. C 80/4 del 27 marzo 1979.

previsione di specifici obblighi informativi attinenti alla pubblicità dei prodotti creditizi proposti³², e nell'imposizione della forma scritta del contratto, il cui testo doveva, peraltro, contenere le "condizioni essenziali" di cui all'allegato e i "dati" specificati, invece, nel testo normativo (art. 6, par. 2), le tecniche idonee a proteggere gli interessi dei consumatori. Inoltre, il contenuto del contratto variava a seconda che lo stesso riguardasse: *a*) la fornitura di beni o di servizi, *b*) le carte di credito, ovvero *c*) altre operazioni comunque soggette all'applicazione della direttiva³³.

Tuttavia, la previsione delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle (sole) prescrizioni inerenti alla forma e al contenuto del contratto, venne lasciata alla libera discrezionalità degli Stati membri.

Alla proposta di direttiva seguirono il parere del Comitato economico e sociale³⁴ e la risoluzione, favorevole, del Parlamento³⁵. In particolare, ad avviso del Comitato, la regolamentazione del credito al consumo si mostrava una misura essenziale, da adottarsi *ex ante*, per prevenire il possibile rischio di un eccessivo indebitamento del consumatore, rischio verosimilmente correlato ad uno sviluppo incontrollato di tale fenomeno e allo squilibrio cognitivo esistente tra le parti del rapporto. Ciò che si rendeva necessario era, dunque, la predisposizione di strumenti che permettessero al mutuatario, una volta apprese le caratteristiche del contratto offerto e le implicazioni derivanti dalla sua conclusione, di esprimere le proprie scelte «con *cognizione di causa*». A tal fine, il Comitato reputò appropriate le scelte suggerite dalla Commissione in merito all'informazione³⁶ e all'imposizione della forma scritta del contratto³⁷. Ciononostante, relativamente all'astensione operata

³² Qualora nella pubblicità fossero stati citati i costi del credito, avrebbero dovuto essere citati tutti costi. Nel caso in cui fosse stata citata una percentuale del costo, doveva essere indicato anche il tasso effettivo di interesse annuo (cfr. art 3). In materia di affissione, poi, l'art. 5 imponeva al prestatore di esporre «in modo visibile» nei locali commerciali aperti al pubblico «il tasso d'interesse annuo e tutti gli altri costi connessi ai prestiti da lui proposti e/o la possibilità per il consumatore di ottenere un'offerta vincolante per il creditore», se quest'ultimo concedeva il prestito. In entrambi i casi doveva inoltre essere specificato «a titolo esemplificativo, il tasso effettivo d'interesse annuo in relazione a prestiti di un determinato importo».

³³ cfr. art. 6, par. 2, lett. *a*), *b*), *c*).

³⁴ Parere in merito "ad una proposta di direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo", in *G.U.C.E.* N. C 113/22 del 7 maggio 1980

³⁵ Risoluzione "a chiusura della procedura di consultazione del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva della Commissione delle Comunità europee al Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo", in *G.U.C.E.* N. C 242/10 del 12 settembre 1983.

³⁶ Segnatamente, doveva trattarsi di un'informazione «completa delle condizioni alle quali il credito al consumo veniva concesso o offerto».

³⁷ Il contratto scritto si presentava, infatti, come il mezzo più efficace per tutelare il consumatore all'atto della stipulazione del contratto poiché assicurava sia a quest'ultimo, sia al creditore, una chiara e completa informazione dei rispettivi diritti e obblighi. Tuttavia, con specifico riguardo al contenuto dell'accordo, il Comitato sollevò alcune perplessità in merito all'indicazione delle sole condizioni "essenziali", ritenendo

tout court con riguardo alle conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza dei precetti comunitari, il Comitato lamentò la mancata indicazione degli obiettivi che il legislatore comunitario intendeva perseguire a livello sanzionatorio, con la conseguenza di demandare la definizione degli stessi ai legislatori nazionali e contrastare, così, sia con le caratteristiche proprie della direttiva³⁸, sia con l'obiettivo di armonizzazione prefissato³⁹.

Le misure tese a proteggere gli interessi dei consumatori rimasero le medesime anche nella proposta modificata di direttiva del 1984⁴⁰. Tuttavia, la Commissione, facendo proprie le osservazioni proposte dal Comitato economico e sociale: *in primo luogo*, riformulò, con maggior precisione, gli elementi che dovevano essere indicati nella pubblicità del prodotto creditizio⁴¹; *in secondo luogo*, prevede, a favore del consumatore, un periodo c.d. "di riflessione" pari a sette giorni, decorrenti dalla data di conclusione del contratto, entro cui avrebbe potuto recedere qualora quest'ultimo fosse stato il risultato di una visita non richiesta e ricevuta presso il suo domicilio, sul posto di lavoro, o in qualsiasi altro luogo, e la stipulazione fosse così avvenuta fuori dagli uffici del creditore o dell'intermediario⁴²; *in terzo luogo*, infine, con riguardo al contenuto dell'accordo, eliminò il riferimento alle "condizioni essenziali" e, aggiungendo all'elencazione di cui all'originaria proposta i «contratti di credito sotto forma di conti correnti, non altrimenti contemplati dalla presente direttiva», indicò ulteriori "elementi" da inserire nel testo dei diversi contratti. Rimase invariata la disposizione inerente alla potestà sanzionatoria, demandata, senza specificazione alcuna, agli Stati membri.

opportuna, al fine di evitare possibili distorsioni a danno del consumatore, l'indicazione di "tutte" le condizioni; inoltre, rilevò alcune gravi omissioni nell'enumerazione dei dati che, ai sensi dell'art. 6, par. 2, dovevano figurare nei diversi tipi di contratto di credito.

³⁸ Compete, infatti, alle direttive stabilire gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo, dovendo gli Stati membri uniformarsi individuando le misure nazionali più appropriate.

³⁹ A tal riguardo si rileva, peraltro, come il Comitato auspicasse un'armonizzazione "completa" in materia di credito al consumo, che impedisse, cioè, ai legislatori nazionali di mantenere o prevedere, in sede di recepimento, disposizioni diverse da quelle previste dalla direttiva, anche se più favorevoli per il consumatore.

⁴⁰ Proposta modificata di direttiva del Consiglio relativa "al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo", presentata dalla Commissione al Consiglio il 22 giugno 1984, in *G.U.C.E.* N. C 183/4 del 10 luglio 1984.

⁴¹ Ai sensi del nuovo art. 3, infatti, qualora nella pubblicità fosse stato «indicato, esplicitamente o implicitamente, il tasso d'interesse o d'oneri», avrebbe dovuto essere citata «anche la percentuale annua degli oneri, eventualmente mediante un esempio», nel caso in cui non fosse stato possibile avvalersi di altre modalità.

⁴² Cfr. art. 4. Nella versione di cui alla prima proposta di direttiva, era lasciata alla discrezionalità degli Stati membri la possibilità di vietare dette pratiche.

I lavori culminarono con l'emanazione della dir. 1987/102/CEE relativa "al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo"⁴³.

La natura ambivalente della stessa si poteva percepire sin dai primi considerando ove veniva confermato il duplice obiettivo, da un lato, di promuovere l'instaurazione di un mercato comune del credito al consumo, caratterizzato dal rispetto della libera e leale concorrenza tra le imprese; dall'altro, di assicurare un «certo» e omogeneo livello di tutela ai consumatori della Comunità. Un approccio, dunque, tanto di diritto pubblico, quanto di diritto privato, che si conformava agli aspetti in concreto toccati dalla materia regolamentata, e agli interessi alla medesima sottesi.

Tale direttiva venne successivamente modificata dalle dir. 1990/88/CE⁴⁴ e 1998/7/CE⁴⁵, finalizzate ad introdurre e imporre a livello comunitario un metodo unitario per il calcolo del TAEG, non presente nella dir. 1987/102/CEE⁴⁶.

La disciplina si applicava ai contratti di credito con cui un creditore⁴⁷ concedeva o prometteva di concedere⁴⁸ al consumatore⁴⁹ un credito «sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria»,

⁴³ Direttiva del Consiglio del 22 dicembre 1986, relativa "al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo", in *G.U.C.E.* N. L 42/48 del 12 dicembre 1987. Per un esauriente commento alla direttiva si rimanda a: AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca della Banca d'Italia*, a cura di F. Capriglione, Roma, 1987; G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 539 ss.; A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 727 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 321 ss.; G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, cit., p. 645 ss.

⁴⁴ Direttiva del Consiglio del 22 febbraio 1990 "che modifica la direttiva 1987/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo", in *G.U.C.E.* N. L 61/14 del 10 marzo 1990.

⁴⁵ Direttiva 98/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 "che modifica la direttiva 1987/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo", in *G.U.C.E.* N. L 101/17 del 1° aprile 1998.

⁴⁶ Cfr. art. 5 dir. ai sensi del quale «(...) in attesa di una decisione sull'introduzione di un metodo o di metodi comunitari per il calcolo del tasso annuo effettivo globale, gli Stati membri che al momento della notifica della presente direttiva non esigono l'indicazione di tale tasso o non hanno un metodo fisso per il suo calcolo devono prescrivere almeno che al consumatore sia indicato il costo totale del credito».

⁴⁷ Per creditore si intendeva «una persona fisica o giuridica che concede un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, ovvero un gruppo di tali persone» (art. 1, par. 1, lett. b))

⁴⁸ La promessa di credito non era invece contemplata nella prima proposta di direttiva.

⁴⁹ Tale era «la persona fisica che, per le transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla sua attività professionale» (art. 1, par. 1, lett. c)). La formulazione di cui all'originaria proposta di direttiva qualificava consumatore anche colui che non agiva «prevalentemente» per scopi attinenti all'attività commerciale o professionale svolta. In proposito, il Comitato economico e sociale, al fine di assicurare una maggiore chiarezza applicativa, rilevò l'opportunità di eliminare il riferimento all'avverbio "prevalentemente" e di definire il consumatore come «una persona fisica che non agisce – né pretende di agire – in veste commerciale o professionale».

purché di importo non inferiore a 200 ECU o superiore a 20.000 ECU⁵⁰. Accanto alla definizione di “contratto di credito”, volutamente ampia attesa l’esigenza di una regolamentazione “globale” della materia, erano contemplate operazioni creditizie nei cui confronti la direttiva non si applicava⁵¹, ovvero assoggettate ad una disciplina speciale⁵².

La direttiva si presentava come di armonizzazione c.d. “minima”, in quanto riconosceva agli Stati membri la possibilità di mantenere o introdurre misure nazionali derogatorie a quelle comunitarie, purché idonee a garantire una maggior protezione degli interessi dei consumatori (art. 15). Una simile scelta poteva giustificarsi allorché si considerassero le finalità del legislatore comunitario: assicurare «un certo grado di ravvicinamento delle disposizioni (...) degli Stati membri in materia di credito al consumo, nonché un certo livello di protezione del consumatore»⁵³. Attesa, dunque, la genericità con cui veniva apprezzato il livello sia di armonizzazione delle legislazioni nazionali, sia di protezione del consumatore, non poteva non derivarne una normativa comunitaria che permettesse agli Stati membri di prevedere, se ritenuto opportuno, norme più rigorose a tutela del finanziato.

Il recepimento della dir. 1987/102/CEE fornì al legislatore italiano l’occasione per colmare il vuoto normativo fino a quel momento esistente nel settore creditizio⁵⁴. Al contrario, un simile impatto innovativo non venne avvertito negli

⁵⁰ Cfr. art. 2, par. 1, lett. f). Ciò in quanto i contratti di credito relativi a somme, da un lato, molto modeste, dall’altro, molto elevate, rispettivamente tendevano a comportare eccessivi oneri amministrativi sia per i creditori, sia per i consumatori e a differire dalle normali transazioni di credito al consumo.

⁵¹ Tra cui i contratti o le promesse di credito «destinati principalmente all’acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o da costruirsi» ovvero «destinati al restauro o al miglioramento di un immobile in quanto tale» (art. 2, par. 1, lett. a)). Inoltre, alcune disposizioni – e segnatamente l’art. 4 e gli artt. da 6 a 12 – «non si applicano ai contratti di credito o di promessa di credito garantiti da ipoteca su proprietà immobiliare, sempreché questi non siano già esclusi dalla direttiva ai sensi del paragrafo 1, lettera a), del presente articolo» (art. 2, par. 3). Sulla disciplina applicabile a tale tipologia di contratti, v. cap. II.

⁵² Cfr. le prescrizioni di cui all’art. 6 sulla concessione di crediti sotto forma di anticipi su conto corrente.

⁵³ Così il 25° *considerando*.

⁵⁴ La dir. 1987/102/CEE, come successivamente modificata dalla dir. 1990/88/CEE, venne recepita nel nostro ordinamento con la l. 19 febbraio 1992, n. 142, contenente “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità Europee” (legge comunitaria per il 1991), in *G.U.* n. 42 del 20 febbraio 1992, S.O. n. 36. Su tale recepimento, in dottrina: G. ALPA, *L’attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 6 ss.; G. CANALE, F. MACARIO e S.T. MASUCCI, *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (artt. 121-126 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia)*, commento a cura di Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 745 ss.; G. DE NOVA, *L’attuazione in Italia delle direttive sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 903 ss.; P. GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1996, p. 622 ss.; A. TIDU, *Il recepimento della direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, p. 403 ss.; G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 354; FALCO, *Il credito al consumo*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 630 ss.

Il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 63, diede invece attuazione alla dir. 1998/7/CE. Sulla disciplina del credito al consumo in Italia a seguito di tale recepimento, cfr. F. MACARIO, *Commento agli artt. 121-126*, in AA.VV.,

ordinamenti di altri Stati membri, come Francia, Inghilterra e Germania, già contraddistinti, come visto, da meccanismi normativi di tutela delle esigenze connesse al rapido sviluppo di tale fenomeno. Del resto, proprio tali meccanismi costituirono i modelli cui il legislatore comunitario si riferì per regolamentare gli aspetti sia pubblicistici, sia civilistici della materia. Segnatamente, con riguardo al primo profilo, la necessità di subordinare lo svolgimento dell'attività di intermediazione creditizia al rilascio di una specifica «autorizzazione ufficiale», ovvero di assoggettare detta attività «all'ispezione o al controllo di un'istituzione o di un'autorità» (art. 12, par.1, lett. a) e b)), appariva mutuata dal, seppur più rigoroso e complesso, regime concessorio-autorizzatorio (*Sect.* 21-45) e ispettivo-sanzionatorio (*Sect.* 147-150, 161-166)⁵⁵ di cui al *Consumer Credit Act* inglese del 1974; relativamente al secondo profilo, invece, l'idea secondo cui solo una corretta e completa informazione era in grado di assicurare un'adeguata tutela agli interessi del consumatore⁵⁶, sembrava derivare dall'esperienza legislativa francese.

4. *La preferenza accordata dal legislatore comunitario alla forma scritta e al contenuto “minimo” del contratto quali strumenti di tutela (apparente) del consumatore.*

La matrice consumeristica della direttiva, oltre ad influenzarne l'ambito applicativo soggettivo, ne definì anche uno degli obiettivi, individuato, come detto, nella tutela degli interessi dei consumatori. In concreto, detto obiettivo risultava perseguito – in armonia con le riflessioni svolte in sede di lavori preparatori – attraverso l'informazione, che gravava sia sul creditore, sia sull'intermediario sin dal momento in cui il prodotto creditizio veniva pubblicizzato. Tuttavia, detta pubblicità, lungi dall'essere «istituzionale»⁵⁷, e riguardare, cioè, le caratteristiche del prodotto creditizio e del soggetto che lo offriva e a quali condizioni, si riferiva

Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia, Bologna-Roma, 2003, p. 1971 ss.; ID., *Il credito al consumo*, in *I contratti dei consumatori*, II, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 2005, p. 544 ss.; A. PROSPERI, *Il credito al consumo*, in *Il diritto dei consumi*, II, a cura di G. Perlingieri e E. Caterini, Napoli, 2005, p. 253 ss.

⁵⁵ La funzione ispettivo-sanzionatoria era attribuita all'*Office of Fair Trading*, sotto il controllo del suo *General Director*. L'OFT era un ente governativo non ministeriale fondato dal *Fair Trading Act 1973*. Esso vigilava sulla protezione degli interessi dei consumatori e sul rispetto del principio di libera concorrenza all'interno del mercato. Il suo ruolo e i suoi poteri sono stati dapprima emendati dall'*Enterprise Act 2002*, per poi essere definitivamente soppressi a seguito delle riforme attuate mediante l'*Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*. A partire da aprile 2014, le competenze dell'OFT in materia di credito al consumo sono state devolute al *Financial Conduct Authority (FCA)*, su cui v. *infra* Cap. III.

⁵⁶ Su cui v. *infra* par. 3.

⁵⁷ Così, L.C. UBERTAZZI, *Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni*, cit.

esclusivamente all'indicazione del costo globale annuo del credito, peraltro subordinata alla presenza, nella proposta creditizia stessa, del tasso di interesse o di altre cifre riguardanti il costo del credito (art. 3)⁵⁸. Sennonché una più chiara e completa informazione era assicurata al consumatore dall'imposizione della forma scritta del contratto e degli elementi c.d. "essenziali" nel testo del medesimo. Ad eccezione del TAEG e delle condizioni alle quali lo stesso poteva essere modificato⁵⁹, indicati nell'art. 4 della direttiva, gli "altri" elementi essenziali erano specificati, a mero titolo esemplificativo, nell'allegato della stessa e, in conformità a quanto previsto nelle precedenti proposte, si diversificavano a seconda del tipo di contratto di credito in concreto stipulato (contratti relativi alla fornitura di determinati beni o servizi, contratti operanti mediante carte di credito, contratti di credito sotto forma di crediti allo scoperto permanenti, altri contratti di credito assoggettati ai precetti della direttiva).

Tuttavia, la concreta inclusione di detti ulteriori elementi nel testo dell'accordo risultava subordinata ad una scelta in tal senso operata dai singoli Stati membri, i quali ne *potevano* imporre l'indicazione⁶⁰. Si presentavano, quindi, obbligatori *se ed in quanto* previsti come tali dalle normative nazionali di recepimento.

Tale prescrizione, sebbene potesse ritenersi coerente con il tipo di armonizzazione – minima – della direttiva, di fatto vanificava l'obiettivo di assicurare a tutti i consumatori della Comunità un livello omogeneo di protezione. Gli Stati membri erano infatti liberi di determinare il contenuto del contratto di credito non solo evitando di rendere obbligatori gli elementi in oggetto, ma anche imponendo l'indicazione di elementi diversi da quelli specificati nell'allegato: l'elenco ivi contenuto non era, infatti, tassativo, bensì "meramente esemplificativo", e, quindi, in quanto tale, suscettibile di integrazione.

Inoltre, a risultarne intaccato era altresì lo stesso obiettivo di protezione del consumatore: se, a fronte di una pubblicità meramente eventuale, una più chiara e

⁵⁸ Trattasi, dunque, di «oneri di pubblicità meramente eventuali», come correttamente rilevato da L.C. UBERTAZZI, *Ibidem*.

⁵⁹ Qualora non risultasse possibile l'indicazione del TAEG espresso in percentuale, il consumatore avrebbe in ogni caso dovuto ricevere «adeguate informazioni nel documento scritto», le quali dovevano comprendere almeno il tasso di interesse annuo e gli oneri applicabili dal momento della conclusione del contratto e le condizioni a cui gli stessi avrebbero potuto subire delle modificazioni. Cfr. art. 4, par. 2, in combinato disposto con l'art. 6, par. 1, secondo trattino.

Tuttavia, attesa l'assenza di un metodo comunitario per il calcolo del TAEG, valido per tutti gli Stati membri, quelli che al momento della notifica della direttiva non esigevano l'indicazione di detto tasso, ovvero non contemplavano un metodo fisso per il suo calcolo, dovevano almeno imporre la comunicazione, al consumatore, del costo totale del credito (cfr. art. 5).

⁶⁰ Art. 4, par. 3.

completa informazione in merito alle caratteristiche del prodotto offerto avrebbe dovuto essere garantita dagli elementi indicati nel testo del contratto scritto, ma, di fatto, i creditori (o gli intermediari) potevano esimersi da tale indicazione, e ciò in applicazione del diritto in tal senso riconosciuto agli Stati membri, l'informazione che ne residuava, lungi dall'essere adeguata, perdeva di significato, con la logica conseguenza di non costituire più un idoneo strumento di protezione del consumatore. Il grado di (non) tutela che ne conseguiva appariva, dunque, persino inferiore rispetto a quello contemplato da entrambe le precedenti proposte, dove l'inclusione nel contratto degli elementi essenziali, specificati, peraltro, nel testo normativo delle stesse, era *imposta* a tutti gli Stati membri, senza possibilità di deroga.

Nella versione finale della direttiva la riduzione del livello di tutela offerto al consumatore risaltava altresì dalla sopravvenuta indifferenza del legislatore comunitario per la regolamentazione delle pratiche di conclusione del contratto fuori dai locali commerciali del creditore, a seguito di una visita non richiesta dal consumatore. Invero, a tali ipotesi il legislatore della direttiva non faceva riferimento né per vietarle – com'era previsto nella prima proposta – né, qualora ammesse, per riconoscere il diritto di recesso al consumatore che ne fosse stato oggetto – com'era contemplato nella seconda proposta–

Questo il contesto normativo, appariva dunque chiara la discrasia tra gli obiettivi *formalmente* perseguiti dalla direttiva e le misure *in concreto* predisposte per raggiungerli, sintomo di una certa incoerenza nell'approccio adottato dal legislatore comunitario.

I lavori preparatori dimostrarono, come visto, la volontà di riservare alle legislazioni nazionali la competenza a precisare le conseguenze derivanti dall'inosservanza dei precetti europei, seppur nei limiti di quelli in materia di forma e contenuto del contratto⁶¹. Ebbene, detta prescrizione, quantunque meramente attributiva di una specifica competenza ai legislatori nazionali, non venne ribadita nella versione finale della direttiva. Sebbene non potesse discenderne alcuna rilevante conseguenza, rimanendo in ogni caso la potestà sanzionatoria affidata agli Stati membri, detta mancanza costituiva un'ulteriore testimonianza del

⁶¹ Cfr. art. 7 di entrambe le proposte di direttiva.

sopraggiunto minor rigore normativo con cui le Istituzioni comunitarie intendevano regolare il fenomeno creditizio⁶².

Riguardo agli effetti derivanti dall'inosservanza delle citate prescrizioni, sin da subito venne rilevata⁶³ l'inadeguatezza di una sanzione – propriamente privatistica – volta ad invalidare l'intero regolamento: il consumatore, infatti, in applicazione degli obblighi restitutori conseguenti ad una pronuncia di invalidità contrattuale, sarebbe stato costretto a rimborsare immediatamente il prestito concesso, con la (logica) conseguenza di non avere nessun interesse ad agire per far valere il vizio occorso. Al contrario, la previsione di «clausole di equo regolamento da sostituirsi automaticamente (...) a quelle non concordate nella forma dovuta» si riteneva potesse costituire una misura idonea sia a soddisfare le esigenze del consumatore ad ottenere e – soprattutto – mantenere la somma richiesta, sia a sanzionare il creditore per il comportamento – inadempiente – adottato, comunque imponendogli il rispetto delle prescrizioni violate.

L'applicazione del summenzionato meccanismo trovava, però, un limite qualora a non essere osservati fossero i precetti in tema di pubblicità. In tal caso, infatti, oltre ad essere compromesso l'interesse del consumatore a ricevere una corretta informazione pubblicitaria, risultava altresì falsata la leale e libera concorrenza tra le imprese creditizie, non potendo i (diversi) prodotti dalle stesse offerti essere adeguatamente confrontati. Da qui l'opportunità di individuare le conseguenze derivanti da tale inosservanza nella disciplina inerente al tema generale della trasparenza bancaria⁶⁴. Ne derivava, pertanto, un approccio normativo propriamente pubblicistico dal momento che il rispetto delle prescrizioni comunitarie in materia avrebbe dovuto essere assicurato da autorità preordinate a vigilare sul *modus operandi* dei creditori, sicché eventuali inottemperanze avrebbero rilevato dal punto di vista del corretto (o meno) svolgimento dell'attività bancaria⁶⁵.

⁶² G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, cit., pp. 539 e 540, evidenziava la «sinteticità» e la «frequente (e non insolita) imperfezione tecnica della formulazione», non trovando ogni domanda una risposta, né ogni problema una soluzione. Tuttavia, rilevava l'A., «il compito delle direttive non è quello di fornire esaurienti prescrizioni normative (le quali è giusto facciano i conti con i singoli ordinamenti nazionali) ma quello di fissare orientamenti di principio ed orientamenti capaci di svolgimenti coerenti così con il precetto comunitario come con gli ordinamenti che devono recepirlo».

⁶³ Così, G. OPPO, *op. cit.*, p. 547.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ A. TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, cit., pp. 731 e 732, rilevava come l'aspetto pubblicistico della direttiva si sostanziasse nelle tre forme alternative di vigilanza sull'esercizio del credito al consumo di cui all'art. 12. Segnatamente detto articolo accordava agli Stati membri la possibilità di: a) subordinare lo svolgimento dell'attività creditizia al rilascio di una specifica autorizzazione; oppure b) assoggettare i creditori e gli intermediari del credito «all'ispezione o al controllo di un'istituzione o di

La dicotomia pubblico-privato propria, come visto, del credito al consumo, si riproponeva, pertanto, anche con riguardo al regime sanzionatorio, quantunque non direttamente affrontato dalla direttiva. In effetti, la scelta sul tipo di conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei precetti comunitari, se meramente pubblicistiche o, al contrario, privatistiche, ovvero attinenti ad entrambi i profili, spettava ai singoli legislatori nazionali. Sulla base di tale scelta risultava poi possibile individuare l'interesse alla cui tutela era di fatto preposta la norma violata: se quello del consumatore a ricevere una completa e adeguata informazione in merito alle caratteristiche del contratto di credito proposto, a sua volta strumentale ad una scelta, appunto, informata e consapevole; oppure quello inerente al corretto svolgimento dell'attività creditizia da parte dei soggetti a ciò autorizzati, funzionale al buon andamento del mercato.

5. Inadeguatezza della regolamentazione comunitaria. Esigenze di riforma nella disciplina di settore.

Cinque anni dopo l'emanazione della direttiva, la Commissione presentò al Consiglio una relazione sull'applicazione della stessa (COM(95) 117 def.). Scopo di tale documento era quello di indagare l'incidenza del provvedimento comunitario sui singoli ordinamenti nazionali per poi, sulla base delle osservazioni presentate⁶⁶, discutere in merito all'opportunità di modificarne la disciplina.

Alla relazione seguirono numerose misure di consultazione⁶⁷, i cui rilievi vennero tenuti in debita considerazione dalla Commissione nel "Documento di sintesi delle relazioni e dei commenti"⁶⁸.

Tra i vari temi indicati quali carenti di regolamentazione da parte del legislatore comunitario emersero quelli riguardanti: a) l'obbligo, gravante sui

un'autorità»; o, infine, c) predisporre adeguati organismi volti a ricevere eventuali reclami da parte dei consumatori «in merito ai contratti di credito o alle condizioni di credito» e a fornire agli stessi «informazioni o consigli al riguardo». In proposito, il Comitato economico e sociale, nel parere relativo alla prima proposta di direttiva, osservò che per assicurare il rispetto e l'effettiva attuazione delle misure di tutela previste a beneficio del consumatore, le varie misure di controllo avrebbero dovuto essere «cumulative piuttosto che alternative». Tuttavia, come dimostrato dalla versione finale del provvedimento, detta osservazione non venne accolta.

⁶⁶ Segnatamente, un questionario riguardante vari aspetti del mercato del credito al consumo venne distribuito ai singoli Stati membri, alle associazioni europee di datori di lavoro, commercianti e consumatori; anche esponenti del mondo accademico espressero il loro parere in proposito.

⁶⁷ Cfr. doc. di sintesi, cit., pp. 4 e 5.

⁶⁸ Relazione sull'applicazione della dir. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, COM(95) 117 def. Sintesi delle relazioni e dei commenti, COM(97) 465 def., Bruxelles, 24 settembre 1997.

consumatori, di fornire informazioni in merito alla propria situazione economica e personale, nonché il dovere per i professionisti di fornire *consulenza* al momento della richiesta del prestito; *b*) la previsione di un periodo c.d. “di riflessione” a favore del consumatore a seguito della presentazione dell’offerta di credito, ovvero della conclusione del contratto; *c*) le conseguenze derivanti dalla mancata esecuzione del contratto di credito; *d*) il *sovraindebitamento* del consumatore.

In linea di principio, alla luce delle riflessioni sviluppate attorno a tali temi, emersero due contrapposte istanze: da un lato, l’industria dei servizi finanziari sottolineava le difficoltà che sarebbero alla stessa derivate dall’introduzione di nuove norme, di talché chiedeva di mantenere invariate quelle di cui alla dir. 1987/102/CEE, pur mostrandosi disponibile a valorizzare e osservare con diligenza i codici di condotta; dall’altro lato, le associazioni dei consumatori e dei consulenti finanziari accoglievano con favore le proposte di modifica volte, di fatto, a tutelarne maggiormente gli interessi⁶⁹, ragione per cui reputavano necessario intervenire mediante provvedimenti – legislativi – giuridicamente vincolanti.

Riguardo all’ambito di applicazione del provvedimento, si discusse in merito ad una sua estensione ai prestiti immobiliari non coperti da un’ipoteca e, con riguardo a quelli assistiti da detta garanzia (o altra analoga), considerate le peculiarità a questi sottese⁷⁰ e le conseguenti esigenze di tutela, si iniziò a valutare l’opportunità di una direttiva *ad hoc*⁷¹.

Significative modifiche avrebbero dovuto essere apportate alla fase precontrattuale del rapporto creditizio, scarsamente regolamentata dalla dir. 1987/102/CEE. In particolare, si analizzò la necessità di prevedere, da un lato, l’obbligo per i consumatori di fornire le informazioni «rilevanti» per la transazione creditizia, e, dall’altro lato, il dovere, gravante sui professionisti, di assicurare un

⁶⁹ La “nuova” direttiva comunitaria si proponeva infatti di assicurare ai consumatori un livello “elevato” di protezione (cfr. risoluzione del Parlamento, p. 4, lett. *k*)).

⁷⁰ L’industria dei servizi finanziari considerava i prestiti creditizi in termini di investimento e non di prestito al consumo.

⁷¹ In principio, la Commissione si mostrò incline a estendere il campo di applicazione della direttiva sul credito al consumo anche ai prestiti garantiti da ipoteca destinati al restauro o al rinnovo di immobili. Sennonché detta proposta incontrò il parere contrario del Parlamento, il quale non mancò di evidenziare come tale estensione avrebbe di fatto impedito l’applicazione ai citati prestiti dei tassi di interesse previsti per i crediti ipotecari, più vantaggiosi di quelli dei crediti al consumo; inoltre, i consumatori sarebbero stati gravati da costi supplementari relativi all’accensione e all’iscrizione delle garanzie ipotecarie (cfr. risoluzione del Parlamento, cit., p. 6, punto 4).

In generale, il Parlamento non riteneva opportuno adottare una normativa comunitaria di armonizzazione del credito ipotecario. Invero, tale settore si mostrava indissolubilmente connesso con i meccanismi nazionali di garanzia e di realizzo, fortemente divergenti tra loro. Di conseguenza, una regolamentazione a livello europeo dei prestiti ipotecari avrebbe inevitabilmente comportato la necessità di un ravvicinamento delle disposizioni nazionali anche in tali ultimi settori, e, in un’ultima analisi, «un’armonizzazione a livello europeo del diritto civile nazionale» (risoluzione del Parlamento, cit., p. 7, punto 16).

servizio di *consulenza*, che avrebbe dovuto essere reso tenendo in debita considerazione le peculiari circostanze personali ed economiche del richiedente il prestito⁷². Sembrava dunque delinarsi l'idea di una maggior responsabilizzazione tanto del consumatore, quanto del creditore (o dell'intermediario) rispettivamente nella richiesta e nella concessione del credito: il consumatore avrebbe dovuto informare il professionista della propria situazione personale e finanziaria affinché quest'ultimo potesse *consigliarlo* ai fini della scelta del prodotto creditizio più adatto. Così operando ne sarebbe dunque conseguito un rapporto di (leale) collaborazione tra le parti dell'operazione creditizia, collaborazione peraltro funzionale alla tutela degli interessi sia del consumatore (a concludere un contratto di credito adatto alle proprie esigenze), sia del professionista (a concedere credito a soggetti potenzialmente in grado di rispettare gli impegni convenuti, a sua volta strumentale al buon andamento dell'attività bancaria e, in generale, del mercato creditizio)⁷³. Invero, il cittadino che entrava in contatto con gli enti bancari e finanziari difficilmente era in grado di capire e valutare appieno le caratteristiche dei diversi prodotti offerti, sicché non poteva neppure coglierne le implicazioni in termini di costi e condizioni; inoltre, la mancata conoscenza delle caratteristiche e dei prezzi effettivi dei servizi proposti diminuiva le possibilità di raffronto tra gli stessi, con conseguenti ricadute negative per il mercato concorrenziale.

In un tale contesto, strumenti quali la pubblicità delle condizioni creditizie e la trasparenza dei comportamenti di tutte le parti del rapporto apparivano in definitiva necessari per garantire sia la protezione del contraente più debole, sia l'efficienza del mercato⁷⁴. Cionondimeno, ad avviso dei professionisti, l'imposizione dell'obbligo di fornire pareri e consulenza e l'esigenza di informare il mutuatario sulle caratteristiche non solo e non tanto dei propri prodotti, ma, se del caso, anche di quelli offerti dalle imprese creditizie concorrenti⁷⁵, avrebbero rispettivamente comportato un sovraccarico di informazione a danno del consumatore, e verosimili situazioni di conflitto di interessi tra gli stessi creditori, con l'ulteriore nota negativa

⁷² Detta proposta venne accolta con favore da Spagna, Portogallo, Finlandia, Francia e Svezia; al contrario, Danimarca, Austria e Regno Unito mostrarono una certa esitazione riguardo alla definizione di un «obbligo di informazione *reciproca*». Cfr. doc. di sintesi delle relazioni e dei commenti, cit., p. 12.

⁷³ Si sottolineava la necessità di un *reciproco* obbligo di informazione corretta e completa per tutte le parti contraenti (cfr. risoluzione Parlamento, pp. 11 e 13).

⁷⁴ «l'effettivo esercizio della libertà di scelta e la reale diversificazione dell'offerta» avrebbero infatti reso necessaria «l'esistenza di efficaci strumenti per l'informazione e l'educazione del consumatore» affinché quest'ultimo potesse effettivamente svolgere un ruolo attivo all'interno del mercato creditizio». Così, la risoluzione del Parlamento, p. 4, lett. f).

⁷⁵ Cfr. relazione di sintesi della Commissione, cit., p. 11, ove si rilevava altresì come una allora recente legge danese imponeva al creditore proprio un simile dovere informativo.

di vedersi addebitate conseguenze giudiziarie in caso di negligenza nell'adempimento di detti obblighi. L'industria dei servizi finanziari si mostrava quindi contraria a che la versione modificata di direttiva gravasse loro di ulteriori obblighi di condotta nella fase prodromica alla stipulazione del contratto.

Tuttavia, l'intenzione del legislatore comunitario non era quella di incidere in maniera così significativa sull'attività del professionista. Per vero, lo scopo di tali prescrizioni, specie di quelle inerenti al servizio di consulenza, voleva essere quello di porre il consumatore nelle condizioni di prendere una decisione *ben* informata, avuto riguardo alle informazioni ricevute dal professionista⁷⁶. In ogni caso, dunque, la scelta finale sul se concludere o meno il contratto di credito sarebbe spettata al consumatore, quale soggetto in grado di usare i dati in suo possesso per comparare, scegliere, evitare eccessi, pianificare e assolvere con diligenza ai propri impegni.

Alla luce di ciò, nonostante il proposito di incrementare il livello di protezione dei consumatori attraverso una più intensa regolamentazione degli obblighi informativi precontrattuali gravanti sui professionisti, i responsabili delle conseguenze, anche negative, derivanti dal contratto di credito stipulato erano e rimanevano soltanto gli stessi consumatori.

L'informazione e l'educazione finanziaria avrebbero inoltre potuto essere utilizzate dal legislatore comunitario, prima, e dai legislatori nazionali, poi, come misure per contrastare il sempre più crescente fenomeno – collaterale allo sviluppo del credito al consumo – dell'eccessivo indebitamento delle famiglie, fonte di preoccupazioni per tutti gli Stati membri.

Il sovraindebitamento costituiva un problema per entrambi i contraenti. Invero, il mancato tempestivo rimborso del prestito da parte del consumatore “sovraindebitato” – come tale incapace di rispettare gli obblighi restitutori nei termini convenuti – comportava ingenti costi all'istituto di credito, il quale doveva infatti attendere più a lungo per essere rimborsato, con la conseguenza di vedere *medio tempore* diminuita la propria liquidità e, quindi, pregiudicata la capacità di finanziare altre richieste di credito, magari avanzate da debitori maggiormente solvibili.

⁷⁶ Il “dovere di consiglio” (art. 4 relazione della Commissione) doveva infatti essere inteso come «l'obbligo di non dare informazioni deformate o parziali mirate a disinformare il potenziale cliente e l'obbligo di consigliare nel rispetto delle regole deontologiche il consumatore» (cfr. altresì la ris. del Parlamento europeo PE 216.814/def. - A4-0010/97 del 15 gennaio 1997, p. 12).

Ciononostante, alcuni esponenti dell'industria finanziaria, benché consapevoli della dimensione internazionale del fenomeno, non lo ritenevano un problema “transfrontaliero” connesso al finanziamento al consumo, ed escludevano pertanto che il legislatore comunitario fosse competente ad intervenire in materia.

Analoghe considerazioni vennero svolte dai governi inglese e francese, i quali, pur riconoscendo i problemi non solo economici, ma anche sociali, sottesi all'eccessivo indebitamento, ritenevano la direttiva sul credito al consumo un mezzo inadeguato a promuovere iniziative di politica sociale di ampia portata. Una soluzione al problema avrebbe dunque dovuto essere cercata all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

Le summenzionate riflessioni non erano tuttavia condivise dalla totalità degli Stati membri e degli esponenti il settore creditizio. Per vero, vi era chi, tra di essi, d'accordo con i rappresentanti dei consumatori, accoglieva con favore la proposta di regolamentazione della Commissione. In armonia con l'idea posta alla base dell'intera disciplina creditizia, anche in tal caso la tutela degli interessi dei consumatori doveva essere affidata all'informazione. Segnatamente, la predisposizione di misure informative volte a educare i cittadini all'impiego responsabile del denaro e all'importanza del risparmio, nonché a sensibilizzarli in merito alle conseguenze derivanti dall'assunzione di debiti esorbitanti le loro risorse finanziarie, avrebbe potuto costituire un mezzo efficace sia per migliorare il disequilibrio cognitivo sussistente tra i contraenti, sia per prevenire, o per lo meno contenere, la propensione delle famiglie all'eccessivo indebitamento.

Anche con riguardo a tale settore sembrava dunque prevalere un approccio normativo orientato ad una maggior responsabilizzazione del consumatore nella richiesta di credito, anziché del finanziatore nella corrispondente attività di concessione del medesimo.

Nonostante la divergenza di orientamenti in merito ai confini della competenza della UE ad adottare misure di armonizzazione in questo ambito, dalle considerazioni a tal proposito svolte, cominciava dunque ad emergere la consapevolezza, da parte degli operatori del mercato, degli aspetti negativi originati dall'incontrollato accesso al credito al consumo.

Iniziarono così a svilupparsi le prime riflessioni in merito all'opportunità per gli istituti creditizi di procedere ad una *preventiva* valutazione della potenziale capacità del richiedente di rimborsare il prestito concesso, nonché, nel complesso,

della correttezza o meno dei suoi comportamenti finanziari⁷⁷. Per vero, il creditore avrebbe potuto reperire informazioni relative all'apertura e all'andamento di eventuali rapporti di credito intrattenuti dal consumatore con altre imprese finanziarie nelle banche dati informatiche a tale scopo predisposte⁷⁸, l'accesso alle quali, tenuto conto della delicatezza di dette informazioni e degli effetti derivanti dalla loro circolazione, sarebbe stato parimenti regolamentato dal legislatore comunitario.

Questi i propositi, gli aspetti caratterizzanti il (futuro) dovere del finanziatore di valutare il c.d. "merito creditizio" del consumatore apparivano delineati.

Nell'ottica di assicurare un "elevato" e – soprattutto – uniforme livello di protezione ai consumatori della Comunità, la Commissione si interrogò altresì sull'opportunità di procedere ad un'armonizzazione "massima" del settore in questione. Invero, l'ampia utilizzazione della possibilità di mantenere o introdurre disposizioni più protettive per i consumatori da parte dei legislatori nazionali ebbe, per converso, l'effetto negativo di determinare una forte disomogeneità nel livello di protezione riconosciuto a questi ultimi dai singoli Stati membri. Sennonché detta disomogeneità disincentivava altresì la richiesta di credito transfrontaliera, con l'ovvia conseguenza di rappresentare un ostacolo al funzionamento e allo sviluppo del mercato comune. Invero, il divergente grado di tutela accordato ai finanziati, da un lato, e la scarsa informazione in merito alle caratteristiche sia dei prodotti creditizi, sia dei professionisti che tali prodotti offrivano, dall'altro, inevitabilmente inducevano i mutuatari a rivolgersi esclusivamente agli istituti di credito presenti nel proprio Paese di origine. In questo modo, entrambe le finalità perseguite dal legislatore comunitario risultavano, di fatto, del tutto vanificate.

Questo il contesto, considerata la necessità sia di accrescere le tutele previste a favore dei consumatori, sia di assicurare un efficace funzionamento del mercato comune del credito al consumo, i tempi per un ripensamento della dir. 1987/102/CEE apparivano ormai maturi.

⁷⁷ Nel linguaggio bancario, si è soliti parlare di "referenza creditizia" (*credit-reference*) per definire la reputazione che il cliente ha presso le banche e gli intermediari finanziari e ne riflette la correttezza dei comportamenti nell'ambito dei rapporti di finanziamento intrattenuti.

⁷⁸ Le referenze sui consumatori, e, dunque, le banche dati che le contengono, possono essere di tipo positivo, qualora riguardino i regolari pagamenti delle rate o l'avvenuta estinzione del debito, ovvero di tipo negativo, nel caso in cui afferiscano ai ritardi, alle morosità e alle insolvenze. Essere considerati "cattivi pagatori" a causa di condotte non corrette nei confronti dell'ente creditizio può avere effetti pregiudizievoli sull'accesso al credito, sull'iniziativa privata e sulle relazioni sociali e professionali.

**L'OBBLIGO DI VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO DEL
CONSUMATORE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO. LA DIRETTIVA
2008/48/CE: VERSO UNA RESPONSABILIZZAZIONE DEGLI ENTI
CREDITIZI?**

1. *Prima proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di credito ai consumatori. Armonizzazione massima e “soggettivazione” della disciplina comunitaria.*

Le preoccupazioni espresse in merito all' idoneità della disciplina comunitaria a garantire tanto ai consumatori, quanto alle imprese creditizie, i vantaggi offerti dal mercato comune, e l'intenzione di prevenire verosimili interventi di riforma delle legislazioni nazionali in materia, indussero le Istituzioni comunitarie ad emanare, nel settembre 2002, una nuova proposta di direttiva sul credito *ai consumatori*⁷⁹.

In un contesto caratterizzato dall'affermarsi di nuovi e sempre più complessi strumenti finanziari, l'obiettivo era quello di creare un mercato creditizio più trasparente ed efficiente, idoneo ad assicurare sia un livello elevato di tutela ai consumatori, sia una libera e migliore circolazione transfrontaliera delle offerte di credito. L'idea era infatti quella secondo cui detti risultati non avrebbero potuto essere conseguiti prescindendo dall'istituzione del mercato interno e dal suo corretto funzionamento. Per tale motivo, la Commissione reputò opportuno individuare nell'art. 95 TCE (attuale art. 114 TUE⁸⁰) la base giuridica del proprio intervento. Già da tale scelta appariva pertanto chiaro il prevalente interesse del legislatore comunitario per l'aspetto pubblicistico del fenomeno e, quindi, per la creazione di un ambiente caratterizzato dalla libera circolazione dei prodotti offerti dai diversi prestatori, a sua volta finalizzata ad incentivare lo scambio transfrontaliero del credito. Per vero, se lo scopo principale della direttiva fosse stato quello – prettamente privatistico – di assicurare un elevato grado di tutela ai

⁷⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa “all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori”, COM(2002) 443 def., Bruxelles 11 settembre 2002, in *G.U.U.E.* C 331 E/200 del 31 dicembre 2002.

⁸⁰ «Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno» (art. 95, par. 1, TCE).

consumatori, la base giuridica della stessa avrebbe dovuto essere identificata nell'art. 153 TCE (attuale art. 169 TUE⁸¹). In un tale contesto, poi, finanche le misure primariamente predisposte per proteggere i consumatori avrebbero dovuto mostrarsi funzionali alla realizzazione del mercato interno, affiancando e rafforzando gli strumenti a tal fine predisposti⁸². Ne derivava un rapporto finalistico tra gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, rapporto peraltro contraddistinto da una certa circolarità: da un lato, la realizzazione del mercato comune assicurava un livello elevato di tutela ai consumatori; dall'altro lato, le misure finalizzate a salvaguardarne gli interessi, e, quindi, ad innalzarne il grado di fiducia nei confronti di detto mercato, contribuivano al suo corretto andamento e miglioramento.

Il processo di revisione della direttiva doveva avvenire nel rispetto di sei linee direttrici, e segnatamente: *a)* ridefinizione del campo di applicazione della stessa per adattarla alle nuove realtà del mercato e per meglio definire la demarcazione tra credito al consumo e credito edilizio; *b)* introduzione di nuove disposizioni rivolte agli intermediari del credito; *c)* realizzazione di un quadro normativo in grado di offrire al finanziatore maggiori informazioni sul richiedente, consentendogli, così, una più accurata valutazione dei rischi connessi all'eventuale concessione del prestito; *d)* previsione di informazioni più complete per il consumatore e gli eventuali fideiussori; *e)* *divisione più equilibrata delle responsabilità tra il consumatore e il finanziatore*; *f)* miglioramento delle forme e delle pratiche di gestione dei problemi relativi ai pagamenti.

Una modifica ovvero un intervento *ex novo* nella regolamentazione dei profili attinenti a detti ambiti appariva necessaria alla luce delle difformità che connotavano le legislazioni nazionali. Tant'è vero che gli Stati membri, in applicazione della clausola (minima) di cui all'art. 15, avevano adottato norme significativamente differenti proprio con riguardo: alla tipologia dei contratti soggetti alle disposizioni di recepimento della direttiva⁸³; al carattere obbligatorio o facoltativo delle assicurazioni e delle fideiussioni previste a copertura del rimborso del credito concesso, con conseguenti diversità nel

⁸¹ «Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi» (art. 169, par 1. TUE).

⁸² «Tali misure [quelle che garantivano un elevato grado di tutela del consumatore] sono finalizzate a rafforzare le misure che consentono la realizzazione del mercato interno e dovrebbero consentire agli Stati membri di accettare un'armonizzazione di elevato livello senza che sia necessario ricorrere in modo generalizzato a misure di tutela aggiuntive». Così, la relazione alla proposta di direttiva, p. 7.

⁸³ Ad esempio, in taluni Stati membri, la legislazione in materia di credito al consumo regolava il contratto di *leasing* con opzione d'acquisto o, anche, la locazione di beni mobili; al contrario, in altri Stati membri, detti contratti erano esclusi dal campo di applicazione della legislazione.

calcolo dei costi al medesimo connessi; al riconoscimento o meno di un diritto di recesso a favore del consumatore, caratterizzato, laddove previsto, da diversi termini e procedure per il suo esercizio⁸⁴; infine, agli effetti derivanti dalla mancata esecuzione del contratto da parte del mutuatario⁸⁵.

Considerata, dunque, la portata dell'intervento riformatore, una mera modifica della dir. 1987/102/CEE (come emendata dalle dir. 1987/7/CEE e 1990/88/CE) appariva inappropriata, dovendo, all'opposto, preferirsi l'integrale sostituzione della stessa.

L'armonizzazione perseguita dal legislatore comunitario si proponeva di migliorare il funzionamento e la stabilità del mercato europeo del credito. La predisposizione di norme uniformi per tutti gli operatori economici avrebbe, infatti, incentivato le attività transfrontaliere e, quindi, intensificato la concorrenza tra le imprese⁸⁶. Cionondimeno, quella del mercato non era l'unico "tipo" di stabilità perseguita dalla nuova proposta, intendendo la stessa assicurare anche la *stabilità del credito*. Prodromica al raggiungimento di detto risultato era la previsione di norme in materia di *prestito responsabile*, di informazione e di tutela del consumatore nel momento sia della conclusione del contratto, sia della sua esecuzione. Ad avviso della Commissione, infatti, dette norme si mostravano atte a dissuadere i creditori e gli intermediari dall'assumere comportamenti scorretti, volti ad incoraggiare il consumatore a stipulare un contratto di credito non adatto alle proprie esigenze, spesse volte nemmeno valutate, con la conseguenza di pregiudicarne la situazione finanziaria e verosimilmente contribuire ad un suo eccessivo indebitamento.

Fu, dunque, a partire da tale momento che iniziò ad emergere la consapevolezza, da parte del legislatore comunitario, dell'opportunità di prevedere misure in grado di responsabilizzare i creditori e gli intermediari nelle rispettive attività di concessione e intermediazione del credito e, quindi, della necessità di rivedere l'idea, posta alla base della dir. 1987/102/CEE, secondo cui gli intermediari non potevano essere ritenuti

⁸⁴ La stessa qualificazione di tale diritto mutava da Paese a Paese. Al riguardo si parlava di diritto di "riflessione", di "ripensamento" (come in Francia, dove era proibito dare esecuzione al contratto durante tale periodo), o, ancora, di "annullamento". In alcuni Stati, poi, detto diritto veniva riconosciuto al consumatore soltanto nei casi in cui la stipulazione del contratto avveniva fuori dai locali commerciali del creditore, mentre in altri tali pratiche erano vietate.

⁸⁵ Le normative al riguardo previste dagli Stati membri differivano in maniera significativa rispetto ai periodi di attesa più o meno lunghi che il creditore doveva rispettare prima di agire giudizialmente nei confronti del consumatore inadempiente, nonché in materia di pignoramento dei beni. Termini più lunghi e procedure speciali per il recupero forzoso del credito comportavano, poi, maggiori costi per il creditore e al contempo rappresentavano uno svantaggio concorrenziale se raffrontati a situazioni in cui tali costi non erano previsti, ovvero gravavano sul creditore a condizioni meno restrittive.

⁸⁶ «In effetti, se le norme sono identiche nei confronti sia dei creditori e/o degli intermediari del credito che dei consumatori e dei fideiussori, questi ultimi dovrebbero vedere accresciuta la loro fiducia nei confronti di tipologie di credito sconosciute (...) offerte da creditori o intermediari situati in altri Stati membri». Così, la relazione alla proposta di direttiva, p. 7.

responsabili degli effetti pregiudizievoli derivanti al consumatore dalla stipulazione di un contratto non adatto al suo profilo personale e finanziario. All'opposto, quest'ultimo era spesso vittima di comportamenti irresponsabili adottati proprio dai professionisti e, perciò, di impegni che risultavano squilibrati – a suo danno – già all'atto del perfezionamento dell'accordo. In proposito, un correttivo a detto sbilanciamento venne individuato nella previsione di disposizioni finalizzate a prevenire l'eccessivo indebitamento e ad imporre al finanziatore, prima dell'eventuale stipulazione del contratto, la consultazione di banche dati centralizzate contenenti informazioni sullo stesso consumatore (art. 8); per di più, il rispetto di tali norme avrebbe contribuito al miglioramento della qualità del prestito, poiché concesso solo a coloro verosimilmente capaci di restituirlo.

Attesi i propositi della nuova proposta, il livello di armonizzazione dalla stessa perseguito doveva essere “elevato” e interessare «in linea di principio, tutte le tipologie e le forme di credito offerte ai privati». Da qui, la decisione della Commissione di riferire il proprio intervento al fenomeno del credito concesso “ai consumatori” anziché a quello del credito “al consumo”⁸⁷. La scelta di soggettivare il titolo della direttiva appariva, dunque, una scelta di coerenza formale tra l'ambito di applicazione oggettivo e quello soggettivo.

Oltre che “elevata”, l'armonizzazione doveva altresì presentarsi come “massima”. Al fine di evitare la riproposizione dei problemi originati dal grado “minimo” di armonizzazione perseguito dalla dir. 1987/102/CEE, il nuovo provvedimento avrebbe dovuto impedire agli Stati membri di mantenere, ovvero prevedere disposizioni nazionali diverse da quelle dal medesimo contemplate, anche se più favorevoli per il consumatore, «salvo contraria precisazione»⁸⁸. In tal modo, sebbene risultasse impedito ai legislatori nazionali di prevedere – laddove ritenuto opportuno – misure più protettive nei confronti dei propri consumatori, veniva assicurata una disciplina uniforme, valida per tutti gli operatori della Comunità, come tale idonea sia ad accrescere il livello di fiducia dei consumatori nel mercato comune, sia a promuovere lo sviluppo della concorrenza tra i prestatori. Inoltre, perché la tutela del consumatore potesse dirsi effettiva, era impedito tanto agli Stati membri, quanto ai consumatori, di adottare misure che potessero di fatto annichilire i benefici connessi ai diritti loro riconosciuti. Segnatamente, da una parte, ai legislatori nazionali era richiesto di predisporre strumenti

⁸⁷ Cfr. la relazione alla proposta di direttiva, p. 8.

⁸⁸ Ad esempio, in materia di registrazione dei contratti di credito e di fideiussione di cui all'art. 8, par. 4, ovvero di onere della prova *ex art. 33* (art. 30, par. 1, lett. *a e b*).

idonei ad assicurare al mutuatario lo stesso grado di tutela garantito dalla direttiva nel caso in cui le parti avessero deciso di applicare al contratto la legislazione di un Paese terzo, sempreché tale accordo presentasse un legame significativo con il territorio di almeno uno degli Stati membri (art. 30, par. 5); dall'altra parte, era lo stesso consumatore a non dovere – o più correttamente non potere – rinunciare ai diritti conferitigli dalle disposizioni comunitarie, assumendo, queste, carattere unilateralmente imperativo (art. 30, par. 4).

La nuova proposta di direttiva si applicava ai contratti di credito stipulati tra un creditore e un consumatore, nonché agli eventuali contratti di fideiussione ai medesimi correlati, fatte in ogni caso salve le ipotesi di esclusione dalla medesima specificate⁸⁹. Da un punto di vista oggettivo si assisteva, dunque, ad una estensione della portata del provvedimento, che si sarebbe così applicato anche ai contratti «accessori conclusi da un fideiussore che garanti[va] o offr[iva] la promessa di garantire l'esecuzione di ogni forma di credito concessa a persone fisiche o giuridiche»⁹⁰. Di conseguenza, da un punto di vista soggettivo, destinatario della protezione accordata dalla direttiva era non soltanto il consumatore, ma altresì l'eventuale fideiussore, il quale prestava la propria garanzia mosso da motivazioni che nulla dovevano centrare con l'eventuale attività professionale o imprenditoriale svolta⁹¹. Anche il fideiussore doveva quindi essere un “consumatore”, la cui nozione, al pari di quelle di “creditore” e di “contratto di credito”, rimasero peraltro uguali alle definizioni contemplate dalla dir. 1987/102/CEE. In proposito, al fine di ampliare la sfera – soggettiva – di applicazione della direttiva, ed in particolare delle norme sugli obblighi informativi precontrattuali, venne inoltre introdotta la nozione di “intermediario del credito”. Nello specifico, per “intermediario del credito” doveva intendersi «una persona fisica o giuridica che, dietro compenso, esercita[va] a titolo abituale: (i) un'attività di intermediazione che consiste[va] nel presentare o nel proporre dei contratti di credito; (ii) altre attività preparatorie alla loro conclusione; (iii) la conclusione dei contratti stessi» (art. 2, par. 1, lett. d).

⁸⁹ Tra gli altri, continuavano a figurare i contratti aventi «per oggetto la concessione di credito per l'acquisto o la trasformazione di un bene immobile di cui il consumatore [era] proprietario o che cerca[va] di acquisire e che [era] garantito da un'ipoteca su un immobile oppure da una fideiussione comunemente utilizzata a tale fine in uno Stato membro» (art. 2, par. 1, lett. a).

⁹⁰ Cfr. art. 2, par. 1, lett. e. In linea di principio, l'armonizzazione di tali contratti avrebbe riguardato le informazioni da fornire al fideiussore nella fase prodromica alla stipulazione del contratto. Cfr. la relazione alla proposta di direttiva, p. 8, nonché l'8° *considerando* della proposta il quale rilevava che, tenuto conto dei rischi che sarebbero gravati anche sugli interessi economici degli eventuali fideiussori, erano necessario prevedere disposizioni che garantissero loro «un livello di informazione e di tutela analogo a quello previsto per il consumatore».

⁹¹ Cfr. art. 2, par. 1, lett. f.

Precisato quello che avrebbe dovuto essere l'ambito di applicazione, particolare rilevanza assunsero le novità che la Commissione intendeva introdurre con riguardo agli obblighi di condotta imposti ai professionisti, specialmente nella fase prodromica alla stipulazione del contratto.

Sin dal primo e generalizzato approccio che il consumatore poteva avere con la moltitudine di prodotti creditizi presenti sul mercato, vale a dire sin dal momento in cui gli stessi venivano pubblicizzati, le informazioni contenute nei correlati annunci avrebbero dovuto essere forniti «in modo chiaro e comprensibile», avuto soprattutto riguardo ai dati relativi al tasso debitore⁹², al tasso creditore nominale⁹³ e al tasso annuo effettivo globale⁹⁴, e dovendo comunque sempre risultare precisata la loro «finalità commerciale». L'intento sembrava dunque quello di “avvertire” in via preventiva il consumatore delle possibili – e fisiologiche – variazioni che il prodotto creditizio avrebbe potuto subire una volta adattato alle sue esigenze e caratteristiche. Inoltre, sempre al fine di assicurarne una reale tutela, ad onta dell'indifferenza in proposito manifestata dalla previgente direttiva, la nuova disciplina vietava ai professionisti la negoziazione, peraltro frutto di una loro non richiesta iniziativa, dei contratti di credito (o di fideiussione) fuori dai propri locali commerciali (art. 5).

A seguito dell'interesse manifestato dal consumatore per la conclusione di un contratto di credito, il creditore e, «se del caso», l'intermediario *potevano* chiedere sia a lui, sia all'eventuale fideiussore, informazioni «esatte» e «complete», strumentali alla valutazione della loro situazione finanziaria e della loro solvibilità⁹⁵; per valutare, quindi, se alla richiesta di credito corrispondeva una condizione patrimoniale stabile del consumatore (o del fideiussore), tale da permettergli di rimborsare, nei termini e nei tempi pattuiti, la somma (maggiorata degli interessi, legali o convenzionali) concessa. Tuttavia, atteso che il professionista *poteva* - e non doveva - “interrogare” la propria controparte, detta “interrogazione” si presentava come meramente eventuale, lasciata, cioè, alla scelta discrezionale dei singoli enti creditizi. La comunicazione «puntuale e completa» da parte del consumatore (o del fideiussore) di informazioni che, avuto riguardo allo scopo ad esse sotteso, avrebbero verosimilmente riguardato la propria

⁹² Il “tasso debitore” era «il tasso espresso quale percentuale periodica applicata per un determinato periodo all'importo del credito prelevato» (art. 2, par. 1, lett. k).

⁹³ Costituivano il “tasso creditore nominale” «le somme percepite dal creditore espresse in percentuale annuale dell'importo totale del credito», (art. 2, par. 1, lett. j).

⁹⁴ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. h, tale tasso indicava «il costo totale del credito al consumatore espresso in percentuale annua dell'ammontare totale del credito concesso».

⁹⁵ Tale accertamento era il solo che legittimava la raccolta e l'utilizzo delle citate informazioni da parte del professionista. Cfr. 11° *considerando* e art. 7 della proposta.

situazione finanziaria e personale, era, dunque, obbligatoria *se ed in quanto* al medesimo richiesta.

Ciononostante, a bilanciare siffatta discrezionalità interveniva il precetto di cui all'art. 8, il quale *impon*eva ai – questa volta soli – creditori, *prima* di assecondare la richiesta di credito, di consultare una banca dati centralizzata, peraltro appositamente istituita, in cui si trovavano registrate informazioni «adeguate» e «sicure»⁹⁶ attinenti ai problemi di rimborso in cui erano incorsi i consumatori e i fideiussori di uno Stato membro⁹⁷.

La finalità sottesa a tale *obbligatoria* consultazione sembrava dunque essere quella di evitare che i creditori erogassero credito a soggetti conosciuti come “cattivi debitori” e, quindi, presumibilmente insolvibili. Sebbene una siffatta constatazione potesse risultare lapalissiana, in quanto era – o meglio avrebbe dovuto essere – nello stesso interesse del finanziatore concedere prestiti solo a mutuatari *meritevoli*, capaci, cioè, di assolvere ai propri impegni restitutori, non si doveva però dimenticare che, da un lato, all'eventuale inadempimento del consumatore avrebbe sopperito la garanzia fideiussoria, se prestata; dall'altro lato, poi, il creditore, attraverso un particolare meccanismo finanziario c.d. “di cartolarizzazione”, avrebbe potuto spogliarsi del rischio di insolvenza del debitore, in principio dallo stesso sopportato, trasferendolo sul mercato⁹⁸.

Alla luce di tali fattori, dunque, quelle che all'apparenza potevano sembrare una valutazione e una scelta scontate da parte del professionista (*rectius* concedere credito solo a chi si mostrava verosimilmente capace di restituirlo e, all'opposto, astenersi nel caso in cui il corretto assolvimento di tale impegno risultasse *ab origine* incerto sulla base delle informazioni chieste ed ottenute dal consumatore e dei risultati – negativi – emersi dalla consultazione della banca dati centralizzata), apparivano, in realtà, tutt'altro che tali.

⁹⁶ Così il 12° *considerando*.

⁹⁷ Dunque, una banca dati centralizzata di tipo negativo, il cui accesso doveva avvenire alle stesse condizioni per tutte le imprese e le persone della Comunità, senza nessuna discriminazione. Al pari delle informazioni chieste al consumatore (e all'eventuale fideiussore), anche i dati raccolti in tali banche informatiche dovevano essere trattati unicamente per valutare la situazione finanziaria e la solvibilità del mutuatario (e del fideiussore), dovendo peraltro essere distrutti una volta concluso il contratto di credito, ovvero manifestato il rifiuto del professionista di stipularlo (cfr. art. 8, par. 3).

⁹⁸ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e alla ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 67, rileva che non di rado anche i finanziatori «possono prendere decisioni irrazionali: una delle ipotesi di fallimento del mercato dal lato dell'offerta del credito è rappresentato dall'*irrational exuberance in lending*, che si verifica sotto la pressione della corsa ad aumentare i profitti collocando sul mercato prodotti finanziari ad alto rischio, senza verificare le possibilità di adempimento della controparte».

Il contenimento del rischio di credito si mostrava peraltro vantaggioso anche – e soprattutto – per lo stesso consumatore, il quale avrebbe evitato di assumere impegni finanziari esorbitanti le proprie risorse economiche.

Ebbene, sia la richiesta – ancorché meramente eventuale – delle informazioni al consumatore (e all'eventuale fideiussore), sia la consultazione – questa, sì, obbligatoria *ex lege* – della banca dati centralizzata, rappresentavano i due aspetti su cui si basava quel – volendo anticipare la terminologia che sarà utilizzata dal legislatore comunitario nel prosieguo dei lavori – dovere di valutazione del c.d. merito creditizio del consumatore, prodromico alla (ipotetica) concessione del credito.

Nella fase precontrattuale, al professionista era richiesto di fornire alla propria controparte ogni informazione “necessaria” inerente al contratto di credito proposto. Segnatamente, l'informazione doveva comprendere «una descrizione chiara e concisa del prodotto, dei suoi vantaggi e, se del caso, dei suoi inconvenienti» (art. 6, par. 2). Un'informazione, dunque, volta a rendere edotto il consumatore della portata dell'impegno finanziario che intendeva assumere e degli effetti, anche negativi, che avrebbero potuto prodursi nella sua sfera economica e personale. Per vero, lo scopo era quello di mettere il richiedente nelle condizioni di prendere una decisione «con piena cognizione di causa»⁹⁹, conoscendone sia gli aspetti positivi, che negativi. Ancora una volta, dunque, sembrava gravare sul solo consumatore la responsabilità della scelta compiuta, soprattutto se da tale scelta fosse conseguito un peggioramento della sua – magari già compromessa – situazione patrimoniale. Sennonché, in considerazione della complessità tecnica e giuridica dei prodotti finanziari presenti sul mercato, e dell'inadeguatezza della prevista *disclosure* informativa a fornire al consumatore gli strumenti necessari per comprenderne appieno le caratteristiche e le implicazioni, il legislatore comunitario ritenne opportuno imporre ai creditori e, se del caso, agli intermediari un *obbligo di consulenza*. Segnatamente, ai sensi del par. 3, art. 6, il professionista avrebbe dovuto *cercare*, tra i contratti che era solito offrire, ovvero trattare abitualmente, «il tipo e l'importo totale del credito più adatti» al consumatore. Nell'adempimento di tale “ricerca”, il mutuante doveva tenere in considerazione: (i) la situazione finanziaria del consumatore; (ii) lo scopo dal medesimo perseguito con la somma richiesta; (iii) i vantaggi e gli svantaggi inerenti ai prodotti proposti. Ne conseguiva giocoforza una maggiore e più effettiva tutela degli interessi del consumatore.

⁹⁹ Cfr. 14° *considerando*, il quale discorreva di informazioni “adeguate”.

Tuttavia, lungi dall'attribuire al creditore la scelta in merito all'*an* e al tipo di contratto da stipulare, l'attività di consulenza si mostrava ausiliaria ad una decisione che era e rimaneva del consumatore. In effetti, ciò che si chiedeva al professionista era scegliere tra i diversi prodotti di credito trattati quello – o, in ipotesi, quelli, se più di uno – più adatto al profilo personale e patrimoniale del richiedente; successivamente, benché nei limiti di quanto indicatogli, era quest'ultimo a decidere se addivenire o meno alla stipula del contratto.

Per vero, come gli obblighi informativi, anche il dovere di consulenza mirava ad offrire al consumatore gli strumenti necessari per scegliere – riprendendo la medesima espressione utilizzata in tema di informazione precontrattuale – «con cognizione di causa»¹⁰⁰ tra una pluralità di contratti *già* giudicati confacenti ai suoi bisogni e alla sua condizione patrimoniale dal creditore-consulente. Una prima “selezione” veniva dunque compiuta dal professionista, quale soggetto dotato delle competenze necessarie per individuare – prima – ed escludere – poi – quei contratti sin dal principio inadatti alle caratteristiche del consumatore e, quindi, per lo stesso verosimilmente pregiudizievoli. Sebbene, come detto, la scelta finale in ordine sia alla stipula del contratto, sia al tipo, qualora gliene fossero stati proposti più di uno, sarebbe spettata al consumatore, emergeva comunque la volontà del legislatore comunitario di attribuire anche al creditore (e, «se del caso», all'intermediario) un ruolo rilevante nel processo decisionale prodromico alla (eventuale) conclusione del contratto di credito.

La nuova proposta di direttiva sembrava così preannunciare una maggiore responsabilizzazione del professionista nelle rispettive attività di concessione e intermediazione del credito: accanto alla tutela della corretta gestione e allocazione delle risorse finanziarie, a sua volta funzionale al buon andamento del mercato creditizio, dette attività avrebbero dovuto essere informate anche ad una logica di protezione *effettiva* degli interessi dei consumatori.

2. *Il principio del prestito responsabile. Profili innovativi ed aspetti problematici.*

Un approccio c.d. “*responsible lending*” trovava un espresso riconoscimento normativo nell'art. 9 della proposta, per l'appunto rubricato “Prestito responsabile”. In

¹⁰⁰ Cfr. 15° *considerando*.

ossequio a tale principio, il – *solo* – creditore¹⁰¹, prima della stipulazione del contratto di credito o di fideiussione, nonché dell'eventuale aumento dell'importo inizialmente concesso o garantito, era gravato dall'onere di verificare «con ogni mezzo a sua disposizione» l'effettiva capacità del creditore e dell'eventuale fideiussore «di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto». Obblighi, si ritiene, di natura restitutoria, giacché l'esito, positivo o negativo, conseguente ad una tale valutazione poteva verosimilmente costituire il discrimine tra l'erogazione o meno del credito.

Tale preventiva verifica, oltre a rispondere ad una logica di tutela del consumatore, in quanto funzionale ad evitargli l'assunzione di debiti esorbitanti le proprie risorse economiche, preservava lo stesso finanziatore dal rischio di erogare credito a soggetti verosimilmente incapaci di rimborsarlo, al contempo garantendo il corretto esercizio dell'attività creditizia. Di tale operato beneficiava, peraltro, la generalità dei creditori: tanto più il credito veniva accordato a mutuatari c.d. “meritevoli”, quanto più diminuiva il rischio di una loro insolvenza. Astrattamente, quindi, la stessa scelta di concludere il contratto di credito avrebbe dovuto presupporre la capacità del richiedente di rispettarne gli impegni restitutori. Ne sarebbe così conseguita una situazione di vantaggio per l'intero settore finanziario.

Alla luce delle summenzionate riflessioni, il principio in questione sembrava perciò essere lo strumento preferito dal legislatore comunitario per rivelare la menzionata natura ambivalente della disciplina sul credito al consumo, volta a proteggere, da un lato, la figura del consumatore e, dall'altro, il corretto funzionamento del mercato. Anche nella concessione responsabile del credito potevano dunque individuarsi tanto i connotati tipicamente privatistici della salvaguardia degli interessi dei consumatori, quanto quelli pubblicistici della tutela del mercato comune.

Nella prospettiva adottata dalla Commissione, ai fini di un operare responsabile, il finanziatore avrebbe dovuto: (i) reperire le informazioni inerenti al consumatore nelle banche dati centralizzate (negative) a tale scopo predisposte; (ii) verificare le eventuali notizie in proposito fornite dallo stesso consumatore, dal fideiussore, ovvero dagli intermediari del credito; (iii) richiedere la costituzione di garanzie fideiussorie; (iv) da ultimo, «selezionare il tipo di credito da offrire»¹⁰². Per vero, con riguardo a tale ultimo aspetto, preme rilevare come un'opera di “selezione” gravasse sul professionista¹⁰³ già

¹⁰¹ A differenza del dovere di consulenza, il rispetto di tale principio era imposto al solo creditore e non anche all'intermediario.

¹⁰² Così la relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 16.

¹⁰³ Tale attività era imposta sia al creditore, sia all'intermediario del credito.

ai sensi dell'art. 6, par. 3, della proposta, attinente, come visto, al c.d. dovere di consulenza. In conformità a detto dovere, la "selezione" sarebbe quindi dovuta avvenire tra i prodotti creditizi offerti o abitualmente trattati dallo stesso finanziatore, per poi ricadere su quello, ovvero su quelli, qualora ne fossero stati individuati più di uno, maggiormente rispondenti alle esigenze e alla situazione finanziaria del consumatore, spettando comunque a quest'ultimo la scelta finale. Sembrava dunque sussistere un collegamento funzionale tra l'operare responsabile del creditore e il rispetto del dovere di consulenza sul medesimo incombente, il cui corretto adempimento non poteva prescindere da una preventiva indagine in merito alla condizione personale ed economica del richiedente il prestito. Il rapporto che ne scaturiva era, pertanto, di reciproca dipendenza: il creditore "responsabile" non poteva esimersi da una corretta attività di consulenza e, all'opposto, quest'ultima doveva essere condotta alla stregua dei dettami attinenti al previo reperimento di informazioni sul consumatore, riconducibili, come visto, al principio del "prestito responsabile".

Tuttavia, l'obbligo del finanziatore di concedere credito in maniera responsabile non si sostanziava in un'attività esclusivamente volta ad ottenere risultati quali «la solvibilità o l'incapacità di rimborso da parte del consumatore»¹⁰⁴. Da un lato, infatti, tali risultati potevano ottenersi solo a seguito di un accertamento fattuale a tal fine svolto «di preferenza dalle autorità giudiziarie», che indagavano caso per caso i motivi che, di fatto, avevano concorso a determinare lo stato di insolvenza del mutuatario¹⁰⁵; dall'altro, gli adempimenti richiesti al professionista in ossequio al principio in questione non avevano, come visto, quale unico scopo la verifica della potenziale solvibilità del mutuatario. Di conseguenza, detta verifica, quantunque di fondamentale importanza ai fini della stipulazione del contratto, rappresentava soltanto *uno* degli obblighi su cui si imperniava l'agire responsabile del creditore.

In linea di principio, la proposta non vietava ufficialmente l'erogazione del credito a soggetti in condizioni economiche dissestate: in conformità al principio della libertà contrattuale spettava, infatti, al singolo professionista valutare l'opportunità dell'operazione creditizia e, quindi, il grado del rischio da assumere con riguardo alla potenziale solvibilità della propria controparte. Cionondimeno, in applicazione delle

¹⁰⁴ Cfr. relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 16.

¹⁰⁵ Un accertamento, dunque, "successivo", che presupponeva il verificarsi di detto stato. Per vero, causa dell'insolvenza del mutuatario avrebbe anche potuto essere un evento improvviso, come tale non accertabile *ex ante* (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il debitore, del tutto inaspettatamente, perda il lavoro e, quindi, la fonte – il reddito – da cui abitualmente attingeva per rimborsare il credito concesso; ovvero accusi una, altrettanto inaspettata, malattia che ne diminuisce bruscamente la capacità reddituale).

regole prudenziali c.d. “del buon creditore” (*rectius* del creditore responsabile), quest’ultimo, a fronte di un mutuatario “non meritevole” (*id est* insolvente), avrebbe dovuto *astenersi* dal concedere il credito richiesto. In caso contrario, risultando tale comportamento in contrasto sia con l’interesse generale ad evitare un eccessivo indebitamento nei confronti del consumatore (e del fideiussore), sia con l’interesse al corretto esercizio dell’attività creditizia, la responsabilizzazione del creditore sarebbe allora dovuta avvenire *ex post* attraverso l’applicazione di «sanzioni a carattere civilistico o commerciale» all’uopo predisposte¹⁰⁶. Al riguardo, l’art. 30 della proposta, sebbene attribuisse agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di recepimento dei precetti comunitari¹⁰⁷, specificava come le stesse potessero in particolare contemplare la perdita degli interessi e delle spese per il creditore, nonché, nelle ipotesi di inosservanza delle disposizioni inerenti al principio del prestito responsabile, il mantenimento, a favore del consumatore, del beneficio del pagamento rateale dell’importo totale del credito. E un creditore che concedeva credito ad un soggetto il cui dissesto economico era noto, o avrebbe comunque potuto esserlo¹⁰⁸, poteva forse considerarsi rispettoso del citato principio? La risposta negativa appariva scontata.

Orbene, ad avviso della Commissione la valutazione della solvibilità del consumatore, lungi dal rappresentare un mero obbligo formale a carico del creditore, si sostanziava in un’attività i cui esiti dovevano di fatto orientare la scelta del professionista in merito all’erogazione o meno del credito richiesto poiché «[era] in gioco la sua responsabilità contrattuale»¹⁰⁹. Dunque, sebbene non tradotto in termini normativi, il legame tra detta valutazione preventiva e la conclusione del contratto di credito era chiaro: in presenza di informazioni comprovanti la verosimile incapacità del mutuatario di rispettarne gli impegni restitutori, il creditore avrebbe dovuto esimersi dallo stipularlo, pena l’applicazione delle sanzioni (che avrebbero dovuto essere) in proposito previste dagli ordinamenti nazionali.

Queste le riflessioni svolte dalla Commissione, l’opera di riforma della dir. 1987/102/CEE sarebbe quindi dovuta approdare ad una maggiore responsabilizzazione

¹⁰⁶ Cfr. relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 16.

¹⁰⁷ In ogni caso, le misure sanzionatorie nazionali avrebbero dovuto essere «efficaci, proporzionate e dissuasive».

¹⁰⁸ Il creditore diligente avrebbe potuto venire a conoscenza di detto dissesto interrogando il consumatore, ovvero reperendo le necessarie informazioni nelle banche dati centralizzate; osservando, quindi, le prescrizioni in materia di prestito responsabile.

¹⁰⁹ Cfr. relazione alla proposta di direttiva, cit., p. 16, ove si legge altresì che proprio per tale motivo detta valutazione non poteva essere “neutra”.

del creditore nell'attività di concessione del credito. Invero, alle regole in tema di trasparenza bancaria e all'incremento delle informazioni da fornire al consumatore al fine di compiere una scelta consapevole, avrebbero dovuto affiancarsi misure – fino a quel momento inesistenti – che imponessero al creditore di selezionare le richieste di finanziamento, eventualmente precludendone l'accesso a soggetti già indebitati o ad alto rischio di insolvenza.

Nell'originaria intenzione del legislatore comunitario la nuova direttiva sul credito al consumatori, pur non sollevando questi ultimi dall'obbligo di agire con prudenza durante la ricerca di un credito, sembrava quindi contraddistinguersi per la preferenza accordata all'approccio “*responsible lending*”, così discostandosi dalla consolidata tradizione normativa che, all'opposto, era solita privilegiare il criterio del “*responsible borrowing*”, soprattutto quando si trattava di affrontare le questioni legate all'incapacità del debitore di adempiere agli impegni assunti con la stipulazione del contratto.

3. *Seconda proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio: dall'effimera illusione di un approccio responsible lending al disvelato orientamento responsible borrowing.*

Circa tre anni dopo l'emanazione della prima proposta di direttiva, la Commissione ne presentò una seconda, modificata¹¹⁰. Gli obiettivi perseguiti rimasero i medesimi: predisporre un apparato normativo chiaro, idoneo ad assicurare un “vero” mercato interno e un livello elevato di tutela dei consumatori. Invariato rimase anche il tipo di armonizzazione – “massima” – attraverso cui il nuovo provvedimento si proponeva di raggiungere i citati obiettivi¹¹¹.

Tuttavia, con riguardo a quello che avrebbe dovuto essere l'ambito di applicazione, la versione modificata esclude sia i contratti di fideiussione e, quindi, la figura del garante, in quanto si riteneva la garanzia fideiussoria sostanzialmente collegata al credito ipotecario¹¹², sia i contratti di credito di importo superiore ai 50.000 euro, poiché si pensava fossero finalizzati all'acquisto non tanto di beni di consumo, quanto,

¹¹⁰ Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che modifica la direttiva 93/13/CE del Consiglio, COM(2005) 483 def./2, in *G.U.C.E.*

¹¹¹ Tale armonizzazione era, però, settoriale, ovvero si riguardava soltanto gli aspetti esplicitamente trattati nel testo della direttiva, lasciando la regolamentazione delle altre questioni alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Cfr. art. 1, nonché la relazione introduttiva alla proposta modificata di direttiva, pp. 7 e 8. Inoltre, in alcuni casi, sebbene espressamente disciplinati, la proposta attribuiva ai singoli Stati membri un certo margine di manovra in sede di attuazione (ad esempio, in materia di rimborso anticipato o di superamento dell'importo totale del credito).

¹¹² Detta opinione manifestava in realtà, le preoccupazioni del Parlamento e degli esponenti del settore bancario.

piuttosto, di beni immobili, per i quali, attese le peculiarità agli stessi sottese, risultava opportuna la predisposizione di una disciplina *ad hoc*¹¹³.

Sostanziali modifiche interessarono altresì la figura del professionista e gli obblighi informativi sul medesimo gravanti. Segnatamente, in tema di pubblicità, fatta in ogni caso salva l'applicazione della dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, venne richiesta una maggiore precisione nelle informazioni c.d. "di base" che dovevano comparire negli annunci indicanti il tasso di interesse o un qualunque altro dato numerico attinente al costo del credito per il consumatore. Tra queste informazioni figuravano: *a)* l'importo totale del credito; *b)* il tasso annuo effettivo globale; *c)* la durata del contratto; *d)* l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti da effettuare; *e)* le spese di ogni genere connesse all'operazione creditizia. Al fine di far comprendere in maniera effettiva al consumatore le caratteristiche del prodotto pubblicizzato, l'indicazione, chiara e concisa, di tali dati, doveva inoltre essere «graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo»¹¹⁴. Già a partire da tale momento, il consumatore avrebbe quindi dovuto avere chiara la portata dell'impegno finanziario derivante dalla concessione di un credito, quantomeno con riguardo ai costi che ne sarebbero verosimilmente conseguiti.

Le modifiche più rilevanti si ebbero nella fase prodromica la stipulazione del contratto. Anzitutto, la nuova proposta eliminò la norma in origine dedicata al principio del prestito responsabile (art. 6 della prima proposta). Una traccia di tale principio si poteva tuttavia rinvenire nella disciplina attinente all'informazione precontrattuale *ex* art. 5 ove si affermava che «il creditore e, se del caso, l'intermediario del credito sono tenuti a rispettare il principio del prestito responsabile». In ossequio a detto precetto, ai professionisti era richiesto di rispettare quanto previsto dalla direttiva in materia di informazione precontrattuale (cfr. art. 6, par. 2) e di valutazione della capacità di credito del consumatore, con la precisazione ulteriore che tale ultimo accertamento sarebbe gravato sul solo creditore.

La verifica della potenziale solvibilità del consumatore, da una parte, e la comunicazione di precise informazioni precontrattuali, dall'altra, rappresentavano, quindi, gli (unici) adempimenti che il creditore doveva rispettare per essere definito "responsabile". Peraltro, con specifico riguardo al primo dei citati adempimenti, lungi

¹¹³ Rispetto a quanto previsto dalla proposta del 2002, nella versione modificata, le ipotesi di contratti di credito non soggetti alle prescrizioni della direttiva aumentarono. Cfr. art. 2.

¹¹⁴ Cfr. art. 4, par. 2. Peraltro, quando le condizioni di credito non venivano offerte in maniera generalizzata a tutti i consumatori, l'indicazione del TAEG doveva essere accompagnata da almeno due esempi rappresentativi (art. 4, par. 3).

dal formare il contenuto di un'obbligazione prevista in via del tutto autonoma da una specifica disposizione normativa, continuava a presentarsi come uno degli elementi costitutivi del prestito responsabile. In effetti, accertare la capacità del mutuatario di assolvere gli impegni restitutori derivanti dal contratto si mostrava una "consueta" verifica che il (buon) creditore effettuava *in primis* nel suo stesso interesse. Di qui, l'inutilità di un'apposita previsione volta ad imporre al professionista l'adempimento di un dovere (in teoria) insito nel suo agire.

Conformemente a quanto previsto dalla prima proposta di direttiva, la valutazione in oggetto, compiuta prima dell'eventuale stipulazione del contratto, doveva ripetersi nell'ipotesi in cui il consumatore, nel corso del rapporto, avesse chiesto di aumentare in modo "significativo" l'importo totale del credito in principio concesso.

Le informazioni possedute dal creditore venivano, da un lato, fornite dallo stesso consumatore, dall'altro, reperite, «ove opportuno», nelle banche dati nazionali all'uopo predisposte. Al riguardo, nella proposta modificata di direttiva, l'obbligo per gli Stati membri di istituire una banca dati centralizzata "negativa" venne sostituito dal più generico dovere di assicurare – nelle ipotesi di transazioni transfrontaliere – ai creditori degli altri Paesi l'accesso indiscriminato «alle banche dati situate nel proprio territorio»¹¹⁵. Di conseguenza, eliminando l'originario riferimento al tipo di banca dati, i legislatori nazionali erano liberi di predisporre banche dati aventi per finalità la registrazione sia dei consumatori incorsi in problemi nel rimborso di un debito, sia di quelli, al contrario, affidabili e puntuali nei pagamenti. Agli stessi, poi, qualora ne avessero fatta apposita richiesta, era riconosciuto il diritto di essere informati «immediatamente e gratuitamente del risultato di *qualsiasi* consultazione» (art. 8, par. 2).

Mentre l'obbligo di valutare la meritevolezza creditizia del consumatore continuava a non trovare un autonomo riconoscimento normativo, il dovere per il professionista di fornire precise informazioni precontrattuali risultava, all'opposto, minuziosamente regolato dall'art. 6, par. 2, della nuova proposta. Tali informazioni c.d. *essenziali*, oltre ad descrivere in maniera chiara e concisa il prodotto proposto, avrebbero dovuto specificare: (i) la durata del contratto e l'importo totale concesso con indicate le relative condizioni di prelievo; (ii) i costi connessi al credito¹¹⁶ e le modalità

¹¹⁵ Cfr. art. 8, par. 1. La decisione di sopprimere/eliminare tale obbligo dipese dal fatto che una simile prescrizione sarebbe andata «oltre l'obiettivo della direttiva», implicando, peraltro, costi aggiuntivi per il settore creditizio. Cfr. relazione alla proposta modificata di direttiva, cit., p. 6.

¹¹⁶ Ad esempio, il tasso debitore, le condizioni applicabili a tale tasso e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso debitore iniziale, nonché i periodi, le condizioni e le procedure di adattamento del

di rimborso del medesimo¹¹⁷; (iii) le eventuali garanzie richieste; (iv) l'esistenza o meno di un diritto di recesso e il periodo entro il quale esercitarlo; (v) il diritto del consumatore ad essere informato del risultato derivante dalla consultazione di una banca dati, compiuta, come visto, ai fini della verifica della sua capacità di credito.

Lo scopo principale di questa preventiva *disclosure* informativa era quello di permettere ai consumatori di confrontare le diverse offerte di credito presenti sul mercato¹¹⁸; per tale motivo, dunque, le informazioni dovevano essere *consegnate*, prima che il richiedente fosse vincolato dal contratto o anche dalla sola proposta, «su supporto cartaceo o su altro supporto durevole». Invero, il *materiale* confronto delle caratteristiche dei crediti offerti dai diversi prestatori e delle condizioni alle quali venivano concessi, avrebbe effettivamente posto il consumatore nelle condizioni di scegliere il prodotto più adatto alle proprie esigenze¹¹⁹.

Ebbene, la soppressione della norma inerente al principio del prestito responsabile e la finalità di fatto sottesa alle prescrizioni in tema di informazione precontrattuale, lasciavano trasparire un mutamento in quello che sembrava essere l'originario intento del legislatore comunitario di sensibilizzare il finanziatore nello svolgimento della propria attività di concessione del credito, attribuendo – ancora una volta – al (solo) consumatore la responsabilità della scelta creditizia¹²⁰. E la conferma dell'intervenuto mutamento si ebbe con l'eliminazione dell'obbligo di consulenza imposto al professionista. Invero, la nuova proposta, anziché di “consulenza”, preferì parlare di “assistenza”, con una diversità, oltre che terminologica, anche di disciplina. Segnatamente, i creditori e, «se del caso», gli intermediari, avrebbero dovuto fornire al consumatore *chiarimenti adeguati* in merito al contratto proposto, affinché potesse valutarne l'idoneità con riguardo ai suoi bisogni e a alla sua situazione finanziaria; inoltre, in ossequio a tale dovere, al professionista doveva *spiegare* le informazioni precontrattuali in precedenza consegnate, nonché «i vantaggi e gli svantaggi connessi con i prodotti offerti» (art. 6, par. 5).

tasso debitore (lett. c); il TAEG e il costo totale del credito (lett. d); i costi che il consumatore avrebbe dovuto pagare all'atto della conclusione del contratto a persone diverse dal creditore o dall'intermediario, come il notaio o l'amministrazione fiscale (lett. g).

¹¹⁷ Segnatamente, l'importo, il numero e le periodicità dei pagamenti da effettuare, i quali dovevano essere presentati, se possibile, in un “piano di pagamenti” (lett. e); nonché il diritto al rimborso anticipato e, se del caso, le relative spese, con l'indicazione dell'importo o del metodo di calcolo (lett. f).

¹¹⁸ Cfr. relazione illustrativa alla proposta modificata di direttiva, cit., p. 6.

¹¹⁹ Cfr. 15° *considerando* ai sensi del quale il consumatore avrebbe dovuto ricevere, prima della conclusione del contratto, informazioni adeguate in merito alle condizioni e al costo del credito, nonché agli obblighi dal medesimo derivanti, al fine di «prendere una decisione con piena cognizione di causa».

¹²⁰ «Anche i consumatori dovrebbero agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali». Così il 19° *considerando*.

Gli interessi da proteggere – e bilanciare – erano due: da un lato, in armonia con l’esigenza di tutela del consumatore, doveva essere assicurata la stipulazione di un contratto di credito adatto al suo profilo personale ed economico; dall’altro lato, per non aggravarne troppo la posizione, non si poteva addossare al creditore la responsabilità della scelta finale compiuta dal richiedente. Per tale motivo, dunque, il concetto di “obbligo di consulenza” come delineato dalla prima proposta di direttiva che, come visto, imponeva al professionista di cercare, tra i contratti proposti, il più appropriato per il consumatore, doveva essere modificato. Cionondimeno, il legislatore comunitario decise di non limitare l’attività del finanziatore alla mera comunicazione di informazioni precontrattuali¹²¹, ma di estenderla anche alla loro spiegazione di modo che il consumatore, dopo averne compresa la portata, le potesse effettivamente impiegare quale base su cui poggiare la propria decisione, che sarebbe così risultata, oltre che informata, anche – e soprattutto – consapevole. Inoltre, l’illustrazione, da parte del professionista, dei vantaggi e degli svantaggi connessi al credito proposto, rappresentava un ulteriore e importante elemento che il consumatore poteva, o più correttamente, doveva considerare al fine di valutarne l’opportunità¹²².

Questo il contesto, era, dunque, il dovere di assistenza che, attraverso la *personalizzazione* delle informazioni in principio fornite al consumatore¹²³, consentiva a quest’ultimo di «prendere una decisione con cognizione di causa», decisione che non era però più preceduta dalla preventiva “selezione” svolta dal professionista. Ne conseguiva che, nonostante l’opera “chiarificatrice” imposta al creditore, la scelta in merito alla stipulazione o meno del contratto di credito e la responsabilità delle conseguenze – specie se negative – dal medesimo derivanti erano e rimanevano del consumatore¹²⁴. La differenza tra l’approccio – *responsible lending* – che la prima proposta di direttiva sembrava preferire, e quello – *responsible borrowing* – di fatto disvelato dalla proposta modificata, era, dunque, evidente.

Dal lato del settore finanziario, le imprese creditizie si mostrarono preoccupate per gli effetti che si sarebbero potuti in concreto produrre nell’ipotesi in cui fossero state ritenute (co)responsabili del mancato rimborso del prestito concesso. Per vero, detto

¹²¹ Contrariamente alla richiesta in tal senso pervenuta da parte di alcuni esponenti del settore bancario. Cfr. relazione alla proposta modificata di direttiva, cit., p. 6.

¹²² Cfr. 20° *considerando*, ove era altresì precisato che l’assistenza avrebbe dovuto essere fornita al consumatore tenendo conto anche dell’eventuale complessità del contratto di credito di fatto considerato.

¹²³ Il dovere di spiegare «in modo personalizzato» sia le informazioni precontrattuali, sia i vantaggi e gli svantaggi connessi al credito offerto, era evidenziato dal 20° *considerando* della proposta modificata.

¹²⁴ «(...) il consumatore è sempre responsabile della sua decisione finale di concludere un contratto di credito», così, testualmente, la relazione alla proposta modificata di direttiva, cit., p. 6.

inadempimento e, nei casi più gravi, la situazione di eccessivo indebitamento cui contribuiva, non sempre erano connessi ad una erogazione irresponsabile del credito¹²⁵, potendo, infatti, dipendere da fattori del tutto diversi come, ad esempio, l'inaspettata perdita del lavoro e, quindi, del reddito da cui il consumatore era solito attingere per effettuare i pagamenti pattuiti, ovvero l'insorgere di una malattia e il conseguente aumento delle spese c.d. "necessarie", o, ancora, l'improvviso innalzamento del costo della vita. Ciò considerato, attribuire "automaticamente" al prestatore la responsabilità dell'insolvenza della controparte, oltre che dannoso e ingiusto per lo stesso, appariva pregiudizievole per gli stessi consumatori – soprattutto quelli meno abbienti¹²⁶ –, i quali vedevano in tal modo diminuita l'effettiva possibilità di accedere al credito. Di qui, la necessità di ripensare tanto al principio del prestito responsabile, quanto alla disciplina del dovere di consulenza per i professionisti.

Tuttavia, se, da un lato, tali modifiche si mostravano in linea con la salvaguardia degli interessi delle imprese creditizie, dall'altro lato contrastavano con l'esigenza di assicurare un "elevato" livello di tutela ai consumatori della Comunità.

Il processo di *disclosure* informativa proseguiva nella fase di stipulazione del contratto di credito. Fatta salva l'aggiunta di alcune prescrizioni attinenti al modo in cui il consumatore avrebbe potuto esercitare i diritti di recesso e di rimborso anticipato¹²⁷, le informazioni che in tale occasione venivano fornite, di fatto corrispondevano a quelle già consegnate nella precedente fase precontrattuale. Se ne poteva così dedurre la volontà del legislatore comunitario di "ricordare" al mutuatario l'effettiva portata dell'impegno finanziario prima che ne fosse a tutti gli effetti vincolato.

Quanto al profilo sanzionatorio, la proposta modificata lasciò inalterata la discrezionalità che la precedente proposta intendeva riconoscere agli Stati membri. Anzi, la incrementò. Invero, a differenza di quest'ultima che, seppur a titolo meramente esemplificativo, indicava alcune tipologie di sanzioni che avrebbero potuto essere previste in sede di recepimento, il nuovo provvedimento si limitava a richiedere sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive»¹²⁸. Tale scelta, sebbene risultasse conforme alla libertà da sempre riconosciuta ai legislatori nazionali con riguardo al regime sanzionatorio da applicarsi per i casi di violazione dei precetti europei, in realtà

¹²⁵ Vale a dire quando il consumatore, a seguito degli accertamenti in proposito svolti, non presentava i connotati del debitore c.d. "meritevole" (ad esempio perché segnalato come insolvente in una delle banche dati consultate, ovvero perché la sua situazione finanziaria risultava già essere compromessa).

¹²⁶ I quali, in quanto tali, erano soliti ricorrere al credito.

¹²⁷ Cfr., rispettivamente, le lett. l), e n).

¹²⁸ Cfr. 33° *considerando* della proposta modificata.

sembrava (anch'essa) rivelare il cambio di approccio adottato dal legislatore comunitario nella regolamentazione del fenomeno del credito al consumo¹²⁹.

4. *La definitiva approvazione della direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori. L'esigenza di assicurare «un'elevata» tutela ai consumatori: fine o mezzo?*

Dopo circa tre anni dalla proposta modificata, il Parlamento europeo e il Consiglio emanarono la direttiva 2008/48/CE relativa “ai contratti di credito ai consumatori”¹³⁰, che abrogò e sostituì la precedente dir. 1987/102/CEE.

Con riguardo all'ambito di applicazione, la versione finale del provvedimento mantiene inalterate le limitazioni di carattere oggettivo e soggettivo di cui alla proposta modificata, di talché le nuove prescrizioni si applicano ai “contratti di credito”¹³¹ stipulati tra un “consumatore”¹³² e un “creditore”¹³³, sempreché di importo non inferiore

¹²⁹ In proposito si rileva peraltro come, attesa la soppressione del principio del prestito responsabile, non poteva non essere eliminato anche il riferimento alla sanzione specificatamente prevista per l'ipotesi di un suo inadempimento.

¹³⁰ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa “ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE”, in *G.U.C.E.* L 133/66 del 22 maggio 2008. Il testo del provvedimento, con gli emendamenti apportati dal Parlamento europeo nella risoluzione del 16 gennaio 2008, è stato approvato in via definitiva dal Consiglio a maggioranza qualificata, con il solo voto contrario dei Paesi Bassi e l'astensione del Belgio, della Grecia e del Lussemburgo. Tale direttiva è stata ampiamente commentata: G. DE CRISTOFARO, *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»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 255 ss.; ID., *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, p. 1151 ss.; AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009; L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 785 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il contratto di credito tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 295 ss.; T. FEBBRAJO, *La nuova disciplina dei contratti di credito “al consumo” nella Dir. 2008/48/CE*, in *Giur. it.*, 2010, I, p. 223 ss.; S. COSMA e S. COTTERLI, *La direttiva sul credito ai consumatori: alcune implicazioni giuridiche ed economiche*, in *Banca, impr. e soc.*, 2008, p. 291 ss. Nella letteratura europea, v., fra gli altri, HOFFMANN, *Die Reform der Verbrauchercredit-Richtlinie (87/102/EWG): eine Darstellung und Würdigung der Entwürfe für eine neue Verbrauchercredit-Richtlinie unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und englischen Rechts*, Berlin, 2007; ROTT., *Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 2008, p. 1104 ss.; ID., *Consumer Credit*, in *Understanding EU Consumer Law*, a cura di Micklitz, Reich e Rott, Antwerp, Oxford, Portland, p. 177 ss.; SIEMS, *Die neue Verbrauchercreditrichtlinie und ihre Folgen*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, p. 454 ss.; RIEHM e SCHREINDORFER, *Das Harmonisierungskonzept der neuen Verbraucher-creditrichtlinie*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2008, p. 383 ss.; GSELL, *Vollharmonisiertes Verbrauchercreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?*, in *Juristen Zeitung*, 2009, p. 20 ss.; RAYMOND, *Directive 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation. Premier approches*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, 7, p. 8 ss.; PIEDELIEVRE, *La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs*, in *Recueil Dalloz, Chr.*, 2008, p. 2614 ss.

¹³¹ La definizione di “contratto di credito” è analoga a quella data dalla proposta modificata e, quindi, riprende sostanzialmente la formulazione ampia ed elastica di cui alla dir. 1987/102/CEE. Pertanto, anche la nuova direttiva si riferisce non tanto a specifiche tipologie contrattuali, quanto, piuttosto, a un'intera categoria di fattispecie negoziali, accomunate dalla funzione di finanziamento.

¹³² La definizione data dall'art. 3, lett. a), è analoga a quella delineata dal medesimo articolo della proposta modificata.

¹³³ La definizione data dall'art. 4, lett. b), è analoga a quella delineata dal medesimo articolo della proposta modificata.

a € 200 o superiore a € 75.000 (art. 2, par. 2, lett. c)¹³⁴. Immutata è rimasta anche la scelta di non applicare la nuova disciplina sia – da un punto di vista soggettivo – alla figura del fideiussore ed ai relativi contratti di fideiussione, sia – da un punto di vista oggettivo, e per le ragioni più varie – a determinate fattispecie contrattuali, specificate nel par. 2 dell’art. 2¹³⁵.

In conformità ai lavori preparatori, la direttiva si configura come un provvedimento di armonizzazione “massima” delle legislazioni nazionali, essenziale sia per garantire a tutti i consumatori un livello elevato ed equivalente di tutela, sia per assicurare un vero mercato interno¹³⁶.

Senonché tale armonizzazione si presenta circoscritta ad “alcuni aspetti” – evidentemente quelli ritenuti di importanza fondamentale – dei contratti di credito ai consumatori, e lascia gli Stati membri liberi di regolamentare le materie non armonizzate (cfr. art. 1 e 9° *considerando*). Peraltro, anche le disposizioni dettate per i profili direttamente presi in considerazione, lungi dal prevedere una disciplina completa ed organica, si rivelano in realtà lacunose (ad esempio, in materia di sanzioni) e, quindi, bisognose di integrazione in sede di recepimento¹³⁷; ai legislatori nazionali è inoltre riconosciuta la facoltà di estendere la normativa europea anche a fattispecie negoziali non comprese nel suo ambito di applicazione¹³⁸.

La ragione che indusse le Istituzioni comunitarie a preferire un’armonizzazione “piena” ad una “minima” (qual era quella fatta propria dalla precedente direttiva 1987/102) come visto riposava sull’esigenza di evitare che fra gli ordinamenti nazionali

¹³⁴ Tuttavia, per effetto dell’art. 46 dir. 2014/17/UE, che ha inserito all’art. 2 dir. 2008/48 il par. 2 *bis*, tale limitazione non si applica «ai contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale con un importo totale del credito superiore a 75.000 EUR».

¹³⁵ Tra le quali continuano (in quanto già escluse dalla dir. 1987/102) a comparire «i contratti di credito garantiti da un’ipoteca oppure da un’altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili o da un diritto legato ai beni immobili» (lett. *a*). Detta esclusione riposa sulla natura «molto specifica» di tali contratti, tale da richiedere un intervento normativo *ad hoc* (cfr. 14° *considerando*). A tale tema sarà dedicato il cap. IV del presente lavoro.

Ad altre fattispecie negoziali si applicano, invece, soltanto alcune delle disposizioni comunitarie (cfr. par. 3, relativo ai contratti di credito nella forma di concessione di scoperto, ovvero par. 4, attinente ai contratti di credito sotto forma di sconfinamento).

¹³⁶ Cfr. 9° *considerando* (che parla di armonizzazione “piena”) e art. 22, par. 1.

¹³⁷ Sul punto si mostra critico G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, cit., p. 1152, il quale, con riguardo al perseguito incremento del livello di tutela dei consumatori, afferma che «le modalità con le quali sono stati definiti i contenuti della direttiva appaiono assai poco compatibili con tale obiettivo».

¹³⁸ V. 10° *considerando*, in applicazione del quale gli Stati membri possono estendere le disposizioni della direttiva anche a settori non compresi nel suo ambito di applicazione, come, ad esempio, ai contratti di credito di importo inferiore a € 200 o superiori a € 75.000, ovvero ai contratti di credito collegati non corrispondenti alla definizione comunitaria di “contratto di credito collegato” di cui all’art. 3, lett. *n*. All’opposto, ai legislatori nazionali è altresì riconosciuta la possibilità di sottrarre parzialmente al regime normativo tratteggiato dalla direttiva alcuni tipi di contratti di credito, assoggettandoli ad alcune soltanto delle prescrizioni comunitarie (v. art. 2, parr. 5 e 6, in tema, rispettivamente, di contratti di credito stipulati da organizzazioni e di inadempimento del contratto da parte del consumatore e preventiva stipulazione di un accordo con il creditore in merito alle modalità di pagamento dilazionato o di rimborso).

sopraggiungesse – o, più correttamente, perdurasse – quella differenza normativa che aveva dato vita a rilevanti distorsioni della concorrenza e a significativi ostacoli nello sviluppo delle negoziazioni transfrontaliere, non godendo, i consumatori, dello stesso livello di tutela all'interno della Comunità. Questo il proposito, appaiono allora criticabili le scelte di regolamentare soltanto “taluni aspetti” dei contratti di credito, e di prevedere precetti suscettibili di essere sia integrati dagli Stati membri perché lacunosi, sia estesi a fattispecie negoziali escluse dall'ambito di operatività della direttiva, ovvero, all'opposto, disapplicati con riguardo a non pochi profili dalla medesima considerati. Ciò che ne deriva è, quindi, una situazione analoga a quella che – a questo punto, solo in teoria – si sarebbe voluta evitare, con l'ulteriore conseguenza di negare ai consumatori quell' “elevato” ed “equivalente” livello di tutela cui la direttiva *formalmente* aspira¹³⁹.

Tale apparente contraddizione può in realtà giustificarsi allorché si individui nella tutela del mercato e della concorrenza il principale obiettivo perseguito dal legislatore comunitario, e nella protezione degli interessi consumeristici soltanto uno degli strumenti utilizzati per conseguirlo. Invero, assicurare ai consumatori lo stesso livello di tutela in tutti gli Stati membri, significa, di fatto, promuovere lo sviluppo del credito transfrontaliero e, quindi, della concorrenza fra i prestatori della Comunità: a fronte di “equivalenti” misure di protezione, la nazionalità del finanziatore non si eleva più ad elemento in grado di incidere in maniera significativa sulla scelta creditizia del consumatore¹⁴⁰.

A riprova della summenzionata osservazione depone, peraltro, la base giuridica del nuovo provvedimento, individuata nel solo art. 95 Tratt. CE, relativo al ravvicinamento delle disposizioni nazionali aventi ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Nessun riferimento viene invece fatto all'art. 153 del medesimo Trattato, attinente alla politica di protezione dei consumatori.

Ebbene, nonostante detta protezione sia uno degli obiettivi perseguiti dalla direttiva, all'interno della stessa non è dato rinvenirsi alcuna disposizione normativa – nemmeno tra i *considerando* – che ne “legittimi” il perseguimento.

¹³⁹ Cfr. 9° *considerando*.

¹⁴⁰ In un contesto caratterizzato da significative divergenze tra le legislazioni dei vari Stati membri nel settore creditizio, divergenze soprattutto attinenti alla figura e alla tutela del consumatore, giocoforza quest'ultimo, se decide di concludere un contratto di credito, preferirà uno dei finanziatori presenti nel proprio Stato, e questo perché conosce (o è posto nelle condizioni di conoscere) sia la normativa di riferimento, sia l'effettivo grado di tutela a lui riconosciuto.

Tuttavia, come è stato correttamente osservato¹⁴¹, una tale omissione può essere spiegata qualora si consideri che ai sensi dell'art. 153, par. 5, Tratt. CE, non è precluso ai singoli Stati membri «di mantenere o di introdurre misure di protezione [dei consumatori] più rigorose» di quelle previste dai provvedimenti europei, sicché l'armonizzazione “minima” che ne sarebbe chiaramente conseguita avrebbe contrastato con la “piena armonizzazione” voluta, invece, dalla Commissione. Di qui la necessità di evitare qualsiasi riferimento all'art. 153 Tratt. CE.

Nonostante il diverso grado di armonizzazione fatto proprio dalla nuova direttiva, a causa delle rilevate criticità, i risultati cui quest'ultima perviene sono di poco diversi da quelli cui perveniva il precedente provvedimento. La disciplina risulta, infatti, fortemente frammentaria e lacunosa, suscettibile di essere integrata e, quindi, modificata dalle norme nazionali di recepimento, in quanto tale, inidonea ad assicurare un'effettiva tutela sia del mercato interno, sia dei consumatori. Con riguardo a quest'ultimo profilo, non appare peraltro chiaro il livello di protezione che si intende garantire. Invero, mentre il 9° *considerando* parla di livello “elevato” di tutela, ai sensi del *considerando* precedente «è opportuno che il mercato offra un livello di tutela dei consumatori *sufficiente* (...)». E le misure di fatto predisposte dal legislatore comunitario sembrano proprio propendere in tale ultimo senso. Inoltre, a meno di non considerare detta incoerenza un (in ogni caso inopportuno) refuso terminologico, il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di credito al consumo appare prima di tutto finalizzato a garantire il funzionamento e lo sviluppo del mercato interno, rimanendo la tutela “elevata” dei consumatori un obiettivo solo formalmente perseguito.

5. *Obblighi di disclosure precontrattuale e decisione consapevole del consumatore.*

Particolare attenzione viene rivolta dalla direttiva – sulla scia della proposta modificata – agli obblighi informativi gravanti sulla parte professionale del rapporto creditizio. Nello specifico detti obblighi possono essere suddivisi in: *a)* annunci pubblicitari, rivolti indistintamente a qualsiasi potenziale cliente, a loro volta strumentali alla comunicazione delle *informazioni di base*; *b)* *informazioni necessarie*, da fornire al mutuatario per confrontare le diverse offerte di credito; *c)* *chiarimenti*

¹⁴¹ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., p. 269.

adeguati, che vengono forniti al consumatore affinché lo stesso valuti se il contratto proposto è o meno adatto alla sua condizione personale e finanziaria.

In via generale, si può affermare che i doveri di informazione gravanti sul professionista rispondono all'esigenza, nota al legislatore europeo¹⁴², di supplire al divario conoscitivo caratterizzante le contrattazioni con il consumatore, soggetto privo – per definizione – delle conoscenze necessarie per comprendere appieno la portata degli impegni e delle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione di un contratto di credito. Attraverso quest'opera di *disclosure* informativa si cerca, dunque, di rendere *ex ante* chiare e trasparenti¹⁴³ le caratteristiche del credito offerto, così da permettere al cliente una decisione quantomeno informata.

Ferme restando le regole previste dalla dir. 2005/29/CE in merito alle pratiche commerciali sleali¹⁴⁴, gli annunci pubblicitari indicanti un tasso di interesse o un qualunque altro riferimento numerico attinente al costo del credito per il consumatore devono necessariamente contenere le “informazioni di base” specificate al par. 2 dell'art. 4, da esprimere «in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo»¹⁴⁵.

Dal punto di vista contenutistico, dette informazioni ricalcano quelle di cui alla proposta modificata¹⁴⁶, fatte salve le ulteriori indicazioni concernenti il “tipo” di tasso debitore, fisso o variabile, e, in caso di credito sotto forma di scoperto, il prezzo in contanti e l'importo degli eventuali pagamenti anticipati.

¹⁴² Il riferimento è alla dir. 1987/102/CEE, nonché agli altri provvedimenti europei *medio tempore* emanati posti a tutela del consumatore e confluiti, con riguardo al sistema italiano, all'interno del c.d. codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

¹⁴³ In generale, sui possibili significati della nozione di trasparenza nella legislazione consumeristica, v. S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 1280 ss.

Anche ad avviso di L. DI DONNA, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2010, 1, p. 241 ss., la serie dettagliata e puntuale di informazioni che il professionista fornisce al consumatore nella fase sia precontrattuale, sia di formazione del contratto, è una chiara manifestazione del principio di trasparenza contrattuale. Inoltre, ad avviso dello stesso, la comunicazione delle prescritte informazioni consente al consumatore «di vincolarsi al rapporto obbligatorio in modo *consapevole* [c.vo mio]».

¹⁴⁴ Cfr. art. 4, par. 4 («Il presente articolo lascia impregiudicata la direttiva 2005/29/CE»).

¹⁴⁵ In proposito, si ritiene che la scelta di ricorrere a detto esempio sia stata dettata dall'idea secondo cui il consumatore, a fronte di un'applicazione concreta, sia in grado di meglio comprendere l'effettiva portata delle informazioni lui fornite, [informazioni] che, altrimenti, rischierebbero di rimanere solo un insieme di dati numerici, per lo stesso difficilmente comprensibili e, quindi, privi di rilevanza.

¹⁴⁶ Cfr. art. 4, par. 2, della proposta modificata.

Tra le informazioni di base devono figurare: (i) l'importo totale del credito; (ii) il TAEG (a meno che tale indicazione non sia richiesta dagli Stati membri avvalendosi della facoltà loro riconosciuta dall'art. 2, par. 3, relativo ai contratti di credito nella forma di concessione di scoperto, da rimborsarsi su richiesta o entro tre mesi dalla sua conclusione); (iii) la durata del contratto di credito; (iv) l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare e l'importo delle rate. Inoltre, qualora il credito proposto sia erogato, ovvero lo sia alle condizioni previste, solo nell'ipotesi in cui il consumatore concluda altresì un contratto riguardante un servizio accessorio (ad esempio, un'assicurazione) e il costo di tale servizio non può essere determinato in anticipo, tra le informazioni di base devono altresì comparire l'obbligo di stipulare detto contratto e il relativo TAEG.

È dunque evidente l'incremento della quantità di informazioni pubblicitarie rispetto a quelle previste dalla precedente direttiva¹⁴⁷, ai sensi della quale gli annunci pubblicitari e «le offerte con qualsiasi mezzo effettuate», se contenenti un riferimento al tasso di interesse o ad altre cifre relative al costo del credito, dovevano indicare soltanto il TAEG ed il relativo periodo di validità.

A seguito di questo primo “approccio”, il consumatore, confrontando i diversi annunci¹⁴⁸, dovrebbe essere in grado di rivolgersi a quei finanziatori che *prima facie* sembrano meglio rispondere alle sue esigenze.

Ebbene, al consumatore che si manifesta interessato alla possibile conclusione di un contratto di credito, il professionista deve mettere a disposizione “in tempo utile” prima che sia vincolato dal contratto o anche dalla sola offerta¹⁴⁹, le informazioni necessarie per raffrontare i diversi prodotti proposti e prendere così «una decisione con cognizione di causa». Tali informazioni sono fornite dal creditore e, «se del caso», dall'intermediario, avuto riguardo alle condizioni del credito offerto e, «se del caso», alle preferenze espresse e alle informazioni comunicate dallo stesso consumatore. L'informazione che ne consegue è, dunque, reciproca.

Chiaramente, il mutuatario sembra avere tutto l'interesse a manifestare le proprie preferenze e a fornire al creditore le informazioni verosimilmente attinenti alla sua situazione personale e finanziaria: *sulla base di ciò*, infatti, il professionista illustra le informazioni “necessarie” relative al credito proposto.

Ad una prima (e superficiale) impressione, atteso il preventivo scambio di informazioni tra i contraenti, sembrerebbe gravare sul professionista l'individuazione del contratto (tra quelli trattati) che più si adegua alle (conosciute) caratteristiche del mutuatario, dovendo quest'ultimo solamente confrontare le offerte dei diversi finanziatori – tutte presentate tenendo conto di quanto dallo stesso in precedenza comunicato – per poi selezionare «con cognizione di causa» quella a lui più conveniente. Senonché detta impressione risulta subito smentita dalla portata delle informazioni in oggetto e dalle modalità attraverso cui sono fornite.

¹⁴⁷ Tale aspetto viene rilevato da T. FEBBRAIO, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Caterini e L. Di Nella, Napoli, 2010, pp. 211 e 212, ove L'A. peraltro rileva come al rafforzamento della pubblicità commerciale consegue altresì «un chiaro e deciso rafforzamento della tutela del consumatore».

¹⁴⁸ Cfr. 18° *considerando*.

¹⁴⁹ Tale prescrizione non vale per i contratti di credito stipulati utilizzando un mezzo di comunicazione a distanza, in relazione ai quali le informazioni di cui trattasi sono fornite «immediatamente dopo» la loro conclusione (cfr. art. 5, par. 3).

Con riguardo al primo di tali aspetti, il consumatore viene reso edotto: (i) delle caratteristiche del contratto proposto (ad esempio, la sua durata, l'importo totale concesso e le condizioni di prelievo...); (ii) delle conseguenze derivanti dalla sua stipulazione (ad esempio, il pagamento delle spese notarili), comprese quelle attinenti al suo mancato adempimento; (iii) dei costi del credito (il tasso debitore applicato, il TAEG, le spese di gestione...); (iv) dell'esistenza di taluni diritti lui riconosciuti (il diritto di recesso, il diritto al rimborso anticipato, il diritto ad essere informato del risultato ottenuto dalla consultazione di una banca dati se il credito è negato per gli esiti – negativi – emersi, il diritto di ricevere gratuitamente, su sua specifica richiesta, copia della bozza del contratto di credito). Appare dunque chiaro come tali dati, da un lato, illustrino i connotati del contratto di credito prescindendo da qualsivoglia considerazione in merito al soggetto cui viene proposto; dall'altro lato, semplicemente elencano la serie di diritti riconosciuti a *tutti* i consumatori in applicazione dei precetti comunitari. Ciò che ne consegue è, quindi, una mera *informazione standardizzata*, il cui fine è evidentemente quello di porre il consumatore nelle condizioni di operare un raffronto fra le diverse offerte creditizie, affinché scelga quella oggettivamente migliore e più conveniente. Invero, a fronte di una pluralità di offerte, le cui informazioni si uniformano tutte a quelle previste dell'art. 5, par. 2, della direttiva, e si diversificano per le sole condizioni alle quali il credito viene in ipotesi concesso¹⁵⁰, il confronto e la successiva scelta che il consumatore è chiamato ad effettuare risultano, per il medesimo, chiaramente più agevoli.

In relazione al secondo dei summenzionati aspetti, il professionista adempie all'obbligo informativo mediante la semplice consegna al consumatore di un modulo attinente alle "Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori", contenuto nell'allegato II della direttiva. La comunicazione delle informazioni necessarie si riduce così alla pura compilazione di un documento a tal fine (già) predisposto.

Ebbene, alla luce delle rilevate osservazioni, il dovere precontrattuale imposto al professionista dal par. 1 dell'art. 5 non sembra costituire una misura idonea a tutelare in maniera effettiva ed adeguata gli interessi dei consumatori, risultando, all'opposto,

¹⁵⁰ Ad esempio, diversi saranno il tasso debitore, il TAEG, gli interessi moratori o, ancora, le condizioni di prelievo del credito.

primariamente finalizzata ad assicurare il leale e corretto svolgimento della concorrenza tra le imprese creditizie all'interno del mercato¹⁵¹.

Le ulteriori informazioni che il creditore voglia fornire al consumatore devono essere indicate in un distinto documento, da allegare a quello relativo alle Informazioni europee di base. Detta prescrizione sembra rispondere ad una duplice esigenza: da un lato, e a riprova di quanto poco più sopra osservato, le informazioni necessarie devono essere *le medesime* per tutti i creditori, in modo da assicurare un confronto “ad armi pari” fra le diverse offerte di credito; dall'altro lato, invece, attraverso questa tipicità documentale, il legislatore europeo pare intenda aggirare il pericolo di un sovraccarico informativo a danno del consumatore¹⁵². In effetti, un'elevata quantità di informazioni, anziché chiarire la portata del prodotto (o del servizio) cui si riferiscono, giunge all'opposto (e non voluto) risultato di renderne più difficile e complicata la comprensione, con l'ulteriore conseguenza di impedire al soggetto cui vengono fornite di utilizzarle in modo proficuo e corretto, inevitabilmente falsandone il suo c.d. “comportamento economico”¹⁵³. Per vero una *overloaded information* distoglie l'utente dall'obiettivo per cui le informazioni sono fornite¹⁵⁴.

Al consumatore, oltre al modulo contenente le informazioni necessarie (*rectius* le “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori”), su sua specifica richiesta, e sempreché il contratto di credito sia stipulato, ne viene altresì gratuitamente consegnata una copia della bozza (art. 5. par. 4).

Nonostante la disciplina degli obblighi informativi precontrattuali tratteggiata dalla nuova direttiva risulti indubbiamente più completa ed analitica rispetto a quella prevista dalla precedente, al pari della stessa si contraddistingue per la costante idea secondo cui è attraverso l'informazione che si proteggono gli interessi dei

¹⁵¹ L'avviso, condivisibile, di G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., p. 271, nt. 49, è quello secondo cui la *ratio* sottesa all'obbligo informativo previsto dal par. 1 dell'art. 5 «risiede primariamente nella tutela del mercato, essendo le informazioni precontrattuali essenzialmente finalizzate ad evitare che il consumatore compia scelte irrazionali, omettendo di optare per le offerte oggettivamente migliori e più convenienti».

¹⁵² Così, S. PAGLIANTINI, *Il contratto di credito tra vecchi e nuovi formalismi*, cit., p. 298; nonché T. FEBBRAJO, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 214.

¹⁵³ Cfr. S. PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*, il quale, in merito al tema attinente al c.d. sovraccarico informativo e alle conseguenze dal medesimo derivanti, rimanda, a titolo meramente esemplificativo, a: M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2012, p. 142; G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. giur.*, Agg., XIV, Roma, 2006, p. 4; L. ROSSI CARLEO, *sub art. 5*, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 127; MACARIO, *Il credito al consumo*, in *I contratti dei consumatori*, II, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 608. Sul tema, si veda altresì L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 333. Nella dottrina tedesca, v. per tutti, MANKOWSKI, *Information and Formal Requirements in EC Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2005, p. 779 ss.

¹⁵⁴ Una «sur-information qui a un effet souvent contre-productif pour le consommateur». Così, PERRUCHOT TRIBOULET, *sub art. 4.7*, in *Réponse de la Société de législation comparée au Livre vert sur la révision de l'Acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, Parigi, 2005, p. 30.

consumatori¹⁵⁵. Prova ne sia che il diritto all'informazione, insieme al diritto all'educazione, sono riconosciuti quali diritti fondamentali degli stessi¹⁵⁶, il cui godimento risulta a sua volta strumentale ad un generale miglioramento delle loro condizioni di vita¹⁵⁷.

Sennonché, atteso sia il contenuto delle informazioni essenziali, sia il modo attraverso il quale vengono fornite, non sembra potersi dire effettivamente ed efficacemente soddisfatto l'obiettivo di tutela del consumatore perseguito dal legislatore comunitario. Ciò che, all'opposto, ne risulta è una normativa che, oltre a prediligere, come visto, la protezione del mercato e della concorrenza, riduce l'obbligo informativo gravante sul professionista al mero adempimento di un'attività materiale di consegna, attribuendo così al solo consumatore la responsabilità tanto del confronto tra le diverse offerte, quanto della successiva scelta creditizia.

6. *Segue: la necessità di fornire «chiarimenti adeguati». Personalizzazione delle informazioni e dovere di assistenza del creditore.*

Una misura realmente idonea a proteggere gli interessi dei consumatori sembra potersi individuare nei “chiarimenti adeguati” e nel correlato “dovere di *assistenza*” di cui all'art. 5, par. 6. La portata della norma è analoga a quella della corrispondente proposta modificata: il professionista¹⁵⁸ deve fornire al consumatore «chiarimenti adeguati in modo che questi possa valutare se il contratto proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria». Il legislatore sovranazionale è infatti consapevole che, nonostante le informazioni necessarie in precedenza fornite, il

¹⁵⁵ Ad avviso di L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Il diritto dei consumatori*, II, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Napoli, 2007, p. 127, «il diritto all'informazione costituisce uno dei pilastri sui quali si fonda la promozione degli interessi dei consumatori e la garanzia di assicurare loro un livello elevato di protezione». Dello stesso avviso è T. FEBBRAJO, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 213, secondo cui la comunicazione, da parte del professionista, di puntuali informazioni precontrattuali costituisce «il perno su cui si fonda la politica comunitaria del consenso del consumatore». In proposito, si vedano altresì L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali: la tutela del consumatore*, I, Milano, 2008; WILHELMSSON e C. TWIGG-FLESNER, *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, in *European review of contract law*, 4, 2006, p. 442.

¹⁵⁶ V. comunicazione della Commissione “Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore”, cit., Introduzione, punto 3, lett. d). Gli altri diritti fondamentali ivi enucleati sono: il diritto alla protezione della salute e della sicurezza; il diritto alla tutela degli interessi economici; il diritto al risarcimento dei danni; il diritto alla rappresentanza (il diritto ad essere ascoltato).

¹⁵⁷ Cfr. “Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore”, cit., Introduzione, punto 4, ove viene peraltro precisato che il ravvicinamento delle disposizioni nazionali (com'è stato per il credito al consumo) si inserisce tra le azioni intraprese a livello comunitario per garantire il godimento di tali diritti.

¹⁵⁸ Tale obbligo grava sia sul creditore, sia, «se del caso», sull'intermediario. Cfr. 27° *considerando*.

consumatore potrebbe avere bisogno di ulteriore assistenza per capire quale sia il contratto per lui più idoneo¹⁵⁹.

Detti chiarimenti possono avere ad oggetto le informazioni precontrattuali già comunicate, le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti o, ancora, gli *specifici* effetti conseguenti alla stipulazione del contratto, compresi quelli relativi al mancato rimborso del prestito.

Stante l'espreso riferimento alla condizione personale ed economica del consumatore appare fuori di dubbio il "mutamento" nell'informazione a quest'ultimo dovuta: da un'informazione standardizzata, comunicata mediante la semplice consegna di un documento, si passa ad un'informazione *personalizzata*¹⁶⁰, necessaria a garantirne l'effettiva intellegibilità; l'obbligo informativo del professionista si trasforma così «da [mero] obbligo formale a dovere sostanziale»¹⁶¹.

La norma lascia impregiudicata la facoltà per gli Stati membri di meglio definire la portata e le modalità di tale assistenza, nonché i soggetti legittimati a fornirla, dovendo in ogni caso considerare il contesto in cui il contratto è offerto, il tipo di credito concesso e il relativo destinatario¹⁶². Tuttavia, i legislatori nazionali, come si avrà modo di analizzare in seguito, nell'esercitare detta facoltà si sono mostrati alquanto reticenti, non avendo aggiunto nulla di ulteriore rispetto a quanto già previsto dal precetto europeo.

Considerato il tenore letterale della norma, l'attività in oggetto sembrerebbe configurarsi quale attività di "supporto" a quella informativa di cui al par. 1 dell'art. 5. Al professionista è infatti richiesto di spiegare in modo più approfondito quei dati già comunicati, ma non compresi (o non compresi appieno) dal consumatore, ovvero di rispondere ad eventuali domande da quest'ultimo (nel frattempo maturate)¹⁶³ o, ancora, di chiarire eventuali dubbi o perplessità nutrite in relazione al prodotto proposto. A seguito dell'adempimento di tale «ulteriore obbligo informativo»¹⁶⁴, il consumatore dovrebbe quindi essere in grado di effettuare la propria scelta con la consapevolezza tanto delle caratteristiche del contratto stipulato, quanto delle implicazioni – soprattutto

¹⁵⁹ Cfr. 27° *considerando*.

¹⁶⁰ M. DE POLI, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2009, p. 45, osserva come non si tratti di «mera informazione, intesa nel senso di trasmissione di dati», bensì di una «vera e propria *illustrazione-spiegazione (...) individualizzata*, ossia calata nel contesto della specifica trattativa».

¹⁶¹ Così, S. COSMA e S. COTTERLI, *La direttiva sul credito ai consumatori*, cit., p. 309.

¹⁶² Ai sensi del 27° *considerando* il professionista dovrebbe altresì tenere conto del «bisogno di assistenza del consumatore».

¹⁶³ Tali domande potrebbero conseguire dal raffronto delle informazioni necessarie fornite dai diversi prestatori. V. 19° *considerando* ai sensi del quale è opportuno che il consumatore riceva informazioni adeguate, che possa portare con sé ed esaminare prima dell'eventuale conclusione del contratto.

¹⁶⁴ Così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., p. 272.

a livello finanziario – dal medesimo derivanti. Detta scelta, nonostante sia e rimanga del consumatore, sembra tuttavia essere “guidata” dal professionista che lo “aiuta” a capire quale, tra i vari prodotti creditizi proposti, potrebbe essere il più adeguato alle sue esigenze personali e finanziarie. In proposito si è infatti notato come non sempre il consumatore, benché adeguatamente informato, sia in grado di prendere decisioni confacenti ai propri interessi. E questo, come si diceva, non per problemi di c.d. asimmetria informativa nei confronti della controparte, ma perché influenzato da componenti psicologiche (c.d. *cognitive biases*) che lo (dis)orientano verso scelte irrazionali e, quindi, pregiudizievoli¹⁶⁵. Di qui la necessità di introdurre un “correttivo” all’approccio *responsible borrowing* adottato dal legislatore comunitario.

Inoltre, qualora si consideri che uno degli obiettivi della direttiva è quello di assicurare un elevato ed uniforme livello di tutela a tutti i consumatori della Comunità, il dovere di assistenza potrebbe essere qualificato come uno dei principali strumenti¹⁶⁶ attraverso cui il professionista, oltre che rafforzare l’informazione precontrattuale, soprattutto assicura un “indebitamento responsabile” del consumatore¹⁶⁷ di modo che i contratti dal medesimo stipulati risultino effettivamente rispondenti alle sue risorse economiche, oltre che ai suoi bisogni personali¹⁶⁸.

Nonostante l’interpretazione teleologica del dovere di assistenza consenta di estenderne i confini applicativi, non sembra comunque opportuno equipararlo al dovere

¹⁶⁵ Sul punto si rimanda agli studi svolti nel campo dell’economia comportamentale. Cfr., fra gli altri, S. BLOCK-LIEB e E. JANGER, *The Myth of the Rational Borrower: Rationality, Behavioralism and the Misguided “Reform” of Bankruptcy Law*, in *Texas Law Review* 84, 2006, p. 1481; C.R. SUNSTEIN, *Homo Economicus, Homo Myopicus, and the Law and Economics of Consumer Choice: Boundedly Rational Borrowing*, in *University of Chicago Law Review* 73, 2006, p. 249; G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, in *Journal of Law and Society* 32, 2005, p. 349; J. KILBORN, *Behavioural economics, overindebtedness and comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions*, in *Bankruptcy Development Journal*, 2005, vol. 22; S. MEIER e C. SPRENGER, *Impatience and credit behaviour: evidence from a field experiment*, Centre for Behavioural Economics and Decision Making, Federal Reserve Bank of Boston, 2007. Tra tali componenti assumono particolare rilevanza: l’eccessiva fiducia del consumatore nelle proprie capacità di rimborsare il prestito nonostante lo stesso esorbits le sue attuali risorse finanziarie; la certezza di un futuro miglioramento della propria condizione personale ed economica; considerare il bene (o il servizio) che si intende acquistare con il finanziamento come indispensabile.

Al riguardo si vedano altresì le osservazioni di T. FEBBRAJO, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit., pp. 219 e 220, il quale pone l’accento sulla situazione di eccessivo indebitamento che può scaturire da tali scelte. L’A., richiamando a sua volta D. VANDONE, *Il credito al consumo in Europa. Mercati, intermediari e consumatori*, Torino, 2008, 84 ss., parla di “sovraindebitamento attivo”, provocato non da eventi sopravvenuti ed estranei alla volontà del consumatore (c.d. “sovraindebitamento passivo”, originato, ad esempio, dalla perdita o dalla riduzione improvvisa del reddito per cause legate alla perdita del lavoro, ad un’inaspettata malattia o, ancora, a questioni familiari), bensì «da decisioni del consumatore “infelici”».

¹⁶⁶ L’altro, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo, è rappresentato dal dovere del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore.

¹⁶⁷ T. FEBBRAJO, *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 220. Inoltre, ad avviso dell’A., l’obbligo di assistenza andrebbe finanche interpretato «nel senso suggerito dal considerando n. 27 e cioè in modo tale da imporre al creditore l’obbligo di esprimere una “valutazione” circa la rispondenza dei prodotti offerti alle specifiche esigenze del debitore nonché alla sua situazione finanziaria». Ne conseguirebbe un vero e proprio e *servizio*, ovviamente svolto nell’interesse del consumatore (p. 217).

¹⁶⁸ Eventuali profili di connessione tra detto dovere di assistenza e l’obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore, parimenti gravante sul professionista ai sensi dell’art. 8 della direttiva, verranno esaminati nel par. 11.

di *consulenza* previsto dalla prima proposta di direttiva¹⁶⁹. *Anzitutto*, da un punto di vista meramente terminologico, se gli obblighi in questione non avessero presentato profili di diversità, non si vede perché il legislatore europeo avrebbe dovuto sostituire l'espressione "consulenza" con quella di "assistenza"; *in secondo luogo*, sempre con riguardo al significato sotteso a tali espressioni, mentre l'attività di consulenza presuppone la prestazione di *consigli e pareri* da parte di un esperto (l'intermediario) su materie di propria competenza (il settore creditizio)¹⁷⁰, quella di assistenza semplicemente implica la prestazione di un aiuto a chi ne abbia necessità¹⁷¹, *rectius* al consumatore cui vengono ulteriormente *spiegate e chiarite* le informazioni precontrattuali, ovvero le caratteristiche e gli effetti del prodotto di credito offerto; *infine*, per ciò che attiene al contenuto normativo, laddove la prima proposta di direttiva stabiliva che, in ottemperanza all'obbligo di consulenza, il professionista avrebbe dovuto cercare e, quindi, scegliere tra i contratti proposti o abitualmente trattati il più idoneo alle esigenze personali ed economiche del consumatore, l'attuale disciplina, eliminato qualsivoglia riferimento a detta attività di ricerca, prevede esclusivamente che, in ossequio al dovere di assistenza, l'intermediario si limiti a personalizzare, *id est* adattare al profilo del richiedente, le informazioni in precedenza fornite, nonché ad illustrare le specifiche ripercussioni che la concessione del prestito potrebbe avere sulla sua situazione economica. In tal modo, infatti, il consumatore è posto nelle condizioni di prendere una decisione, oltre che informata, anche – e soprattutto – consapevole¹⁷².

In particolare, nel chiarire gli effetti derivanti dalla stipulazione del contratto di credito, il professionista deve *avvertire* il consumatore delle possibili conseguenze del mancato rimborso del prestito¹⁷³. Sulla base di ciò non appare, dunque, un fuor d'opera ravvisare in capo al professionista un dovere c.d. di "avviso" ovvero di "messa in

¹⁶⁹ *Contra*, T. FEBBRAJO, *op. ult. cit.*, p. 221 ss; E. GRANATA, *Il fenomeno della concessione del credito*, in *Società*, 2004, p. 451; L. VIGNUDELLI, *La direttiva comunitaria in materia di credito ai consumatori*, in *Banche e mercati finanziari*, a cura di F. Vella, Torino, 2009, p. 245, ad avviso del quale detto obbligo di consulenza è una manifestazione del «paradigma di solidarietà negoziale» avente quale finalità primaria «il tentativo di limitare (...) il fenomeno del sovraindebitamento consumeristico»; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 65 ss., sebbene configuri in capo al professionista un «obbligo di consulenza personalizzata», se correttamente adempiuto, non pregiudica la paternità della scelta creditizia e la relativa responsabilità, entrambe gravanti sul consumatore. Di «figura "tutoria"» parlano invece S. COSMA e S. COTTERLI, *La direttiva sul credito ai consumatori*, cit., p. 313.

¹⁷⁰ V. definizione di "consulenza", vocabolario *online* Treccani, consultabile al sito www.treccani.it.

¹⁷¹ V. definizione di "assistenza", vocabolario Treccani citato alla nota precedente.

¹⁷² Cfr. la relazione alla proposta modificata di direttiva, cit., p. 6, che nell'illustrare le motivazioni che hanno condotto la Commissione a modificare il concetto di consulenza evidenzia che le "ulteriori spiegazioni" fornite dall'intermediario avrebbero lo scopo di consentire al consumatore di «prendere una decisione con cognizione di causa».

¹⁷³ Tale avvertimento è altresì contenuto nel modulo relativo alle "Informazioni europee di base". Cfr. art. 5, lett. m).

guardia”¹⁷⁴ volto a richiamare l’attenzione del mutuatario sugli aspetti negativi dell’operazione creditizia e, in particolare, sui rischi connessi ad un eventuale inadempimento. Ne consegue che nessuna responsabilità può essere imputata all’intermediario qualora il contratto di credito stipulato si riveli inadatto per il consumatore: grava infatti su quest’ultimo l’onere di valutare, sulla base delle informazioni e degli avvertimenti ricevuti, l’effettiva adeguatezza del prodotto proposto al proprio profilo economico e, quindi, l’opportunità di concludere l’operazione¹⁷⁵.

Il dovere di “messa in guardia” (*rectius* di assistenza) permette così di evitare l’automatica attribuzione al finanziatore della responsabilità per l’incapacità del mutuatario di rispettare gli impegni restitutori convenuti e, nelle ipotesi più gravi, per la situazione di eccessivo indebitamento che (anche) da tale inadempimento consegue; all’opposto, garantisce una più equilibrata e corretta distribuzione dei rischi fra gli operatori del mercato¹⁷⁶.

Indubbia appare, dunque, la volontà del legislatore europeo di porre il consumatore nelle condizioni di poter *effettivamente ed efficacemente* comprendere le informazioni creditizie ricevute e gli specifici effetti derivanti dalla concessione del prestito.

In tale contesto l’attività assistenziale si pone quindi come *lo* strumento volto a colmare quel *gap* informativo tipico delle relazioni c.d. *B2C*, *gap* che la semplice informazione solo formalmente colmerebbe. In altri termini, l’assistenza che il professionista è tenuto a fornire al consumatore ne accresce la capacità di comprensione e, quindi, di giudizio, sensibilizzandolo, peraltro, sull’impatto che l’erogazione del credito potrebbe verosimilmente avere sulla sua situazione personale ed economica¹⁷⁷.

Come precisato dalla Corte di giustizia¹⁷⁸, i chiarimenti adeguati non devono essere necessariamente forniti mediante la consegna di un documento scritto (come invece

¹⁷⁴ In tal senso si esprime L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 254; ID., *La concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 502.

¹⁷⁵ In tal senso sembrano esprimersi anche G. FALCONE, *L’indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2011, p. 192, e L. MODICA, *op. ult. cit.*, p. 254, la quale tuttavia esclude che si configuri in capo al finanziatore un dovere di consulenza o anche di (sola) assistenza.

¹⁷⁶ Non sempre, infatti, la situazione di eccessivo indebitamento del consumatore deve attribuirsi ad una scelta di concessione irresponsabile del credito da parte del finanziatore.

¹⁷⁷ Secondo L. VIGNUDELLI, *La direttiva comunitaria in materia di credito ai consumatori*, cit., p. 244, attraverso la previsione del dovere di assistenza (che l’A. peraltro equipara ad un –al – dovere di consulenza) la direttiva «intende soddisfare l’esigenza di un’adeguata attività educativa a supporto del consumatore». Segnatamente, mentre l’informazione rappresenta lo strumento atto a ripristinare l’*asimmetria informativa* tra finanziatore e consumatore, l’educazione – finanziaria – intende superare l’*asimmetria cognitiva*, intesa «quale effettiva difficoltà interpretativa delle informazioni ricevute. Il diritto all’educazione, quindi, va tutelato con estremo rigore, costituendo una premessa irrinunciabile – insieme a quello informativo – di tutela consumeristica». Anche G. FALCONE, *L’indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit., p. 196, si esprime positivamente in merito al dovere del professionista di fornire al consumatore un’adeguata educazione finanziaria.

¹⁷⁸ Corte di giust. 18 dicembre 2014, causa C-449/13 (CA Consumer Finance SA).

avviene con riguardo alle informazioni europee di base), ben potendo essere illustrati oralmente nel corso delle trattative. Invero, la forma nella quale dette spiegazioni devono essere date è una questione che viene lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati membri.

Per ciò che concerne i soggetti gravati dall'obbligo in questione, si nota come la direttiva abbia inteso riferirsi tanto ai creditori, quanto agli intermediari. Tuttavia, con riguardo a tale ultima categoria, coloro che svolgono l'attività di intermediazione "a titolo accessorio" non sono tenuti a rispettare le prescrizioni inerenti ai doveri di informazione precontrattuale (art. 7). Ciononostante, il riconoscimento o meno di tale tutela nei confronti del consumatore non può dipendere dal "tipo" di intermediario che di fatto prende parte all'operazione creditizia. Invero una simile evenienza svuoterebbe di significato le disposizioni in tema di obblighi informativi precontrattuali e contrasterebbe altresì con l'obiettivo della direttiva di assicurare un elevato grado di tutela a *tutti* i consumatori della Comunità: nella fase prodromica all'eventuale stipulazione del contratto, l'entità di detta tutela varierebbe, infatti, con il variare dei soggetti parte della transazione. In altri termini, se questa si svolge direttamente tra il consumatore e il creditore, ovvero tra il consumatore e l'intermediario che effettua la propria attività a "titolo principale", il professionista è tenuto a rispettare gli obblighi di condotta previsti dalla direttiva; viceversa, qualora all'operazione partecipi un intermediario la cui attività risulti essere prestata "a titolo accessorio", quest'ultimo è esonerato dall'osservare i predetti obblighi¹⁷⁹.

In tale ultimo caso, rilevate le illogiche conseguenze cui altrimenti si giungerebbe, spetta al creditore assicurare alla controparte la conoscenza delle prescritte informazioni precontrattuali (cfr. art. 7). L'effettiva tutela del consumatore viene in tal modo ripristinata.

Tuttavia, dal punto di vista meramente operativo, l'adempimento di tali doveri da parte del creditore potrebbe non essere così agevole. E questo non tanto con riguardo al dovere di fornire le informazioni necessarie, il cui adempimento si verifica con la semplice consegna di un modulo, quanto, piuttosto, alla prestazione di assistenza. In

¹⁷⁹ Condividono e ritengono apprezzabile la diversificazione degli obblighi in questione sulla base dell'effettivo ruolo svolto dagli intermediari S. COSMA e S. COTTERLI, *La direttiva sul credito ai consumatori*, cit., p. 314, in quanto «il loro contributo e la loro partecipazione al processo di finanziamento è completamente differente». Gli Autori evidenziano tuttavia come non sempre risulti agevole in termini di accessorialità o meno l'attività di intermediazione. Per vero, con riguardo ad alcuni settori (ad esempio, il settore automobilistico o quello inerente alla grade distribuzione organizzata – GDO –), l'intermediazione assume natura accessoria «se riferita alla natura dell'attività caratteristica e al volume di fatturato»; all'opposto, se rapportata all'aumento della redditività, rappresenta un'area davvero significativa, al punto da incentivare gli intermediari a proporre vendite rateali piuttosto che con pagamento in contanti.

effetti, il contratto di credito viene presentato da un soggetto (l'intermediario) totalmente deresponsabilizzato, il quale, in ipotesi, potrebbe finanche persuadere il consumatore a concludere un contratto per nulla confacente alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria: per l'intermediario ciò che conta è che il consumatore ricorra al credito, rappresentando, quest'ultimo, un forte elemento di redditività per lo stesso. Ebbene, a fronte di un consumatore incentivato a ricorrere al credito, non risulterà affatto semplice per il creditore avvertirlo degli specifici effetti negativi dal medesimo verosimilmente derivanti, soprattutto dopo che il prodotto è già stato presentato – putacaso come privo di rischi – e il richiedente altro non attende che la conclusione del contratto e la materiale esecuzione dello stesso (*rectius* l'erogazione della somma richiesta, magari strumentale all'acquisto del bene proposto dall'intermediario¹⁸⁰).

La bontà della prestazione assistenziale potrebbe risultare pregiudicata anche qualora la stessa venga svolta da un intermediario c.d. plurimandatario, vale a dire che opera sul mercato senza essere legato da vincoli di esclusiva con nessun creditore (c.d. *broker*). Quest'ultimo, infatti, ha tutto l'interesse a proporre, da un lato, la conclusione del contratto con un creditore incline a concedere credito¹⁸¹ e, dall'altro, il tipo di finanziamento per lo stesso maggiormente redditizio, a prescindere dalla sua effettiva rispondenza alle esigenze del consumatore. È evidente che in un simile caso (non infrequente nella pratica) gli interessi dell'intermediario di fatto confliggono con quelli del consumatore ed un loro ipotetico bilanciamento risulta tutt'altro che agevole.

Ebbene, nonostante le rilevate criticità, e benché la previsione in capo al professionista di un dovere di assistenza non sia *di per sé* idonea ad attribuire a quest'ultimo la responsabilità per la (sconveniente) scelta creditizia effettuata dal consumatore, essa sembra comunque in grado di sensibilizzare l'intermediario nella delicata fase precedente la conclusione del contratto, risultato ulteriormente perseguito dalla previsione del dovere – pur sempre di condotta – di valutazione del c.d. “merito creditizio” del consumatore.

¹⁸⁰ Ad esempio nel caso di un concessionario di automobili che propone il finanziamento per l'acquisto dell'autovettura.

¹⁸¹ Gli intermediari hanno infatti una percentuale di guadagno su ogni contratto di credito stipulato.

7. *L'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore.* Ratio.

Prima di concludere il contratto di credito il finanziatore – e *solo questo*¹⁸² – ha l'obbligo di valutare il “merito creditizio” del consumatore «sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dallo stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente». Alla medesima valutazione si deve procedere quando, nel corso del rapporto, i contraenti decidono di aumentare in “modo significativo” l'importo in origine concesso.

Ad una prima lettura, l'articolo sembra limitarsi a conferire natura giuridicamente doverosa ad un comportamento di regola già spontaneamente osservato dal creditore prima di concedere un finanziamento¹⁸³. Appartiene, infatti, alla diligenza del c.d. “buon banchiere”¹⁸⁴ accertare la verosimile solvibilità del mutuatario, ovverosia la sua capacità di rimborsare il prestito erogato (maggiorato degli interessi). È questo, infatti, il significato da attribuire al dovere in questione. Peraltro, a differenza della valutazione del merito creditizio dell'imprenditore¹⁸⁵, nel caso in esame non si richiede al professionista un giudizio sulla meritevolezza dell'impiego che il consumatore faccia della somma concessa, potendo, questa, essere utilizzata per soddisfare le più varie esigenze (come, ad esempio, per finanziare l'acquisto di un qualsiasi bene di consumo, ovvero per rimborsare un debito in precedenza assunto nei confronti di un diverso ente creditizio). L'effetto è quello di incentivare i consumi e, con essi, il ricorso al credito, che potrebbe risultare precluso soltanto in ipotesi marginali (ad esempio se impiegato per finanziare attività illecite¹⁸⁶).

¹⁸² L'obbligo non viene infatti previsto a carico degli intermediari (cfr. art. 8).

¹⁸³ In tal senso si esprime anche E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 66; G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit., p. 192.

¹⁸⁴ Sul punto si rimanda alle approfondite riflessioni svolte al cap. IV.

¹⁸⁵ Qualora il credito venga richiesto da un imprenditore, l'intermediario, al fine di assicurare una corretta gestione e allocazione delle risorse bancarie, è chiamato a valutare anche la meritevolezza dello scopo cui il finanziamento è destinato, il quale, attesa la connotazione soggettiva del richiedente, dovrà in ogni caso essere attinente all'attività professionale o imprenditoriale svolta. In altri termini, il credito è e deve essere chiesto per una finalità di investimento dal quale l'imprenditore si aspetta di generare reddito a sua volta strumentale al rimborso del prestito concesso. È per tale motivo, dunque, che il giudizio sulla bontà dell'impiego che il finanziato faccia della somma richiesta assume un ruolo determinante nella valutazione del suo merito creditizio e, quindi, della convenienza o meno, per l'intermediario, dell'operazione creditizia.

Inoltre, in tale contesto, la decisione della banca di concedere il prestito all'imprenditore che ne faccia richiesta genera una sorta di affidamento nei soggetti terzi (ad esempio, altri/ulteriori creditori) sulla stabilità/solidità economica dell'impresa, affidamento che, al contrario, non si riscontrata nel credito concesso ai consumatori. Di conseguenza/Conseguentemente, diversi sono gli effetti e i profili di responsabilità nell'ipotesi di concessione “irresponsabile” del credito (*rectius* “abusiva” se il finanziato è un imprenditore) da parte del finanziatore/dell'intermediario, ponendosi, nel primo caso, un problema di tutela del legittimo affidamento (incolpevole) dei terzi, indotti ad intrattenere rapporti/relazioni contrattuali con un soggetto di fatto incapace di rispettare gli impegni assunti.

¹⁸⁶ Così A. SIMONATO, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *Riv. dir. bancario*, reperibile al sito www.dirittobancario.it, giugno 2010, p. 3.

Orbene, se il finanziatore non deve indagare in merito allo scopo cui il credito è destinato, per accertare la stabilità economica del richiedente dovrà giocoforza «avere riguardo al passato e, quindi, alle [sue] pregresse vicende»¹⁸⁷, vale a dire ai rapporti di credito eventualmente intrattenuti con lo stesso o con altri finanziatori e al loro andamento. Prova ne sia che anche nel 26° *considerando* della direttiva è fatta menzione dell'opportunità di basare la valutazione del merito creditizio del consumatore sulle informazioni dal medesimo fornite non soltanto durante la fase precedente alla stipulazione dello specifico contratto, ma anche «nell'arco di una relazione commerciale più lunga».

Alla luce di ciò appare dunque chiaro il motivo per il quale il legislatore sovranazionale ha imposto agli Stati membri – prima – l'istituzione di specifiche banche dati contenenti informazioni relative all'apertura e all'andamento dei rapporti di credito dei mutuatari, e ai finanziatori – poi – la consultazione, benché meramente eventuale, delle stesse.

La valutazione *individuale*¹⁸⁸ che il mutuante è chiamato a svolgere presuppone (o meglio, dovrebbe presupporre), in quanto tale, l'indifferenza di quest'ultimo per eventuali garanzie o coperture assicurative offerte a garanzia del prestito. In tale sede, infatti, ciò che rileva non è l'opportunità dell'operazione creditizia nel suo complesso considerata, bensì l'affidabilità economica del singolo richiedente. La concessione del credito dovrebbe, quindi, avvenire sulla base dell'accertata capacità restitutoria *del consumatore*, a prescindere dall'esistenza di ulteriori fattori che ne garantiscano l'effettivo rimborso. Più correttamente, gli stessi possono senz'altro essere positivamente valutati ai fini dell'erogazione del prestito, solo non devono rappresentare l'unico e decisivo elemento su cui quest'ultima si fonda¹⁸⁹.

Valutare il merito creditizio è, come visto, espressione del più generale dovere dell'intermediario di comportarsi secondo la diligenza professionale lui richiesta, nonché del principio di sana e prudente gestione su cui poggia l'attività (e la professionalità) degli enti creditizi. Dovrebbe, quindi, corrispondere al loro interesse concedere credito ai soli soggetti “meritevoli” (*rectius* solvibili), gravando, peraltro, sugli stessi il rischio dell'insolvenza del debitore.

¹⁸⁷ A. SIMIONATO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁸ Parla di “valutazione individuale” anche G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit., p. 192, valutazione che, peraltro, deve essere compiuta continuativamente (e non *una tantum*) nel corso del rapporto.

¹⁸⁹ A. SIMIONATO, *op. loc. cit.* ritiene compiuta in modo errato «una valutazione del merito creditizio che sortisca un effetto positivo» perché unicamente basata sull'esistenza «di sufficienti garanzie che il credito venga restituito da soggetti diversi dal consumatore».

Senonché detto – teorico – interesse non trova concreto riscontro nell’attuale e sempre più complessa realtà finanziaria. In effetti, molto spesso i creditori concedono credito anche a soggetti con tutta probabilità incapaci di restituirlo. Questo accade quando, come accennato, la decisione di concludere il contratto avviene unicamente in ragione delle garanzie offerte dal mutuatario: se, infatti, quest’ultimo si rivela inadempiente, la restituzione del prestito è assicurata dal terzo che ha prestato la garanzia - se personale -, ovvero dalla somma ottenuta a seguito dell’esecuzione forzata sul bene che ne ha costituito l’oggetto¹⁹⁰ - se reale -. Inoltre, nessun interesse a valutare la potenziale solvibilità della propria controparte può ravvisarsi in capo al finanziatore il cui credito risulti assistito da una garanzia personale destinata a trovare applicazione *in ogni* ipotesi di inadempimento dell’obligato principale, a nulla rilevando la causa da cui esso trae origine¹⁹¹.

Di norma, il rischio di insolvenza del mutuatario grava su colui che eroga il credito sicché, anche per tale motivo, quest’ultimo *dovrebbe* avere tutto l’interesse a verificare se alla richiesta del consumatore corrisponda altresì una sua solidità finanziaria. Senonché non infrequente è il ricorso a strumenti che permettono al creditore c.d. “originario” di trasferire il credito all’interno del mercato e con esso il relativo rischio. Anche in tale caso è, dunque, irrilevante per il finanziatore che il consumatore sia o meno capace di assolvere i propri impegni restitutori, giacché gli effetti pregiudizievoli del suo eventuale inadempimento verrebbero, appunto, trasferiti in capo ad altri soggetti operanti nel mercato creditizio/del credito.

Tralasciando l’analisi del complesso fenomeno del c.d. *credit risk transfer* (CRT) e dei connessi strumenti finanziari derivati (*credit derivatives*)¹⁹², ci si limita in tale sede

¹⁹⁰ Sono esclusi i crediti garantiti da un’ipoteca o da un’altra analoga forma di garanzia costituita su beni immobili (cfr. art. 2, par. 1, lett. a).

¹⁹¹ A differenza dei casi in cui la garanzia opera solo quando si verificano eventi sopravvenuti e imprevedibili al momento della stipulazione del contratto che incidono – negativamente – sulla situazione personale o economica del consumatore (si pensi, rispettivamente, alle ipotesi di separazione o di perdita del lavoro).

¹⁹² V. Banca d’Italia, *Il trasferimento del rischio di credito tra il settore bancario e il settore assicurativo. L’esperienza italiana*, giugno 2004, reperibile al sito www.bancaditalia.it; R. TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Riv. dir. bancario*, aprile 2009, reperibile on line al sito www.dirittobancario.it; TAVAKOLI, *Credit Derivatives*, John Wiley & Sons, 1998, New York; ID., *Credit Derivatives & Syntetic Structures*, John Wiley & Sons, 2001, New York; S.R. DAS, *Valuation and pricing of credit derivatives*, in *Credit Derivatives*, John Wiley & Sons, 1998, New York; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007, p. 391 ss., ID., *La natura dei derivati di credito alla luce del Testo Unico della Finanza*, in *Bancaria*, 1999, p. 52 ss.; F. CAPUTO NASSETTI, G. CARPENZANO e G. GIORDANO, *I derivati di credito*, Milano, 2001; P. LEONE e C. BOIDO, *Rischio di credito e credit derivatives*, Padova, 2004; F. REALI, *I contratti di credit risk monitoring*, Perugia, 2005; E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2001; F. CAPUTO NASSETTI e A. FABBRI, *Trattato sui contratti derivati di credito*, Milano, 2000; A. FABBRI, *I credit derivatives: funzionamento e opportunità dal loro utilizzo*, in G. Forestieri (a cura di), *Corporate e investment banking*, Milano, 2005; R. RUSSO, *I derivati su crediti*, in *Amministrazione e finanza*, 1996, p. 805; A.M. CARROZZI e V. DEL SOLE, *Credit derivatives*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Banca, borsa e tit. cred.*, vol. XX, Torino, 2004; S.M. CARBONE, *Derivati finanziari e diritto internazionale privato e processuale: alcune considerazioni*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 3 ss.; E.M.

a richiamare, peraltro senza nessuna pretesa di completezza, la misura più di frequente utilizzata per procedere a questo tipo di trasferimento, vale a dire la c.d. “cartolarizzazione” (*securization*)¹⁹³. Segnatamente, attraverso il processo di cartolarizzazione il finanziatore “trasforma” il proprio credito in un prodotto “diviso” e “vendibile”, ovvero sia un titolo (la c.d. “carta”) che viene appunto venduto ad investitori istituzionali (ad esempio altri Stati) o privati (le c.d. società di *factoring*) a fronte del pagamento di un prezzo: il rischio legato al credito è così passato agli investitori¹⁹⁴ e il denaro ottenuto viene (ri)utilizzato dalla banca per espandere la propria attività.

Senonché, proprio in tali casi, la mancata valutazione dell’effettiva capacità di rimborso dei mutuatari comporta, quale logica conseguenza, l’immissione sul mercato di prodotti (i crediti cartolarizzati) altamente rischiosi perché legati a soggetti (i mutuatari ceduti) di cui non si conosce il grado di affidabilità economica: dal loro diffuso inadempimento deriverebbe giocoforza una crisi dell’intero sistema finanziario¹⁹⁵. Esito, questo, da evitare atteso l’obiettivo di tutela del mercato creditizio transfrontaliero perseguito dalla direttiva (cfr. 6° *considerando*).

MASTROPAOLO e PRAICHEUX, *Qualità degli strumenti finanziari e loro applicazione ad altri beni e contratti nel diritto francese e nel diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, I, p. 196.

¹⁹³ Detto fenomeno si è ampiamente sviluppato negli Stati Uniti d’America a partire dagli anni ’70 e, per ciò che concerne l’Europa, ha trovato la sua massima espressione nei sistemi finanziari dei Paesi di *Common Law*, primo fra tutti quello anglosassone. In Italia la materia è stata regolamentata/ha trovato riconoscimento normativo solo alla fine degli anni ’90 con la l. 30 aprile 1999, n. 130. In proposito si segnalano, senza pretesa di esaustività, D. GALLETTI e G. GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002; A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario alla legge 30 aprile 1999, n. 130*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 99 ss.; G. DE NOVA e C. LEO, *La securitisation in Italia*, in *Contratti*, 1999, p. 709; C. RUCCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 411; F. MODULO e C. ZACCAGNINI, *Brevi riflessioni sulle nuove disposizioni in tema di cartolarizzazione di crediti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 3; P. GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 512 ss.; A. MALATESTA, *La legge sulla cartolarizzazione e la cessione di crediti “esteri”*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, I, p. 92; R. PARDOLESI (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla l. 30 aprile 1999 n. 130*, Milano, 1999; R. ADAMO, *Il modello di sviluppo del mercato delle ABS in Italia. Caratteristiche strutturali e trasformazioni future*, in *Riv. banc. e merc. fin.*, 2005, p. 61.

¹⁹⁴ I titoli cartolarizzati hanno, infatti, come le obbligazioni normali, una data di scadenza e un tasso di interesse, e il servizio del debito è legato ai rimborsi e ai pagamenti degli interessi da parte degli originari mutuatari.

¹⁹⁵ Ed è proprio questo che accadde nel 2007 con la c.d. crisi dei mutui bancari *subprime*, iniziata nel febbraio di tale anno negli Stati Uniti ed estesa poi anche in Europa. Agli inizi del 2000, periodo in cui i tassi di interesse della banca centrale americana (FED) erano particolarmente bassi, le banche concedevano [erano solite concedere] prestiti a debitori con un punteggio creditizio basso (c.d. debitori *subprime*) e, quindi, con tutta probabilità insolventi. Tale comportamento trovava la propria giustificazione, da un lato, nella garanzia immobiliare che accompagnava il credito e su cui la banca poteva soddisfarsi in caso di inadempimento: fino alla fine del 2006, infatti, i prezzi delle abitazioni erano tra i più alti registrati negli ultimi anni e, dall’altro lato, sulla possibilità di cartolarizzare (*rectius* vendere sul mercato) detti crediti. Tuttavia, quando i prezzi degli immobili iniziarono a diminuire vertiginosamente, i creditori, che nel frattempo, a causa del processo di cartolarizzazione, si erano moltiplicati, a fronte dell’inadempimento dell’originario mutuatario, e a causa del collasso immobiliare, non riuscirono più a soddisfarsi in maniera proficua sul bene oggetto della garanzia. Di conseguenza, il valore del portafoglio delle banche e di molti istituti d’investimento si ridusse notevolmente, pregiudicandone l’effettiva capacità di rifinanziarsi sul mercato. Nel settembre del 2008 la situazione si fece critica e molti istituti creditizi fallirono. Il caso più traumatico e con le maggiori conseguenze sul mercato finanziario fu quello che vide il fallimento della *Lehman Brothers*, la più importante banca americana.

La crisi ebbe pesanti ripercussioni sui Paesi sia europei, sia extraeuropei, le cui banche avevano acquistato titoli derivati USA, di talché, al fine di evitare il riproporsi di simili eventi, i governi nazionali discussero e vararono numerose misure di riforma dei mercati finanziari. Mentre nel luglio del 2010 gli Stati Uniti approvarono il c.d. *Dodd-Frank Act* per la riforma del mercato di *Wall Street* e per la protezione del consumatore, volto a promuovere una più stretta e completa regolazione della finanza statunitense, incentivando al tempo stesso una maggiore tutela

Ciò considerato, appare pertanto possibile affermare che le ragioni sulle quali riposa l'esigenza di prevedere quale condotta giuridicamente doverosa la valutazione di cui si tratta sono riconducibili a quelle ipotesi in cui il creditore non ha un proprio e reale interesse a verificare quale sia l'effettiva capacità restitutoria della propria controparte, e questo o perché non è interessato a che sia il consumatore in persona a rimborsare la somma concessa, o perché manca completamente l'interesse alla restituzione.

Molto spesso le operazioni di credito al consumo hanno ad oggetto importi non particolarmente elevati cui corrisponde, di conseguenza, un margine di rischio e di profitto piuttosto basso. Per tale motivo, a fronte di un indistinto universo di destinatari (i consumatori) – peraltro tutti animati da una comune finalità di consumo – gli enti creditizi per regolare tali rapporti sono soliti ricorrere alla contrattazione c.d. standardizzata. Invero, detta tecnica contrattuale permette di disciplinare in modo uniforme transazioni molto simili tra loro, semplificandone il procedimento di conclusione e diminuendone i tempi e i costi di negoziazione. In tali casi, poi, i creditori stimano la percentuale dei finanziamenti che non verranno restituiti di modo da conoscere preventivamente il tasso di insolvenza e procedere così alla predisposizione di un piano di interessi da applicare ai prestiti concessi il cui pagamento compenserà i debiti restitutori destinati a rimanere insoluti¹⁹⁶.

È dunque evidente come tali dinamiche incidano negativamente sulla valutazione del merito creditizio, disincentivando il finanziatore a procedervi. Per vero, l'analisi spesso complessa della situazione economica del consumatore, implicando un maggior dispendio di tempo e di risorse, va a gravare sui costi sostenuti dal prestatore, i quali, oltre ad aumentare di per sé, ricadono altresì sul costo totale del credito, innalzandolo.

Anche alla luce di ciò appare ancor più chiara la necessità di prevedere come obbligatoria una condotta che, seppure normalmente tenuta nella prassi creditizia, non sempre e non necessariamente viene osservata dagli istituti di credito.

In un contesto in cui il ricorso al credito è sempre più elevato, è necessario indagare se la valutazione cui sono tenuti i finanziatori, oltre ad essere una misura *di*

dei consumatori e del sistema economico statunitense tramite il monitoraggio e la regolazione dei settori delle carte di credito, di debito e dei mutui immobiliari, in Europa si istituì il Comitato europeo per il rischio sistemico (*European Systemic Risk Board*, ESRB), ente responsabile per la vigilanza macro-prudenziale del sistema finanziario dell'Unione. Importanti furono altresì gli interventi di riforma degli accordi di Basilea III.

¹⁹⁶ In proposito, E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, cit., p. 78, rileva che «l'applicazione di tassi di interesse indifferenziati che incorporano la stima della “rischiosità media” dei debitori disincentivano i mutuatari verosimilmente più solvibili dal chiedere un prestito». Ne deriva «un contestuale peggioramento della rischiosità media dei potenziali debitori e un tendenziale ulteriore innalzamento dei tassi di interesse».

norma idonea a tutelarne gli interessi, possa anche – e soprattutto – essere uno strumento civilistico in grado di proteggere gli stessi consumatori da prestiti concessi in modo irresponsabile. Se così fosse, dal punto di vista degli interessi tutelati, la verifica del merito creditizio assumerebbe natura duale: da un lato, permetterebbe di allocare efficientemente le risorse finanziarie, contribuendo ad un corretto esercizio dell'attività creditizia e alla stabilità del mercato; dall'altro lato, diminuirebbe il rischio per i consumatori di assumere debiti esorbitanti le loro risorse economiche e, quindi, di sovraindebitarsi¹⁹⁷.

Il principio del prestito responsabile, a differenza della prima e della seconda proposta, non è presente nel corpo normativo della direttiva¹⁹⁸. Tuttavia un accenno rimane nel 26° *considerando* ove si legge che «gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere *pratiche responsabili* in tutte le fasi del rapporto di credito (...). In un mercato creditizio in espansione (...) è importante che i creditori non concedano prestiti *in modo irresponsabile* o non emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio (...)».

A differenza dei lavori preparatori, ove la verifica della potenziale solvibilità del consumatore era soltanto uno degli elementi costitutivi del prestito responsabile, nella versione finale del provvedimento europeo quest'ultima, oltre ad essere esplicitamente contemplata nell'art. 8, rappresenta altresì *lo* strumento attraverso cui l'enunciato principio, ancorché scomparso dalla rubrica della norma, opera¹⁹⁹. Ne consegue un rapporto di reciproca dipendenza: il prestito risulta erogato in modo responsabile solo se preceduto da un'indagine in ordine alla situazione finanziaria del richiedente, che è a sua volta espressione dell'agire responsabile del creditore. Quest'ultimo è pertanto tenuto a comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti della propria controparte, indipendentemente dall'esito finale della negoziazione²⁰⁰.

Considerato il lungo, quanto travagliato processo che ha portato all'elaborazione della norma in commento, pur riconoscendone la finalità pubblicistica di tutela del mercato del credito, non si ritiene tuttavia che detta finalità esaurisca gli obiettivi

¹⁹⁷ C. BOITI, *Il principio del prestito responsabile del creditore ed il dovere di informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit., p. 430, afferma che il dovere sancito dall'art. 8 della direttiva si rivela funzionale alla tutela sia del creditore, sia del consumatore.

¹⁹⁸ Ad avviso del Consiglio era opportuno sopprimere il principio del prestito responsabile in quanto possibile fonte di incertezza giuridica e sostituirlo con l'obbligo di valutare la meritevolezza creditizia del consumatore. Cfr. Posizione comune del Consiglio 20 settembre 2007, n. 14, in *G.U.U.E. C 270E* del 13 novembre 2007.

¹⁹⁹ Secondo G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit., p. 191, il prestito responsabile deve infatti intendersi «come il credito concesso a seguito di una valutazione preliminare del merito creditizio».

²⁰⁰ Per una ricostruzione dettagliata in merito al rapporto tra principio del prestito responsabile e criteri di buona fede, diligenza e trasparenza nel diritto interno si rimanda a C. BOITI, *op. cit.*, p. 433 ss.

perseguiti dalla relativa disciplina, costituendo la contrapposta finalità di tutela degli interessi dei consumatori ad un mero «esito indiretto ed eventuale»²⁰¹. A favore di ciò depongono peraltro le riflessioni svolte dal Comitato economico e sociale sul tema “Credito ed esclusione sociale in una società opulenta”²⁰².

Nell’analizzare il fenomeno del sovraindebitamento delle famiglie e le cause da cui quest’ultimo trae origine, il Comitato individua, tra le altre: (i) gli incentivi eccessivi al consumo e il richiamo al credito facile; (ii) i crediti usati per pagare altri crediti, dando così vita al c.d. “effetto valanga”; (iii) la facilità con cui le persone socialmente isolate e quelle con capacità cognitive limitate possono essere negativamente influenzate nelle loro scelte da parte di organismi di credito troppo aggressivi.

Sebbene si dia atto della prevalenza delle cause c.d. passive del fenomeno, riconducibili, cioè, ad eventi attinenti alla sfera personale del consumatore e non ragionevolmente prevedibili dal creditore al tempo dell’erogazione del prestito (ad esempio, i cambiamenti nella struttura del nucleo familiare, la cattiva gestione del relativo bilancio, la disoccupazione o l’insuccesso nel lavoro autonomo), sembra in ogni caso emergere la consapevolezza del Comitato in merito all’importanza che la cattiva e non sempre trasparente gestione finanziaria degli istituti di credito assume in tale contesto.

Riguardo alle misure che potrebbero prevenire o per lo meno limitare l’eccessivo indebitamento, oltre all’informazione e all’educazione finanziaria, vengono altresì individuati i sistemi c.d. di *credit scoring* (par. 5.1, lett. e), i quali, attraverso l’attribuzione di un punteggio sull’affidabilità creditizia del richiedente, permettono ai finanziatori di valutare preventivamente i rischi correlati alla concessione del prestito²⁰³, e il “credito responsabile” (par. 5.1, lett. i). In ossequio a tale ultimo criterio gli enti creditizi dovrebbero svolgere la loro attività prestando adeguata attenzione alle necessità e alle condizioni dei singoli debitori, impegnandosi ad identificare lo strumento finanziario più adeguato al profilo di ciascuno di essi, eventualmente rifiutando di aumentare l’importo in origine concesso qualora si riveli imminente un rischio di sovraindebitamento.

²⁰¹ Così, A. SIMONATO, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 9.

²⁰² Parere del Comitato economico e sociale sul tema “Credito ed esclusione sociale in una società opulenta”, 2008/C 44/19, in *G.U.U.E. C 44/74* del 16 febbraio 2008.

²⁰³ Tali sistemi consentono di stimare il rischio di insolvenza prendendo in considerazione una serie di variabili e stabilendo in maniera oggettiva i limiti dell’indebitamento del mutuatario.

Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte dal Comitato economico e sociale e delle riflessioni che hanno preceduto l'elaborazione della norma relativa al merito creditizio, appare possibile ritenere che la stessa sia senza dubbio finalizzata (anche) alla tutela *diretta* del consumatore, potendo rappresentare, se correttamente utilizzato, uno strumento idoneo a prevenire situazioni di sovraindebitamento²⁰⁴.

L'art. 8 nulla dice in ordine alle conseguenze derivanti dall'eventuale formulazione di un giudizio negativo circa la verosimile capacità del mutuatario di far fronte agli impegni restitutori derivanti dal contratto.

In linea teorica si potrebbero ipotizzare tre tipologie di condotte, le quali, attesa l'istanza di protezione del finanziato cui la stessa disposizione si è visto farsi carico, sono tutte rilevanti sul piano del rapporto tra creditore e consumatore²⁰⁵. E precisamente: *a) spiegazione* dei contenuti del contratto di credito; *b) avviso* o "messa in guardia" rispetto alla non sostenibilità del finanziamento; *c) astensione* dal finanziamento.

Con riguardo a quest'ultimo esito, si ritiene di poter escludere che gravi in capo al professionista un – implicito – divieto di erogare credito nell'ipotesi in cui venga accertata la verosimile incapacità del richiedente di rimborsare la somma concessa²⁰⁶. Una simile interpretazione, sebbene offra un notevole livello di protezione al consumatore, contrasterebbe, infatti, con il dato normativo che attribuisce *a quest'ultimo* la decisione finale in ordine alla conclusione o meno del contratto di credito (cfr. art. 5, parr. 1 e 5). Dunque, oltre a non essere presente un'espressa previsione in tal

²⁰⁴ L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 236, è concorde nel ritenere che la valutazione del merito creditizio rappresenta «insieme alla trasparenza e all'informazione precontrattuale, il principale strumento per scongiurare ipotesi di sovraindebitamento, promuovendo, accanto all'assunzione responsabile del debito da parte del consumatore, l'erogazione altrettanto responsabile del credito da parte del finanziatore».

²⁰⁵ All'opposto, se si assumesse quale unico e diretto interesse tutelato dalla norma quello attinente alla sana e prudente gestione delle risorse bancarie, a sua volta strumentale al corretto andamento del mercato, i comportamenti che potrebbero pretendere dal finanziatore rilevrebbero esclusivamente sul piano – pubblicistico – delle procedure interne alla propria attività. In tal caso, le determinazioni del creditore in merito all'erogazione del prestito in assenza delle richieste capacità di rimborso da parte del consumatore, rimarrebbero prive di conseguenze civilistiche. Cfr. A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, p. 561 ss.; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 755.

²⁰⁶ Contra G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, cit., p. 195; C. A. NIGRO, *Introduzione alla nuova disciplina del credito al consumo – le novità della direttiva 2008/48/CE del 22 maggio 2008 in materia di «contratti di credito ai consumatori»*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 202/2010, p. 14; M. DE POLI, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, cit., pp. 48 e 49, ad avviso del quale la discrezionalità operativa del finanziatore non può spingersi sino al punto da legittimare scelte arbitrarie e immotivate; le stesse devono infatti essere coerenti con le informazioni su cui poggiano «inibendo la concessione di credito ogni qualvolta adeguate informazioni depongano nel senso della scarsa capacità restitutiva del consumatore». All'opposto, non può ritenersi sussistente uno speculare obbligo di concedere il credito qualora dette informazioni «depongano nel senso di un alto merito creditizio». In termini non dissimili si esprime A. SIMIONATO, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 10 ss.

senso, così interpretando, si giungerebbe a sostituire, in modo del tutto arbitrario, il soggetto *ex lege* legittimato a compiere la scelta creditizia finale. Inoltre, in assenza di uno specifico divieto²⁰⁷, l'automatismo valutazione negativa del merito creditizio – astensione dal finanziamento si porrebbe in contrasto con la libertà contrattuale del creditore e, segnatamente, con il principio di autodeterminazione in ordine alla decisione di concedere o meno il prestito a chi ne faccia richiesta, a sua volta espressione del carattere imprenditoriale dell'attività bancaria e finanziaria. Eventualmente, la decisione del finanziatore di erogare credito al consumatore nonostante le appurate difficoltà economiche in cui lo stesso versa, potrà rilevare in termini di responsabilità precontrattuale e conseguente obbligo risarcitorio, ferme restando le sanzioni pubblicistiche per contrarietà alle norme della diligenza professionale²⁰⁸.

Un espresso dovere di astensione in capo al professionista non era e non è ad oggi previsto nemmeno dalla più dettagliata ed incisiva normativa attinente ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. disciplina MiFID), peraltro recentemente riformata dalla dir. 2014/65/UE (c.d. MiFID II), che, a decorrere dal 3 gennaio 2017, ha abrogato e sostituito la precedente dir. 2004/39/CE (c.d. MiFID I)²⁰⁹. Ciononostante, le norme di condotta che gli intermediari devono osservare nel momento in cui svolgono attività di consulenza, finalizzate a garantire un'adeguata protezione degli investitori da eventuali fallimenti del mercato sono rimaste, nella sostanza, invariate.

In linea di principio, quando le imprese prestano servizi di investimento, oltre ad agire in modo onesto, equo e professionale per servire al meglio l'interesse del cliente, devono altresì valutare la *compatibilità* degli strumenti proposti con le esigenze di quest'ultimo (cfr. art. 24, par. 1, dir. 2014/65/UE, che ripropone quanto previsto dall'art. 19, par. 1, dell'abrogata dir. 2004/39/CE).

Segnatamente, al fine di *raccomandare* il servizio di investimento o lo strumento finanziario *più adeguato*, l'intermediario acquisisce le informazioni “necessarie” in

²⁰⁷ Un esplicito divieto di concludere il contratto di credito qualora la valutazione del merito creditizio del consumatore dia esito negativo è invece previsto dall'attuale art. 18, par. 5, lett. *a*, della dir. 2014/17/UE in materia di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, il quale impone ai creditori di erogare il credito al consumatore «solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte [dallo stesso]». Sul punto si rimanda alle considerazioni che verranno svolte nel cap. IV del presente lavoro.

²⁰⁸ Così anche A. SIMIONATO, *op. cit.*, p. 12.

Relativamente alle conseguenze derivanti dal mancato ovvero non corretto adempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore, v. par. 12 e 13 del presente capitolo per ciò che attiene alla dimensione europea; cap. IV con riguardo alle soluzioni prospettate dal diritto interno.

²⁰⁹ Dir. 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica la dir. 2002/92/CE e la dir. 2011/61/UE, in *G.U.U.E.* L 173/349 del 12 giugno 2014.

Fondamentalmente, i principi regolatori e gli obiettivi perseguiti sono rimasti analoghi a quelli dell'originaria dir. 2004/39/CE.

merito alle conoscenze ed esperienze del cliente in materia, al tipo di prodotto o servizio su cui lo stesso intende investire, ai suoi obiettivi e, infine, alla sua situazione finanziaria, prestando particolare attenzione alla capacità di tale persona di tollerare il rischio e sostenere eventuali perdite (l'idoneità del prodotto è valutata anche e soprattutto con riguardo a questi ultimi elementi)²¹⁰.

Cionondimeno, qualora l'impresa, sulla base delle informazioni ottenute, ritenga il prodotto non appropriato per il cliente, ovvero non sia stata in grado di valutarne l'adeguatezza a causa del rifiuto dello stesso di fornire le informazioni richieste, o perché queste sono risultate insufficienti, *avverte* il potenziale investitore, a seconda dei casi, dell'inadeguatezza del prodotto o dell'impossibilità di procedere alla relativa verifica (cfr. art. 25, par. 2 e 3, dir. 2014/65/UE, analogo all'art. 19, par. 4 e 5, dir. 2004/39/CE).

Un dovere di avvertimento, dunque, ma non anche di astensione dal prestare il servizio o lo strumento finanziario richiesto.

A ciò si aggiunga, peraltro, che al cliente sono in ogni caso “tempestivamente” fornite informazioni “appropriate” sull'impresa di investimento e i relativi servizi, sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte, specificandone altresì tutti i relativi oneri e costi²¹¹. Attraverso tale *disclosure* informativa – che anche in tal caso riflette la costante idea del legislatore europeo secondo cui l'informazione è uno degli strumenti che meglio tutelano il contraente c.d. “debole” – il cliente è posto nelle condizioni di comprendere la natura e le caratteristiche del prodotto finanziario proposto, nonché i rischi al medesimo connessi, così da poter prendere una decisione «con cognizione di causa» (art. 24, par. 4, dir. 2014/65/UE, nonché art. 19, par. 3, dir. 2004/39/CE).

Volendo quindi concludere con il raffronto, anche in materia di servizi di investimento, quindi, la scelta finale è e *rimane* del cliente.

²¹⁰ Questa la portata del dovere di *consulenza* gravante sull'impresa di investimento, alla quale è altresì imposto di fornire al cliente, su supporto durevole, e prima di effettuare la transazione, una «dichiarazione di adeguatezza che specifichi la consulenza prestata e indichi perché [il servizio o lo strumento finanziario] corrisponda alle preferenze, agli obiettivi e alle altre caratteristiche del cliente al dettaglio» (par. 6, art. 25, dir. 2014/65/UE).

²¹¹ Cfr. par. 4, art. 24, dir. 2014/65/UE, ove sono specificate le informazioni “appropriate” che l'intermediario deve fornire al cliente.

8. Segue: *i chiarimenti «adeguati» e la verifica del merito creditizio. Presumibili profili di connessione.*

Escluso che dall'esito negativo della valutazione di cui all'art. 8 possa derivare un divieto per il professionista di concedere il credito, appare quindi necessario determinare altrimenti il contenuto e gli effetti della norma nell'ottica della relazione finanziatore/cliente.

Al pari delle informazioni precontrattuali e del dovere di assistenza, la verifica del merito creditizio del consumatore è inserita tra le disposizioni del Capo II, dedicato alle "Pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito" benché – preme ricordarlo – non si esaurisca in tale fase, ma si ripeta nel corso del rapporto qualora i contraenti decidano di aumentare in modo significativo la somma in origine concessa²¹².

Ciò premesso appare allora interessante indagare se, oltre alla medesima collocazione sistematica, tra la valutazione in oggetto e la menzionata attività di assistenza intercorrano eventuali profili di connessione, così da poter poi desumere da tale *liaison* il tipo di condotta esigibile dal professionista.

Come detto, l'informazione di cui all'art. 5, par. 6, lungi dal contenere dati standard che, per definizione, prescindono dai connotati del richiedente e riguardano esclusivamente le caratteristiche del contratto, nonché i diritti e gli obblighi da quest'ultimo derivanti (il tipo di credito, l'importo concesso, il costo totale, il TAEG, il diritto di recesso, il diritto di ricevere copia della bozza del contratto ecc.), si personalizza e, come tale, non può che postulare la conoscenza, da parte del professionista, della condizione personale e finanziaria della propria controparte. Ed è proprio su tale presupposto che sembra possibile rinvenire l'esistenza di un rapporto – che si vedrà essere di reciproca dipendenza – tra la valutazione del merito creditizio e i previsti chiarimenti adeguati.

Se, infatti, il corretto adempimento della prestazione di assistenza presuppone una effettiva conoscenza del cliente – specie dal punto di vista economico – quest'ultima non può di certo prescindere dalla verifica della sua verosimile capacità solutoria.

²¹² Tale verifica è, dunque, dinamica e confronta il livello di indebitamento del consumatore al momento della conclusione del contratto con quello che, in ipotesi, si è venuto a determinare in costanza del rapporto (ad esempio in caso di assunzione di ulteriori debiti con altri finanziatori). Cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, cit., p. 75; M. PRESTIPINO, *Obblighi precontrattuali del finanziatore: adeguatezza dell'informazione e adeguatezza del "prodotto" nella nuova disciplina del credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 385 ss.

La valutazione del merito creditizio si inserisce così, quale «passaggio obbligato»²¹³, all'interno del più ampio dovere di fornire “chiarimenti adeguati”, che permette al professionista di adattare l'informazione alle specifiche caratteristiche del cliente, avuto soprattutto riguardo al suo passato debitorio e alla sua attuale capacità patrimoniale.

È, dunque, attraverso l'informazione personalizzata che l'accertamento di cui all'art. 8, riempiendosi di contenuto, è in grado di spiegare i propri effetti nel rapporto tra le parti, seppure con le precisazioni che seguiranno.

Alla luce delle summenzionate riflessioni, ed avuto riguardo a ciò che costituisce oggetto dei chiarimenti adeguati, sembrerebbe delinarsi in capo al professionista un dovere sia di *spiegazione* del contenuto del contratto, sia di *avviso* (o c.d. “messa in guardia”) delle implicazioni derivanti dalla sua stipulazione, se del caso evidenziandone l'inopportunità.

Segnatamente, quanto al primo aspetto, il creditore dovrebbe rileggere il quadro delle informazioni precontrattuali in precedenza fornite adeguandole al profilo del consumatore: solo in tal modo, infatti, l'informazione standard si “trasforma” in informazione personalizzata; quanto al secondo aspetto, invece, nell'illustrare gli effetti specifici²¹⁴ conseguenti alla conclusione del contratto, l'intermediario deve, appunto, *avvertire* il richiedente delle conseguenze verosimilmente derivanti dal mancato adempimento degli obblighi restitutori pattiziamente convenuti, così richiamando l'attenzione sui rischi connessi alla concessione del credito.

Appare dunque evidente come tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, il professionista, per correttamente adempiere alla propria prestazione di assistenza, non possa prescindere dalla conoscenza della situazione personale ed economica del consumatore e, quindi, dalla preventiva verifica del suo merito creditizio²¹⁵.

La portata del duplice dovere che si ritiene gravi in capo al finanziatore non è tuttavia tale da imporre a quest'ultimo l'ulteriore obbligo di astenersi dal concedere credito nel caso in cui l'esito di detta verifica sia negativo: come detto, la scelta

²¹³ L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 253.

²¹⁴ In quanto tali non possono non considerare la peculiare condizione del consumatore.

²¹⁵ Al riguardo, appare tuttavia opportuno dare atto di quanto di recente affermato dalla Corte di giustizia, che nella sentenza 18 dicembre 2014, cit., afferma che «non sussiste, in via di principio, un nesso tra i due obblighi [di fornire chiarimenti adeguati e di valutare il merito creditizio del consumatore] derivanti dai summenzionati articoli [rispettivamente, 5 e 8] della direttiva. Il creditore è in grado di dare al consumatore chiarimenti, basati unicamente sugli elementi forniti da quest'ultimo, affinché il consumatore prenda una decisione in ordine al tipo di contratto di prestito, senza che sia tenuto a una previa valutazione della solvibilità del medesimo. Tuttavia, il creditore deve tener conto della valutazione della solvibilità del consumatore, nei limiti in cui essa richieda un adeguamento dei chiarimenti forniti».

creditizia finale è, infatti, rimessa al consumatore, il quale, sulla base delle spiegazioni e degli avvertimenti dati, dovrebbe essere posto nelle condizioni di pienamente comprendere la portata dell'impegno finanziario che intende assumere e le conseguenze – soprattutto con riguardo alla sua situazione patrimoniale – dallo stesso derivanti²¹⁶.

Appare tuttavia importante evidenziare che la relazione tra creditore e consumatore e, precisamente, la verifica della capacità solutoria di quest'ultimo, quale operazione che si svolge nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, è in ogni caso governata dalle regole generali di diligenza e correttezza, prim'ancora che dalla normativa di settore, il cui rispetto connota, peraltro, tutti i rapporti contrattuali. La scorrettezza e la negligenza senza dubbio riscontrabili nel comportamento del finanziatore che, nonostante le accertate difficoltà economiche della controparte, decida comunque di erogare il credito – così aggravandone la già compromessa situazione patrimoniale – originano, dunque, un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, a sua volta fonte di un obbligo risarcitorio²¹⁷.

Ciò considerato, la relazione tra i chiarimenti adeguati di cui all'art. 5, par. 6, e la valutazione prevista dall'art. 8 della direttiva, non deve essere letta nel senso di attribuire a quest'ultima una funzione meramente strumentale al corretto adempimento dell'obbligo informativo personalizzato, pur rappresentandone un presupposto fondamentale.

Invero, l'indagine cui è tenuto il creditore, se interpretata alla luce *sia* delle avvertenze che devono essere date al consumatore circa gli specifici effetti, anche (e soprattutto) pregiudizievoli, derivanti dal contratto di credito, *sia* delle richiamate regole generali di diligenza e correttezza, sembrerebbe altresì sostanziarsi in un dovere per il finanziatore di avvertire il cliente in merito alla convenienza o meno dell'operazione²¹⁸,

²¹⁶ Cfr. art. 5, par. 6.

²¹⁷ Sul punto si rimanda alle più approfondite considerazioni di cui al Cap. IV, par. 4.2.

²¹⁸ *Contra* L. MODICA, *op. ult. cit.*, p. 254 ss., ad avviso della quale l'ampiezza dell'obbligo di informazione personalizzata basata anche sulla valutazione del merito creditizio non sarebbe tuttavia tale da configurare anche un dovere di avviso nel senso di imporre al finanziatore di esprimersi anche in merito all'opportunità o meno di concludere l'operazione; la decisione creditizia finale grava, infatti, sul consumatore. Per vero, una simile ricostruzione «finirebbe col mettere capo ad una responsabilizzazione pressoché automatica del finanziatore (per il sopraggiunto sovraindebitamento del suo debitore) (...)», com'è peraltro accaduto in ambiente francese ove per il solo fatto di non avere o avere erroneamente consigliato il consumatore sulla bontà dell'operazione creditizia, il finanziatore veniva automaticamente giudicato responsabile dell'eccessivo indebitamento in cui il debitore fosse in ipotesi incorso. In tale contesto nessuna rilevanza assumevano, dunque, fattori quali la dissimulazione o la mancata comunicazione da parte del consumatore di importanti dati (ad esempio, composizione del nucleo familiare, capacità reddituale, condizioni di salute ecc.), ovvero la sopravvenienza di eventi imprevedibili al momento dell'erogazione del prestito. A fronte di situazioni di indebitamento c.d. "attivo", la giurisprudenza francese ha pertanto iniziato a "raddrizzare il tiro", «riportando il banchiere sui binari di quel dovere di avviso che si traduce (e si esaurisce) nell'avvertire i clienti delle conseguenze dell'operazione creditizia senza però spingersi fino a sostituirsi ad essi nella scelta finale».

Di avviso contrario e, quindi, nel senso suggerito dal presente scritto, E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, cit., p. 82 ss., la quale sottolinea che, al fine di evitare automatismi fondati su presunzioni di

pur rimanendo, la scelta creditizia finale, in capo al consumatore. Detto avviso – preme ribadirlo – non è infatti tale da implicare anche un divieto di concedere il finanziamento.

Così interpretata, la valutazione del merito creditizio appare dunque essere la misura che, nell'idea, seppur ancora flebile, del legislatore comunitario di effettivamente ed efficacemente tutelare i consumatori dalle dinamiche – spesso speculative – del mercato, è idonea a proteggere «il debitore dall'insolvenza» e non, come di norma accade nelle transazioni creditizie, «il creditore dall'insolvente»²¹⁹.

9. *Condotta imposta ai finanziatori ma non anche agli intermediari del credito.*

Disomogeneità di regolamentazione e conseguenze.

Curiosamente, l'art. 8 della direttiva individua nel *solo* creditore il soggetto legittimato a valutare il merito creditizio del consumatore. Nessun accenno è fatto all'intermediario, seppur gravato dal rispetto di tutti gli altri doveri informativi prescritti per il finanziatore (cfr. artt. 4, 5 e 6).

Detta omissione, lungi dall'essere priva di risvolti pratici, determina, al contrario, l'insorgere di diversi e rilevanti problemi nella relazione tra i contraenti.

Innanzitutto, se si concorda con l'idea secondo cui la valutazione in oggetto, oltre ad essere funzionale alla salvaguardia dell'interesse “tipico” del creditore di concedere credito solo a chi è verosimilmente in grado di restituirlo, costituisce altresì un efficace strumento da utilizzare *ex ante* per evitare che il consumatore sia indotto ad assumere obbligazioni in misura superiore alla propria capacità economica, con ciò dando luogo ad una situazione di sovraindebitamento, solamente colui che conclude il contratto *direttamente* con il finanziatore beneficerebbe di tale tutela. All'opposto, se a concludere il contratto in nome e per conto del creditore e, quindi, in qualità di suo rappresentante²²⁰, fosse l'intermediario, quest'ultima, secondo quanto letteralmente previsto dalla norma, verrebbe negata. Ne deriverebbe che il riconoscimento o meno del

responsabilità del finanziatore per l'eccessivo indebitamento del in cui è incorso il finanziato, senza procedere ad alcuna, seppur necessaria, indagine in ordine alle cause da cui detta situazione trae origine, non appare corretto procedere ad un drastico ridimensionamento della portata della valutazione del merito creditizio del consumatore, riducendola a mero elemento strumentale al corretto adempimento dell'obbligo di fornire informazioni personalizzate. All'opposto, secondo l'A., quello che si delinea in capo al finanziatore è un vero e proprio dovere di avviso o di allerta circa l'inopportunità dell'operazione, il quale trova la propria giustificazione sul reciproco scambio di informazioni e, quindi, sul costante rapporto di collaborazione tra le parti contraenti che caratterizza tutta la vicenda precontrattuale e su cui si basa altresì la valutazione imposta al creditore (cfr. art. 8, par.1).

²¹⁹ E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 88, la quale rileva altresì (p. 90) che il paternalismo celato dietro una simile ricostruzione è senza dubbio «preferibile ai vizi di un liberalismo che comincia ad essere messo in discussione anche nel sistema giuridico – quello degli Stati Uniti – che ne è stato maggiormente innervato».

²²⁰ Cfr. art. 3, lett. f, (iii).

diritto del consumatore di vedersi valutato il proprio merito creditizio dipenderebbe soltanto dalla qualifica del soggetto che, di fatto, conclude la transazione (rispettivamente, creditore o intermediario)²²¹.

La situazione che verrebbe in tal modo a delinearsi, oltre a dar luogo ad una del tutto ingiustificata disparità di trattamento, contrasterebbe altresì con l'obiettivo di assicurare a *tutti* i consumatori della Comunità un elevato ed equivalente livello di tutela dei loro interessi.

Ma questa non è l'unica conseguenza.

Nel caso in cui l'intermediario si limitasse a presentare o a proporre contratti di credito al consumatore, ovvero ad assisterlo nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, rimanendo, quest'ultima, di competenza del finanziatore, potrebbe, in un'ipotesi non così inverosimile, delinearsi una situazione di conflitto di interessi tra le parti. L'intermediario è, infatti, svincolato dall'obbligo di indagare in ordine all'effettiva capacità solutoria del richiedente, sicché ben potrebbe indurre quest'ultimo a concludere un contratto di credito esorbitante le proprie risorse economiche e, dunque, sconveniente. Un simile atteggiamento, all'apparenza irragionevole, lo si può comprendere allorché si consideri che il guadagno dell'intermediario tanto più aumenta quante più transazioni riesca a definire, percependo una provvigione su ogni affare portato a compimento. Spetterà, poi, al creditore accertare l'eventuale inadeguatezza del prodotto offerto e, di conseguenza, avvertire il consumatore, eventualmente rifiutando l'erogazione del prestito²²².

L'intermediario non è dunque tenuto a conoscere la reale condizione finanziaria del consumatore, dovendo, al più, limitarsi a prendere atto delle informazioni al riguardo comunicate dal cliente e fornire i chiarimenti richiesti. Ne consegue che qualora il creditore, (erroneamente) fidandosi dell'operato – e della correttezza – dell'intermediario, stipuli il contratto di credito senza verificare la reale situazione economica della controparte e, quindi, senza previamente valutarne la meritevolezza creditizia, nessun giudizio di responsabilità potrà essere formulato nei confronti dell'intermediario per il mancato rimborso del prestito e il conseguente danno subito sia dal consumatore, la cui – già compromessa – condizione economica si aggrava

²²¹ L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., p. 505, parla di «(...) regime schizofrenico, pronto a modificarsi in ragione della sola qualità professionale del soggetto che di volta in volta viene in contatto con il cliente».

²²² Mentre non è possibile ritenere sussistente un dovere di astensione, il rifiuto del finanziatore di concedere credito è, infatti, sempre ammesso, anche laddove l'esito della valutazione sia positivo.

ulteriormente, sia dal creditore, che si vede di molto diminuita la propria liquidità finanziaria.

In un tale contesto, un giudizio di (co)responsabilità potrà essere sollevato unicamente nei confronti dello stesso consumatore per non avere fornito all'intermediario le corrette e complete informazioni relative alla sua situazione patrimoniale, e del creditore per non avere adempiuto all'obbligo di verifica sullo stesso incombente.

Il quadro così delineato sembra rivelare l'incoerenza di un provvedimento che enuncia tra i suoi obiettivi quello di tutelare, peraltro in modo "elevato", i consumatori, ma che nel predisporre gli strumenti che dovrebbero *in concreto* assicurare tale tutela, quale l'informazione e i connessi doveri di condotta gravanti sul professionista, conduce ad un esito tutt'altro che conforme alla finalità *formalmente* perseguita.

Spetterà, dunque, all'interprete, in assenza di specifiche integrazioni a tal riguardo formulate dai legislatori nazionali in sede di recepimento²²³, colmare detta lacuna in modo da rendere omogenei gli obblighi informativi previsti e, quindi, attribuire al sistema normativo quella coerenza necessaria per perseguire in modo efficiente ed efficace gli scopi prefissati.

In proposito, appare qui opportuno richiamare – seppur formulata con riguardo alla disciplina italiana di attuazione, tuttavia coincidente con quella comunitaria – l'opinione di chi distingue tra *verifica* e *valutazione* del merito creditizio. E precisamente secondo tale lettura, mentre non vi sarebbe alcun dubbio in ordine all'esclusiva competenza del creditore di valutare la potenziale capacità restitutoria del richiedente, lo stesso non potrebbe dirsi per ciò che attiene alla sua *verifica*, di cui dovrebbe farsi carico *anche l'intermediario*, poiché necessaria ad una corretta e completa informazione²²⁴.

Per vero, di tale distinzione sembrerebbe dare conto anche lo stesso art. 8, rubricato "Obbligo di *verifica* del merito creditizio del consumatore", ma disciplinante la sua valutazione («Gli Stati membri provvedono affinché (...) il creditore *valuti* il merito creditizio del consumatore (...)).»).

Sulla base delle suddette osservazioni, dunque, l'intermediario, per correttamente adempiere ai propri obblighi informativi, anche ai fini di una leale e corretta collaborazione con il creditore, prima di proporre al consumatore la conclusione di un determinato contratto di credito, dovrebbe verificarne la condizione economica. Al

²²³ È, questo, il caso dell'Italia. V. cap. IV.

²²⁴ Questa è la posizione assunta da L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., pp. 504 e 505.

riguardo, è bene precisare che l'intermediario non potrà più "accontentarsi" delle informazioni eventualmente fornite dal mutuatario (pena l'esclusione di qualsivoglia giudizio di responsabilità in caso di mancato rimborso del prestito), ma dovrà reperire *aliunde* altri dati idonei a tratteggiare la situazione patrimoniale in cui quest'ultimo si trova²²⁵.

Una simile ricostruzione convergerebbe, peraltro, con la lettura che si è data del dovere del professionista di fornire – tramite i "chiarimenti adeguati" – un'informazione personalizzata che, come tale, non può prescindere dalla conoscenza del profilo personale e finanziario del potenziale cliente.

L'intermediario si inserisce così all'interno di quel procedimento che si conclude con la valutazione e, quindi, la decisione del creditore di erogare o meno il prestito; valutazione basata sulla preliminare verifica della meritevolezza creditizia del richiedente, svolta sia dal creditore stesso, sia, qualora intervenuto nel rapporto creditizio, dall'intermediario e dal medesimo compiuta «al fine di adeguarvi le informazioni [precontrattuali]» raccolte²²⁶.

Alla luce delle summenzionate riflessioni appare dunque possibile affermare che mentre la valutazione – di esclusiva competenza del creditore – attiene all'*an* della concessione del credito, la verifica concerne il *quomodo* dell'informazione su cui la stessa decisione si basa.

Nonostante la prospettata ricostruzione attribuisca coerenza ad una disposizione che darebbe altrimenti luogo ad esiti aberranti, specie se si considera l'esigenza – e l'obiettivo – di proteggere il contraente più debole della relazione creditizia (*rectius* il consumatore), non si può fare a meno di notare come la fattispecie del credito c.d. intermediato, peraltro tutt'altro che infrequente nella pratica finanziaria, rappresenti un aspetto problematico del dovere prescritto dall'art. 8 della direttiva.

Di tale criticità sembra tuttavia essere consapevole il legislatore della dir. 2014/17/UE, in materia di credito relativo ad immobili residenziali²²⁷. Invero, nel dettare la disciplina attinente al merito creditizio del consumatore, e precisamente ai soggetti legittimati a valutarlo, precisa come tale "approfondita" valutazione debba

²²⁵ L. MODICA, *op. ult. cit.*, p. 505 evidenzia che le modalità in concreto utilizzate dall'intermediario per conoscere i dati sul merito creditizio del consumatore «è questione tutta interna alla concreta e variegata organizzazione del rapporto fra l'intermediario stesso ed il finanziatore». L'A. non esclude peraltro che, in applicazione di tale autonomia organizzativa, il creditore possa assegnare all'intermediario «un ruolo tutto sommato marginale nell'ambito dell'attività informativa (...)».

²²⁶ L. MODICA, *op. ult. cit.*, p. 506.

²²⁷ A tale direttiva sarà dedicato il cap. III.

poggiare su informazioni che il creditore o, se del caso, *l'intermediario del credito*, ottiene dal consumatore e da *fonti interne o esterne*²²⁸.

Non più, dunque, a livello interpretativo, ma per espressa previsione normativa, (anche) l'intermediario deve farsi carico della verifica in questione e, quindi, reperire e trasmettere al creditore le informazioni attinenti al consumatore – (soprattutto alla sua condizione finanziaria) – su cui, poi, la valutazione e la decisione finale si baseranno.

10. *L'accesso alle banche dati "pertinenti" e il delicato rapporto con il (circoscritto) diritto del consumatore di conoscere le informazioni ivi contenute. Dati inesatti e pregiudizi derivanti al "cattivo" debitore.*

La valutazione del merito creditizio avviene sulla base delle informazioni fornite dal consumatore e «ove necessario» ottenute consultando banche dati pertinenti.

Nonostante dal tenore letterale della norma l'attività di consultazione sembri assumere natura meramente eventuale (prova ne sia l'utilizzo della locuzione «ove necessario»), nell'ambito delle istruttorie creditizie i professionisti *abitualmente* ricorrono ai sistemi informativi contenenti dati attinenti all'esposizione debitoria dei singoli mutuatari. Invero, detti sistemi, raccogliendo informazioni relative alla solvibilità dei clienti, rivestono un ruolo di fondamentale importanza nella gestione del rischio di credito degli intermediari bancari e finanziari.

Anche la Corte di giustizia²²⁹, attenendosi alla lettera della norma, rileva come questa accordi al creditore un certo margine di discrezionalità al fine di stabilire se le informazioni di cui dispone siano o meno sufficienti per attestare il grado di affidabilità economica del debitore e se, quindi, sia o meno necessaria una verifica mediante altri elementi. Ne deriva che l'intermediario ben può decidere di basare la sua valutazione sulle sole informazioni fornite dal consumatore, sempreché le stesse risultino accompagnate da documenti capaci di attestarne la veridicità, dovendo procedersi, in caso contrario, ad un loro ulteriore controllo.

In particolare, in tema di concessione di un finanziamento, la possibilità accordata agli intermediari di verificare la situazione economica del richiedente accedendo a informazioni dettagliate sul suo complessivo indebitamento nei confronti del sistema creditizio permette loro di accertarne il reale grado di affidabilità economica e, quindi,

²²⁸ Cfr. art. 20, comma 1°, dir. 2014/17/UE.

²²⁹ Corte giust. 18 dicembre 2014, cit.

la capacità o meno di adempiere agli impegni restitutori derivanti dal contratto di credito qualora stipulato. Di conseguenza, anche le scelte di credito subiscono un miglioramento, il quale, da un lato, contribuisce ad una più corretta ed efficiente allocazione delle risorse finanziarie²³⁰, mentre, dall'altro, indirettamente si pone quale "argine" all'eccessivo indebitamento dei privati, spesso risultato di decisioni creditizie irrazionali del professionista.

Con riguardo al soggetto aspirante al credito i dati contenuti nei relativi sistemi assumono due differenti funzioni: da una parte, facilitano l'accesso al credito e incentivano l'applicazione di condizioni economiche maggiormente favorevoli nei confronti del cliente segnalato quale "buon pagatore"; dall'altra, ostacolano e finanche giungono a precludere l'erogazione del finanziamento a coloro che, all'opposto, risultano "cattivi debitori". Ed è proprio quest'ultimo l'aspetto più delicato dell'intera disciplina, specie se si ha con riguardo al fenomeno delle segnalazioni c.d. erronee, ai conseguenti pregiudizi subiti dal soggetto (erroneamente) segnalato come insolvente e ai profili di responsabilità ascrivibili al professionista.

Le informazioni concernenti i rapporti di credito sono raccolte, trasmesse e conservate presso apposite banche dati (le c.d. "centrali rischi") pubbliche e private²³¹, consultabili, come detto, da tutti coloro che operano nel settore dell'erogazione del credito; i dati ivi presenti vengono in tal modo condivisi all'interno dell'intero sistema bancario e finanziario.

La condivisione di detti dati se, per un verso, e in un'ottica di tutela prettamente pubblicistica della (corretta) gestione del rischio di credito, contribuisce al miglioramento della qualità dei prestiti concessi, per altro verso è potenzialmente

²³⁰ Così, R. SCALCIONE, *La disciplina della centrale dei rischi: normativa di rilevanza sistemica e tutela dei diritti del segnalato anche alla luce delle decisioni dell'arbitrato bancario e finanziario*, in *Ianus* n. 8/2013, p. 45. Sebbene la considerazione dell'A. sia svolta con riguardo alla Centrale Rischi di Banca d'Italia, si ritiene possa essere estesa alla generalità dei sistemi informativi in oggetto, assolvendo tutti la medesima funzione.

²³¹ Con specifico riguardo al contesto italiano si segnala la presenza sia della Centrale Rischi pubblica istituita presso la Banca d'Italia, alla quale sono obbligati a partecipare tutti gli intermediari che rientrano nell'ambito di applicazione della relativa disciplina, sia delle centrali rischi private (conosciute anche con l'acronimo di S.I.C., sistemi di informazione creditizia), alle quali gli operatori del settore possono decidere di aderire sulla base di regole fissate in accordi di stampo privatistico e operanti, quindi, in forza dei medesimi accordi negoziali. Invero, mentre la Centrale Rischi trova fondamento normativo negli artt. 51, 53, 67 e 107 t.u.b. e nella conseguente delibera CICR 11 luglio 2012 (sostitutiva delle delibera CICR 29 marzo 1994), nonché nelle Istruzioni per gli intermediari creditizi adottate dalla Banca d'Italia con la circolare 11 febbraio 1991, ad oggi arrivata al suo 16° aggiornamento (giugno 2017), i sistemi informativi privatistici operano nel rispetto della sola normativa privacy di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice in materia di protezione dei dati personali", detto anche "Codice privacy"), peraltro applicabile anche alla Centrale Rischi a seguito della pronuncia della S.C. 1° aprile 2009, n. 7958, e del "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, c.d. "Codice di deontologia SIC", adottato con provvedimento del Garante della Privacy 16 novembre 2004, n. 8 (pubblicato in *G.U.* 23 dicembre 2004, n. 300, successivamente modificato dall'*errata corrige* pubblicata in *G.U.* 9 marzo 2005, n. 56). Cfr. altresì E. PELLECCIA, *Il codice deontologico per le centrali rischi private*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 252 ss.

dannosa per i singoli mutuatari poiché non infrequenti sono i casi di discrasia tra la reale condizione economica in cui questi ultimi si trovano e ciò che, all'opposto, emerge dai sistemi informativi. Ci si intende con ciò riferire all'ipotesi in cui il cliente risulti *erroneamente* segnalato come “cattivo pagatore” (*i.e.* in assenza dei necessari presupposti per essere considerato tale) e per ciò si veda automaticamente revocare gli affidamenti già concessi, ovvero applicare condizioni economiche peggiori o, nei casi più gravi ma non insoliti, respingere la richiesta di concessione del credito.

Tali conseguenze non devono infatti meravigliare qualora si consideri che le informazioni sull'esistenza e sull'andamento dei rapporti creditizi intrattenuti da un soggetto con il sistema bancario rivestono un ruolo fondamentale nella valutazione del merito creditizio che i finanziatori sono chiamati a svolgere in sede di concessione del credito (o di revisione di quello in ipotesi già concesso) e, quindi, nelle decisioni creditizie dai medesimi assunte.

Ciò premesso, appare dunque chiaro che l'attività di centralizzazione dei dati in questione, lungi dall'esaurirsi nel rapporto tra l'intermediario segnalante e il gestore della centrale, esplicita i propri effetti anche nei confronti del cliente e degli altri partecipanti al sistema informativo, le cui scelte risultano inevitabilmente condizionate dalla portata delle segnalazioni ivi presenti, riverberandosi, in ultima istanza, sull'aspirante al credito.

Di qui la necessità di approntare strumenti normativi idonei a tutelare quest'ultimo dalle possibili conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'attività di segnalazione svolta dall'intermediario. Dunque, un interesse, quello all'esattezza dei dati presenti nelle correlate banche, non più solo pubblicitario, ma anche privatistico in quanto strumentale alla protezione del soggetto le cui informazioni vengono condivise tra gli operatori creditizi.

In tale contesto, la raccolta e la trasmissione dei dati inerenti ai propri clienti, ricadendo nel rapporto instauratosi tra questi ultimi e l'intermediario, non può che essere condotta alla stregua delle regole e dei principi che presiedono all'attuazione di qualsiasi rapporto contrattuale, ivi compreso il principio di buona fede e correttezza²³². Invero, le segnalazioni vengono effettuate dal creditore sempre con riguardo alla propria clientela – e non potrebbe essere altrimenti in quanto egli è l'unico in grado di conoscere e, dunque, fornire informazioni in merito all'andamento dei rapporti contrattuali con il

²³² Tale principio è di frequente invocato dalla giurisprudenza italiana in ambito bancario.

medesimo intrattenuti – sicché tale attività inevitabilmente si colloca sul piano della relazione negoziale da cui scaturisce il rapporto che ha dato origine alla segnalazione.

A livello normativo, la prima (e unica) disposizione della direttiva che si occupa del rapporto consumatore/centrali rischi semplicemente accorda a quest'ultimo il diritto di conoscere le ragioni che hanno indotto il creditore a negare il finanziamento *solo* quando il rifiuto costituisca l'esito della consultazione di una banca dati; in tal caso il professionista ha il dovere di informare immediatamente e gratuitamente il consumatore sia del risultato della consultazione, sia degli estremi della banca consultata (art. 9).

Un diritto all'informazione, quello appena delineato, piuttosto circoscritto: qualora il diniego di credito si fondi, infatti, su ragioni che prescindono dalla consultazione di una centrale rischi, nessun dovere di motivazione incombe sul professionista. Senonché anche nell'ipotesi in cui sia dato riscontrare un siffatto obbligo, l'informazione *ex post* riconosciuta al consumatore non è di per sé idonea ad adeguatamente tutelarla da un'eventuale segnalazione erronea effettuata a suo carico che abbia causato il rifiuto manifestato dal creditore.

Prescindendo dall'analisi delle misure integrative adottate dai legislatori nazionali in sede di recepimento, i quali, come nel caso italiano, hanno cercato di proteggere *ex ante* gli interessi del cliente, per l'appunto imponendo agli intermediari l'obbligo di informare *preventivamente* il consumatore «la prima volta che segnalano ad una banca dati le informazioni negative previste dalla nuova disciplina»²³³, non mancando peraltro di ingenerare altrettanti problemi di tutela con riguardo ai casi in cui la segnalazione non risulti preceduta dal prescritto avviso (segnalazione c.d. illegittima), si è reagito al comportamento scorretto e poco professionale degli intermediari attraverso il riconoscimento della tutela risarcitoria a favore del soggetto vittima dell'erronea (o illegittima) segnalazione. In proposito, numerosi sono stati gli interventi della giurisprudenza italiana, sia ordinaria, sia dell'Arbitrato Bancario e Finanziario, la quale, a fronte di erronee segnalazioni a “sofferenza” (o situazioni a questa equiparabili)²³⁴, si

²³³ Art. 125, comma 3°, t.u.b. Un simile dovere, peraltro esteso a tutti i rapporti di credito, anche se non intrattenuti con un consumatore, è previsto dall'art. 4, comma 7°, del Codice deontologico dei S.I.C.

²³⁴ La giurisprudenza sia ordinaria, sia dell'ABF, è concorde nel ritenere che l'indicazione “a sofferenza” di un determinato cliente alla Centrale Rischi può avvenire solo dopo la valutazione della sua *complessiva* situazione finanziaria, non risultando [essendo] sufficiente il mero ritardo nel pagamento di un debito (come invece accade per le banche dati private). Prova ne sia che l'intermediario, prima di procedere alla segnalazione, deve accertare la sussistenza di una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica, desumibile da una pluralità di circostanze quali, ad esempio, i numerosi inadempimenti in cui il cliente è incorso, l'infruttuosità delle eventuali procedure esecutive intraprese a suo carico o, ancora, la costituzione di garanzie reali in favore di terzi.

Con riguardo alla giurisprudenza specialistica, si richiamano, a titolo meramente esemplificativo, ABF 30 luglio 2012, n. 2636; ABF 13 aprile 2012, n. 1143. Per ciò che invece attiene a quella ordinaria, si vedano, tra le più recenti: Cass. 8 febbraio 2016, n. 2406; Cass. 16 dicembre 2014, n. 26361, la quale precisa altresì che la nozione di

è spesso pronunciata ravvisando in capo al professionista una responsabilità c.d. “da false o inesatte informazioni” e riconoscendo la risarcibilità del danno, patrimoniale e non, sofferto dal segnalato.

Premesso che l’attività di segnalazione attiene al rapporto banca/cliente, all’intermediario è inevitabilmente attribuito un potere in grado di incidere in maniera piuttosto significativa sugli interessi dei propri clienti; lo stesso sarà dunque tenuto «ad esercitarlo in modo da non sacrificare ingiustamente la posizione di questi ultimi»²³⁵: la sua condotta dovrà pertanto essere parametrata ai canoni di buona fede e correttezza. Ne deriva che prima di assumere qualsivoglia decisione in merito all’erogazione di un prestito, egli avrà innanzitutto il compito di verificare l’attendibilità dei dati presenti nelle centrali rischi, specie quando il segnalato fornisca informazioni con questi contrastanti (ad esempio, chiedendo lui di esibire la documentazione necessaria a comprovarne l’asserita falsità). Conseguentemente, l’eventuale diniego di credito che si dovesse basare su informazioni (presenti nella banca consultata) di cui non si sia accertata l’affidabilità e che si scoprono poi essere inesatte, si ritiene possa qualificarsi come fatto idoneo a legittimare un giudizio di responsabilità nei confronti, oltre che dell’intermediario segnalante, anche di quello che ha rifiutato la richiesta di credito poiché integrante un comportamento contrario alla diligenza e alla correttezza pretese dal professionista.

Rivolgendo ora l’attenzione al caso di erronea iscrizione di un soggetto presso una banca dati, come in origine affermato dalla giurisprudenza ordinaria²³⁶, i cui principi sono stati peraltro ripresi dall’Arbitrato Bancario e Finanziario, il comportamento scorretto dell’intermediario fa sorgere un duplice titolo di responsabilità: di *natura aquiliana* per lesione di un diritto soggettivo perfetto, riconducibile alla categoria dei cc.dd. diritti della personalità costituzionalmente tutelati e, precisamente, il diritto all’immagine, alla riservatezza e alla reputazione personale e commerciale²³⁷; di *natura*

“stato di insolvenza” che legittima la segnalazione alla Centrale Rischi ha una portata più restrittiva di quella prevista in ambito fallimentare; Cass. 9 luglio 2014, n. 15609; Trib. Grosseto 1° gennaio 2017, n. 17; Trib. Como 10 ottobre 2016; Trib. Rimini 5 marzo 2016, n. 319, tutte reperibili in *DeJure*.

²³⁵ Così, C. FRIGENI, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell’interessato: profili evolutivi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013.

²³⁶ Il riferimento è all’ordinanza 19 febbraio 2001 emessa dal Tribunale di Milano, in *Giur. It.*, 2002, p. 334, con nota di F. SALINAS, *Osservazioni in tema di segnalazione alla Centrale dei rischi e di responsabilità della banca*.

²³⁷ L’erronea segnalazione di un soggetto costituisce un fatto illecito ex art. 2043 c.c., nello specifico riconducibile alla fattispecie di cui all’art. 2050 c.c. Invero, quest’ultimo articolo è a sua volta richiamato dall’art. 15 d.lgs. n. 196/03 (c.d. codice privacy) ai sensi del quale chiunque cagiona un danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali – come, per l’appunto, avviene nel caso dell’attività di segnalazione della posizione creditizia di un soggetto presso le centrali rischi – deve essere risarcito ex art. 2050 c.c. In proposito il Tribunale di Bari, con sentenza 23 luglio 2010, n. 2637, in *DeJure*, ha precisato che quella contemplata dall’art. 2050 c.c. «si tratta di un’ipotesi di responsabilità oggettiva che proprio nell’ambito del trattamento professionale dei dati personali, trova piena rispondenza in considerazione del valore commerciale che tali dati hanno per gli operatori professionali. In effetti

contrattuale per violazione degli obblighi di protezione discendenti dal principio di buona fede e correttezza *in executivis*, tra i quali è appunto ricompreso quello relativo alla verifica della correttezza delle informazioni rese ai terzi²³⁸. È, dunque, lasciata alla discrezionalità del cliente la scelta in ordine al tipo di responsabilità da far valere, ben potendo decidere di cumulare entrambi i titoli nel medesimo giudizio²³⁹.

In relazione al tipo di danno subito dal cliente, pacifica è la risarcibilità del danno sia patrimoniale che non patrimoniale.

Segnatamente, attengono alla prima categoria le voci di danno rappresentate dalla c.d. perdita di *chance* per il mancato accesso al credito²⁴⁰, nonché, nell'ipotesi (più fortunata) di erogazione del finanziamento, dall'applicazione di oneri e costi più elevati conseguenti all'attribuzione di un punteggio creditizio (c.d. "*credit scoring*") inferiore rispetto a quello che sarebbe stato assegnato in assenza dell'erronea segnalazione.

l'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 dispone, in maniera espressa, una particolare forma di responsabilità extracontrattuale che si configura a carico di chiunque cagioni un danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali contenuti in una banca dati (...). Non c'è dubbio che tanto nel caso della persona fisica, quanto nel caso della persona giuridica, l'illegittima segnalazione è fonte di discredito per il "segnalato". Ne deriva l'obbligo per l'intermediario di risarcire il danno patrimoniale e non subito dal cliente, a prescindere dalla circostanza che quest'ultimo svolga o meno un'attività economica. Negli stessi termini si esprime anche Trib. Milano 22 marzo 2010, Trib. Bari 24 gennaio 2008, Trib. Mantova 27 maggio 2008, nonché Trib. Lecce 5 agosto 2008, n. 1496, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2541, con nota di F. GRECO, *Illegittima segnalazione alla centrale dei rischi e responsabilità dell'intermediario* (p. 2543 ss.).

In dottrina, sul rapporto tra la centralizzazione dei dati relativi alle posizioni creditizie dei clienti e il diritto alla tutela della loro riservatezza v., in particolare, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Trasmissione dei dati alle centrali rischi: consenso e informazione dell'interessato*, in AA.VV., *Centrale dei rischi. Profili privatistici*, a cura di A. Sciarone Alibrandi, Milano, 2005, p. 61 ss.; U. MINNECI, *Tutele privacy e di diritto comune per il recupero della correttezza dei dati trasmessi alla centrale dei rischi*, *ivi*, p. 121 ss.; R. FRAU, *Attività bancaria e trattamento dei dati personali*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di R. D'Orazio, V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 2007, p. 519 ss.

²³⁸ Con riguardo alla giurisprudenza dell'Arbitrato Bancario e Finanziario si vedano, a titolo esemplificativo, ABF 9 maggio 2012, n. 1452; ABF 2 dicembre 2011, n. 2623; ABF 8 aprile 2011, n. 709; ABF 16 febbraio 2011, n. 300; ABF 16 aprile 2010, n. 241; ABF 2 agosto 2010, n. 855; ABF 10 novembre 2010, n. 1258; ABF 10 dicembre 2010, n. 1454. Relativamente alla giurisprudenza ordinaria cfr. Trib. Nocera Inferiore 23 maggio 2011; Cass. 24 maggio 2010, n. 12626, entrambe reperibili in *DeJure*. Nel senso che la trasmissione di una segnalazione in assenza dei necessari presupposti integra una violazione del dovere di buona fede e correttezza sul piano del rapporto contrattuale tra banca e cliente v. Trib. Milano 23 settembre 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bari 24 gennaio 2008, in *Danno e resp. civ.*, 2008, p. 881 ss.; Cass. 7 novembre 2011, n. 23033, che si esprime in termini di inadempimento del più generale dovere di solidarietà caratterizzante il rapporto contrattuale (nel caso di specie, l'inadempimento della cliente dipendeva da un disguido a lei non imputabile. Ciononostante la banca ha proceduto alla segnalazione presso la centrale rischi privata "Crif").

²³⁹ C. FRIGENI, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato*, cit., evidenzia come mentre nel caso di responsabilità contrattuale la legittimazione passiva spetti al solo intermediario, in quanto titolare del rapporto (negoziale) da cui ha tratto origine l'erronea segnalazione, nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale il cliente potrà agire nei confronti, oltre che dell'intermediario autore della condotta lesiva, anche «del gestore della banca dati, il quale, in quanto titolare del trattamento dei dati, è responsabile della loro correttezza e del rispetto delle regole che presiedono alla loro iscrizione e conservazione». Questo, rileva ulteriormente l'A., «vale soprattutto nel caso delle centrali rischi private, posto che il peculiare funzionamento della Centrale Rischi della Banca d'Italia, caratterizzato dalla sostanziale "neutralità" di quest'ultima rispetto ai dati che vi compaiono, rende difficilmente configurabile una responsabilità per dolo o colpa da parte dell'autorità di Vigilanza».

²⁴⁰ Cfr., di recente, Trib. Mantova 9 marzo 2017, il quale, seppur con specifico riferimento ad un cliente imprenditore, ha calcolato il danno della perdita di *chance* «in base al valore attuale netto dell'investimento» (nel caso di specie è stata accertata la sussistenza del nesso di causalità tra l'illegittimo comportamento dell'intermediario, il mancato avvio del progetto industriale che avrebbe dovuto essere finanziato con il prestito richiesto e la perdita dell'utilità economica conseguente all'illegittima segnalazione).

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza sia concorde nel ritenere che l'illegitima segnalazione presso le banche dati centralizzate ingeneri un danno patrimoniale nei confronti del segnalato, e che per tale fatto si vede limitare, ovvero negare l'accesso al credito, isolati sono i casi in cui tale danno risulta effettivamente risarcito. E questo per la difficoltà in cui incorre il debitore nel provare l'entità del pregiudizio in concreto sofferto²⁴¹.

Con specifico riguardo al caso di un consumatore che, in presenza di un'ingiusta segnalazione a suo carico, si è rivolto all'assistenza di un legale, è stato riconosciuto risarcibile come danno emergente la diminuzione patrimoniale causata dalla spesa sostenuta per beneficiare di detta assistenza²⁴².

Per ciò che attiene invece al danno non patrimoniale, l'erronea segnalazione alla centrale rischi si è affermato produca un danno alla persona (sia fisica che giuridica²⁴³), nello specifico all'onore e alla reputazione personale di "buon pagatore" di colui che si vede ingiustamente indicato come insolvente²⁴⁴. L'ammontare del danno, di norma liquidato in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*, è parametrato alla durata della segnalazione e all'ammontare dell'importo per la quale questa è avvenuta²⁴⁵.

Dal punto di vista dell'onere della prova, la S.C. è di recente intervenuta ed ha chiarito che il pregiudizio non patrimoniale non può mai essere in *re ipsa*²⁴⁶, ma deve essere allegato e provato dal ricorrente, a pena di uno snaturamento delle caratteristiche e delle funzioni della responsabilità aquiliana²⁴⁷. Poiché, come detto, l'illegitimo trattamento dei dati personali nei rapporti creditizi integra gli estremi della fattispecie di cui all'art. 2050 c.c., il segnalato potrà in ogni caso beneficiare dell'onere probatorio

²⁴¹ Cfr. ABF 1° febbraio 2012, n. 303, che ha negato il risarcimento del danno patrimoniale poiché ha ritenuto «deficitaria l'allegazione stessa di un'apprezzabile diminuzione del patrimonio individuale una volta esclusa la minima connotazione afflittiva dei disagi subiti dal ricorrente e che, in quanto tali, rimangono immuni da riparazione monetaria». Negli stessi termini si esprime ABF 9 maggio 2012, n. 1452, statuendo che «il ricorrente non ha offerto alcun supporto probatorio che consenta di passare dalla configurazione in astratto del danno alla sua quantificazione in concreto», negando si potesse altresì procedere ad «una valutazione per via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., posto che difettano gli elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile». V., tuttavia, Trib. Cosenza 16 febbraio 2017, il quale ha affermato che tanto il danno patrimoniale, quanto quello non patrimoniale, possono essere liquidati in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*

²⁴² Così ABF 16 aprile 2010, n. 241.

²⁴³ V., fra le tante, Cass. 9 luglio 2014, n. 15609, in *Danno e Resp.*, 2015, p. 84 ss; Cass. 1° ottobre 2013, n. 22396; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29185; Cass. 4 giugno 2007, n. 12929.

²⁴⁴ In proposito è tuttavia necessario operare una distinzione tra segnalazioni pregiudizievoli, che indicano il cliente come insolvente, e che pertanto sono idonee a ledere la sua immagine sociale, e segnalazioni aventi mero contenuto informativo. Queste ultime, limitandosi ad illustrare l'esposizione debitoria del cliente, non ne danneggiano la reputazione personale, ma, al più, qualora siano tenute in considerazione dagli intermediari in sede di concessione del credito, potrebbero configurare un danno di natura patrimoniale. Su detta distinzione si vedano le pronunce di ABF 17 febbraio 2012, n. 499; ABF 12 aprile 2012, n. 1066; ABF 7 ottobre 2011, n. 2097.

²⁴⁵ Cfr. Trib. Cosenza 16 febbraio 2017, cit.

²⁴⁶ Così, invece, la giurisprudenza di merito. Cfr., *ex multis*, Trib. Roma 21 maggio 2014; Trib. Firenze 10 aprile 2014; Trib. Brindisi 2 marzo 2011.

²⁴⁷ Sul punto, si rimanda alla storica pronuncia a sezioni unite dell'8 novembre 2011, n. 26972.

più favorevole rispetto alla regola generale prevista dall'art. 2043 c.c. poiché è il danneggiante a dover dare prova «di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». Inoltre, al segnalato è riconosciuta la possibilità di ricorrere alle presunzioni c.d. semplici (art. 2729 c.c.)²⁴⁸, di talché la prova delle condizioni di fatto e di diritto che legittimano l'iscrizione sarà, in genere, idonea a dimostrare altresì l'ingiusta lesione della reputazione personale.

La tutela risarcitoria non è l'unico strumento esperibile dal cliente ingiustamente segnalato. Quest'ultimo ha infatti diritto di ottenere la rimozione della segnalazione lesiva e, quindi, la sua modifica, che può avvenire, ad esempio, indicando come “contestato” il rapporto creditizio dal quale la stessa è scaturita²⁴⁹, ovvero la sua cancellazione qualora ne sia accertata l'erroneità.

Il diritto in questione trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 7 codice *privacy*, che impone al “responsabile” o al “titolare” del trattamento dei dati personali di rettificare o di cancellare quelli trattati in violazione di norme di legge. Senonché, volendo prescindere dal dato normativo, sul piano interpretativo detto rimedio viene ricondotto nell'alveo del risarcimento in forma specifica *ex art.* 2058 c.c. in quanto idoneo a rimuovere i pregiudizi subiti dal cliente²⁵⁰.

Tuttavia, mentre l'applicazione della citata norma risulta incontestata nei confronti delle centrali rischi private, alcuni dubbi sorgono con riguardo alla Centrale Rischi pubblica. Invero, la circolare di Banca d'Italia n. 139/91 ha dichiarato non esercitabili nei suoi confronti i diritti di cui all'art. 7 codice *privacy*.

²⁴⁸ Tra la giurisprudenza più recente si segnalano Cass. 5 marzo 2015, n. 4443; Cass. 25 gennaio 2017, n. 1931, ad avviso della quale pur non essendo configurabile un danno *in re ipsa*, la sua prova può essere «per così dire, *in re ipsa*, e cioè - più precisamente - god[ere] di facilitazioni agganciate al congegno presuntivo (art. 2727 - 2729), distinguendo tra conseguenze generalmente determinate, secondo *l'id quod plerumque accidit*, da una particolare lesione e conseguenze specificamente legate alla situazione del danneggiato: ma il danno, ed in particolare la “perdita”, deve essere sempre oggetto di proporzionata ed adeguata deduzione da parte dell'interessato».

Tuttavia, all'interno della giurisprudenza dell'ABF, avuto riguardo alla portata dell'onere probatorio che grava in capo al danneggiante, non vi è una posizione unanime. Da un lato, infatti, e in conformità con quanto affermato dalla S.C., la prova dell'illegittimità della segnalazione è idonea a dimostrare la (conseguente) lesione alla reputazione personale del segnalato (così ABF 14 gennaio 2013, n. 217); dall'altro lato, invece, oltre alla prova dell'ingiustizia della segnalazione, è altresì richiesta quella specificatamente inerente alla lesione dell'immagine sociale (in tal senso si esprime ABF 17 aprile 2012, n. 1182). Ciò accade soprattutto nei casi di segnalazione c.d. illegittima, attinente, cioè, al mancato rispetto delle modalità previste per procedere alla segnalazione (ad esempio, con riguardo alla disciplina relativa al credito ai consumatori, quando manchi l'avviso prescritto dall'art. 125 t.u.b.), pur essendo quest'ultima, dal punto di vista contenutistico, corrispondente a verità.

²⁴⁹ Il dovere di indicare come “contestato” il rapporto oggetto di segnalazione sorge nell'ipotesi in cui il cliente, con riguardo a detto rapporto, chieda l'intervento di «un'Autorità terza” rispetto alle parti» ed è stata introdotto dal 14° aggiornamento del 4 marzo 2010 della circolare Banca d'Italia n. 139/91, capo II, sez. 3, par. 9.

²⁵⁰ Così C. FRIGENI, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato*, cit., il quale però precisa (nt. 78) che «l'ordine di cancellazione risulta funzionale, più che alla riparazione dei danni (già) subiti, alla rimozione dell'illecito dal quale essi originano, sicché potrebbe ritenersi che esso assolva non a funzione risarcitoria bensì inibitoria, con conseguente difficoltà ad ancorare tale rimedio nell'art. 2058 c.c. (...)».

In giurisprudenza se, da un lato, si continuano a ravvisare pronunce che negano la configurabilità di un dovere di cancellazione in capo alla Banca d'Italia avendo, questa, un ruolo di mero custode dei dati segnalati dagli intermediari e non anche di integrazione dell'archivio²⁵¹; dall'altro lato, la Suprema Corte, superata la predetta distinzione, ne riconosce la legittimazione passiva nei giudizi inerenti alle violazioni della normativa *privacy*, con la conseguenza che incombe (anche) su di essa l'obbligo di cancellare, ovvero di rettificare la segnalazione illecita²⁵².

Da ultimo, appare opportuno evidenziare che i profili rimediali delineati con riguardo alle segnalazioni "erronee" sono suscettibili di essere estesi anche alle ipotesi di segnalazioni c.d. "illegittime", vale a dire compiute in violazione delle modalità prescritte dalla legge in ordine alla raccolta e alla trasmissione dei dati da parte degli intermediari.

In proposito, per ciò che attiene alla disciplina inerente al credito al consumo e, nello specifico, alle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di informare preventivamente il consumatore la prima volta in cui lo si segnala a una banca dati (art. 125, comma 3°, t.u.b.), prima della pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'ABF, due erano le tesi che si contrapponevano. Da una parte, vi era chi riteneva che il solo fatto del mancato preavviso desse luogo a responsabilità dell'intermediario e al conseguente diritto del consumatore di vedersi risarcito il danno, patrimoniale e non,

²⁵¹ Così Trib. Roma 13 ottobre 2011, n. 20012.

²⁵² Cfr. Cass. 1° aprile 2009, n. 7958, cit., nonché, più di recente, Cass. 8 aprile 2016, n. 6927, con nota di A. DEL NINNO, *L'ordine del Garante Privacy di cancellazione dei dati personali dall'archivio C.A.I. e l'opposizione della Banca d'Italia*, in *Dir. e giust.*, 2016, p. 86 ss. In quest'ultima pronuncia si evidenzia come nella gestione della Centrale Rischio la Banca d'Italia non può sottrarsi alla disciplina generale in tema di trattamento dei dati personali dettata dal codice *privacy* poiché non riconducibile all'ipotesi derogatoria prevista dall'art. 8, comma 2°, lett. d), del medesimo codice. Prova ne sia che detta norma esclude soltanto l'applicabilità della tutela amministrativa e di quella c.d. "alternativa alla tutela giurisdizionale", ma non anche di quella giurisdizionale prevista dall'art. 152 e di quella dinanzi al Garante *privacy* di cui all'art. 141, lett. a) e b). Ciò premesso, la S.C. ritiene configurabile una responsabilità civile della Banca d'Italia in relazione ai danni cagionati dal predetto (illecito) trattamento, con la conseguenza ulteriore «che spetta alla medesima Banca la legittimazione passiva in ordine all'azione proposta dall'interessato per ottenere la rettifica o la cancellazione della segnalazione erroneamente effettuata, in ordine alla quale il giudice può provvedere ai sensi dell'art. 152, comma 12». Inoltre, in merito alla pretesa distinzione tra "concreto trattamento dei dati", operato dagli intermediari che partecipano al sistema informativo, e consistente nel loro esame e inserimento nella banca dati, e mera qualifica di "titolare" del sistema, la cui attività sarebbe [risulterebbe] limitata alla tenuta dell'archivio e alla verifica della regolarità formale delle segnalazioni, il Collegio ha affermato essere una distinzione priva di pregio. Prova ne sia che «la qualità di titolare non può essere scissa in un livello concreto e in uno formale, essa implicando sempre il potere di prendere tutte le decisioni in ordine alle finalità e modalità del trattamento, compreso il potere di delegare le attività esecutive del trattamento ad altro soggetto». Cionondimeno, il fatto dell'intervenuta delega non toglie al delegante (*rectius* alla Banca d'Italia) la specifica qualità di titolare che, anzi, costituisce il presupposto per la preposizione del responsabile. Ne deriva che «il titolare - e non v'è dubbio che tale sia la Banca d'Italia (v. l. n. 386 del 1990, art. 10 *bis*, comma 2) - rimane soggetto all'esercizio dei diritti di cui all'art. 7 del codice (di rettifica e cancellazione dei dati inesatti) da parte dell'interessato, com'è dimostrato dall'art. 8 cod. *privacy* che prevede che "i diritti di cui all'art. 7 sono esercitati con richiesta rivolta senza formalità al titolare o al responsabile", senza dunque esonerare il titolare nel caso in cui abbia preposto un responsabile. Pertanto, sebbene la Banca d'Italia possa "avvalersi di un ente esterno per la gestione dell'archivio" (...) tale ente assume la qualità di responsabile, soggetto al controllo della Banca d'Italia, come previsto dal D.M. n. 458 del 2001, (cfr. art. 1, comma 4), senza alcuna limitazione dei diritti dell'interessato che possono essere fatti valere nei confronti del titolare».

subito²⁵³; dall'altra parte, la tesi più restrittiva sosteneva che, considerata la funzione del preavviso, che è quella di mettere il cliente nelle condizioni di poter regolarizzare la propria posizione ed evitare così la segnalazione, ovvero di contestarne la liceità, qualora l'intermediario avesse provato che la condizione economica del consumatore fosse tale da ritenere ragionevolmente impossibile un suo tardivo adempimento ed essendo, pertanto, detta segnalazione corretta con riguardo ai presupposti di fatto e di diritto, nonostante l'inadempimento del professionista, nessun danno poteva, in concreto, delinearsi in capo al debitore²⁵⁴. Sennonché, come accennato, con decisione del 24 settembre 2012, n. 3089, il Collegio di Coordinamento ha statuito che l'intermediario non è *mai* esonerato dall'obbligo di preavviso imposto *ex lege*, la cui prova deve essere peraltro dallo stesso fornita²⁵⁵. Ciò premesso, sebbene il Collegio non abbia direttamente affrontato la questione, sembrerebbe potersi ritenere che il solo fatto di procedere alla segnalazione senza aver preventivamente informato il consumatore sia idoneo a qualificarla come illegittima e, come tale, pregiudizievole²⁵⁶. Cionondimeno, i danni che il consumatore lamenta di aver subito, in applicazione della regola generale, dovranno essere dal medesimo opportunamente provati.

11. *Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di valutare la solvibilità del cliente e la mancanza di regole ad hoc nella direttiva. I margini di discrezionalità concessi agli Stati membri.*

Delineate le caratteristiche e il contenuto dell'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore, *quid iuris* nel caso di un suo inadempimento?

Al riguardo la direttiva nulla dispone e lascia gli Stati membri liberi di determinare (ovvero mantenere) le sanzioni ritenute più opportune, le quali devono in ogni caso

²⁵³ Tale orientamento era seguito dal Collegio di Roma.

²⁵⁴ Questa la ricostruzione fatta propria dal Collegio di Napoli.

²⁵⁵ In proposito, il Collegio di Coordinamento ha precisato che, in assenza di specifiche statuizioni che impongano all'intermediario l'utilizzo di determinati mezzi per l'invio della comunicazione (in particolare, della lettera raccomandata con la relativa ricevuta di spedizione rilasciata dall'ufficio postale), quest'ultimo può ricorrere a qualsivoglia strumento (compresa la spedizione della missiva mediante posta ordinaria), purché idonea a giungere a conoscenza del destinatario e, quindi, in applicazione del principio generale di cui all'art. 1336 c.c., quando raggiunge il domicilio del destinatario (a meno che lo stesso non provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia). Con riguardo a quest'ultimo punto e, segnatamente, alla prova da parte dell'intermediario dell'avvenuta ricezione del preavviso, è stata al medesimo riconosciuta la possibilità di ricorrere a qualsiasi circostanza che induca a ritenere che il consumatore lo abbia ricevuto («(...) il Collegio competente dovrà formare il proprio convincimento circa l'avvenuta ricezione del preavviso da parte del cliente segnalato sulla base di *tutti* [c.vo mio] gli elementi di conoscenza dei fatti che gli atti della controversia offrono»).

²⁵⁶ «(...) non è corretto dare rilievo al fatto che la segnalazione è sostanzialmente esatta e che il cliente non avrebbe comunque provveduto a sanare la propria *mora debendi*, inferenza quest'ultima che in riferimento ad un pagamento di somme di denaro, che per sua natura è sempre astrattamente possibile, appare piuttosto arrischiata».

essere «efficaci, proporzionate e dissuasive»: è questo, infatti, l'unico limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali (cfr. art. 23, nonché 47° *considerando*).

Ciò premesso non si può non notare il mutato approccio rispetto alla prima proposta di direttiva. Invero, quest'ultima, benché attribuisse la potestà sanzionatoria ai singoli Stati, specificava, a titolo meramente esemplificativo e, dunque, in quanto tale, suscettibile di essere integrato, che dette sanzioni avrebbero potuto contemplare, in via generale, «la perdita di interessi e di spese [del loro rimborso] per il creditore» e, in particolare, per il caso di violazione delle disposizioni inerenti al principio del prestito responsabile, «il mantenimento del beneficio per il consumatore del pagamento rateale dell'importo totale del credito» (cfr. art. 31).

La scelta operata dalle Istituzioni europee nel 2005, prima, e confermata, poi, nel 2008 di spogliarsi di qualsiasi potere sanzionatorio, eliminando altresì il riferimento al tipo di sanzioni *civilistiche* che avrebbero potuto essere in ipotesi previste, appare criticabile per molteplici ragioni.

Anzitutto, detta scelta non sembra conciliarsi con l'obiettivo di armonizzazione massima formalmente perseguito dalla direttiva²⁵⁷. Invero, le diversità che sussistono tra gli ordinamenti nazionali, specie tra quelli di *common law* e *civil law*, inevitabilmente si ripercuotono sui connotati dei regimi sanzionatori applicabili in caso di violazione delle norme interne, ovvero delle disposizioni nazionali di recepimento dei provvedimenti europei (si pensi, ad esempio, ai presupposti che legittimano una pronuncia di invalidità contrattuale).

Ne consegue, *in secondo luogo*, una diversità nel grado di protezione riconosciuto ai consumatori²⁵⁸, i cui strumenti di tutela, oltre che variare da Paese a Paese, sono altresì dai medesimi ignorati: sembra infatti inverosimile che un consumatore c.d. “medio” conosca o anche solo si informi in merito alla disciplina applicabile in Stati diversi da quello di appartenenza. Evidente è, dunque, la violazione dello scopo di assicurare un elevato e, soprattutto, *uniforme* livello di tutela a tutti i consumatori della Comunità.

Da ultimo, anche l'obiettivo di promuovere lo sviluppo del credito transfrontaliero risulta pregiudicato. Difficilmente, infatti, gli enti creditizi sono incentivati a concludere contratti di credito soggetti alle leggi nazionali di Paesi le cui sanzioni, in caso di

²⁵⁷ Cfr. 9° *considerando* dove si parla di “piena armonizzazione”.

²⁵⁸ Ad esempio, la sanzione – civilistica – della decadenza dal diritto agli interessi dell'intermediario tutela il consumatore in misura maggiore rispetto alla sanzione – pubblicistica – della sospensione dall'esercizio dell'attività creditizia, ovvero dell'applicazione di un'ammenda (specie se esigua rapportata al fatturato annuo del professionista).

inosservanza degli obblighi su di essi gravanti in forza della direttiva, sono più gravose rispetto a quelle previste dalla legge dello Stato di appartenenza²⁵⁹.

La volontà del legislatore europeo di rimettere ai legislatori nazionali la determinazione del profilo dei rimedi traspare con chiarezza in tutti i provvedimenti dal medesimo emanati nel settore del diritto dei contratti²⁶⁰. Secondo l'opinione di autorevole dottrina²⁶¹ tale forma di indifferenza si giustifica allorché si consideri che il precetto europeo è destinato a confluire in ordinamenti che si è detto essere molto diversi tra loro, ragione, questa, «sufficiente a sconsigliare (quasi sempre) la «imposizione» (...) di *specifici* rimedi (invalidità in una delle sue varie forme, risoluzione, recesso, ecc.)». Casomai il legislatore europeo potrà consigliare l'applicazione di determinate «fattispecie» rimediali, ma spetterà comunque ai singoli Stati membri «il compito (e la libertà) di ricollegare a tali fattispecie il rimedio ritenuto più opportuno» di modo da risultare confacente alle caratteristiche e alla tradizione dei loro ordinamenti.

Senonché nella direttiva in oggetto, l'apparato rimediale viene *completamente* ignorato. E la disomogeneità che giocoforza ne consegue a livello dei singoli ordinamenti nazionali mal si concilia con *tutti* gli obiettivi che il provvedimento europeo si propone di raggiungere.

La gravità di tale situazione aumenterebbe ulteriormente se i legislatori nazionali decidessero di esercitare o, più correttamente, *non* esercitare il potere discrezionale ad essi attribuito, lasciando “in bianco” il precetto europeo (*id est* non prevedendo alcuna sanzione per il suo inadempimento)²⁶². In tali ipotesi spetterebbe infatti all'interprete cercare di colmare le lacune e restituire così coerenza normativa e certezza giuridica ad un sistema che, a causa delle scelte effettuate dalle Istituzioni europee – prima – e dai singoli Stati membri – poi –, ne risulterebbe altrimenti privo.

²⁵⁹ In tal caso, infatti, in conformità a quanto prescritto dall'art. 6 reg. CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. reg. “Roma I”), nonché dall'art. 17, par. 1, reg. UE n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. reg. “Bruxelles I bis”), si applicherà la legge dello Stato in cui risiede il consumatore. In proposito, sebbene verta sull'interpretazione dell'art. 15 dell'abrogato reg. CE n. 44/2001 (c.d. reg. “Bruxelles I”), il cui contenuto è stato tuttavia trasfuso, senza sostanziali modifiche, nel predetto art. 17 reg. UE n. 1215/2012, v. sent. Corte giust. causa C-190/11, *Mühlleitner c. Yusufi*.

²⁶⁰ In proposito si vedano le considerazioni svolte da G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, in AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 186, il quale, con specifico riguardo al regime dell'invalidità, osserva come manchi la volontà del legislatore europeo «di dar vita ad una nozione e categoria di invalidità negoziale “comunitaria” generale e trasversale, destinata cioè ad operare in tutti i settori del diritto contrattuale investiti dai suoi interventi». L'A. nota, infatti, che in nessuno dei provvedimenti sovranazionali compare il termine “nullo”, “annullabile”, “invalido”, ovvero “inefficace” quale effetto derivante dalla stipulazione di un contratto o dalla previsione di clausole contrastanti con i precetti di volta in volta previsti dai singoli provvedimenti.

²⁶¹ G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, p. 977.

²⁶² È questo il caso dell'Italia che, con riguardo all'inadempimento del dovere di verifica del merito creditizio, nulla ha previsto. V. cap. IV, sez. 1[^].

Orbene, alla luce delle summenzionate riflessioni, doverosa appare l'analisi delle scelte adottate dai legislatori dei principali Stati membri per ciò che attiene al recepimento del dovere di verifica del merito creditizio e alle conseguenze previste nel caso di una sua eventuale inosservanza.

11.1. Segue: *la soluzione tedesca*.

In Germania, tale dovere è disciplinato dal § 505a BGB, che si applica sia al credito al consumo "ordinario", sia ai contratti di credito stipulati dai consumatori per finanziarie l'acquisto di beni immobili residenziali. Ai sensi della citata disposizione, il finanziatore *può stipulare* il contratto di credito "ordinario" *soltanto se* («Der Darlehensgeber darf den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen, wenn (...)» dopo aver accertato l'effettiva capacità restitutoria del consumatore, *nessun dubbio notevole* («keine erheblichen Zweifel») sussista in merito alla circostanza che quest'ultimo adempirà le obbligazioni derivanti dal contratto in conformità alle previsioni ivi contenute²⁶³.

Con riguardo alla condotta esigibile dal finanziatore, nessun dubbio sussiste in merito al dovere di astensione delineato dalla norma: egli non deve concedere credito qualora all'esito del predetto accertamento nutra un dubbio *rilevante* in ordine all'effettiva capacità di rimborso del consumatore. Dunque, non ogni tipo di dubbio è idoneo a legittimare il rifiuto del creditore, ma solo quello che, sia concesso il paragone con un'espressione propria al diritto contrattuale italiano, non è "di scarsa importanza" avuto riguardo alla finalità dell'accertamento.

Ciò posto: *quid iuris* in caso di inadempimento?

Il legislatore tedesco ha deciso di reagire alla condotta inottemperante del creditore attraverso la previsione di sanzioni civilistiche. In proposito appare tuttavia opportuno distinguere l'ipotesi di inadempimento del dovere di procedere *tout court* alla verifica del merito creditizio da quella in cui il finanziatore non vi abbia correttamente adempiuto, come è dato desumersi dal § 505d BGB, nella parte in cui richiama, appunto, la non correttezza della verifica («(...) wenn bei einer ordnungsgemäßen Kreditwürdigkeitsprüfung der Darlehensvertrag hätte geschlossen werden dürfen»).

²⁶³ Meno stringente è il giudizio previsto con riguardo ai contratti di credito stipulati per l'acquisto di beni immobili. In tali casi è infatti sufficiente la *verosimiglianza* dell'adempimento del consumatore. V. *amplius* cap. IV, sez. 2[^].

Con riguardo al primo profilo, il tasso degli interessi dovuti al mutuante subisce una diminuzione pari alla misura corrispondente al parametro legale che varia a seconda del tasso, fisso o variabile, del contratto di credito stipulato. Dunque, non un tasso zero, che trasformerebbe il contratto da oneroso a gratuito, ma un tasso ridotto.

Per ciò che attiene invece al secondo profilo, è innanzitutto necessario chiarire che cosa debba intendersi per “correttezza” della verifica. Quest’ultima, come visto, avviene sulla base delle informazioni fornite dal consumatore, ovvero reperite tramite la consultazione di una banca dati pertinente. Ciò premesso, la norma sembrerebbe riferirsi a quelle ipotesi in cui il creditore, se avesse interrogato in modo più approfondito il consumatore, ovvero avesse consultato una banca dati, non avrebbe concluso il contratto poiché da detti (più accurati) accertamenti sarebbe conseguito un giudizio negativo in merito alla sua effettiva capacità di assolvere gli obblighi restitutori convenuti. In altri termini, volendo richiamare anche in tale sede una distinzione che caratterizza la disciplina contrattuale italiana, ma questa volta con riguardo all’annullabilità per i c.d. vizi del volere, l’inadempimento qualitativo del finanziatore deve essere *determinante* la disapplicazione del dovere di astensione (e non, quindi, meramente incidente).

In tali ipotesi, al consumatore è riconosciuto il diritto di recedere dal contratto senza dover pagare alcun indennizzo al mutuante per l’avvenuta estinzione anticipata del rapporto.

Detto rimedio si ritiene peraltro applicabile anche al caso in cui il creditore abbia completamente ommesso di procedere alla verifica cui era tenuto, sicché il consumatore potrà scegliere se mantenere il contratto di credito, ma ad un tasso di interessi inferiore rispetto a quello in origine previsto, ovvero recedere dallo stesso, chiedendo altresì la restituzione delle somme versate sulla base del più alto tasso fino a quel momento applicato. Ne conseguirà una compensazione tra i rispettivi crediti: il consumatore sarà tenuto a restituire una somma corrispondente al finanziamento concesso detratto l’importo derivante dal tasso di interessi non dovuto.

Infine, se il mutuatario non è in grado di rimborsare il prestito nei termini pattiziamente convenuti, e si accerti che tale incapacità è riconducibile ad una circostanza che il finanziatore avrebbe potuto conoscere se ne avesse valutato correttamente il merito creditizio, e non, dunque, imputabile a motivi che non avrebbero potuto essere ragionevolmente previsti in tale sede²⁶⁴, nessuna delle pretese che altrimenti gli competerebbero per l’inadempimento può essere fatta valere. Tuttavia,

²⁶⁴ Il riferimento è al c.d. indebitamento attivo.

anche in tale caso, è necessario che la non corretta verifica abbia avuto quale esito finale la disapplicazione del dovere di astensione; ciò significa che se questa fosse stata correttamente adempiuta, avrebbe condotto il mutuante a rifiutare la stipulazione del contratto di credito.

Come per il diritto di recesso, si ritiene applicabile la summenzionata disciplina anche all'ipotesi di omessa valutazione della meritevolezza creditizia.

L'operatività delle sanzioni previste dal legislatore tedesco incontra però un limite nel comportamento reticente, ovvero fraudolento del consumatore. Invero, secondo quanto sancito dal § 505d, 3° comma, BGB, i rimedi della riduzione del tasso di interessi, del recesso e dell'impossibilità per il creditore di esercitare le azioni che gli spetterebbero per l'inadempimento del debitore, non possono essere esperiti qualora il consumatore con dolo o colpa grave non abbia comunicato le informazioni richieste per la valutazione del suo merito creditizio, ovvero abbia comunicato informazioni false o comunque non esatte²⁶⁵.

In ogni caso, il finanziatore che intenda avvalersi di questa eccezione è gravato dall'onere di provare lo stato soggettivo (di dolo o di colpa grave) della controparte.

Ebbene, alla luce delle summenzionate considerazioni, cercando di dare una risposta all'interrogativo in principio sollevato con riguardo al tipo di interesse, privatistico o pubblicistico, prevalentemente tutelato dal dovere in oggetto, appare possibile concludere che il legislatore tedesco ha inteso prediligere l'interesse privatistico della tutela del consumatore rispetto a quello pubblicistico della stabilità del mercato.

11.2. Segue: *la soluzione irlandese e inglese.*

Diverso è, invece, il caso dell'Irlanda, che ha recepito la dir. 2008/48 con lo *European Communities (Consumer Credit Agreements) Regulations 2010*²⁶⁶.

Nello specifico, l'obbligo di valutare la meritevolezza creditizia del consumatore è regolato dai primi due commi dell'art. 11, che rispecchiano quanto prescritto dall'art. 8 della direttiva per ciò che attiene alle modalità attraverso cui tale verifica viene svolta²⁶⁷.

²⁶⁵ Disposizione, questa, mutuata dagli artt. 18, par. 4 e 20, par. 3, commi 2° e 3°, dir. 2014/17/UE ed estesa anche alla disciplina relativa al credito al consumo "ordinario".

²⁶⁶ S.I. No. 281 of 2010.

²⁶⁷ *Obligation to assess creditworthiness of consumers.*

«(1) Before concluding a credit agreement with a consumer, a creditor shall assess the consumer's creditworthiness on the basis of sufficient information, where appropriate obtained from the consumer and, where necessary, on the basis of a consultation of the relevant database.

Ai sensi del terzo comma del predetto articolo, il creditore che non ottempera al dovere lui imposto commette un reato («a creditor (...) commits *an offence*»), che è punito con l'applicazione di un'ammenda (*fine*) o con la reclusione (*imprisonment*), ovvero con entrambi. Rispettivamente, l'importo massimo dell'ammenda e la durata massima della reclusione variano a seconda del tipo di accertamento – *summary conviction*²⁶⁸ or *conviction on indictment* – condotto²⁶⁹. Se, poi, il creditore, già condannato, persiste nell'inadempimento, per ogni giorno ulteriore e fino a che questo si protrae, viene applicata un'ammenda addizionale che non può eccedere i 1.000 € nel caso di *summary conviction*, e i 10.000 € nell'ipotesi di *conviction on indictment*²⁷⁰.

Qualora sia una persona giuridica a porre in essere la violazione, e questa sia avvenuta con il consenso, la connivenza o l'approvazione, ovvero sia riconducibile alla negligenza intenzionale di colui che, all'interno della società, svolge compiti dirigenziali, manageriali o di segreteria, ovvero ha solo dichiarato di agire in quanto titolare di tali compiti (pur non essendolo), si rende responsabile del medesimo reato ascritto alla società ed è quindi soggetto all'applicazione delle medesime sanzioni (cfr. art. 25, 3° e 4° comma).

Attese, dunque, le conseguenze penali derivanti dall'inadempimento del dovere per il finanziatore di indagare il grado di affidabilità economica del consumatore, appare evidente l'importanza attribuita dal legislatore irlandese alla corretta gestione e allocazione delle risorse bancarie cui inevitabilmente discende la preminenza dell'interesse – pubblicistico – alla tutela della stabilità del mercato creditizio.

In Inghilterra il recepimento della dir. 2008/48/CE ha dato luogo ad una rottura rispetto al passato, ove a prevalere era la protezione della libera e corretta concorrenza tra i professionisti²⁷¹. Invero, l'attuazione dei precetti europei sembra aver spostato

(2) If a creditor and a consumer agree to change the total amount of credit after a credit agreement is concluded, the creditor –

(a) shall update the financial information at the creditor's disposal concerning the consumer, and

(b) shall assess the consumer's creditworthiness before agreeing to any significant increase in the total amount of credit».

²⁶⁸ Tale tipo di accertamento può essere perseguito dalla Banca Centrale d'Irlanda, ovvero dalla *Financial Services Authority of Ireland*, che è un organismo pubblico, a sua volta controllato dalla Banca Centrale, avente compiti di *supervision and enforcement* nei confronti delle banche irlandesi (art. 25, 5° comma).

²⁶⁹ Nel caso di *summary conviction* l'ammenda non può superare i 3.000 € e la reclusione non può eccedere i 12 mesi; all'opposto, nell'ipotesi – più grave – di *conviction on indictment*, l'ammenda non può essere superiore a 100.000 € e la reclusione può essere comminata per un massimo di 3 anni (art. 25, 1° comma).

²⁷⁰ Così, testualmente «Where a person is convicted of an offence under these Regulations and there is a continuation of the offence by the person after his or her conviction, the person commits a further offence on every day on which the contravention continues and for each such offence is liable –

(a) on summary conviction, to a fine not exceeding €1,000, or

(b) on conviction on indictment, to a fine not exceeding €10,000».

²⁷¹ Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte al cap. I, par. 2.

l'attenzione del legislatore nazionale sulla figura del consumatore e sugli strumenti volti a tutelarne gli interessi.

La direttiva è stata recepita attraverso l'emanazione di numerosi provvedimenti²⁷², i quali hanno emendato la disciplina dei contratti di credito ai consumatori contenuta nel *Consumer Credit Act* del 1974²⁷³. Da un lato, sono state apportate variazioni a disposizioni vigenti, dall'altro, ne sono state introdotte di nuove, tra le quali si annovera, o più correttamente si annoverava, l'obbligo di verifica del merito creditizio del mutuatario.

Annoverava poiché detto obbligo, a seguito del *Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) (Amendment) (No. 2) Order 2013 - S.I. 2013/1881 -*, non è più presente all'interno del CCA. All'opposto, continua ad essere espressamente previsto nella regolamentazione c.d. di *soft law* emanata dal *Financial Conduct Authority* (FCA), nello specifico nel proprio *handbook* (v. *infra*).

Cionondimeno, attesa l'importanza assunta da tale dovere nella normativa di settore, ed avuto altresì riguardo al fatto che, come detto, continua ad essere richiamato e disciplinato nel manuale emanato dal FCA, si ritiene in ogni caso opportuno delinearne i tratti salienti avuto riguardo sia alle modalità del suo adempimento, sia ai possibili effetti conseguenti alla sua inosservanza.

Le norme contenute all'interno del CCA si applicano esclusivamente agli *unsecured consumer credit agreements*, ovvero sia ai contratti di credito ai consumatori non assistiti da alcun tipo di garanzia, essendo invece i prestiti garantiti disciplinati dal *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA). Invero, l'attuale assetto normativo è il risultato finale di un lungo ed ampio dibattito sviluppatosi sia all'interno della

²⁷² *The Consumer Credit (EU Directive) Regulations 2010, S.I. 2010/1010 (the EU Directive Regulations); The Consumer Credit (Total Charge for Credit) Regulations 2010, S.I. 2010/1011 (the TCC Regulations); The Consumer Credit (Disclosure of Information) Regulation 2010, S.I. 2010/1013 (the Disclosure Regulations); The Consumer Credit (Agreements) Regulations 2010, S.I. 2010/1014 (the Agreements Regulations); The Consumer Credit (Amendment) Regulations 2010, S.I. 2010/ 1969 (the Amendment Regulations); The Consumer Credit (Advertisements) Regulations 2010, Statutory Instrument 2010/1970 (the Advertisements Regulations); The Consumer Credit (Amendment) Regulations 2011, no. 11.*

²⁷³ Tale provvedimento, emanato il 31 luglio 1974, è stato poi oggetto di numerose modifiche susseguites nel corso degli anni. Prima della sua entrata in vigore, la legislazione in materia di credito al consumo si focalizzava su specifici aspetti dello stesso (quali la regolamentazione dell'usura e dei contratti di acquisto rateali), senza fornire invece una disciplina complessiva in grado di illustrarne i tratti salienti. Per una ricostruzione del contesto normativo all'interno del quale si è formato il *Consumer Credit Act 1974*, si vedano, a titolo esemplificativo, R. M. GOODE, *Consumer Credit Act 1974*, London, 1974; G. STEPHENSON, *Consumer Credit*, London, 1987; P. DOBSON, *Sale of Goods and Consumer Credit*, London, 2000; F. PHILPOTT, W. HIBBERT, S. NEVILLE, S. POPPLEWELL, B. SAY, P. SAYER, J. SMITH, *The Law of Consumer Credit and Hire*, Oxford, 2009.

dottrina²⁷⁴, sia tra i più importanti organi governativi²⁷⁵; dibattito culminato, solo di recente, con il recepimento della direttiva 2014/17/UE, comunemente conosciuta come *Mortgage Credit Directive* (MCD).

Segnatamente, l'obbligo sancito dall'art. 8 della direttiva venne attuato dal *Consumer Credit (EU Directive) Regulations 2010, Part 2, Amendments to primary legislation, Regulation 5*, che nella Parte V del CCA – dedicata alla regolamentazione dei contratti di credito e di vendita rateale – aggiunse la sez. 55B, rubricata “Assessment of creditworthiness”.

Relativamente alle modalità in concreto utilizzate dal finanziatore per saggiare il merito creditizio del futuro debitore, la sez. 55B riproponeva quanto stabilito dal precetto europeo, aggiungendo solamente che le informazioni fornite dal consumatore avrebbero dovuto essere *sufficienti*.

La scelta in ordine alla fonte da cui attingere le necessarie informazioni, nonché il giudizio attinente agli elementi su cui basare la verifica in oggetto erano dunque rimessi alla discrezionalità dei singoli finanziatori²⁷⁶.

Tuttavia, con riguardo a quest'ultimo aspetto, il potere decisionale degli enti creditizi era di fatto limitato dalle indicazioni fornite dall'OFT²⁷⁷ nella propria *guida sui prestiti irresponsabili*²⁷⁸, animata dall'intento di fornire sia agli enti creditizi, sia ai consumatori chiare e precise indicazioni in ordine alle condotte commerciali ingannevoli, opprimenti o comunque sleali idonee ad integrare pratiche di prestito c.d.

²⁷⁴ M. OLDHAM, *Mortgages*, in L. TEE (ed. by), *Land Law: Issues, Debates, Policy*, Cullompton, 2002, p. 207; S. NIELD, *Borrowers as consumers: new notions of unconscionability for domestic borrower*, in M. KENNY, J. DEVENNEY, L. MAHONY-FOX (ed. by), *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, Cambridge, 2010; ID., *Responsible lending and borrowing: whereto low-cost home ownership?*, in *Legal studies*, 2010, p. 612; E. LOMNICKA, *The reform of consumer credit in the UK*, in *JBL*, 2002, p. 129.

²⁷⁵ COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS (CML), *Response to HM Treasury Consultation Paper Reforming Financial Markets*, 2009, consultabile al sito <http://www.cml.org.uk/cml/policy/responses>. Ad avviso di tale istituto, anche i contratti di mutuo garantiti da un'ipoteca di grado successivo al primo avrebbero dovuto essere assoggettati al controllo dell'FCA CITIZENS ADVICE, *Set Up to Fail: CAB Clients' Experience and Secured Loan Arrears Problems*, 2007, consultabile al sito <http://www.citizensadvice.org.uk>, affermava l'esigenza di un quadro di regolamentazione unitario, suggerendo al contempo la creazione di un nuovo organismo adibito al controllo dei contratti di mutuo ipotecario garantiti dalla casa del mutuatario.

²⁷⁶ Sul punto, v. BIS, DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS, *Guidance on the regulations implementing the Consumer Credit Directive*, agosto 2010, p. 29.

²⁷⁷ L'OFT era un ente governativo non ministeriale fondato dal *Fair Trading Act 1973*. Esso vigilava sulla protezione degli interessi dei consumatori e sul rispetto del principio di libera concorrenza all'interno del mercato. Il suo ruolo e i suoi poteri sono stati dapprima emendati dall'*Enterprise Act 2002*, per poi essere definitivamente soppressi a seguito delle riforme attuate mediante l'*Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*. A partire da aprile 2014, le competenze dell'OFT in materia di credito al consumo sono state devolute all'FCA.

²⁷⁸ OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, marzo 2010 (agg. febbraio 2011), reperibile sul sito <http://www.webarchive.nationalarchives.gov.uk>. Tale guida costituisce il risultato finale di un lungo e complesso lavoro di consultazione tra l'OFT e gli esponenti di alcuni tra i principali organismi di rappresentanza della classe sia dei consumatori, sia dei creditori. A tal proposito, v. OFT, *Summary of responses to the consultation on "Irresponsible Lending – OFT guidance for creditors"*, agosto 2010, in <http://www.webarchive.nationalarchives.gov.uk>.

irresponsabile²⁷⁹.

Ad oggi, dette linee guida, a seguito dell'avvenuta soppressione dell'OFT, sono state sostituite dalle regole e dai principi a tal proposito statuiti dal FCA all'interno del proprio *handbook*. Cionondimeno, per poter comprendere l'effettiva portata dell'attuale assetto normativo, doveroso è il richiamo ai tratti salienti della previgente disciplina.

Con riguardo al dovere di verifica del merito creditizio, l'OFT, nel riproporre quanto statuito nella sez. 55B CCA, qualificava detto obbligo come un «*creditor-focussed test*» finalizzato a comprendere *se e in che misura* il mutuatario meritasse la concessione del credito desiderato. Valutazione, questa, che avrebbe dovuto basarsi, da un lato, sul potere di guadagno del richiedente e, dall'altro lato, sull'effettiva capacità dello stesso di rimborsare i finanziamenti concessi²⁸⁰. Con riferimento a tale ultimo profilo, al creditore veniva chiesto di vagliare l'attitudine del debitore a rispettare gli impegni restitutori convenuti tenendo in considerazione gli eventuali rapporti di credito già intercorsi tra lo stesso e il debitore o tra quest'ultimo e altri finanziatori²⁸¹. La richiesta verifica sembrava dunque esigere un accertamento volto ad indagare non solo l'*attuale* situazione economica del consumatore, ma anche il suo *passato creditizio*.

Benché dovesse essere valutato alla stregua delle circostanze del caso concreto, un comportamento contrario alle indicazioni fornite dall'OFT avrebbe potenzialmente integrato una pratica di prestito irresponsabile, capace, in quanto tale, di pregiudicare l'idoneità dell'impresa creditizia a possedere – ovvero di continuare a possedere – la necessaria *licenza* per svolgere attività di credito al consumo (*consumer credit licence*)²⁸².

Nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, i finanziatori, oltre al merito creditizio del potenziale cliente, avrebbero dovuto altresì valutare l'effettiva *sostenibilità del prestito* da parte di quest'ultimo (*assessment of affordability*). Detto “nuovo” dovere di condotta²⁸³, definito «*borrower-focussed test*»²⁸⁴, richiedeva al creditore di saggiare la reale capacità del mutuatario di assumere e affrontare lo specifico impegno creditizio senza incorrere in difficoltà finanziarie o dar vita a situazioni comunque pregiudizievoli. L'accertamento richiesto al creditore non si limitava dunque ad analizzare la mera idoneità del consumatore a rimborsare la somma

²⁷⁹ Cfr. sez. 25(2B) CCA 1974 prima dell'*Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, nonché OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, cit., p. 4.

²⁸⁰ Cfr. OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, cit., p. 46.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² OFT, pp. 45 e 46. V. altresì sez. 21 e sez. 25(2B) CCA 1974.

²⁸³ Nuovo in quanto assente sia nella dir. 2008/48/CE, sia nel CCA 1974.

²⁸⁴ Al contrario, come visto, la valutazione del merito creditizio si poneva quale «*creditor-focussed test*».

prestata, ma si proponeva altresì di indagare l'effettiva capacità di quest'ultimo di rimborsare il credito erogato «in a sustainable manner»²⁸⁵.

In considerazione di ciò, necessaria era la comprensione del significato da attribuire all'espressione “in maniera sostenibile” quale modalità impiegata dal mutuatario per rispettare gli impegni restitutori convenuti.

Innanzitutto, il complessivo ammontare del credito – costituito sia dalla somma capitale, sia dagli interessi maturati – doveva essere restituito senza che il consumatore incorresse in indebite difficoltà economiche e, dunque, avendo cura di evitare comportamenti che nel lungo periodo potessero causare problemi di sovraindebitamento²⁸⁶. *In secondo luogo*, i rimborsi previsti dovevano effettuarsi attingendo esclusivamente al reddito ovvero al risparmio disponibile del consumatore, in tal modo evitando il ricorso a garanzie personali ovvero a ulteriori prestiti finalizzati al pagamento del credito iniziale. *Da ultimo*, gli impegni restitutori andavano adempiuti nel rispetto del termine finale di durata del contratto di credito²⁸⁷.

Ciò posto, il finanziatore, nel valutare la sostenibilità del credito, doveva tenere in considerazione molteplici fattori, apprezzati alla stregua delle circostanze del caso concreto. Tra questi, oltre alla somma richiesta e ai correlati costi e rischi per il mutuatario, si annoveravano: la condizione economica del debitore al tempo della domanda di credito, la storia creditizia dello stesso, eventuali impegni finanziari presenti e futuri, nonché l'incidenza che possibili cambiamenti nella sfera personale del mutuatario avrebbero potuto avere sulla sua capacità di rimborsare il prestito nei termini convenuti (come, ad esempio, la cessazione del rapporto di lavoro se a tempo determinato e la conseguente diminuzione o perdita totale di reddito).

Con riguardo a tale ultimo profilo, il delineato accertamento sembrava dunque non limitarsi alle condizioni *attuali* del mutuatario, ma si proponeva di indagare anche i mutamenti *futuri* che verosimilmente avrebbero potuto incidere sulla sua situazione patrimoniale.

²⁸⁵ Cfr. OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, cit., p. 36.

²⁸⁶ Il consumatore dovrebbe quindi essere in grado di rimborsare la somma mutuata e, al contempo, di sostenere le proprie normali o ragionevoli spese senza dover ricorrere ad ulteriori finanziamenti.

²⁸⁷ Era però possibile che il contratto di credito avesse una durata indeterminata: in tal caso, la somma mutuata avrebbe dovuto essere rimborsata entro «un periodo di tempo ragionevole». A tal riguardo, l'OFT non offriva una definizione univoca di “periodo di tempo ragionevole”, valida ogniqualvolta veniva richiesto un finanziamento. Essa, al contrario, variava da caso a caso, in quanto la determinazione di tale lasso di tempo non poteva prescindere dal considerare, da un lato, la peculiare situazione economico-patrimoniale del consumatore e, dall'altro lato, l'ammontare del credito dallo stesso richiesto. In ogni caso, l'OFT – consapevole che nelle ipotesi di durata indeterminata del contratto l'abilità del creditore di valutare la sostenibilità del credito per il mutuatario veniva inevitabilmente ridimensionata – precisava che detta verifica avrebbe dovuto basarsi sulle informazioni disponibili al tempo della conclusione dell'accordo. Cfr. OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, cit., pp. 37 e 38.

Anche il mancato rispetto delle indicazioni relative alle modalità proposte per accertare la sostenibilità del credito, poteva integrare (al pari di quanto previsto in ordine alla verifica della meritevolezza creditizia) una pratica di prestito irresponsabile.

Sotto questo aspetto, particolarmente rilevante era la conseguenza prevista nell'ipotesi in cui, all'esito della summenzionata valutazione, il consumatore si mostrava incapace di rimborsare in modo sostenibile e nel rispetto dell'ipotizzato termine finale il credito richiesto: in detta ipotesi il finanziatore avrebbe dovuto *astenersi dal concludere il contratto*²⁸⁸.

Questo il contesto, sembrava dunque emergere una notevole differenza in merito agli effetti che si profilavano quando entrambe le valutazioni davano esiti negativi.

Con riguardo alla verifica del merito creditizio, nessun dovere di astensione dall'erogazione del prestito era posto a carico del creditore; a tal proposito, l'OFT si limitava a puntualizzare che la concessione del finanziamento ad un soggetto potenzialmente insolvente era idonea ad integrare una pratica di prestito irresponsabile, con la sola conseguenza della possibile revoca della licenza creditizia rilasciata all'ente.

Con riguardo, invece, alla valutazione della sostenibilità del credito – accertamento delineato da un organismo governativo non ministeriale all'interno di proprie linee guida – si *suggeriva*²⁸⁹ al finanziatore di astenersi dal concludere il contratto. In ogni caso, i contraenti erano liberi di modificare l'accordo inizialmente raggiunto al fine di rendere il credito sostenibile per il mutuatario (ad esempio diminuendo l'importo in origine richiesto) e addivenire così alla stipula del contratto²⁹⁰.

Alla luce delle osservazioni proposte dall'OFT nelle proprie linee guida in ordine sia all'obbligo di verifica del merito creditizio, sia al consigliato accertamento della sostenibilità del credito, si può concludere che nel previgente regime fossero richieste al finanziatore due *diverse* condotte, ciascuna implicante profili normativi autonomi e distinti.

²⁸⁸ Tuttavia, in certe ipotesi (ad esempio quando entrambi i contraenti conoscevano che la capacità reddituale del mutuatario avrebbe subito una diminuzione o un arresto per un determinato periodo di tempo), l'OFT riteneva comunque ragionevole la concessione del credito sebbene lo stesso non risultasse immediatamente sostenibile per il mutuatario. In ogni caso, poste le peculiari circostanze in cui il prestito veniva erogato, ai contraenti era imposto il raggiungimento di un previo accordo sui periodi e sulle modalità di rimborso. Al creditore era altresì richiesta un'adeguata tolleranza qualora il debitore non fosse in grado di soddisfare i pagamenti previsti alla nascita del rapporto contrattuale. V., sul punto, OFT, *ivi*, p. 39.

²⁸⁹ Le indicazioni fornite dall'OFT non avevano valore precettivo, sicché non appare corretto esprimersi in termini di *dovere* di astensione e di *divieto* di concedere il credito.

²⁹⁰ «Where the assessment of affordability suggests that a borrower is unlikely be able to meet repayments under a credit agreement in a sustainable manner over the life of the agreement, in our view, *it should not be made available for that amount and duration* (c.vo aggiunto). However, a smaller amount of credit, for example, may be sustainable (based on the assessment of affordability)». Così, OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, cit., p. 39.

All'opposto l'attuale assetto normativo, così come delineato dal FCA all'interno del proprio *handbook*, sembra non distinguere più tra *assessment of creditworthiness* e *assessment of affordability*.

Preme tuttavia dare atto del fatto che quanto al riguardo previsto è attualmente oggetto di proposte di modifica, che sono state presentate dallo stesso FCA in data 31 luglio 2017. La chiusura delle consultazioni è annunciata per il prossimo 31 ottobre e le eventuali nuove norme entreranno in vigore soltanto a partire dal 2018²⁹¹.

Lo scopo di tali modifiche è quello di meglio definire il modo in cui i professionisti devono procedere alla valutazione del merito creditizio atteso il duplice interesse – pubblicitario e privatistico – sotteso a tale valutazione. Invero, quando il finanziatore accerta il grado di affidabilità economica del mutuatario compie, da un lato, un «*lender-focused test*», attinente al rischio di insolvenza (*id est* il rischio di credito); dall'altro lato, un «*borrower-focused test*», incentrato sulla sostenibilità (*affordability*) del credito per il richiedente.

La consapevolezza della coesistenza di questi due aspetti in una un'unica valutazione, così come del fatto che molto spesso i professionisti vi procedono senza tenere adeguatamente conto della distinzione che comunque tra i due sussiste, ha condotto il FCA a proporre dei cambiamenti finalizzati ad assicurare l'effettivo e corretto accertamento della sostenibilità del credito, profilo di norma trascurato²⁹².

Cionondimeno, le modifiche proposte non avranno ricadute sostanziali su quanto in proposito già previsto. E questo perché le regole prescritte dall'*handbook* per ciò che attiene alla verifica del merito creditizio poggiano su «*high-level principles*» e pertanto non necessitano di fondamentali cambiamenti²⁹³.

Per come la disciplina è ad oggi delineata, grava sui finanziatori il generale obbligo di prestare adeguata attenzione agli interessi dei propri clienti e di trattarli in maniera equa²⁹⁴, obbligo inserito nella parte dell'*handbook* attinente ai *Principles for Businesses* (PRIN)²⁹⁵, a loro volta compresi nella sezione dedicata agli *High Level Standards*.

Ciò premesso, appare dunque necessario comprendere se e in che misura detto generico dovere possa in concreto assicurare pratiche di prestito responsabile e incidere

²⁹¹ FCA, *Assessing creditworthiness in consumer credit. Proposed changes to our rules and guidance. Consultation Paper*, CP17/27, luglio 2017, reperibile al sito www.fca.org.uk.

²⁹² Punto 1.9.

²⁹³ Punto 1.12.

²⁹⁴ «A firm must pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly», *FCA Handbook*, PRIN. 2.1.1.6.

²⁹⁵ Tali principi statuiscono una serie di obblighi fondamentali che, nell'ambito del previsto sistema normativo, devono essere rispettati dalle imprese. Detto sistema include altresì disposizioni che attuano le singole direttive europee. Cfr. PRIN 1.1.2.

sulla regolamentazione del dovere di verifica del merito creditizio qualora si tratti di stipulare un contratto di credito al consumo.

Le considerazioni che seguono sono svolte sulla base dei precetti del FCA al momento vigenti.

All'interno dell'*handbook*, nella parte dedicata agli *Specialist Sourcebooks*, si trova il *Consumer Credit Sourcebook* (CONC) che contiene le regole applicabili alle attività regolamentate legate all'erogazione di credito e a quelle a queste connesse²⁹⁶. Tra gli specifici obblighi ivi delineati, emerge quello di concedere credito in maniera responsabile. Segnatamente, le disposizioni in materia di *responsible lending* sono contenute nel capitolo 5²⁹⁷ ove vengono disciplinati sia il dovere di verificare il merito creditizio (CONC 5.2)²⁹⁸, sia il dovere di valutare la sostenibilità del credito (CONC 5.3).

Sebbene ad una prima impressione sembra essere riproposta l'originaria distinzione che si è visto caratterizzare la guida emanata dall'OFT, quanto delineato dal FCA in merito alle modalità da utilizzare per adempiere correttamente ai summenzionati doveri, pare, di fatto, sfumarne i confini²⁹⁹.

Invero, i criteri in passato previsti per la valutazione della sostenibilità del prestito, risultano attualmente utilizzati per definire i comportamenti che i finanziatori *devono*³⁰⁰ adottare per saggiare la potenziale solvibilità del mutuatario. Prova ne sia che il creditore, in detta fase, deve indagare i possibili effetti negativi che gli impegni finanziari assunti con il contratto potrebbero produrre nella sfera economica del debitore, al contempo valutandone la capacità di effettuare i rimborsi pattuiti senza incorrere in difficoltà economiche o subire altri pregiudizi; in altri termini, il credito

²⁹⁶ Per un'elencazione dettagliata di dette attività, cfr. sez. 22 FSMA 2000. Esclusi dall'ambito di applicazione dei CONC risultano essere i *credit agreements secured on land*, fatte salve particolari eccezioni. Cfr. CONC 1.2.7.

²⁹⁷ Tale capitolo si applica ad ogni impresa che svolge attività di credito al consumo, ove non diversamente specificato. Cfr. CONC 5.1.

²⁹⁸ «Before making a regulated credit agreement *the firm* must undertake an assessment of the creditworthiness of the *customer* (c.vo aggiunto)». Il termine *customer* assume diversi significati a seconda del contesto normativo in cui risulta impiegato. Con specifico riguardo ad un *consumer credit lending* lo stesso coincide con il concetto di mutuatario, la cui definizione, delineata dalla sez. 60L del *Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001, SI 2001/544*, ricomprende altresì le persone giuridiche. Ciò posto, si rileva come, in detto caso, l'FCA non limiti il dovere di verifica del merito creditizio alla sola ipotesi in cui il richiedente il prestito sia un consumatore. Al contrario, con riferimento alle regole applicabili ai contratti di mutuo ipotecario (contenute nella parte dell'*handbook* intitolata *Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook – MCOB –*), la nozione di *customer* corrisponde a quella di consumatore così come delineata dall'art. 3, lett. a), dir. 2008/48/CE e dall'art. 4, n. 1, dir. 2014/17/UE.

²⁹⁹ Tale assunto sembra peraltro essere confermato dalle considerazioni svolte dal FCA nel proprio *Consultation Paper CP17/27* nella parte in cui afferma che nella valutazione del merito creditizio del consumatore è compresa anche quella inerente alla sostenibilità del credito per lo stesso («Creditworthiness comprises credit risk and affordability», così il punto 9.1.)

³⁰⁰ «Before making a regulated credit agreement *the firm must* undertake an assessment of the creditworthiness of the *customer*. A firm carrying out the assessment required *must* consider (...) (c.vo aggiunto)». Cfr. CONC 5.2.1. Posto l'utilizzo della formula *must*, appare dovuto l'utilizzo dell'imperativo.

concesso deve essere “sostenibile”³⁰¹. Nel definire, poi, detto concetto, il FCA ribadisce pedissequamente ciò che a tal riguardo l’OFT statuiva nelle proprie linee guida³⁰². Ugualmente è a dirsi sia per le fonti da cui attingere le necessarie informazioni per verificare la solvibilità del mutuatario³⁰³, sia per gli elementi che i finanziatori *dovrebbero*³⁰⁴ a tal proposito considerare; fonti ed elementi che, sebbene equivalenti a quelli a suo tempo delineati dall’OFT³⁰⁵, il FCA ripropone come fattori in grado di influire sul giudizio relativo alla meritevolezza creditizia del debitore piuttosto che su quello attinente alla sostenibilità del credito da quest’ultimo richiesto.

I finanziatori, inoltre, dovrebbero condurre la prescritta valutazione avendo riguardo alle specifiche circostanze ed esigenze del caso concreto; un’indagine che ne prescinda risulterebbe, infatti, *disproportionate*³⁰⁶.

Nell’attuale disciplina, un elemento di novità sembra potersi rinvenire nelle disposizioni che impongono il dovere di saggiare il merito creditizio anche dell’eventuale garante³⁰⁷. In tale ipotesi, il professionista, prima della stipulazione del contratto, *deve* esaminare gli effetti negativi che gli impegni finanziari assunti con la sottoscrizione dell’accordo verosimilmente produrranno nella sua sfera economico-patrimoniale.

In ogni caso, quantunque garantito, il credito concesso non può prescindere da un’adeguata verifica dell’affidabilità creditizia del mutuatario: un’eventuale esito positivo, infatti, *non deve* poggiare esclusivamente o principalmente sull’esistenza di un’ipotetica garanzia personale correlata al contratto che si intende stipulare³⁰⁸.

Sebbene all’interno del *Consumer Credit Sourcebook* si trovino importanti indicazioni relative alle condotte da osservare nella fase prodromica alla stipulazione di

³⁰¹ Cfr. CONC 5.2.1R(2), 5.2.2R(1), 5.3.1G(2).

³⁰² Cfr. CONC 5.3.1G(6). Sebbene qui venga impiegato l’aggettivo *sustainable* anziché *affordable*, a livello semantico non si riscontrano mutamenti. Specifiche regole sono inoltre previste qualora si tratti di verificare il merito creditizio di un cliente che intende stipulare un contratto di apertura di credito in conto corrente. Per un’esauriente analisi di dette regole, si rinvia a quanto statuito dal CONC 5.3.1G(8),(9),(10).

³⁰³ Per un elenco dettagliato di dette fonti, v. CONC 5.2.4G(3), il quale rimanda a sua volta al par. 4.12 delle linee guida emanate dall’OFT.

³⁰⁴ «The extent and scope of the creditworthiness assessment (...) *should be* dependent upon and proportionate to factors which *may* include one or more of the following (...) (c.vo aggiunto)». Dato l’impiego delle formule *should be* e *may*, appare corretto esprimersi in termini di mera possibilità.

³⁰⁵ Cfr., rispettivamente, CONC 5.2.3G e par. 4.10 delle linee guida emanate dall’OFT; CONC 5.2.4G(3) e par. 4.12 delle medesime linee guida.

³⁰⁶ Cfr. CONC 5.2.4G(1),(2),(3).

³⁰⁷ In nessun caso, ai fini dell’applicazione di detto precetto, la garanzia offerta dal garante può essere costituita da un’ipoteca legale, da una garanzia a quest’ultima equivalente o da un pegno. Cfr. CONC 5.2.5G(5).

³⁰⁸ Cfr. CONC 5.2.6G(2). Un comportamento contrario a tale prescrizione era considerato dall’OFT come idoneo ad integrare una pratica di prestito irresponsabile. V., a tal proposito, OFT, *Irresponsible lending, guidance for creditors*, cit., p. 47. Tuttavia sono esclusi dall’ambito di applicazione di detta regola i contratti di credito che implicano la costituzione di un pegno su di un bene del debitore; in tali casi, infatti, qualora il mutuatario risulti insolvente, i contraenti si accordano per limitare la responsabilità finanziaria dello stesso alla somma ricavata dalla vendita del bene e che dovrebbe rappresentarne il vero valore di mercato. Così, CONC 5.3.4R.

un contratto di credito al consumo, ai finanziatori è comunque imposto il *dovere* di definire politiche e attuare procedure interne chiare ed efficaci, tali da assicurare una *ragionevole* verifica del merito creditizio del mutuatario.

Le informazioni assunte dall'intermediario dovrebbero essere complete³⁰⁹ e corrette; tuttavia, dell'eventuale falsità dei dati forniti dal debitore non può essere ritenuto responsabile il creditore, sempreché lo stesso non fosse a conoscenza dell'inattendibilità della propria controparte. In tale ultimo caso, così come nell'ipotesi in cui il finanziatore avrebbe potuto - e dovuto - ragionevolmente sospettare della veridicità delle informazioni fornite dal debitore (situazione che si delinea quando, ad esempio, vi è una chiara incompatibilità tra quanto da quest'ultimo affermato in merito alla propria capacità redditizia e gli altri dati a tal riguardo disponibili), l'ente creditizio *deve astenersi dall'erogare il credito richiesto*³¹⁰.

In maniera non dissimile i creditori *devono esimersi dal consigliare o incoraggiare* il mutuatario a richiedere un prestito di importo superiore a quello iniziale qualora ne emerga l'incapacità di far fronte agli impegni restitutori che verrebbero necessariamente a determinarsi in conseguenza di siffatto aumento. Ad analoga conclusione si giunge anche quando il creditore ha *ragionevoli motivi* per ritenere sussistente detta condizione³¹¹.

Tratteggiate le attuali disposizioni previste dal FCA, nonostante il richiamo espressamente effettuato da tale autorità alle osservazioni svolte dall'OFT all'interno della propria guida, da un'analisi comparata delle due discipline si ritiene emergano alcuni importanti punti di discrepanza.

In primo luogo, come accennato, la distinzione (a suo tempo chiara) tra *creditworthiness assessment* e *affordability assessment* sembra essersi offuscata: i criteri a suo tempo previsti per valutare la sostenibilità del credito nei confronti del debitore risultano, ad oggi, impiegati per verificarne il merito creditizio;

in secondo luogo, non vi è più alcuna traccia del suggerito divieto di stipulare il contratto qualora, a seguito della dovuta verifica, il credito in principio richiesto risulti "intollerabile" per il debitore;

in terzo luogo, l'attuale obbligo, gravante sul creditore, di non erogare il prestito si

³⁰⁹ L'FCA incentiva la condivisione tra gli stessi creditori dei dati relativi alla posizione finanziaria del mutuatario, nonché la tempestiva comunicazione degli stessi alle c.d. agenzie del credito. Cfr. CONC 5.3.2R(12).

³¹⁰ «A firm *must not accept* an application for credit under a regulated credit agreement where the firm *knows or ought reasonably to suspect* that the customer has not been truthful in completing the application in relation to information supplied by the customer relevant to the creditworthiness assessment (...) (c.vo aggiunto)». Così, testualmente, CONC 5.3.7R.

³¹¹ Cfr. CONC 5.3.5R.

pone come una conseguenza della condotta scorretta assunta dal richiedente e nota – o che avrebbe potuto ragionevolmente esserlo – alla controparte. Un divieto, tale ultimo, che nulla ha dunque a che vedere con l’esito finale della valutazione imposta al creditore, ma che, all’opposto, dipende da un comportamento tenuto dallo stesso debitore.

Analizzati i doveri di condotta gravanti in capo ai finanziatori nella fase che precede la stipulazione del contratto di credito, appare ora necessario interrogarsi sulle possibili conseguenze della loro inosservanza.

Anzitutto, secondo quanto stabilito dalla sez. 25(2B) CCA, la concessione irresponsabile del credito integra una pratica commerciale “ingannevole”, “oppressiva”, “scorretta” o comunque “impropria”. In tali ipotesi, il FCA può sospendere ovvero revocare all’ente creditizio che ne sia già in possesso la necessaria licenza per svolgere attività di credito al consumo³¹². Qualora, invece, la richiesta licenza debba ancora essere concessa, l’aver assunto comportamenti pregiudizievoli nei confronti del debitore potrebbe compromettere l’idoneità del creditore istante a possederla³¹³. Ne consegue, dunque, che il mancato ovvero non corretto adempimento degli obblighi di verifica del merito creditizio del mutuatario e della sostenibilità del credito dallo stesso richiesto – condotte che si è visto integrare pratiche di prestito irresponsabile – potranno determinare nei confronti del creditore inadempiente l’applicazione delle predette sanzioni amministrativo-disciplinari.

Lungi dall’essere prive di effetti dannosi, dette sanzioni, impedendo al finanziatore di svolgere (o continuare a svolgere) la propria attività di concessione del credito all’interno del mercato, ne causano, di fatto, la progressiva esclusione.

Diversamente, l’eventuale esistenza di un apparato rimediale squisitamente privatistico inciderebbe non tanto sul futuro professionale dell’ente creditizio, quanto, piuttosto, sulla sorte del contratto di credito stipulato ovvero sulla nascita di una potenziale obbligazione risarcitoria in capo al finanziatore.

In proposito, la disciplina dedicata alle *Unfair relationships*³¹⁴ (sez. 140A-140D),

³¹² Cfr. sez. 32 CCA.

³¹³ È il c.d. *fitness test* previsto dalla sez. 25(2) CCA.

³¹⁴ Detta disciplina, introdotta dal *Consumer Credit Act 2006*, ha sostituito la precedente che attribuiva al giudice il potere di intervenire sul contratto di credito concluso tra le parti qualora lo stesso risultasse *extortionate* perché obbligava il debitore a rimborsi “grossolanamente esorbitanti” ovvero “grossolanamente contravveniva” agli ordinari principi di correttezza (cfr. sez. 137(1) e sez. 138(1) CCA 1974, abrogate). Tale regolamentazione, sebbene pensata per tutelare gli interessi della parte economicamente più debole, vale a dire il consumatore, si rivelò inadatta allo scopo. Per una ricostruzione analitica in merito alle cause che hanno contribuito a determinarne l’insuccesso si vedano, fra gli altri, I. CROW, G. HOWELLS e M. MORONEY, *Credit and Debt: Choices for Poorer Consumers*, in G. HOWELLS, I. CROW e M. MORONEY (a cura di), *Aspects of Credit and Debt*, Londra, 1992, pp. 12-14; G. HOWELLS e L. BENTLY, *Judicial Treatment of Extortionate Credit Bargains: Part 1, Conveyancer and Property Lawyer*, Conwy,

inserite nella parte IX del CCA (rubricata “Judicial Control”) sembrerebbe smentire lo scetticismo tradizionalmente nutrito dal legislatore britannico in merito all’idoneità della regolamentazione privatistica a proteggere gli interessi dei consumatori³¹⁵.

Secondo quanto stabilito dalla sez. 140A(1) CCA, un contratto di credito è *ingiusto* per il debitore se risulta tale: *a*) anche solo uno dei termini contrattuali inseriti dalle parti nel contratto o in altro accordo correlato; *b*) il modo utilizzato dal creditore per esercitare i diritti derivanti dal contratto o da altro accordo correlato; *c*) qualsiasi altro comportamento adottato o *non* adottato dal creditore (o da un suo rappresentante) nella fase precedente o successiva la conclusione del contratto o altro accordo correlato. Ed è proprio con riguardo a tale ultimo aspetto che si ritiene possa assumere rilevanza la violazione dell’obbligo in questione: in tal caso, infatti, il creditore *non osserva* uno dei doveri di condotta imposti nella fase prodromica alla stipulazione del contratto.

Avuto riguardo agli effetti, il giudice, accertata la sussistenza di una *unfair relation* tra il finanziatore e la propria controparte³¹⁶, può, tra le altre decisioni, imporre al creditore di rimborsare (in tutto o in parte) al debitore qualsiasi somma dallo stesso (o da un eventuale fideiussore) pagata in virtù del contratto di credito o di altro accordo collegato (art. 140B(1) *a*), ovvero ridurre o estinguere la somma a qualsiasi titolo dovuta dal mutuatario (o da un eventuale fideiussore) in forza del contratto di credito o di un altro accordo collegato (140B(1) *c*).

1989, p. 164; G. HOWELLS e S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, Aldershot, 2005, p. 342; R. MAWREY e T. RILEY-SMITH, *Blackstone’s Guide to the Consumer Credit Act 2006*, Oxford, 2006, p. 91. Cfr. altresì OFT, *Unjust Credit Transactions: E. Kempson and C. Whyley, Extortionate Credit in the UK: A Report to the DTI*, Bristol: Personal Finance Research Centre, 1999; DEPARTMENT FOR TRADE AND INDUSTRY, *White Paper*, par. 3.28–3.31; NATIONAL ASSOCIATION OF CITIZENS ADVICE BUREAUX, *Daylight Robbery – The CAB Case for Effective Regulation of Extortionate Credit*, Londra, 2001; DEPARTMENT FOR TRADE AND INDUSTRY, *A Consultation Document on Making the Extortionate Credit Bargain Provisions within the Consumer Credit Act 1974 More Effective*, Londra, 2003.

La nuova disciplina si applica a tutti i contratti di credito, ad eccezione dei contratti di mutuo e dei c.d. “piani di acquisto casa”, regolamentati dalle disposizioni del FSMA 2000 (cfr. sez. 16(6C) cui rimanda la sez. 140A(5) CCA 1974).

³¹⁵ Ne dà conto K. FAIRWEATHER, *op. cit.*, p. 99, la quale rimanda, a sua volta, alle letture di A. LEFF, *Unconscionability and the Crowd – Consumers and the Common Law Tradition*, in *University of Pittsburgh Law Review* 31, 1970, p. 349; Id., *Injury, Ignorance and Spite – The Dynamics of Coercive Collection*, in *Yale Law Journal* 80, 1970, p. 1; S. SCOTT e J. BLACK, *Cranston’s Consumers and the Law*, Cambridge, 2000.

³¹⁶ Ad oggi, detto accertamento è condotto tenendo in considerazione qualsiasi circostanza che la stessa autorità giudiziaria reputa a tal fine rilevante (sez. 140A(2)). All’opposto, la previgente disciplina in materia di *extortionate credit bargains* limitava la discrezionalità del giudice prevedendo un elenco non esaustivo dei fattori che dovevano essere dallo stesso esaminati (cfr. sez. 138(2)-(5) CCA, abrogata). L’ampia libertà riconosciuta alle Corti nel valutare quando un contratto di credito possa risultare pregiudizievole per il debitore appare giustificata dall’esigenza di assicurare un’adeguata tutela agli interessi dei mutuatari che si trovano ad operare all’interno di un mercato creditizio in continua evoluzione, caratterizzato, cioè, da ricorrenti mutamenti nei prodotti finanziari offerti e nelle pratiche di prestito adottate. Una legislazione dettagliata volta ad individuare con precisione ciò che costituisce “prestito responsabile”, sebbene idonea ad evitare dubbi o incertezze in merito alle condotte imposte ai creditori, sarebbe tuttavia priva della flessibilità necessaria a fronteggiare i costanti cambiamenti del mercato. Ne conseguirebbe un risultato paradossale: la discrezionalità riconosciuta ai giudici nel determinare quali fattori tenere in considerazione per valutare la potenziale scorrettezza della relazione creditizia verrebbe fortemente limitata e con essa la concreta possibilità di qualificare come *unfair* il contratto stipulato; in altri termini, si attenuerebbe il livello di tutela offerto ai debitori. Si veda in tal senso, K. FAIRWEATHER, *op. cit.*, p. 102 e la bibliografia ivi citata.

Ciò considerato, volendo applicare tali rimedi al caso di mancata (o anche solo non corretta) valutazione dell'affidabilità creditizia del debitore, ne conseguirebbero, da un lato, la restituzione dell'eventuale somma già pagata dal debitore e, dall'altro, la riduzione di quella che dovrebbe dallo stesso essere rimborsata in forza del contratto. In altri termini ci si troverebbe di fronte alla perdita del diritto del creditore alla corresponsione *tout court* degli interessi, ovvero alla riduzione del tasso fino a quel momento applicato³¹⁷.

Segnatamente: *nella prima ipotesi*, il finanziatore dovrebbe sottrarre dalla somma già corrisposta gli interessi versati, o versati in applicazione del tasso superiore, e restituirli al mutuatario (ciò si tradurrebbe, di fatto, in una compensazione dei crediti rispettivamente vantati dai contraenti); *nella seconda ipotesi*, invece, il giudice potrebbe imporre al debitore il pagamento del solo capitale, con l'esclusione degli interessi, ovvero ordinare il rimborso di una somma inferiore rispetto a quella in origine prevista, conseguente alla diminuzione del tasso di interessi applicato.

La disciplina sanzionatoria prevista in materia di *Unfair relationships* si ritiene tutt'ora applicabile nonostante l'intervenuta eliminazione della sez. 55B dal CCA: la mancata verifica della meritevolezza creditizia del consumatore è e rimane idonea ad integrare una pratica di prestito irresponsabile, oltre che continuare ad essere espressamente disciplinata nel manuale del FCA.

Tuttavia, prima che la sez. 55B venisse espunta dal CCA, le regole inerenti alle "pratiche scorrette" non rappresentavano l'unico rimedio cui il consumatore poteva attingere. Altri erano, infatti, i profili sanzionatori che potevano delinearsi.

In proposito, la sez. 55(2) CCA prevedeva che all'inosservanza degli obblighi informativi precontrattuali gravanti in capo al creditore, specificati dalle sez. 55A e 55B, conseguisse l'inapplicabilità del contratto nei confronti del debitore: solo il giudice poteva rendere esecutivo l'accordo nei confronti del debitore («the agreement is enforceable against the debtor (...) on an order of a court only»). Inoltre, ai sensi della sez. 127 CCA, la stessa autorità giudiziaria, nell'ipotesi in cui fosse stata violata la predetta sez. 55(2) CCA, avrebbe potuto ridurre o estinguere la somma a qualsiasi titolo dovuta dal debitore in forza del contratto di credito stipulato³¹⁸ e compensare così il pregiudizio da quest'ultimo sofferto. In altri termini, anche con riguardo a tale ultimo profilo, il giudice poteva privare il creditore del diritto al pagamento degli interessi,

³¹⁷ Così come previsto dal legislatore tedesco al § 505d BGB.

³¹⁸ Si noti la corrispondenza tra detta formulazione e quella di cui alla lett. c), sez. 140B, CCA. Ne consegue che, anche in tale ipotesi, il giudice potrà di fatto negare al creditore il diritto alla corresponsione degli interessi.

ovvero imporre l'applicazione di un tasso inferiore rispetto a quello in origine previsto³¹⁹.

Da ultimo, la mancata valutazione della solvibilità del mutuatario poteva costituire motivo di rigetto della domanda creditizia volta ad ottenerne la condanna alla restituzione della somma prestata (cfr. art. 127(1) CCA).

Ebbene, alla luce delle summenzionate considerazioni, appare possibile concludere che nella disciplina inglese, all'originario interesse pubblicistico per il corretto esercizio dell'attività creditizia, a sua volta strumentale alla sana e prudente gestione e allocazione delle risorse finanziarie, si affianca, oggi, quello privatistico per il consumatore, reso evidente dalle condotte esigibili dal professionista in applicazione del dovere di verificarne la meritevolezza creditizia e dalle conseguenze derivanti in caso di inadempimento. A tal ultimo riguardo, non sembra che l'eliminazione della corrispondente norma dal CCA sia di per sé sintomo del sopraggiunto disinteresse del legislatore britannico per la parte per definizione più debole del rapporto creditizio; prova ne siano le regole e i principi in materia previsti dal FCA all'interno sia del proprio *handbook*, sia del *Consultation Paper* CP17/27, il cui scopo è, appunto, assicurare l'erogazione *responsabile* di prestiti *sostenibili*.

11.3. Segue: la soluzione francese.

Contrariamente all'Inghilterra, la Francia, già con la legge del 1966 relativa all'usura, seguita nel 1978 dalla c.d. *Loi Scrivener*, si contraddistinse per la volontà di accordare al consumatore una maggiore ed effettiva tutela nel settore creditizio³²⁰, finalità che ha continuato ad essere perseguita con il recepimento della dir. 2008/48/CE.

Quest'ultima è stata attuata all'interno dell'ordinamento francese con la legge 1° luglio, n. 2010-737 “portant réforme du crédit à la consommation”, la cui disciplina è ad oggi inserita all'interno del libro III (“Crédit”), titolo I (“Opérations de crédits”), capitoli I e II (rispettivamente, “Définitions” e “Crédit à la consommation”), code de la consommation (artt. L311-1 – L312-94).

Per ciò che attiene all'obbligo di verifica del merito creditizio, questo è disciplinato dall'art. L312-16, che impone al finanziatore di reperire un numero sufficiente di informazioni, se del caso fornite dallo stesso debitore, ovvero ottenute consultando il

³¹⁹ Conseguenze che non differiscono da quella previste in caso di *Unfair relationships*.

³²⁰ V. cap. I, par. 2.

registro nazionale c.d. dei cattivi pagatori³²¹, della cui consultazione deve, peraltro, conservare le prove. Queste ultime sono infatti necessarie, in caso di controversia giudiziale, per dimostrare l'avvenuto adempimento, da parte del creditore, del dovere di verifica sul medesimo incombente, adempimento che, all'opposto, il debitore sostiene non essere avvenuto³²².

Nonostante le fonti da cui attingere le informazioni necessarie per valutare il grado di affidabilità economica del mutuatario siano le stesse di quelle previste dal precetto europeo (consumatore e banca dati), una differenza tra le due discipline emerge con chiarezza: mentre ai sensi dell'art. 8 della direttiva la consultazione di una banca dati è meramente eventuale, ovverosia legata ad una valutazione di opportunità del professionista (« (...) *ove necessario* ottenute [le informazioni] consultando la banca dati pertinente»), secondo quanto previsto dall'art. L312-16 c. cons., il creditore *consulta* il registro nazionale («le prêteur consulte le fichier prévu (...)»), *id est* deve consultarlo e – soprattutto – conservarne le prove. Qualora ciò non accada, in caso di controversia giudiziale, egli sarà giudicato inadempiente e, come tale, soggetto alle sanzioni a tal uopo previste.

Dunque, non soltanto il mancato adempimento *tout court* della verifica, ma anche la mancata consultazione del registro nazionale dei “cattivi pagatori”, ovvero l'incapacità del finanziatore di darne prova, si risolve in un giudizio di responsabilità per inadempimento a suo carico e, quindi, nell'applicazione delle correlate sanzioni.

Per ciò che attiene a tale ultimo aspetto, in armonia con la finalità di tutela del consumatore, l'inosservanza dei summenzionati precetti è sanzionata con la perdita, totale³²³ o nella misura determinata dal giudice, degli interessi (art. L341-2 c. cons.).

È tuttavia opportuno precisare che detta decadenza *per come interpretata* dalla *Cour de Cassation* riguarda i soli interessi convenzionali, non anche quelli legali, rimanendo, questi, sempre dovuti. Ciò significa che nell'ipotesi in cui i contraenti applichino al credito concesso il tasso di interessi fissato dalla legge, ovvero non ne prevedano alcuno (in tal caso si applicherà il tasso legale), l'inadempimento del finanziatore risulta privo di conseguenze: trattandosi di interessi legali, questi sono e rimangono sempre dovuti.

³²¹ Detto registro è stato istituito con d.m. 26 ottobre 2010, “arrêté ministériel relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers”.

³²² La stessa funzione viene assolta nel procedimento di revisione contabile (cfr. cap. IV “Consultation et conservation des données”, d.m. 26 octobre 2010, cit.

³²³ In tal caso il mutuo da oneroso diverrà gratuito.

Una limitazione, quella stabilita dalla Corte, che circoscrive di molto l'efficacia della sanzione in oggetto e, quindi, la sua effettività.

Peraltro, secondo quanto previsto dall'art. L313-3 del codice monetario e finanziario francese, in caso di condanna pecuniaria del debitore, il tasso legale degli interessi subisce una maggiorazione di cinque punti percentuali se entro due mesi da quando il provvedimento giudiziario acquista forza esecutiva (anche solo provvisoria) il debito non viene saldato integralmente (*id est* il debitore non restituisce la somma prestata). È in ogni caso riconosciuta la possibilità al debitore (o al creditore) di chiedere al giudice di non applicare la prevista maggiorazione, ovvero di diminuirne l'ammontare in considerazione della sua peculiare condizione economica e personale.

Anche tale norma è stato oggetto di interpretazione da parte della *Cour de Cassation*. E precisamente, in caso di condanna pecuniaria del debitore, la predetta maggiorazione si applica *automaticamente*, a prescindere sia dalla richiesta in tal senso formulata dal creditore, sia dalla corrispondente decisione dell'Autorità giudiziaria.

Ad una prima impressione il regime sanzionatorio francese, *per come interpretato* dalla giurisprudenza di legittimità, mal si concilia con quanto previsto dal provvedimento europeo per ciò che attiene alle caratteristiche che le sanzioni nazionali devono avere. *In primo luogo*, il fatto che il creditore – inadempiente – possa sempre esigere gli interessi legali – peraltro maggiorati – fa sorgere dei dubbi sull'efficacia della prevista sanzione, dubbi che sarebbero fugati nella sola ipotesi in cui il consumatore, già condannato nei confronti del finanziatore alla restituzione di quanto dovuto in forza del contratto di credito, saldasse il suo debito entro due mesi dal giorno in cui la decisione giudiziaria è divenuta esecutiva, pena l'automatica maggiorazione del tasso di interessi. Sennonché, da una parte, se il creditore ha dovuto agire in giudizio per ottenere il rimborso della somma convenuta, molto difficilmente il consumatore riuscirà a saldare il proprio debito entro il predetto termine; dall'altra parte, anche qualora ci riuscisse, evitando così la maggiorazione, sarebbe comunque tenuto al versamento degli interessi legali. *In secondo luogo*, nonostante al giudice venga riconosciuto il potere di ridurre l'ammontare della maggiorazione, potendo finanche disporre l'esonero, al creditore sono comunque riconosciuti gli interessi legali. Evidente è, dunque, la sproporzione tra l'entità della violazione commessa dal professionista e la portata della correlata sanzione. Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 1254 c.c. francese, i pagamenti effettuati dal debitore di una somma di denaro devono essere prioritariamente imputati agli interessi, con la conseguenza di un ulteriore ritardo nel rimborso del

capitale e, quindi, di un'automatica produzione di nuovi interessi (moratori) a tasso legale (cfr. art. 1153 c.c. francese). *Infine*, la decadenza dai soli interessi convenzionali sembrerebbe incoraggiare i creditori a non osservare le prescrizioni inerenti al dovere precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore: malgrado l'inadempienza commessa, essi possono infatti sempre contare sull'applicazione di quelli legali, finanche maggiorati. Paradossalmente, quindi, la sanzione nazionale, anziché porsi quale deterrente alle pratiche di concessione irresponsabile del credito, le incentiva, in tal modo contrapponendosi alla volontà del legislatore europeo che è, invece, quella di prevenirle, o perlomeno contenerle.

Questioni, quelle appena descritte, che, lungi dal rimanere confinate sul mero piano teorico, a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal *Tribunal d'instance d'Orléans*, sono state affrontate anche dalla Corte di giustizia, la quale, nel pronunciarsi in merito alla compatibilità del regime sanzionatorio francese con quanto prescritto dagli artt. 8 e 23 della direttiva, ha altresì (finalmente) fatto chiarezza sugli obiettivi di tutela dalla stessa perseguiti.

12. *La compatibilità delle sanzioni nazionali con la normativa europea. Il vaglio della Corte di giustizia.*

Come visto, la direttiva attribuisce ai singoli Stati membri la potestà sanzionatoria per le ipotesi di violazione delle disposizioni nazionali di recepimento dei precetti europei, limitandosi a stabilire che le sanzioni devono in ogni caso essere «efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 23).

Tale norma è stata di recente sottoposta al vaglio interpretativo della Corte di giustizia, la quale, nella sentenza 27 marzo 2014 (*LCL Le Crédit Lyonnais SA*)³²⁴, ha escluso che risponda al precetto della necessaria effettività la misura sanzionatoria nazionale inidonea a dissuadere, in concreto, il creditore dal porre in essere comportamenti scorretti e potenzialmente pregiudizievoli per il consumatore.

Il caso è quello – tutt'altro che infrequente – di una banca francese che, a fronte del

³²⁴ Tale sentenza è stata ampiamente commentata: T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista dall'ordinamento francese*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com; T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *I contratti*, 2014, p. 878 ss.; I. LIBERO NOCERA, *Se la banca non valuta la solvibilità del debitore decade anche dal diritto agli interessi legali*, in *Dir. e giust.*, 2014, p. 351 ss.; G. AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2015, p. 285 ss.; G. POISSONNIER, *La preuve en droit du crédit à la consommation devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Recueil Dalloz*, 26 marzo 2015, n. 12.

mancato rimborso del consumatore della somma erogatagli in forza di un contratto di credito personale, ne chiede la restituzione in via giudiziale, domandando venisse altresì ordinata la capitalizzazione annuale degli interessi prevista dall'art. 1254 c.c.³²⁵ Senonché il giudice investito della questione, dopo aver appurato l'inadempimento, da parte del professionista, dell'obbligo di consultare il registro nazionale dei cattivi pagatori, necessario per indagare il grado di affidabilità economica del debitore, rileva d'ufficio la decadenza dal diritto agli interessi convenzionali. L'accertato inadempimento non viene smentito dall'ente creditizio poiché incapace di fornire le prove dell'avvenuta consultazione. Cionondimeno, atteso quanto in proposito affermato dalla *Cour de Cassation*, alla banca devono in ogni caso essere corrisposti gli interessi legali, che potrebbero finanche subire una maggiorazione di cinque punti percentuali se entro due mesi dall'emanazione del provvedimento di condanna il consumatore non rimborsa integralmente il debito. In ragione di ciò, il finanziatore potrebbe beneficiare di un tasso di interessi addirittura più alto di quello convenzionale, percepibile nel caso di corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali sullo stesso gravanti.

Ciò premesso, il giudice nazionale si interroga sull'effettiva compatibilità del descritto regime sanzionatorio con quanto previsto dall'art. 23 della direttiva e rimette, di conseguenza, la questione alla Corte di giustizia.

Dopo aver affrontato e risolto positivamente gli interrogativi sollevati dalla Commissione in ordine alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte, passando ad esaminarne il merito, formula alcune importanti considerazioni di ordine generale.

Anzitutto, l'obbligo precontrattuale del creditore di verificare l'affidabilità creditizia del consumatore trova la propria giustificazione nell'esigenza di proteggere quest'ultimo dai rischi di insolvenza e conseguente sovraindebitamento, spesso causati dalla stipulazione di contratti di credito eccedenti le proprie capacità finanziarie. Nel contesto della "completa" ed "imperativa" armonizzazione perseguita dalla dir. 2008/48, lo stesso obbligo si pone infatti quale strumento in grado di assicurare a tutti i consumatori dell'Unione un livello "elevato" ed "equivalente" di tutela, a sua volta prodromico allo sviluppo di un efficiente mercato interno del credito al consumo.

Tale affermazione, lungi dall'essere una mera ripetizione di quanto sancito all'interno della direttiva, e precisamente nel 26° *considerando*, chiarisce, invece, il tipo

³²⁵ Tale articolo così dispone: «Gli interessi maturati sui capitali possono produrre altri interessi, a seguito di una domanda giudiziale o di un'apposita convenzione, purché nella domanda o nella convenzione si tratti di interessi dovuti per almeno un anno».

di interesse, *che è quello privatistico della tutela del consumatore*, sotteso all'obbligo in questione. Invero, solo avendo chiara tale finalità è possibile indagare l'effettiva compatibilità della misura sanzionatoria nazionale volta a reagire all'inadempimento del creditore con quanto prescritto dal citato art. 23. In proposito, i giudici di Lussemburgo ricordano che, in base a costante giurisprudenza comunitaria, la discrezionalità riconosciuta ai singoli Stati membri in materia sanzionatoria è pur sempre "vincolata": da una parte, le misure che reagiscono alla violazione delle norme europee devono corrispondere, per natura ed importanza, a quelle previste per l'inosservanza delle disposizioni nazionali, misure che, dall'altra parte, devono comunque rendere la sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva³²⁶. Inoltre, fermo restando il rispetto del principio generale di proporzionalità tra gravità della violazione e severità della conseguente sanzione, quest'ultima deve essere effettivamente in grado di dissuadere l'obbligato dall'adottare comportamenti contrastanti con il precetto alla cui osservanza è invece tenuto. Ed è proprio su tale aspetto che la Corte, nell'esaminare il caso sottoposto, si sofferma: la decadenza dagli interessi, così come interpretata dalla *Cour de Cassation*, è veramente adeguata alla gravità della violazione che intende reprimere, *id est* all'inadempimento del preliminare obbligo di valutare la solvibilità del consumatore, e, quindi, idonea a produrre un effetto realmente dissuasivo?

La risposta della Corte è negativa.

Invero, la limitazione della decadenza ai soli interessi convenzionali, anziché dissuadere il creditore dal violare l'obbligo di verifica sul medesimo incombente, lo avvantaggia: gli interessi legali maggiorati potrebbero, di fatto, risultare più elevati di quelli pattiziamente convenuti, percepibili nella sola ipotesi di corretto adempimento dell'obbligo precontrattuale in questione. In proposito, prosegue la Corte, il compito di valutare il carattere realmente dissuasivo della sanzione spetta al giudice nazionale in quanto è l'unico competente ad interpretare ed applicare il diritto interno avuto riguardo alle circostanze del caso di cui è investito. Interpretazione che, alla luce del principio di origine giurisprudenziale c.d. "dell'interpretazione conforme", non può in ogni caso prescindere dalle norme europee applicabili in materia al fine di ottenere una soluzione confacente agli obiettivi dalle medesime perseguiti³²⁷. In altri termini, egli è l'unico in grado di accertare se dall'applicazione della misura sanzionatoria nazionale consegue

³²⁶ Cfr., in tal senso, Corte giust. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.*, in particolare punti 64 e 65, nonché Corte giust. 26 settembre 2013, causa C-418/11, *Texdata Software*, punto 50.

³²⁷ V., in particolare, Corte giust. 27 febbraio 2014, causa C-315/12, *OSA*, punto 44; Corte giust. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasin*, punto 8; Corte giust. 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Closon*.

un vantaggio per il creditore. Se così fosse, la stessa sarebbe priva di quell'effetto dissuasivo richiesto dall'art. 23 della direttiva e, quindi, incompatibile con il diritto dell'Unione.

In conclusione, la sanzione della decadenza dai soli interessi convenzionali prevista dall'ordinamento francese risulta efficace, proporzionata e dissuasiva solo laddove il giudice appuri che il pagamento della somma dovuta in conseguenza della sua applicazione sia "sensibilmente inferiore" a quella che il creditore avrebbe percepito se avesse valutato il merito creditizio del consumatore³²⁸.

Muovendo dalla disamina della citata pronuncia appare possibile individuare sia nelle scelte del legislatore della direttiva 2008/48, sia nelle considerazioni svolte dalla stessa Corte alcuni rilevanti limiti.

Per ciò che attiene al primo aspetto, la scelta di lasciare liberi gli Stati membri di definire il regime sanzionatorio per loro più opportuno mal si concilia con l'obiettivo, dichiarato dallo stesso provvedimento europeo, di assicurare a *tutti* i consumatori della Comunità un *equivalente ed elevato* livello di tutela: da una lato, come visto, il tipo di sanzioni e i presupposti che ne legittimano l'applicazione variano sensibilmente da Paese a Paese; dall'altro lato, non sempre dette sanzioni risultano caratterizzate da quell'effettività necessaria per tutelare, seppur *ex post*, il consumatore dal pregiudizio subito a causa della condotta inadempiente posta in essere dal finanziatore.

In tale contesto, quanto statuito dalla Corte di giustizia si pone quale palliativo ad un sistema di per sé inadeguato rispetto allo scopo perseguito: la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri deve in ogni caso essere esercitata in modo da assicurare misure sanzionatorie idonee, in concreto, a dissuadere il professionista dall'assumere comportamenti potenzialmente pregiudizievoli per il consumatore, come quello di non valutarne il grado di affidabilità economica, inducendolo così a stipulare un contratto di credito eccedente le proprie risorse finanziarie e, quindi, per lo stesso non sostenibile. Qualora ciò non accada, il regime sanzionatorio nazionale violerebbe il diritto dell'Unione, con l'ulteriore conseguenza di un giudizio di responsabilità a carico dello

³²⁸ Il principio di diritto enunciato dalla Corte così recita: «(...) l'articolo 23 della direttiva 2008/48 deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di un regime nazionale di sanzioni in forza del quale, in caso di violazione, da parte del creditore, del suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente, il creditore decada dal suo diritto agli interessi convenzionali, ma benefici di pieno diritto degli interessi al tasso legale, esigibili a decorrere dalla pronuncia di una decisione giudiziaria che condanna tale debitore al versamento delle somme ancora dovute, i quali sono inoltre maggiorati di cinque punti se, alla scadenza di un termine di due mesi successivi a tale pronuncia, quest'ultimo non ha saldato il suo debito, qualora il giudice del rinvio accerti che (...) gli importi che possono essere effettivamente riscossi dal creditore in seguito all'applicazione della sanzione (...) non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore».

Stato inadempiente.

Senonché, per ciò che attiene al secondo aspetto, dalla discrezionalità vincolata del legislatore si passa ad una discrezionalità quasi incondizionata³²⁹ dell'autorità giudiziaria. Invero, il principio di diritto enunciato dalla Corte attribuisce a quest'ultima il compito di valutare se la sanzione abbia o meno le caratteristiche prescritte dall'art. 23 e sia quindi compatibile con il diritto europeo. Una tale valutazione si basa, infatti, sulle peculiarità riconducibili ad ogni singola fattispecie concreta, in quanto tali conosciute (e conoscibili) dal solo giudice nazionale, che è dunque l'unico in grado di prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno e «interpretarle, per quanto possibile, alla luce del tenore nonché della finalità della direttiva applicabile in materia per ottenere una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito». Ne deriva che, con riguardo al caso francese, è il giudice a decretare se, in concreto, la somma percepibile dal professionista a seguito dell'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi è “notevolmente inferiore” a quella che sarebbe lui spettata se avesse adempiuto al proprio obbligo di verifica della solvibilità del debitore³³⁰. Inoltre, è sempre lo stesso giudice nazionale a stabilire, in piena autonomia, che cosa si debba intendere per somma “notevolmente inferiore”: sul punto, la Corte non ha infatti individuato alcun criterio in grado di orientare l'attività dell'interprete.

Ebbene, ciò che ne consegue è un sistema inevitabilmente schizofrenico. Prova ne sia che la misura sanzionatoria nazionale non è *di per sé* dissuasiva, bensì *può esserlo* se tale viene considerata dal giudice sulla base delle circostanze del caso sottopostogli.

Questo il risultato, non sembra allora azzardato ritenere che il tanto difeso principio della certezza del diritto, assicurato dall'esistenza e dall'applicazione di norme generali ed astratte, cede ora il posto all'incertezza tipica della giustizia c.d. del caso concreto, dove è, appunto, l'autorità giudiziaria – e non la legge – a valutare le conseguenze giuridiche derivanti dalle condotte tenute dagli individui, assumendo, di conseguenza, un ruolo preminente nella risoluzione delle controversie.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte attiene alla sola sanzione privatistica della decadenza dal diritto agli interessi, sicché soltanto gli ordinamenti che, come quello francese, hanno deciso di reagire al comportamento inadempiente del creditore

³²⁹ È pur sempre necessario il rispetto di quanto previsto dall'art. 23 della direttiva.

³³⁰ Per esempio, se il tasso di interesse convenzionale è più elevato di quello legale, maggiorato secondo i parametri percentuali fissati dal giudice, ovvero quando quest'ultimo, avvalendosi della possibilità lui riconosciuta, esonera *tout court* il debitore da detta maggiorazione e gli interessi legali risultano comunque inferiori rispetto a quelli convenzionali. Per garantire l'effettività della misura sanzionatoria, l'autorità giudiziaria potrebbe finanche disporre la decadenza nei confronti del creditore di *tutti* gli interessi, sia convenzionali, sia legali.

prevedendo la medesima misura sanzionatoria ne subiscono direttamente gli effetti. Senonché, qualsiasi sanzione deve essere in grado di comportare un effetto realmente dissuasivo nei confronti del soggetto cui è diretta, a nulla rilevando, con riguardo a tale scopo, la sua natura, e di questo devono tener conto i legislatori e i giudici di *tutti* gli Stati membri.

Invero, sotto quest'ultimo profilo, le sentenze pregiudiziali interpretative, pur originando da una controversia determinata, hanno carattere astratto poiché finalizzate a chiarire il tenore delle disposizioni europee. Ne consegue che l'interpretazione fornita dalla Corte spiega i propri effetti anche al di là dell'ambito della controversia principale attesa la portata giuridicamente vincolante delle stesse disposizioni interpretate.

Alla luce delle considerazioni svolte nella pronuncia in esame, i giudici di Lussemburgo elevano la tutela del consumatore a interesse primario della dir. 2008/48.

Attraverso la disamina del regime sanzionatorio francese e, nello specifico, degli effetti che *devono* derivare dalla sua applicazione, la Corte di giustizia sembra prediligere l'approccio *responsible lending*, perseguito, come visto, dalla prima proposta di direttiva, ma in seguito abbandonato. Prova ne sia che il creditore, inadempiente al dovere di valutare il merito creditizio del debitore, deve essere punito con una sanzione che, a causa del pregiudizio ad essa conseguente, sia tale da indurlo – e indurre gli altri creditori – a desistere dal tenere una simile condotta. In altri termini, tanto la previsione del citato obbligo di condotta – prima –, quanto l'applicazione della prevista sanzione in caso di inottemperanza – poi –, si pongono quali misure capaci di responsabilizzare il professionista nella propria attività di concessione del credito e, dunque, in ultima istanza, di proteggere il mutuatario dai rischi di insolvenza e conseguente sovraindebitamento.

Lungi dal rappresentare un'indebita ingerenza nell'autonomia privata, espressione di paternalismo giuridico, la disciplina in oggetto, così come letta alla luce delle indicazioni al riguardo fornite dalla Corte di giustizia, limita quindi l'autonomia delle parti in forza di un interesse ritenuto preminente, che, nei rapporti c.d. *B2C*, di norma caratterizzati da uno squilibrio fisiologico tra i contraenti, è – e non può che essere – quello della tutela del soggetto per definizione più debole, *id est* il consumatore.

L'approccio adottato nella summenzionata sentenza 27 marzo 2014 sembra trovare conferma nella successiva pronuncia del 18 dicembre (*CA Consumer Finance SA*) dove la Corte di giustizia, a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale, anche in tal caso sollevata dal giudice francese, si è espressa sulla portata degli artt. 5 e 8 della

direttiva, rispettivamente attinenti ai doveri di fornire informazioni precontrattuali e di verificare il merito creditizio del consumatore.

Segnatamente, per ciò che attiene al primo profilo, la Corte rivolge la propria attenzione, da un lato, al soggetto gravato dall'onere di dimostrare l'avvenuto adempimento dei previsti obblighi precontrattuali e, dall'altro lato, al modo attraverso cui detta prova può essere in concreto fornita. Invero, su tali questioni la direttiva nulla dispone, sicché spetta ai singoli Stati membri prevedere una disciplina *ad hoc*. Nell'esercizio della discrezionalità loro riconosciuta, i legislatori nazionali sono in ogni caso tenuti a rispettare sia il già citato principio di equivalenza, in forza del quale le norme che danno attuazione al diritto dell'Unione devono essere analoghe, per natura e funzione, a quelle nazionali che disciplinano situazioni simili, sia il principio c.d. di effettività, che inibisce la previsione di misure interne tali da rendere impossibile o eccessivamente oneroso l'esercizio dei diritti riconosciuti dalle direttive europee.

Ebbene, ad avviso della Corte, un sistema che impone al consumatore di dare prova del mancato adempimento degli obblighi incombenti al creditore non può non compromettere quest'ultimo principio. In effetti, il debitore non dispone dei mezzi necessari per dimostrare che la propria controparte non gli ha fornito le dovute informazioni precontrattuali, ovvero i richiesti chiarimenti, mancando altresì di accertare il suo grado di affidabilità creditizia. All'opposto, simili strumenti sono a disposizione del creditore, il quale, *se diligente*, ha infatti raccolto e conservato le prove dell'avvenuta esecuzione dei propri doveri, con l'ulteriore conseguenza che, in caso di impossibilità o incapacità di fornirle, sarà giudicato inadempiente e, quindi, soggetto all'applicazione delle sanzioni a tal uopo previste.

Appurato che, al fine di garantire il rispetto del principio di effettività, l'onere della prova in questione grava sul finanziatore, la Corte prosegue la sua analisi indagando il modo attraverso cui detto onere può ritenersi, di fatto, correttamente assolto. E segnatamente: potrebbe una clausola contrattuale standard dare atto del fatto che il debitore ha ricevuto e preso conoscenza del documento contenente le informazioni europee di base di cui all'art. 5, par. 1, e, quindi, esonerare il creditore dal fornire ulteriori prove in merito? Se così fosse – come correttamente rilevato dal giudice del rinvio – si assisterebbe ad un'inversione dell'onere probatorio: una tale clausola comporterebbe, infatti, *l'automatico riconoscimento*, da parte del consumatore, della piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali incombenti al creditore, con

ciò compromettendo l'effettività dei diritti riconosciuti dalla direttiva europea (che impone sia quest'ultimo a dare prova dell'esecuzione dei suoi doveri).

La Corte, aderendo alla tesi sostenuta dal giudice nazionale, precisa che, al più, una simile clausola tipo può costituire un *indizio* dell'avvenuto adempimento degli obblighi informativi, «che spetta [comunque] al creditore avvalorare attraverso uno o più elementi di prova pertinenti», ma che non può mai impedire al consumatore di dimostrare il contrario.

In tale contesto, è il giudice del rinvio a dover verificare se, in concreto, il valore probatorio della clausola in oggetto è o meno in grado di compromettere la possibilità, sia per il debitore, sia per lo stesso giudice, di mettere in dubbio la corretta esecuzione dei doveri imposti al finanziatore.

Alla luce di quanto rilevato dalla Corte, appare dunque chiaro come le disposizioni della direttiva debbano essere interpretate in modo da assicurare ai consumatori una tutela effettiva dei loro diritti, impedendo ai legislatori nazionali di prevedere misure che, seppur indirettamente, possano rappresentare un ostacolo al raggiungimento di siffatto obiettivo.

Di recente, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi *ex novo* sulla portata applicativa dell'art. 23 dir., questa volta, però, con specifico riguardo al carattere proporzionale della misura sanzionatoria nazionale³³¹.

Segnatamente, il giudice del rinvio – slovacco – tra le altre questioni, chiede alla Corte di stabilire se possa considerarsi proporzionato e, quindi, conforme alla normativa europea, un regime sanzionatorio in applicazione del quale il creditore che non indica nel contratto di credito *tutti* gli elementi previsti dall'art. 10, par. 2, dir., è punito con la decadenza dagli interessi e dal diritto al rimborso delle spese.

La risposta al quesito, precisa la Corte, presuppone una distinzione. Invero, solo nell'ipotesi in cui la mancata menzione, nel contratto di credito, degli elementi in questione si traduca nell'impossibilità per il consumatore di valutare con cognizione di causa la portata dell'assumendo impegno finanziario, la citata sanzione è proporzionata alla gravità della violazione commessa dal creditore; all'opposto, se i dati mancanti non sono per loro natura tali da provocare un simile effetto, il pregiudizio subito dal finanziatore per la perdita degli interessi e delle spese risulterebbe ingiustificato e, quindi, la sanzione difetterebbe della richiesta proporzionalità.

³³¹ Corte giust. 9 novembre 2016, causa C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s.*

Ovviamente, il compito di stabilire la funzione in concreto svolta dagli elementi di cui all'art. 10, par. 2, dir., e, in particolare, l'incidenza che quelli non indicati nel contratto hanno nei confronti del consumatore e della sua capacità di valutazione, è attribuito al giudice nazionale.

Ebbene, se, da una parte, è apprezzabile la volontà della Corte di imporre ai singoli Stati membri la previsione di un sistema normativo *nel suo complesso* idoneo a garantire un'effettiva tutela degli interessi dei consumatori, criticabile appare, dall'altra, il risultato conseguente all'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice nazionale, che è quello – anche in questo caso – di relegare il giudizio di proporzionalità della sanzione nazionale ad una valutazione in tal senso formulata dall'autorità giudiziaria. Quindi, una sanzione che non è *di per sé* proporzionata, ma che *lo potrebbe essere* a seguito di un accertamento fattuale compiuto *ex post*, con la conseguenza di vedere esercitato dall'organo giudicante un potere, a questo punto solo in teoria, spettante al legislatore («*Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili (...). Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive*»).

Dunque, alla luce delle considerazioni svolte nelle pronunce esaminate, appare evidente che nell'idea della Corte di giustizia la disciplina di cui alla dir. 2008/48 è in primo luogo diretta a proteggere i consumatori dai comportamenti scorretti assunti dai creditori, spesso causa di ingiusti e gravi pregiudizi; idea che, lungi dall'essere priva di risvolti pratici, assurgendo la giurisprudenza della Corte a fonte del diritto (complementare) dell'Unione, in ossequio al principio c.d. di supremazia sul diritto nazionale³³², vincola tutti gli Stati membri al suo rispetto.

³³² Principio affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 15 luglio 1964, Causa C-6/64 *Costa contra Enel*.

**LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO DEL CONSUMATORE NEL
MERCATO DEL CREDITO IPOTECARIO RESIDENZIALE. IL PROBLEMA
DELLA CONCESSIONE E ACCENSIONE IRRESPONSABILE DEI MUTUI
NELLA DIRETTIVA 2014/17/UE**

1. *Il mercato del credito ipotecario. Esigenza di una normativa settoriale europea.*

Costante è stata l'idea delle Istituzioni europee secondo cui al settore del credito ipotecario, attesa la sua natura "molto specifica", avrebbe dovuto essere riservata una disciplina *ad hoc*. Di qui l'opportunità di escludere dall'ambito di applicazione della dir. 2008/48/CE sul credito ai consumatori i contratti di credito finalizzati sia all'acquisto di un bene (qualsiasi) garantito da un immobile, sia all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su un immobile costruito o ancora da costruirsi³³³.

Già durante i lavori preparatori destinati a culminare nell'emanazione della dir. 2008/48, vennero assunte le prime iniziative volte a promuovere l'integrazione del mercato europeo del credito ipotecario, inteso quale risultato imprescindibile per il miglioramento del sistema economico e finanziario nel suo complesso.

La prima ad intervenire fu la Commissione con la raccomandazione del marzo 2001 "sull'informativa precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa d'abitazione"³³⁴. In detto provvedimento erano specificati gli elementi essenziali di un'informativa armonizzata in materia di mutui destinati all'acquisto, ovvero alla ristrutturazione di beni immobili residenziali; le singole informazioni, *generali e personalizzate*, indicate costituivano il risultato dei negoziati tra le associazioni e le federazioni rappresentative degli istituti di credito e dei consumatori, negoziati culminati con l'emanazione del codice volontario deontologico "per l'informativa precontrattuale relativa ai mutui per la casa di abitazione".

Lo scopo era quello di rendere più agevole per i consumatori il confronto tra i vari prodotti offerti dagli istituti creditizi, anche da quelli operanti in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, di modo da consentire loro di compiere una scelta

³³³ Cfr. 14° *considerando* dir. 2008/48/CE.

³³⁴ Raccomandazione della Commissione del 1 marzo 2001 (C(2001) 477), in *G.U.C.E.* L 69/25 del 10 marzo 2001.

consapevole. Invero, se, da un lato, l’offerta di mutui per la casa d’abitazione poteva – e tutt’ora può – trarre benefici dall’incremento degli scambi transfrontalieri, dall’altro lato, nell’ottica di assicurare un “elevato” livello di tutela a quei consumatori che si prestavano ad assumere «il più importante impegno finanziario [della loro vita]»³³⁵, non si poteva prescindere dalla predisposizione di adeguate misure di protezione, prima fra tutte l’informazione.

Successivamente, e nello specifico il 27 marzo 2003, più di 20 esperti indicati dai diversi settori coinvolti (tra cui consumatori, banche, assicurazioni e notai) e provenienti da ciascun Stato membro, si incontrarono per affrontare e cercare di trovare delle soluzioni ai problemi inerenti al processo di integrazione dei mercati interni del credito ipotecario. Nacque così lo *European Commission’s Forum Group on Mortgage Credit*, il cui lavoro culminò nel dicembre 2004 con l’emanazione di un *report* intitolato “*The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*”. Sulla base delle riflessioni ivi svolte, cinque erano i settori su cui appariva necessario intervenire per promuovere lo sviluppo del mercato in questione. Tra questi, particolare rilievo assunse quello inerente alla tutela dei consumatori, tutela precipuamente affidata all’elaborazione sia di un’informativa precontrattuale e contrattuale armonizzata, sia di criteri di valutazione dell’affidabilità creditizia del cliente-consumatore.

Tema, quest’ultimo, ripreso nel Libro Verde sul “credito ipotecario” emanato dalla Commissione nel luglio 2005³³⁶, ove, attesa l’importanza – soprattutto economica – assunta dai mercati del credito ipotecario³³⁷, si auspicava un intervento di regolamentazione da parte del legislatore comunitario. Un mercato armonizzato avrebbe, da una parte, migliorato l’efficienza e la competitività tra gli enti creditizi e, dall’altra, attraverso la predisposizione di standard equivalenti di tutela, contribuito al miglioramento del benessere dei cittadini. Invero, con riguardo a quest’ultimo aspetto, la Commissione evidenziava come nell’ambito del credito per l’acquisto della casa d’abitazione fosse in gioco anche la dimensione umana e sociale del finanziato, spesso seguita da implicazioni giuridiche, come nel caso emblematico dell’eccessivo indebitamento. Da qui l’esigenza di un intervento di politica legislativa che tenesse opportunamente conto (anche) di tali profili.

³³⁵ Così il 1° *considerando* della raccomandazione.

³³⁶ Bruxelles, 19 luglio 2005, COM(2005) 327 def.

³³⁷ Alla fine del 2004, erano ancora da rimborsare mutui ipotecari per la casa di abitazione per un valore complessivo pari a circa il 40% del PIL dell’Unione.

Per la maggioranza dei cittadini comperare la casa d'abitazione rappresenta «l'acquisto più importante di tutta la vita»³³⁸. Di norma per un simile acquisto si ricorre ad un finanziamento, che è a sua volta quasi sempre accompagnato da una garanzia ipotecaria. Il debito così contratto costituisce, quindi, «l'impegno di maggiore rilevanza finanziaria per quasi tutti i nuclei familiari dell'UE», con l'inevitabile conseguenza di incidere in modo significativo sul loro bilancio e livello di benessere. Allo stesso modo, l'entità del debito e le sue caratteristiche hanno un'incidenza diretta sull'andamento della politica monetaria e dell'attività economica nel suo complesso: si pensi, ad esempio, all'influenza che il valore dell'immobile garantito ha sull'importo concesso e sul tasso di interessi applicato, al caso di rimborso anticipato e alle penali eventualmente previste, ovvero all'ipotesi contraria di mancato rimborso e alla conseguente necessità (per il creditore) di recuperare in via coattiva la somma erogata, con il rischio – tutt'altro che infrequente – di vedersi restituito un importo inferiore rispetto a quello pattuito.

Dunque, profili sia privatistici, che pubblicistici.

Nonostante la rapida espansione registrata a partire dal XXI secolo nella maggior parte dei mercati ipotecari interni all'UE, numerose erano – e rimanevano – le differenze, sia quantitative (diverse le dimensioni, diversa la crescita), sia qualitative (ad esempio, con riguardo ai prodotti offerti e alle caratteristiche dei mutuant, ovvero alla durata dei contratti), tra gli stessi³³⁹.

Questo il contesto, il processo di integrazione auspicato dalla Commissione, oltre ad appianare le summenzionate divergenze, avrebbe anche – e soprattutto – comportato numerosi vantaggi nei confronti di tutti i soggetti coinvolti. In particolare, riprendendo quanto più analiticamente affermato nel *report* dello *European Commission's Forum Group*, i costi complessivi dei mutui sarebbero diminuiti, la disponibilità dei prodotti creditizi e di quelli a questi ausiliari (come le assicurazioni) sarebbe aumentata, l'accesso al credito ipotecario avrebbe potuto essere esteso anche a quei soggetti cui di norma veniva negato in quanto economicamente poco affidabili (c.d. mutuatari *sub prime*).

Ciò premesso, in merito al sentito tema della protezione dei consumatori, la Commissione rivolse il proprio interesse al profilo dell'informazione. Invero, le

³³⁸ Così, testualmente la Commissione al par. I (“Esame dell'opportunità di un'azione della Commissione”), punto 8.

³³⁹ Queste differenze riflettevano l'atteggiamento degli Stati membri in materia di intervento governativo sui mercati immobiliari (ad esempio, mediante la previsione di incentivi fiscali per l'acquisto della casa d'abitazione); di normativa prudenziale con riguardo all'importo massimo concesso (di solito corrispondente al valore dell'immobile finanziato); di concorrenza sui mercati ipotecari; di rischio di credito.

operazioni ipotecarie si presentavano particolarmente complesse (specie agli occhi di un non esperto, qual era – ed è – il consumatore), connotate da costi elevati e tempistiche medio-lunghe. Evidente era, dunque, «l'importanza capitale» assunta dall'informazione e la conseguente necessità di porre il mutuatario nelle condizioni di prendere una decisione, oltre che informata, anche consapevole. Per tale motivo le informazioni dovevano essere *adeguate*, nonché fornite dal creditore nei modi e nei tempi ritenuti più efficaci. Relativamente allo strumento da utilizzare per uniformare l'informativa precontrattuale a livello dell'Unione, la Commissione si interrogò sull'opportunità di sostituire il Codice di condotta volontario (di cui alla sua precedente raccomandazione) con una normativa vincolante, chiedendosi altresì se soggetti ai doveri informativi dovessero essere soltanto i creditori o anche altri soggetti, come, ad esempio, i mediatori creditizi³⁴⁰. Imprescindibile era, poi, fornire l'informativa in un momento che permettesse al consumatore di conoscere e confrontare le diverse offerte presenti sul mercato e questo nell'ottica sia di una maggiore competitività tra le imprese creditizie, sia di un innalzamento del livello qualitativo dei prodotti proposti cui sarebbe corrisposta una riduzione dei relativi costi a favore del consumatore.

La volontà di accordare un'effettiva tutela agli interessi dei consumatori emerse in modo significativo dalle considerazioni espresse in merito all'opportunità di prevedere un servizio di consulenza da rendere nella fase antecedente l'eventuale stipulazione del contratto³⁴¹. Nonostante i dubbi manifestati in ordine alle ripercussioni – negative – che un simile servizio, se reso obbligatorio *ex lege*, avrebbe potuto avere sui prezzi dei prodotti e sulla potenziale esposizione dei creditori a rischi di natura giuridica (si pensi, ad esempio, alle conseguenze in caso di mancato o non corretto adempimento), ad avviso della Commissione un'adeguata consulenza avrebbe potuto innalzare il livello di fiducia dei consumatori nei confronti del mercato ipotecario, con ciò aumentando la quantità e qualità delle richieste di credito, oltre a rappresentare un potenziale strumento

³⁴⁰ In proposito, il Consiglio Nazionale del Notariato (CNN), nelle osservazioni presentate al Libro verde della Commissione, osservò come l'asimmetria informativa tra il mutuatario e il mutuante, reputata dalla stessa Commissione “fisiologica” ed “inevitabile”, avrebbe invece dovuto essere rimossa attraverso un'adeguata esposizione al mutuatario non solo dei meri dati informativi, ma anche del loro funzionamento. Il consumatore doveva avere ben chiara la portata dell'assumendo impegno finanziario e dei rischi ad esso connessi. In ogni caso, il CNN ritenne preferibile il Codice di condotta, per la sua maggiore flessibilità e, quindi, più facile possibilità di aggiornamento. Quest'ultimo avrebbe tuttavia dovuto presentarsi come giuridicamente vincolante ed essere esteso anche a soggetti diversi dai finanziatori, come, ad esempio, i mediatori, non solo creditizi.

³⁴¹ Ad avviso del CCN con il termine “consulenza” significava «dare al cliente una prestazione attivamente rivolta alla comprensione e valutazione della reale consapevolezza degli effetti delle informazioni ricevute, per una sintesi equilibrata delle reciproche consapevoli soddisfazioni (*gate-keeping*)». Inoltre, una consulenza “disinteressata”, vale a dire fornita nell'esclusivo interesse del consumatore, avrebbe potuto essere prestata solo da un soggetto terzo e specialista della materia, in grado di «calarsi nella condizione economica ed esistenziale del mutuatario».

di prevenzione, o per lo meno di controllo, di fenomeni pregiudizievoli sia dal punto di vista sociale, che giuridico, quali l'eccessivo indebitamento.

Nelle operazioni di credito ipotecario fondamentale era valutare il grado di affidabilità economica del richiedente, *rectius* il suo merito creditizio. La questione venne esaminata dalla Commissione con specifico riguardo al tema dello scambio e della protezione dei dati dei mutuatari. In proposito si rilevò come gli Stati membri seguissero procedure diverse per raccogliere e condividere dette dati; la natura stessa delle centrali in cui venivano raccolti era differente: vi erano centrali pubbliche o private, positive o negative (a seconda del tipo di informazioni immesse), accentrate o decentrate. Sennonché, nelle ipotesi di crediti transfrontalieri, da queste divergenze avrebbe potuto conseguire un accesso a condizioni discriminatorie rispetto a quelle riconosciute ai creditori dello Stato di appartenenza; risultato, quest'ultimo, da evitare attesa l'importanza assunta da tali informazioni e dal loro scambio nel processo di valutazione della solvibilità del mutuatario, a sua volta strumentale ad una corretta e responsabile concessione del credito. I presupposti per l'accesso alle banche dati nazionali dovevano quindi essere gli stessi per tutti i creditori, a nulla rilevando il Paese di provenienza.

Al Libro verde seguirono le reazioni dei rappresentanti dei diversi portatori di interessi coinvolti (tra i quali banche, consumatori, notai e assicurazioni)³⁴², le cui osservazioni, previamente esaminate dalla Commissione, confluirono nel successivo Libro bianco, pubblicato nel dicembre 2007 (v. *infra*).

In data 19 ottobre 2006 il Parlamento europeo presentò la propria Relazione finale sul credito ipotecario³⁴³, il cui contenuto rispecchiava quello di cui al precedente Progetto di parere sul Libro verde della Commissione e destinato a quest'ultima per l'analisi dei problemi economici e monetari³⁴⁴.

Nei primi *considerando* della Relazione venne ribadita l'importanza assunta dal credito ipotecario nella struttura socioeconomica dell'Unione, anche alla luce della crescita esponenziale dei mercati immobiliari registrata a partire dagli anni '00 in quasi tutte le economie nazionali³⁴⁵.

³⁴² Tali contributi dovevano pervenire alla Commissione entro il 30 novembre 2006.

³⁴³ Relazione finale sul credito ipotecario nell'Unione europea A6-0370/2006, a sua volta contenente una Proposta di risoluzione (2006/2102(INI)) (p. 3).

³⁴⁴ 2006/2102, 25 luglio 2007.

³⁴⁵ Cfr. *considerando* A e B.

Premessa tale importanza e preso atto delle notevoli differenze sussistenti tra i diversi Stati membri nella regolamentazione della materia³⁴⁶, il Parlamento, d'accordo con la Commissione, ne reputava necessaria un'integrazione. E questo al fine sia di rendere più efficace e competitivo il mercato ipotecario europeo, sia di garantire un'effettiva tutela ai consumatori in un settore estremamente complesso come quello in oggetto. Finalità, quest'ultima, cui, nella visione del Parlamento, doveva peraltro essere attribuito rilievo preminente. Invero, avuto riguardo all'impegno finanziario sotteso all'accensione di un mutuo ipotecario e agli effetti ad esso conseguenti, la protezione dei consumatori europei avrebbe dovuto costituire «l'*elemento fondamentale* di qualsiasi azione legislativa in materia», azione *innanzitutto* volta ad «arrecare vantaggi direttamente ai cittadini in quanto mutuatari ipotecari»³⁴⁷. A tal proposito, necessaria era l'individuazione di misure che contribuissero a rendere più trasparenti gli aspetti fondamentali dei prodotti ipotecari di modo da migliorare l'efficienza del mercato ed aumentare altresì la fiducia dei mutuatari.

Ad avviso del Parlamento il consumatore avrebbe dovuto essere posto nelle condizioni di prendere una decisione informata, peraltro compiuta all'esito di un confronto tra le molteplici offerte allo stesso presentate dagli enti creditizi operanti su *tutto* il territorio UE³⁴⁸. Per tale ragione l'informativa precontrattuale doveva essere la medesima per tutti gli Stati membri. Al riguardo, il Codice deontologico e il Prospetto informativo standardizzato (ESIS) di cui alla prima raccomandazione della Commissione, sebbene contenessero informazioni trasparenti e comparabili in merito ai mutui edilizi e, quindi, rappresentassero strumenti importanti per i consumatori, non erano *di per sé* sufficienti a tutelarne in maniera adeguata gli interessi economici (basti osservare che il Codice di condotta operava su base volontaria³⁴⁹).

Ebbene, tra i vari suggerimenti rivolti alla Commissione, il Parlamento segnalò come necessaria la previsione di un'informativa precontrattuale armonizzata³⁵⁰, insistendo circa la sua accuratezza e comprensibilità, caratteristiche indispensabili per rendere chiari gli effetti connessi alla stipulazione di un contratto di credito ipotecario.

³⁴⁶ Differenze che, peraltro, ostacolavano lo sviluppo del credito transfrontaliero.

³⁴⁷ Così, rispettivamente, *considerando* D e punto n. 2 dell'Introduzione.

³⁴⁸ Lo scopo era altresì quello di incentivare lo sviluppo del credito transfrontaliero.

³⁴⁹ Il Parlamento, considerati i diversi livelli di successo raggiunti nei singoli Stati membri, sebbene non fosse da solo idoneo a risolvere il problema della mancanza di un quadro giuridico comune, esortava la Commissione a renderlo perlomeno obbligatorio.

³⁵⁰ Norme armonizzate venivano richieste anche con riguardo alle modalità di calcolo del tasso annuo (APRC), in quanto elemento fondamentale per la valutazione del TAEG (cfr. punto n. 9 dell'Introduzione), nonché alle informazioni da fornire in merito alla questione del rimborso anticipato e alle eventuali penali ad esso connesse (cfr. punto 12).

I consumatori avrebbero dovuto godere di un'adeguata protezione anche in materia di scambio dei dati inerenti al loro grado di affidabilità economica, strumentale, come visto, alla valutazione del loro merito creditizio nelle ipotesi di credito transfrontaliero.

Dunque, premessa l'opportunità di un intervento comunitario volto ad una maggiore integrazione del mercato ipotecario europeo, anche il Parlamento, d'accordo con le considerazioni formulate dalla Commissione nel proprio Libro bianco, ritenne opportuno affidare la – preminente – tutela dei consumatori allo strumento dell'informazione standardizzata.

Nell'aprile 2006 la Commissione istituì il *Mortgage Funding Expert Group* (MFEG) e il *Mortgage Industry and Consumer Expert Group* (MICEG). Il primo, composto dai rappresentanti delle diverse categorie coinvolte, sulla scia dello studio effettuato dallo *European Commission's Forum Group*, si propose di individuare gli ostacoli all'auspicata integrazione e le possibili soluzioni. Il lavoro culminò con l'emanazione del "*Report of the Mortgage Funding Expert Group*" (22 dicembre 2006), nel quale si evidenziava che, nonostante i mercati nazionali ipotecari fossero già abbastanza competitivi ed efficienti, un intervento a livello comunitario ne avrebbe in ogni caso migliorato l'operatività.

Al secondo, all'opposto, venne affidato il compito di compiere uno studio sui quattro aspetti fondamentali della tutela dei consumatori: (i) l'informazione, (ii) la pubblicità, (iii) il rimborso anticipato, (iv) il tasso percentuale annuo. Il rapporto finale fu presentato nel gennaio 2007.

Le reazioni sollecitate da entrambi i lavori confluirono nel documento intitolato "*Feedback on Comments Received on Reports of Mortgage Funding Expert Group and Mortgage Industry and Consumer Expert Group*"³⁵¹.

I risultati cui pervennero i summenzionati lavori affluirono nel Libro bianco "sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario" emanato dalla Commissione nel dicembre 2007³⁵². In tale documento, ribadita l'importanza cruciale che detti mercati rivestivano nel contesto economico europeo e la conseguente necessità di provvedere ad una loro integrazione, vennero individuate una serie di misure volte a migliorarne l'efficienza e la competitività, a beneficio di tutti i soggetti coinvolti.

³⁵¹ Del 26 novembre 2007, MARKT/H3/JR D(2007).

³⁵² COM(2007) 807 def., 18 dicembre 2007. Il Libro bianco si inserì nel contesto della comunicazione della Commissione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo" (COM(2007) 724 def., 20 novembre 2007), la quale evidenziò i vantaggi che avrebbero potuto derivare all'economia europea da una maggiore integrazione dei mercati dei servizi finanziari al dettaglio.

Invero, le divergenze tra gli ordinamenti giuridici in materia, che peraltro si riflettevano sul diverso grado di tutela riconosciuto ai consumatori, creavano ostacoli giuridici ed economici che limitavano lo sviluppo dell'attività creditizia transfrontaliera sia sul lato dell'offerta, che su quello della domanda, riducendo così la concorrenza e la possibilità di scelta a danno dei mutuatari. Sotto questo profilo la Commissione evidenziò, infatti, come una maggiore diversificazione dei prodotti disponibili sul mercato, oltre a determinarne un miglioramento qualitativo³⁵³, avrebbe altresì consentito l'accesso al credito ipotecario a quei soggetti altrimenti dallo stesso esclusi poiché considerati economicamente poco affidabili.

Quattro erano le questioni fondamentali di cui il legislatore sovranazionale doveva occuparsi. E segnatamente: l'informazione precontrattuale, *la concessione responsabile dei mutui*, il tasso percentuale annuo (APCR) e il rimborso anticipato.

L'accensione di un credito ipotecario «è una decisione importante per qualsiasi consumatore», di talché «non vi può essere alcun mercato efficiente senza consumatori fiduciosi e informati (...)»³⁵⁴. Alla luce di ciò, nell'iniziativa delle Istituzioni comunitarie la tutela dei loro interessi non poteva non assumere carattere preminente. L'attenzione si spostava, dunque, sugli strumenti in concreto idonei a perseguire, peraltro in modo efficiente ed efficace, detta finalità.

Questo l'intento, si doveva innanzitutto assicurare al consumatore la scelta di un prodotto che fosse adeguato alle sue esigenze sia personali che finanziarie. A tal fine, le informazioni date dovevano essere chiare, corrette e complete, nonché tali da permettere il confronto tra le diverse offerte presenti sul mercato, rendendone evidenti le caratteristiche e i relativi costi. Per tale ragione, indispensabile era fornire l'informativa precontrattuale con un certo anticipo rispetto all'eventuale stipulazione del contratto.

Al riguardo, la Commissione notava come, nonostante l'importante ruolo svolto dal Codice deontologico, l'entità e la qualità delle informazioni continuavano ad essere differenti da Paese a Paese, e questo perché l'adesione allo stesso avveniva su base volontaria; inoltre non era stato istituito alcun organismo che ne monitorasse l'effettivo rispetto da parte dei finanziatori aderenti. Evidente era, dunque, la necessità di sostituire tale strumento con regole giuridicamente vincolanti: solo in tal modo le informazioni sarebbero risultate le stesse in tutti gli Stati membri, così come eguale sarebbe stato il livello di tutela riconosciuto ai consumatori.

³⁵³ In un regime concorrenziale, gli enti creditizi, al fine di persuadere i mutuatari a preferire i loro prodotti rispetto a quelli proposti da altri, sono incentivati a migliorarne la qualità e a ridurre altresì i costi.

³⁵⁴ Così, testualmente, la Commissione, a p. 5 del Libro bianco.

Un approccio, quello adottato dalla Commissione, ad una prima impressione *responsible borrowing*: per quanto le informazioni dovessero essere chiare e complete, la decisione finale era e rimaneva del consumatore, con la conseguenza di essere l'unico responsabile per l'ipotesi di inadeguatezza del prodotto scelto.

Sennonché, accanto all'informazione, erano altresì previste misure finalizzate a promuovere pratiche di *concessione responsabile* dei mutui. A tal fine, e a beneficio di tutte le parti coinvolte nell'operazione, ai creditori e agli intermediari avrebbe dovuto essere imposto il dovere di valutare «adeguatamente e con tutti i mezzi appropriati il merito creditizio dei mutuatari» prima della concessione del finanziamento. Veniva quindi qui ribadita l'idea – che si è visto caratterizzare la prima proposta di direttiva sul credito ai consumatori – secondo cui la verifica in oggetto è un aspetto connotante il più generale principio del prestito responsabile. Invero, come dimostrato dalla recente crisi finanziaria americana c.d. dei prestiti *sub-prime*, dei cui effetti hanno peraltro risentito i Paesi europei, dalla concessione irresponsabile dei mutui ipotecari, *id est* non preceduta da un'attenta analisi della potenziale solvibilità del debitore, conseguono effetti negativi per l'intero sistema economico.

Ciò premesso, ad avviso della Commissione, nel contesto dell'operazione creditizia, la valutazione della capacità del consumatore di rimborsare il prestito nel rispetto dei termini e dei modi convenuti doveva porsi quale attività “essenziale” da cui l'intermediario non poteva – e non doveva – esimersi³⁵⁵.

Un'altra misura che sembrava mitigare l'approccio *responsible borrowing* era costituita dalla consulenza che avrebbe dovuto essere prestata dal professionista al consumatore. Lo scopo era quello di aumentarne la fiducia e consentire la scelta del prodotto per lui più adeguato. Tale servizio, lungi dall'identificarsi nella mera descrizione dei prodotti offerti, ne presupponeva, al contrario, la *spiegazione* delle caratteristiche e degli effetti avuto riguardo alla condizione personale e finanziaria del mutuatario.

Nonostante la Commissione fosse consapevole dell'importanza assunta dalla consulenza nell'ambito dell'iniziativa contrattuale, riteneva inopportuno prevederla

³⁵⁵ Atteso che la valutazione della solvibilità del mutuatario avrebbe dovuto tenere adeguatamente conto del suo passato creditizio, la Commissione ritenne opportuno costituire un gruppo di esperti sulle informazioni storiche sui crediti (c.d. *Expert Group on Credit Histories*) avente lo scopo di assisterla nella predisposizione di misure in grado di migliorare l'accessibilità, la comparabilità e la completezza dei dati sui crediti di modo da renderne più agevole lo scambio tra i diversi Stati membri e promuovere così l'attività creditizia transfrontaliera. I risultati cui tale gruppo di lavoro è pervenuto sono raccolti nel “*Report of the Expert Group on Credit Histories*” del maggio 2009, cui sono poi seguite le osservazioni dei rappresentanti delle categorie coinvolte, che si trovano sintetizzate nel “*Summary of Responses to the Public Consultation on the Report of the Expert Group on Credit Histories*”, pubblicato il 30 novembre 2009.

quale attività obbligatoria *ex lege*. In effetti, imporre ai professionisti un simile dovere avrebbe, da un lato, impattato negativamente sui prezzi delle ipoteche, aumentandoli e, dall'altro lato, limitato la scelta dei consumatori a causa del (prevedibile) rifiuto del creditore o dell'intermediario di fornire consulenza in merito a prodotti che non fossero i propri. Di qui la convenienza di affidare il servizio in questione a soggetti indipendenti, ovvero anche allo stesso creditore ma solo previa richiesta in tal senso formulata dal consumatore. In ogni caso la consulenza, che doveva essere obiettiva, non poteva prescindere né dal profilo individuale del consumatore, né dalla complessità dei prodotti in concreto proposti e dai rischi a questi connessi.

Ebbene, alla luce delle summenzionate riflessioni, sembrava emergere la consapevolezza delle Istituzioni comunitarie circa l'esigenza di predisporre strumenti che, oltre a promuovere lo sviluppo delle attività di credito transfrontaliere e, quindi, della concorrenza, fossero altresì in grado di proteggere *realmente* i consumatori dai comportamenti irrazionali dei finanziatori, troppo spesso animati da intenti speculativi e poco attenti ad una proficua allocazione delle risorse economiche, a sua volta strumentale al corretto funzionamento del sistema finanziario nel suo complesso considerato.

Invero, in un efficiente mercato ipotecario non solo i mutuatari, ma anche – e soprattutto – i mutuanti dovevano (e devono) essere affidabili.

2. La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali. L'importanza della decisione finanziaria assunta dal consumatore.

Il 31 marzo 2011 la Commissione emanò la proposta di direttiva “in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ad immobili residenziali”³⁵⁶. Duplice era l'obiettivo: da un lato, si proponeva di creare un mercato unico, efficiente e competitivo nel quale tutte le parti coinvolte godessero di un elevato livello di tutela; dall'altro lato, intendeva promuovere la stabilità finanziaria, assicurando che i mercati del credito ipotecario operassero in modo responsabile.

Quest'ultima finalità trovava la propria giustificazione nel contesto della crisi finanziaria che, benché originatasi in America agli inizi del 2006, ebbe un forte impatto anche sui cittadini dell'UE. A condurre al collasso dell'intero sistema furono, tra le altre

³⁵⁶ COM(2011) 142 def.

cause, le pratiche di concessione irresponsabile dei mutui ipotecari adottate dalle banche³⁵⁷, spesso non interessate a valutare il profilo creditizio del richiedente a causa del sempre più crescente ricorso al processo c.d. di cartolarizzazione che permetteva loro di trasferire il rischio di credito (*id est* di inadempimento del debitore) agli investitori del mercato. Senonché a subire in prima persona gli effetti di detti comportamenti e, quindi, della crisi a questi conseguente, furono gli stessi mutuatari che, incapaci di far fronte agli impegni restitutori perché esorbitanti le loro effettive risorse economiche, si ritrovarono sovraindebitati e con la casa d'abitazione pignorata.

Inevitabile fu la perdita della loro fiducia nei confronti del settore finanziario.

Per tale ragione, nell'ambito degli sforzi comunitari intesi a creare un mercato interno del credito ipotecario, appariva fondamentale «affrontare il problema della concessione e accensione irresponsabile dei mutui»³⁵⁸, e questo al fine di evitare, in futuro, il ripetersi di una situazione analoga a quella sopra descritta.

I lavori che precedettero l'emanazione della proposta in oggetto suscitarono le reazioni delle categorie coinvolte. Se, da una parte, il settore bancario sosteneva che la crisi finanziaria, benché avesse colpito anche i Paesi dell'Unione, non lo aveva fatto con la medesima intensità degli Stati Uniti, e, quindi, l'intervento normativo del legislatore europeo avrebbe dovuto essere minimo, dall'altra parte, i rappresentanti dei consumatori rivendicavano l'esigenza di misure che garantissero loro un "elevato" livello di protezione e ne evitassero, o per lo meno ne contenessero, l'eccessivo indebitamento³⁵⁹.

Al riguardo, sull'esempio delle considerazioni svolte nel Libro bianco, particolare rilievo venne attribuito ai doveri di condotta imposti agli intermediari, e nello specifico alle informazioni precontrattuali, alla consulenza e alla valutazione del merito creditizio del consumatore. Invero, come confermato dalla valutazione d'impatto effettuata dalla Commissione (v. *infra*, par. 3), i problemi riguardanti i mercati nazionali ipotecari originavano dalle condotte irresponsabili adottate dagli intermediari proprio nella fase prodromica alla concessione del mutuo³⁶⁰, condotte a loro volta agevolate, oltre che dalla scarsa cultura finanziaria dei clienti, anche dalla carente regolamentazione: il materiale pubblicitario risultava incompleto, poco chiaro e, quindi, ostacolava il confronto tra le diverse offerte; le informazioni precontrattuali, atteso il tecnicismo insito nei termini utilizzati, spesso non venivano comprese dai mutuatari; volutamente i

³⁵⁷ Cfr. p. 3 della relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva, nonché 3° *considerando*.

³⁵⁸ Così la relazione alla proposta di direttiva, p. 2.

³⁵⁹ Si auspicava un indebitamento "sostenibile" delle famiglie e, quindi, un'effettiva capacità delle stesse di adempiere gli obblighi restitutori derivanti dal contratto di mutuo stipulato.

³⁶⁰ Cfr. 4° *considerando*.

finanziatori non valutavano, o valutavano in modo scorretto il merito creditizio della propria controparte; mancavano regimi di registrazione, autorizzazione e vigilanza degli enti (anche non creditizi) legittimati ad erogare mutui ipotecari.

Questo il contesto, ad avviso della Commissione lo strumento maggiormente idoneo ad affrontare i predetti problemi era rappresentato da una direttiva³⁶¹.

Nell'ottica di creare mercati "responsabili" e "affidabili", le misure proposte avrebbero dovuto portare ad «un sostanziale miglioramento in termini di riduzione del danno per i consumatori», assicurando l'acquisto di un prodotto effettivamente rispondente, oltre che alle loro esigenze, anche (e soprattutto) alle loro capacità economiche. In tal modo, da un lato, si sarebbero di molto diminuite le probabilità di inadempimento e, quindi, di eccessivo indebitamento e, dall'altro lato, l'auspicato effetto positivo sulla fiducia dei consumatori avrebbe potuto – e dovuto – incentivare il ricorso al credito ipotecario, specialmente transfrontaliero.

Senonché poco coerente con le intenzioni prospettate dalla Commissione apparì la scelta di individuare nell'art. 114 TFUE la base giuridica della proposta, giacché avente quale finalità il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di mercato interno³⁶². Dell'art. 169, attinente alla protezione degli interessi dei consumatori³⁶³, non si fece nemmeno cenno.

La Commissione giustificò detta scelta evidenziando che *solo* in un mercato unico, competitivo ed efficiente, i consumatori avrebbero potuto godere di un elevato ed equivalente livello di tutela³⁶⁴, con la conseguenza di avere la possibilità di cercare il prodotto più confacente alle loro esigenze (sia personali che economiche) tanto nel proprio Paese, quanto in un altro Stato membro. Dunque, la creazione di un mercato comune del credito ipotecario, e con esso lo sviluppo dell'attività transfrontaliera, si poneva quale "passaggio obbligato" per tutelare in modo efficiente ed effettivo i consumatori dell'Unione.

³⁶¹ Altri strumenti non sarebbero stati adeguati. Invero, le caratteristiche dei mercati ipotecari e di quelli immobiliari differivano sensibilmente da Paese a Paese sicché era necessario individuare uno strumento che, nonostante l'armonizzazione, fosse al contempo in grado di tenere adeguatamente conto di detta eterogeneità. La direttiva, in quanto connotata da un buon grado di flessibilità, sembrava essere la soluzione migliore.

³⁶² «(...) Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

³⁶³ «Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».

³⁶⁴ Invero, dalle eventuali iniziative intraprese dai singoli Stati membri sarebbero conseguite regolamentazioni diverse, le quali avrebbero inevitabilmente ostacolato il corretto funzionamento del mercato interno, nonché determinato livelli diversi di tutela dei consumatori (cfr. relazione di accompagnamento alla proposta, p. 8).

La direttiva avrebbe dovuto presentarsi come settoriale, *id est* disciplinante solo “alcuni” aspetti delle disposizioni nazionali inerenti ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali e ai requisiti prudenziali e di vigilanza previsti per i creditori e gli intermediari del credito. La regolamentazione dei profili non considerati dal provvedimento era lasciata alla discrezionalità degli Stati membri (cfr. 7° *considerando*).

Premessa la delimitazione soggettiva ai rapporti c.d. *B2C*³⁶⁵, dal punto di vista oggettivo la normativa doveva applicarsi ai contratti di credito³⁶⁶: a) garantiti da un’ipoteca o da un’altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali, ovvero da un altro diritto a questi correlato; b) finalizzati all’acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile residenziale costruito o progettato; c) diretti alla ristrutturazione dell’immobile residenziale che il consumatore possedeva o intendeva acquistare e che non rientravano nell’ambito applicativo della dir. 2008/48/CE (art. 1). Le tipologie di contratti esclusi erano soltanto due: quelli che venivano rimborsati con il prezzo ricavato dalla vendita di un immobile³⁶⁷, e quelli utilizzati dal datore di lavoro, fuori dall’esercizio della sua attività principale, per concedere crediti ai propri dipendenti senza l’applicazione di interessi, ovvero applicando TAEG inferiori rispetto a quelli prevalenti sul mercato.

Uno degli obiettivi perseguiti dalla direttiva era quello di assicurare un “elevato” livello di protezione ai consumatori dell’Unione, di modo da far (ri)acquistare loro la fiducia (persa) nel settore creditizio. Per tale ragione sia ai i creditori che agli intermediari, nel momento della stipulazione del contratto, ovvero dell’adempimento dei servizi di intermediazione o di consulenza, o delle prestazioni a questi connesse, era richiesto di agire «in maniera onesta, equa e professionale, nel migliore interesse dei consumatori»³⁶⁸. Evidente era l’influenza esercitata dalla disciplina inerente ai doveri di condotta imposti alle imprese di investimento dalla dir. 2004/39/CE, relativa ai

³⁶⁵ Al riguardo preme tuttavia evidenziare come la proposta di direttiva, e nello specifico all’8° *considerando*, attribuiva la possibilità agli Stati membri, qualora lo avessero ritenuto opportuno, di estendere l’ambito di applicazione (soggettivo) della direttiva anche alle persone fisiche o giuridiche diverse dai consumatori, e segnatamente alle microimprese, come definite nella racc. della Commissione n. 361/2003/CE del 6 maggio 2003, “relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese” (in *G.U.C.E.L.* 124 del 20 maggio 2003, spec. p. 36).

³⁶⁶ Le definizioni di “consumatore”, “creditore”, “intermediario del credito”, nonché di “contratto di credito” riflettevano quelle previste dalla dir. 2008/48/CE, seppur con gli adeguamenti richiesti dall’oggetto dell’accordo. Lo scopo era quello di creare una terminologia comune alle operazioni creditizie poste in essere tra un creditore e un consumatore, così da garantire «coerenza di applicazione e di interpretazione» (cfr. 11° *considerando*).

³⁶⁷ Tale esclusione trovava la propria giustificazione nell’obiettivo a questi sotteso, che era quello di facilitare il consumo. Ad esempio, i prodotti c.d. di *equity release* (come il prestito vitalizio ipotecario), in cui era il creditore ad effettuare i pagamenti nei confronti del mutuatario, mal si conciliavano con le prescrizioni della direttiva inerenti alla valutazione del merito creditizio, ovvero all’informativa precontrattuale (cfr. 10° *considerando*).

³⁶⁸ Così l’art. 5 della proposta.

mercati degli strumenti finanziari (c.d. MiFID I, abrogata e sostituita dalla dir. 2014/65/UE), e nello specifico dall'art. 19 (ora art. 24). Persino le modalità di retribuzione dei soggetti coinvolti nell'operazione economica sarebbero dovute avvenire in modo tale da non pregiudicare l'adempimento dell'obbligo in questione.

L'erogazione di crediti ipotecari, ovvero lo svolgimento dell'attività di intermediazione presupponevano professionisti in possesso di un "adeguato" livello di competenza e conoscenza in materia; l'individuazione dei criteri attraverso cui accertare le richieste competenze e conoscenze era lasciato alla discrezionalità dei singoli Stati membri.

Dunque, il quadro giuridico applicabile avrebbe dovuto assicurare i consumatori in merito al fatto che tanto i creditori, quanto gli intermediari, oltre ad essere competenti, nell'adempire i rispettivi compiti si sarebbero altresì attenuti ai principi dell'agire responsabile.

Come detto, la fase in cui i professionisti solitamente adottavano comportamenti che mal si conciliavano con l'esigenza sia di tutelare gli interessi dei consumatori, sia di garantire la corretta gestione e allocazione delle risorse creditizie, era quella prodromica all'eventuale stipulazione del contratto. Sennonché era proprio questo il momento preposto alla formazione della volontà contrattuale delle parti, ovverosia il momento in cui tanto il creditore, quanto il mutuatario, sulla base delle informazioni acquisite, decidevano se concedere, ovvero accendere il mutuo ipotecario. Una fase, dunque, cruciale nel contesto dell'operazione creditizia – specie per il consumatore –, e che, in quanto tale, non poteva prescindere da standard di condotta che tutti i professionisti avrebbero dovuto rispettare. Per tale ragione, la Commissione ritenne opportuno intervenire su taluni settori che, sulla scorta dei risultati cui pervennero i lavori preparatori, più di altri, per il modo in cui venivano regolati dalle normative nazionali, incidevano negativamente sulle scelte dei contraenti. Tra questi figuravano: (i) gli annunci pubblicitari; (ii) l'informativa precontrattuale; (iii) la prestazione di assistenza; (iv) la valutazione del merito creditizio del consumatore.

Benché la disciplina di tali aspetti avrebbe dovuto ispirarsi a quella prevista dalla dir. 2008/48/CE³⁶⁹, non si potevano tuttavia ignorare la natura dei contratti in questione, nonché gli effetti – particolarmente gravosi sotto il profilo economico – derivanti ai consumatori dalla loro stipulazione. Ne conseguiva la necessità di un approccio differenziato, più rigido rispetto a quello connotante l'acquisto di un (qualsiasi) bene di

³⁶⁹ Cfr. 14° *considerando*.

consumo, anche – e soprattutto – avuto riguardo «all’opportunità degli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria» e all’esigenza «di garantire che il prestito avven[isse] in maniera sana»³⁷⁰.

3. *Segue: le misure finalizzate a garantire la concessione e l’accensione responsabile dei mutui ipotecari. La valutazione d’impatto effettuata dalla Commissione.*

Il concetto di “concessione responsabile dei mutui” esprime l’attenzione prestata dai creditori e dagli intermediari nell’accordare ai consumatori prestiti realmente confacenti alle loro esigenze personali ed economiche e, quindi, sostenibili. Specularmente, “l’accensione responsabile dei mutui” rivela l’esigenza di consumatori che forniscano informazioni complete, accurate e veritiere in merito alla loro situazione finanziaria, di modo da porre i professionisti nelle condizioni di offrire il prodotto per loro più adeguato. Dunque, un rapporto di reciproca dipendenza quello tra mutuante e mutuuario.

Senonché, la recente crisi finanziaria e l’aumento del livello di indebitamento delle famiglie dell’UE causalmente riconducibile alle sempre maggiori difficoltà dalle stesse incontrate nel far fronte ai loro debiti hanno dimostrato come non sempre i contraenti conformino le proprie condotte ai principi dell’agire responsabile.

Per quanto la decisione di stipulare un contratto di credito ipotecario e la capacità del mutuuario di assolverne gli impegni restitutori potessero essere influenzate da diversi fattori, tra cui la condizione economica di quest’ultimo, che ben poteva subire variazioni – negative – non prevedibili al momento della conclusione dell’accordo, l’asimmetria informativa tra le parti, le lacune e le incoerenze normative, nonché la natura stessa del finanziamento, indubbio rimaneva il fatto che il comportamento irresponsabile di alcuni operatori di mercato contribuì in modo sostanziale alle turbolenze finanziarie occorse.

Alla luce di ciò, la valutazione d’impatto effettuata dalla Commissione, di accompagnamento alla proposta di direttiva, si propose di indagare i problemi legati alle pratiche di concessione irresponsabile dei mutui che, come visto, affioravano nella fase precontrattuale dell’operazione creditizia; problemi che danneggiavano i consumatori e, determinando condizioni diseguali per gli operatori del mercato, ostacolavano lo sviluppo dell’attività transfrontaliera.

³⁷⁰ *Ibidem.*

Segnatamente, con riguardo al primo profilo, la diffusa concessione di crediti non sostenibili, *id est* esorbitanti le capacità finanziarie dei consumatori, determinava situazioni di indebitamento cui gli stessi non riuscivano a far fronte; inoltre, dal mancato rimborso di un numero elevato di prestiti conseguiva una diminuzione della liquidità degli istituti di credito e, quindi, degli acquisti ipotecari.

Relativamente al secondo aspetto, sebbene tutti gli operatori economici dell'Unione svolgessero le stesse attività e sopportassero i medesimi rischi, elementi di diversità si riscontravano nelle regole – nazionali – cui questi erano soggetti. Difficilmente un finanziatore era incentivato a proporre i propri prodotti all'interno di un Paese che non fosse quello di origine e questo perché, da un lato, era necessario fosse lo stesso finanziatore ad informarsi circa le condizioni alle quali il credito poteva essere concesso, condizioni che, dall'altro lato, avrebbero potuto essere più gravose rispetto a quelle previste dalla normativa nazionale, con l'ulteriore aggravio di dover sopportare i costi per accedere alle infrastrutture del diverso Paese e quelli legati all'esigenza di adattare il materiale pubblicitario alla disciplina prevista, nonché di provvedere alla diffusione dei prodotti proposti e delle informazioni a questi relative. Inevitabilmente tali ostacoli economici, rendendo più costoso operare in un altro Stato membro, limitavano l'attività transfrontaliera e, quindi, la concorrenza.

Sulla base dei dati emersi e delle considerazioni svolte nella valutazione di impatto, la Commissione decise di regolamentare in modo piuttosto rigoroso la fase precontrattuale.

Anzitutto, considerate la complessità e l'incompletezza del materiale pubblicitario consegnato ai potenziali clienti, che pertanto impediva loro di confrontare le diverse offerte presenti sul mercato - funzione, questa, tipica della pubblicità³⁷¹ -, l'art. 8 della proposta imponeva ai creditori di inserire negli annunci pubblicitari indicanti il tasso di interesse, ovvero qualunque altro dato numerico inerente al costo del credito, una serie di informazioni c.d. "di base" precisate nella stessa disposizione. Affinché il consumatore potesse effettivamente comprendere la portata di tali dati e, quindi, procedere ad un raffronto tra i vari prodotti proposti, oltre che in modo chiaro, conciso e ben visibile, questi avrebbero dovuto essere forniti con l'impiego di "un esempio rappresentativo". Tra di essi particolare rilevanza sembrava assumere l'avvertenza relativa al rischio di perdere l'immobile ipotecato (ovvero oggetto di un'altra garanzia analoga) in caso di inadempimento degli impegni restitutori derivanti dal contratto di

³⁷¹ Cfr. punto 2.1.1. valutazione d'impatto, nonché 17° e 18° *considerando* della proposta.

credito (art. 8, lett. *i*). Quindi, l'entità dell'impegno finanziario e i rischi a questo connessi dovevano essere palesati al consumatore sin dal primo e generico contatto con il finanziatore.

Relativamente all'informativa precontrattuale, si osservò che, nonostante l'adozione – volontaria – del codice deontologico di cui alla raccomandazione del 2001, e con esso del Prospetto informativo europeo standardizzato (c.d. PIES), le informazioni, oltre a risultare incomplete e di difficile comprensione, venivano fornite in momenti diversi, con l'ulteriore conseguenza di renderne difficile la comparazione³⁷².

Questa la situazione, la Commissione reputò opportuna la previsione di una serie di informazioni c.d. “generalì” da fornire su supporto durevole o in forma elettronica, alcune delle quali riprendevano quelle già indicate negli annunci pubblicitari (ad esempio, l'identità del creditore e dell'intermediario, ovvero la durata del contratto), aventi lo scopo di far conoscere al consumatore «*tutta la gamma* dei prodotti e dei servizi offerti da un particolare creditore o intermediario [c.vo mio]»³⁷³. Non solo. Oltre alle informazioni generali che, peraltro, data la finalità, avrebbero dovuto essere rese accessibili al consumatore «in qualsiasi momento»³⁷⁴, momento pur sempre antecedente l'eventuale stipulazione del contratto, il creditore e «se del caso» l'intermediario dovevano altresì fornire informazioni c.d. “personalizzate” «necessarie a raffrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione *informata* sull'opportunità di concludere un contratto di credito [c.vo mio]» (art. 9, par. 2). Tali informazioni erano fornite, da una parte, «senza indebito ritardo», ma solo dopo la comunicazione, da parte del consumatore, delle sue esigenze, della sua condizione economica e delle sue preferenze e, dall'altra parte, mediante la consegna del PIES, ove erano indicate anche le informazioni generali. Qualsiasi altro dato aggiuntivo attinente al contratto avrebbe dovuto essere inserito in un documento diverso e separato, e questo al fine di assicurare che il confronto tra i diversi prodotti di credito offerti avvenisse sulla base delle stesse informazioni.

Emergeva dunque con chiarezza l'intenzione della Commissione di tutelare il consumatore da quelle condotte irresponsabili dei professionisti che avrebbero potuto indurlo ad acquistare un prodotto creditizio non confacente al proprio profilo personale e finanziario, profilo cui l'intermediario doveva prestare adeguata attenzione sin dal

³⁷² Cfr. punto 2.1.2. valutazione d'impatto.

³⁷³ Ed era proprio questa la differenza con la pubblicità, di norma inerente ad uno o più prodotti creditizi (cfr. 18° *considerando*).

³⁷⁴ 18° *considerando*.

momento dell'informativa precontrattuale. In tale fase, necessaria appariva anche – e soprattutto – la collaborazione del consumatore, che doveva fornire i dati a tal fine richiesti. Un'informazione, dunque, bidirezionale quella tra i soggetti coinvolti nell'operazione, animata dall'intento di porre il consumatore nelle condizioni di scegliere tra una pluralità di contratti di credito quello per lui più adeguato.

Un'ulteriore dimostrazione dell'attenzione rivolta al consumatore e all'effettiva tutela dei suoi interessi – primo fra tutti quello di accendere un mutuo ipotecario sostenibile – poteva rinvenirsi nel dovere di assistenza imposto *ex lege* ai professionisti. Precisamente, al creditore e «se del caso» all'intermediario era richiesto di fornire *spiegazioni adeguate*³⁷⁵ sul contratto di credito e sugli eventuali servizi accessori al medesimo collegati³⁷⁶. Per essere adeguate dette spiegazioni avrebbero dovuto (almeno) comprendere informazioni personalizzate in merito alle caratteristiche del credito offerto. L'assistenza non poteva pertanto prescindere dalla conoscenza delle esigenze personali e della condizione economica del consumatore. Invero, oggetto delle spiegazioni avrebbero dovuto essere le informazioni a quest'ultimo fornite nella fase precontrattuale mediante la consegna del PIES, nonché quelle inerenti all'intermediario del credito qualora coinvolto nell'operazione creditizia (cfr. art. 10). Ancora, il professionista avrebbe dovuto chiarire gli effetti che la stipulazione del contratto avrebbe verosimilmente prodotto nei confronti del mutuatario, specie con riguardo alla sua situazione economica, precisando altresì le conseguenze del mancato rimborso.

Il consumatore veniva dunque preventivamente *avvisato* circa i rischi in ipotesi conseguenti all'accensione del mutuo ipotecario. Un avvertimento, quindi, ma non tale da tradursi in una raccomandazione: era infatti il consumatore che si trovava nelle condizioni di decidere, in modo informato e consapevole, se il contratto proposto fosse effettivamente rispondente ai suoi bisogni e, di conseguenza, se addivenire o meno alla sua stipulazione.

Ancora una volta, nessun giudizio di responsabilità avrebbe potuto essere formulato nei confronti del professionista per l'incapacità del consumatore di restituire la somma erogata poiché ascrivibile ad una sua stessa decisione. Eventualmente, l'intermediario avrebbe potuto rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale, con

³⁷⁵ Si noti la differenza con la formulazione utilizzata dalla dir. 2008/48/CE, che si esprime in termini di *chiarimenti* adeguati. Cionondimeno, il significato presupposto a tali espressioni è il medesimo.

³⁷⁶ Nell'ipotesi in cui il servizio accessorio (ad esempio, un'assicurazione) fosse risultato obbligatorio per ottenere il credito, ovvero per ottenerlo alle condizioni contrattuali applicate, già nell'annuncio pubblicitario avrebbe dovuto esserne indicato il costo; qualora ciò non fosse stato possibile, il creditore doveva allora precisare «in forma chiara, concisa e graficamente evidente» l'obbligo di ricorrere a detto servizio e il relativo TAEG (art. 8, par. 3).

conseguente obbligo risarcitorio, nella sola ipotesi in cui non avesse ottemperato all'obbligo di fornire adeguate spiegazioni ai sensi dell'art. 11.

La portata della prestazione assistenziale variava a seconda del livello di conoscenza e competenza che il consumatore aveva in materia di crediti; aspetti, questi, che dovevano perciò essere preventivamente accertati dal creditore in modo accurato e con ogni mezzo a tal fine necessario. Dunque, un'assistenza individuale, scissa dal parametro del c.d. "consumatore medio"³⁷⁷ cui il legislatore europeo era solito riferirsi nella regolamentazione delle materie oggetto del suo intervento.

L'impossibilità di qualificare il dovere di fornire spiegazioni adeguate come un dovere di raccomandare il prodotto più adeguato per il consumatore poteva comprendersi allorché si fosse considerata la disciplina di cui all'art. 17 della proposta, rubricato "Standard in materia di consulenza". Ai fini della direttiva, quest'ultima avrebbe dovuto costituire un *servizio separato* rispetto alla concessione del credito, e questo al duplice fine di assicurare una consulenza imparziale ed evitare così possibili conflitti di interesse tra il creditore e il consulente, fonte di danno per il consumatore³⁷⁸.

Benché l'art. 17 non precisasse che cosa doveva intendersi per "consulenza", una definizione si rinveniva nel 31° *considerando* ai sensi del quale tale prestazione presupponeva «una raccomandazione personalizzata [al consumatore] sui contratti di credito adeguati ai suoi bisogni specifici e alla sua situazione finanziaria». Era dunque evidente come la raccomandazione non potesse conseguire al dovere di assistenza poiché aspetto qualificante il servizio consulenza.

Inoltre, mentre il creditore *doveva* fornire le richieste spiegazioni adeguate, con riguardo alla consulenza erano le parti a decidere se ricorrervi o meno. Un'attività, dunque, obbligatoria *ex contractu* e non *ex lege*. In proposito, il creditore o l'intermediario avrebbero dovuto indicare al consumatore se la consulenza sarebbe stata o meno prestata, specificando altresì l'ammontare della remunerazione che sarebbe spettata al consulente (per vero, solo a fronte di detta precisazione il servizio avrebbe potuto essere commercializzato come consulenza³⁷⁹). L'indicazione in oggetto si

³⁷⁷ La nozione di "consumatore medio" venne in principio elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza 16 luglio 1998, causa C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH c. Rudolf Tusky*) per poi essere accolta nella dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Il consumatore medio è definito come quel soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici» (18° *considerando* dir. 2005/29). In dottrina si vedano, tra gli altri, C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, p. 734 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, *ivi*, 2010, p. 549 ss.; C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 700 ss.

³⁷⁸ Cfr. punto 2.1.3. valutazione d'impatto, in cui si dava atto dei numerosi casi in cui i danni subiti dal cliente erano riconducibili ad un cattivo consiglio nella scelta del credito ipotecario.

³⁷⁹ Cfr. art. 17, par. 1.

presentava come un dato “supplementare”, non previsto né nell’elenco delle informazioni generali, né nell’informativa personalizzata, sicché, in quanto tale, poteva – o più correttamente doveva – essere inserito all’interno di un documento diverso dal PIES ex art. 9, par. 2, ultimo periodo.

Nell’ipotesi in cui i contraenti avessero deciso di avvalersi dell’opera di un consulente, quest’ultimo, nel compimento della propria attività, avrebbe innanzitutto dovuto tenere conto di un numero sufficientemente ampio di contratti di credito presenti sul mercato. Invero, tanto maggiore era la quantità di contratti considerati, tanto più elevate erano le probabilità di individuare e, quindi, raccomandare contratti effettivamente rispondenti ai bisogni personali ed economici del consumatore, che dovevano perciò essere *attentamente* valutati dal consulente. Quest’ultimo, oltre ad avere riguardo alle attuali condizioni del mutuatario, avrebbe altresì dovuto tenere in considerazione i possibili mutamenti che sarebbero *ragionevolmente* potuti intervenire durante la vigenza del vincolo contrattuale³⁸⁰. Lo scopo era quello di assicurare al consumatore la stipulazione di un contratto di credito che risultasse adeguato (*rectius* sostenibile) non soltanto all’inizio del rapporto, ma per tutta la durata dello stesso, di modo da evitarne l’inadempimento. Un’effettiva tutela degli interessi del consumatore necessitava, quindi, di una valutazione *pro futuro*, essendo, le condizioni presenti al momento della richiesta del credito, verosimilmente destinate a mutare nel tempo.

Sebbene mancasse il riferimento alla raccomandazione, i doveri cui era tenuto il consulente dovevano essere altresì rispettati dal creditore e dall’intermediario, quali obblighi “ulteriori” rispetto a quello inerente alla valutazione del merito creditizio del consumatore (cfr. art. 14, par. 4).

A tale ultimo riguardo, sempre sull’esempio del servizio di consulenza, anche la predetta verifica sarebbe dovuta avvenire tenendo in considerazione «tutti i fattori che [avrebbero potuto] influenzare la capacità del consumatore di effettuare i rimborsi per l’intera durata del credito»³⁸¹. Tra questi figuravano, a titolo esemplificativo: (i) il reddito; (ii) le spese regolarmente sostenute; (iii) il c.d. *credit score*, vale a dire il punteggio che determina l’affidabilità creditizia; (iv) il passato creditizio; (v) la capacità di gestire le variazioni dei tassi di interesse e gli altri impegni di credito in essere. Agli Stati membri era riconosciuta la possibilità di definire ulteriori elementi cui riferirsi nella valutazione in oggetto, così come di precisare il metodo ed i criteri da applicare

³⁸⁰ Cfr. 31° *considerando*.

³⁸¹ Così il 24° *considerando*.

(ad esempio, stabilendo dei limiti in ordine al rapporto tra valore dell'immobile e credito erogato, ovvero tra quest'ultimo e reddito percepito dal richiedente).

Una valutazione, dunque, che, al pari di quella svolta dal consulente, guardava al futuro del consumatore.

Conformemente alla disciplina prevista dalla dir. 2008/48/CE (art. 8), anche in materia di mutui ipotecari il grado di affidabilità economica del debitore avrebbe dovuto essere accertato sia prima dell'eventuale stipulazione del contratto, sia successivamente nel caso in cui le parti avessero deciso di aumentare "in modo significativo" il credito in origine concesso. A tal fine, al creditore era richiesto di ottenere le "necessarie informazioni" direttamente dal consumatore, ovvero dall'intermediario se intervenuto nell'operazione, nonché mediante la consultazione di "pertinenti" fonti interne ed esterne, tra cui le banche dati³⁸². Con riguardo a quest'ultimo aspetto, nei casi di credito transfrontaliero, ciascuno Stato membro doveva garantire a tutti i creditori un eguale accesso ai sistemi informativi, indipendentemente dalla loro natura, pubblica o privata³⁸³.

Prima di consultare una certa banca dati il creditore doveva avvisare il consumatore; solo così, infatti, quest'ultimo avrebbe potuto controllare la veridicità delle informazioni ivi contenute e, se necessario, rettificarle³⁸⁴. Tale diritto di accesso assumeva particolare importanza quando il rifiuto del finanziatore di concedere il credito richiesto dipendeva dalle informazioni contenute nella banca dati consultata; in tal caso, atteso il pregiudizio subito, al consumatore era riconosciuto il diritto di ottenere dal creditore la comunicazione degli estremi così da poter rettificare, cancellare, ovvero bloccare le informazioni inesatte o mendaci³⁸⁵.

Erano in ogni caso fatti salvi i diritti riconosciuti al consumatore dalla dir. 1995/46/CE inerenti al trattamento e alla libera circolazione dei suoi dati personali.

Una disciplina, dunque, finora speculare a quella prevista per il credito al consumo.

³⁸² «La consultazione di una banca dati relativa ai crediti è un elemento utile nella valutazione del merito del credito», così il 27° *considerando*.

³⁸³ Tale accesso poteva essere negato qualora la comunicazione delle informazioni inerenti alla situazione finanziaria del consumatore risultasse vietata da una normativa nazionale, ovvero fosse contraria ai principi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (art. 16, par. 2, terzo periodo).

³⁸⁴ Cfr. art. 14, lett. *c*.

³⁸⁵ Una disciplina analoga era prevista per le ipotesi in cui la domanda di credito veniva rifiutata a seguito di una decisione automatica o di metodi sistematici, quali i sistemi c.d. di *credit scoring*. In tali casi, il creditore avrebbe dovuto motivare le ragioni della decisione e informare il consumatore della possibilità di richiederne una revisione manuale (v. 29° *considerando*, nonché art. 14, lett. *d e e*).

Senonché diverse erano le prescrizioni inerenti, da un lato, agli obblighi di informativa imposti al consumatore e, dall'altro lato, al rapporto tra quest'ultimo e il creditore all'esito della valutazione prescritta dall'art. 14.

Con riguardo al primo aspetto, il consumatore doveva fornire al finanziatore o, qualora fosse intervenuto, all'intermediario informazioni *complete e corrette* sulla sua situazione economica e personale. A tal proposito, già nella fase precontrattuale e, quindi, mediante la consegna del PIES, il creditore doveva precisare in modo chiaro di quali informazioni avrebbe necessitato per procedere all'accertamento del merito di credito. Non solo. Al professionista era altresì richiesto di specificare che lo stesso, se necessario, avrebbe potuto richiedere al consumatore prove documentali, provenienti da fonti indipendenti e verificabili, allo scopo di confermare quanto da quest'ultimo comunicato.

La determinazione del termine entro il quale il consumatore avrebbe dovuto comunicare le richieste informazioni, ovvero consegnare le pertinenti prove documentali era lasciato alla discrezionalità degli Stati membri (cfr. art. 15, par. 2). Scelta, quest'ultima, piuttosto discutibile attesa l'esigenza, peraltro ribadita in plurime occasioni, di una disciplina il più possibile armonizzata proprio in materia di informativa precontrattuale.

Questo il contesto, *quid iuris* nel caso di inadempimento del consumatore?

Diverse erano (e non potevano non esserlo) le conseguenze a seconda dello *status* soggettivo dell'inadempiente. Segnatamente, nell'ipotesi in cui la mancata comunicazione delle necessarie informazioni fosse dipesa da una sua libera e volontaria scelta, il creditore (o l'intermediario), dopo aver comunicato l'impossibilità di valutarne il merito creditizio, doveva *astenersi* dal concedere il credito.

Sebbene l'art. 15, par. 3, facesse riferimento alla sola ipotesi di mancate informazioni da parte del consumatore, attesa la *ratio* della disciplina, si ritiene che il medesimo effetto potesse conseguire anche quando a non essere fornite fossero le richieste prove documentali.

All'opposto, il consumatore non avrebbe dovuto essere penalizzato qualora l'inadempimento fosse dipeso, ad esempio, dall'incapacità di fornire informazioni in ordine al futuro sviluppo della sua situazione finanziaria³⁸⁶, ovvero all'impossibilità di reperire le richieste prove documentali.

Dunque, il punto di discriminare era, dunque, la *suitas* della condotta.

³⁸⁶ Cfr. 26° *considerando*.

La scelta del consumatore di non adempiere ai prescritti obblighi informativi non era l'unica ipotesi da cui originava l'accennato dovere di astensione in capo al creditore.

Invero, – ed è questo l'ulteriore e senza dubbio più importante aspetto distintivo della disciplina in commento rispetto a quella contenuta nella dir. 2008/48/CE – anche nel caso in cui la valutazione del merito creditizio avesse dato esito negativo, il finanziatore avrebbe dovuto *negare* il credito richiesto, informando il consumatore “immediatamente” e “gratuitamente” delle ragioni del rifiuto (art. 14, par. 2, lett. *a* e *b*).

Il generalizzato dovere di astensione emergeva dal dato positivo in tutta chiarezza, con la conseguenza di rendere certo anche il rapporto tra il creditore e in consumatore una volta accertatane l'incapacità di rimborsare il prestito.

Un intervento normativo, dunque, più analitico rispetto a quello del legislatore del 2008, volto a regolamentare in modo più esaustivo le condotte che avrebbero dovuto essere adottati dalle parti dell'operazione creditizia, specie da quella professionale, e che, lungi dall'essere espressione di paternalismo legislativo, sembrava essere una risposta efficace ai problemi evidenziati dalla crisi finanziaria.

4. *La direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: livello di armonizzazione e ambito applicativo.*

Il 4 febbraio 2014 il Parlamento europeo e il Consiglio emanarono la dir. 2014/17/UE “in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali”³⁸⁷, nota anche come *Mortgage Credit Directive* (MCD).

D'accordo con i lavori preparatori, duplice è l'obiettivo: da una parte, si propone di creare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, essenziale per promuovere lo sviluppo del credito transfrontaliero³⁸⁸; dall'altra, intende assicurare un

³⁸⁷ Dir. 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 “in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010”, in G.U.U.E L 60/34 del 28 febbraio 2014.

Per un esauriente commento alla direttiva, si rimanda a AA.VV., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo: commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, reperibile anche *on line* al sito www.elibrary.fondazione-notariato.it; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, p. 70 ss; E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 206 ss.; A. LUPOI, *La direttiva 17/2014. Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, *ivi*, 2016, p. 234 ss.; P. DE GIOIA-CARABELLESE e C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1422 ss; R. GRISAFI, *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria*, in *Studium iuris*, 2015, p. 655 ss.

³⁸⁸ Cfr. 2° e 6° considerando.

elevato ed equivalente livello di tutela a tutti i consumatori nel settore del credito immobiliare³⁸⁹.

Alla base vi era, come detto, l'esigenza di contenere i comportamenti irresponsabili assunti dagli operatori economici, fonte della crisi finanziaria mondiale e del considerevole livello di sovraindebitamento delle famiglie dell'Unione³⁹⁰.

Nonostante la più volte ribadita intenzione di tutelare, peraltro in modo "elevato", gli interessi dei consumatori, di modo da ricreare la loro fiducia nel sistema finanziario, la direttiva – in armonia con la relativa proposta – si fonda sull'art. 114 TFUE inerente, come visto, all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno. La scelta è la stessa di quella del legislatore del 2008, così come le stesse sono le critiche in proposito sollevate: attese le ragioni che giustificano l'intervento delle Istituzioni europee, sarebbe stato forse più opportuno individuare la base giuridica nell'art. 169 del Trattato.

Per ciò che attiene al livello di armonizzazione, molte sono le disposizioni che, anziché imporre un certo comportamento, si esprimono in termini di mera possibilità³⁹¹ «quasi che si intenda definire un "quadro comune" (art. 1) più che intervenire con misure di dettaglio»³⁹²; inoltre, secondo quanto stabilito dall'art. 2, gli Stati membri sono liberi di mantenere, ovvero introdurre disposizioni nazionali più stringenti per tutelare i consumatori, sempreché siano rispettose degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione. Solamente con riguardo al contenuto del PIES e alle modalità di calcolo del TAEG la normativa si presenta come inderogabile.

Un'armonizzazione, dunque, "minima", che mal si concilia con le finalità del legislatore europeo di assicurare un "uniforme" livello di tutela ai consumatori e di incentivare lo sviluppo dell'attività transfrontaliera mediante la previsione di norme di

³⁸⁹ Cfr. 5° e 6° *considerando*.

³⁹⁰ In proposito, la Commissione, nella pubblica audizione "Responsible lending & borrowing" svoltasi a Bruxelles il 3 settembre 2009, ha affermato quanto segue: «La crisi finanziaria ha mostrato i danni che pratiche irresponsabili di concessione e assunzione di prestiti possono avere su consumatori e istituti di credito, sul sistema finanziario e sull'economia in generale; siamo determinati ad imparare dai possibili errori per assicurare che le attività di concessione ed assunzione dei prestiti avvenga in modo responsabile» (C. McCreevy, commissario per il Mercato interno). «È nostro dovere aprire gli occhi sui meccanismi viziosi che hanno generato le attività irresponsabili di prestito ed assunzione di prestiti che stanno danneggiando finanziariamente un gran numero di nostri cittadini» (M. Kuneva, commissaria per la Tutela dei consumatori).

³⁹¹ A titolo esemplificativo: «Gli Stati membri *possono* vietare o imporre restrizioni ai pagamenti da un consumatore a un creditore o a un intermediario del credito prima della conclusione di un contratto di credito» (art. 7, par. 5); «Gli Stati membri *possono* prevedere che il primo comma [relativo alla disciplina in materia di pubblicità] non si applichi nei casi in cui (...)» (art. 11, par. 1); «Gli Stati membri *possono* consentire ai creditori di richiedere al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di credito (...)» (art. 12, par. 4). V. altresì artt. 3, par. 3; 7, par. 4; 9, par. 3, *ii*; 11, par. 6; 12, par. 2 e 3; 13, par. 1 e 2; 14, par. 4 e 6; 16, par. 2; 22, par. 4, 5 e 6; 23, par. 2 e 5; 25, par. 2, 3 e 5; 25, par. 5; 27, par. 2; 28, par. 2 e 3; 29, par. 4, lett. *a* e 8; 30, par. 1; infine, 31, par. 1.

³⁹² Così, P.L. FAUSTI, *La nuova direttiva 2014/17 sul credito residenziale riguarda solo i consumatori? in I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 40.

condotta e di meccanismi di regolamentazione e vigilanza comuni nel settore del credito immobiliare³⁹³.

La disciplina prevista dalla direttiva si applica ai contratti di credito³⁹⁴ stipulati tra un consumatore e un finanziatore qualora la concessione della somma richiesta sia: *a*) garantita da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali (c.d. mutuo ipotecario); *b*) finalizzata all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato (indipendentemente dal fatto che tale finanziamento sia o meno garantito da ipoteca).

Come osservato, detta tipologia di contratti di credito era stata espressamente esclusa dall'ambito applicativo della dir. 2008/48/CE. La ragione di tale esclusione riposava sulla natura «molto specifica» del bene oggetto della garanzia ovvero dello scopo del finanziamento³⁹⁵. In particolare, si riteneva che gli immobili, atteso l'utilizzo al quale erano destinati, non potessero essere qualificati come “beni di consumo”³⁹⁶; inoltre, il peculiare regime pubblicitario connesso alla loro circolazione, nonché il loro maggior valore economico e, di conseguenza, l'impegno finanziario agli stessi sotteso, ne rendevano opportuna una regolamentazione *ad hoc*.

Ponendo l'attenzione all'ambito oggettivo della nuova disciplina, ed interpretandone letteralmente le definizioni, è possibile rilevare come, da un lato, la stessa si applichi ai contratti di credito finalizzati all'acquisto di *qualsiasi* tipo di bene, anche non di consumo, purché garantiti da ipoteca. Tali contratti vengono quindi in rilievo non tanto da un punto di vista finalistico, rimanendo irrilevante lo scopo per il quale sono stipulati, quanto, piuttosto, per il fatto di essere assistiti da una garanzia ipotecaria su di un bene immobile “residenziale”. Ne consegue, dunque, che ad assumere rilevanza è il bene oggetto della garanzia reale. Al contrario, dall'altro lato, il tipo di bene che il mutuatario intende acquistare ovvero conservare con il

³⁹³ Cfr. 2° *considerando*. Tuttavia S. CORDOPATRI, *Commento all'art. 2 – Livello di armonizzazione*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 124 è dell'idea che il sistema della tutela minimale risponda «all'esigenza di impedire un eccesso di tutela che si traduca nella mortificazione delle ragioni del consumatore (...)».

³⁹⁴ Per “contratto di credito” deve intendersi un contratto «con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria». Detta definizione ricalca quella di cui all'art. 3, lett. c), dir. 2008/48/CE (al riguardo, si vedano le considerazioni svolte alla nota 38).

Le tipologie di finanziamento rientranti in tale nozione possono essere le più varie: prestiti personali, vendita a rate o anche operazioni economiche intercorse tra un acquirente e un venditore, ma finanziate dall'istituto di credito (cfr., a tal riguardo, le considerazioni svolte da P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2016, p. 247).

³⁹⁵ Cfr. 14° *considerando* dir. 2008/48/CE.

³⁹⁶ V. S. CORDOPATRI, *Commento all'art. 3 – Ambito di applicazione*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 132, in particolare nt. 5.

finanziamento, torna ad essere un elemento imprescindibile per la concessione dello stesso³⁹⁷. Invero, la somma richiesta deve essere finalizzata ad ottenere o mantenere il diritto di proprietà «su un terreno o su un immobile edificato o progettato», non rilevando, in tale ipotesi, la sussistenza di una garanzia reale connessa al credito³⁹⁸.

In considerazione di quanto sopra, dunque, pur rimanendo una differenza “strutturale” tra le fattispecie contrattuali considerate, è possibile notare come in entrambe, seppure per finalità diverse, ad acquisire importanza è la natura di bene immobile oggetto del contratto di compravendita finanziato dal credito, ovvero della garanzia che assiste quest’ultimo.

L’art. 3 elenca una serie di contratti che, sebbene riguardino beni immobili, non sono soggetti alle nuove disposizioni. La *ratio* di tale deroga, che prende in considerazione sia alcuni specifici contratti di credito³⁹⁹, sia particolari condizioni contrattuali caratterizzanti il finanziamento⁴⁰⁰, si rinviene nel 17° *considerando* della direttiva, il quale nel definire «di nicchia» detti contratti, ne evidenzia la diversità per natura e rischi rispetto ai crediti ipotecari «standard», necessitando, pertanto, di «un intervento *ad hoc*».

5. Segue: *obblighi informativi e dovere di assistenza*.

Il finanziatore e l’intermediario del credito, nell’espletamento delle rispettive attività, devono agire in maniera «onesta, equa, trasparente e professionale», salvaguardando i diritti e gli interessi dei consumatori (art. 7). In tale prescrizione, avente portata generale in quanto riferita a tutte le fasi del rapporto contrattuale⁴⁰¹, sembra possibile rinvenire una volontà del legislatore europeo di uniformare le condotte dei professionisti operanti nel settore dei servizi finanziari e assoggettarle a canoni comuni. Invero, sia l’art. 24 dir. 2014/65/UE, relativa ai mercati degli strumenti

³⁹⁷ Al riguardo, analitiche considerazioni vengono svolte da S. CORDOPATRI, *op. ult. cit.*, p. 134 ss.

³⁹⁸ Negli stessi termini, seppur con riguardo alla disciplina italiana di recepimento, si esprime G. VISCONTI, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Contratti*, 2016, p. 490.

³⁹⁹ Tali sono, ad esempio, i contratti stipulati nella forma dell’apertura di credito, qualora lo stesso debba essere restituito entro un mese, ovvero quelli risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge.

⁴⁰⁰ Per esempio, i contratti in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri (a meno di non essere utilizzato per il recupero dei costi direttamente connessi all’ipoteca), o quelli aventi una durata indeterminata o in cui la somma prestata, che deve essere rimborsata entro dodici mesi, è utilizzata come finanziamento temporaneo per sostenere l’acquisto della proprietà di un bene immobile.

⁴⁰¹ Detta considerazione appare suffragata sia dall’assetto topografico dell’art. 7, collocato prima delle norme che disciplinano, nello specifico, le singole attività; sia dalla rubrica dello stesso, intitolato “Norme di comportamento da rispettare quando si concedono crediti ai consumatori”.

finanziari, sia l'art. 17 della recente dir. 2016/97/UE sulla distribuzione assicurativa⁴⁰², informano l'agire dei rispettivi operatori economici all'onestà, all'imparzialità e alla professionalità per meglio tutelare l'interesse dei loro clienti.

Oltre a considerare le informazioni riguardanti la situazione economica del mutuatario e i bisogni dallo stesso comunicati, l'attività di erogazione del credito, quella di intermediazione, nonché l'eventuale servizio di consulenza devono altresì fondarsi «su ipotesi ragionevoli circa rischi» cui il debitore è esposto per l'intera durata del contratto. Ciò che viene chiesto agli operatori del credito è, dunque, qualcosa di ulteriore rispetto alla semplice raccolta delle informazioni fornite dal mutuatario *nel momento in cui richiede il prestito*; gli stessi, infatti, devono tenere in debita considerazione anche gli eventi *futuri* che, in pendenza del contratto, potrebbero ragionevolmente interessare la vita del consumatore: i loro effetti potrebbero, di fatto, incidere sulla condizione finanziaria di quest'ultimo, compromettendola, e ripercuotersi, di conseguenza, sugli obblighi derivanti dal contratto di credito stipulato⁴⁰³.

Ciò considerato, la nuova disciplina, sin dalle prime disposizioni, e in accoglimento delle considerazioni svolte in sede di lavori preparatori, sembrerebbe responsabilizzare i finanziatori e gli intermediari nello svolgimento delle rispettive attività di concessione e intermediazione del credito⁴⁰⁴. Prova ne siano i successivi doveri di informazione sui medesimi gravanti, che, riprendendo la tripartizione di cui alla proposta, si suddividono in: *a*) annunci pubblicitari, rivolti indistintamente a qualsivoglia potenziale cliente (art. 11); *b*) informazioni generali, da fornire al mutuatario «in qualsiasi momento» (art. 13); *c*) informazioni personalizzate, che vengono messe a disposizione del consumatore solo una volta acquisite le notizie relative alla sua situazione economica, alle sue preferenze e ai suoi bisogni (art. 14).

Per ciò che attiene al profilo normativo, ad eccezione di quest'ultima “categoria” in cui il legislatore è intervenuto con norme più puntuali, la versione finale della direttiva rispecchia quella della relativa proposta, seppure con qualche marginale modifica.

⁴⁰² Direttiva 2016/97/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa, in *G.U.U.E.* L 26/19 del 2 febbraio 2016.

⁴⁰³ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il consumatore perda il lavoro da cui percepiva il reddito per ottemperare agli impegni restitutori assunti con il contratto, ovvero al caso in cui lo stesso, a seguito di separazione, debba periodicamente corrispondere un assegno di mantenimento a favore dell'altro coniuge.

⁴⁰⁴ Cfr. E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 206. L'A. evidenzia altresì come la prospettiva di una maggiore responsabilizzazione dei creditori prevalga sull'approccio, pur presente, che tende ad accollare al debitore la responsabilità della scelta effettuata in merito alla stipulazione del contratto di credito. Con specifico riferimento agli obblighi di condotta imposti ai professionisti dal provvedimento europeo, v. R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 823 ss.

Segnatamente, con riguardo alle informazioni “di base” da includere negli annunci pubblicitari (sempreché indicanti il tasso di interesse o qualunque altro dato numerico relativo al costo totale del credito per il consumatore), secondo quanto stabilito dall’art. 11, par. 1, secondo periodo, della direttiva gli Stati membri possono non osservare le prescrizioni relative alle informazioni in oggetto qualora nell’annuncio sia già indicato il TAEG, possibilità, questa, dapprima non contemplata. Inoltre, dal punto di vista contenutistico, l’avvertimento relativo alle possibili conseguenze dell’inosservanza degli impegni (restitutori) legati al contratto di credito, tra cui la perdita dell’immobile ipotecato (ovvero oggetto di altra analoga garanzia), anziché essere previsto tra le informazioni “di base”, come suggerito dalla proposta (cfr. art. 8, par. 2, lett. *i*), è ora inserito tra quelle generalizzate (cfr. art. 13, par. 1, lett. *n*). In ogni caso, i legislatori nazionali, in sede di recepimento, possono decidere se includere negli annunci pubblicitari anche un’avvertenza in merito agli “specifici rischi” connessi ai contratti di credito⁴⁰⁵; in tal modo il consumatore è posto *sin dal principio* nelle condizioni di conoscere la portata dell’impegno finanziario e, dunque, degli effetti, anche negativi, a questo conseguenti.

A seguito di questo primo “approccio”, il consumatore, confrontando i diversi annunci, sebbene solitamente inerenti a uno o più prodotti creditizi⁴⁰⁶, dovrebbe essere in grado di rivolgersi a quei finanziatori che *prima facie* sembrano meglio rispondere alle sue esigenze.

Ebbene, ai consumatori che si manifestano interessati alla possibile conclusione di un contratto di credito immobiliare, i professionisti⁴⁰⁷ mettono a disposizione «in qualsiasi momento, un documento contenente informazioni generali chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti (...)», che corrispondono, in sostanza, a quelle previste dalla proposta (art. 9, par. 1)⁴⁰⁸.

Lo scopo della disposizione è quello di far conoscere al potenziale cliente le principali caratteristiche di *tutti* i prodotti di credito resi disponibili dai vari finanziatori⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Art. 11, par. 6., dir.

⁴⁰⁶ Cfr. 38° *considerando* dir.

⁴⁰⁷ Con riguardo agli intermediari senza vincolo di mandato, sono gli Stati membri a decidere di assoggettarli o meno al dovere informativo in questione, che è invece previsto come obbligatorio per i creditori e gli intermediari con vincolo di mandato (o per i loro rappresentanti designati). Cfr. art. 13, par. 1, dir.

⁴⁰⁸ V. par. 3.

Tali informazioni, precisate dall’art. 13, par. 1, dir., non costituiscono un elenco tassativo e, come tali, possono essere integrate dai legislatori del recepimento.

⁴⁰⁹ Il 38° *considerando* della direttiva rileva che la differenza tra gli annunci pubblicitari e le informazioni generali è di tipo quantitativo: mentre i primi tendono «a concentrarsi in particolare su uno o più prodotti», le seconde si rivolgono «all’ampia gamma dei prodotti e servizi offerti». In proposito, A. LAS CASAS, “*Informazioni generali*”

La mancanza di qualsivoglia riferimento alle specifiche esigenze e possibilità finanziarie del mutuatario che caratterizza il summenzionato contesto informativo, viene colmata dalle prescrizioni inerenti alle informazioni precontrattuali personalizzate.

A differenza della proposta, dove tali informazioni erano disciplinate unitamente a quelle generali⁴¹⁰, nella versione finale del provvedimento acquisiscono una propria identità normativa nell'art. 14.

Invariata rimane, tuttavia, la funzione loro attribuita che è, come visto, quella di permettere al consumatore di «confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata» in merito alla conclusione del contratto. A tal fine, egli è tenuto a far conoscere «le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze»⁴¹¹. Lo scambio *reciproco* delle informazioni che in questo modo emerge⁴¹², si rivela funzionale ad una responsabilizzazione e del mutuatario e del professionista rispettivamente nell'accensione e nella concessione del credito.

A differenza delle informazioni generali che, come detto, si riferiscono all'ampia gamma dei prodotti offerti dal professionista, quelle personalizzate interessano solo uno di siffatti prodotti, specificamente individuato dal finanziatore (o dall'intermediario) alla luce di quanto comunicato dal consumatore in merito alla sua condizione patrimoniale e personale⁴¹³.

e "informazioni personalizzate" nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, in *Persona e Mercato*, 2016, pp. 255 e 256, e in *Gli obblighi di informazione a carico dei potenziali creditori: informazioni generali e informazioni precontrattuali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 289, evidenzia come il consumatore, attraverso le informazioni generali, possa orientarsi nel mercato del credito residenziale e al contempo conoscere - e confrontare - tutte le offerte presentate dai vari finanziatori. Dello stesso avviso sembra essere anche S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, pp. 524 e 525, il quale non manca di sottolineare che la standardizzazione dell'informazione risulta funzionale ad un mercato concorrenziale efficiente.

⁴¹⁰ V. Art. 14 (genericamente rubricato "informazioni generali") par. 1 e 2.

⁴¹¹ La comunicazione di tali dati avverrà in sede di valutazione del merito creditizio ex art. 20, peraltro richiamato dalla lett. a, par. 1, art. 14.

⁴¹² Parlano di un'informazione precontrattuale in senso "bidirezionale", caratterizzato da una certa "circolarità": A. LAS CASAS, "Informazioni generali" e "informazioni personalizzate" nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 253; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 77; S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 525.

⁴¹³ Cfr. in tal senso A. LAS CASAS, *op. ult. cit.*, p. 257.

Le informazioni personalizzate sono fornite dal contraente professionale mediante la consegna del PIES⁴¹⁴, il quale presenta un contenuto analitico inderogabile⁴¹⁵ finalizzato ad illustrare gli elementi identificativi del tipo di credito offerto. La standardizzazione del contenuto di tale modulo, sebbene venga in concreto adattato alle specifiche caratteristiche del mutuatario, sembra garantire, da un lato, un livello elevato e – soprattutto – equivalente di protezione dei consumatori; dall’altro, una libera ed effettiva concorrenza tra gli erogatori di credito ipotecario presenti nei diversi Stati membri⁴¹⁶. Per tale ragione, d’accordo con quanto previsto dalla proposta, qualsiasi informazioni aggiuntiva è fornita in un documento distinto, che può essere allegato al PIES.

Il Prospetto è consegnato «tempestivamente» dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie all’individuazione del prodotto creditizio più adeguato e, in ogni caso, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto di credito o da un’offerta. Tale prescrizione si mostra coerente con l’esigenza di assicurare al mutuatario una decisione informata circa l’effettiva opportunità del finanziamento proposto. Invero, durante lo *spatium deliberandi* che intercorre tra la consegna del PIES e l’eventuale stipula del contratto, il consumatore può «confrontare e riflettere» in merito alle diverse offerte “personalizzate” pervenutegli, potendo ricorrere, se necessario, «[a]l parere di un terzo»⁴¹⁷. Il riferimento sembra essere alla figura del consulente⁴¹⁸ e, in particolare, a quella del consulente c.d. “indipendente” (su cui v. *infra*). Prova ne sia che la comunicazione di informazioni personalizzate, nonostante rispecchino il profilo personale ed economico del consumatore, «non dovrebbe implicare l’obbligo di un parere»⁴¹⁹ perché, appunto, connotante il diverso servizio di consulenza.

Qualora il creditore proponga un’offerta di credito per lo stesso vincolante, il PIES è consegnato solamente se il creditore non lo ha ancora ricevuto, ovvero, pur avendolo

⁴¹⁴ Come visto, l’esigenza di differenziare le tipologie di informazione da fornire al consumatore nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, venne evidenziata già dalla Commissione europea nella raccomandazione *sull’informazione precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa di abitazione* (il cui contenuto è stato peraltro ripreso dal *codice deontologico sull’informativa precontrattuale relativa ai contratti di mutuo per la casa di abitazione*), la quale distingueva, infatti, le informazioni generali e le informazioni personalizzate, queste ultime «da presentarsi sotto forma di “prospetto informativo europeo standardizzato”». Seppur con alcune modificazioni e integrazioni, l’attuale disciplina di entrambe le categorie di informazione ricalca quella delineata da detto provvedimento.

Al riguardo, si vedano altresì le considerazioni svolte al par. 1.

⁴¹⁵ È tuttavia fatta salva la facoltà di utilizzare un prospetto informativo diverso dal PIES, ma che, in sostanza, ne rispecchia i contenuti, fino al 21 marzo 2019, qualora gli Stati membri già ne facciano uso (cfr. art. 14, par. 5).

⁴¹⁶ In proposito, v. A. LAS CASAS, *op. ult. cit.*, p. 259.

⁴¹⁷ Cfr. 40° e 44° *considerando*.

⁴¹⁸ Una conferma di ciò è data dal 64° *considerando*, il quale, riferendosi al servizio di consulenza, si esprime in termini di “parere”.

⁴¹⁹ 44° *considerando*.

ricevuto, le informazioni ivi contenute non corrispondono a quelle del “nuovo” PIES. Agli Stati membri è in ogni caso riconosciuta la possibilità di imporre la consegna del modulo in oggetto anche prima che il consumatore riceva un’offerta vincolante (per il creditore). In tal caso, però, l’obbligo di fornire un secondo PIES è – ragionevolmente – subordinato al fatto che nel primo siano indicati dati diversi (art. 14, par. 3 e 4).

Dopo aver ricevuto le informazioni personalizzate, al consumatore è riconosciuto un periodo di tempo, precisato dai legislatori nazionali, ma che comunque non può essere inferiore a 7 giorni, durante il quale confrontare le offerte, valutarne le implicazioni e, quindi, prendere la propria decisione.

La natura giuridica di detto periodo, se periodo c.d. “di riflessione” prima della stipulazione del contratto⁴²⁰, ovvero se termine entro il quale esercitare il diritto di recesso dal contratto già concluso, o, ancora, se una combinazione di entrambi, è rimessa alla discrezionalità dei singoli legislatori. In ogni caso, qualora uno Stato propenda per la prima delle citate alternative deve assicurare che il creditore rimanga vincolato all’offerta per tutta la durata del periodo di riflessione e il consumatore possa accertarla in qualsiasi momento, purché entro tale frangente temporale. È fatta salva la possibilità di prevedere un termine, non superiore a 10 giorni, prima del quale il consumatore non può accettare (in tal caso, il periodo di riflessione dovrà giocoforza essere superiore a 10 giorni).

Questa la disciplina, è possibile formulare alcune considerazioni.

Nell’ipotesi in cui uno Stato membro decida di avvalersi della possibilità riconosciuta dalla direttiva e, quindi, preveda come obbligatoria la consegna del PIES prima della presentazione di un’offerta vincolante, lo *spatium deliberandi* riconosciuto al consumatore, se previsto quale periodo di riflessione antecedente la conclusione del contratto, decorrerà non dal momento della consegna del documento, bensì da quello in cui il creditore ha presentato l’offerta vincolante. Prova ne sia che il contenuto di quest’ultima dovrebbe corrispondere alle indicazioni contenute nel PIES⁴²¹.

⁴²⁰ Come è avvenuto in Italia.

⁴²¹ «Gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che qualora decida di concedere il credito, il creditore *sia vincolato alle informazioni fornite nel PIES*», così il 43° *considerando*. Sul punto si vedano le considerazioni di A. LAS CASAS, “*Informazioni generali*” e “*informazioni personalizzate*” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 261, il quale pone l’attenzione sul rapporto creditore/consumatore, connotato da una condizione di vincolo per il primo (rispetto alla propria offerta) e di libertà del secondo, funzionale al confronto tra le diverse offerte presentate. L’A. rileva inoltre che, nel caso in cui uno Stato scegliesse di rendere obbligatoria la consegna del PIES prima della proposta vincolante, eventualmente potrebbe decidere di non riconoscere al consumatore l’ulteriore termine previsto dal par. 6, comma 4°, art. 14, prima del quale non può accettare l’offerta «in considerazione del fatto che, avendo già ricevuto il PIES, avrebbe già avuto il tempo sufficiente a esaminare le condizioni dell’offerta e percepire il rischio economico dell’offerta».

All'opposto, non risulterebbe propriamente confacente alle esigenze poste alla base dell'informativa personalizzata la normativa nazionale che legittimasse i creditori, dopo la consegna del PIES, a presentare offerte non vincolanti; il consumatore si troverebbe infatti «esposto alla possibilità che il creditori muti le condizioni proposte»⁴²². In una simile ipotesi, al fine di rispettare la *ratio* della disciplina europea⁴²³, il professionista dovrebbe quindi consegnare un nuovo PIES, dal contenuto analogo a quello della proposta, iniziando a decorrere solo da tale momento il previsto periodo di riflessione. E così si dovrebbe procedere tante volte quante sono quelle in cui il creditore modifichi la propria offerta.

La comunicazione di informazioni personalizzate, quantunque importante, potrebbe non essere di per sé sufficiente a porre *il consumatore* nelle condizioni di scegliere il contratto per lui più adeguato. Per tale ragione, il creditore e «se del caso» l'intermediario sono tenuti a fornire «spiegazioni adeguate» sui contratti di credito e sugli eventuali servizi accessori proposti⁴²⁴, le cui caratteristiche non differiscono da quelle delineate nella proposta del 2011.

Benché la scelta finale si riveli supportata da un'attività c.d. «di assistenza» da parte del professionista⁴²⁵, la stessa è e rimane del consumatore⁴²⁶.

Come detto, il dovere in oggetto non si spinge sino al punto di raccomandare un prodotto anziché un altro⁴²⁷, essendo, questo, un aspetto connotante il diverso servizio di consulenza.

⁴²² A. LAS CASAS, *op. ult. cit.*, p. 262.

⁴²³ *Ratio* che, come detto, è quella di porre il consumatore nelle condizioni di conoscere le effettive caratteristiche dei contratti proposti e i rischi a questi connessi, avuto riguardo alla sua condizione economica e personale, per poter scegliere quello per lui più adeguato.

⁴²⁴ Secondo quanto stabilito dall'art. 4, par. 1, punto n. 4, per «servizio accessorio» si intende «un servizio offerto al consumatore in combinazione con il contratto di credito» come, ad esempio, un'assicurazione. Al riguardo si precisa altresì che qualora la conclusione di un contratto riguardante un simile servizio si presenti come necessario per ottenere il credito, ovvero ottenerlo a specifiche condizioni, se il relativo costo totale non può essere determinato in anticipo, già nell'annuncio pubblicitario deve essere riportato «in forma chiara, concisa ed evidenziata» l'obbligo di sottoscrivere detto contratto (art. 11, par. 4).

⁴²⁵ Parlano di «dovere di assistenza», A. LUPOI, *La direttiva 17/2014. Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, cit., p. 234 ss.; S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., p. 532; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 79. Cfr. altresì il 48° *considerando*: «È possibile che un consumatore abbia bisogno di ulteriore assistenza (...)».

⁴²⁶ In tali termini si esprime anche A. LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 242. Peraltro, a conferma di ciò sembra deporre la stessa formulazione dell'art. 16, il quale afferma che le spiegazioni adeguate sono funzionali a che sia il consumatore a valutare, in concreto, l'adeguatezza o meno del contratto proposto alla sua situazione personale e finanziaria.

⁴²⁷ «Tali spiegazioni non dovrebbero costituire di per se stesse una raccomandazione personalizzata», così il 48° *considerando*.

5.1. Segue: *il servizio di consulenza.*

La consulenza costituisce un'attività separata anche rispetto a quelle di concessione e intermediazione del credito⁴²⁸ in quanto tesa a soddisfare i reali interessi dei consumatori e a rafforzare, di conseguenza, la fiducia degli stessi negli operatori creditizi⁴²⁹.

Per vero, lo scopo è quello di orientare il mutuatario nella scelta del prodotto creditizio più adeguato alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Tale attività trova la propria giustificazione, da un lato, nella complessità dei prodotti presenti nel mercato del credito ipotecario e residenziale e, dall'altro, nella conseguente difficoltà per il consumatore di comprendere appieno sia le caratteristiche delle offerte allo stesso presentate, sia gli effetti in concreto derivanti dal contratto di credito che ha deciso di concludere. Invero, l'informativa precontrattuale fornita dal professionista prima dell'eventuale stipulazione del contratto, nonché i chiarimenti che devono essere a tal riguardo dati, sebbene assicurino una scelta informata, non è detto siano altresì sufficienti a garantire una «scelta *consapevole*» da parte del consumatore⁴³⁰. In tale contesto, dunque, lo strumento della consulenza, se utilizzato correttamente, eviterebbe al mutuatario l'assunzione di un finanziamento per lo stesso *insostenibile*⁴³¹: quest'ultimo, infatti, se avvertito delle conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare al proprio patrimonio, verosimilmente sarà portato a scegliere il credito che meglio sembra adattarsi alla sua condizione economica e personale⁴³².

Detto servizio è prestato esclusivamente dal finanziatore, dall'intermediario del credito o dai rappresentanti designati e può essere definito come “indipendente” solo quando, premessa l'assenza di qualsiasi prescrizione nazionale che vieti l'utilizzo dei termini “consulenza” e “consulente” a coloro che svolgono la propria attività con vincolo di mandato, è fornito da un consulente che possa, appunto, qualificarsi tale. E segnatamente: a) il creditore, l'intermediario o il rappresentate designato che prendono

⁴²⁸ Cfr. 63° *considerando* dir.

⁴²⁹ Cfr. 31° *considerando* dir.

⁴³⁰ Tale rilievo deve attribuirsi a A. LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 235 e 243, secondo il quale la scelta del consumatore può dirsi consapevole solo quando lo stesso è in grado di valutarne le conseguenze.

⁴³¹ In proposito, si vedano le considerazioni di E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 212 ss., secondo la quale il finanziamento appare sostenibile solo se proporzionato al patrimonio presente e futuro del consumatore e permette, al contempo, un adempimento regolare (p. 214).

⁴³² S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 532, rileva come la consulenza fornita dal professionista possa sostanziarsi in un «consiglio negativo, nel caso il profilo finanziario corrente del consumatore non si mostrasse pertinente». Dello stesso avviso è A. LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 242, il quale evidenzia che «l'intermediario non può nascondere aspetti contrattuali svantaggiosi per il consumatore».

in considerazione un numero sufficientemente ampio di contratti di credito disponibili sul mercato; b) il creditore, l'intermediario o il rappresentante designato non remunerati per il servizio prestato da uno o più creditori, a condizione, però, che «il numero di creditori presi in considerazione [sia] inferiore alla maggioranza del mercato» (art. 22, par. 4)⁴³³.

Il finanziatore (o gli altri soggetti legittimati) acquisiscono informazioni aggiornate sulla condizione economica e personale del consumatore, sugli scopi perseguiti e sulle preferenze dallo stesso manifestate. Anche il mutuatario, dunque, al fine di ricevere una consulenza obiettiva e il più possibile adeguata alle proprie esigenze, deve collaborare con il professionista nel fornirgli le informazioni di cui necessita⁴³⁴. All'esito dell'istruttoria, il consulente consegna al consumatore, in forma cartacea o su altro supporto durevole, una *raccomandazione personalizzata* «in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito», adeguata al profilo personale e finanziario emerso e contenente altresì un'indicazione in ordine agli eventuali servizi accessori connessi con l'operazione consigliata.

Solo se si considera che il professionista, nell'adempimento di detto servizio, agisce nel miglior interesse del consumatore, è possibile comprendere perché il legislatore europeo – conformandosi alle indicazioni in proposito fornite dalla Commissione – abbia previsto che la richiesta consulenza debba altresì stimare i rischi che potrebbero ragionevolmente interessare la situazione del mutuatario durante la vigenza dello specifico contratto raccomandato e incidere, di conseguenza, sulla capacità dello stesso di rispettarne gli impegni convenuti (si pensi, ad es., alla perdita del lavoro - specie se si sapeva essere a tempo determinato - ovvero al caso di una separazione coniugale). Invero, solo qualora il consulente raccomandi un finanziamento in grado di essere “tollerato” dal consumatore nonostante il verificarsi di situazioni che ne pregiudichino la stabilità economica, è possibile affermare che la consulenza prestata è realmente informata al perseguimento e alla tutela dei suoi interessi.

La possibilità di ricevere servizi di consulenza, ovvero il fatto che questi «vengono prestati» nell'ambito dell'operazione creditizia⁴³⁵, sono resi noti al consumatore già

⁴³³ È fatta salva la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'utilizzo dell'espressione “consulenza indipendente” e, conseguentemente, di “consulente indipendente”, al rispetto di regole più rigorose, compreso, ad esempio, il divieto di ricevere una remunerazione dal creditore.

⁴³⁴ Considerano fondamentale «la leale collaborazione del consumatore» al fine di ottenere una «consulenza tendenzialmente obiettiva (...) basata su un profilo individuale e non meramente tipologico» anche G. DOTTORE e S. RIO, *Commento sub art. 22 – Standard in materia di consulenza*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 404.

⁴³⁵ Art. 22, par. 1.

nella fase precontrattuale mediante le informazioni personalizzate (*id est* con la consegna del PIES⁴³⁶). Nella fattispecie, il consulente indica la gamma dei prodotti considerati ai fini della raccomandazione⁴³⁷, nonché il compenso dovuto dal consumatore per il servizio reso, ovvero il metodo per calcolarlo qualora questo non possa essere determinato al momento della comunicazione.

Il *servizio* di consulenza, dunque, a differenza del *dovere* di assistenza, come reso evidente anche dalla diversità dei termini utilizzati, viene prestata solo se oggetto di specifica pattuizione – verosimilmente onerosa – tra le parti⁴³⁸.

Da ultimo, gli Stati membri possono prevedere l'obbligo per il consulente di *avvisare* il consumatore nell'ipotesi in cui, a seguito dell'esame della sua condizione finanziaria, appare verosimile che dalla stipulazione del contratto di credito conseguirà uno *specifico* rischio a suo carico. Dunque, un (possibile⁴³⁹) dovere di avviso che, se da un lato, denota l'effettiva attenzione rivolta al mutuatario e alla tutela dei suoi interessi, dall'altro, sembra ancora una volta addossare a quest'ultimo la responsabilità per gli eventuali effetti negativi derivanti dalla concessione del credito. Invero, nonostante il monito ricevuto, è stata sua la scelta di concludere il contratto.

Ebbene, alla luce del contesto normativo tratteggiato, senza dubbio influenzato dai doveri di informazione e di consulenza previsti in materia di servizi finanziari e di investimento (dir. 2004/39CE, ora dir. 2014/65/UE)⁴⁴⁰, si può affermare che gli obblighi di condotta imposti al professionista dalla *Mortgage Credit Directive* rispondono all'esigenza di rendere *ex ante* chiare e trasparenti le caratteristiche del finanziamento offerto, evidenziandone i rischi per il consumatore, così da permettergli una decisione tanto informata, quanto consapevole.

⁴³⁶ Cfr. allegato II, parte A, dir., che riporta il PIES; nello specifico i riquadri 1 (relativo al soggetto erogante il credito) e 2 (relativo all'intermediario) contemplano le informazioni attinenti all'eventuale servizio di consulenza.

⁴³⁷ In proposito si rileva, peraltro, come il parametro su cui detto consiglio poggia, assuma connotati diversi in relazione al "tipo" di consulente che lo fornisce. Sebbene ai fini della raccomandazione debba essere sempre considerato un numero sufficientemente ampio di contratti di credito, l'ambito di riferimento muta a seconda che la consulenza venga prestata dal finanziatore, dall'intermediario o dal rappresentante designato con o senza vincolo di mandato. Invero, detti contratti sono, nel primo caso, selezionati all'interno della gamma di prodotti dai dagli stessi offerti; nel secondo caso, invece, scelti tra i prodotti disponibili sull'intero mercato (art. 22, par. 2, 3° comma, lett. *b* e *c*).

⁴³⁸ G. DOTTORE e S. RIO, *op. cit.*, p. 402, sono dello stesso avviso: «gli operatori del settore creditizio (...) non sono tenuti per legge a prestare una consulenza». Peraltro, anche il par. 2 dell'art. 22 si esprime in termini di "contratto per la prestazione di servizi di consulenza", con ciò evidenziandone la natura negoziale.

L'obbligatorietà della consulenza avrebbe potuto avere un impatto negativo sui prezzi delle ipoteche e sulla scelta dei prodotti a disposizione dei consumatori; i finanziatori, infatti, avrebbero verosimilmente limitato la raccomandazione alla propria gamma di prodotti (in tali termini si è espressa la Commissione nel proprio Libro bianco. Sul punto, v. par. 3).

⁴³⁹ In quanto rimesso alla scelta discrezionale dei legislatori del recepimento.

⁴⁴⁰ Per una recente e dettagliata analisi della disciplina, v. A. CILENTO, *I doveri di informazione del consulente finanziario tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Quad. foro nap.*, n. 18, 2017.

6. *L'obbligo di verifica del merito creditizio del mutuatario. Gli orientamenti ABE.*

La struttura della dir. 2014/17/UE avrebbe dovuto uniformarsi a quella della dir. 2008/48/CE al fine di garantire un quadro normativo omogeneo e coerente nel settore creditizio, riducendo al minimo gli oneri amministrativi e i costi per i creditori e gli intermediari (20° *considerando*). Al contempo, le peculiarità dei contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali, da una parte, e la necessità di «tenere conto degli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria» ed assicurare, pertanto, una sana e corretta gestione del credito, dall'altra, ne giustificavano un approccio differenziato (22° *considerando*). Di qui, l'opportunità di prevedere disposizioni più rigide in materia di valutazione del merito creditizio del consumatore.

Dell'obbligo in oggetto viene fatta menzione sin dall'art. 1 (attinente all'oggetto della direttiva), per poi essere analiticamente disciplinato agli artt. 18, 19 e 20.

Invariato rispetto a quanto previsto dalla direttiva sul credito ai consumatori è il *tempus* in cui il creditore – e solo questo⁴⁴¹ – deve procedere alla valutazione: prima sia della stipulazione del contratto, sia dell'eventuale aumento che le parti decidano di apportare all'importo totale in origine concesso, a meno che tale supplemento non fosse già stato previsto e, quindi, considerato ai fini della stessa.

Senonché le prime differenze iniziano ad emergere in relazione agli elementi oggetto dell'*approfondita* verifica, che deve essere effettuata avendo riguardo non soltanto alla condizione del mutuatario al momento della richiesta, ma anche ai fattori che potrebbero potenzialmente influenzarne – in modo negativo – le capacità di rimborso *per l'intera durata del contratto*⁴⁴². Un'attività, dunque, che, al pari della consulenza, guarda non soltanto al presente, ma anche al (verosimile) futuro del consumatore⁴⁴³.

Nello specifico, il giudizio del creditore deve tenere conto del reddito del consumatore, delle spese che questo deve sostenere, nonché di qualsiasi altra informazione “necessaria”, “sufficiente” e “proporzionata” relativa alla sua situazione economico-finanziaria, tra cui: (i) la capacità di sopportare pagamenti futuri o possibili aumenti dovuti ad ammortamenti negativi o pagamenti differiti del capitale o degli

⁴⁴¹ L'art. 18, al pari dell'art. 8 dir. 2008/48CE, non menziona l'intermediario del credito.

⁴⁴² Ad esempio, la perdita del lavoro, ovvero il pensionamento (sempreché la durata del contratto non cessi contestualmente a quest'ultimo) possono ridurre sensibilmente la capacità reddituale del consumatore.

⁴⁴³ Cfr. 55° *considerando*.

interessi; (ii) le “altre” spese periodiche e gli “altri” debiti e impegni finanziari; (iii) i risparmi e gli eventuali “altri” attivi patrimoniali (55° *considerando*).

Per ciò che attiene al valore del bene immobile oggetto di garanzia, benché costituisca un elemento di indubbia importanza nella determinazione dell’importo che può essere concesso al consumatore⁴⁴⁴, non può tuttavia essere il fattore determinante l’esito positivo della valutazione, salvo il credito sia finalizzato alla sua costruzione, ovvero alla sua ristrutturazione (cfr. art. 18, par. 3, nonché 55° *considerando*).

Tale assunto si confà alla volontà del legislatore europeo di permettere al consumatore l’adempimento dei propri obblighi restitutori nei termini e con le modalità delineate nel contratto di credito. Invero, la decisione di erogare il finanziamento sol perché il valore dell’immobile ipotecato (o altrimenti garantito) è superiore alla somma concessa mal si concilia con detta esigenza: in tale ipotesi è infatti verosimile che la decisione del creditore sia influenzata dalla possibilità, in caso di inadempimento del mutuatario, di ottenere la restituzione del prestito - superiore al valore del bene - in via giudiziale attraverso il procedimento di espropriazione forzata. Esito, questo, che, proprio in ragione della necessità di tenere conto degli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria⁴⁴⁵, la direttiva intende contrastare⁴⁴⁶.

Dunque, ciò che si intende assicurare è un esatto adempimento «sotto il profilo del rispetto del contenuto della prestazione che forma oggetto dell’obbligazione, senza necessità di ricorrere a misure “straordinarie” (rateizzazioni, dilazioni e in generale quant’altro possa modificare il contenuto della prestazione originaria)»⁴⁴⁷.

Sebbene le summenzionate prescrizioni vincolino l’attività di erogazione del credito – per definizione rimessa all’esclusiva discrezionalità tecnica del professionista –, d’accordo con la finalità di accordare ai consumatori un effettivo ed elevato livello di tutela, assicurano l’erogazione di un finanziamento *sostenibile* «sia in termini di proporzionalità rispetto al patrimonio presente e futuro del richiedente, sia con riguardo

⁴⁴⁴ A tal proposito gli Stati membri possono stabilire dei limiti inerenti al rapporto mutuo concesso/valore dell’immobile, ovvero mutuo concesso/reddito percepito dal consumatore (cfr. 55° *considerando*).

⁴⁴⁵ È, infatti, questo uno dei comportamenti che progressivamente condotto alla crisi americana dei prestiti *sub prime*, poi estesi anche nei Paesi europei.

⁴⁴⁶ Cfr. DE GIOIA-CARABELLESE e C.CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., i quali evidenziano altresì come un eventuale decremento di valore del bene «renda vulnerabile il mutuatario». Invero, qualora egli decida (o sia costretto) a vendere l’immobile, la somma percepita sarà inferiore a quella concessa con il contratto di mutuo.

Riguardo alla valutazione dei beni immobili, l’art. 19 dir. impone agli Stati membri di elaborare “standard affidabili” cui sia i finanziatori, sia eventuali soggetti terzi incaricati della valutazione (c.d. periti) devono attenersi.

⁴⁴⁷ In tali termini si esprime E. PELLECCCHIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 214.

alla possibilità di un adempimento regolare coerentemente con l'obiettivo enunciato nel considerando n. 6»⁴⁴⁸⁴⁴⁹.

La maggiore attenzione che le Istituzioni europee prestano alla verifica del merito di credito emerge, oltre che dalle più dettagliate disposizioni della direttiva, anche dalla decisione di definire linee guida tese, da un lato, a fornire agli enti creditizi gli strumenti necessari per adempiere in modo corretto l'obbligo loro imposto e, dall'altro lato, ad assicurare che il *modus adimplendi* sia lo stesso in tutta l'Unione. Ci si intende con ciò riferire agli "orientamenti sulla valutazione del merito creditizio"⁴⁵⁰ emanati dall'Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA)⁴⁵¹ in data 19 agosto 2015, ma applicabili solo dal 21 marzo 2016 (termine ultimo di recepimento della direttiva).

Gli orientamenti sono 6 e attengono: 1) alla verifica del reddito del consumatore; 2) alla documentazione e alla conservazione delle informazioni; 3) all'individuazione delle informazioni inesatte; 4) alla valutazione della capacità del consumatore di adempiere gli obblighi stabiliti dal contratto di credito; 5) alla valutazione degli impegni finanziari già assunti dal consumatore e delle altre spese non discrezionali; 6) alla valutazione dei potenziali futuri scenari negativi.

Di seguito si cercherà di indagarne la portata, evidenziandone – se presenti – i profili di novità rispetto alle regole – non scritte – già osservate dal c.d. *bonus argentarius* e a quelle previste dalla direttiva.

Il primo elemento che di norma si valuta per verificare se il mutuatario è o meno in grado di restituire il credito richiesto è il reddito. Invero, quanto minore è il reddito percepito, tanto minori saranno le risorse cui attingere per sostenere l'impegno

⁴⁴⁸ E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 214

⁴⁴⁹ In tale considerando viene fatta menzione dell'opportunità di promuovere pratiche che assicurino l'erogazione e l'assunzione di prestiti "sostenibili".

⁴⁵⁰ Reperibili al sito www.eba.europa.eu. Scopo di tali orientamenti è appunto quello di fornire «ulteriori dettagli sui requisiti di cui all'articolo 18 e all'articolo 20, paragrafo 1, della direttiva 2014/17/UE, intesi a valutare il merito creditizio del consumatore in relazione ai contratti di credito che rientro nell'ambito di applicazione (...) della direttiva».

⁴⁵¹ L'Autorità bancaria europea, istituita con il reg. UE n. 1093/2010, è un'autorità indipendente dell'Unione che opera per assicurare un livello di regolamentazione e di vigilanza prudenziale efficace e uniforme nel settore bancario europeo. Gli obiettivi generali dell'Autorità sono assicurare la stabilità finanziaria nell'UE e garantire l'integrità, l'efficienza e il regolare funzionamento del settore bancario. A tal fine, l'ABE adotta norme tecniche giuridicamente vincolanti e orientamenti che contribuiscono a formare un *corpus* unitario di norme, a sua volta strumentale ad assicurare condizioni di parità e un elevato livello di tutela ai depositanti, agli investitori e ai consumatori nel settore bancario.

L'Autorità fa parte del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), che è costituito da tre autorità di vigilanza: l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), l'Autorità bancaria europea (ABE) e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA). Il sistema comprende, inoltre, il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), il Comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza e le Autorità di vigilanza nazionali.

Pur essendo indipendente, l'ABE è responsabile dinanzi al Parlamento europeo, al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione europea.

finanziario. Per tale motivo il creditore dovrebbe anzitutto «svolgere indagini *ragionevoli* e adottare misure *ragionevoli* per verificare la capacità di reddito attuale e pregressa del consumatore»⁴⁵², nonché il suo andamento (regolare o meno) nel corso del tempo.

Atteso che l'agire del creditore deve essere informato al principio di ragionevolezza, quest'ultimo, oltre che interrogare il consumatore, ben potrebbe chiedere la produzione di documenti, magari rilasciati da terzi (ad esempio, le buste paga fornite dal datore di lavoro), che attestino la veridicità delle informazioni ricevute e, dunque, provino la sussistenza di un reddito sufficiente a permettere il corretto adempimento degli obblighi restitutori convenuti. Evenienza, questa, che assume notevole importanza nell'ipotesi in cui il debitore sia un libero professionista, ovvero svolga un lavoro di carattere stagionale o saltuario. In tali casi, infatti, l'intermediario dovrebbe acquisire «da parte di soggetti terzi»⁴⁵³ la documentazione necessaria a dimostrare l'effettivo reddito prodotto (si pensi, ad esempio, al c.d. Modello Unico per i redditi da lavoro autonomo, ovvero al c.d. “modello 730” per quelli derivanti da lavoro dipendente).

Ebbene, quanto previsto dal 1° orientamento non sembra aggiungere nulla di rilevante a quanto già previsto dall'art. 20 della direttiva ai sensi del quale la valutazione del merito creditizio tiene conto, tra le altre, delle informazioni inerenti al reddito, informazioni che, qualora fornite dallo stesso consumatore, devono essere «opportunamente verificate, anche attingendo, se necessario, a documentazione indipendente verificabile». Peraltro, già nella fase precontrattuale il creditore specifica «in modo chiaro e diretto» di quali informazioni ed evidenze documentali necessita, precisando il termine entro cui il cliente deve provvedere⁴⁵⁴.

Qualora il creditore decida di concedere il mutuo ipotecario ne dovrebbe conservare i relativi documenti, quantomeno per la durata del contratto di credito. Tra questi, poi, quelli in cui vengono “adeguatamente” spiegate le modalità adottate per verificare la capacità reddituale del mutuatario – specie di quella pregressa – devono essere lasciati a disposizione delle “autorità competenti” (2° orientamento).

Quest'ultimo riferimento sembrerebbe alludere all'ipotesi in cui l'intermediario necessiti di provare il corretto adempimento del proprio dovere, adempimento che,

⁴⁵² Così il 1° orientamento.

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ Tale richiesta deve essere in ogni caso contenuta entro i limiti di quanto necessario per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio (art. 18, par. 3).

all'opposto, il debitore nega essere avvenuto, in sede tanto giudiziale e, quindi, davanti all'autorità giudiziaria, quanto disciplinare e, dunque, davanti alla competente autorità di vigilanza (ad esempio, la Banca d'Italia, il *Financial Conduct Authority*, il *Financial Services Authority of Ireland*).

Il sistema così delineato sembra riproporre quanto previsto dall'ordinamento francese per ciò che attiene all'onere del creditore di conservare le prove dell'avvenuta consultazione del "registro nazionale dei cattivi pagatori" in quanto necessarie a dimostrare il compiuto adempimento del dovere di valutare il merito creditizio del debitore⁴⁵⁵.

Le informazioni su cui si basa la verifica in oggetto possono essere ottenute consultando un'apposita banca dati⁴⁵⁶, ovvero fornite dallo stesso consumatore, dall'intermediario o dal rappresentante designato se intervenuti nel rapporto contrattuale. Peraltro, a quest'ultimo riguardo, la direttiva (art. 20, par. 2) invita gli Stati membri a definire misure idonee ad assicurare che gli intermediari del credito e gli eventuali rappresentanti designati effettivamente forniscano al creditore le informazioni ottenute dal consumatore affinché possa valutarne la meritevolezza creditizia.

Ebbene, così come è vero che detta valutazione incombe sul solo creditore, è altrettanto vero che, qualora coinvolti nell'operazione creditizia, l'intermediario e il rappresentante designato devono raccogliere le informazioni attinenti al reddito, alle spese e, in generale, alla situazione economica e personale del consumatore; in altri termini ne devono *verificare* il merito creditizio. E ciò al fine di porre il creditore nelle condizioni di adempiere il proprio dovere di *valutazione* e, quindi, decidere se concedere o meno il credito

Anche in tale sede si ripropone, dunque, la distinzione tra "verifica" e "valutazione" del merito creditizio proposta con riguardo alla disciplina di cui alla dir. 2008/48/CE⁴⁵⁷, distinzione che, peraltro, la stessa dir. 2014/17/UE ripresenta quando il Capo 6 è dedicato alla "Valutazione del merito creditizio" e l'art. 18 è rubricato "Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore".

⁴⁵⁵ Cfr. d.m. 26 ottobre 2010, "arrêté ministériel relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers", cap. IV "Consultation et conservation des données". Sul punto si rimanda alle considerazioni di cui al Cap. II, par. 11.3.

⁴⁵⁶ Della possibilità che venga consultata una banca dati deve essere dato previo avviso al consumatore, così come lo stesso deve essere informato in merito al fatto che il rifiuto della domanda è dipeso dal risultato della consultazione; in tal caso il creditore deve anche indicare gli estremi della banca dati consultata (art. 18, par. 5, lett. b e c).

Relativamente al rapporto consumatore/banca dati, v. Cap. II, par. 10.

⁴⁵⁷ L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., pp. 504 e 505. Sul punto si rimanda alle riflessioni contenute nel Cap. II, par. 9.

Come detto, le informazioni fornite dal consumatore sono opportunamente verificate, se necessario attingendo a documentazione indipendente e verificabile. La stessa regola si applica anche all'intermediario e al rappresentante designato. In tal modo il creditore dispone di elementi che gli permettono di individuare eventuali inesattezze nelle dichiarazioni rese e, quindi, di evitare di formulare un giudizio non rispondente alla realtà (3° orientamento).

Quantunque il reddito sia importante per accertare la capacità solutoria del mutuatario, non è l'unico elemento di cui il creditore deve tener conto. Invero la sua valutazione si deve altresì basare sulle "altre" informazioni, "necessarie", "sufficienti" e "proporzionate" relative alla complessiva situazione economico-finanziaria del consumatore (art. 20, par. 1).

In proposito, il 4° orientamento, sebbene mediante un elenco meramente esemplificativo (e, quindi, suscettibile di integrazione), dispone che l'intermediario *può* prendere in esame: (i) tutti gli oneri connessi al servizio di debito; (ii) la quota capitale del debito e i relativi tassi di interesse; (iii) eventuali mancati pregressi pagamenti; (iv) ove conosciute, tasse e assicurazioni direttamente collegate al finanziamento. È, infatti, indubbio che detti fattori incidono sulla capacità del debitore di correttamente assolvere i propri impegni.

Lo scopo, espressamente indicato nell'orientamento di cui si tratta, è quello di evitare che il creditore introduca oneri indebiti e persuada il mutuatario ad assumere obbligazioni esorbitanti le proprie risorse economiche. Ciò posto, non sembrerebbe dunque azzardato configurare la valutazione del merito creditizio come uno strumento di tutela preventiva del sovraindebitamento.

È noto che una delle fonti principali cui si attinge per rimborsare il prestito concesso è il reddito da lavoro, dipendente o autonomo. Per tale ragione il creditore, nell'ipotesi in cui il contratto non termini con il raggiungimento dell'età pensionabile del mutuatario, dovrebbe, oltre che indagarne il reddito al momento della richiesta, verificare che, nonostante il pensionamento, disponga di risorse sufficienti per continuare ad adempiere gli obblighi restitutori convenuti. In linea di principio, l'esistenza o meno di tali risorse deve essere accertata indagando l'attuale condizione economica del consumatore; un annunciato aumento di reddito potrebbe incidere – positivamente – sul giudizio del creditore solo se accompagnato dalla documentazione che ne attesta la verosimiglianza.

Anche eventuali impegni finanziari già assunti dal debitore potrebbero influire – in tal caso in modo negativo – sull’effettiva sostenibilità del finanziamento. Ne deriva che una corretta valutazione non può non considerare i rapporti obbligatori intrattenuti dal debitore con altri creditori, nonché le altre spese non discrezionali dallo stesso sostenute, incluse quelle relative al suo sostentamento (5° orientamento).

Da ultimo, il 6° orientamento, che ripropone, in sostanza, le riflessioni di cui al 55° *considerando*⁴⁵⁸, impone al creditore un comportamento prudentiale, teso a ponderare gli effetti che potenziali futuri scenari negativi potrebbero avere sulla situazione patrimoniale del consumatore e, quindi, sulla sua capacità di restituire il prestito. Tra questi, particolare rilevanza assumono la – fisiologica – riduzione del reddito dopo il pensionamento (sempreché il termine finale del contratto non coincida con il sopraggiungere di tale condizione), l’aumento dei tassi di interesse nel caso di mutuo ipotecario a tasso variabile, un eventuale ammortamento negativo o, ancora, la previsione di c.d. maxi-rate finali o pagamenti differiti di capitale o interessi⁴⁵⁹.

Orbene, alla luce delle summenzionate riflessioni, per quanto gli orientamenti emanati dall’ABE non aggiungano nulla di particolarmente rilevante alla disciplina già prevista nel corpo normativo e nei *considerando* della direttiva, non si può tuttavia non notare – e apprezzare – l’intento (assente nella direttiva sul credito ai consumatori) di definire un *corpus* unitario di norme attraverso cui assicurare condizioni di parità nella valutazione del merito di credito e, quindi, una tutela effettiva ed uniforme a tutti i consumatori dell’Unione.

7. *Il dovere di astensione del creditore: verso un’effettiva tutela del consumatore?*

«La decisione del creditore sull’opportunità di concedere il credito *dovrebbe* essere coerente con l’esito della valutazione del merito creditizio»⁴⁶⁰. Questo significa che nell’ipotesi in cui si accerti la verosimile incapacità del mutuatario non solo – e non tanto – di rimborsare il prestito erogato, ma di rimborsarlo alle condizioni previste nel contratto, il creditore dovrebbe rifiutare la relativa richiesta. Proprio in ragione di ciò, la possibilità di trasferire il rischio di credito sul mercato, ovvero di ottenere la

⁴⁵⁸ «(...) Tale valutazione del merito di credito dovrebbe tener conto di tutti i fattori necessari e pertinenti che potrebbero influenzare la capacità del consumatore di rimborsare il credito per la sua intera durata (...)».

⁴⁵⁹ Tali elementi coincidono con quelli indicati nel 55° *considerando*: «(...) In particolare la capacità del consumatore di servire e rimborsare integralmente il credito dovrebbe tener conto di pagamenti futuri o aumenti dovuti ad *ammortamenti negativi* o *pagamenti differiti del capitale o degli interessi* [c.vo mio]».

⁴⁶⁰ Così recita il 57° *considerando*.

restituzione della somma dovuta da un soggetto diverso dal debitore (ad esempio un'impresa di assicurazioni), non dovrebbe indurre l'intermediario a concedere il finanziamento, con il risultato di ignorare, o non adeguatamente considerare, il profilo individuale del richiedente.

All'opposto, l'eventuale giudizio positivo non dovrebbe comportare l'obbligo per il professionista di concludere il contratto, continuando a vigere una piena autonomia di giudizio nell'assunzione di determinazioni connesse con il processo di allocazione delle risorse creditizie⁴⁶¹.

In termini non dissimili si esprime l'art. 18, par. 5, lett. a, dir., ai sensi del quale gli Stati membri assicurano che l'erogazione del credito avvenga *solo quando* dai risultati della valutazione appare verosimile che il consumatore adempirà gli obblighi restitutori derivanti dal contratto *secondo le modalità dal medesimo prescritte*⁴⁶².

Dunque, un «duplice vincolo» quello imposto al finanziatore, che ne riduce il margine di autonomia⁴⁶³: da un lato, il finanziamento è concesso solo se l'intermediario valuta positivamente il merito di credito del mutuatario; dall'altro lato, tale giudizio non si deve basare sulla generica possibilità di ottenere il rimborso della somma prestata, dovendo, questa, essere restituita *dal consumatore* nei termini e nei modi pattuiti.

Sebbene la versione finale della direttiva utilizzi una formula meno incisiva di quella contemplata nella relativa proposta, ove si configurava un vero e proprio obbligo di rifiutare il credito⁴⁶⁴, è evidente il mutamento di prospettiva rispetto alla dir. 2008/48/CE in cui il rapporto tra valutazione del merito creditizio/decisione del creditore non era minimamente affrontato, lasciando gli Stati membri liberi di intervenire sul punto.

Nonostante la diversità dei termini utilizzati, indubbia appare l'esistenza di un divieto di concedere credito qualora questo risulti *insostenibile* per il consumatore. Ne deriva, quindi, che «la soggettiva meritevolezza di credito trascende in qualità oggettiva del finanziamento – la sua sostenibilità – che viene in certo qual senso “incorporata” nel

⁴⁶¹ Cfr. K. FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 388.

⁴⁶² Nella letteratura spagnola MELERO BOSCH, *Concesión irresponsable de crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, n. 24, 2016, p. 337 e CUENA CASAS, *Evaluación de solvencia y créditos hipotecarios*, in *El Notario del siglo XXI*, 2014, p. 30, evidenziano la sussistenza di un divieto di concessione del credito qualora la valutazione del merito creditizio dia esito negativo.

⁴⁶³ E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 214.

⁴⁶⁴ «Se dalla valutazione del merito di credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, il creditore rifiuta il credito» (art. 14).

finanziamento medesimo, diventandone qualità intrinseca (...)»⁴⁶⁵. In altri termini, la decisione di finanziare il consumatore ne presuppone le capacità di rimborso.

Questo il quadro normativo, non sembrerebbe dunque azzardato individuare nel dovere in oggetto lo strumento attraverso cui il legislatore europeo ha inteso proteggere gli interessi dei consumatori ed evitare che gli stessi fossero (di nuovo) vittime dei comportamenti speculativi, e spesso irresponsabili, dei professionisti. Un interesse, dunque, squisitamente privatistico che, sebbene affiancato da quello pubblicistico relativo alla corretta allocazione delle risorse finanziarie, appare comunque preminente⁴⁶⁶, con la conseguenza di incidere, in modo sostanziale, sulla tipologia di sanzioni applicabili nel caso di inottemperanza del creditore.

Tuttavia, sembrerebbe ridimensionare la portata di tale ipotesi l'assunto secondo cui «la valutazione del merito di credito non dovrebbe comportare il trasferimento al creditore della responsabilità del consumatore per successivi inadempimenti degli obblighi derivanti dal contratto di credito» (56° *considerando*).

Orbene, è innegabile la maggiore attenzione prestata dalla dir. 2014/17 alla figura del consumatore e all'effettiva tutela dei suoi interessi; prova ne siano gli obblighi di informazione e il dovere di assistenza imposti al professionista.

Sennonché è proprio con riguardo a tale ultimo aspetto che la disciplina europea sembra lasciare uno spiraglio all'approccio *responsible borrowing*. Invero, i chiarimenti adeguati – declinazione della prestazione di assistenza – sono funzionali a che sia *lo stesso consumatore* a comprendere i potenziali effetti derivanti dalla stipulazione del contratto sulla sua situazione economica e personale al fine di decidere, in ultima istanza, quale, tra quelli proposti, sia per lui il più adeguato (cfr. 48° *considerando*).

⁴⁶⁵ Così, E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 215.

⁴⁶⁶ Dello stesso avviso sono F. SALERNO, *La prevenzione del sovraindebitamento nel credito al consumo*, Pisa, 2017, p. 83; P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 4. Di opinione diversa sembra essere A. LUPOI, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza del credito*, cit., p. 245, il quale, avuto riguardo al preminente interesse tutelato, valorizza la distinzione tra merito creditizio e consulenza. Mentre il primo «nasce come strumento impiegato dall'intermediario per attribuire un valore al rischio di credito», a sua volta strumentale alla corretta allocazione delle risorse finanziarie e quindi, in ultima istanza, al corretto funzionamento del mercato; la seconda presuppone, all'opposto, la raccolta, l'elaborazione e il costante aggiornamento di «informazioni aggiuntive e qualitativamente diverse rispetto a quelle necessarie per la valutazione del merito creditizio». Invero, la raccomandazione che ne consegue, per essere adeguata, non può basarsi sulla mera analisi della verosimile capacità del consumatore di adempiere le obbligazioni risultanti dal contratto di credito, bensì richiede che l'intermediario ne raccolga e ne *elabori* le informazioni personalizzate al fine di raccomandare il prodotto per lui migliore. È, dunque, attraverso il servizio di consulenza che vengono tutelati il consumatore e i suoi interessi.

Distingue tra valutazione del merito creditizio, dovere di assistenza e servizio di consulenza anche G. FALCONE, *Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 155 ss., spec. pp. 158 e 159.

Dunque, «una *propria* valutazione di adeguatezza del prodotto rispetto al proprio profilo»⁴⁶⁷. Di qui la necessità di tenere distinta la valutazione cui è tenuto il creditore, che, stando alla definizione proposta dalla stessa direttiva, è finalizzata non a verificare se il prodotto proposto è o meno confacente alle esigenze e alla situazione del consumatore⁴⁶⁸, bensì ad accertarne l'effettiva capacità di rimborso individuale (il merito creditizio). Eventualmente l'intermediario potrà essere chiamato a pronunciarsi in ordine all'adeguatezza del credito solo se ed in quanto espressamente previsto dalle parti, vale a dire solo in presenza di un accordo negoziale di consulenza, anch'essa attività diversa - oltre che eventuale - da quella inerente alla verifica del merito creditizio e dall'assistenza⁴⁶⁹.

È, dunque, necessaria una lettura sistematica dei doveri di condotta imposti al professionista per comprendere se la tutela del consumatore possa o meno assurgere ad interesse preminente nel contesto normativo della dir. 2014/17/UE, con ciò privilegiando la prospettiva *responsible lending* nella regolamentazione dei rapporti di credito residenziale.

E la risposta si ritiene essere – come più sopra accennato – positiva⁴⁷⁰.

Quantunque ontologicamente differenti, gli obblighi precontrattuali dell'intermediario risultano tra loro teleologicamente correlati. Le informazioni *personalizzate* fornite mediante il PIES, proprio perché tali, presuppongono la conoscenza del profilo personale ed economico del consumatore. Milita a favore di ciò il fatto che il Prospetto è consegnato «senza indebito ritardo», ma solo dopo la

⁴⁶⁷ G. FALCONE, *op. ult. cit.*, p. 158.

⁴⁶⁸ Di opinione diversa sembra essere P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, cit., p. 7, ad avviso del quale mediante la valutazione del merito creditizio la banca è specificamente obbligata a dissuadere il consumatore dalla stipulazione di contratti di credito che non risultano adeguati alla sua situazione economico-finanziaria. In tal modo, il finanziatore previene il rischio di un eventuale sovraindebitamento del mutuatario.

⁴⁶⁹ Sembra non distinguere tra assistenza e consulenza, S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit. p. 532, il quale parla, appunto, di «obbligo *ex lege* di assistenza/consulenza». *Contra* R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, I, p. 781 ss., la quale rileva che la funzione dell'obbligo di assistenza è quella «di far comprendere [al consumatore] l'incidenza del contratto, senza perciò solo escluder[n]e l'autoresponsabilità». Nella dottrina spagnola anche GALLEGO SANCHEZ, *La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento*, in *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, a cura di Prats Albertosa e Cuenca Casas, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 227, rimarca la differenza tra valutazione del merito creditizio, dovere di assistenza e servizio di consulenza.

⁴⁷⁰ Sembra concordare anche E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 208, la quale, pur dando atto della presenza di disposizioni che ridimensionano «la iniziale sensazione di una prevalenza dell'approccio *responsible lending*» (il riferimento è al tema dell'educazione finanziaria di cui al 29° *considerando*, ove si pone l'accento sulla «capacità dei consumatori di prendere autonomamente decisioni informate e responsabili in materia di accensione di prestiti e di gestione del rischio», nonché al fatto che è lo stesso consumatore, seppure veicolato dalle informazioni personalizzate e dalle spiegazioni adeguate fornitegli dall'intermediario, a decidere se concludere o meno il contratto di credito) e, dunque, «ferma restando l'influenza ancora significativa dell'approccio *responsible borrowing*», rileva come grazie alla più incisiva disciplina della valutazione del merito creditizio «la prospettiva *responsible lending* [ri]guadagn[i] terreno».

comunicazione, da parte del mutuatario, delle «informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze *in conformità con l'articolo 20*» e, quindi, solo dopo averne valutata la meritevolezza creditizia⁴⁷¹.

Anche le spiegazioni adeguate, sebbene strumentali ad una scelta consapevole del consumatore, nella misura in cui impongono al professionista di spiegare gli «*specifici effetti*» che i prodotti proposti possono verosimilmente avere per il consumatore (incluse le conseguenze del mancato pagamento), sembrano implicare la conoscenza delle sue effettive capacità di rimborso. Se così non fosse, infatti, il finanziatore non avrebbe contezza del profilo economico del debitore e, di conseguenza, i richiesti chiarimenti verrebbero a mancare di quell'individualità che sembra invece essere pretesa dal precetto europeo: la specificità degli effetti derivanti dalla stipulazione del contratto non può essere apprezzata se non con riguardo alla persona del consumatore e alle sue caratteristiche.

Orbene, alla luce delle summenzionate riflessioni appare allora possibile definire la verifica del merito creditizio un «passaggio obbligato»⁴⁷² per il corretto adempimento dei doveri precontrattuali di fornire informazioni personalizzate e assistenza, doveri *nel loro complesso* finalizzati a tutelare l'interesse del consumatore ad assumere debiti commisurati alla propria capacità economica, *id est* sostenibili e, quindi, in ultima istanza, a prevenirne il sovraindebitamento.

Così interpretando, «l'obbligazione *privatistica* di valutazione del merito creditizio»⁴⁷³, espressione del più generale principio del prestito responsabile, educa l'agire del creditore: l'esito, positivo o negativo, che ne consegue incide sulla scelta, rispettivamente, di concedere ovvero rifiutare il finanziamento; una decisione, dunque, «vincolata» alla protezione del consumatore.

8. Segue: *l'impossibilità di procedere alla valutazione per causa imputabile al consumatore e il divieto per il finanziatore di concedere il credito.*

Come detto, il giudizio del creditore si basa anche sulle dichiarazioni del consumatore. Per tale ragione, quest'ultimo deve essere messo al corrente della

⁴⁷¹ In tal senso si esprime anche T. RUMI, *La direttiva 2014/17/UE sul credito relativo agli immobili residenziali*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, a cura di F. Galgano, E. Panzarini, A.A. Dolmetta e S. Patriarca, Bologna, 2016, p. 655.

⁴⁷² Si ripropone, anche in tale sede, l'efficace espressione utilizzata da L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 253.

⁴⁷³ Così P. SIRENA *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, cit., p. 7.

necessità di fornire informazioni sia corrette, sia «sufficientemente complete per condurre un'adeguata valutazione del merito creditizio» (art. 20, par. 4)⁴⁷⁴. Non solo. Il professionista deve altresì avvertire il debitore dell'impossibilità di accertarne la capacità solutoria qualora *scelga* di non fornire le richieste informazioni, ovvero gli elementi necessari alla loro verifica, con ciò impedendo – *ab origine* – l'erogazione del finanziamento.

Quindi, non solo l'esito – negativo – della valutazione, ma anche il suo mancato adempimento – per causa imputabile al consumatore – conduce al diniego del credito. Anche in tal caso, dunque, quello che sembrerebbe delinarsi in capo all'intermediario è un dovere di astensione che, ancora una volta, rende certa ed evidente l'influenza esercitata dalla verifica in oggetto sulle sue determinazioni.

Ciò premesso, *quid iuris* nel caso in cui il creditore, a fronte dell'inadempimento del consumatore, riesca a reperire *aliunde* le necessarie informazioni? Sul punto l'art. 20 tace. Ciononostante una risposta si può individuare nel 58° *considerando* della direttiva: la mancata comunicazione delle informazioni richieste al debitore «conduce al rifiuto del credito, *a meno che* [queste] possano essere ottenute altrimenti». Se ne deduce che la collaborazione del consumatore, quantunque importante, non è determinante la decisione del finanziatore. Certo è che la deliberata scelta di non mettere a disposizione gli strumenti necessari al corretto adempimento di un dovere, che è in primo luogo finalizzato a tutelare il suo interesse ad assumere obbligazioni sostenibili, oltre che contrastare con il principio di buona fede contrattuale, denota un consumatore che, a prescindere dall'accezione – tecnica – assunta dal termine nel contesto di un'operazione creditizia, poi così meritevole non è.

Quella appena descritta non è l'unica ipotesi in cui il comportamento – scorretto – del mutuatario incide sulle sorti del negozio di credito. Invero, d'accordo con la disciplina di cui alla proposta, l'art. 18, par. 4., dir. prevede che nel caso in cui il consumatore *intenzionalmente* ometta di fornire, ovvero falsifichi i dati lui richiesti, con ciò determinando una scorretta valutazione del suo merito creditizio, *id est* non corrispondente alla realtà, il creditore, previa prova dei fatti, può risolvere, ovvero modificare il contratto stipulato. Dunque, non un effetto automatico quello della risoluzione o della modificazione, ma conseguente ad una specifica scelta del professionista (che, per assurdo, potrebbe finanche decidere di non avvalersene).

⁴⁷⁴ Sono gli Stati membri che, in sede di recepimento, definiscono le misure attraverso cui i professionisti assicurano una siffatta conoscenza.

È, poi, riconosciuta agli Stati membri la possibilità di assoggettare alla medesima disciplina anche le ipotesi in cui il giudizio del creditore si basi su informazioni incomplete, sempreché risulti che tale incompletezza discende dal comportamento reticente ovvero fraudolento del consumatore (art. 20, par. 3, comma 3°).

In nessun altro caso l'intermediario può intervenire unilateralmente sul contratto di credito stipulato.

Orbene, per come delineata, la summenzionata disciplina si presta ad alcune considerazioni.

Anzitutto, con riguardo al mutuatario, ciò che rileva è il suo stato soggettivo. Invero, solo quando l'inattendibilità o l'incompletezza delle informazioni è riconducibile alla precisa volontà del debitore di falsare il suo livello di affidabilità economico-finanziaria, e, questo, verosimilmente al fine di ottenere l'erogazione del credito richiesto, erogazione che, altrimenti, verrebbe negata, è concessa l'*actio redhibitoria* ovvero la possibilità di modificare il contenuto del negozio. Pertanto, qualora il creditore chieda la risoluzione, trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive, per quanto attiene alla disciplina italiana, si farà applicazione dei principi generali di cui agli artt. 1453 ss. c.c., con la conseguenza che il debitore sarà tenuto, oltre che alla restituzione del capitale e degli interessi, anche all'eventuale risarcimento del danno (ad esempio, quello derivante dall'impossibilità per la banca di investire il denaro prestato in operazioni finanziarie più redditizie, c.d. danno da perdita di *chance*). Se, invece, il professionista preferisce addivenire ad una modifica delle condizioni contrattuali, il mutuatario, pur non dovendo sopportare le gravose conseguenze della risoluzione, si troverà ragionevolmente assoggettato ad un trattamento peggiore rispetto a quello in origine previsto, riferibile, ad esempio, all'aumento del tasso di interessi, ovvero al numero di rate da corrispondere.

All'opposto, se risulta che la mancanza o l'inesattezza delle informazioni dipende da fattori estranei al consumatore e alle sue determinazioni, nessun giudizio di responsabilità per la scorrettezza della valutazione può essere lui ascritto e, quindi, nessuna "sanzione" gli può essere comminata (cfr. 58° *considerando*: «(...) non sarebbe opportuno applicare sanzioni a un consumatore che non fosse in grado di fornire determinate informazioni o valutazioni o che decidesse di interrompere la procedura di ottenimento del credito»).

E poco male se ciononostante il consumatore è in grado di sostenere il finanziamento concesso. Il problema si pone, infatti, quando informazioni corrette e

complete avrebbero condotto ad una valutazione negativa del merito di credito e il consumatore non sia, pertanto, nelle condizioni di onorare gli impegni restitutori derivanti dal contratto. Qualora ciò accadesse si dovrebbe tenere distinto il caso in cui tale situazione è il risultato di un comportamento colposo o doloso del creditore, che per negligenza ovvero intenzionalmente non reperisce le informazioni necessarie ad una corretta analisi della capacità solutoria della propria controparte, dall'ipotesi in cui né la condotta del mutuante, né quella del mutuatario rilevano.

Ebbene, relativamente al primo aspetto non vi è dubbio che ci si trovi di fronte ad un professionista che adempie in modo scorretto ad un dovere – di comportamento – lui imposto. Ciò si ritiene determini il sorgere di un'obbligazione risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale⁴⁷⁵.

Un analogo giudizio sembrerebbe potersi ascrivere, per quanto attiene al secondo aspetto, all'intermediario o al rappresentante designato che, coinvolti nell'operazione creditizia e, dunque, parti, abbiano deciso di non fornire, ovvero di fornire informazioni false al creditore, ferma restando la configurabilità di un obbligo risarcitorio anche nei confronti di quest'ultimo a titolo, però, di responsabilità contrattuale.

Per contro, nell'ipotesi in cui tale condizione si riconduca a scelte effettuate da terzi (ad esempio, il datore di lavoro che non offre tutta la documentazione necessaria a dimostrare il reddito - da lavoro - percepito dal debitore), parrebbero ravvisabili i presupposti del c.d. danno ingiusto, risarcibile *ex art. 2043 c.c.*

9. *L'inadempimento dell'obbligo di valutare la solvibilità del cliente e del dovere di astensione: l'ordinaria discrezionalità degli Stati membri nella determinazione delle misure sanzionatorie.*

In tema di obblighi imposti ai professionisti, la dir. 2014/17/UE è di certo più esaustiva rispetto alla dir. 2008/48/CE. Cionondimeno, al pari di quest'ultima, nulla dice quanto alle conseguenze derivanti dall'inosservanza dei precetti europei – o, più correttamente, delle norme nazionali di recepimento dei precetti europei –, salvo ribadire il principio generale secondo cui le misure sanzionatorie devono essere «efficaci, proporzionate e dissuasive» (cfr. 76° *considerando*, nonché art. 38).

⁴⁷⁵ Si esprimono in tal senso P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, cit., p. 8; T. RUMI, *La direttiva 2014/17/UE sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 656; A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"?* in *Dir. banca e merc. fin.*, 2011, p. 19.

Dunque, la potestà sanzionatoria è e rimane degli Stati membri.

Con specifico riguardo alla violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore, appare anzitutto necessario precisare quali sono le vicende – patologiche – che ne integrano gli estremi.

Senza dubbio, il comportamento del creditore che ometta *tout court* di procedere alla valutazione, ovvero basi il proprio giudizio su una valutazione deficitaria, vale a dire carente di informazioni⁴⁷⁶ o effettuata senza accertare la veridicità di quelle fornite dal consumatore, non può dirsi conforme alle prescrizioni europee⁴⁷⁷. Anche dalla concessione di un credito non sostenibile, *id est* erogato nonostante l'esito negativo della valutazione (condotta in modo diligente), e, quindi, in violazione del c.d. dovere di astensione, si ritiene conseguano profili di responsabilità in capo all'intermediario⁴⁷⁸.

Ebbene, individuate le ipotesi di concessione irresponsabile del credito, ci si deve ora interrogare sulla sorte del contratto stipulato.

Ad una prima impressione, la direttiva sembra disinteressarsi della questione. L'unico riferimento che inerisce in *modo specifico* al tema si rinviene nel 56° *considerando* ai sensi del quale «la valutazione del merito di credito non dovrebbe comportare il trasferimento al creditore della responsabilità del consumatore per successivi inadempimenti degli obblighi derivanti dal contratto di credito».

Tale precetto si ritiene condivisibile nella misura in cui risulta finalizzato ad evitare l'indebito automatismo inadempimento del consumatore/responsabilità del finanziatore. Invero, l'incapacità del mutuatario di assolvere gli impegni restitutori pattuiti non sempre è riconducibile all'erogazione di un prestito esorbitante le sue risorse economiche. Ci si intende con ciò riferire a tutti quegli accadimenti imprevedibili che, proprio perché tali, non possono essere *ragionevolmente* previsti e, quindi, soppesati in sede di valutazione del merito di credito (l'improvvisa perdita del lavoro, ovvero un'inaspettata malattia che riducono sensibilmente la capacità reddituale del debitore). In tali ipotesi, dunque, non si è in presenza di una situazione patologica, che attiene all'inadempimento o al non corretto adempimento del dovere imposto al finanziatore.

⁴⁷⁶ In proposito si ribadisce che nell'ipotesi in cui l'incompletezza delle informazioni risulti imputabile allo stesso consumatore, nessun giudizio di responsabilità può ascriversi al creditore; all'opposto, quest'ultimo, alla luce del comportamento (scorretto) tenuto dalla propria controparte, potrà risolvere, ovvero modificare il contratto stipulato. Cfr. par. 8.

⁴⁷⁷ Cfr. G. FALCONE, *Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 163.

⁴⁷⁸ In tali termini si esprime anche E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 212 ss., la quale non manca di evidenziare come in occasione del recepimento della dir. 2008/48/CE, il legislatore italiano, a differenza delle scelte di altri legislatori (cfr. Cap. I, par. 2), si limitò a riportare *telle-quelle* le disposizioni inerenti al dovere di valutare il merito creditizio del consumatore, senza precisare il tipo di sanzioni, privatistiche, pubblicistiche, ovvero entrambe, conseguenti alla loro violazione.

Di qui l'opportunità della precisazione di cui al 56° *considerando*. Dunque, preliminarmente al giudizio di responsabilità nei confronti di quest'ultimo è l'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra mancata o non corretta valutazione del merito di credito e inadempimento del consumatore: solo in tal caso, infatti, sarà possibile ragionare sui profili di responsabilità ascrivibili al creditore e sugli effetti che ne conseguono⁴⁷⁹.

Ebbene, con riguardo a questo aspetto, al fine di stabilire se realmente la direttiva si astiene da qualsiasi presa di posizione, ne appare necessaria una lettura sistematica.

Come visto, l'art. 18, par. 4, impedisce al creditore che abbia condotto una valutazione scorretta di risolvere ovvero modificare il contratto stipulato (salvo il caso in cui tale scorrettezza dipenda da un comportamento reticente ovvero fraudolento di quest'ultimo)⁴⁸⁰. Seppur indirettamente, il legislatore europeo sembra dunque preferire il mantenimento del negozio alla sua caducazione; coerentemente, gli Stati membri, in sede di recepimento, dovranno prediligere rimedi "conservativi" della volontà contrattuale e non "demolitori", evitando di annoverare la concessione di un finanziamento insostenibile tra le cause di nullità ovvero di annullabilità del contratto⁴⁸¹.

Anche alla luce di ciò, più persuasiva appare la tesi secondo cui l'inadempimento (nel senso più sopra chiarito) del dovere imposto al creditore determina la nascita di un'obbligazione risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale per il danno derivante da un contratto che, per quanto valido ed efficace, è comunque pregiudizievole per il consumatore⁴⁸².

Sempre con riguardo all'art. 18, par. 4, dir. particolare importanza si ritiene assuma l'inciso secondo cui il contratto di credito non può essere modificato *a danno del consumatore*. Dunque, un divieto di *reformatio in peius*, ma non anche *in melius* delle

⁴⁷⁹ E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 217, nota come l'eventuale automatica attribuzione al creditore della responsabilità per l'inadempimento dei debitori avrebbe «ricadute negative sullo sviluppo del mercato del credito e anche sugli interessi dei consumatori, che sarebbero inevitabilmente penalizzati dall'aumento dei costi e dal conseguente inasprimento delle condizioni da parte dei finanziatori» con ciò alimentando il ricorso ai circuiti illegali (specie da parte di coloro che, atteso il basso profilo creditizio, sono esclusi dal mercato "ufficiale").

⁴⁸⁰ In tal caso, rileva R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 827, il professionista deve imputare a sé stesso e, quindi, sopportare le conseguenze derivanti dall'inadeguata valutazione della solvibilità della controparte.

⁴⁸¹ Ad avviso di G. FALCONE, "*Prestito responsabile*" e *valutazione del merito creditizio*, cit., p. 164, il divieto di risolvere il contratto ne presuppone, ancor prima, la validità. Di qui l'idea secondo cui solo apparentemente la direttiva non affronta «il tema delle "sanzioni" di natura contrattuale, rispetto alle quali sembra comunque presupporre l'esclusione di rimedi di natura invalidatoria».

⁴⁸² Il riferimento è alla nota pronuncia della S.C. 29 settembre 2005, n. 19024 in tema di inadempimento degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario, in *DeJure* con nota di C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità contrattuale* e in *Giur. it.*, 2006, p. 1599, con nota di SICCHIERO. In tali casi, il danno deve essere parametrato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento sleale di una delle parti, salva la possibilità di provare la sussistenza di ulteriori danni riconducibili a tale comportamento.

Concorda, G. FALCONE, *op. ult. cit.*, p. 166.

condizioni contrattuali, sicché ben potrebbero le parti rinegoziare il contenuto dell'accordo di modo da adeguarlo al profilo economico-finanziario del consumatore e porlo, di conseguenza, nelle condizioni di regolarmente onorare i propri impegni restitutori⁴⁸³: ad esempio, si potrebbe diminuire l'importo delle rate ovvero il tasso di interessi compensativi. Tale soluzione, oltre ad essere coerente con la rilevata volontà del legislatore europeo di mantenere integro il contratto di credito, si mostra altresì conforme all'esigenza di evitare che il consumatore subisca gli effetti – negativi – conseguenti ai contegni irresponsabili dell'intermediario.

Un'altra disposizione che, sebbene *prima facie* sembra essere del tutto irrilevante ai fini dell'indagine che si sta svolgendo, milita a favore dell'assunto secondo cui il legislatore sovranazionale nega la convenienza di rimedi demolitori è l'art. 28 dir., in tema di morosità e pignoramenti. Secondo quanto sancito dal 1° paragrafo, per il caso in cui il mutuatario non assolva gli obblighi derivanti dal contratto, gli Stati membri dovrebbero impegnarsi a predisporre misure volte ad «incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia». Nell'ottica del legislatore europeo, la restituzione in via giudiziale del prestito concesso dovrebbe quindi essere l'ultima *ratio* cui il professionista ricorre solo quando, nonostante l'utilizzo di altri strumenti, la situazione di inadempimento persiste.

Invero, come dimostrato dalla recente crisi finanziaria, non sempre alle procedure di pignoramento conseguono i risultati sperati: la condizione di illiquidità del mercato dilata il tempo necessario per addivenire alla vendita forzata dell'immobile, a sua volta causa del deprezzamento del bene e della conseguente impossibilità per il finanziatore di vedersi restituita la somma concessa con il finanziamento (il cui importo è superiore al prezzo ottenuto dalla vendita).

Alla luce delle “significative conseguenze” che l'escussione della garanzia ipotecaria può avere sia per il mutuante, sia per il mutuatario «e, potenzialmente, [anche] per la stabilità finanziaria», è quindi opportuno incoraggiare i creditori «ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito (...)»⁴⁸⁴, i quali devono compiere «ragionevoli sforzi per risolvere la situazione [di inadempimento] con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento» (così il 27° *considerando*).

⁴⁸³ E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 220.

⁴⁸⁴ E. PELLECCIA, *op. ult. cit.*, p. 221, si sofferma sul significato dell'espressione “proattività del rischio di credito”, sottolineando che il suo utilizzo all'interno della direttiva esprime la volontà del legislatore europeo di informare i comportamenti dei contraenti – specie quello del creditore – ai principi di solidarietà, di correttezza e di leale cooperazione.

Questo il contesto normativo, com'è stato opportunamente rilevato⁴⁸⁵, il citato art. 28 non differenzia tra morosità colpevole ed incolpevole, dovuta, cioè, all'erogazione di un finanziamento non rispondente all'effettiva capacità economica del mutuatario, a sua volta riferibile ad una scorretta valutazione della meritevolezza creditizia. Quindi, se, in via generale, il creditore deve essere tollerante nei confronti del ritardo in cui versa il debitore, tanto più lo dovrà essere qualora questo si mostri riconducibile ad un'omissione a lui stesso imputabile. In tali casi, l'inadempimento del consumatore potrebbe essere giustificato «e il finanziatore potrebbe subire vere e proprie limitazioni nell'attivazione degli strumenti di tutela del credito». Ciò significa che, al pari di quanto più sopra sostenuto con riguardo all'ipotesi contemplata dall'art. 18, par. 4, l'intermediario dovrebbe procedere ad una rinegoziazione delle condizioni contrattuali, adeguandole alla reale condizione economico-finanziaria del debitore, ad esempio dilazionando le scadenze dei pagamenti ovvero rateizzandoli o, ancora, annullando gli interessi moratori. Peraltro, con riguardo al tema degli interessi, se si ipotizza – come qui si sostiene – che l'inadempimento del dovere di valutare la capacità solutoria del consumatore determina la nascita di un'obbligazione risarcitoria (a titolo di responsabilità precontrattuale), questa potrebbe, di fatto, tradursi nella riduzione o finanche nell'eliminazione degli interessi compensativi dovuti, con ciò dando luogo ad un'ipotesi di compensazione – verosimilmente giudiziale – tra il credito del finanziatore (il diritto agli interessi) e quello del consumatore (corrispondente all'ammontare del danno che sarà accertato)⁴⁸⁶.

Ebbene, alla luce delle summenzionate riflessioni, si può dunque ritenere che solo in apparenza la dir. 2014/17/UE non si (pre)occupi delle conseguenze derivanti dalla concessione irresponsabile del credito. Invero, come si è cercato di argomentare, detta (errata) percezione può essere smentita allorché si proceda ad una lettura sistematica del provvedimento. All'opposto, il legislatore europeo, seppur indirettamente, è piuttosto chiaro nell'esprimere i propri orientamenti sul punto, con ciò segnando un'importante inversione di tendenza rispetto alla dir. 2008/48/CE. Orientamenti che gli Stati membri non potranno di certo ignorare in sede di recepimento.

⁴⁸⁵ Il riferimento è sempre ad E. PELECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 219 ss.

⁴⁸⁶ Nell'ipotesi in cui l'ammontare del danno risulti superiore alla somma degli interessi, sarà il capitale ad essere intaccato per il residuo.

10. Segue: *la soluzione tedesca*.

Nell'ordinamento tedesco, come visto con riguardo al recepimento della dir. 2008/48/CE, il dovere di valutare il merito creditizio del consumatore è disciplinato dal § 505a BGB. Ai sensi di detta disposizione, il creditore può stipulare un contratto di credito finalizzato all'acquisto di beni immobili solo quando dalla verifica effettuata risulta che è *verosimile* («wahrscheinlich ist») che il mutuatario adempirà le proprie obbligazioni in conformità alle previsioni contrattuali.

Sebbene la norma si adegui a quanto previsto dalla dir. 2014/17/UE, che all'art. 18, par. 5, lett. *a*, ammette l'erogazione del finanziamento «solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno *verosimilmente* adempiuti (...)», il giudizio richiesto all'intermediario sembra essere meno stringente rispetto a quello impostogli in sede di stipulazione di un contratto di credito “ordinario”. In tal caso, infatti, il professionista può concedere il prestito solamente se, dopo aver accertato l'effettiva capacità restitutoria del consumatore, *nessun dubbio notevole* («keine erheblichen Zweifel») sussiste in merito alla circostanza che quest'ultimo onorerà gli impegni restitutori nei modi e nei termini pattuiti. All'opposto, in materia di credito immobiliare, è sufficiente un giudizio di verosimiglianza.

Ebbene, questa la scelta del legislatore tedesco, appare possibile formulare alcune considerazioni richiamando concetti afferenti al diritto processuale italiano. Ci si intende con ciò riferire al tema della causalità rispetto al giudizio di responsabilità, la cui sussistenza – hanno in più occasioni affermato i giudici di legittimità – è accertata mediante criteri che si diversificano a seconda della sede, civile ovvero penale, in cui si svolge l'indagine. Sebbene il criterio sostanziale utilizzato per dimostrare l'esistenza del nesso sia il medesimo, vale a dire il criterio della c.d. “probabilità logica”, diverso è lo standard probatorio esatto per ritenerlo provato. Nello specifico, mentre la responsabilità penale esige l'applicazione del principio c.d. “dell'al di là di ogni ragionevole dubbio”, in forza del quale il nesso eziologico tra condotta ed evento dannoso è retto da una probabilità superiore al 90%, che risponde, quindi, ad un elevato grado di credibilità razionale, prossimo alla certezza⁴⁸⁷, in tema di responsabilità civile,

⁴⁸⁷ In giurisprudenza tale principio è stato affermato da Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328 (c.d. sentenza *Franzese*), che ha composto l'annoso contrasto giurisprudenziale e dottrinale attinente alle modalità attraverso cui dimostrare - nel processo penale - la sussistenza del nesso di causalità tra fatto ed evento dannoso. Tale sentenza ha poi stimolato il dibattito anche in ambito civile: non sono infatti mancate pronunce, sia di merito, sia di legittimità, che hanno applicato il principio in oggetto (anziché quello del “più probabile che non”) per accertare la

all'opposto, il nesso causale è regolato dal meno rigoroso principio c.d. "del più probabile che non", per il quale è sufficiente una probabilità del 50% più uno e, dunque, una minore forza dimostrativa (standard di c.d. certezza probabilistica)⁴⁸⁸.

Orbene, data la normativa tedesca, e volendo adattare questi principi alla valutazione cui è tenuto il finanziatore potrebbe assumersi che: in caso di credito ordinario, il prestito potrà essere concesso solo quando le probabilità che il consumatore adempirà le proprie obbligazioni risultino superiori al 90%, e questo perché "nessun dubbio notevole" deve al riguardo sussistere; viceversa, nell'ipotesi di credito immobiliare, è sufficiente che dette probabilità siano del 50% più uno, e ciò in conformità al giudizio di verosimiglianza ivi previsto.

Dunque, accettando che l'espressione "nessun dubbio notevole" corrisponda al principio processualistico dell' "al di là di ogni ragionevole dubbio", e che il giudizio di verosimiglianza di cui al § 505a BGB coincida con quello elaborato per accertare il nesso causale in sede civile, si giungerebbe ad un esito alquanto paradossale: in un ambito in cui le esigenze di tutela del mutuatario aumentano, il grado di certezza richiesto ai fini del giudizio di affidabilità creditizia diminuisce.

Il § 505d BGB disciplina le conseguenze derivanti all'intermediario che non valuta il merito di credito del consumatore, senza diversificare tra credito al consumo "ordinario" e finanziamento immobiliare. Ne deriva che, anche con riguardo a quest'ultimo settore, appare necessario tenere distinta l'ipotesi di inadempimento del dovere di procedere *tout court* alla verifica da quella in cui la stessa non è stata correttamente effettuata⁴⁸⁹.

responsabilità del danneggiante. Cfr. Cass. 4 marzo 2004, n. 4400; App. Roma 7 marzo 2005, n. 1015, in *Corr. merito*, 2005, p. 539; Trib. Monza 3 maggio 2005, *ivi*, p. 891.

⁴⁸⁸ Si vedano, fra le altre, Cass. 24 maggio 2017, n. 13096; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255; Cass. 8 luglio 2010, n. 16123; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass. 19 maggio 2006, n. 11755; Trib. Venezia 10 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, con nota di AGNINO.

Come chiarito da Cass. 16 ottobre 2007, *cit.*, il minor rigore che connota il giudizio civile si spiega allorché si considerino le differenze morfologiche e funzionali che sussistono tra i due tipi di responsabilità.

Con riguardo al primo aspetto, la responsabilità civile, che è atipica, è incentrata sulla persona del danneggiato; all'opposto, nella responsabilità penale, che è tipica, l'attenzione è rivolta all'autore del reato (*id est* al danneggiante), il quale, nelle fattispecie di reato più gravi, potrebbe finanche essere privato della propria libertà personale.

Per ciò che attiene al secondo profilo, mentre la responsabilità civile tende a ripristinare lo *status quo ante* mediante il risarcimento del danno, quella penale si caratterizza per una funzione preventiva (nei confronti della collettività), rieducativa e punitiva (nei confronti del *reo*).

In dottrina *contra* G. MONTANARI VERGALLO, P. FRATI e N.M. DI LUCA, *L'accertamento del nesso eziologico nella responsabilità medica civile tra probabilità e presunzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 867, ove, con riguardo ad un caso di responsabilità medica, si legge che «(...) diventa difficilmente sostenibile che una condanna a pochi mesi di reclusione con pena condizionalmente sospesa e non menzione nel casellario giudiziale sia una "posta in gioco" più gravosa delle centinaia di migliaia di euro di risarcimento cui frequentemente si perviene in sede civile (...)

⁴⁸⁹ V. Cap. II, par. 11.1.

Nel primo caso, il tasso degli interessi dovuti al mutuante subisce una diminuzione pari alla misura corrispondente al parametro legale che varia a seconda del tasso, fisso o variabile, del contratto di credito stipulato. Dunque, non un tasso zero, che trasformerebbe il contratto da oneroso a gratuito, ma un tasso ridotto.

Per ciò che attiene alla seconda fattispecie, è innanzitutto necessario chiarire che cosa debba intendersi per “correttezza” della verifica. Doveroso appare qui il richiamo agli orientamenti sulla valutazione del merito creditizio emanati dall’EBA il 19 agosto 2015. Come visto tali orientamenti chiariscono ai creditori di tutti gli Stati membri quali elementi è indispensabile considerare per valutare correttamente la dignità di credito del consumatore. Di conseguenza, non potrà ritenersi corretta quella valutazione che prescinde dall’osservanza di dette indicazioni, quantunque non giuridicamente doverose.

Non solo.

Secondo quanto prescritto dall’art. 20, par. 1, dir., le informazioni fornite dal consumatore, ovvero dall’intermediario o dal rappresentante designato (qualora intervenuti nell’operazione creditizia) sono (*id est* devono essere) opportunamente verificate, se del caso attingendo a fonti di verifica esterne. Orbene, giudicare corretta una valutazione che non tiene conto di tale ulteriore accertamento significherebbe rendere discrezionale una condotta che è invece prevista dalla normativa europea come necessaria.

Anche la consultazione di una banca dati pertinente, ovvero un’approfondita “interrogazione” del consumatore circa i suoi bisogni e la sua situazione economico-finanziaria ben potrebbero fornire al creditore ulteriori e più accurate informazioni in merito alla sua effettiva capacità di assolvere gli impegni restitutori convenuti, con la conseguenza che non sarà rispondente alla realtà (*id est* non sarà corretta) la valutazione che manchi di dette disamine.

Per quanto eterogenee, le summenzionate ipotesi presentano un denominatore comune: se il creditore avesse valutato correttamente (nel senso chiarito) la capacità solutoria del consumatore, non avrebbe concluso il contratto, atteso l’esito negativo che ne sarebbe con tutta probabilità conseguito. Anche in tale sede non appare dunque un fuor d’opera richiamare la distinzione propria della disciplina contrattuale italiana per ciò che attiene all’istituto dell’annullabilità per i c.d. vizi del volere: l’inadempimento

qualitativo del finanziatore deve essere *determinante* la disapplicazione del dovere di astensione⁴⁹⁰.

Le conseguenze derivanti al professionista sono analoghe a quelle che si sono viste operare con riguardo all'ambito del credito al consumo "ordinario", di talché il consumatore può decidere di recedere dal contratto, e ciò senza dover pagare alcun indennizzo per l'avvenuta estinzione anticipata del rapporto. Inoltre, una volta accertato che l'incapacità del mutuatario di rimborsare il prestito nei termini e nei modi stabiliti dal contratto è ascrivibile alla non corretta valutazione del suo merito creditizio, e sempreché tale inottemperanza – qualitativa – sia stata determinante la concessione del finanziamento, l'intermediario decade da tutte le pretese che altrimenti gli competerebbero per l'inadempimento della controparte.

Da ultimo, in applicazione delle indicazioni contenute negli artt. 18, par. 4, e 20, par. 3, commi 2° e 3°, dir., che trattano il comportamento reticente, ovvero fraudolento del consumatore, il legislatore tedesco ha previsto un limite all'operatività delle sanzioni civilistiche (che ha poi esteso anche al credito al consumo "ordinario"⁴⁹¹). Nello specifico, secondo quanto prescritto dal § 505d, 3° comma, BGB, i rimedi della riduzione del tasso di interessi, del recesso e dell'impossibilità per il creditore di esercitare le azioni che gli spetterebbero per l'inadempimento del debitore, non possono essere esperiti qualora quest'ultimo con dolo o colpa grave non abbia comunicato le informazioni richieste per la valutazione del suo merito creditizio, ovvero abbia comunicato informazioni false o comunque non esatte. In ogni caso grava sul professionista l'onere di dimostrare lo stato soggettivo (di dolo o colpa grave) del consumatore.

10.1. Segue: *la soluzione francese*.

La dir. 2014/17/UE è stata attuata nell'ordinamento francese dall'*ordonnance* n. 2016-351 del 25 marzo 2016, che ha modificato la struttura del *code de la consommation* inserendo nel titolo I ("Opérations de crédit) del libro III ("Crédit") un nuovo capitolo III, rubricato, appunto, "Crédit immobilier" (artt. L313-1 – L313-64).

Nello specifico, per ciò che concerne il dovere di valutare il merito creditizio del consumatore, questo è regolato dall'art. L313-16, che nulla aggiunge alla disciplina

⁴⁹⁰ Cfr. Cap. II, par. 11.1.

⁴⁹¹ Cfr. Cap. II, par. 11.3.

europea, se non nella parte in cui prevede come doverosa (e non meramente eventuale) la consultazione del c.d. registro nazionale dei cattivi pagatori⁴⁹², di cui, peraltro, deve conservarne le prove⁴⁹³.

D'accordo con l'art. 20, par. 1, dir., il creditore basa la propria valutazione su informazioni riguardanti il reddito percepito e le spese sostenute dal mutuatario, nonché «sur d'autres critères économiques et financiers [c.vo mio]».

Orbene, com'è stato opportunamente affermato, «la dignité du crédit d'une personne (...) est fonction à la fois d'éléments objectifs (solvabilité, liquidité, rentabilité etc.) [et] d'éléments subjectifs (probité etc.) (...)»⁴⁹⁴. Di conseguenza, prodromica alla concessione del credito è l'analisi di elementi tanto oggettivi, quanto soggettivi.

Con riguardo al primo aspetto, non v'è dubbio che l'intermediario indagli la capacità del debitore di rimborsare il prestito richiesto (c.d. *analyse du pouvoir payer*), valutandone la situazione economico-finanziaria⁴⁹⁵ e apprezzandone la capacità reddituale, la cui portata non deve essere in tale contesto limitata al mero reddito da lavoro, dipendente o autonomo. In effetti, ai fini dell'indagine in questione, il creditore è tenuto a valutare anche i cespiti derivanti dalla locazione di beni immobili (o affitto, nel caso si tratti di terreni), ovvero da investimenti finanziari. Dall'altra parte, tuttavia, dovranno essere opportunamente soppesate anche le passività del richiedente: oneri legati al rimborso di prestiti (già) concessi, ovvero a premi assicurativi; pensioni o eventuali assegni di mantenimento o alimentari da corrispondere; spese necessarie al proprio sostentamento e a quello della famiglia, nonché attinenti all'abitazione. I redditi e gli oneri destinati a durare nel tempo (c.d. "costanti", come, ad esempio, le spese necessarie alla cura della persona) vengono poi distinti da quelli c.d. "variabili" (o aleatori), e questo al fine di meglio definire la capacità solutoria del debitore.

Per ciò che attiene all'aspetto pratico-operativo, nella prassi creditizia francese due sono i criteri di norma utilizzati per valutare l'attitudine del mutuatario a rispettare gli impegni contrattuali: a) *le calcul du taux d'endettement* o *taux d'effort*; b) *la méthode du budget type* o *calcul du revenu résiduel*.

⁴⁹² «Le prêteur consulte également le fichier prévu à l'article L751-1, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L751-6».

⁴⁹³ V. Cap. II, par. 11.3.

⁴⁹⁴ J. STOUFFLET, note sous *CA Orléans*, 26 oct. 1971: JCP G 1972, II, n. 17082. J.L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, in *Droit bancaire: Dalloz*, 1995, n. 468, p. 455.

⁴⁹⁵ Nello specifico, per definire la situazione finanziaria del mutuatario, il finanziatore procederà alla somma di tutti i beni, immobili (abitazioni, terreni...) e mobili (azioni, titoli di credito...), per poi sottrarre i debiti a qualsiasi titolo dovuti (di natura fiscale, sociale, familiare...). Dunque, un'operazione meramente matematica, ma che permette al professionista di avere un quadro il più possibile chiaro ed obiettivo circa la condizione economica della propria controparte.

Il primo dei citati criteri è uno tra i più diffusi, soprattutto in materia di credito immobiliare⁴⁹⁶. Nel quadro dell'operazione creditizia, il c.d. "tasso di sforzo" (o tasso d'indebitamento) indica l'ammontare massimo di reddito che può essere destinato alla restituzione di un prestito. Idealmente la capacità di rimborso deve essere compresa tra il 25% e il 30% del reddito netto del debitore, e non può mai eccedere il 33%. Il calcolo richiesto al creditore è piuttosto semplice: è sufficiente comparare le voci di reddito con quelle di spesa, il saldo – positivo – che ne consegue rappresenta detta capacità. A tal fine, oltre l'importanza e la durata delle entrate, l'intermediario dovrà stimare il rapporto redditi/spese su più anni di modo da apprezzare la capacità del mutuatario di far fronte ai diversi rischi che potrebbero verosimilmente interessare la sua condizione economico-personale in pendenza del rapporto creditizio (ad esempio, spese impreviste ed eccezionali, perdita del lavoro, sopravvenienza di una malattia...). Tutti questi indicatori concorrono ad un apprezzamento il più obiettivo possibile.

Ciononostante, il criterio in oggetto, per quanto semplice, non è esaustivo, posto che a non essere tale è, *in primis*, lo stesso concetto di "reddito"; la sua portata dipende, infatti, dall'interpretazione che gli enti creditizi ne danno. Di qui la necessità di affiancare (e non sostituire) al calcolo *du taux d'effort*, il metodo *du budget type*.

Il c.d. "*approche budgétaire*" consiste nello stimare le spese tipiche di una famiglia partendo da tre tipologie di *données* (dati): (i) le *données déclaratives*, quali il reddito, i debiti, il numero dei componenti il nucleo familiare, la zona di residenza⁴⁹⁷; (ii) le *données calculées*, come l'imposta sul reddito, ovvero le indennità familiari (compreso il sussidio per il mantenimento agli studi in caso di figli); (iii) i dati emersi a seguito di studi attinenti al consumo (medio) delle famiglie, che varia a seconda dei componenti, dell'età dei figli, della zona di residenza ecc. Una volta apprese tali informazioni, il creditore procede al calcolo del saldo del bilancio familiare, che è il risultato della differenza tra le spese "*spécifiques d'endettement*", quali il canone di locazione, i costi legati all'utilizzo di veicoli, le tasse inerenti allo studio dei figli, l'imposta sul reddito, e le spese correnti (c.d. "*dépenses courantes*") rapportate alla media statistica della stessa categoria sociale del debitore. Il saldo che ne consegue rappresenta la capacità di risparmio, se positivo, ovvero le restrizioni che la famiglia dovrebbe imporsi, se negativo. In buona sostanza, scopo di tale metodo è quello di indagare l'effettiva

⁴⁹⁶ È proprio nell'ambito del credito al consumo che l'utilizzo di tale criterio ha trovato massima espressione.

⁴⁹⁷ In effetti, le spese differiscono a seconda della zona in cui una famiglia vive, se in città, in provincia ovvero in una località rurale.

possibilità per il mutuatario di rimborsare il prestito richiesto attraverso l'analisi di *tutti* i redditi percepiti e di *tutte* le spese sostenute.

Cionondimeno, quale che sia il metodo utilizzato, questo si mostrerà sempre inadatto ad apprezzare un elemento centrale nella concessione del credito, *c'est à dire* la *volontà* del debitore di onorare i propri obblighi. Di qui la necessità di introdurre correttivi soggettivi all'indagine svolta dal creditore.

«Il contratto di credito è prima di tutto fondato sulla fiducia»⁴⁹⁸. Invero, è piuttosto inverosimile che un intermediario stipuli un contratto di finanziamento con un soggetto che crede non rispetterà gli impegni restitutori convenuti. Ciò posto, nel contesto dell'operazione creditizia, non possono essere trascurati valori quali l'onestà, la correttezza e l'onorabilità del mutuatario.

Senonché, proprio lo sviluppo di una società consumeristica e il sempre più frequente (e facile) ricorso al credito per soddisfare qualsivoglia esigenza⁴⁹⁹, ha contribuito (insieme alle condotte speculative dei finanziatori) a svilire la c.d. “volontà di pagare” (c.d. “*vouloir payer*”) del debitore, il quale, da una parte, sottovaluta l'impegno finanziario che l'accensione di un mutuo ipotecario implica e, dall'altra, tende a sovrastimare le proprie capacità economiche.

Questo il contesto, la giurisprudenza francese ha dunque cercato di risolvere tale *impasse* attraverso il ricorso alla nozione di buona fede oggettiva come criterio per dirimere controversie imperniate sul comportamento, corretto o meno, del cliente-consumatore. Invero, quest'ultimo, in caso di inadempimento, non è sanzionato per il fatto di aver assunto un debito esorbitante le proprie risorse finanziarie, ma solo se ed in quanto in mala fede al momento della stipulazione del contratto, giacché consapevole della propria condizione economico-patrimoniale, inidonea a sostenere gli obblighi restitutori dal medesimo derivanti⁵⁰⁰.

Dunque, è attraverso la regola (morale) della correttezza che appare possibile giudicare (anche) la condotta del consumatore come rispettosa o meno del principio dell'agire responsabile.

⁴⁹⁸ A. SALGUEIRO, *Évaluation de la solvabilité d'un emprunteur*, 24 mai 2013, n. 512, in *Juris-classeur. Banque, crédit, Bourse*, p. 49, reperibile alla banca dati www.lexisnexis.com.

⁴⁹⁹ È il fenomeno della c.d. “*banalisation du crédit*”, tipica del credito al consumo. Corollari di tale fenomeno sono l'aumento dei casi di mancato rimborso del prestito concesso, cui consegue, nel credito ipotecario, l'aumento del numero dei pignoramenti, e l'incremento del livello di sovraindebitamento dei consumatori.

⁵⁰⁰ Cour d'appel de Versailles, 29 novembre 1990, in *Dalloz*, 1991, p. 253, note de J.L. Vallens, ha giudicato in mala fede quei debitori «(...) qui ont *de propos délibérés*, masqué leur cessation de paiement (...) prolongé artificiellement leur situation *en parfaite connaissance de leur impuissance à faire face à ces nouvelles obligations* (...) et ont poursuivi leur existence aux dépens d'autrui [c.vo mio]». Negli stessi termini si è espressa la Cour d'appel de Paris, 23 février 1996, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1996, n. 1, p. 710, observations de G. Paisant.

La concessione del credito «repose sur une synthèse fort subtile, de faits, de données objectives et d'impression ramassant une foule d'informations de nature diverse»⁵⁰¹, che spetta al creditore non solo riordinare, ma anche – e soprattutto – valutare al fine di decidere se erogare o meno il finanziamento. Ed è solo a seguito di tale scelta che si potrà comprendere quali criteri e quali informazioni l'intermediario ha inteso privilegiare⁵⁰².

Come per il credito al consumo, l'inosservanza del dovere di valutare il merito creditizio del consumatore è sanzionata con la perdita, totale⁵⁰³ o nella misura determinata dal giudice, degli interessi (art. L341-2 c. cons.)⁵⁰⁴, perdita che, lo si ribadisce, *per come interpretata* dalla *Cour de Cassation* riguarda i soli interessi convenzionali, non anche quelli legali, rimanendo, questi, sempre dovuti. Ciò significa che nell'ipotesi in cui i contraenti applichino al mutuo concesso il tasso di interessi fissato dalla legge, ovvero non ne prevedano alcuno (in tal caso si applicherà il tasso legale), l'inadempimento del finanziatore sembrerebbe essere privo di conseguenze.

10.2. Segue: la soluzione irlandese e inglese.

In Irlanda la dir. 2014/17/UE è stata recepita dallo *European Union (Consumer Mortgage Credit Agreement) Regulation 2016*⁵⁰⁵, emanato dal Ministro delle finanze.

La disciplina attinente alla valutazione del merito di credito è contenuta nella 6^a Parte del provvedimento, rubricata, appunto, “*Creditworthiness assessment*”. L'art. 19, dedicato alla “*Obligation to assess the creditworthiness of consumer*”, riproduce pedissequamente il dettato europeo, senza nulla aggiungere.

Tale scelta, che ad una prima impressione sembra presupporre un legislatore remissivo, in realtà si giustifica allorché si consideri che un obbligo di accertare l'effettiva *sostenibilità* per il mutuatario del contratto di credito offerto era previsto nell'ordinamento irlandese ancor prima dell'emanazione della dir. 2014/17. In effetti, il

⁵⁰¹ J.P. DESCHANEL, *L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit*, in *Revue Banque*, 1977, n. 365, 2e partie, p. 1097.

⁵⁰² Tuttavia, lo sviluppo dei sistemi automatizzati c.d. di *credit-scoring* per valutare la solvibilità di un debitore ha in parte eliminato la componente soggettiva insita nella decisione del creditore.

⁵⁰³ In tal caso il mutuo da oneroso diverrà gratuito.

⁵⁰⁴ Cass. com. 13 mai 2014, n. 13-13.843, *èpx X c/ société Banque populaire Lorraine Champagne, société le Crédit foncier de France, société Crédit Lyonnais* ha ritenuto non esorbitante le capacità economiche del mutuatario il credito concesso *esclusivamente* sulla base del fatto che al tempo della stipulazione del contratto il valore dell'immobile garantito era superiore all'importo erogato, quantunque al momento della vendita forzata il prezzo fissato dal giudice non equivaleva a quello del prestito, sicché non poteva adeguatamente soddisfare le pretese di rimborso dell'intermediario.

Ad oggi una simile pronuncia si porrebbe in contrasto con quanto prescritto dall'art. 18, par. 3, dir. 2014/17/UE.

⁵⁰⁵ Statutory Instruments No 142 of 2016.

dovere di acquisire informazioni sul consumatore *al fine di* indagarne l'effettiva capacità di adempiere gli obblighi restitutori derivanti dalla concessione di un finanziamento⁵⁰⁶ era – ed è tutt'ora – contemplato dal *Consumer Protection Code* del 2012, al Capitolo 5° (“*Knowing the consumer and the suitability*”, artt. 5.1-5.24)⁵⁰⁷.

In generale, oltre ai dati personali del consumatore, quali età, stato di salute, tipo di impiego, livello di conoscenza ed esperienza nel settore finanziario, l'intermediario deve altresì indagarne la condizione economica, acquisendo, ove rilevanti, informazioni sul reddito, sui risparmi, su eventuali investimenti finanziari, sui debiti già contratti (art. 5.1). Nell'ipotesi in cui il debitore rifiuti di fornire le informazioni richieste, il creditore lo informa dell'impossibilità di procedere alla valutazione lui imposta e, quindi, di stipulare il contratto desiderato (art. 5.4).

Tuttavia, con specifico riguardo al credito ipotecario, il mutuante non può “accontentarsi” delle dichiarazioni del mutuatario giacché queste non sono di per sé sufficienti a ritenerne provate le capacità di rimborso⁵⁰⁸; di conseguenza il creditore dovrà attingere a fonti indipendenti e verificabili. Anche i cambiamenti che potrebbero verosimilmente interessare la situazione del debitore meritano un adeguato apprezzamento. Per tale motivo, al tasso di interesse concordato si applica una (ipotetica) maggiorazione del 2%, a meno che il tasso rimanga invariato per un periodo pari a cinque o più anni.

L'adeguatezza del prodotto creditizio offerto è valutata sulla base dei bisogni, delle circostanze personali e della condizione economica del consumatore⁵⁰⁹, il quale deve essere in grado di restituire il prelo concesso *nei termini e alle condizioni* stabilite nel contratto⁵¹⁰. Solo in tal caso, infatti, il finanziamento può dirsi sostenibile.

Questo il contesto normativo, i precetti dettati dalla dir. 2014/17 in tema di merito creditizio non sembrano avere impattato in modo significativo sulla vigente disciplina irlandese.

⁵⁰⁶ Vi è, dunque, un rapporto di strumentalità tra conoscenza del consumatore e valutazione della sostenibilità del credito: «The regulated entity is only required to seek the information set out at a) to d) above where *it is relevant to the assessment of suitability* to be carried out under this Chapter [c.v.o mio]», così l'art. 5.1.

⁵⁰⁷ Tale Codice, emanato nel 2006 e in più occasioni modificato, intende tutelare gli interessi dei consumatori che acquistano prodotti o servizi finanziari (cfr. Cap. 1°, *Introduction*).

⁵⁰⁸ Cfr. art. 5.6: «A declaration signed by the personal consumer (or his representative) certifying income and/or ability to repay is not sufficient evidence (...)».

⁵⁰⁹ Cfr. art. 5.19. A tal riguardo, il consumatore deve redigere uno *statement* in cui indica: *a)* le ragioni per cui il prodotto o il servizio offerto sono considerati adeguati per il consumatore; *b)* le ragioni per cui tra una pluralità di prodotti trattati quello offerto al consumatore è per lui il più adeguato; *c)* le ragioni per cui il prodotto consigliato è, tra tutti, il più confacente alla condizione personale ed economica del consumatore.

⁵¹⁰ Cfr. art. 5.13.

Senonché, com'è stato osservato, «a negative assessment of affordability under the CPC does not amount to a prohibition on the provision of credit»⁵¹¹. È, dunque, con riguardo al rapporto esito della valutazione/condotta del creditore e, quindi, al divieto di concedere il finanziamento qualora venga accertata l'incapacità del mutuatario di farvi fronte, che la direttiva ha innovato (anche) l'ordinamento irlandese.

Non solo.

Un'importante novità riguarda altresì l'impossibilità di basare l'indagine del creditore sul valore del bene immobile garantito che, per quanto importante, non può essere l'elemento determinante la concessione del prestito, pratica, all'opposto, diffusa tra gli intermediari irlandesi⁵¹².

Come per il credito al consumo, anche in ambito di credito immobiliare il finanziatore che non valuta il merito creditizio del consumatore commette un reato («a creditor (...) commits an offence», art. 19(10) reg.), che l'art. 39 punisce con l'applicazione di un'ammenda (*fine*) o con la reclusione (*imprisonment*), ovvero con entrambi. Rispettivamente, il tipo⁵¹³ e l'importo massimo dell'ammenda, nonché la durata massima della reclusione variano a seconda del tipo di accertamento – *summary conviction*⁵¹⁴ or *conviction on indictment* – condotto⁵¹⁵. Se, poi, il creditore, già condannato, persiste nell'inadempimento, per ogni giorno ulteriore e fino a che questo si protrae, viene applicata un'ammenda addizionale che non può eccedere i 1.000 € nel caso di *summary conviction*, e i 10.000 € nell'ipotesi di *conviction on indictment*⁵¹⁶.

⁵¹¹ P. KENNA e K. LYNCH-SHALLY, *Comparing mortgage law in England and Ireland*, in *The Conveyancer and Property Lawyer*, 294-316, 2014, p. 6.

⁵¹² Cfr. M. JORDAN, *The impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17 in the Republic of Ireland*, Barcelona workshop, 20-21 ottobre 2016, Working Paper 3/2017, p. 23, reperibile al sito www.diposit.ub.edu.

In Irlanda, molti degli esperti cui è affidato il compito di valutare i beni immobili oggetto di un contratto di credito ipotecario sono rappresentati dall'*Institute of Professional Auctioneers and Valuers* (IPAV), il quale, in conformità all'art. 19 della direttiva, ha elaborato gli standard che i partecipanti devono osservare quando effettuano detta valutazione (*European Valuation Standards* (EVS) of the Blue Book).

⁵¹³ Il *Fines Act* 2010, nella Parte 2^a, rubricata "*Increase of Fines*", classifica le ammende in: (i) "Class A fine", il cui importo massimo non può eccedere i 5.000 €; (ii) "Class B fine", il cui importo massimo è pari ad € 4.000; (iii) "Class C fine", che non può eccedere i 2.500 €; (iv) "Class D fine", pari ad un importo massimo di 1.000 €; (v) "Class E fine", quale ammenda che non può superare i 500 €.

Tale atto è stato emanato «to make provision in relation to the maximum fines that a Court may impose in respect of offences tried summarily and certain offences tried on indictment; to provide that a Court in imposing a fine upon conviction of a person of an offence shall take account of a person's financial circumstances; to provide for the payment of such fines by instalment in certain circumstances; to make provision in relation to the power of the Courts where there has been a failure on the part of a convicted person to pay a fine; for those purposes to amend the Criminal Justice (Community Service) Act 1983 and the Courts (No. 2) Act 1986; and to provide for matters connected therewith».

⁵¹⁴ Tale tipo di accertamento può essere perseguito dalla Banca Centrale d'Irlanda (art. 39(4) reg.).

⁵¹⁵ Nel caso di *summary conviction* l'ammenda, essendo di tipo "A", non può superare i 5.000 €, e la reclusione non può eccedere i 12 mesi; all'opposto, nell'ipotesi – più grave – di *conviction on indictment*, l'ammenda non può essere superiore a 100.000 € e la reclusione può essere comminata per un massimo di 3 anni (art. 39(1) reg.).

⁵¹⁶ Così, testualmente, l'art. 39(2) reg.: «Where a person is convicted of an offence under these Regulations and there is a continuation of the offence by the person after his or her conviction, the person commits a further offence on every day on which the contravention continues and for each such offence is liable –

(a) on summary conviction, to a Class D fine, or

Qualora sia una persona giuridica a porre in essere la violazione, e questa sia avvenuta con il consenso, la connivenza o l'approvazione, ovvero sia riconducibile alla negligenza intenzionale di colui che, all'interno della società, svolge compiti dirigenziali, manageriali o di segreteria, ovvero ha solo dichiarato di agire in quanto titolare di tali compiti (pur non essendolo), si rende responsabile del medesimo reato ascritto alla società ed è quindi soggetto all'applicazione delle medesime sanzioni (cfr. art. 39(3) reg.).

La Banca Centrale Irlandese può inoltre divulgare pubblicamente (ad esempio attraverso la menzione sul proprio sito *web*, ovvero sulle testate giornalistiche nazionali di maggior rilievo) qualsiasi sanzione amministrativa dalla stessa comminata in virtù dei poteri sanzionatori che le sono stati attribuiti dal *Central Bank Act* del 1942⁵¹⁷, a meno che non ritenga che da tale divulgazione possano derivare gravi pregiudizi ai mercati finanziari, ovvero danni sproporzionati alle parti coinvolte (art. 39(6) reg.).

In Inghilterra il recepimento della dir. 2014/17/UE è avvenuto con il *Mortgage Credit Directive Order 2015*⁵¹⁸, poco dopo emendato dal *Mortgage Credit Directive (Amendment) Order 2015*⁵¹⁹. L'impatto della direttiva non è stato così significativo come in altri Stati membri, e questo perché si è inserita in un contesto in cui il mercato ipotecario era già ampiamente regolamentato⁵²⁰. Il cambiamento di maggior rilievo ha riguardato l'ambito dei c.d. mutui secondari, assoggettati dapprima alla disciplina sul credito al consumo (di cui al *Consumer Credit Act* del 1974) e ad oggi alle regole previste dal *Financial Conduct Authority* nel proprio *Handbook*⁵²¹.

Il dovere di valutare il merito creditizio del consumatore è previsto dal *MCD Order* nel solo allegato 2, inerente ai contratti di credito finalizzati all'acquisto di beni immobili ad uso locativo (cc.dd. *buy-to-let mortgage contracts*)⁵²². All'opposto, per ciò che attiene all'acquisto di beni immobili residenziali, il dovere in oggetto trova

(b) on conviction on indictment, to a fine not exceeding €10,000».

⁵¹⁷ Ad esempio al creditore potrebbe essere revocata, ovvero non concessa la licenza necessaria per svolgere attività creditizia.

⁵¹⁸ S.I. 2015 No. 910 del 25 marzo 2015.

⁵¹⁹ S.I. 2015 No. 1557 del 20 luglio 2015.

⁵²⁰ Cfr. House of Commons, *Mortgage Credit Directive*, Briefing Paper No. 07453, 8 January 2016, Summary.

Una dettagliata analisi dello sviluppo storico del mercato unico dei servizi finanziari all'interno dell'UE si trova nella *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union*. The Single Market: Financial Services and the Free Movement of capital, emanata dal Ministro del tesoro, spec. Chap. 1, reperibile al sito www.gcn.civilservice.gov.uk.

⁵²¹ Cfr. FCA, *For second charge mortgage lenders and administrators. New regulation affecting firms arranging or advising on second charge mortgages*, Factsheet No. 040, settembre 2015, reperibile al sito www.fca.org.uk.

⁵²² V. Schedule 2, art. 10 ("*Obligation to assess the creditworthiness of the borrower*"), che ricalca la disciplina europea.

regolamentazione nel summenzionato *Handbook*, nella parte dedicata ai *Business standards – Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook* (MCOB).

Segnatamente, nel MCOB 11, intitolato “*Responsible lending, and responsible financing of home purchase plans*”, la sez. 11.6 (“*Responsible lending and financing*”) illustra le regole e le linee guida cui i creditori dovrebbero attenersi nel valutare la *convenienza* per il consumatore del finanziamento offerto⁵²³. Convenienza intesa quale capacità del mutuatario e dell’eventuale fideiussore⁵²⁴ di rimborsare la somma prestata alle condizioni previste nel contratto, comprensiva del capitale e degli interessi⁵²⁵. Solo in tal caso il creditore potrà erogare il finanziamento richiesto (MCOB 11.6.2(1)(b))⁵²⁶.

Nel valutare la capacità del debitore (e del fideiussore) di onorare gli impegni convenuti, l’intermediario ne deve considerare il reddito netto, le spese di norma sostenute per il proprio mantenimento e quello della famiglia (compresi i costi legati all’abitazione), nonché l’impatto che possibili innalzamenti del tasso di interessi applicato – se variabile – potrebbero avere sul costo totale del credito⁵²⁷. A seguito di tale apprezzamento, il creditore, qualora decida di concedere il prestito, *deve dimostrare* («the firm must be able to demonstrate that the loan is affordable (...)»), MCOB 11.6.7) che il mutuatario è in grado di farvi fronte, le cui mere dichiarazioni, per quanto attendibili, non sono da sole a tal fine sufficienti; di qui l’opportunità di ottenere evidenze documentali che ne confermino la veridicità (MCOB 11.6.6).

D’accordo con quanto previsto nel 55° *considerando* della direttiva («Gli Stati membri dovrebbero poter dare ulteriori orientamenti in merito [ai] criteri e ai metodi da

⁵²³ «This section sets out *rules and guidance* for lenders and providers under *regulated mortgage contracts and home purchase plans*, in relation to the assessment of *affordability* [c.vo mio] for the *customer* of these contracts. (...)».

⁵²⁴ Cfr. MCOB 11.6.2(1)(a) e MCOB 11.6.2(3) ai sensi del quale «In MCOB 11.6 [attinente alla valutazione della convenienza del finanziamento], references to the *customer* must be read as referring also to any guarantor of the *customer’s* obligations under the *regulated mortgage contract* (...). Nell’ordinamento inglese anche l’eventuale fideiussore è quindi sottoposto alla stessa valutazione (per ciò che attiene alla convenienza dell’“affare”) cui è soggetto il consumatore.

⁵²⁵ MCOB 11.6.2(2), MCOB 11.6.5(3). Dunque, alla differenza terminologica non ne corrisponde anche una semantica, avendo le espressioni “*affordability*” e “*consumer’s creditworthiness*” - sebbene questo risulti più preciso - il medesimo significato.

⁵²⁶ Il MCOB 11.6.16 (“*Debt consolidation and credit-impaired consumers*”) contempla la particolare ipotesi in cui l’accensione del mutuo ipotecario è finalizzata ad onorare gli obblighi restitutori di un diverso e preesistente finanziamento. In tal caso, l’operazione creditizia può giudicarsi conveniente solo quando la somma concessa risulti effettivamente idonea a rimborsare il debito pregresso. Per tale ragione, al creditore è riconosciuta la possibilità di condizionare la concessione del mutuo alla circostanza che sia lo stesso a rimborsare direttamente all’altro creditore le spese sostenute per l’erogazione del prestito («(...) the mortgage lender’s (...) repaying the committed expenditure directly to the creditors concerned as a condition of granting the regulated mortgage contract (...)»), così il MCOB 11.6.17).

⁵²⁷ Secondo quanto previsto dal MCOB 11.6.18, il mutuante deve considerare le variazioni che potrebbero verosimilmente intervenire durante i 5 anni successivi all’accensione del mutuo ipotecario, a meno che non si tratti di tasso fisso per 5 o più anni e la durata del contratto sia inferiore a tale periodo.

L’indagine è condotta avendo riguardo alle aspettative del mercato (a tal fine, utile è la consultazione del sito *web* della *Bank of England*) e ad eventuali raccomandazioni del Comitato per la politica finanziaria, pubblicate a seguito di c.d. “*interest-rate stress tests*”.

applicare per valutare il merito creditizio del consumatore, ad esempio stabilendo limiti (...) sul rapporto tra mutuo concesso/reddito percepito (...))», all'intermediario è riconosciuta la *possibilità* di imporre un limite, espresso come moltiplicatore del reddito netto percepito dal cliente, sull'importo che sarebbe disposto ad erogare⁵²⁸. È, dunque, lasciata alla discrezionalità di ciascun creditore la decisione di prevedere o meno un simile limite.

La valutazione della capacità reddituale, che viene apprezzata avendo riguardo non solo al reddito da lavoro, ma anche ad altri elementi come, ad esempio, eventuali trattamenti pensionistici o investimenti finanziari, non può basarsi su mere autocertificazioni del cliente; è infatti necessario che l'ente creditizio attinga a fonti indipendenti, tra cui le informazioni contenute nei pertinenti sistemi informatici, ovvero fornite dall'intermediario⁵²⁹, ma anche le buste paga o gli estratti dei conti correnti bancari. Le richieste evidenze documentali si diversificano a seconda del tipo di lavoro svolto dal debitore (lavoratore autonomo o dipendente, imprenditore, pensionato), della sua durata e, in particolare, della presenza o meno di elementi di reddito non contrattualmente garantiti (ad esempio, il reddito da lavoro straordinario, che può essere identificato mediante la semplice analisi degli emolumenti regolarmente versati nel conto corrente bancario del lavoratore).

Per ciò che attiene alle spese sostenute dal mutuatario, i MCOB 11.6.10 e 11.6.11 distinguono: (i) le *committed expenditure*, inerenti agli impegni finanziari che continueranno a gravare sul debitore anche dopo la stipulazione del contratto di mutuo⁵³⁰, quali carte di credito, contratti di acquisto rateali, assegni alimentari o di mantenimento; (ii) le *basic essential expenditure*, relative alle spese per la gestione dell'abitazione (comprese quelle per le utenze domestiche), alle tasse comunali, alle assicurazioni sugli edifici, agli eventuali canoni di affitto e/o di locazione, ai costi connessi all'utilizzo dei mezzi di trasporto; (iii) i *basic quality-of-living costs*, che potrebbero essere ridotti, ma con estrema difficoltà in quanto attinenti al vestiario, agli articoli casalinghi, ai beni personali (ad esempio, quelli necessari alla cura della persona), al mantenimento dei figli, allo svolgimento delle basilari attività ludico-ricreative.

⁵²⁸ «A firm may wish to impose (...))», così MCOB 11.6.7.

⁵²⁹ Il tipo di prove e il periodo temporale cui fanno riferimento devono essere rapportate alla voce di reddito di fatto considerate dal creditore (ed eventualmente soggette agli opportuni controlli antifrode), cfr. MCOB 11.6.8(1).

⁵³⁰ Tuttavia, con riguardo agli impegni finanziari destinati a concludersi poco dopo la stipulazione del contratto di mutuo, il creditore dovrà valutare se e in che modo considerarli ai fini della valutazione lui imposta. A tal uopo, particolare rilevanza assumeranno la restante durata dell'impegno, nonché l'entità dei pagamenti dovuti (cfr. MCOB 11.6.13(3)).

Il finanziatore deve stimare le spese *attuali* della controparte, potendo basare il proprio giudizio anche sulle informazioni a tal uopo fornite dallo stesso mutuatario, a meno di non avere motivi per dubitare della loro veridicità (MCOB 11.6.12(1)). È tuttavia necessario che tali dichiarazioni siano corroborate da altre evidenze documentali - specie per le *committed expenditure* -, quali gli estratti conti bancari (che, come visto, possono fungere anche da prova del reddito), i dati ottenuti dalla consultazione di un'agenzia del credito, ovvero a seguito del controllo di una carta di credito. Altrimenti, ma solo con riguardo ai *basic quality-of-living costs*, l'intermediario, per determinare il livello (medio) di spesa del debitore, potrebbe fare ricorso ai dati statistici, adeguandoli ai componenti il nucleo familiare (MCOB 11.6.12(3)).

La verifica del merito di credito guarda, oltre al presente, anche al futuro del cliente. Il creditore è infatti tenuto a stimare i cambiamenti che potrebbero incidere - in modo negativo - sulla sua capacità reddituale, come nel caso in cui il contratto di mutuo non termini con il pensionamento del lavoratore⁵³¹, ovvero sulle spese, inevitabilmente destinate ad aumentare quando risulta che il mutuatario è in procinto di contrarre un nuovo prestito con un altro intermediario. In tal caso, il mutuante dovrebbe valutare la convenienza del mutuo alla luce degli impegni finanziari conseguenti al nuovo prestito, a meno che i contraenti non abbiano già concordato un'adeguata strategia di rimborso del mutuo, quale la vendita dell'immobile garantito (MCOB 11.6.15(3)).

Tutte le imprese creditizie devono predisporre e operare in conformità ad una politica scritta – approvata dal proprio organo di governo – che fornisca indicazioni dettagliate sui fattori che devono essere apprezzati al fine di valutare la capacità del mutuatario di onorare gli impegni restitutori derivanti dal contratto di credito; il rispetto di detta politica, così come quello (più generico) dei precetti contemplati dall'*Handbook*, deve essere opportunamente e periodicamente monitorato, pena la sospensione, la revoca o la mancata concessione della necessaria *licenza* per svolgere attività di credito al consumo (c.d. *consumer credit licence*).

⁵³¹ In tal caso, l'apprezzamento imposto al finanziatore è più o meno incisivo a seconda del tempo che intercorre tra valutazione del merito di credito e pensionamento del mutuatario (o raggiungimento dell'età pensionabile). Invero, quanto più è vicino tale momento, tanto più specifica deve essere l'indagine attinente alla capacità reddituale del cliente-pensionato. Ad esempio, qualora il pensionamento sia lontano nel tempo (rispetto all'accensione del mutuo), è sufficiente provare l'esistenza di prestazioni pensionistiche a favore del mutuatario, anche mediante una semplice dichiarazione di pensione; all'opposto, nel caso in cui il cliente sia prossimo al pensionamento, lo scrutinio richiesto all'intermediario potrebbe finanche comportare l'analisi del reddito previdenziale così come delineato nella certificazione pensionistica. Cfr. MCOB 11.6.15(2).

LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

1. *Il recepimento nell'ordinamento italiano delle dir. 2008/48/CE e 2014/17/UE. Le scelte di politica legislativa. Premessa.*

Con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141⁵³², attuativo della dir. 2008/48/CE, il legislatore italiano ha colto l'occasione per porre fine al sistema binario connotante il settore del credito al consumo, fino a quel momento disciplinato, per l'appunto, da norme contenute sia nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, d'ora in poi t.u.b.), sia nel codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)⁵³³.

La scelta – da alcuni Autori aspramente criticata⁵³⁴ – è stata quella di far rifluire l'intera disciplina all'interno del t.u.b., eliminando qualsivoglia riferimento dal codice del consumo⁵³⁵. Lo stesso approccio è stato mantenuto anche in sede di attuazione della dir. 2014/17/EU (v. *infra*).

Il d.lgs. n. 141/2010 ha modificato il t.u.b. sostituendo alle norme del Capo II, rubricato “Credito al consumo”, del Titolo VI, dedicato alla “Trasparenza delle condizioni contrattuali”, ora “Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti

⁵³² D.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, recante l' “Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, non ché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi”, in *G.U.*, Serie Generale n. 207 del 4 settembre 2010, Suppl. Ordinario n. 212, entrato in vigore il 9 settembre 2010.

⁵³³ Precisamente nella Sez. I, “Credito al consumo”, del Capo II, “Promozione delle vendite”, del Titolo II, “Esercizio dell'attività commerciale”, Parte III.

⁵³⁴ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario (commento al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141)*, in *Contratti*, 2010, p. 1041; M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori di cui al Capo II, Titolo VI, t.u.b., novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, p. 323. Al contrario, favorevoli alla collocazione nel t.u.b. sono G. CARRIERIO, *Commento al Capo II, Credito ai Consumatori*, in *Testo Unico Bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA e V. SANTORO, Milano, 2011, p. 94 s. e A. SIMIONATO, *Commento sub art. 121*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 122, ad avviso del quale, posto che nel codice del consumo erano contenute poche disposizioni, peraltro riprodotte di norme già esistenti prima dell'entrata in vigore dello stesso codice (così gli artt. 40-42), ovvero di mero rinvio alla disciplina del t.u.b. (così l'art. 43, tutt'ora vigente), correttamente il legislatore italiano ha deciso di abrogarle.

⁵³⁵ Invero, l'art. 3, comma 1°, lett. a), d.lgs. n. 141/10, ha disposto l'abrogazione degli artt. 40, 41 e 42 c.cons.; è stata poi soppressa la parola «restante» dall'art. 43, che ad oggi così dispone «Per la [restante] disciplina del credito al consumo si fa rinvio ai capi II e III del titolo VI del citato decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, nonché agli articoli 144 e 145 del medesimo testo unico per l'applicazione delle relative sanzioni».

con i clienti”, quelle relative al “Credito ai consumatori”, da cui la (nuova) rubrica del Capo (artt. 121-126). Anche altre parti del t.u.b.⁵³⁶, così come altri provvedimenti⁵³⁷, sono stati oggetto di modifiche e integrazioni, necessarie per adeguarne la disciplina ai precetti di fonte europea.

Con riguardo agli atti di natura secondaria, in conformità alle indicazioni contenute nel decreto, da un parte, il CICR (Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio), al fine di regolamentare i dettagli tecnici della materia, ha emanato il d.m. 3 febbraio 2011, n. 117⁵³⁸, mentre, dall'altra parte, la Banca d'Italia, con provvedimento 9 febbraio 2011, ha pubblicato le disposizioni in materia di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”⁵³⁹, che hanno sostituito quelle di cui all'omonimo provvedimento del 29 luglio 2009.

Per ciò che attiene, invece, alla dir. 2014/17/UE, questa è stata recepita con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72⁵⁴⁰, entrato in vigore il 4 giugno 2016, adottato dal Governo in attuazione della delega contenuta nell'Allegato B), punto 13, legge 9 luglio 2015, n. 114 (legge di delegazione europea 2014)⁵⁴¹.

Il d.lgs. di recepimento ha attuato la predetta direttiva modificando sia il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, sia il citato d.lgs. n. 141/2010.

Più specificatamente, con riguardo alle modifiche apportate al t.u.b., il decreto in oggetto ha: *in primo luogo*, inserito nel Titolo VI un nuovo Capo I-bis, rubricato “Credito immobiliare ai consumatori”, artt. da 120-quinquies a 120-noviesdecies; *in secondo luogo*, modificato il Titolo VI-bis, dedicato agli “Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi”, al fine di adeguarne la disciplina al regime previsto dalla

⁵³⁶ L'art. 11 d.lgs. n. 141/10 ha introdotto il Titolo VI-bis, disciplinante gli “Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi”. Le altre modifiche e integrazioni di maggior rilievo hanno riguardato: il Titolo V, dedicato alla regolamentazione dei “Soggetti operanti nel settore finanziario” e i Capi I, “Operazioni e servizi bancari” e III, “Regole generali e controlli”, del Titolo VI.

⁵³⁷ Ad esempio, è stata modificata la l. 30 aprile 1999, n. 130, recante “Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti” (art. 9 d.lgs. n. 141/10).

⁵³⁸ In *G.U.*, Serie Generale n. 29 del 5 febbraio 2011.

⁵³⁹ “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori”, in *G.U.*, Serie Generale n. 38 del 16 febbraio 2011 - Suppl. Ordinario n. 40.

⁵⁴⁰ In *G.U.*, serie generale, n. 117 del 20 maggio 2016.

⁵⁴¹ In *G.U.*, serie generale, n. 176 del 31 luglio 2015. Quest'ultima, tuttavia, non ha fissato i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega stessa, i quali sono stati successivamente inseriti nell'art. 12 d.d.l. di delegazione europea 2015 (A.C. 3540) presentato dal Governo alla Camera dei deputati il 18 gennaio 2016. Tale articolo è stato poi soppresso a seguito dell'esame effettuato dalla Commissione permanente *Politiche dell'Unione Europea* del Senato, sulla base dell'assunto secondo cui la delega era già stata esercitata dall'esecutivo in conformità a quanto delineato dalla legge di delegazione europea 2014. Cfr. il dossier del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati – XVII legislatura – avente ad oggetto l'attuazione della Direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (Atto del Governo n. 256), febbraio 2016, p. 1.

direttiva; *infine*, modificato il Titolo VIII, relativo alle “Altre sanzioni”, per adattare le previste misure sanzionatorie ai casi di inosservanza delle nuove disposizioni nazionali introdotte.

In relazione, invece, al d.lgs. n. 141/2010, particolare importanza rivestono l'introduzione del c.d. “consulente indipendente”, nonché la previsione secondo la quale le attività di segnalazione relative ai contratti di credito immobiliare prestate *a titolo accessorio* «non costituiscono esercizio di agenzia in attività finanziaria né di mediazione creditizia» (art. 12, comma 1-*quater*).

Riguardo alla normativa secondaria, in conformità alle deleghe contenute nel d.lgs., al fine di dare attuazione alle nuove previsioni di cui al Capo I-*bis*, la Banca d'Italia, con provvedimento 30 settembre 2016⁵⁴², ha emanato le nuove “Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” –, inserendovi una nuova Sez. VI-*bis*, titolata “Credito immobiliare ai consumatori”⁵⁴³. Parimenti è intervenuto il CICR con decreto 29 settembre 2016⁵⁴⁴.

Dunque, un *iter* di recepimento del tutto analogo a quello adottato con riguardo alla dir. 2008/48/CE. Per vero, ad accomunare le discipline di cui si tratta – quantunque aventi ad oggetto contratti di credito divergenti per natura e rischi – concorrono anche altri elementi, frutto di precise scelte di politica legislativa. *Anzitutto*, le disposizioni di carattere generale del Capo I (“Operazioni e servizi bancari e finanziari”), Titolo VI, t.u.b. si applicano tanto ai contratti di credito regolati dal nuovo Capo I-*bis*, quanto a quelli di cui al Capo II, solo *se ed in quanto espressamente richiamate* (cfr. art. 115, comma 3°)⁵⁴⁵. Ad analogo risultato è giunta, *in secondo luogo*, la Banca d'Italia che nel dettare le regole in materia di “Pubblicità e informazione precontrattuale”, contenute nella Sez. II delle disposizioni sulla trasparenza, ne ha espressamente escluso l'applicabilità ai finanziamenti «che configurano operazioni di credito immobiliare ai consumatori (...) o operazioni di credito ai consumatori (...)»⁵⁴⁶,

⁵⁴² In *G.U.* n. 247 del 21 ottobre 2016, s.o. n. 46.

⁵⁴³ Di recente (3 agosto 2017) le citate disposizioni sono state oggetto di modifiche e integrazioni nella parte inerente ai “conti base”. Questi interventi non hanno tuttavia inciso sulle Sezioni (VI-*bis* e VII) del provvedimento esaminate in tale sede.

⁵⁴⁴ In *G.U.* n. 241 del 14 ottobre 2016.

⁵⁴⁵ Segnatamente, con riguardo ai contratti di credito ai consumatori si applicano gli artt. 117, commi 2°, 3° e 6° (in materia di forma scritta e contenuto obbligatorio del contratto), 118 (modifica unilaterale delle condizioni contrattuali), 119, comma 4° (in tema di comunicazioni periodiche alla clientela) e 120, comma 2° (decorrenza delle valute e calcolo degli interessi); all'opposto, per ciò che attiene ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali risultano applicabili gli artt. 117, 118, 119, 120, comma 2°, 120-*ter* (estinzione anticipata dei mutui immobiliari), 120-*quater* (surrogazione nei contratti di finanziamento), nonché l'art. 125-*sexies*, comma 1° (rimborso anticipato), previsto, quest'ultimo, dalla disciplina dedicata al credito ai consumatori.

⁵⁴⁶ Cfr. Sez. II, punto 1. (Premessa), p. 11

essendo, queste, assoggettate alle norme di cui, rispettivamente, alle Sez. VI-*bis* e VII. *Da ultimo*, nonostante la disciplina dei contratti in questione si trovi nel t.u.b., ad entrambi continuano ad applicarsi gli artt. 18 ss. e 33 ss. c.cons. in materia di pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie.

Dal punto di vista delle scelte tecnico-normative adottate per attuare entrambe le direttive, il legislatore nazionale si è limitato ad una mera trasposizione *telle quelle* dei precetti europei. Tale approccio – criticabile perlomeno laddove un intervento più incisivo era richiesto dalla stessa norma europea (cfr. art. 23 in tema di sanzioni, v. *infra* parr. 2, 5 e 6) – ha contraddistinto anche il recepimento dei numerosi obblighi informativi precontrattuali imposti al finanziatore e all’intermediario sia dalla dir. 2008/48/CE, sia, in maniera più esaustiva, dalla dir. 2014/17/UE.

Nello specifico, per ciò che attiene all’ambito del credito ai consumatori, mentre all’art. 123 t.u.b. sono contemplate le regole in materia di pubblicità⁵⁴⁷, l’art. 124 t.u.b. disciplina le informazioni c.d. “necessarie” da comunicare al consumatore e il susseguente dovere di assistenza (*id est* dovere di fornire chiarimenti adeguati). Con riguardo a quest’ultimo aspetto, in applicazione della delega contenuta nell’art. 5, comma 2°, decreto CICR n. 117/2011⁵⁴⁸, la Banca d’Italia ha precisato che il finanziatore, per assolvere l’obbligo in questione, deve riconoscere al consumatore, prima che sia vincolato dal contratto, e in ogni caso per tutto il periodo in pendenza del quale è ammesso l’esercizio del diritto di recesso *ex art. 125 ter* t.u.b., la possibilità di ottenere – gratuitamente – spiegazioni in merito: (i) alla documentazione precontrattuale fornitagli; (ii) alle caratteristiche essenziali del prodotto; (iii) agli effetti che possono derivare dalla concessione del finanziamento, specie in termini di obblighi economici e conseguenze del mancato pagamento. Dette spiegazioni, il cui accesso non deve risultare tortuoso per il consumatore, sono fornite oralmente, o in alternativa mediante tecniche di comunicazione a distanza idonee a consentire un

⁵⁴⁷ Secondo la definizione data dal par. 4, Sez. III, disp. trasp., rientrano nella definizione di “annuncio pubblicitario” «tutti i messaggi, in qualsiasi forma diffusi, aventi natura promozionale, e ogni altra documentazione non personalizzata avente la funzione di rendere note le condizioni dell’offerta di uno o più operazioni o servizi alla potenziale clientela», compresi i “fogli informativi” di cui alla delibera CICR 4 marzo 2003 e alle Sez. II e VI delle medesime disposizioni.

⁵⁴⁸ «(...) La Banca d’Italia (...) disciplina modalità e portata dell’assistenza da fornire in modo da assicurare che i chiarimenti: a) rispondano alle domande formulate dal consumatore sulla documentazione precontrattuale fornitagli, le caratteristiche del prodotto offerto, e gli effetti che possono derivargli a seguito della conclusione del contratto ; b) possano essere ottenuti dal consumatore oralmente o comunque attraverso tecniche di comunicazione a distanza che consentano un’interazione individuale; c) siano forniti da personale in possesso di un’adeguata e aggiornata conoscenza dei contratti di credito offerti, dei diritti dei consumatori e della disciplina adottata ai sensi della presente sezione».

confronto individuale con il personale tecnico a ciò preposto⁵⁴⁹ (cfr. par. 4.2.2.2. “Assistenza al consumatore” disp. trasp.).

Per ciò che invece concerne la – più complessa – normativa sul credito immobiliare, ai sensi di quanto previsto dall’art. 120-*octies* t.u.b., gli annunci pubblicitari, ferme restando le regole previste dal c.cons. in merito alle pratiche commerciali scorrette, non devono contenere formulazioni idonee ad indurre in errore il consumatore riguardo alla disponibilità del credito ovvero al suo costo. Alla stregua di quanto (già) previsto per i contratti di credito ai consumatori (cfr. art. 123 t.u.b.), qualora la pubblicità riporti il tasso di interesse applicabile o altre cifre indicanti il potenziale costo del credito, la stessa deve contenere una serie di informazioni c.d. “di base”⁵⁵⁰, che permettano alla platea cui sono destinate di comprendere in maniera agevole ed efficace⁵⁵¹ le caratteristiche dei vari finanziamenti proposti.

Ebbene, al consumatore che, dopo aver letto un annuncio pubblicitario, si mostra interessato alla conclusione di un contratto di credito immobiliare, *ex art. 120-novies*, comma 1°, t.u.b, il professionista mette a disposizione «in qualsiasi momento, un documento contenente *informazioni generali* chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti (...)», la cui portata è specificata dal par. 5.2.1, Sez. VI-*bis*, delle nuove disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria⁵⁵².

Il legislatore del recepimento⁵⁵³, in attuazione di quanto stabilito dall’art. 13, par. 2, dir.⁵⁵⁴, ha previsto che il documento consegnato al consumatore debba altresì indicare le informazioni che quest’ultimo deve fornire (e il termine entro il quale adempiere) affinché il professionista possa valutarne il merito creditizio (*v. infra*, par. 4), nonché l’espreso avvertimento che il credito non potrà essergli concesso in

⁵⁴⁹ nel caso in cui le spiegazioni non siano fornite direttamente dal finanziatore, ma da altri soggetti incaricati, grava su di lui l’onere di assicurare che detto personale abbia le competenze necessarie per svolgere il compito affidatogli, abbia, cioè, un’adeguata e aggiornata conoscenza dei prodotti di credito offerto, dei diritti dei consumatori e della normativa prevista dal t.u.b. in materia di credito ai consumatori.

⁵⁵⁰ Tra cui le caratteristiche del tasso di interesse, l’importo totale del credito, il TAEG, l’esistenza di eventuali servizi accessori per ottenere il credito o riceverlo alle condizioni pubblicizzate, la durata del contratto, l’importo delle eventuali rate ecc. (cfr. art. 120 *octies*, comma 2°, t.u.b., che rispecchia, in buona sostanza, quanto previsto dall’art. 123 t.u.b.).

⁵⁵¹ La comunicazione di tali informazioni deve infatti avvenire in modo chiaro e preciso e, con riguardo ad alcune di esse (ad es. al tasso di interesse applicato, al TAEG, alla durata del contratto), deve altresì accompagnarsi ad un esempio rappresentativo che il decreto CICR n. 380/2016, ha stabilito dover essere “chiaro”, “conciso” e “realistico” (art. 4).

⁵⁵² La portata di dette informazioni corrisponde a quella di cui all’art. 13 dir., peraltro richiamato anche dall’art. 5 decreto CICR n. 380/2016.

⁵⁵³ V. art. 120-*novies*, comma 1°, t.u.b., il cui contenuto viene ripreso dal par. 5.2.1., Sez. VI-*bis*, lett. j) e m), nuove disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria.

⁵⁵⁴ Il quale lascia liberi gli Stati membri di inserire all’interno delle informazioni generali ulteriori indicazioni per gli stessi rilevanti.

assenza di dette informazioni, ovvero della documentazione richiesta per procedere alla valutazione.

Ancora, le informazioni personalizzate, previste al comma 2° dell'art. 120-*novies*, sono fornite mediante il “Prospetto informativo europeo standardizzato” (PIES), che viene consegnato «tempestivamente» dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie all'individuazione del prodotto creditizio più adeguato e, in ogni caso, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta. Attesa l'esigenza di assicurare al mutuatario una decisione informata in merito all'effettiva opportunità del finanziamento proposto, allo stesso è riconosciuto il diritto di avvalersi di un *periodo di riflessione* pari a sette giorni, che iniziano a decorrere dalla trasmissione dell'informazione personalizzata⁵⁵⁵.

Il legislatore domestico, a fronte dell'alternativa posta dalla direttiva tra configurare il periodo di riflessione come momento precedente la stipulazione del contratto, ovvero come tempo entro il quale esercitare il diritto di recesso, ha preferito la prima⁵⁵⁶. Coerentemente con quanto previsto dalla normativa europea⁵⁵⁷, durante detto periodo, l'offerta è vincolante per il finanziatore e il mutuatario può accettarla in qualunque momento, purché entro i sette giorni dalla presentazione.

Queste le caratteristiche, tale offerta sembrerebbe configurarsi come una proposta irrevocabile *ex art. 1329 c.c.*, con la conseguenza che una sua eventuale revoca in pendenza del previsto termine sarebbe priva di effetto.

⁵⁵⁵ Durante tale *spatium deliberandi*, il potenziale cliente può comparare le diverse – e personalizzate – offerte di credito ricevute dai vari enti creditizi e, dopo averne compreso e valutato le implicazioni, effettua, in maniera ponderata, la propria scelta.

⁵⁵⁶ Contrariamente a quanto previsto per il credito ai consumatori dall'art. 125-*ter* t.u.b., ai sensi del quale il consumatore può recedere dal contratto entro 14 giorni dalla conclusione del contratto o, se successivo, dal momento in cui riceve tutte le informazioni previste dall'art. 125-*bis*, comma 1°.

⁵⁵⁷ Cfr. art. 14, par. 6, lett. a) e b), direttiva

Da ultimo, il comma 5°, art. 120-*nonies*, t.u.b., contempla il dovere del professionista di fornire al consumatore *chiarimenti adeguati*⁵⁵⁸ in merito ai contratti di credito e agli eventuali servizi accessori proposti^{559 560}.

Dal dovere di assistenza si distingue il servizio di consulenza previsto dall'art. 120-*terdecies* t.u.b., attività, come visto, separata anche da quelle di concessione e intermediazione del credito. Detto servizio è prestato esclusivamente dal finanziatore o dall'intermediario del credito e, d'accordo con la disciplina sovranazionale, può essere definito come "indipendente" solo se fornito da un consulente che possa, appunto, qualificarsi tale. Quest'ultimo, iscritto in una sezione speciale dell'elenco dei mediatori creditizi (art. 128-*sexies*, comma 2-*bis*, t.u.b.), viene definito (comma 3-*bis*) come quel soggetto che presta professionalmente, e in via esclusiva, servizi di consulenza, ovvero attività con questa connesse o strumentali, in merito alla concessione di qualsiasi tipo di finanziamento, potendo essere remunerato unicamente dal cliente⁵⁶¹. Tale consulente, peraltro, al fine di svolgere il proprio incarico in maniera imparziale ed oggettiva, evitando possibili conflitti di interesse, non deve essere legato a nessuna delle parti da rapporti potenzialmente idonei a comprometterne l'indipendenza (comma 4°)⁵⁶².

⁵⁵⁸ La normativa di recepimento ha preferito parlare di chiarimenti anziché di spiegazioni adeguate, delineate, invece, dall'art. 16, par. 1, direttiva. Nonostante la diversità terminologica, la portata e la finalità di tale dovere di condotta rimangono le medesime. In proposito, si rileva altresì come la scelta del legislatore domestico di fatto si conformi alla definizione (già) utilizzata dal legislatore europeo nell'art. 5, par. 6, dir. 2008/48/CE, e recepito nell'art. 124, comma 5°, t.u.b., che allude, appunto, ai "chiarimenti adeguati". Ne consegue, peraltro, che detto obbligo non rappresenta una novità all'interno della legislazione consumeristica.

⁵⁵⁹ Il par. 3 ("Definizioni"), Sez. I ("Disposizioni generali"), delle nuove disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, chiarisce che per "servizi accessori" devono intendersi «i servizi offerti, anche gratuitamente, insieme a un servizio principale, su base obbligatoria o facoltativa, anche se non strettamente connessi con esso (ad esempio, contratti di assicurazione, convenzioni con soggetti esterni, ecc.)». Tuttavia, tale definizione fa espressamente salvo quanto previsto dal par. 2 ("Definizioni"), Sez. VI-*bis* ("Credito immobiliare ai consumatori"), per i "servizi accessori connessi con il contratto di credito". Ai fini della disciplina contenuta in tale ultima sezione, questo concetto comprende «i servizi obbligatori per la conclusione del contratto di credito o i servizi (siano essi obbligatori o facoltativi) offerti dal finanziatore congiuntamente al contratto di credito. Il servizio si intende obbligatorio quando – anche sulla base di disposizioni di legge – il consumatore non può stipulare il contratto di credito senza stipulare il contratto avente a oggetto il servizio accessorio oppure non può stipulare il contratto di credito a determinate condizioni senza stipulare il contratto avente a oggetto il servizio accessorio. Il servizio si intende, altresì, obbligatorio quando il recesso dal contratto avente a oggetto il servizio accessorio determina l'applicazione di costi o qualsiasi altra modifica delle condizioni del contratto di credito».

⁵⁶⁰ In attuazione della delega contenuta nel comma 6°, lett. b), art. 120-*novies* t.u.b., il decreto CICR n. 380/2016, riproponendo quanto già previsto dal decreto n. 117/2011 per i contratti di credito ai consumatori (v. nt. 18), ha precisato che detti chiarimenti, gratuiti per il mutuatario, devono: a) assicurare una risposta agli eventuali interrogativi posti con riguardo alla documentazione precontrattuale fornita, alle caratteristiche del contratto proposto e agli specifici effetti derivanti dalla sua conclusione, incluse le conseguenze del mancato pagamento; b) essere comunicati oralmente o, comunque, attraverso modalità di comunicazione tali da permettere un'interazione individuale tra i contraenti; c) essere forniti da personale competente e qualificato. Anche la Banca d'Italia, al par. 5.2.3. ("Assistenza al consumatore"), Sez. VI-*bis*, nel precisare modalità e portata dell'assistenza si è espressa negli stessi termini di cui al par. 4.2.2.2., Sez. VII.

⁵⁶¹ Cfr. la possibilità, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 22, par. 4, dir., di prevedere siffatta condizione per l'utilizzo della menzione "consulente indipendente".

⁵⁶² Ne conseguirebbe, dunque, l'impossibilità, per tale tipologia di operatori, di essere legati al finanziatore da un vincolo di mandato.

Come visto, lo scopo della consulenza è quello di mettere a disposizione del consumatore, in forma cartacea o su altro supporto durevole, una *raccomandazione personalizzata* «in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito», adeguata al suo profilo personale e finanziario e contenente altresì un'indicazione in ordine agli eventuali servizi accessori connessi con l'operazione consigliata. Tale servizio, a differenza dell'assistenza, come reso evidente anche dalla diversità dei termini utilizzati, si sostanzia in una prestazione che, in quanto espressamente richiesta dal consumatore, è oggetto di uno specifico negozio, verosimilmente oneroso, stipulato tra le parti. Tuttavia, il legislatore nazionale ha ritenuto opportuno prevedere un'eccezione al carattere discrezionale e alla natura onerosa di detta attività nell'ipotesi in cui i contraenti, al momento della conclusione del contratto, stabiliscano che, in caso di inadempimento del consumatore, l'intero debito sarà soddisfatto mediante il trasferimento o la restituzione al finanziatore dell'immobile ipotecato, ovvero dei proventi derivanti dalla vendita del medesimo, anche qualora il valore del bene o l'ammontare dei proventi risulti inferiore al debito residuo (art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4°, lett. b), t.u.b.)⁵⁶³. In tal caso, infatti, attese le implicazioni derivanti al mutuatario da siffatta clausola, la consulenza, oltre che gratuita, è altresì obbligatoria *ex lege*. Tuttavia, com'è dato desumere dal tenore letterale della norma, la consulenza sarà fornita valutando l'incidenza di tale patto sulla *convenienza* dell'affare per il consumatore.

1.1. Segue: *con specifico riguardo al dovere di verifica del merito creditizio del consumatore.*

A differenza di altri ordinamenti, quale quello tedesco, d'accordo con la scelta di fondo di prevedere due regimi normativi diversi per il credito al consumo ordinario e immobiliare, il dovere di verifica del merito creditizio del consumatore trova la propria regolamentazione, rispettivamente, negli artt. 124 *bis* e 120 *undecies* t.u.b.

Il legislatore del recepimento, anziché chiarire la portata di tale dovere, ad esempio precisando gli elementi oggetto di valutazione e la loro incidenza sul giudizio finale, si è limitato ad un mero “copia-incolla” di quanto previsto dai corrispondenti precetti

⁵⁶³ In merito alla portata di detta disposizione e all'interrogativo se la stessa integri una deroga al divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*, ovvero possa qualificarsi come un patto marciano, ritenuto potenzialmente ammissibile, in via interpretativa, dalla giurisprudenza di legittimità, si veda S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Direttiva 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 181 ss.

europei. Atteggiamento, questo, che, come visto, lungi dal rappresentare un'eccezione, si pone quale costante quando si tratta di dare attuazione alle direttive europee.

Con riguardo agli effetti derivanti dal mancato rispetto delle norme – di condotta – imposte al creditore nella fase prodromica all'eventuale stipulazione del contratto e, quindi, anche di quelle inerenti alla verifica del merito creditizio, il legislatore domestico si è limitato a prevedere un (peraltro criticabile) regime sanzionatorio pubblicistico, delineato dall'art. 144 t.u.b. In applicazione di detta disposizione, al professionista giudicato inadempiente viene applicata una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad un importo che oscilla tra gli € 30.000 e il 10% del fatturato annuo dallo stesso realizzato⁵⁶⁴. Tuttavia, la sola inosservanza del precetto di condotta da parte dell'intermediario, non è di per sé sufficiente a rendere concretamente applicabile detta sanzione. È infatti necessario che l'infrazione rivesta altresì carattere *rilevante* secondo le previsioni a tal riguardo previste da Banca d'Italia (v. *infra*, par. 6), tenuto peraltro conto dell'incidenza che tale comportamento ha avuto sulla complessiva organizzazione dell'ente e sui connessi profili di rischio aziendali (comma 8°, art. 144 t.u.b.).

La citata sanzione amministrativa si applica quando ad essere violato è un dovere di informazione precontrattuale imposto al professionista dalla normativa sia sul credito ai consumatori, sia sul credito immobiliare. Cionondimeno, con riguardo al peculiare dovere di valutare il merito creditizio del consumatore, l'art. 144 t.u.b. trova applicazione nel solo caso in cui la violazione avvenga in sede di stipulazione di un contratto di credito immobiliare, e non anche "ordinario", rimanendo, tale ipotesi, priva di sanzioni sia pubblicistiche che privatistiche⁵⁶⁵.

Senonché, per quanto claudicante, una disciplina sanzionatoria di tipo pubblicistico è stata comunque prevista. All'opposto, per ciò che attiene alle conseguenze privatistiche, il legislatore italiano, diversamente dai legislatori di altri Stati membri⁵⁶⁶, non ha introdotto alcuna previsione specifica, e questo con riguardo ai contratti di credito sia ordinari, sia immobiliari.

⁵⁶⁴ Peraltro, se il vantaggio ottenuto dall'autore della violazione come conseguenza della stessa dovesse risultare superiore al previsto massimale, la sanzione amministrativa verrebbe elevata fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, sempreché questo possa essere determinato (cfr. comma 9, art. 144 t.u.b.). Tale norma sembra rispondere all'esigenza, palesata dal legislatore europeo in entrambe le direttive, di prevedere misure sanzionatorie effettivamente idonee a dissuadere il professionista dal continuare a violare i precetti su di esso incombenti.

⁵⁶⁵ Invero, l'art. 144, comma 1°, lett. b), non contempla la violazione dell'art. 124-*bis*, relativo, per l'appunto, al dovere di verifica del merito creditizio del consumatore nel credito al consumo "ordinario". All'opposto, la stessa disposizione, alla lett. e-*bis*, include l'art. 120-*undecies*, che disciplina lo stesso dovere nell'ambito del credito immobiliare.

⁵⁶⁶ Ad es., il legislatore francese ha espressamente sanzionato la violazione delle norme relative agli annunci pubblicitari e alle informazioni generali con il pagamento di un'ammenda (L341-21 – L341-24 *code de la consommation*), nonché con la decadenza dal diritto agli interessi l'inosservanza dei precetti concernenti le informazioni personalizzate e l'assistenza (artt. L. 341-25 – L. 341-27 *code de la consommation*).

La mancanza di sanzioni privatistiche riguarda l'inadempimento non soltanto del preciso dovere di valutare il merito creditizio del consumatore, ma, in generale, di qualsiasi dovere di informazione imposto all'intermediario nella fase prodromica alla stipulazione del contratto⁵⁶⁷.

Spetta, dunque, all'interprete il compito di individuare i possibili risvolti che da tale inosservanza conseguono sul terreno del diritto privato. In proposito, senza voler anticipare quanto si cercherà di delineare nel par. 5 con specifico riguardo alla violazione delle norme inerenti al merito di credito, basti qui accennare che l'alternativa sarà tra l'eventuale obbligo risarcitorio da *culpa in contrahendo* ex art. 1337 c.c., e una più azzardata ipotesi di invalidità contrattuale, declinata, peraltro, nell'accezione più grave della nullità – c.d. virtuale – per violazione di norme imperative ex art. 1418, comma 1°, c.c.

Analoghi problemi non si pongono, invece, per la violazione delle previsioni concernenti la citata attività di consulenza (prevista per i soli contratti di credito immobiliare). Invero, per ciò che concerne le conseguenze di natura pubblicistica, l'inadempimento dell'art. 120-*terdecies* t.u.b. è previsto tra i casi di applicazione dell'art. 144 e, quindi, della sanzione amministrativa pecuniaria, previo accertamento del carattere rilevante dell'infrazione stessa. All'opposto, con riguardo ai possibili risvolti privatistici, atteso che l'utilizzo di tale servizio comporta l'instaurarsi di un nuovo e diverso rapporto rispetto a quello di concessione e intermediazione del credito, in caso di inadempimento troverà applicazione la disciplina in tema di responsabilità contrattuale tracciata dagli artt. 1453 ss. c.c.⁵⁶⁸

Analogha sanzione è prevista nel *code de droit économique* belga, come modificato dalla legge 22 aprile 2016, *Loi portant modification et insertion de disposition en matière de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire dans plusieurs livres du Code de droit économique*.

⁵⁶⁷ Tuttavia è bene precisare che con riguardo alle prescrizioni in tema di pubblicità e informazioni generali, posto l'interesse alla cui tutela sono preordinate, appare difficile immaginare l'applicazione di sanzioni privatistiche in caso di una loro inosservanza. Cionondimeno, merita ricordare l'esistenza dell'art. 117 t.u.b., la cui applicabilità ai contratti di credito al consumo ordinario e immobiliare ad essere espressamente riconosciuta, rispettivamente, dagli artt. 125 bis, comma 2°, e 120-*noviesdecies* t.u.b. Segnatamente, ai sensi del comma 6°, art. 117, t.u.b., sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli rispetto a quelle contenute negli annunci pubblicitari. In tal caso, una volta accertata la nullità, tali condizioni verranno sostituite con quelle pubblicizzate al momento della conclusione del contratto, ovvero, se più favorevoli al consumatore, con quelle vigenti al tempo della effettiva concessione del credito (comma 7, lett. b), art. 117 t.u.b.). Eccettuata detta ipotesi, atteso che lo scopo di queste informazioni è di permettere al consumatore di confrontare le diverse offerte di credito presenti sul mercato, e assicurare così la libera ed effettiva concorrenza tra gli enti erogatori di credito, dalla loro violazione potrebbe, al più, conseguire l'applicazione della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 ss. c.cons. In tal caso, però, ai sensi di quanto previsto dall'art. 27, comma 1 *bis*, c.cons., la potestà sanzionatoria spetterebbe, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e non più alla Banca d'Italia.

⁵⁶⁸ Negli stessi termini si esprime R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 825.

2. *La verifica del merito creditizio e l'art. 124 bis t.u.b. Una trasposizione puntuale del precetto europeo.*

Nell'ambito del credito al consumo ordinario, il dovere di valutare la potenziale solvibilità del debitore è disciplinato dall'art. 124 *bis* t.u.b., introdotto dall'art. 1 del d.lgs. n. 141/2010.

Come detto, il contenuto della citata disposizione è analogo a quello della corrispondente norma europea, con ciò imponendo al creditore di onorare il proprio dovere nella fase sia precedente la stipulazione del contratto, sia esecutiva qualora le parti decidano di procedere «ad un aumento significativo» del credito in origine concesso. La valutazione si basa sulle informazioni “adeguate” fornite dallo stesso consumatore e, ove necessario, reperite mediante la consultazione di una banca dati pertinente; informazioni che, in caso di modifica “significativa” dell'importo totale erogato dovranno essere opportunamente aggiornate.

Nihil sub sole novum.

Senonché, alla stregua di quanto affermato dal comma 3° dell'articolo in commento, le disposizioni attuative avrebbero dovuto essere dettate dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR. Sebbene si trattasse di una normativa secondaria, sembrava in ogni caso emergere la volontà del legislatore domestico di introdurre una disciplina che delineasse in maniera puntuale le modalità tecnico-operative che i creditori avrebbero dovuto osservare nell'indagine loro richiesta. Al riguardo, l'art. 6 del decreto CICR n. 117/2010 imponeva ai finanziatori di «applicare le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della *sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*» dalle rispettive norme del t.u.b. in tema di vigilanza bancaria⁵⁶⁹ (e dalle conseguenti disposizioni di attuazione). Lo scopo era quello di «evitare comportamenti non prudenti e assicurare *pratiche responsabili nella concessione del credito*».

Dunque, cercando di indagare anche – e soprattutto – in chiave nazionale la funzione in concreto svolta dal dovere in oggetto e, quindi, l'interesse, pubblico o privato, a questo primariamente sotteso, dalla lettura della summenzionata norma la valutazione della meritevolezza creditizia sembrerebbe assolvere, da una parte, atteso il

⁵⁶⁹ Segnatamente: l'art. 53, relativo alla vigilanza regolamentare delle banche; l'art. 67, inerente alla vigilanza regolamentare dei gruppi bancari; gli artt. 108 e 109, rispettivamente in materia di vigilanza e di vigilanza consolidata dei soggetti operanti nel settore finanziario; da ultimo, l'art. 114 *quaterdecies*, concernente la vigilanza degli istituti di pagamento.

richiamo ai precetti sulla vigilanza bancaria, una funzione di tutela della corretta gestione della risorse finanziarie, a sua volta strumentale al buon andamento dell'attività bancaria e, in ultima istanza, del mercato creditizio; dall'altra parte, tuttavia, dato il chiaro riferimento al principio del *responsible lending*, una funzione di tutela degli interessi del consumatore in quanto non può qualificarsi "responsabile" il comportamento del finanziatore che concede un prestito nonostante l'appurata incapacità del richiedente di onorare gli impegni restitutori derivanti dal contratto, con ciò inevitabilmente contribuendo a peggiorarne la già pregiudicata condizione economica. Un ruolo, dunque, di prevenzione (o per lo meno di controllo) del sovraindebitamento.

É evidente come la formulazione della norma altro non riflette che la natura duale del dovere di verifica del merito di credito, senza però offrire elementi utili ad individuare il profilo, pubblicistico ovvero privatistico, prevalente.

In attuazione dell'art. 6 in questione, la Banca d'Italia, nelle nuove disposizioni sulla trasparenza (Sez. VII, par. 4.3), ha imposto alle banche di osservare la disciplina prevista dalle "Istruzioni di vigilanza per le banche" (circolare della Banca d'Italia 17 dicembre 2013, n. 285, che sostituisce quella del 21 aprile 1999, n. 229), e precisamente dalla Parte I, inerente al "Recepimento in Italia della CRD IV, Titolo IV, rubricato "Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi", Capitolo 3, relativo al "Sistema dei controlli interni", Allegato A, "Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio", par. 2, dedicato al "Rischio di credito e di controparte". All'opposto, ai finanziatori disciplinati dal Titolo V t.u.b. ("Altri soggetti operanti nel settore finanziario", tra cui gli intermediari e i confidi) assolvono la valutazione del merito creditizio applicando la normativa in proposito prevista dalle "Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari" (circolare della Banca d'Italia 3 aprile 2015, n. 288), Titolo III, "Organizzazione amministrativa e contabile e controlli interni", Capitolo 1, la cui rubrica è la stessa del Titolo, Sezione VII, "Principi organizzativi relativi a specifiche attività o profili di rischio", par. 2, in materia di "Rischi connessi con l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma"⁵⁷⁰.

L'ottica, che è quella di vigilanza sull'operato dei finanziatori, con cui vengono affrontati gli aspetti pratici della verifica di cui si tratta, sembrerebbe tradire la maggiore

⁵⁷⁰ Ancora, gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica applicano quanto previsto dal Capitolo V ("Disciplina prudenziale") delle relative disposizioni di vigilanza, mentre i finanziatori di Stati europei ai quali non è possibile applicare la normativa italiana svolgono la valutazione del merito di credito conformemente alla disciplina del Paese di appartenenza.

attenzione del legislatore italiano per le implicazioni pubblicistiche a questa conseguenti e, quindi, per la sana e prudente gestione del credito, funzionale alla salvaguardia della stabilità del mercato. Prova ne sia che le banche, al fine di misurare correttamente il rischio di credito, in ogni momento devono avere «conoscenza della *propria* esposizione verso ciascun cliente e verso ciascun gruppo di clienti connessi (...)». La prospettiva è, dunque, interna, poiché quello che conta è il livello di rischio in concreto assunto dallo stesso ente in un'ottica di tutela non dell'interesse del consumatore a vedersi erogato un finanziamento confacente alle proprie risorse economiche, bensì patrimonio bancario. In altri termini, l'insolvenza del debitore rileverebbe in quanto evento idoneo a compromettere l'integrità di detto patrimonio, con le ulteriori conseguenze che sul piano della stabilità finanziaria ne derivano (specie se i casi di inadempimento, lungi dall'essere isolati, si reiterano nel tempo).

In ossequio alle indicazioni contenute nelle disposizioni di vigilanza, le banche, prima di erogare credito, devono acquisire tutta la documentazione necessaria ad un' "adeguata" valutazione del merito di credito del *prenditore*, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e ad una corretta remunerazione del rischio. Le informazioni, ottenute, oltre che dal cliente, anche dalla consultazione di pertinenti banche dati, prima fra tutte la Centrale dei rischi (CR), devono «consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e *progetto finanziato*»; inoltre, devono essere tali da «permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prenditore, anche alla luce del complesso delle relazioni intrattenute». Alle informazioni così acquisite il finanziatore, mediante sistemi automatizzati c.d. di *credit scoring* o di *rating*, attribuisce un "punteggio di credito", il cui valore finale esprime il livello di affidabilità economica stimata del cliente.

La normativa di settore utilizza il termine – generico – “prenditore”, che può essere o meno un consumatore. È possibile giustificare tale scelta allorché si consideri che l'indagine in merito all'effettiva capacità del debitore di rimborsare il finanziamento concesso da sempre – e, dunque, anche da prima del recepimento della dir. 2008/48/CE – costituisce un elemento di valutazione immanente ai principi di sana e prudente gestione del credito, sia esso allocato ad un consumatore, ovvero ad un'impresa. Questo spiega anche il motivo per cui alla banca è richiesto di valutare, sulla base dei dati a disposizione, la coerenza tra l'importo richiesto e il progetto finanziato. In proposito appare qui necessario ricordare quanto detto in sede di analisi della normativa

europea⁵⁷¹. A differenza della valutazione del merito creditizio dell'imprenditore, che impone al creditore di indagare anche la bontà dello scopo cui il prestito è destinato, un'analoga indagine non è richiesta quando ad essere stipulato è un contratto di credito al consumo. In tal caso, infatti, la somma concessa può essere utilizzata per soddisfare le più varie esigenze, così da promuovere i consumi e, quindi, il ricorso al credito.

Se, poi, alle osservazioni che precedono si considerano anche, da un lato, la portata generale delle Istruzioni di vigilanza, che si applicano a tutte le banche e a tutti i gruppi bancari italiani⁵⁷² a nulla rilevando il tipo di attività creditizia in concreto svolta (se al consumo, all'impresa, ovvero correlata all'acquisto di un bene immobile residenziale) e, dall'altro lato, l'obiettivo perseguito dalla disciplina in tema di controlli, che è quello di assicurare che l'attività bancaria sia conforme alle strategie e alle politiche aziendali, nonché ai principi di sana e prudente gestione⁵⁷³, è possibile percepire (ancora una volta) la prevalenza dell'interesse pubblicistico alla salvaguardia della stabilità del mercato rispetto a quello privatistico incentrato sulla tutela del consumatore.

La meritevolezza creditizia del consumatore (ma, allo stesso modo, anche quelle degli altri "prenditori") è espressa da un punteggio che, come visto, viene attribuito in maniera automatica dai sistemi di *credit scoring* o di *rating*.

Ebbene, tenuto conto dell'obbligo di non fare eccessivo affidamento sui *rating* di credito (conformemente a quanto previsto dall'art. 5 *bis* reg. UE n. 462/2013), la Banca d'Italia evidenzia come il ricorso a tali sistemi non deve esaurire il processo di valutazione cui le banche sono tutte. Invero, questi rappresentano soltanto uno degli elementi che concorrono a definire «il quadro informativo della qualità creditizia del cliente». Dunque, un elemento che, per quanto utile, si *inserisce* all'interno del procedimento valutativo. Ciò significa che ciascuna banca può dotarsi di «metodologie interne che consentano una valutazione *del rischio di credito* derivante da esposizioni nei confronti dei prenditori, titoli, posizioni verso le cartolarizzazioni nonché del rischio di credito a livello di portafoglio». I risultati che ne conseguono possono finanche non corrispondere a quelli elaborati dalle agenzie di *rating*, senza tuttavia per questo impedirne l'utilizzo al creditore⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Cap. II, par. 7.

⁵⁷² Cfr. la "Premessa" alle Disposizioni di vigilanza.

⁵⁷³ Cfr. Tit. IV, Cap. 3, Sez. I, par.1 ("Premessa") delle Disposizioni di vigilanza.

⁵⁷⁴ Con periodicità almeno annuale le banche sono tenute ad effettuare una specifica valutazione della complessiva coerenza tra le risultanze ottenute in autonomia e quelle elaborate dai *rating* delle ECAI (*External Credit Assessment Institutions*). Qualora l'indagine riveli frequenti e significativi disallineamenti, una copia della relazione è trasmessa alla Banca centrale europea o alla Banca d'Italia.

È evidente come la questione venga nuovamente affrontata in un'ottica di tutela degli interessi del creditore.

Milita a favore di ciò anche l'esito che consegue alla discrezionalità in tale contesto riconosciuta agli enti creditizi. Invero, i metodi utilizzati da ciascuna banca, in quanto interni e, quindi, diversi, inevitabilmente conducono a valutazioni eterogenee, con l'ulteriore risultato di far dipendere il, peraltro diverso, grado di tutela riconosciuto ai consumatori dalle scelte di metodo adottate in piena autonomia dai singoli finanziatori. Risultanza, questa, del tutto incompatibile con la volontà del legislatore europeo di assicurare «un elevato ed uniforme livello di tutela a tutti i consumatori della Comunità».

La Sezione VII delle Disposizioni sulla trasparenza bancaria, nell'indicare (al par. 4.3) le modalità di adempimento del dovere di verifica del merito creditizio del consumatore, espressamente richiama la disciplina a sua volta contenuta nelle «Istruzioni di vigilanza per gli intermediari finanziari» (precisamente, nel Tit. III, Cap. 1, Sez. VII, par. 2), peraltro analoga a quella esaminata con riguardo alle corrispondenti Istruzioni per le banche.

Com'è dato desumersi dalla rubrica del provvedimento, destinatari dello stesso sono (anche) gli intermediari del credito.

Senonché, l'art. 124 *bis* t.u.b., in ossequio al corrispondente art. 8 dir. 2008/48, impone al *solo* creditore l'adempimento dell'obbligo in questione.

Ciò posto, se, per un verso, la presenza, all'interno delle summenzionate Istruzioni – aventi portata generale, al pari di quelle valevoli per le banche – si può spiegare allorché si consideri che nell'attività di intermediazione creditizia svolta nei confronti di un imprenditore, anche l'intermediario è solito valutarne la potenziale solvibilità; per altro verso, atteso che un'analoga indagine non è richiesta verso il consumatore, il richiamo effettuato dalla Sezione delle Disposizioni sulla trasparenza specificamente dedicata ai rapporti di credito al consumo non appare altrettanto giustificabile.

Vero è che in assenza di obbligo, ma anche in assenza di divieto, l'intermediario potrebbe decidere di adempiervi spontaneamente, a meno che un impedimento in tal senso non sia manifestato dallo stesso creditore.

Un'ulteriore soluzione elaborata dalla dottrina⁵⁷⁵ per risolvere tale *impasse* è quella – trattata in sede di disamina della direttiva europea⁵⁷⁶ – che attribuisce rilievo alla

⁵⁷⁵ Il riferimento è a L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., pp. 504 e 505.

⁵⁷⁶ Cap. II, par. 9.

diversità semantica tra *verifica* e *valutazione* del merito creditizio. Mentre la verifica, in quanto implicante la raccolta di informazioni relative alla condizione economico-finanziaria del consumatore, a sua volta strumentale al corretto adempimento degli obblighi informativi precontrattuali, competerebbe anche all'intermediario; all'opposto, la valutazione, quale passaggio obbligato per decidere se concedere o meno il prestito, spetta, com'è inevitabile, al solo creditore.

Per ciò che attiene alla relazione che si determina tra il consumatore e il creditore a seguito della valutazione e, quindi, alle condotte da quest'ultimo esigibili prima dell'eventuale erogazione del credito, il legislatore italiano ha riservato un assoluto silenzio. Né a colmare la lacuna interviene la normativa secondaria della Banca d'Italia.

Questo il contesto, posta la perfetta simmetria tra precetto europeo e precetto nazionale, non appare dunque errato escludere la sussistenza di un dovere di astensione in caso di giudizio negativo, in quanto non espressamente previsto⁵⁷⁷.

All'opposto, si ritiene insufficiente e non conforme ai propositi europei una asettica illustrazione delle caratteristiche del contratto, tale da assicurare al consumatore la possibilità di confrontare le diverse offerte di credito e, di conseguenza, assumere una decisione (soltanto) informata (c.d. *duty to explain*, di derivazione anglosassone).

Invero, una simile ricostruzione ignora *funditus* il dovere di assistenza imposto al professionista dall'art. 124, 5° comma, t.u.b.

Come si è avuto modo di analizzare⁵⁷⁸, mediante l'obbligo di fornire "chiarimenti adeguati", il creditore avverte la propria controparte circa gli specifici effetti che l'erogazione del credito può verosimilmente provocare sulla sua situazione economico-finanziaria, incluse le conseguenze del mancato pagamento. Esito, questo, cui si giunge non soltanto nell'ipotesi in cui il finanziamento *diventa* insostenibile, ma anche – e soprattutto – quando è tale *ab initio*. In quest'ultimo caso, quindi, il creditore, alla luce delle informazioni acquisite, avvisa il consumatore della verosimile insostenibilità del credito richiesto e, dunque, della sconvenienza dell'affare (c.d. dovere di "messa in

⁵⁷⁷ *Contra* DE CHIARA Sub art. 124 bis, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1873; A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla «consulenza» nella erogazione del credito?* in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* Atti del Convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011, p. 29 ss. Ad avviso di tali Autori si ravviserebbe in capo al creditore un vero e proprio obbligo di consulenza cui conseguirebbe un divieto di stipulare contratti diredito qualora, a seguito della valutazione del merito di credito, emerga l'insostenibilità de finanziamento per il consumatore. Dunque, un'insostenibilità originaria, con ciò escludendo, seppur implicitamente, le ipotesi di insostenibilità sopravvenuta (ad esempio, in caso di diminuzione ovvero perdita della capacità reddituale dovuta ad un inatteso licenziamento o ad una inaspettata malattia invalidante).

⁵⁷⁸ Cfr. Cap. II, par. 8.

guardia”)⁵⁷⁹. In questo modo, la decisione in merito all’opportunità di stipulare ciononostante il contratto, che è e rimane del consumatore, oltre che informata, è prima di tutto consapevole.

Detta interpretazione ha peraltro trovato accoglimento nella giurisprudenza dell’Arbitro Bancario e Finanziario, il cui Collegio di coordinamento, con decisione 29 novembre 2013, n. 6182, si è pronunciato proprio in ordine alla relazione dovere di assistenza/verifica del merito creditizio. In tale occasione, il Collegio, fatta in ogni caso salva l’insindacabilità degli orientamenti adottati dal creditore per decidere se erogare o meno il finanziamento⁵⁸⁰, evidenzia come la verifica di cui all’art. 124 *bis* t.u.b., che è «finalizzata ad evitare (...) una concessione del credito, per misura e condizioni, contrastante con le capacità solutorie del cliente [c.vo mio]», non può non essere «apprezzata anche nella più generale ottica di quell’adeguato chiarimento al cliente stesso di quale possa essere, al momento, la soluzione più adatta alle sue esigenze ed alla sua concreta situazione personale e finanziaria». Impostazione, questa, indubbiamente volta a dare rilievo alla figura del consumatore e all’esigenza di tutelarne, in modo efficace ed efficiente, gli interessi, e che sembra avere seguito tra i Collegi dell’Arbitro⁵⁸¹.

3. La verifica del merito creditizio nell’art. 120 undecies t.u.b.

Una regolamentazione più incisiva del dovere di verifica del merito creditizio – più incisiva rispetto a quella sopra menzionata con riguardo all’art. 124 *bis* t.u.b. – è prevista dall’art. 120 *undecies* t.u.b., in materia di credito immobiliare ai consumatori, e questo in ossequio al corrispondente precetto europeo, a sua volta più esaustivo di quello contemplato dalla dir. 2008/48/CE.

⁵⁷⁹ Si esprimono in tal senso E. PELLECCIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento*, cit., p. 82 ss.; R. NATOLI, *Il contratto adeguato. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 149 ss. Questa interpretazione postula una lettura congiunta degli artt. 124 *bis* e 124, comma 5°, t.u.b.

⁵⁸⁰ Invero, alla luce dell’attuale disciplina della materia, non può considerarsi esistente né un dovere di astensione del creditore in caso di esito negativo della verifica del merito di credito, né, all’opposto, un diritto del consumatore a vedersi erogato il finanziamento qualora tale esito sia positivo. In effetti, la valutazione della convenienza o meno di un’operazione creditizia, quale espressione della discrezionalità imprenditoriale della banca, è e rimane dell’intermediario. Posizione, questa, condivisa tra i diversi Collegi dell’ABF.

⁵⁸¹ V. Collegio Milano, decisione 7 aprile 2016, n. 3134, in cui si legge che l’art. 124 *bis* t.u.b. «deve essere post[o] in relazione anche con il 5° comma dell’art. 124 t.u.b. (...). L’obbligo che incombe sulla banca di valutare il merito creditizio del consumatore deve essere pertanto riguardato in un’ottica non soltanto prudenziale, ma anche di tutela di colui che ha formulato la richiesta di finanziamento (...), trattandosi di una *valutazione che è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del cliente* [c.vo mio]». Sul punto, l’Arbitro richiama altresì l’ordinanza del Collegio di Roma n. 153/2013, e la decisione del Collegio di Milano n. 2464/2013.

Cionondimeno, sul punto, non vi è perfetta coincidenza tra la disciplina europea e quella nazionale di recepimento, mostrandosi, quest'ultima, carente sotto molteplici profili.

Anzitutto, fermo restando che la valutazione “approfondita” si basa sulle informazioni inerenti alla situazione economico-finanziaria del consumatore, informazioni dallo stesso fornite, ovvero ottenute mediante la consultazione di una banca dati pertinente⁵⁸², manca, nel precetto italiano, il riferimento all'eventuale possibilità per il creditore di ricorrere «a documentazione indipendente verificabile», necessaria per accertare la veridicità dei dati acquisiti (verosimilmente dal debitore o dall'intermediario). Al riguardo, il legislatore domestico si è limitato ad affermare, in modo piuttosto generico, che le informazioni a sua disposizione devono essere «opportunamente verificate». Né indicazioni ulteriori sono fornite dalla normativa secondaria giacché la Sez. VI *bis* delle disposizioni sulla trasparenza bancaria, al par. 5.3, dedicato alla “Valutazione del merito creditizio del consumatore”, ripropone in maniera speculare il contenuto dell'art. 120 *undecies* t.u.b.

Senonché, secondo quanto previsto dall'art. 120 *novies* t.u.b., il creditore, nel documento contenente le informazioni generali, deve precisare quali «evidenze documentali» il consumatore deve offrire per permettere la valutazione della sua meritevolezza creditizia (art. 120 *novies*, comma 1°, lett. *a*), pena l'impossibilità di concedergli il prestito (lett. *b*).

È, dunque, attraverso la lettura congiunta degli artt. 120 *novies*, comma 1°, lett. *a*), e 120 *undecies*, comma 1°, t.u.b., che verosimilmente l'indagine in merito alla veridicità delle informazioni acquisite può essere effettuato, ove necessario, anche attingendo a «documentazione indipendente verificabile», e questo mediante la produzione delle «evidenze documentali» richieste al consumatore.

L'interpretazione proposta si mostra peraltro conforme al dettato di cui all'art. 20, par. 3, dir. 2014/17, ai sensi del quale il consumatore deve fornire le «evidenze documentali necessarie provenienti da fonti indipendenti verificabili (...)». Chiaro è, quindi, il nesso di interdipendenza tra le stesse sussistente.

Sempre con riguardo alle informazioni che il creditore deve assumere per valutare le prospettive di adempimento del mutuatario (*id est* il suo merito creditizio), in sede di attuazione della direttiva, entrambe le Commissioni finanze di Senato e Camera

⁵⁸² In tal caso, il creditore deve preventivamente informare il consumatore di detta consultazione. Tale obbligo è adempiuto mediante la consegna del documento contenente le informazioni c.d. generali (cfr. art. 120 *novies*, comma 1°, lett. *c*)

invitarono il Governo a specificare quali fossero i “fattori pertinenti” utili alla verifica. Osservazione tuttavia non accolta dall’esecutivo. Così come non accolta fu l’osservazione, sempre formulata dalle citate Commissioni, di inserire all’interno dell’art. 120 *undecies* t.u.b. un esplicito riferimento a che il finanziatore consultasse una banca dati creditizia ai fini del corretto adempimento dell’obbligo in questione.

Invero, l’assunto secondo cui il professionista basa la propria indagine (anche) sulle informazioni ottenute consultando un’apposita banca dati, pur in assenza di una previsione legislativa in tal senso formulata, si giustifica alla luce dell’art. 120 *novies*, comma 1°, lett. c), che impone al creditore di avvertire il consumatore se verrà consultata una banca dati. Milita a favore di ciò anche l’espressa applicabilità dell’art. 125 t.u.b.⁵⁸³, norma che regola l’attività di consultazione delle banche dati. D’accordo con la disciplina europea (art. 18, par. 5, lett. c), quando il rifiuto del credito è basato sui risultati di detta consultazione, il finanziatore ne deve dare immediata e gratuita notizia al consumatore, specificando altresì gli estremi della banca dati interrogata. Sul punto non è stata accolta la proposta delle Commissioni finanze di comunicare sempre al mutuatario gli esiti conseguenti all’utilizzo dei sistemi informatici; dunque, non solo quelli negativi, verosimilmente idonei a giustificare il diniego di credito. Con riguardo a quest’ultimo aspetto, poi, l’esecutivo non ha neppure accettato di chiarire che l’eventuale consultazione di una banca dati non determina di per sé il rifiuto della domanda, in quanto le informazioni ivi contenute «possono esprimere solo la probabilità di inadempimento del debitore»⁵⁸⁴. Come visto, infatti, ben può l’esito negativo della consultazione assurgere a valida motivazione per negare il finanziamento.

Procedendo nella comparazione, per ciò che attiene all’immobile oggetto di garanzia, la disciplina europea opportunamente precisa che la valutazione del merito di credito non si deve basare in misura prevalente sul fatto che il valore del bene garantito sia superiore all’importo richiesto, né sull’assunto secondo cui tale bene «si apprezzerà» (a meno che il credito non sia finalizzato alla sua costruzione o ristrutturazione, cfr. art. 20, par. 3).

Un analogo divieto non è ribadito nell’art. 120 *undecies* t.u.b.

Cionondimeno, atteso che l’agire del creditore (e dell’intermediario) deve informarsi ai principi di diligenza, correttezza e trasparenza, «tenendo conto dei diritti

⁵⁸³ Art. 120 *undecies*, comma 7°, t.u.b.

⁵⁸⁴ Così, testualmente, il Dossier – XVII Legislatura – di Camera e Senato, *Esito pareri*, giugno 2016, p. 12.

e degli interessi dei consumatori» (art. 120 *septies* t.u.b.), non pare possa dirsi rispettoso di tali canoni il finanziatore che decide di concedere il prestito *sol perché* il valore dell'immobile ipotecato supera la somma erogata. In tal caso, infatti, la scelta del professionista prescinde *in toto* dalla capacità del consumatore di adempiere gli obblighi restitutori derivanti dal contratto, dipendendo da una valutazione che, per quanto obiettiva ed imparziale⁵⁸⁵, nulla ha a che vedere con il suo merito di credito. Dunque, una valutazione oggettiva e non, come imposto, soggettiva, sicché, oltre l'art. 120 *septies*, risulterebbe anche (e soprattutto) violato l'art. 120 *undecies*, comma 1°, t.u.b. (sulle conseguenze derivanti da tale violazione, v. *infra* parr. 4 e 5).

Relativamente alle modalità di adempimento del dovere in questione, la Sez. VI *bis*, par. 5.3, delle disposizioni sulla trasparenza bancaria, rende applicabile le regole in proposito previste dalle istruzioni di vigilanza per le banche e per gli intermediari finanziari; dunque, le stesse regole adottate con riguardo ai contratti di credito al consumo "ordinari". Come visto, infatti, la loro portata è generale, tanto da ricomprendere anche le ipotesi di concessione del credito all'impresa⁵⁸⁶. Tuttavia, nel caso di erogazione di finanziamenti immobiliari ai consumatori, le banche osservano altresì gli "Orientamenti sulla valutazione del merito creditizio" emanati nell'agosto 2015 dall'ABE⁵⁸⁷.

Come l'art. 124 *bis* t.u.b., l'art. 120 *undecies* impone al solo creditore e non anche all'intermediario l'adempimento del dovere ivi disciplinato. I profili problematici che da tale limitazione conseguono sono quindi gli stessi di quelli già esaminati (cfr. il precedente par. 2, nonché il Cap. II, par. 9, ove la questione è stata affrontata in chiave europea). Cionondimeno, appare opportuno evidenziare come in ambito di credito immobiliare le informazioni inerenti alla situazione economico-finanziaria del consumatore, necessarie ad accertarne la meritevolezza creditizia, comprendano quelle dal medesimo fornite «anche mediante l'intermediario del credito»; in tal caso, il

⁵⁸⁵ In ossequio alle prescrizioni europee (art. 19), l'art. 120 *duodecies*, comma 2°, t.u.b., riserva la valutazione dei beni immobili ipotecati a «persone competenti sotto il profilo professionale e indipendenti dal processo di commercializzazione del credito», e questo proprio al fine di assicurare «una valutazione imparziale ed obiettiva, documentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole». Ulteriori e più precise indicazioni in merito sia agli standard che devono essere rispettati dai professionisti nel procedimento di valutazione, sia ai requisiti di professionalità e indipendenza che gli stessi devono possedere, sono illustrati nell'allegato A delle disposizioni di vigilanza bancaria, par. 2.2. Un'analoga disciplina si trova nelle disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari, par. 2.5.

⁵⁸⁶ In tali ipotesi, il creditore acquisisce i bilanci individuali e, se disponibili, consolidati; consulta le Centrale dei Bilanci e reperisce «ogni altra informazione, significativa e rilevante, per valutare la situazione aziendale attuale e prospettica dell'impresa, anche di carattere qualitativo (validità del progetto imprenditoriale, assetti proprietari, esame della situazione del settore economico di appartenenza, situazione dei mercati di sbocco e fornitura, ecc.)». Qualora, poi, l'imprenditore faccia parte di un gruppo, «la valutazione tiene conto anche della situazione e delle prospettive del gruppo nel suo complesso».

⁵⁸⁷ Su tali Orientamenti, v. Cap. III, par. 6.

finanziatore può chiedere al mutuatario chiarimenti qualora nutra dei dubbi in ordine alle informazioni riportate (art. 120 *undecies*, comma 2°).

Ciò posto, non si può non notare come tale previsione confermi la tesi – qui sostenuta – secondo cui l’intermediario, qualora coinvolto nell’operazione creditizia, benché non diretto destinatario dell’obbligo in questione, si inserisce comunque nel procedimento di *verifica* del merito creditizio, acquisendo le informazioni necessarie al giudizio finale, *id est* alla *valutazione*, positiva o negativa, del creditore.

The last but not the least, nel precetto italiano scompare il riferimento al dovere del creditore di erogare credito solo quando i risultati della valutazione cui è tenuto indicano che gli obblighi derivanti dal contratto saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità dallo stesso prescritte (art. 18, par. 5, lett. *a*). Dovere che si è detto⁵⁸⁸ celare un divieto per il professionista di concedere finanziamenti che, sulla base dei dati acquisiti, si mostrino *ab origine* insostenibili per il consumatore.

Invero, la portata innovativa del precetto europeo inerisce proprio al rapporto contrattuale che viene a determinarsi tra consumatore e finanziatore a seguito della valutazione del merito di credito, risultando espressamente chiarito il tipo di condotta da quest’ultimo esigibile (aspetto, come visto, del tutto ignorato dalla dir. 2008/48/CE).

Non fosse altro che nell’art. 120 *undecies* t.u.b. nessuna traccia residua in ordine al dovere di non concedere credito in caso di mancata, carente ovvero negativa valutazione.

Ciononostante, autorevole dottrina sostiene sia possibile considerare tale regola «“implicita” nell’ambito dei principi generale espressi nell’art. 120 *septies*”⁵⁸⁹. Sarebbero, dunque, i principi di diligenza, correttezza e trasparenza, da un lato, e il dovere di agire nell’interesse del consumatore, dall’altro, ad impedire al creditore di erogare finanziamenti insostenibili.

Interpretazione, questa, che per quanto compatibile con lo spirito della direttiva, non si ritiene di poter condividere.

Invero, il silenzio osservato dalla norma interna, lungi dal rappresentare una lacuna, in quanto tale suscettibile di essere colmata in via interpretativa, sembra piuttosto sintomatico di una precisa scelta del legislatore domestico. Milita a favore di ciò quanto previsto dal comma 3° dell’art. 120 *undecies* t.u.b., in forza del quale è fatto divieto al finanziatore di risolvere, ovvero modificare in senso svantaggioso per il consumatore il

⁵⁸⁸ V. Cap. III, par. 7.

⁵⁸⁹ Così, G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e *valutazione del merito creditizio*, cit., p. 164.

contratto stipulato nell'ipotesi in cui la valutazione del merito di credito sia stata condotta scorrettamente o le informazioni da quest'ultimo fornite risultino incomplete, a meno che tale incompletezza consegua ad un comportamento reticente ovvero fraudolento dello stesso consumatore. In termini di divieto si esprime anche l'art. 120 *novies*, comma 1°, lett. *b*), t.u.b., che impedisce al creditore di erogare il finanziamento quando, a causa della scelta del mutuatario di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione, questa non può essere effettuata.

Dunque, se il legislatore del recepimento avesse effettivamente voluto subordinare la concessione del prestito alla capacità del consumatore di adempiere gli obblighi stabiliti dal contratto, con ciò delineando un vero e proprio dovere di astensione nel caso inverso, si sarebbe senza dubbio espresso in tale senso, come dimostrano i citati artt. 120 *undecies*, comma 3°, e 120 *novies*, comma 1°, lett. *b*), t.u.b.

Anche in tale sede si tratterà quindi di stabilire se quello che grava in capo al finanziatore è un dovere di illustrare le caratteristiche del contratto proposto ovvero un – preferibile – dovere di avviso circa la possibile insostenibilità del credito richiesto, a sua volta mutuato dalla portata dei “chiarimenti adeguati” che il finanziatore deve fornire al mutuatario ai sensi del comma 5° dell'art. 120 *novies*. In proposito, la Banca d'Italia, in ossequio alla delega contenuta nel comma 6° del medesimo articolo, ha stabilito come detti chiarimenti possano comprendere, oltre la spiegazione delle informazioni personalizzate contenute nel PIES, anche «le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli *effetti specifici* che possono avere nei suoi [del consumatore] confronti, incluse le conseguenze del mancato pagamento»⁵⁹⁰. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui si accerti che le risorse economiche del consumatore non sono tali da sostenere il credito richiesto, il finanziatore, ancorché non obbligato ad astenersi dalla concessione, non può comunque esimersi dall'avvertire il mutuatario in ordine all'accertata insostenibilità e agli effetti – negativi – che verosimilmente ne derivano. In questo modo il consumatore è posto nelle condizioni di valutare se il finanziamento proposto è adatto alle sue esigenze e alla sua situazione economico-patrimoniale e, quindi, di effettuare una scelta consapevole, che è e rimane tale quand'anche incongruente con l'avvertimento del creditore.

Ebbene, alla luce delle summenzionate osservazioni, la scelta del legislatore domestico di non uniformarsi alla direttiva omettendo di prevedere un divieto di

⁵⁹⁰ Par. 5.2.3 (“Assistenza del consumatore”) delle disposizioni sulla trasparenza bancaria. Dunque, una disciplina analoga a quella prevista dall'art. 124, comma 5°, t.u.b., in materia di credito al consumo ordinario.

erogazione del credito allorché manchi, sia carente ovvero negativa la valutazione del merito di credito e, dunque, risulti incerta la capacità del consumatore di rimborsare la somma mutuata, appare criticabile da un duplice punto di vista. Invero, da un lato, la possibilità di concedere finanziamenti insostenibili diminuisce, com'è inevitabile, la tutela offerta ai consumatori, con l'ulteriore conseguenza, dall'altro, di ignorare quell'«elevato» e – soprattutto – «equivalente» livello di protezione espressamente perseguito dalla dir. 2014/17/UE per «creare un autentico mercato interno»⁵⁹¹.

4. *L'inadempimento del creditore e conseguenze privatistiche. Premessa.*

Chiarita la condotta esigibile dal finanziatore nella fase antecedente la conclusione di un contratto di credito con un consumatore, sia esso immobiliare, ovvero ordinario, appare ora necessario indagare gli effetti derivanti dall'eventuale inadempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio e, quindi, del dovere di avviso ad esso conseguente.

Invero, quest'ultimo dovere non può dirsi correttamente osservato qualora il creditore o non proceda *tout court* alla verifica o, benché vi proceda, non rispetti i criteri di valutazione in proposito previsti (si pensi, ad esempio, agli orientamenti emanati dall'EBA). In entrambi i casi, infatti, non disponendo dei dati necessari per apprezzare l'oggettiva solvibilità del mutuatario, non è in grado di conoscere e, dunque, illustrare gli specifici effetti verosimilmente derivanti dalla concessione del credito. Ciò che ne consegue è l'impossibilità per il consumatore di conoscere la potenziale insostenibilità del finanziamento richiesto.

Ciò premesso, riservando la disamina delle implicazioni pubblicistiche al paragrafo 5, si intende ora porre l'attenzione sui possibili risvolti privatistici che a siffatte ipotesi di inadempimento conseguono.

Sul punto, prima di indagare le scelte adottate dal legislatore nazionale, appare opportuno evidenziare come la questione non sia di poco momento attesa la pendenza innanzi alla Corte di giustizia della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Justice de Paix du canton de Visé*, Belgio, il 30 gennaio 2018, Causa C-58/18, *Michel Schyns c. Belfius Banque SA*, depositata in data 27 aprile⁵⁹².

⁵⁹¹ Cfr. 7° *considerando*.

⁵⁹² In *G.U.U.E.C* 166/18 del 14 maggio 2018.

Segnatamente, il giudice del rinvio Belga ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in merito alla compatibilità tra l'art. 5, par. 6, dir. 2008/48/CE (obbligo di fornire chiarimenti adeguati) e gli artt. VII 7.5. e VII 77, § 2, comma 1°, codice di diritto economico, i quali, nel disciplinare i contratti di credito al consumo, impongono al creditore e all'intermediario l'obbligo, rispettivamente, di *ricercare il credito più adatto al consumatore*⁵⁹³ e di *valutare al posto* di quest'ultimo l'opportunità di concludere il relativo contratto⁵⁹⁴. Ovvero, con riguardo a quest'ultimo profilo, se la direttiva debba essere interpretata nel senso che essa impone sempre al creditore e all'intermediario di sostituirsi al consumatore nel valutare l'opportunità di concludere il contratto di credito.

Come correttamente rilevato dal giudice del rinvio, nessuna norma della dir. 2008/48 prevede espressamente un obbligo del finanziatore di ricercare e selezionare il credito più confacente al profilo personale ed economico del consumatore, il quale, peraltro, è e rimane l'unico soggetto in grado di decidere in merito alla convenienza o meno del prodotto creditizio proposto. Ed è proprio la mancanza di simili previsioni che ha alimentato dubbi interpretativi in ordine agli effetti conseguenti all'inosservanza del semplice dovere di fornire "chiarimenti adeguati", interpretato anche alla luce del dovere di verifica del merito creditizio, rapporto, questo, che si cercherà di analizzare *funditus* nel prosieguo.

Questo il contesto, è evidente come la risposta che verrà fornita dai Giudici di Lussemburgo chiarirà – definitivamente – il tipo di condotta esigibile dal finanziatore e, quindi, i rimedi esperibili in caso di inosservanza. O per lo meno questo è il risultato che si auspica.

Come accennato, il legislatore italiano nulla dice sul punto, lasciando, com'è inevitabile, all'interprete l'individuazione delle sanzioni civilistiche applicabili.

Il tema, ampiamente affrontato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, vede contrapporsi due diversi "tipi" di rimedi: da una parte, i rimedi c.d. caducatori, che privano di efficacia il contratto di credito concluso; dall'altra parte, i rimedi c.d.

⁵⁹³ «(...) il creditore e l'intermediario del credito sono tenuti a ricercare, nell'ambito dei contratti di credito che essi offrono abitualmente o per i quali essi intervengono abitualmente, il tipo e l'importo del credito più adatti, tenuto conto della situazione finanziaria del consumatore al momento della conclusione del contratto e dello scopo del credito». Così, la questione pregiudiziale 1 a) sottoposta all'attenzione della Corte che richiama, a sua volta, il testo dell'art. VII.75 codice di diritto economico.

⁵⁹⁴ «(...) il creditore può concludere contratti di credito soltanto se, tenuto conto delle informazioni di cui dispone o dovrebbe disporre (...), egli deve ragionevolmente ritenere che il consumatore sia in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto, in quanto da esso consegue che il creditore deve valutare, al posto del consumatore, l'opportunità di concludere il contratto di credito». Così, la questione pregiudiziale 1 b), che si rifà all'art. VII.77, § 2, comma 1°, codice di diritto economico.

conservativi, volti a mantenere integra la volontà negoziale espressa dalle parti con la stipulazione dell'accordo.

4.1. Segue: *i rimedi caducatori. Norme di validità versus norme di comportamento.*

Autorevole dottrina non ha mancato di attribuire all'inadempimento di cui si discute una rilevanza tale da farne conseguire la più grave delle cause di invalidità contrattuale, *id est* la nullità; una nullità c.d. virtuale per violazione dell'art. 1418, comma 1°, c.c.⁵⁹⁵.

Soluzione, questa, avallata dalla giurisprudenza di merito in alcune pronunce attinenti agli obblighi informativi precontrattuali previsti dalla disciplina sull'intermediazione mobiliare⁵⁹⁶. Invero, secondo questa (per vero risalente) impostazione, le regole di condotta gravanti sull'intermediario finanziario nella fase precedente la stipulazione del contratto avrebbero natura imperativa giacché espressione di principi generali di ordine pubblico, quali la tutela dell'integrità del mercato e la protezione del risparmio. Di conseguenza, il contratto stipulato nel contesto segnato da siffatte violazioni sarebbe nullo perché contrario a norme imperative⁵⁹⁷.

Tuttavia, com'è ormai noto, la via della nullità è stata negata dalle Sezioni Unite nel 2007, che hanno fatto propria la distinzione tra regole c.d. "di validità", legittimanti, in quanto tali, una pronuncia di nullità ovvero di annullamento del contratto, e regole c.d.

⁵⁹⁵ Si richiamano, senza pretesa di esaustività atteso l'ampio riscontro che il tema ha avuto in dottrina, G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, p. 977 ss.; ID., voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 798 ss.; ID., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuale di protezione?* *ivi*, p. 1041 ss., i quali escludono l'applicazione dell'art. 1418, comma 1, c.c. qualora vengano violate mere regole di condotta, seppur poste a protezione del contraente più debole. Di opinione contraria sono F. RENDE, *Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 190 (spec. p. 218); V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 478 ss.; ID., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 245; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano, 2008; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 ss.

⁵⁹⁶ La sanzione della nullità virtuale è stata invocata quale rimedio – civilistico – alla stipulazione di un contratto di investimento non adeguato per l'investitore e, quindi, alla violazione, da parte dell'intermediario, dell'obbligo di «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati» (così, testualmente, l'art. 21, t.u.f.). Manifestazione di tale unitario obbligo è il dovere, gravante sull'intermediario, di astenersi «dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione» e, conseguentemente, di informare e segnalare l'eventuale inadeguatezza dell'operazione, indicando «le ragioni per cui non è stato opportuno procedere alla sua esecuzione» (art. 29 reg. Consob n. 11522/98, ora abrogato, ma largamente richiamato dai giudici per valutare il rispetto degli obblighi informativi imposti agli intermediari finanziari fino al novembre 2007).

⁵⁹⁷ V., tra gli altri, Trib. Venezia 11 luglio 2005; Tribunale Avezzano 23 giugno 2005 e Trib. Palermo 16 marzo 2005, entrambe in *Foro it.*, 2005, I, c. 2536, con nota di PALMIERI, *Prestiti obbligazionari, "default" e tutela "successiva" degli investitori: la mappa dei primi verdetti*; Trib. Venezia 22 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 614, con nota di V. ROPPO, *La tutela del risparmio fra nullità e risoluzione, (a proposito di Cirio bond e Tango bond)*, p. 618. Una puntuale elencazione giurisprudenziale di tale indirizzo si trova in G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale fra regole di validità e regole di correttezza*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 947 s., nt. 4.

“di comportamento”, dalla cui inosservanza non può mai derivare la caducazione del contratto⁵⁹⁸.

Per vero, secondo l’insegnamento impartito dal Supremo Collegio, la violazione dei doveri di informazione imposti all’intermediario, attenendo alla fase che precede e accompagna la stipula del contratto, è destinata a produrre unicamente una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui discende il correlato obbligo risarcitorio, seppur limitato al solo interesse c.d. negativo. Al più, qualora detti doveri regolino l’*esecuzione* del contratto, il loro mancato rispetto, «ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul professionista», potrebbe legittimare un giudizio di responsabilità contrattuale e condurre, di conseguenza, all’eventuale risoluzione dell’accordo stesso.

In nessun caso, quindi, l’inosservanza dei doveri di informazione nei confronti del cliente nella fase sia prenegoziale, sia esecutiva, «in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedono», è idonea a giustificare una pronuncia di nullità radicale del contratto a norma del comma 1° dell’art. 1418 c.c.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, p. 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, p. 231 ss.; nonché con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, p. 347 ss. Detta sentenza è stata ampiamente commentata: v., fra gli altri, F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.; V. MARICONDA, *L’insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss. Cfr. altresì Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, p. 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*, p. 785 ss. Entrambe le pronunzie richiamano quanto già affermato da Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, p. 29 ss. Ad avviso di quest’ultima, la mancanza di informazioni che riguardano elementi utili per valutare la convenienza dell’affare non configura un’ipotesi di nullità virtuale ex art. 1418, comma 1°, c.c., poiché la contrarietà a norme imperative non opera con riguardo a comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l’esecuzione del contratto (salvo che il legislatore la preveda espressamente); inoltre, detta mancanza non è neppure idonea a determinare una nullità del contratto per difetto di accordo ex art. 1418, comma 2°, e 1325, n. 1, c.c., in quanto non direttamente attinente alla natura e all’oggetto del contratto. Più di recente, conformemente alle predette osservazioni, si veda Cass. 10 aprile 2014, n. 8452. Relativamente alle norme di comportamento gravanti sul professionista merita di essere ricordata la pronuncia della Corte di giustizia 30 maggio 2013, causa C-604/11, *Genil 48 SL, Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL contra Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, che, seppur riguardante la Direttiva 2004/39/CE in merito ai mercati degli strumenti finanziari, ha affermato che la determinazione delle conseguenze contrattuali derivanti dal mancato rispetto delle predette norme «spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro (...) fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività». Tali affermazioni sono riprese nella più recente sent. 3 dicembre 2015, causa C-312/14, *Banif Plus Bank Zrt contra Márton Lantos, Mártonné Lantos* (entrambe le richiamate pronunce riguardavano le conseguenze derivanti dall’inosservanza degli obblighi attinenti al servizio di consulenza reso da un’impresa di investimento secondo le modalità previste dall’art. 19, par. 4 e 5, dir. 2004/39/CE).

⁵⁹⁹ Nonostante l’inequivocabile pronuncia delle Sezioni unite, continuano a sostenere la tesi della nullità G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 33 ss., spec. p. 63; F. RENDE, *Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 190 (spec. p. 218); A. GENTILI, *Disinformazione ed invalidità, i contratti di intermediazione dopo le Sezioni unite*, in *Contratti*, 2008, p. 3393; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni*

Sebbene specificamente attinente alla disciplina sull'intermediazione finanziaria, il risultato cui è giunta la Suprema Corte è utilizzato in ambito creditizio⁶⁰⁰ per escludere che dalla violazione dell'art. 124 *bis* e, ora, anche dell'art. 120 *undecies* t.u.b., quali regole di condotta, possa conseguire la nullità del rapporto negoziale⁶⁰¹.

Revocata in dubbio l'ammissibilità della più grave causa di invalidità, non sono mancate, tuttavia, opinioni che, rimanendo nel terreno dei rimedi caducatori, hanno ricondotto all'inadempimento del dovere di verifica in questione la possibile operatività di una causa di annullamento del contratto, quale conseguenza di un vizio del consenso.

4.1.1. *I vizi del volere tra errore (essenziale e riconoscibile) sulla qualità dell'oggetto della prestazione e dolo omissivo.*

Attraverso la disciplina di cui agli artt. 1427 ss. c.c. il legislatore italiano ha inteso attribuire rilevanza giuridica a condotte precontrattuali che, secondo una valutazione preventiva dal medesimo effettuata, risultano potenzialmente idonee ad incidere sul processo di formazione della volontà negoziale, inficiando la libertà del consenso prestato da uno dei contraenti e, quindi, la validità del contratto.

In materia di credito al consumo, sia ordinario, sia immobiliare, come in più occasioni evidenziato, la scelta creditizia del consumatore, oltre che informata, deve essere anche consapevole; consapevolezza assicurata (soprattutto) dall'assistenza che

unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere, ivi, 2008, p. 405; R. CALVO, *Nullità e obblighi di informazione*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 155 ss.; ID., *Il risparmiatore disinformato fra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 20 ss. *Contra* G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., p. 977 ss.; ID., voce *Nullità non testuale*, cit., p. 798 ss.; ID., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit., 2009, p. 732 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuale di protezione?*, cit., p. 1041 ss., i quali escludono l'applicazione dell'art. 1418, comma 1°, c.c. qualora vengano violate mere regole di condotta, seppur poste a protezione del contraente più debole.

⁶⁰⁰ Tuttavia, tale *reductio ad unitatem*, basata sulla valorizzazione degli aspetti comuni tra le due discipline, non è andata esente da critiche. Parte della dottrina ha infatti evidenziato come non sarebbe possibile trasporre nel settore dell'erogazione del credito «regole di condotta proprie di altri settori, e in particolare degli intermediari operanti nel settore degli investimenti mobiliari, regolato dalla direttiva c.d. Mifid». In tal senso si esprime A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, I, p. 592. *Contra*, R. Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, cit., p. 156 ss., ad avviso del quale il ricorso al processo di cartolarizzazione e, così, ai derivati del credito, traslando il rischio di inadempimento del mutuatario dal settore creditizio al settore mobiliare, ha senza dubbio contribuito a sfumare i confini esistenti «tra il settore dell'intermediazione mobiliare e quello dell'intermediazione creditizia; per conseguenza, è difficile negare che le regole di condotta degli intermediari mobiliari e degli intermediari creditizi ripetano la propria *ratio* da comuni esigenze di sistema. La riconduzione a unità di due settori ovviamente distinti come il settore mobiliare e quello creditizio, i quali tuttavia esibiscono, in punto di finalità delle rispettive discipline, marcati tratti di convergenza, si mostra dunque un'ipotesi tutt'altro che priva di fondamento e che trova conforto nell'evidenza empirica» (p. 158).

⁶⁰¹ Così è, invece, per C. IURILLI, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, cit., p. 546 ss., e ID., *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012, p. 431 ss. Non seguono questa impostazione L. MODICA, *Il credito ai consumatori*, in *I contratti bancari*, cit., p. 296; ID., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 252 ss.; G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 165.

l'intermediario è tenuto a prestare nella fase precedente la stipula del contratto *ex artt.* 124, comma 5°, e 120 *undecies*, comma 6°, t.u.b. Di qui, l'importanza che il legislatore europeo – prima – e quello nazionale – poi – hanno attribuito alla decisione del consumatore e, con essa, alla sua volontà.

Come più sopra rilevato (parr. 2 e 3), quello che grava in capo al creditore all'esito della verifica imposta dagli artt. 124 *bis* e 120 *undecies* t.u.b., è un obbligo di avviso circa la verosimile insostenibilità per il mutuatario del finanziamento richiesto.

Tanto premesso, nelle ipotesi in cui il finanziatore ometta di accertare *tout court* il merito di credito della propria controparte, ovvero lo accerti, ma in modo scorretto, mancando di osservare i criteri di valutazione in proposito previsti, o, ancora, conceda il credito senza tuttavia avvertire il consumatore dell'esito negativo dell'indagine svolta, non può di certo dirsi prestato in modo libero e consapevole il suo consenso.

In questi casi, infatti, il creditore o non dispone dei dati necessari per assolvere l'obbligo di "*mise en garde*" o, pur sussistendone le condizioni, decide di non adempiervi, con l'inevitabile risultato di indurre il consumatore ad assumere obbligazioni esorbitanti le proprie risorse economiche. E questo perché non debitamente avvertito né della verosimile insostenibilità del credito, né, di conseguenza, dei rischi connessi all'erogazione, avuto specifico riguardo alla sua condizione economica e personale.

È pertanto evidente come il comportamento del finanziatore sia idoneo ad incidere in modo negativo sulla corretta formazione della volontà contrattuale del mutuatario, che presta il proprio consenso senza sapere che quello concesso è un prestito non adeguato al suo profilo economico-finanziario.

Dunque, una negoziazione che *prima facie* apparirebbe caratterizzata dall'errore (vizio) del consumatore: la falsa rappresentazione della realtà in cui incorre⁶⁰², ovvero la condizione di ignoranza in cui costui si trova, in quanto inerenti all'effettiva sostenibilità del credito richiesto, in tanto riguarderebbero una qualità dello stesso oggetto della prestazione⁶⁰³. Qualità, questa, che potrebbe ragionevolmente ritenersi

⁶⁰² Secondo quanto previsto dall'art. 1428 c.c., l'errore è causa di annullamento del contratto se essenziale e riconoscibile dall'altro contraente (in proposito, v. *infra* nel testo). Cionondimeno, la giurisprudenza, oltre a detti requisiti, ne richiede uno ulteriore: l'errore, quale vizio del consenso, assume rilevanza giuridica solo quando incide sul processo formativo della volontà, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà. Di conseguenza, l'effetto invalidante è subordinato all'accertamento, prim'ancora che della sua essenzialità e riconoscibilità, della circostanza che la volontà espressa dal contraente non corrisponda alle sue effettive intenzioni. In tal senso, Cass. 24 agosto 2004, n. 16679, in *Mass. Giust. civ.*, 2004; Cass. 19 aprile 1988, n. 3065; in *Rep. foro it.*, 1988, c. 375; Cass. 27 giugno 1985, n. 3854, *ivi*, 1985, c. 125.

Alla falsa conoscenza della realtà è equiparata l'ignoranza.

⁶⁰³ L'errore sulle qualità dell'oggetto della prestazione è quello che si risolve in una falsa rappresentazione di *qualsiasi caratteristica* dell'oggetto stesso e che, secondo il comune apprezzamento, possa esserne considerata

determinante il consenso del consumatore, sia in senso oggettivo, «secondo il comune apprezzamento», sia in senso soggettivo, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto⁶⁰⁴.

Per vero, se il consumatore avesse conosciuto la propria condizione di immeritevolezza creditizia e, quindi, i rischi specifici derivanti dalla conclusione del contratto, con tutta probabilità non ne avrebbe accettata la stipula^{605 606}. Ciò che ne potrebbe conseguire è, quindi, un errore essenziale⁶⁰⁷, sia in astratto, in quanto compreso

qualità. Al contempo, per “qualità” si intende una caratteristica durevole del bene, seppur in senso relativo, avuto riguardo al modo in cui la cosa entra nell’economia del contratto, intrinseca o estrinseca, che può anche non attenersi alla composizione materiale, purché risponda a connotati particolari, altrettanto importanti per la funzione cui il bene o il servizio sono destinati. Così, V. PIETROBON, *L’errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 401 ss. e 407. *Contra* P. BARCELLONA, voce *Errore* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 261, che faceva coincidere l’errore sulle qualità dell’oggetto della prestazione con l’errore sulla sostanza della cosa. Tale impostazione si giustificava alla luce dell’art. 1110 del codice civile del 1865 ai sensi del quale «l’errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza della cosa che ne forma oggetto». Ad oggi, l’identificazione dell’errore con la sostanza del bene è ritenuta in contrasto con la formulazione dell’art. 1429 c.c. atteso che la falsa rappresentazione della composizione materiale del bene rende rilevante l’errore in quanto cade sull’identità dell’oggetto della prestazione.

⁶⁰⁴ È bene precisare che i due criteri di valutazione dell’essentialità dell’errore previsti dall’art. 1429, n. 2, c.c. sono tra loro alternativi, sicché è sufficiente, ai fini dell’annullamento del contratto, che uno solo di essi ricorra nel caso specifico. Sul punto, v. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 404; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 788; C. ROSSELLO, *L’errore nel contratto. Artt. 1427-1433*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 84; M. FRANZONI, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 7, Torino, 2002, p. 255.

⁶⁰⁵ Anche M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *L’art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. « merito creditizio » nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, cit., p. 562 ragiona in termini di annullabilità del contratto per errore. Tuttavia l’A. adotta una prospettiva “inversa”, che sembra avere riguardo non tanto all’errore del consumatore, quanto, piuttosto, a quello in cui incorre l’intermediario quando svolge la verifica del merito creditizio «in modo *colposamente* errato o trascurato», con la conseguenza di concedere il finanziamento ad un soggetto non solvibile. In tal caso, l’errore, che cade su una qualità dell’altro contraente ed è, quindi, essenziale ex art. 1429, n. 3, c.c., sarebbe altresì riconoscibile per mezzo dell’art. 124, comma 5°, t.u.b. che, nel tentativo di colmare l’asimmetria informativa tra i contraenti, indirettamente sollecita «una ponderazione circa il merito creditizio parimenti da parte del mutuatario; sicché – una volta che questi sia stato correttamente avvertito – non sarebbe sensato affermare che il detto consumatore, vista la qualità non professionale, non sarebbe stato in grado di accorgersi, con giudizio medio, dell’errore sulla sua solvibilità nel quale è in corso il mutante». Qualora, poi, il consumatore, sebbene opportunamente “informato”, non dovesse rendersi conto della sproporzione del credito rispetto alle sue effettive risorse economiche, si verrebbe a configurare un caso di errore sia “bilaterale”, poiché commesso da entrambe le parti, sia “comune”, in quanto inerente allo stesso aspetto, vale a dire la “qualità personale” della solvibilità, in quanto tale riconoscibile ex art. 1431 c.c.

All’opposto, ma pur sempre perché si pone nell’ottica di tutela degli interessi del creditore, l’A. ritiene non applicabile la categoria dell’errore all’ipotesi in cui il creditore ometta *tout court* la verifica in oggetto.

⁶⁰⁶ Con riguardo all’obiezione secondo cui il consumatore, per quanto privo di competenze professionali, è comunque in grado di valutare la sostenibilità o meno di una data obbligazione avuto riguardo alla propria condizione economica, basti qui ricordare come spesso le scelte dal medesimo effettuate risultano influenzate da componenti psicologiche (c.d. *cognitive biases*) che lo (dis)orientano verso scelte irrazionali e, quindi, pregiudizievoli. Cfr., sul punto, Cap. II, par. 6, spec. nt. 178.

Sul punto v. anche Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864, la quale, pronunciandosi in materia di violazione di obblighi informativi, afferma «poiché lo stesso legislatore, nel dettare la disciplina a cui dinanzi si è fatto cenno (...), muove dal presupposto che dette informazioni sono invece necessarie all’effettuazione di scelte oculate, deve presumersi, fino a prova contraria, che *quel rischio il cliente non lo avrebbe corso se fosse stato informato come doveva* [c.v.o mio]».

⁶⁰⁷ Sebbene sia concorde nel configurare un’ipotesi di annullamento del contratto di credito per errore del consumatore, G. AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, cit., p. 293, ritiene che l’inesatta conoscenza, da parte di quest’ultimo, della propria situazione patrimoniale non cadrebbe su alcuno degli elementi contemplati dall’art. 1429 c.c. L’A. giustifica il rimedio invalidante evidenziando come la verifica del merito creditizio sia, nell’ottica del legislatore europeo, «essenziale al fine di garantire il libero consenso del consumatore» sicché l’errore che consegue alla sua omissione appare «idoneo ad incidere sulla determinazione negoziale assunta e risult[a], pertanto “essenziale” nei contratti di credito al consumo». Una simile lettura si fonderebbe sull’esigenza di adeguare e, quindi, coordinare il diritto nazionale a quello europeo.

nelle categorie di cui all'art. 1429 c.c., sia in concreto, giacché *condicio sine qua non* della volontà negoziale del consumatore⁶⁰⁸.

All'opposto, qualora si accertasse che, nonostante l'errore, il contratto sarebbe stato comunque concluso, ma a condizioni diverse (c.d. errore incidente), il consumatore, sebbene privato della possibilità di ottenerne l'annullamento, potrebbe in ogni caso agire per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1338 c.c.

Come noto, ai fini dell'annullamento, l'errore, oltre che essenziale, deve essere altresì riconoscibile *ex art.* 1431 c.c., avuto riguardo al suo contenuto, alle circostanze della negoziazione «ovvero alla qualità dei contraenti». Requisiti, questi, che si possono considerare senz'altro presenti nell'ipotesi in cui l'altro contraente sia un professionista, peraltro gravato dall'obbligo di accertare le esigenze e la condizione economica del consumatore, nonché dal conseguente dovere di informazione circa gli specifici rischi connessi all'erogazione del credito richiesto e, quindi, la sua possibile insostenibilità⁶⁰⁹.

È tuttavia bene precisare che nessun problema di validità dell'accordo sussiste quando, nonostante l'esito negativo della valutazione, il consumatore, debitamente avvertito di detto risultato, scelga comunque di concludere il contratto. In tal caso, infatti, premessa l'assenza di qualsivoglia dovere di astensione in capo al professionista, il consumatore accetta in modo libero e soprattutto consapevole le conseguenze, anche negative, derivanti dalla concessione di un credito per lui non adatto. Nessun giudizio di colpa può pertanto essere mosso nei confronti del finanziatore.

Inoltre, ipotizzando che la mancata o inesatta verifica del merito di credito, ovvero il mancato adempimento dell'obbligo di avviso, diano luogo ad un'ipotesi di errore essenziale e riconoscibile, il finanziatore, per evitare la pronuncia di annullamento, potrebbe offrire una rettifica del contratto, di modo da adeguarlo alle effettive capacità economiche del consumatore. Tale assunto trova peraltro conferma nell'art. 120 *undecies*, comma 3°, t.u.b., che in materia di credito immobiliare prevede soltanto un divieto di *reformatio in peius*, ma non anche in *melius* delle condizioni contrattuali per il mutuatario (cfr. Cap. III, par. 9).

⁶⁰⁸ Perché l'errore possa rilevare ai fini dell'annullamento del contratto sono necessaria sia l'essentialità in astratto, sia quella in concreto. Così, C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, cit., p. 77; M. FRANZONI, *Il contratto in generale*, cit., p. 244 s.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., pp. 336 s. e 439 s.

⁶⁰⁹ Dello stesso avviso è G. AZADI, *op. loc. citt.*, che ritiene «tale errore (...) "riconoscibile" dal professionista per definizione, essendo quest'ultimo normalmente deputato a porvi rimedio». Analogamente, per A. ZACCARIA, *sub art.* 1431, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2016, p. 1544, le qualità delle parti, in relazione al contenuto del contratto, «potrebbero essere considerate già di per sé sufficienti a rendere riconoscibile l'errore, senza ricorrere all'esame delle circostanze».

Tuttavia, per quanto persuasiva, tale ricostruzione mal si concilia con la tradizionale accezione che identifica “l’oggetto” nelle prestazioni cui le parti sono contrattualmente tenute. E con riguardo ad un contratto di finanziamento, che vede il creditore corrispondere al debitore una somma di denaro, con l’obbligo poi, per quest’ultimo, di restituirla nei tempi e con le modalità concordate, sarebbe forse eccessivo sostenere che l’inadempimento dell’obbligo di verifica del merito di credito, ovvero del dovere di avviso che ne consegue abbiano un’incidenza tale da entrare nel regolamento contrattuale quali elementi che concorrono a determinare la prestazione del finanziatore e, con essa, il suo oggetto.

Ad opposta soluzione si potrebbe giungere con riguardo ai contratti di intermediazione finanziaria. In tal caso, infatti, gli obblighi informativi gravanti sull’intermediario concorrono a costituire, *per espressa previsione di legge*, la prestazione cui quest’ultimo è tenuto nei confronti dell’investitore⁶¹⁰.

Rimanendo nell’ambito dell’annullabilità del contratto per vizi del consenso, oltre all’errore, sembra assumere rilevanza anche la figura del dolo c.d. omissivo⁶¹¹, prospettabile nei soli casi in cui il creditore ometta *tout court* la verifica, ovvero, quantunque a conoscenza dell’insostenibilità del finanziamento, trascuri di darne opportuna comunicazione al consumatore⁶¹².

Invero, se si aderisce a quel filone giurisprudenziale – minoritario – secondo cui «il “dolo” quale causa di annullamento del contratto (ai sensi dell’art. 1439 c.c.), può consistere (...) anche nel nascondere alla conoscenza altrui, col silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive»⁶¹³, non si può fare a meno di notare come, al pari di quanto più sopra osservato con riguardo all’ipotesi di errore essenziale, il consumatore, ove informato, *id est* avvisato, della verosimile inadeguatezza del credito, non avrebbe ragionevolmente acconsentito alla stipulazione del relativo contratto.

⁶¹⁰ Sul punto si segnala la pronuncia del Trib. Roma 13 giugno 2005, in *DeJure*, il quale, in materia di intermediazione finanziaria, rileva che «la condotta dell’intermediario può influenzare il processo formativo della volontà del cliente, con riguardo al contratto avente ad oggetto gli strumenti finanziari, inducendo una falsa percezione della realtà negoziale in modo da spingere il cliente alla conclusione di un contratto che non avrebbe stipulato se adeguatamente informato sull’esistenza del conflitto di interessi, *sulle caratteristiche e/o sulla convenienza dell’operazione richiesta* [c.vo mio]; pertanto, ricorrendone le condizioni, deve ritenersi ammissibile l’azione di annullamento del contratto per errore essenziale e riconoscibile sulle qualità dell’oggetto della prestazione ai sensi dell’art. 1429 n. 2 c.c.». Cfr. Trib. Roma 13 giugno 2005, cit. alla nota 72.

⁶¹¹ Tale figura è pacificamente ammessa sia in dottrina che in giurisprudenza.

⁶¹² Si esclude l’ipotesi di inesatta valutazione poiché, in questo caso, il mancato, ovvero l’errato avvertimento è la conseguenza di una pregressa condotta commissiva.

⁶¹³ Così, Cass. 2 febbraio 2012, n. 1480, la quale, in un caso di manomissione del contachilometri di un’autovettura, ha ritenuto che se il venditore fosse stato a conoscenza di tale fatto e ciononostante lo avesse taciuto all’acquirente, avrebbe posto in essere un dolo omissivo, con ciò inducendo in errore la propria controparte. In senso conforme si esprimono Cass. 7 febbraio 2007, n. 2479.

Al riguardo, appare tuttavia opportuno evidenziare come il citato orientamento si discosti dalla consolidata idea, condivisa dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie, che reputa irrilevante, ai fini dell'annullabilità del contratto per dolo omissivo, «il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente». All'opposto, è necessario che «l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*»⁶¹⁴. Intenzione, questa, che, per quanto irresponsabile, si ritiene non possa essere ravvisata nel comportamento del finanziatore, mostrandosi più che altro riconducibile al mero disinteresse per gli eventuali pregiudizi derivanti al consumatore dalla stipulazione di un contratto di credito esorbitante le proprie risorse economiche.

Dunque, solo qualora si accedesse all'impostazione che vede allargate le maglie del dolo omissivo giuridicamente rilevante, la mancata valutazione del merito di credito, ovvero il mancato avvertimento del finanziatore potrebbero condurre all'annullamento del contratto. Sennonché l'opinione secondo cui non sarebbe necessario indagare il comportamento in concreto adottato dal *deceptor* e, con esso, il fine da ultimo perseguito, finirebbe per attribuire rilievo anche al dolo non intenzionale, ovvero sia colposo⁶¹⁵, con ciò comportando qualche problema di interferenza con la disciplina

⁶¹⁴ In tal senso si esprime Cass. 31 maggio 2010, n. 13231. In senso conforme v., fra le altre, Cass. 19 settembre 2006, n. 20260; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253; Cass. 15 marzo 2005, n. 5549; Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295. Tale indirizzo è stato seguito anche dai giudici di merito: App. Roma 17 gennaio 2013, n. 315; Trib. Salerno 7 ottobre 2007, n. 2041; Trib. Napoli 2002; App. Firenze 26 marzo 1994, reperibili tutte in *DeJure*.

⁶¹⁵ L'idea per cui nel concetto di raggio, ai fini dell'annullamento del contratto, non sarebbe necessaria l'intenzionalità dell'autore, è da attribuirsi a R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, p. 325 ss. e in ID., *Il contratto*, 3, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 547. Hanno accolto positivamente la figura del dolo colposo e, con essa, la sua rilevanza, A. GENTILI, voce *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 3; L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979, p. 145 ss.; ID., *Raggio, dolo colposo e annullamento del contratto*, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 10 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 684; A. VALENTE, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 166; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, in *Tratt. Rescigno* Rescigno, Torino, 1999, p. 1395. Più di recente, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 817 s.; G. SCHIAVONE, *Dolo (raggio) e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 790 s.

Contra, tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie: C. COLOMBO, *Annullamento per dolo di una compravendita di azioni avvenuta fuori borsa*, in *Corriere giur.*, 1992, p. 310, nota a Cass. 29 agosto 1991, n. 9227; A. TRABUCCHI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 151; C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 746; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 665; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, p. 464; L. GAUDINO, *Il dolo negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 366 ss.; M. FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, *Diritto privato*, 2, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 351 s.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2, Torino, 2000, p. 86. Ambiguo il pensiero di U. MINNECCI, *Struttura del dolo: contegno del 'decepiens' e consenso del 'deceptus'*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 382, il quale dapprima afferma che «l'induzione in errore imputabile a titolo di sola colpa, come nel caso del rilascio per leggerezza di informazioni inesatte, non rientrerà (...) nel dolo – con ciò dovendosi escludere la configurabilità del c.d. dolo colposo», ma poco dopo, a p. 383, ritiene necessario, ai fini dell'annullamento per dolo, «che (almeno) il contegno dell'autore del raggio sia sorretto da quello stato soggettivo che i penalisti denominano dolo eventuale, intendendosi con questa espressione

dell'errore. E questo perché l'errore consente di annullare il contratto solo se essenziale e riconoscibile, vale a dire, con riguardo a tale ultimo aspetto, quando sussiste «un concorso di colpa della controparte che non ha riconosciuto quello che avrebbe potuto riconoscere con l'ordinaria diligenza [c.vo mio]»⁶¹⁶. In tale ottica, quindi, all'annullamento del contratto di credito si potrebbe pervenire allegando o l'errore – essenziale e riconoscibile – del consumatore, o il dolo – omissivo e colposo – del finanziatore⁶¹⁷.

Tale affermazione si esporrebbe tuttavia alla (comprensibile) obiezione secondo cui è inammissibile la domanda di annullamento di un contratto fondata sulla contestuale allegazione dei vizi di errore e dolo stante l'inconciliabilità dei rispettivi elementi costitutivi. Invero, la falsa rappresentazione della realtà che ha indotto una delle parti a concludere il negozio, nell'errore è endogena alla stessa, mentre nel dolo è esogena⁶¹⁸.

Senonché, la Suprema Corte, discostandosi dal tradizionale orientamento, con una pronuncia del giugno 2008⁶¹⁹, ha rilevato come «la differenza ontologica esistente tra la figura dell'errore (...) e quella del dolo (...) non impedisce la coeva deduzione di entrambi i vizi a sostegno della domanda di annullamento del contratto, ma impone l'adozione di distinte modalità nella disamina delle emergenze probatorie acquisite». Di conseguenza, mentre nel caso di errore l'indagine deve essere svolta con riguardo alla condotta della parte che ne è vittima, «verificando se il vizio abbia inciso sul processo formativo della sua volontà, dando origine ad una falsa rappresentazione che l'ha indotta a concludere il contratto»; all'opposto, nell'ipotesi di dolo è necessario porre l'attenzione sul comportamento assunto dal *deceptor* e sull'incidenza che esso ha avuto sul *deceptus*, indagando se la condotta commissiva od omissiva abbia o meno «procurato la falsa rappresentazione della realtà che ha determinato il secondo alla contrattazione, inducendo nel processo formativo della sua volontà un errore avente carattere essenziale».

la situazione di chi si rappresenta il pericolo (nel nostro caso, l'induzione in errore della controparte) riconnesso alla propria condotta e, ciononostante, si determina ad agire ugualmente, accettandone il rischio. In altri termini, a sostanziare la malizia basterà la consapevolezza della potenzialità decettiva del proprio atteggiarsi».

In giurisprudenza: Cass. 23 luglio 1960, n. 2119, in *Mass. Foro it.*, 1960, p. 466; Cass. 10 luglio 1972, n. 2311, in *Rep. Foro it.*, 1972, c. 691; Cass. 4 luglio 1981, n. 4383, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2515 ss.

Per un'analitica ricostruzione dell'istituto e della disciplina applicabile, si rimanda a P. LAMBRINI, *Raggiro colposo e "actio de dolo malo"*, in AA.VV., *Tutele rimediale in tema di rapporti obbligatori*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015, p. 321 ss. V. anche N. TACENTE, *Il dolo*, in AA.VV., *I vizi del consenso*, a cura di A. Fasano, Torino, 2013, p. 162 ss.

⁶¹⁶ In tali termini si esprime P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 754.

⁶¹⁷ *Ibidem*.

⁶¹⁸ Questo l'orientamento di Cass. 11 novembre 2005, n. 22900 e Cass. 23 settembre 2004, n. 19138, entrambe in *DeJure*.

⁶¹⁹ Cass. 19 giugno 2008, n. 16663, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2766 ss.

Sono, dunque, il tipo di condotta oggetto dell'accertamento giudiziale e il soggetto cui questa è riconducibile che segnano il confine tra l'annullamento del contratto per errore, ovvero per dolo, potendo, la relativa domanda, a fronte di uno stesso evento, essere proposta per entrambi i vizi, laddove configurabili.

Nonostante la lettura innovativa offerta dalla Cassazione, per i fini che qui rilevano è comunque opportuno rammentare che, da una parte, l'errore in cui incorre il consumatore è pur sempre l'effetto di una condotta omissiva dell'intermediario e, quindi, di un fattore esterno alla sua volontà, e, dall'altra parte, la configurabilità di un annullamento per errore sulla qualità del credito può essere messa in dubbio dal significato, per come tradizionalmente inteso, di "oggetto della prestazione". Elementi, questi, che rendono dunque preferibile la tesi dell'annullamento per dolo. Con la precisazione, tuttavia, che, atteso quanto più sopra rilevato con riguardo all'effettiva possibilità di configurare un'ipotesi di dolo omissivo giuridicamente rilevante nel caso di erogazione di un finanziamento insostenibile, le probabilità di ottenere una pronuncia di annullamento *ex art. 1439 c.c.* diminuiscono drasticamente laddove, oltre alla reticenza del creditore, non ne venga dimostrata anche la (dubbia) intenzione di indurre il consumatore in errore.

Epperò, il rimedio dell'annullamento, per quanto teoricamente ammissibile nei termini sopra detti, pare incontrare alcuni ostacoli sul piano applicativo.

Anzitutto, volendo fare fede alla distinzione prospettata dalle Sezioni Unite del 2007, l'inadempimento del dovere di valutare il merito di credito attiene, pur sempre, al mancato rispetto di una norma di condotta, come tale inidonea a giustificare reazioni di tipo invalidatorio. In secondo luogo, è inverosimile che il consumatore agisca per ottenere l'annullamento del contratto: alla pronuncia giudiziale consegue, infatti, l'obbligo di restituire la prestazione ricevuta *ex art. 2033 c.c.* e, dunque, il credito concesso, peraltro maggiorato degli interessi maturati, credito di cui il consumatore comunque necessita. Da ultimo, con specifico riguardo al credito immobiliare, in sede di analisi della dir. 2014/17/UE (cfr. Cap. III, par. 9), si è notato come il legislatore europeo, seppur indirettamente, in presenza di patologie del rapporto, sembri preferire il mantenimento del negozio alla sua caducazione e, quindi, i rimedi conservativi della volontà contrattuale e non demolitori, quali nullità e annullabilità.

4.2. *Il mantenimento del contratto. Responsabilità precontrattuale e obbligo risarcitorio.*

È bene evidenziare che la verifica del merito creditizio, prim'ancora che norma di comportamento, è espressione del più generale principio di buona fede contrattuale, che informa l'agire dei contraenti anche nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Ebbene, è ormai noto che la violazione del citato principio assume rilievo non soltanto in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto (art. 1337 c.c.) o di conclusione di un contratto invalido (art. 1338 c.c.), ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento fattuale, ad una delle parti sia imputabile l'omissione di informazioni rilevanti, le quali, se conosciute, avrebbero verosimilmente indotto ad una diversa conformazione del contratto⁶²⁰. Situazione, come visto, ravvisabile nel caso di (valida) erogazione di un finanziamento insostenibile.

Ciò considerato, nessun ostacolo sembrerebbe dunque frapporsi all'applicazione di detta disciplina all'ipotesi di inadempimento (nel senso chiarito) del dovere di valutare la solvibilità del mutuatario, con la conseguenza di obbligare il creditore al risarcimento dei danni.

Soluzione, questa, accolta anche dall'Arbitro Bancario e Finanziario, il quale, da un lato, pur escludendo l'automatismo sovraindebitamento del consumatore/responsabilità del finanziatore, rileva come la sua innegabile discrezionalità tecnica debba in ogni caso essere esercitata nel rigoroso rispetto dei canoni di correttezza e buona fede⁶²¹, e, dall'altro lato, afferma che senza dubbio la violazione dell'obbligo di verifica in oggetto determina il diritto del cliente ad essere risarcito del danno cagionatogli⁶²².

Si è in precedenza sostenuto che nell'ipotesi in cui il creditore avesse correttamente adempiuto i doveri di verifica e di avviso sullo stesso incombenti, con tutta probabilità

⁶²⁰ Così Cass. 23 marzo 2016, n. 5762. V. altresì Cass. 17 settembre 2013, n. 21255; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795. *Contra*, tuttavia, Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479.

⁶²¹ Cfr. ABF Collegio Napoli 24 febbraio 2016, n. 1657; ABF Collegio Roma 7 aprile 2016, n. 3134.

⁶²² ABF Collegio Roma 20 agosto 2013, n. 4440, ma negli stessi termini, più di recente, ABF Collegio Roma 7 aprile 2016, cit., secondo cui «nella realtà attuale dell'ordinamento giuridico, l'informazione del cliente nella fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto di finanziamento non può conseguentemente essere più considerata come una sorta di consiglio amichevole, ma costituisce ormai la prestazione di un vero e proprio servizio di consulenza professionale e in ogni caso l'adempimento di uno *specifico dovere di protezione* nei confronti dell'altra parte contraente [c.vo mio]. Non vi è quindi dubbio che la violazione di tale obbligo [di verifica del merito creditizio] determini il diritto del cliente di essere risarcito del danno cagionatogli».

il consumatore non avrebbe concluso il contratto o per lo meno non lo avrebbe concluso a quelle condizioni.

Ebbene, ad una simile conclusione è di recente giunto anche il Supremo Collegio, il quale, quantunque in materia di violazione degli obblighi informativi imposti all'intermediario finanziario⁶²³, ha rilevato come «lo stesso legislatore, nel dettare la normativa cui già dinanzi s'è fatto cenno, muove dal presupposto che dette informazioni sono necessarie all'effettuazione di scelte oculate»; pertanto «*deve presumersi*, fino a prova del contrario, *che quel rischio il cliente non lo avrebbe corso se fosse stato informato come si doveva*»⁶²⁴. Rischio attinente, per il caso di cui si occupa, al mancato rimborso del prestito concesso, che il consumatore «[se] ben informato non si sarebbe presumibilmente addossato, o almeno non in quella misura».

Nell'ambito di una negoziazione così connotata – prosegue la Corte – il cliente subisce giocoforza un danno, che è paragonabile, per certi aspetti, al danno da perdita di *chance*: «nell'uno caso il danneggiato è illegittimamente privato di un'alea positiva, nell'altro si vede illegittimamente accollata un'alea negativa, ma è pur sempre in proiezione futura che il pregiudizio è apprezzabile»⁶²⁵. Pregiudizio che, nel caso di erogazione di un finanziamento insostenibile, si sostanzia, come detto, nella sua mancata restituzione, cui inevitabilmente consegue un peggioramento della (già compromessa) situazione economica del consumatore.

Dunque, atteso che nell'impostazione adottata dal Collegio, la *chance* persa è quella di non assumere un rischio, *id est* non concludere il contratto o concluderlo a condizioni differenti se correttamente informati, al fine di determinare, in concreto, il *quantum* risarcibile, è necessario considerare che «di fronte ad una significativa probabilità di evitare il danno, il pregiudizio inerente a questa perdita di *chance* va valutato in funzione del pregiudizio finale: il primo corrisponde ad una percentuale del secondo»⁶²⁶.

⁶²³ Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864.

⁶²⁴ Prova contraria che deve essere allegata dall'intermediario.

⁶²⁵ Un elemento che differenzia il danno da perdita di *chance* da quello derivante dall'accollo di un rischio non voluto attiene alla sua liquidazione: mentre, nel primo caso, si ricorre ad un giudizio probabilistico, basato, per l'appunto, su ipotesi controfattuali, perché non si saprebbe come altrimenti configurare la possibilità futura che è andata persa; nel secondo caso, all'opposto, atteso che il successivo sviluppo degli eventi è noto, «è perciò relativamente più agevole stabilire se ed in quale misura l'eventualità negativa si è effettivamente realizzata».

⁶²⁶ G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. ... L'A. evidenzia, poi, come il risarcimento debba essere commisurato alla *chance* perduta quale pregiudizio dotato di autonoma rilevanza giuridica, distinto dall'ammontare del credito erogato e, quindi, ad esso non raggugliabile.

Secondo l'orientamento ad oggi dominante, la perdita di *chance*, oltre che distinta dalla fattispecie del lucro cessante, configurerebbe altresì un'entità patrimoniale a sé stante rispetto al risultato cui tende, risultando pertanto suscettibile di un'autonoma valutazione sia sotto il profilo giuridico che economico (c.d. concezione ontologica). Cfr., fra le altre, Cass. 25 agosto 2014, n. 18207; Cass. 20 giugno 2008, n. 16887; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1752. In dottrina, M. FEOLA, *Rapporto di causalità e danno da perdita di chance*, in *La responsabilità civile. Contratto e torto*, a cura di M. Feola e A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2014, p. 304 s.

E poiché si tratta di un'ipotesi di danno derivante da un contratto, per quanto sconveniente, valido ed efficace, il risarcimento potrà allora essere commisurato al “minor vantaggio” o al “maggior aggravio economico” provocato dal contegno inadempiente del creditore⁶²⁷. Quindi, per il caso di cui si occupa, un risarcimento parametrato alla parte di credito eccedente l'effettiva capacità economico-finanziaria del consumatore.

Tuttavia, trattandosi di un'obbligazione risarcitoria, come tale assoggettata ai criteri di cui agli artt. 1223 ss. c.c., nel determinare il *quantum debeatur*, il giudice dovrà tenere conto dell'eventuale concorso del fatto colposo del creditore, con la conseguenza di diminuire il risarcimento qualora accerti che l'inesatta valutazione del merito di credito è dipesa dal comportamento reticente ovvero fraudolento dello stesso consumatore, che omette di fornire le informazioni richieste o fornisce informazioni false (cfr. art. 120 *undecies*, comma 3°, t.u.b.)⁶²⁸. In tali ipotesi, nonostante la condotta reticente ovvero fraudolenta del consumatore, si ritiene non possa essergli negato *in toto* il risarcimento secondo la regola posta dal comma 2° dell'art. 1227 c.c. Invero, seppur con una formulazione meno puntuale rispetto a quella prevista dalla dir. 2014/17 (art. 20), il finanziatore è comunque gravato dall'obbligo di verificare le informazioni fornite dal mutuatario (art. 120 *undecies*, comma 1°), al fine, per l'appunto, di vagliarne la

⁶²⁷ Cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, che si è espressa proprio con riguardo ad un caso di inosservanza di obblighi informativi precontrattuali gravanti sulla banca. Sul punto la pronuncia evidenzia come comunemente, in caso di responsabilità precontrattuale, il risarcimento del danno sia limitato al c.d. interesse negativo, dovendo, pertanto, «essere commisurato alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi inutili e alle perdite subite per non aver usufruito di occasioni alternative di affari». Tuttavia, prosegue la Corte, qualora il danno derivi da un contratto valido ed efficace, ma sconveniente, «il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto».

In conclusione, la stipula di un contratto valido ed efficace non pregiudica la domanda di risarcimento del danno fondata sulla violazione del precetto di cui all'art. 1337 c.c., «o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s'intende, il danno trovi il suo fondamento (...) nella violazioni di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto».

In dottrina, v. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, cit., p. 151 (spec. p. 154), adottando una impostazione simile a quella che qui si sostiene, afferma che il danno deve commisurarsi «non sulla differenza con un diverso contratto di credito coerente con il merito creditizio del debitore ma sulle conseguenze pregiudizievoli indotte sul patrimonio del debitore dal prestito responsabile».

⁶²⁸ Sul punto, cfr. Cass., sez. un., 21 novembre 2011, n. 24406, la quale afferma che la responsabilità per omissione del danneggiato può scaturire non solo dal mancato rispetto di una precisa norma di legge che lo obbliga ad impedire l'evento, ma anche, più genericamente, dalla «violazione delle regole di diligenza e correttezza» in ossequio al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Ne deriva che «ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma primo. c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno».

In dottrina, R. NATOLI, *sub art. 124 bis*, cit., p. 1716, evidenzia la necessità di calcolare il *quantum debeatur* prendendo in considerazione l'eventuale concorso del fatto colposo del consumatore che abbia omesso di fornire le informazioni necessarie alla valutazione del suo merito creditizio.

completezza e la veridicità. Un simile dovere, quantunque non espressamente previsto in ambito di credito al consumo ordinario, si può in ogni caso considerare operante in quanto aspetto congenito alla diligenza professionale imposta al c.d. *bonus argentarius*⁶²⁹.

Questo il contesto, appare dunque possibile notare come la reciproca relazione di debito/credito tra finanziatore e consumatore, quale esito della tutela risarcitoria a quest'ultimo accordata e, quindi, derivante dallo stesso rapporto creditizio, possa, in ultima istanza, dar luogo ad un'ipotesi di compensazione c.d. "impropria", in cui l'accertamento contabile del saldo finale dei contrapposti crediti è compiuto (anche) d'ufficio dal giudice (diversamente da quanto accade in caso di compensazione propria, la cui operatività postula sia l'autonomia dei rapporti che l'eccezione di parte)⁶³⁰.

Soluzione interpretativa, questa, che condivide con l'ordinamento francese e quello tedesco l'esito finale: il danno riconosciuto al mutuatario, attesa la verosimile operatività del meccanismo compensatorio, inciderà sull'entità degli interessi, determinandone una diminuzione ovvero – ma pare un'ipotesi di scuola – un azzeramento, con l'inevitabile conseguenza di demandare al giudice il compito di stabilire il *quantum* dovuto dal debitore. Quantificazione, questa, sapientemente evitata dall'art. L 341-2 c.cons. francese e dal § 505d BGB ove si prevede che gli interessi non sono dovuti *tout court* ovvero sono diminuiti secondo precise ed individuate percentuali.

Orbene, ipotizzando – come qui si sostiene – che l'inadempimento dell'obbligo imposto dagli artt. 120 *undecies* e 124 *bis* t.u.b. integri un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione della regola prevista dall'art. 1337 c.c., appare opportuno affrontare il dibattuto problema della sua natura, aquiliana ovvero contrattuale, giacché l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria, lungi dall'essere un asettico problema di classificazione giuridica, al contrario incide in misura significativa sulla tutela accordata al danneggiato. Invero, qualora si propendesse per la natura aquiliana della stessa, graverebbe in capo a quest'ultimo la prova dei presupposti previsti dall'art. 2043 (elemento soggettivo, danno, nesso di causalità), essendo, peraltro, il diritto di credito,

⁶²⁹ *Contra*, R. NATOLI, *ibidem*, il quale ritiene applicabile anche il comma 2° dell'art. 1227 c.c.

In giurisprudenza, in senso conforme alla tesi qui sostenuta, v. Cass. 31 maggio 2016, n. 11230, ad avviso della quale l'art. 1227, comma 2°, che «onera il danneggiato ad uniformarsi ad un comportamento attivo ed attento all'altrui interesse, rientra tra le fonti di integrazione del regolamento contrattuale, per cui la stessa "evitabilità" del danno è coordinata con i principi di correttezza e di buona fede oggettiva (...) applicabili ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio». Dunque, è onere sia del debitore – la banca, nel caso di cui si occupa –, sia del creditore – il consumatore – «salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti in cui ciò non comporti un'apprezzabile sacrificio a suo carico».

⁶³⁰ Sul punto cfr., fra le più recenti, Cass. 23 marzo 2017, n. 7474; Cass. 15 giugno 2016, n. 12302; Cass. 10 novembre 2011, n. 23539.

soggetto alla prescrizione quinquennale; all'opposto, nel caso in cui si accedesse all'idea di una responsabilità di tipo contrattuale, il danneggiato avrebbe l'onere di allegare e provare il solo danno patito, con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione *ex art. 2946 c.c.*

Sulla questione, sia in dottrina che in giurisprudenza si sono riscontrati orientamenti divergenti.

Segnatamente, il problema riguarda la configurabilità di una responsabilità *ex contractu* anche in assenza di un atto negoziale dal quale scaturiscano precisi obblighi di prestazione a carico delle parti qualora tra le stesse venga nondimeno ad instaurarsi una relazione giuridicamente rilevante, c.d. da "contatto sociale qualificato", che determina la nascita di obblighi di informazione e protezione in ossequio al dovere di buona fede contrattuale positivamente sancito dagli artt. 1175, 1337, 1338 e 1375 c.c.

Sul punto, il tradizionale orientamento dei giudici di legittimità è stato nel senso di collocare la responsabilità precontrattuale nell'ambito del fatto illecito per violazione del generale principio del *neminem laedere*⁶³¹.

Senonché non sono mancate interpretazioni di segno opposto che, ispirandosi a quanto elaborato dalla dottrina tedesca e anglosassone, hanno evidenziato come la responsabilità in questione si collochi tra il contratto e il torto, giacché cristallizzata in un c.d. "contatto sociale" tra le parti, idoneo ad ingenerare un reciproco affidamento che ciascuna di esse ripone nella buona fede e, con essa, negli obblighi di informazione e protezione che ne costituiscono il completamento e il corollario; obblighi, questi, che valgono a "qualificare" il citato contatto⁶³².

Così argomentando, verrebbe dunque a delinearsi un rapporto obbligatorio connotato da doveri non tanto di prestazione, propri dell'atto negoziale, quanto, piuttosto, di protezione, ugualmente riconducibili, quantunque in assenza di un contratto formale, «ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e *prossima a quella contrattuale*, poiché ancorabile a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituenti la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c. [c.vo mio]»⁶³³. In tale contesto, ad assumere

⁶³¹ V. Cass. 29 luglio 2011, n. 16735; Cass. 5 agosto 2004, n. 15040; Cass. 10 ottobre 2003, n. 15172; Cass. 30 agosto 1995, n. 9157. Da ultimo, si segnala la recente pronuncia di Cass. 27 aprile 2017, n. 10413, che, riunitasi a sezioni unite, in un caso inerente alla responsabilità precontrattuale della P.A., ha ribadito come la violazione dei doveri di buona fede, lealtà, correttezza e diligenza, rientrino nell'ambito dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c., dando così luogo ad un'ipotesi di responsabilità aquiliana.

⁶³² E sarebbe proprio tale "qualificazione", ovverosia lo scopo che connota il contatto sociale e, quindi, lo scopo che le parti intendono perseguire, che permette di distinguere le ipotesi di responsabilità precontrattuale, per l'appunto, da "contatto sociale qualificato" da quelle integranti i presupposti di cui all'art. 2043 c.c. quali, ad esempio, l'investimento di un pedone ovvero uno scontro tra veicoli.

⁶³³ Così Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, la quale rileva altresì che «la teoria degli obblighi di protezione, la cui violazione dal luogo ad una responsabilità di tipo contrattuale ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che

rilievo è, dunque, la lesione arrecata al rapporto – qualificato – instauratosi tra i soggetti, rapporto caratterizzato dalla presenza di specifici obblighi di protezione, riconducibili al generale principio di buona fede, la cui inosservanza è equiparabile a quella inerente agli obblighi – di prestazione – nascenti dal negozio e, quindi, idonea a delineare una responsabilità di tipo contrattuale⁶³⁴.

Tanto premesso, riprendendo ancora una volta quanto di recente affermato dalla Suprema Corte, estremamente chiara sul punto, «in virtù di tale relazione qualificata, una persona – al fine di conseguire un obiettivo determinato (*stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio* [c.vo mio], assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) – affida i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di altra persona». Ne deriva l'inquadramento della responsabilità precontrattuale *ex artt.* 1337 e 1338 c.c. nell'alveo della responsabilità contrattuale da “contatto sociale qualificato”, con la conseguenza di rendere applicabile la disciplina – più favorevole per il danneggiato – in proposito prevista⁶³⁵.

Ebbene, quest'ultimo orientamento, sebbene non accettato dalle sezioni unite dell'aprile 2017⁶³⁶, appare condivisibile.

Invero, con specifico riguardo all'ipotesi di inadempimento del dovere di valutare il merito creditizio, ciò che rileva è la violazione di un obbligo che, prim'ancora di essere imposto dalla legge, risponde ad un'esigenza di correttezza congenita al rapporto instauratosi tra le parti, a sua volta funzionale alla tutela dell'interesse del consumatore a stipulare un contratto adeguato alle sue esigenze e alla sua condizione economico-

costituiscono il rapporto obbligatorio come un “rapporto complesso”, le cui finalità di tutela non si riducono al solo interesse alla prestazione, definito dall'art. 1174 c.c., ma che ricomprendono anche l'interesse di protezione» di cui al successivo art. 1175 c.c.

⁶³⁴ Secondo Cass., sez. un., 25 novembre 2011, hanno natura contrattuale le controversie nelle quali l'attore allegghi la sussistenza di una regola di condotta, che assume essere stata violata, connessa ad una «relazione liberamente assunta tra le parti».

⁶³⁵ Sempre la citata Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, osserva come il notevole ampliamento dell'area di applicazione della responsabilità contrattuale trovi la propria giustificazione nella sempre più sentita esigenza di assicurare «a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti, poiché involgenti i loro beni e servizi (...), una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.». Esigenza che trova, peraltro, un fondamento costituzionale nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., il quale impone a ciascun soggetto di agire nel rispetto degli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di legge (sul punto cfr., *ex multis*, Cass. 10 novembre 2010, n. 22819; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. 25 novembre 2008, n. 28056; Cass. 6 agosto 2008, n. 21250; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273. Nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti, Trib. Pescara 14 giugno 2016, n. 1012; Trib. Lamezia Terme 13 maggio 2011; Trib. Catanzaro 13 gennaio 2011, tutte reperibili in *DeJure*).

⁶³⁶ V. nt. 93.

finanziaria. Risultato tuttavia disatteso a causa della condotta, contraria, oltre che alla buona fede, anche alla stessa professionalità del creditore⁶³⁷.

L'inquadramento della responsabilità precontrattuale nel modello della contrattuale si mostra peraltro coerente con l'obiettivo, perseguito da entrambe le direttive e, quindi, dai provvedimenti nazionali di recepimento, di assicurare ai consumatori un "elevato" livello di tutela posto, come detto, il più favorevole regime – rispetto a quello che connota la responsabilità aquiliana – contemplato dagli artt. 1218 ss. c.c.

A ben vedere, tuttavia, per ciò che attiene ai soli contratti di credito al consumo "ordinario", sembrerebbe percorribile un'ulteriore via, che nulla ha a che fare né con il rimedio risarcitorio, né con le misure invalidanti il contratto.

È lo strumento del recesso, riconosciuto al consumatore dall'art. 125 *ter*, comma 1°, t.u.b.⁶³⁸ Particolare importanza assume, ai fini che in tale sede rilevano/ai fini della presente indagine, l'inciso in forza del quale il termine per recedere dal contratto di credito, che è pari a 14 giorni, inizia a decorrere «dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'art. 125-*bis*, comma 1 [t.u.b.]» se queste sono state fornite in un momento successivo la conclusione del contratto⁶³⁹.

Ebbene, si è in precedenza osservato come della sostenibilità del credito il consumatore deve essere opportunamente e previamente (rispetto alla stipulazione del contratto) informato, in quanto condizione che concorre a qualificare il finanziamento e ne orienta la scelta. Militano a favore di tale assunto sia la lettura sistematica degli artt. 124, comma 5°, 124 *bis*, 125 *bis*, comma 1° e 125 *ter*, comma 1°, t.u.b., sia l'obiettivo di garantire al consumatore una scelta "informata" e "consapevole", caratteristiche, queste, che non possono prescindere dalla conoscenza, da parte del consumatore, della propria capacità di assolvere o meno gli impegni restitutori derivanti dal contratto.

Tanto premesso, quindi, nell'ipotesi in cui il finanziatore non ottemperi al proprio obbligo informativo e, dunque, non valuti il merito di credito del consumatore, o lo valuti scorrettamente o, ancora, malgrado l'esito negativo della valutazione, decida di erogare il credito senza "avvertirlo" della sua verosimile insostenibilità, il consumatore

⁶³⁷ Quello imposto ai soggetti che esercitano attività creditizia, per la natura stessa dell'attività svolta, è un obbligo di "alta diligenza", che si riconduce al comma 2° dell'art. 1176 c.c. Sul punto, nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Lazio 28 gennaio 2009, n. 3689; in appello, in senso conforme, Cons. Stato 23 dicembre 2010, n. 9329.

⁶³⁸ Un'analoga disposizione non è invece prevista dalla disciplina sul credito immobiliare.

⁶³⁹ Secondo quanto stabilito dall'art. 125 *bis*, comma 1°, t.u.b. «I contratti di credito sono redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge e contengono in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR. Una copia del contratto è consegnata al cliente».

potrebbe recedere dal contratto *ex art. 125 ter*, comma 1°, t.u.b. In tal caso, il termine dei 14 giorni inizierebbe a decorrere dal momento in cui egli ha contezza dell'impossibilità di rimborsare il credito concesso alle condizioni delineate nell'accordo. Ciò può accadere, ad esempio, con l'invio, da parte della banca, di sollecitazioni di pagamento di rate già scadute, ovvero in occasioni di colloqui informativi inerenti allo stato del finanziamento.

Senonché, al pari dell'annullamento, anche lo strumento del recesso comporta per il consumatore l'obbligo di restituire il capitale concesso e «gli interessi maturati fino al momento della restituzione, calcolati secondo quanto stabilito dal contratto» (cfr. art. 125 *ter*, comma 2°, lett. *b*). Conseguenze, queste, che di fatto potrebbero dissuadere il mutuatario dal ricorrere a tale diritto giacché verosimilmente interessato al mantenimento del credito, e non alla sua restituzione (si pensi, ad esempio, al caso in cui il prestito è stato impiegato per finanziare l'acquisto di uno specifico bene di consumo).

Dunque, un rimedio che, per quanto teoricamente configurabile, mal si concilierebbe con le esigenze e gli interessi del consumatore.

5. *Le sanzioni pubblicistiche. Il ruolo della Banca d'Italia.*

Parzialmente diverso è stato l'atteggiamento assunto dal legislatore nazionale in sede di definizione delle conseguenze pubblicistiche, quantunque previste per i soli casi di inadempimento verificatisi durante la stipulazione di un contratto di credito al consumo immobiliare, non anche ordinario (v. *infra*).

Invero, la violazione dell'art. 120 *undecies* t.u.b. comporta l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 144 t.u.b., pari ad un importo che oscilla tra gli € 30.000 e il 10% del fatturato annuo realizzato dall'intermediario⁶⁴⁰.

Tuttavia, come accennato, la mera inosservanza del precetto di condotta da parte del professionista non è di per sé sufficiente a rendere concretamente applicabile detta sanzione. È infatti necessario che l'infrazione rivesta altresì carattere *rilevante* secondo le previsioni a tal riguardo previste da Banca d'Italia, tenuto peraltro conto

⁶⁴⁰ Peraltro, se il vantaggio ottenuto dall'autore della violazione come conseguenza della stessa dovesse risultare superiore al previsto massimale, la sanzione amministrativa verrebbe elevata fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, sempreché questo possa essere determinato (cfr. comma 9, art. 144 t.u.b.). Tale norma sembra rispondere all'esigenza, palesata dal legislatore europeo (cfr. il 76° *considerando*, nonché l'art. 38 dir. 2014/17/UE), di prevedere misure sanzionatorie effettivamente idonee a dissuadere il professionista dal continuare a violare i precetti su di esso incombenti. Al riguardo, v. *amplius* nt. 51.

dell'incidenza che tale comportamento ha avuto sulla complessiva organizzazione dell'ente e sui connessi profili di rischio aziendali (comma 8°, art. 144 t.u.b.). In proposito, le disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, emanate da Banca d'Italia il 18 dicembre 2012, e successivamente modificate in data 3 maggio 2016⁶⁴¹, al par. 1.1., Sez. II, dettano i criteri da cui può essere desunta la rilevanza della violazione. A tal fine si devono considerare: (i) l'idoneità dell'infrazione a determinare significativi rischi reputazionali o legali; (ii) il carattere diffuso o sistematico della stessa in relazione all'articolazione territoriale o all'operatività del mercato; (iii) l'eventuale mancata ottemperanza a richiami o indicazioni dell'Autorità di Vigilanza; (iv) infine, l'inadeguatezza dei presidi organizzativi e di controllo adottati dall'intermediario per assicurare il rispetto della normativa in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni con la clientela.

È, dunque, in fin dei conti, la Banca d'Italia che in concreto stabilisce *se* irrogare o meno la prevista sanzione pecuniaria⁶⁴², decisione che, com'è evidente, poggia su criteri che non tengono affatto in considerazione l'entità del pregiudizio che il consumatore può subire a seguito di una scelta non informata né consapevole.

La normativa – secondaria – di attuazione, sembra così allontanarsi dalla volontà del legislatore europeo di assicurare «un livello elevato di protezione ai consumatori», anche attraverso la previsione di meccanismi interni idonei ad incentivare i professionisti ad agire nel miglior interesse della propria controparte.

Ma questo non è l'unico aspetto criticabile.

Invero, per quanto claudicante, una forma di tutela pubblicistica al consumatore che si appresta a concludere un contratto di credito immobiliare è comunque riconosciuta. Tutela che, all'opposto, non accompagna la violazione dell'art. 124 *bis* t.u.b. giacché non compresa tra le ipotesi previste dall'art. 144, comma 1°.

Dunque, a fronte dello stesso inadempimento, ciò che rileva ai fini della configurabilità o meno della sanzione pubblicistica è il tipo di contratto concluso dal consumatore, rispettivamente immobiliare ovvero ordinario.

⁶⁴¹ In *G.U.*, serie generale, n. 114 del 17 maggio 2016. Il nuovo provvedimento adegua la disciplina di vigilanza alle innovazioni introdotte in materia di sanzioni dalla dir. 2013/36/UE («CRD IV») e al nuovo assetto derivante dall'avvio del Meccanismo di vigilanza unico istituito dal reg. UE n. 1024 del 2013, che ha peraltro attribuito alcuni poteri sanzionatori alla Banca centrale europea.

⁶⁴² In ordine alla procedura sanzionatoria e alle diverse fasi in cui si articola, si veda la disciplina prevista dal par. 1, Sez. II, disposizioni di vigilanza.

La scelta adottata dal legislatore nazionale appare ancor più discutibile allorché si consideri che il recepimento della dir. 2014/17/UE avrebbe potuto essere l'occasione – purtroppo non colta – per estendere anche ai contratti di credito al consumo ordinari la sanzione prevista per il credito immobiliare, così da attribuire uniformità e coerenza (almeno) all'apparato sanzionatorio pubblicistico. In tal modo, e in conformità allo spirito di entrambi i provvedimenti europei, ad assumere rilevanza sarebbe stato il fatto stesso dell'inadempimento, nell'ottica di una tutela effettiva del consumatore, a prescindere dal tipo di contratto di fatto stipulato.

In generale, al fine di verificare il rispetto delle disposizioni – tutte – previste dal Titolo VI t.u.b. – e, di conseguenza, anche di quelle relative al credito ai consumatori, sia ordinario, sia immobiliare – sempre la Banca d'Italia può acquisire informazioni, atti e documenti, nonché eseguire ispezioni presso gli enti creditizi. Qualora, poi, all'esito di questi controlli, tale organismo accerti la sussistenza di talune irregolarità, allo stesso è riconosciuto il diritto di: *a)* inibire la continuazione dell'attività e imporre la restituzione delle eventuali somme indebitamente percepite; *b)* inibire specifiche modalità di offerta, promozione o conclusione di contratti di credito; *c)* sospendere, in via provvisoria, per un periodo non eccedente i 90 giorni, le attività di promozione ed erogazione del credito allorché sussistano ragioni di particolare urgenza; *d)* pubblicare, se del caso a cura e a spese dell'intermediario, i provvedimenti sanzionatori nel sito web della Banca d'Italia, ovvero disporre altre forme di pubblicazione (art. 128-ter t.u.b.).

Considerati tali poteri, da un lato, con riguardo al credito immobiliare, nell'ipotesi in cui la violazione dell'art. 120 *undecies* t.u.b. non dovesse assumere il carattere della rilevanza – rendendo così inapplicabile la sanzione amministrativa pecuniaria – la Banca d'Italia potrebbe quantomeno adottare una delle summenzionate misure; dall'altro lato, per ciò che invece attiene all'inadempimento dell'art. 124 *bis* t.u.b., attesa l'inapplicabilità della citata sanzione pecuniaria, l'adozione di uno di tali provvedimenti risulterebbe, di fatto, l'unico rimedio esperibile.

5.1. Segue: e la possibile incidenza della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Il vuoto normativo creato dal legislatore italiano potrebbe trovare soluzione nella disciplina sulle pratiche commerciali sleali di cui alla dir. 2005/29/CE⁶⁴³, attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146⁶⁴⁴, che ha a sua volta novellato il codice del consumo introducendo nella Parte II (“Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità”), il Titolo III, rubricato, per l’appunto, “Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali”, artt. da 18 a 27 *quater*⁶⁴⁵.

Tali disposizioni si applicano a *tutte* le “pratiche commerciali”⁶⁴⁶ poste in essere dai professionisti al fine di promuovere le conclusioni di contratti per l’acquisto di “prodotti”⁶⁴⁷ destinati ai consumatori ovvero alle microimprese⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Tale direttiva è stata ampiamente commentata. Si richiamano, tra gli altri, AA.VV., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007; E. GUERINONI, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010.

Nella letteratura straniera, AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. Weatherill e U. Bernitz, Oxford, 2007; G. HOWELLS, H.W. MICKLITZ e T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2006; J. STUYCK, E. TERRYIN e T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 107 ss.; F. GOMES, *The Unfair Commercial Practices Directive. A Law and Economics Perspective*, in *European Review Contract Law*, 2006, p. 171 ss.; B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*; Oxford, 2011; E. TERRYIN e D. VOINOT, *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, Larcier, 2012.

⁶⁴⁴ Tra i primi commentatori della normativa di recepimento cfr. AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo: il recepimento della direttiva 2005/29/ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008; A.C. TUVERI, *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1830 ss.; S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1460 ss.; A.M. GAMBINO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, p. 193 ss.; L.G. VIGORITI, *Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 521 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1188 ss.

⁶⁴⁵ In origine, il Titolo III conteneva la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa, e in particolare le disposizioni di recepimento della dir. 1984/450/CEE, così come modificata dalla dir. 1997/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, applicabili a qualsiasi messaggio pubblicitario, a prescindere sia dalla natura, professionale ovvero privata, della destinazione del bene o del servizio oggetto del messaggio, sia dalle caratteristiche dei destinatari dello stesso.

La dir. 1984/450 è stata a sua volta abrogata e sostituita dalla dir. 2006/114/CE, le cui disposizioni si trovano ad oggi inserite nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145.

⁶⁴⁶ Cfr. art. 18, lett. d, c.cons., che definisce pratica commerciale «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto».

⁶⁴⁷ Per prodotto si intende «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni» (cfr. art. 18, lett. c, c.cons.).

⁶⁴⁸ Ai sensi dell’art. 18, lett. d-bis, c.cons., le microimprese sono «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 3, dell’allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003» L’applicabilità della disciplina in commento alle microimprese è espressamente prevista dall’art. 19, comma 1°, c.cons.

Dunque, una portata generale, giacché investe tutte le pratiche commerciali⁶⁴⁹, analogamente a quanto accade con riguardo alla disciplina sulle clausole vessatorie, ma con la differenza che quella in materia di pratiche commerciali scorrette, oltre che ai contratti c.d. *B2C*, si applica anche ai contratti conclusi tra professionisti e microimprese⁶⁵⁰.

Inoltre, ha natura “sussidiaria”: qualora negli ordinamenti nazionali vi siano normative *ad hoc* che disciplinano aspetti specifici di determinate tipologie di pratiche commerciali, ovvero hanno ad oggetto pratiche commerciali rivolte a specifiche categorie di beni o servizi o, ancora, poste in essere mediante l’uso di particolari mezzi di comunicazione, la disciplina generale cede il posto a quella speciale⁶⁵¹.

«Le pratiche commerciali scorrette sono vietate», così esordisce l’art. 20 c.cons.

Ma cosa si intende per scorrettezza?

Ebbene, il ruolo del professionista o, più correttamente, il suo comportamento, da un lato, e il “tipo” di consumatore cui il prodotto oggetto dell’operazione economica è rivolto, dall’altro lato, concorrono, insieme, a fornire la risposta al citato quesito.

Invero, relativamente al primo aspetto, una pratica commerciale è scorretta «se è contraria alla diligenza professionale»; per ciò che attiene al secondo profilo, se è falsa o comunque «idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio» (cfr. art. 20, comma 2°, c.cons.).

Volendo analizzare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai fini che in tale sede rilevano e, quindi, con riguardo al settore del credito al consumo e del credito immobiliare, si potrebbe osservare come la condotta del professionista che concede credito senza previamente verificare la capacità solutoria del debitore, ovvero senza avvertirlo della verosimile insostenibilità del finanziamento, si presti ad un giudizio e di contrarietà alla diligenza del *bonus argentarius*, e di idoneità ad orientare il

⁶⁴⁹ F. TOSCHI VESPASIANI, *Sub art. 17*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 117, parla di disciplina di tipo “orizzontale” in quanto indipendente dalle caratteristiche, dai contenuti dei contratti, dalla natura e della destinazione dei beni o dei servizi cui si riferiscono.

⁶⁵⁰ Appare tuttavia necessaria una precisazione.

Invero, non tutte le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese sono tali da rendere applicabili gli artt. 20 ss. c.cons. È necessario infatti distinguere a seconda che la pratica commerciale sia o meno idonea ad essere considerata come “pubblicità” ai sensi dell’art. 2. lett. a, d.lgs. n. 145/07. In tal caso, trovano applicazione soltanto gli artt. 24-26 c.cons., concernenti le pratiche commerciali aggressive (di cui *infra* nel testo), e non le norme sulle pratiche ingannevoli (v. *infra* nel testo) giacché l’ingannevolezza del messaggio pubblicitario, in quanto destinato non a consumatori ma a professionisti, in tanto va valutata alla luce degli artt. 2, lett. b, e 3 d.lgs. n. 145/07, che reca la disciplina “speciale” della pubblicità ingannevole indirizzata in via esclusiva a destinatari “professionisti”.

All’opposto, nell’ipotesi in cui la pratica commerciale non si presta ad essere considerata come pubblicità, gli artt. 20-27 c.cons. trovano integrale applicazione.

Sul tema, e sui profili problematici che l’inclusione delle microimprese tra i destinatari della disciplina pone, si rimanda a G. DE CRISTOFARO, *Sub art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 136 ss.

⁶⁵¹ Cfr. F. TOSCHI VESPASIANI, *op. loc. ult. citt.*

consumatore verso una scelta che non avrebbe altrimenti preso, *rectius* la conclusione del contratto.

A tutti gli effetti, dunque, una pratica commerciale scorretta.

Il tema non è risultato indifferente all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, AGCM o “Autorità”), che ha adottato scelte interpretative di assoluto rilievo in relazione ad entrambi i citati elementi costitutivi della scorrettezza della pratica commerciale nel settore creditizio.

5.1.1. Segue: *la diligenza professionale del creditore.*

All’attività di erogazione del credito conseguono rischi specifici in capo ad entrambe le parti contraenti: all’ente creditizio quale soggetto che (per lo meno inizialmente) si assume il rischio dell’insolvenza del debitore; al consumatore giacché l’incapacità di restituire il prestito ne peggiora la (già compromessa) condizione economica.

Dunque, un rischio sia interno allo stesso sistema bancario, che si traduce nel dovere dell’intermediario di rispettare le complesse normative poste a presidio del corretto andamento dell’attività bancaria e, quindi, della stabilità dello stesso sistema; sia esterno, giacché inerente ai rapporti con la clientela e al dovere di comportarsi secondo correttezza.

Ebbene, volendo prescindere dall’analisi della diligenza professionale interna, il cui mancato rispetto determina l’applicazione delle sanzioni amministrative previste dalla disciplina di settore nei confronti sia del singolo funzionario inadempiente, sia dell’ente che ha mancato di vigilare sul suo (non) corretto operato, si intende porre l’attenzione sulla relazione diligenza professionale/erogazione di un finanziamento insostenibile e sulle condizioni che devono essere rispettate per impedire un giudizio di scorrettezza della pratica.

In più occasioni si è avuto modo di rilevare come, di norma, il consumatore si trovi in una posizione di svantaggio cognitivo rispetto al finanziatore poiché incapace di “decifrare”, da solo, le informazioni che gli vengono fornite. Il rischio è quello di concludere un contratto senza avere debita contezza del prodotto o del servizio acquistato; una scelta né libera, né tanto meno consapevole.

Un simile *gap*, in un rapporto di credito al consumo, sia esso ordinario ovvero immobiliare, attese le peculiarità del “prodotto” che ne costituisce l’oggetto, ha quale ulteriore conseguenza quella di non permettere al consumatore di conoscere tutte le

conseguenze, specie quelle negative, correlate all'erogazione del credito. Invero, gli effetti che ne derivano, lungi dal terminare con la conclusione del contratto (così è, ad esempio, per l'acquisto di un qualsiasi bene di consumo), sono destinati a prolungarsi nel tempo, così vincolando il consumatore ad un impegno finanziario per un arco temporale medio-lungo (si pensi, a titolo esemplificativo, ad un contratto di mutuo di durata ventennale). Ne deriva che il consumatore, ai fini della propria scelta, deve essere messo nelle condizioni di sapere quali potrebbero essere le implicazioni derivanti dall'erogazione di un finanziamento, presupposto imprescindibile per la salvaguardia dei suoi interessi.

Sulla scorta di tali rilievi e, si ritiene, senza peccare di eccessivo paternalismo, l'Autorità, nel precisare il tipo di diligenza che si può esigere dagli enti creditizi, ha fatto leva sull'idoneità (o meno) della stessa a *proteggere* i consumatori e, con essi, i loro interessi, dai rischi correlati all'asimmetria che caratterizza la relazione di credito⁶⁵². Dunque, una diligenza, che non è, né deve essere, confinata all'interno di regole circostanziate; all'opposto, una diligenza parametrata alle caratteristiche del caso concreto, e che a questo si deve adattare.

Tale assunto sembra trovare conferma nella definizione che viene data dallo stesso c.cons. all'art. 18, lett. *h*: la diligenza professionale «è il *normale* grado della *specificata competenza ed attenzione* che *ragionevolmente* i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di *correttezza* e di *buona fede* nel settore di attività del professionista»⁶⁵³.

Principi generali e concetti elastici che, oltre ad adattare la diligenza professionale al settore di mercato di volta in volta considerato (manifestazione, questa, della portata orizzontale della disciplina), permettono anche – e soprattutto – di conformare la prestazione del professionista alla natura dell'attività esercitata e alle caratteristiche della pratica commerciale utilizzata, tenendo conto delle peculiarità del caso e degli interessi perseguiti dal consumatore con la stipulazione del contratto⁶⁵⁴.

⁶⁵² Nell'intervento all'ABI, Dimensione Cliente 2010, "La Customer Experience nel mercato retail", Roma 25 e 26 marzo 2010, L. FIORENTINO, *Autorità Garante e tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario*, reperibile all'indirizzo www.agcm.it/component/joomdoc/notizie/Intervento_ABI...Fiorentino.../download.html, parla di un vero e proprio "dovere di soccorso" nei confronti del cliente, che gli istituti bancari dovrebbero osservare nelle varie fasi del rapporto creditizio.

⁶⁵³ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lg. n.146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/Ce*, cit., p. 1188, osserva come tale definizione non sia esattamente rispondente a quella contenuta nella direttiva comunitaria. *Contra*, M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale: riflessioni introduttive*, reperibile al sito www.orizzontideldirittocommerciale.it. Per una puntuale ricognizione della definizione si veda MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, p. 257.

⁶⁵⁴ Si esprime in tali termini anche E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 108.

Tanto premesso, volendo ora indagarne i risvolti applicativi con specifico riguardo al settore bancario, è stata qualificata contraria alla diligenza professionale e, quindi, scorretta, l'attività del creditore che si mostri idonea ad orientare le scelte del consumatore «in direzione diversa dai suoi interessi e dagli obiettivi perseguiti dal legislatore»⁶⁵⁵.

Ora, volendo applicare tale affermazione di principio al caso che ci occupa, appare quasi scontato osservare come l'intermediario che eroghi il finanziamento senza previa verifica del merito di credito del mutuatario, ovvero non osservi il dovere di avviso sullo stesso gravante tenga una condotta contraria e agli interessi del consumatore e agli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo del 2008 e del 2014. E questo in quanto non può certamente dirsi confacente agli interessi del consumatore il comportamento *omissivo* del creditore (sul punto, v. par. 5.1.3.), che così (non) operando lo induce ad assumere obbligazioni esorbitanti le proprie risorse economiche, o per lo meno non si attiva (come dovrebbe) per impedire che ciò accada. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo agli obiettivi perseguiti dal legislatore, europeo, prima, nazionale, poi. Basti considerare che uno degli obiettivi di entrambe le direttive è quello di assicurare un "elevato" livello di tutela a tutti i consumatori dell'Unione, assicurando loro una scelta informata e consapevole ed evitando pratiche di concessione irresponsabile del credito.

Milita a favore di tale ricostruzione il particolare indirizzo inaugurato dal Garante in merito al concetto di professionista e al ruolo che lo stesso assume nella contrattazione con il consumatore. Segnatamente, benché sia presente una pratica commerciale sleale, il professionista non può essere considerato destinatario del relativo provvedimento sanzionatorio nell'ipotesi in cui non abbia concorso attivamente nella determinazione della scorrettezza e «soprattutto non possa, al fine di tutelare i consumatori, in alcun modo evitare o limitare il prodursi della scorrettezza stessa»⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ Cfr. PS1130, *Intesa San Paolo – Cancellazione ipoteca*, provvedimento 20186, in Boll. 3372009, in cui l'istituto di credito ha consigliato alla propria cliente di rivolgersi ad un notaio a proprie per ottenere la cancellazione dell'iscrizione dell'ipoteca gravante sul proprio immobile, anziché attivare la procedura semplificata prevista dall'art. 13 d.l. "Bersani bis", sulla scorta dell'informazione, falsa, dell'inapplicabilità di tale disposizione al caso di specie. Ancora, in materia di cancellazione ipotecaria, e per le stesse motivazioni, PS1481B, *BNL – Cancellazione ipoteca – Rideterminazione della sanzione*, provvedimento n. 22075.

⁶⁵⁶ PS/86, *SMS Messaggi in segreteria – 899 Da Contattare*, provvedimento 19087, Boll. 41/2008. Il caso riguardava una pratica scorretta consistente nell'invio di SMS a numerose utenze telefoniche mobile i cui utenti venivano invitati a contattare, mediante numeri di telefonia fissa, il prefisso 899, e questo al fine di ascoltare presunti messaggi personali lasciati nella segreteria telefonica. In realtà, non appena il prefisso veniva digitato, si attivava sull'utenza telefonica un servizio di messaggistica a pagamento di € 15 per ciascuna chiamata effettuata verso le numerazioni a loro volta riportate negli SMS ricevuti.

Ebbene, tra i diversi professionisti coinvolti, (gestori di telefonia mobile, assegnatari delle numerazioni indicate negli SMS, coloro che inviavano gli SMS agli utenti), proprio i gestori di telefonia mobile non venivano compresi tra i destinatari del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM in quanto non avevano contribuito attivamente alla

Dunque, argomentando a contrario è possibile evincere che laddove il professionista svolga un ruolo attivo nel prodursi della scorrettezza e specialmente *possa o debba* attivarsi per evitarla o quanto meno limitarla, il giudizio di responsabilità al medesimo ascrivibile si pone quale logica conseguenza della violazione di quella richiesta diligenza professionale che – ragionevolmente – ci si aspettava osservasse.

La concessione di un finanziamento che si rivela insostenibile per il consumatore, sempreché – preme precisarlo – questo sia l’esito della mancata verifica della capacità solutoria del consumatore, ovvero della decisione di stipulare il contratto nonostante gli esiti negativi della verifica, può essere qualificata quale condotta contraria alla diligenza professionale propria di un istituto bancario da un duplice punto di vista.

Anzitutto, il dovere di valutare la capacità del consumatore di adempiere gli obblighi restitutori derivanti dal contratto di credito, prim’ancora che norma di comportamento, è, come visto, espressione del più generale principio di buona fede contrattuale. Rilievo, questo, che in armonia con quanto positivamente prescritto dall’art. 18, lett. *h*, c.cons. nella parte in cui si riferisce ai «principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista»⁶⁵⁷, già di per sé legittima l’interprete a giudicare contrario alla diligenza professionale la condotta inadempiente del creditore. Impostazione, questa, preme ricordarlo, fatta propria anche dall’Arbitro Bancario e Finanziario, che ha evidenziato come l’innegabile discrezionalità tecnica del creditore non ne fa venire meno l’obbligo di esercitarla nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede (cfr. par. 4.2).

Il secondo profilo, non meno importante, che merita attenzione fa leva sulla circostanza che vede il dovere di verifica in questione quale standard di comportamento positivamente imposto da una disposizione di settore (artt. 124 *bis* e 120 *undecies* t.u.b.). Tale rilievo, benché ad una prima impressione possa sembrare privo di pregio, assume particolare importanza allorché si consideri che l’Autorità, al fine di stabilire se una pratica possa o meno essere considerata contraria alla “diligenza professionale” e, quindi, vietata, acclara se la stessa trovi o meno rispondenza in un obbligo giuridico specificamente previsto dalle norme regolanti il settore di attività di volta in volta

determinazione della pratica, né potevano in alcun modo intervenire per porvi fine giacché non era loro concesso un controllo diretto sul contenuto degli SMS ricevuti dagli utenti.

⁶⁵⁷ In proposito, G. DE CRISTOFARO *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lg. n.146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/Ce*, cit., pp. 1092 e 1093, rileva come i principi generali di correttezza e buona fede di cui alla norma consumeristica rappresentano i parametri da applicare per individuare il livello di competenza, cura e attenzione che si può mediamente pretendere nel settore di attività del professionista. Di conseguenza, il livello così individuato deve essere rispettato dallo stesso professionista nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori: solo così può dirsi osservata la diligenza professionale lui imposta.

considerato. Ne deriva che «la violazione di norme settoriali è considerata anche violazione della diligenza professionale»⁶⁵⁸. E il dovere di verifica del merito creditizio è norma contenuta nel t.u.b.

Le peculiarità dell'attività creditizia e la natura degli interessi coinvolti hanno visto l'intervento anche della giurisprudenza amministrativa che con quella ordinaria ne ha condiviso l'idea secondo cui quello che grava sugli istituti di credito è un obbligo di "elevata" diligenza, che deve essere valutato alla stregua «delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono e/o impongono»⁶⁵⁹. Dunque, e a conferma di quanto più sopra rilevato, una diligenza che mal si concilia con l'individuazione di astratte regole predeterminate il cui rispetto rende "diligente" il comportamento dell'operatore creditizio; all'opposto, una diligenza che deve avere riguardo alle peculiarità della vicenda negoziale, agli obblighi giuridici gravanti sull'operatore commerciale, nonché al complesso delle conoscenze al medesimo riferibili⁶⁶⁰.

Questo il contesto, appare allora evidente come sia, da una parte, la mancata verifica del merito creditizio del consumatore, sia, dall'altra parte, la decisione di erogare il credito nonostante la verifica condotta abbia sortito esiti negativi, pur in assenza di uno specifico dovere di astensione del finanziatore, integrino condotte «di sicura contrarietà alle norme della diligenza professionale»⁶⁶¹ pretesa dal modello del *bonus argentarius*.

Un aspetto problematico che si potrebbe profilare in un'operazione di credito al consumo riguarda l'incidenza che assume l'attività svolta dall'intermediario coinvolto nella relazione creditizia ai fini della valutazione della diligenza professionale del finanziatore.

In altri termini è il problema dell'attribuzione al creditore di una pratica posta in essere non direttamente, bensì per il tramite di altri soggetti, anche autonomi (qual è l'intermediario), ai quali ricorra nello svolgimento della propria attività⁶⁶².

⁶⁵⁸ Così, V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore credito e assicurazioni»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2011, p. 350, che richiama una riflessione propria di A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 204, la quale tuttavia ha cura di precisare che l'osservanza delle norme settoriali non esaurisce l'assolvimento degli obblighi riconducibili alla diligenza professionale. Come visto, infatti, concorrono a determinare il contenuto di detta diligenza anche gli obblighi inscindibilmente connessi ai principi di buona fede e correttezza contrattuale, avuto riguardo alle peculiarità e dell'attività esercitata e del singolo caso concreto.

⁶⁵⁹ Tar Lazio 28 gennaio 2009, n. 3689, confermata da Cons. Stato 23 dicembre 2010, n. 9329, entrambe in *DeJure*.

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

⁶⁶¹ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., p. 274.

⁶⁶² Rileva il problema, V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore credito e assicurazioni»*, cit., pp. 357 e 358.

Ci si intende con ciò riferire all'intermediario che, in quanto non positivamente tenuto a valutare il merito creditizio del consumatore, si limita a prendere atto delle informazioni dal medesimo fornite, senza preoccuparsi di vagliarne la veridicità o la completezza, ovvero manchi di compiere gli accertamenti necessari per tratteggiare la situazione economica del mutuatario⁶⁶³. In siffatti casi, l'Autorità, lungi dall'individuare nel comportamento dell'ausiliario una causa idonea a giustificare la pratica del creditore, che, fidandosi dell'operato e della – presunta – correttezza dell'intermediario, stipuli il contratto di credito senza verificare la reale condizione della controparte, ne riconosce la responsabilità per omesso controllo e per mancata vigilanza sull'attività dell'intermediario⁶⁶⁴. Dunque, una responsabilità che, volendo trovare un equivalente nella disciplina generale delle obbligazioni, può dirsi analoga a quella di cui all'art. 1228 c.c., con la rilevante differenza, tuttavia, che nel primo caso al creditore è riconosciuta la prova liberatoria con cui dimostrare che nessuna colpa può essere a lui addebitata (ad esempio perché, pur chiedendo chiarimenti sia all'intermediario, sia al consumatore in merito alle informazioni da quest'ultimo fornite, entrambi hanno mantenuto un comportamento reticente).

Epperò detta contrarietà, sia essa il risultato di una condotta direttamente posta in essere dal creditore, sia essa l'esito di una *culpa in vigilando*, non è di per sé sola sufficiente a determinare un giudizio di scorrettezza della pratica e, con essa, l'intervento sanzionatorio dell'Autorità. È infatti necessario che la condotta del professionista sia idonea «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore» (art. 20, comma 2°, c.cons.).

5.1.2. Segue: *l'idoneità a falsare il comportamento, rectius la scelta creditizia del consumatore "medio"*.

L'AGCM, d'accordo con quanto previsto dalla disciplina positiva, ha subordinato il giudizio di scorrettezza della pratica alla sua idoneità a falsare le scelte economiche del "consumatore medio", che senza quella pratica non avrebbe preso la decisione invece assunta.

Anzitutto preme rilevare come non tutte le pratiche potenzialmente idonee ad alterare le scelte del consumatore sono suscettibili di un giudizio di scorrettezza. Riprendendo la definizione data dall'art. 20, comma 2°, c.cons. è necessario la pratica incida «in

⁶⁶³ Sul punto, si rimanda alle riflessioni svolte al Cap. II, par. 8.

⁶⁶⁴ PS2316/09 *Euro Fiditalia – Omessa indicazione TAN e TAEG*; in campo assicurativo, PS537/10 *INA Assitalia – Polizze assicurative*.

misura apprezzabile»⁶⁶⁵ sulle scelte del consumatore. Ciò significa che la sua capacità di prendere una decisione consapevole deve venire “sensibilmente” alterata, «inducendolo a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (cfr. art. 18, lett. e, c.cons.).

È stato osservato⁶⁶⁶ come il giudizio di idoneità o meno della pratica ad alterare il comportamento del consumatore non richieda che la stessa alteri, di fatto, la sua decisione; all’opposto, è sufficiente che in astratto, da un punto di vista meramente oggettivo, la pratica si mostri idonea a tale scopo. Non importa, dunque, l’esito finale; ciò che conta è la potenziale capacità di raggiungerlo.

Tanto premesso, si tratterà allora di valutare, mediante un giudizio *ex ante*, l’incidenza che la pratica potrebbe verosimilmente avere sui soggetti ai quali è destinata, tenendo debitamente conto, oltre che delle loro caratteristiche, anche di quelle della pratica stessa⁶⁶⁷.

Rimanendo nell’ambito delle distinzioni inerenti al profilo oggettivo e soggettivo implicati nella valutazione in oggetto, appare opportuno stabilire se requisito necessario per giudicare scorretta e, quindi, vietata, una pratica commerciale sia l’esistenza in capo al professionista della precipua intenzione di alterare la decisione economica del consumatore; ovvero sia sufficiente che la condotta dell’operatore in sé sia solo oggettivamente capace di influenzarne la scelta, a prescindere dal suo fine ultimo.

Quest’ultima soluzione appare preferibile. E ciò tanto da un punto di vista del dato letterale, quanto da quello sistematico.

Con riguardo al primo aspetto, la formulazione italiana della norma in commento (al pari di quella francese⁶⁶⁸), a differenza di altre (quali quella inglese o spagnola⁶⁶⁹) non è concepita in termini finalistici: è la pratica, in sé e per sé considerata, che deve essere

⁶⁶⁵ L’art. 5, par. 1, della direttiva utilizza il termine “rilevante” quale misura per indagare l’idoneità della pratica a falsare il comportamento del consumatore. Cionondimeno si ritiene che a tale differenza terminologica non conseguano implicazioni sul piano pratico-applicativo. Milita a favore di tale assunto la circostanza che vede nell’art. 18, lett. e, c.cons., che precisa cosa si debba intendere con l’espressione «falsare in misura *rilevante* il comportamento economico del consumatore». Com’è chiaro il legislatore del recepimento ha qui utilizzato l’aggettivo “rilevante”, proprio della direttiva.

Contra E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, cit., p. 110, ad avviso del quale l’aggettivo «“apprezzabile” appare più restrittivo di “rilevante”». Ne deriverebbe un innalzamento del livello di tutela previsto dalla direttiva.

⁶⁶⁶ Il riferimento è a E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁶⁷ E. GUERINONI, *op. loc. citt.*, evidenzia come tale giudizio, che definisce fattuale, non sia sempre agevole, «almeno in tutti quei casi in cui la pratica non sia riconducibile alle pratiche considerate *in ogni caso* aggressive o ingannevoli».

⁶⁶⁸ «Utilisation d’une pratique commerciale compromettant sensiblement (...)»

⁶⁶⁹ «Using a commercial practice to appreciably *impair* the consumer’s ability (...)»; «utilizar una práctica comercial *para mermar* de manera apreciable la capacidad del consumidor (...)».

idonea ad alterare il comportamento economico del consumatore. Nessun riferimento è fatto al professionista e alle sue intenzioni.

Per ciò che attiene al secondo profilo, se si ha riguardo alla “tipologia” delle pratiche scorrette, si può notare come il legislatore italiano subordini la configurabilità di una pratica “ingannevole” all’oggettiva idoneità dell’azione ovvero dell’omissione ad indurre in errore il consumatore; influente è lo scopo del professionista.

Dunque, ai fini di una coerenza normativa e sistematica di disciplina, appare possibile concludere nel senso della rilevanza della scorrettezza (anche) colposa⁶⁷⁰.

Già sulla base di tali prime riflessioni, nulla sembrerebbe impedire di ravvisare i connotati di una pratica commerciale scorretta nel comportamento del finanziatore che concede credito senza previamente valutare il merito creditizio del consumatore, ovvero lo concede nonostante l’esito negativo della verifica e mancando di assolvere al correlato obbligo di avviso.

Invero, attesa la condizione di forte squilibrio esistente tra i contraenti, non appare fuori luogo sostenere che dette condotte – omissive (v. *infra* par. successivo) – con tutta probabilità andranno ad incidere sulla scelta del consumatore, nel senso di distorcere la percezione della sua situazione economica e, in ultima istanza, indurlo a stipulare il contratto (ragionevolmente il consumatore potrebbe pensare che il finanziatore, che è o, più correttamente, dovrebbe essere il primo interessato ad erogare credito ad un soggetto solvibile, in tanto gli concede il finanziamento, in quanto lo ritiene un soggetto economicamente meritevole).

Questo l’esito, non sembra allora azzardato affermare che l’inadempimento del creditore incide – negativamente – sul grado di consapevolezza del mutuatario in ordine alla scelta che si trova ad effettuare e, soprattutto, agli effetti che ne conseguiranno. E questo perché soggetto privo delle conoscenze e degli avvertimenti necessari per capire se il finanziamento proposto sia davvero confacente alle sue esigenze e alla sua condizione economica.

Dunque, sia nel caso in cui il consumatore travisi la realtà dei fatti (ad esempio perché creda che la concessione del finanziamento consegua alla previa valutazione della sua solidità economica), sia quello in cui non disponga di tutte le informazioni necessarie per comprendere l’entità dell’impegno finanziario che intende assumere, può dirsi

⁶⁷⁰ Così anche G. DE CRISTOFARO, *sub* art. 20 c.cons., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 159.

sottratta la possibilità per lo stesso di scegliere con cognizione di causa, prendendo decisioni “informate” e, per l'appunto, “consapevoli”.

Anche, e soprattutto, in questo senso la condotta del creditore deve giudicarsi scorretta e, quindi, vietata alla luce dell'art. 20, commi 1° e 2°, c.cons. In proposito appare infatti opportuno precisare che il legislatore considera scorrette solo quelle pratiche potenzialmente idonee ad incidere sulla capacità del consumatore di prendere una «decisione consapevole»⁶⁷¹. Non, dunque, qualsiasi pratica che alteri qualsiasi scelta. E, si aggiunge, di un qualsiasi consumatore.

Invero, l'art. 20, comma 2°, c.cons. si riferisce al consumatore “medio”.

Sul tema tanto è stato scritto dalla dottrina⁶⁷², così come numerose sono state le pronunce della Corte di giustizia⁶⁷³, la cui interpretazione è stata condivisa dal legislatore della dir. 2005/29/CE, il cui 18° *considerando*⁶⁷⁴ precisa che il consumatore

⁶⁷¹ Sul tema, v. G. DE CRISTOFARO, *sub* art. 20, cit., p. 159, il quale evidenzia che un problema di scorrettezza della pratica non si pone nei confronti di quelle condotte che, non alterando la correttezza e la completezza delle informazioni di cui il consumatore dispone o dovrebbe disporre, incidono soltanto sulla sua libertà di scelta o di comportamento, limitandola. Invero, in tal caso non verrebbe compromesso il livello di consapevolezza del consumatore, bensì soltanto il «grado di libertà, autonomia e spontaneità» delle sue decisioni. Ne deriva che tali pratiche, a meno di non essere ricomprese nella c.d. “lista nera” di cui all'art. 26 c.cons., ovvero qualificate come “aggressive” a norma dell'art. 24 c.cons., non «possono mai essere considerate scorrette» ai sensi dell'art. 20, comma 2°, c.cons.

⁶⁷² Si richiamano, tra gli altri, M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2016, p. 19 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.; C. MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, p. 293 s.; C. PONCIBÒ, *La nozione di consumatore medio*, in *www.personaedanno.it*, 23 febbraio 2008; C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 700 ss. G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in ID. (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., p. 137 s.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2010, p. 549.

⁶⁷³ Cfr. *ex multis*, in materia di marchi di impresa, Corte giust. 12 febbraio 2004, causa C-218/01, *Henkel KGaA*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 130; Corte giust. 6 maggio 2003, causa C-104/01, *Libertel Groep BV c. Benelux-Merkenbureau*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 33 ss., con nota di TAVOLARO; Corte giust. 22 giugno 1999, in causa C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer GmbH c. Klijsen Handel B V*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 317 ss., con nota di FOGLIA; Corte giust. 2 febbraio 1994, in causa C-315/92, *Verban Sozialer Wettbewerb c. Soc. Clinique Laboratoires*, in *Racc.*, p. I-317.

In materia di pubblicità ingannevole e comparativa, si vedano le sentenze 19 aprile 2007, causa C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Cliquot Ponsardin SA*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 386, con nota di FUSI, punto 22; 19 settembre 2006, causa C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co KG c. Etablissement Franz Colruyt NV*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 458, con nota di ROSSI, punto 55; 16 gennaio 1992, causa C-373/90, X, in *Racc.* p. I-131, punti 15 e 16.

Con riguardo alla normativa sulla commercializzazione di peculiari e specifiche categorie di prodotti, cfr. le sentenze 24 ottobre 2002, causa C-99/01, *Linhart c. Biffl*, in *Racc.* p. I-9375, punto 31 e 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 170, punti 27 ss., in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità di prodotti cosmetici; nonché la sentenza 16 luglio 1998, causa C-210/96, *Gut Springenheide e Tuský c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Amt für Lebensmittelüberwachung*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 71, punti 31 ss., relativa al reg. CE in materia di commercializzazione di uova.

Per ciò che attiene alla giurisprudenza successiva, e con specifico riguardo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, cfr. Corte giust. 12 maggio 2011, causa C-122/10, *Ving*, ove i giudici di Lussemburgo hanno confermato l'idea di consumatore medio di cui alle precedenti pronunce, e poi recepita nel 18° considerando della dir. 2005/29.

⁶⁷⁴ Nella proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003, la definizione di consumatore medio era contenuta nell'articolato normativo della stessa, e precisamente nell'art. 2, lett. b.

Sulle implicazioni derivanti dalla scelta, nella versione finale della direttiva, di relegare la citata definizione nel 18° *considerando* e, soprattutto, sulla vincolatività o meno dello stesso, si rimanda alle considerazioni di G. DE

medio è «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia (...)», avendo tuttavia cura di aggiungere che detta nozione «non è statistica».

Dunque, ad una prima impressione, il parametro di riferimento assunto dal legislatore europeo non sembra essere il modello del consumatore debole e sprovveduto, come tale privo delle conoscenze necessarie per prendere una decisione ponderata e incapace di comprenderne le conseguenze; all'opposto, un consumatore critico e, per l'appunto, consapevole, in grado di decifrare e valutare, anche criticamente, le informazioni che gli vengono fornite e, conseguentemente, compiere le scelte maggiormente rispondenti ai propri interessi.

Un *homo oeconomicus* della tradizione neoclassica, che in quanto «normalmente informato» è innanzitutto capace di procurarsi i dati necessari per prendere decisioni consapevoli, sempreché, resta inteso, tali dati possano essere agevolmente reperiti, vale a dire senza imporre al consumatore sforzi sproporzionati al livello di diligenza (medio) dallo stesso esigibile.

In secondo luogo, un consumatore «ragionevolmente attento ed avveduto», che sottopone a vaglio critico le informazioni acquisite di modo da assumere una decisione, oltre che informata e consapevole, anche e soprattutto *razionale*.

L'idea – neoclassica – è quella del consumatore *razionale*, il quale, in quanto dotato di ragione, in tanto è in grado di compiere la scelta migliore per lui.

Ora, senza volersi addentrare in quella che è materia degli economisti e dei sociologi del diritto, per i fini che in tale sede rilevano, ci si limita ad osservare come non sempre il consumatore è nelle condizioni di prendere decisioni razionali e, quindi, per lui convenienti. E questo perché influenzato da limitazioni cognitive (c.d. *cognitive biases*, cfr. anche Cap. II, par. 6) «dalle quali discenderebbero comportamenti marcatamente devianti rispetto a scelte razionalmente orientate a massimizzare l'utilità attesa»⁶⁷⁵.

D'altro canto, anche il legislatore europeo, sembra essere consapevole dell'inadeguatezza di una disciplina che confini la nozione di “consumatore medio” entro parametri rigidi e prefissati, come tali incapaci di adeguarsi alle circostanze del caso concreto. Per questo motivo, è necessario, da un lato, tenere debitamente conto dei fattori sociali, culturali e linguistici che verosimilmente influenzano – spesso in modo negativo – le scelte del consumatore; dall'altro lato, sapere vi sono dei consumatori «che

CRISTOFARO, *sub* art. 20, cit., p. 160, nonché di M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, cit., p. 30, nt. 22.

⁶⁷⁵ M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, cit., p. 21.

per le loro caratteristiche risultano *particolarmente vulnerabili* alle pratiche commerciali sleali» (così, 18° *considerando*).

Ciò che ne consegue è, dunque, una valutazione che, lungi dall'essere statica (oltre che statistica⁶⁷⁶), *segue* il caso concreto, indagando le peculiarità sia del settore cui la pratica si riferisce, sia del consumatore ovvero del gruppo di consumatori che ne sono destinatari.

Con riguardo a tale ultimo caso, preme evidenziarlo, parametro di riferimento per valutare la scorrettezza o meno della pratica commerciale non è il consumatore medio, bensì il “membro medio” dello specifico gruppo cui la pratica è rivolta. Solo in quanto il comportamento del professionista è idoneo a falsare la scelta di tale “membro medio”, in tanto la pratica commerciale può dirsi scorretta (cfr. art. 20, comma, 2° c.cons.). È, quindi, necessario adattare la valutazione a quelle che sono le caratteristiche dello specifico gruppo di consumatori di fatto considerato. Ne deriva che anche il giudizio in merito alle informazioni «normalmente» possedute, ovvero al grado di attenzione e avvedutezza «ragionevolmente» atteso dai destinatari della pratica, non può – e non deve – prescindere dall'apprezzamento delle peculiarità della “categoria consumeristica” di riferimento.

Ebbene, come autorevolmente rilevato⁶⁷⁷, tale opera di adattamento potrebbe condurre a definire scorretta una pratica che, se rivolta indistintamente a tutti i consumatori, tale non sarebbe. In altri termini, la particolare condizione di debolezza e la spiccata vulnerabilità ascrivibili ad un dato gruppo di consumatori (ad esempio, in considerazione dell'età o dello specifico settore di riferimento), parrebbero idonee a giustificare un giudizio di scorrettezza della pratica che altrimenti non si avrebbe⁶⁷⁸.

Ed è proprio questo il caso del consumatore-mutuatario.

Come osservato, il settore creditizio è caratterizzato da un'asimmetria informativa e cognitiva particolarmente elevata; i consumatori, inoltre, si rivolgono agli istituti bancari per esigenze di finanziamento, spesso dettate dalla necessità di soddisfare bisogni primari, qual è, ad esempio, l'acquisto di un immobile in cui risiedere. Dunque, la complessità che di per sé contraddistingue i prodotti ed i servizi di credito, da una parte, e la sensibilità propria del “mutuatario medio”, portato «a fare un uso incontrollato

⁶⁷⁶ Cfr. 18° *considerando*.

⁶⁷⁷ G. DE CRISTOFARO, *sub* art. 20, cit., p. 161.

⁶⁷⁸ Ad avviso di G. DE CRISTOFARO, *ibidem*, potrebbe manifestarsi anche la situazione opposta: una determinata pratica, se rivolta alla generalità dei consumatori, potrebbe essere scorretta; all'opposto, qualora destinata ad un determinato gruppo di consumatori, più attenti ed avveduti, ad esempio perché dotati «di un bagaglio di conoscenze e di una capacità critica superiore alla media», potrebbe non rivelarsi tale.

e inconsapevole dello strumento di credito»⁶⁷⁹, dall'altra parte, concorrono ad abbassare il termine di raffronto per giudicare scorretta e, quindi, vietata una pratica creditizia.

D'accordo con tale impostazione è anche l'AGCM, che si esprime in termini di particolare debolezza e vulnerabilità «del cliente/consumatore istante dovute, oltre che alle proprie condizioni economiche (...), anche alla complessità del prodotto»⁶⁸⁰.

L'esito finale di siffatta ricostruzione appare evidente: di concerto con il livello di diligenza esigibile, il professionista che concede credito è gravato da «doveri supplementari di attenzione»⁶⁸¹ nei confronti del mutuatario, soggetto, questo, che lungi dal prendere decisioni ragionevoli, molto spesso, a causa e delle difficoltà nel decifrare le (complesse) informazioni che gli vengono fornite, e del bisogno impellente – o percepito come tale – di denaro, necessita dell'“aiuto” di un professionista che lo accompagni a compiere la scelta migliore, o che per lo meno si astenga dal tenere condotte idonee a falsare la percezione della sua capacità economica, indirettamente inducendolo a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, *id est* a stipulare il contratto di credito.

Orbene, se è vero che il mutuatario abbisogna di un livello di protezione più elevato rispetto ad altre categorie di consumatori, non pare azzardato individuare nel professionista che omette la valutazione del merito di credito, ovvero eroga il finanziamento nonostante la chiara incapacità del debitore di rimborsare la somma prestata, gli estremi di un comportamento che corretto non è. Invero, il consumatore medio del settore bancario certamente risente degli atteggiamenti assunti dal professionista: se quest'ultimo, che è – o più correttamente dovrebbe essere – il primo interessato a concedere credito a soggetti economicamente solvibili, non nutre alcuna riserva in ordine all'attitudine del debitore a restituire il prestito, non si vede perché di una simile preoccupazione dovrebbe farsi carico il (solo) debitore stesso. All'opposto, se il professionista solleva dubbi in merito all'effettiva meritevolezza creditizia della propria controparte, ovvero evidenzia la potenziale insostenibilità del finanziamento, allora anche il mutuatario è indotto a valutare – con maggiore consapevolezza – l'effettiva convenienza della scelta che intende assumere.

⁶⁷⁹ Così, A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, cit., p. 206.

⁶⁸⁰ AGCM, Provvedimento n. 26612, PS10602 – Veneto Banca – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll. 20/2017*. Negli stessi termini si è espressa nel provvedimento n. 26168, PS10363 – Banca Popolare di Vicenza – Vendita abbinata finanziamenti-azioni, in *Boll. 32/2016*. Per approfondimenti in merito a queste due pronunce si rimanda a G. MASSAROTTO, *Utilità dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) nel settore bancario*, in *www.dirittobancario.it*, 24 agosto 2017.

⁶⁸¹ A. GENOVESE, *op. loc. cit.*

Dunque, una scelta, quella del cliente-consumatore, che è e non può non essere influenzata dalle informazioni e dagli avvertimenti forniti dal creditore⁶⁸².

5.1.3. Segue: *la mancata valutazione del merito creditizio quale omissione ingannevole*.

In via preliminare occorre osservare come l'art. 20, comma 4°, c.cons. suddivide le pratiche commerciali scorrette in *a)* ingannevoli, di cui agli artt. 21-23 c.cons.; *b)* aggressive, di cui agli artt. 24-26 c.cons.⁶⁸³.

Volendo prescindere dall'analisi della seconda di tali categorie, di cui ci si limita a evidenziarne il carattere coercitivo (anche fisico)⁶⁸⁴, ai fini della presente indagine, si intende porre l'attenzione sulle pratiche ingannevoli, cercando di indagarne le peculiarità per poi, in ultima istanza, valutare se e in quali termini possano rilevare nel settore creditizio.

Anzitutto, dette pratiche si distinguono, a loro volta, in *(i) azioni ingannevoli ex art. 21 c.cons;* *(b) omissioni ingannevoli*, disciplinate dall'art. 22 c.cons.

Sebbene ontologicamente diverse (in un caso, infatti, ci si trova di fronte ad una prestazione di *facere* del professionista; nell'altro, all'opposto, è il *non facere* che assume rilevanza giuridica ai fini del giudizio di scorrettezza), il denominatore comune si rinviene nello strumento, che è l'*inganno*, utilizzato dal professionista per alterare il comportamento del consumatore – medio – e indurlo ad assumere una decisione economica che non avrebbe altrimenti preso.

L'obiettivo è quello di porre il consumatore nelle condizioni di effettuare una scelta commerciale consapevole, basata su informazioni *complete e veritiere*, di modo da tutelarne effettivamente gli interessi.

Orbene, come accennato, mentre l'art. 21 c.cons. ha riguardo alla condotta attiva del professionista, che *fornisce* informazioni non rispondenti al vero o, sebbene di fatto corrette, comunque idonee ad indurre in errore il consumatore e, dunque, a fargli assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso⁶⁸⁵; nell'art. 22, all'opposto, il

⁶⁸² Ad avviso di A. GENOVESE, *op. loc. citt.*, «fornire ai clienti informazioni incomplete o inappropriate integra, nel settore bancario, una pratica commerciale sempre di “grave” momento distorsivo».

⁶⁸³ Gli artt. 23 e 26, poi, individuano le pratiche commerciali, rispettivamente, ingannevoli e aggressive che devono *in ogni caso* considerarsi scorrette.

⁶⁸⁴ Segnatamente «è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 24 c.cons.).

⁶⁸⁵ Precisamente, il comma 1° dell'art. 21 c.cons. così recita: «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi [indicati nelle lettere da *a*) a *g*) del medesimo articolo] e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo

legislatore si preoccupa di attribuire rilievo giuridico (anche) alla reticenza del professionista, precisando che integra una pratica commerciale ingannevole e, quindi, vietata l'omissione di «informazioni *rilevanti* di cui il consumatore medio ha bisogno (...) per prendere una decisione consapevole» (cfr. comma 1°). Anche in tal caso, l'esito è quello di una decisione che, in assenza del comportamento reticente, sarebbe stata diversa da quella di fatto assunta.

I commi 2° e 3° dell'art. 22 prevedono, poi, altre due fattispecie di omissioni ingannevoli: rispettivamente, l'occultamento o la presentazione in modo oscuro, ambiguo o incomprensibile di informazioni "rilevanti" ai sensi del comma 1°; e l'omessa indicazione dell'intento commerciale dell'attività svolta, sempreché detto intento non risulti evidente dal contesto in cui il professionista opera⁶⁸⁶.

Tanto premesso, sia concesso rilevare come l'impostazione adottata dal legislatore europeo sia antitetica a quella fatta propria dal codice del 1942 nel quale, in materia di invalidità contrattuale per vizi del consenso, è il solo dolo commissivo a condurre all'annullamento del contratto (cfr. par. 4.1.1).

In sede di analisi del livello di diligenza esigibile dal professionista, così come del parametro del consumatore medio, si è notato come il giudizio sulla scorrettezza della pratica sia svolto *in concreto*, avendo cioè riguardo alle peculiarità del caso, alla natura dell'attività esercitata dal professionista e alle specifiche caratteristiche dei consumatori o del gruppo di consumatori che ne sono destinatari.

Tale impostazione trova peraltro conferma anche in ambito di accertamento del carattere ingannevole dell'omissione, che deve essere condotto alla stregua della «fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso»⁶⁸⁷.

Non solo.

L'omissione deve altresì interessare informazioni *rilevanti*, da cui il consumatore medio, atteso il contesto di riferimento, non può prescindere ai fini di una decisione consapevole⁶⁸⁸. Dunque, e ancora una volta, una valutazione in concreto: l'informazione

ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». I commi successivi disciplinano altre e diverse *azioni* che si prestano ad essere considerate ingannevoli.

⁶⁸⁶ Sul punto, A. DE FRANCESCHI, *sub* art. 22, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 177, osserva come i presupposti in presenza dei quali una pratica può giudicarsi "omissione ingannevole" siano due: il primo, che è fisso, è rappresentato dalla idoneità della pratica ad alterare la decisione del consumatore medio; il secondo, variabile, che inerisce al "tipo" di omissione rilevante.

⁶⁸⁷ Così, testualmente, l'art. 22, comma 1°, c.cons.

⁶⁸⁸ Il comma 1° dell'art. 22 deve altresì essere letto in combinato disposto con i commi 4° e 5° i quali forniscono un'indicazione delle informazioni "rilevanti" nei casi, rispettivamente, di un invito all'acquisto e di «obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto». Su quest'ultimo punto, si veda l'Allegato II alla dir. 2005/29/CE, che contiene un elenco esemplificativo, e non esaustivo (cfr. art. 7, par. 5, dir.) delle disposizioni del diritto UE che contemplano tali informazioni obbligatorie.

in tanto è rilevante, in quanto è in grado di orientare in un senso ovvero nel senso opposto la scelta del consumatore, avuto riguardo al settore cui la pratica afferisce e, con esso, alla specifica relazione che si instaura tra i contraenti.

E, preme evidenziarlo, il dovere di informazione che grava sul professionista non deve essere letto soltanto “in positivo”, bensì anche “in negativo”: quest’ultimo, oltre che comunicare al consumatore le caratteristiche del prodotto o del servizio offerto, deve altresì avvisarlo in merito ai possibili aspetti sfavorevoli che connotano l’acquisto⁶⁸⁹.

Questo il contesto normativo, volendo ora indagarne le ripercussioni sul settore bancario, e limitando tale indagine al dovere di verifica del merito creditizio del mutuatario, appare necessario stabilire se e in quali termini la sua inosservanza possa integrare gli estremi di un’omissione ingannevole ai sensi dell’art. 22, comma 1°, c.cons. e, quindi, di una pratica commerciale vietata, in quanto scorretta.

In più occasioni si è avuto modo di evidenziare come il consumatore medio di riferimento del settore bancario sia un soggetto particolarmente debole e vulnerabile, che per la complessità dei prodotti e dei servizi offerti e per le implicazioni ai medesimi connesse (soprattutto sul piano dell’impegno finanziario), abbisogna dell’ausilio del creditore. E, come osservato, tale esigenza non è passata inosservata al legislatore delle dir. 2008/48/CE e 2014/17/UE, il quale ha espressamente imposto un dovere di assistenza in capo al professionista e, con specifico riguardo al credito immobiliare, persino di consulenza (sebbene facoltativo).

È, dunque, necessario partire da tali premesse per cercare di fornire una risposta agli interrogativi iniziali.

La disciplina sul credito al consumo, sia ordinario, sia immobiliare, non prescrive al finanziatore nessun dovere di astensione dal concedere credito a debitori potenzialmente insolvibili.

Cionondimeno, il professionista deve in ogni caso: *a)* reperire le informazioni necessarie alla valutazione di (non) meritevolezza creditizia; *b)* di conseguenza, e in ossequio all’obbligo di «fornire chiarimenti adeguati», avvisare il consumatore in ordine alla verosimile insostenibilità del finanziamento e, quindi, inadeguatezza rispetto alle suo profilo economico e personale.

Se il consumatore, debitamente informato dei rischi connessi all’erogazione del credito decide ciononostante di addivenire alla stipula del contratto, *nulla quaestio*:

⁶⁸⁹ Ad avviso di A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, p. 178, le necessità informative del consumatore devono in ogni caso adeguarsi ai concreti mezzi di comunicazione di cui dispone il professionista.

disponendo di tutti gli elementi rilevanti per compiere una scelta consapevole, assume – lo si ribadisce – scientemente il rischio di non essere in grado di onorare gli impegni restitutori convenuti e, con esso, gli effetti negativi che ne conseguono.

Invero, i profili problematici iniziano ad emergere allorché al mutuatario non siano garantite le condizioni per prendere una decisione con cognizione di causa; e questo accade quando il creditore non compie (o non compie correttamente) gli accertamenti necessari a stabilire se il debitore sia o meno economicamente affidabile, ovvero non comunica a quest'ultimo l'esito negativo cui l'indagine è pervenuta, erogandogli *sic et simpliciter* il finanziamento.

Ora, se si ipotizza – come qui si sostiene – che il mutuatario medio ha bisogno di conoscere se il credito offerto sia o meno per lui adeguato e, quindi, (anche) sostenibile, non si può fare a meno di notare come la mancanza di detta informazione lo privi di un elemento essenziale per la sua scelta, che diversamente non può dirsi consapevole. In altri termini, sapere di essere o meno in grado di rimborsare il prestito concesso, valutazione, questa, che spesso il consumatore – medio – non è in grado, da solo, di svolgere perché, ad esempio, spinto dal bisogno di denaro ovvero incline a sovrastimare la propria attitudine a produrre reddito, è un dato che influisce sulla decisione di concludere o meno il contratto di credito. Dunque, un'informazione senza dubbio rilevante ai sensi dell'art. 22, comma 1°, c.c., la cui omissione, altrettanto certamente, integra gli estremi di una pratica commerciale ingannevole, come tale vietata⁶⁹⁰.

A ciò si aggiunga che un'indicazione di quali siano le informazioni da qualificare rilevanti ai fini di un giudizio di omissione ingannevole è fornita dal comma 5° dell'art. 22.

Tale norma si esprime in termini di obblighi informativi prescritti dal diritto comunitario avendo esclusivo riguardo a quelli connessi alle «comunicazioni commerciali». E se è vero che il dovere di verifica del merito creditizio e l'avvertimento che ne consegue non possono dirsi strettamente tali, è vero anche che gli stessi sono pur sempre obblighi di condotta, previsti dal diritto dell'Unione, da osservare nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, che condividono con i primi la stessa *ratio*: fornire al consumatore gli elementi necessari per compiere una valutazione critica in

⁶⁹⁰ Condivide tale impostazione anche G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e valutazione del merito creditizio, cit., p. 167, il quale inquadra «la concessione di prestito “non meritevole” nell’ambito della pratiche commerciali scorrette, soprattutto sotto il profilo della “pratica omissiva che falsa in modo rilevante il comportamento del consumatore”» ed estende tale conclusione anche al «caso di violazione degli obblighi di assistenza o di valutazione di merito creditizio negativa “non partecipata”».

ordine all'effettiva bontà del prodotto offerto dal professionista, a sua volta funzionale ad un consenso informato e consapevole.

6. Rilevi conclusivi.

In considerazione di quanto sin qui osservato, si può concludere che, nel settore del credito al consumo, la correttezza delle condotte del professionista nei confronti del consumatore è assicurata, oltre che dalla normativa di settore e, con essa, dalla competente Autorità di vigilanza, che è la Banca d'Italia, anche dall'AGCM⁶⁹¹.

Dunque, una competenza corrente, che permette di affiancare alla regole di condotta imposte al creditore un apparato sanzionatorio idoneo a disincentivarne la violazione. Invero, l'applicazione delle sanzioni dell'Antitrust⁶⁹² non è subordinata ad un previo giudizio di rilevanza della condotta inadempiente, giudizio all'opposto richiesto dall'art. 144 t.u.b. per legittimare l'intervento sanzionatorio della Banca d'Italia. Ciò che ne

⁶⁹¹ Nell'esperienza italiana il coordinamento tra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normative settoriali, al pari del riparto di competenze tra l'Autorità deputata ad applicare l'una (AGCM) e le altre (tra cui, Banca d'Italia), sin dal principio ha dato la stura ad una conflittualità accesa, che ha originato una gamma articolata di prese di posizione della giurisprudenza amministrativa sull'interpretazione delle disposizioni interne (ex art. 19, comma 3°, c.cons.) deputate ad attuare il criterio di coordinamento fissato dal legislatore europeo con l'art. 3, comma 4°, dir. 29/2005/CE. Per comprendere la complessità del tema basti rilevare che la IV^a Sez. del Consiglio di Stato ha presentato domanda di rinvio pregiudiziale (ord. di rimessione 17 gennaio 2017, nn. 167 e 168) alla Corte di giustizia, sottoponendole una serie articolata di quesiti di interpretazione della dir. della dir. 29/2005/CE, al fine di poterne apprezzare la compatibilità con le norme di attuazione italiane.

Il caso è quello che ha visto alcuni operatori telefonici commercializzare telefoni cellulari sulle cui carte SIM erano state preimpostati servizi dei quali i consumatori non erano stati informati al momento della vendita.

Il giudice del rinvio ha chiesto ai Giudici di Lussemburgo di statuire, in sintesi, sull'effettivo contenuto precettivo dell'art. 3, comma 4°, dir. 29/2005/CE, nonché, più in generale, di verificare se le modalità di coordinamento ivi previste tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e la normazione settoriale europea siano o meno compatibili con l'interpretazione degli artt. 19, comma 3°, e 27 bis c.cons. proposta dalle sent. parziali nn. 3-4/2016 dell'Adunanza plenaria secondo cui la competenza ad irrogare la sanzione in presenza di una pratica commerciale scorretta (nel caso di specie, si trattava di pratica aggressiva), anche nel caso in cui questa sia posta in essere nell'ambito di un settore regolamentato, «è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (...) dovendo essere respinta la censura di incompetenza». Il 31 maggio 2018 sono state presentate le Conclusioni generali dell'Avvocato Generale spagnolo M. Campos Sánchez-Bordona, il quale, con riguardo al criterio di coordinamento di cui all'art. 3, par. 4, dir. 29/2005/CE, ha stabilito che «deve essere interpretato nel senso che le disposizioni di tale direttiva devono essere disapplicate a favore di altre norme del diritto dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali *solamente quando* tra le prime e le seconde sussiste *un contrasto che non possa essere risolto* mediante l'integrazione, o l'applicazione coerente, delle une e delle altre [c.vio]».

Tale complessa questione esula tuttavia dai fini della presente indagine; sia dunque consentito rinviare alla sapiente ricostruzione di M. Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, in corso di pubblicazione.

⁶⁹² L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, ne vieta la diffusione, se non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che la pratica giudicata scorretta continui a produrre effetti.

Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

In casi di particolare urgenza, può essere disposta, in via cautelare, la sospensione della stessa pratica.

conseguenze è un apparato di sanzioni – pubblicistiche – “efficaci”, “proporzionate” e “dissuasive”, così come richiesto dal diritto dell’Unione.

Tuttavia, analoghe considerazioni non valgono allorché si ragiona in termini privatistici.

I doveri di condotta che la normativa settoriale impone sia al finanziatore, sia all’intermediario, hanno quale obiettivo quello di responsabilizzare il contraente professionale rispettivamente nelle attività di concessione e intermediazione del credito. Invero, il comportamento irresponsabile degli operatori creditizi, di cui la crisi finanziaria dei prestiti *subprime* è stata l’epilogo finale, molto spesso pregiudica non solo la condizione economica dei singoli mutuatari, ma anche il funzionamento dell’intero sistema creditizio. Di qui la necessità di prevedere norme che impongano ai professionisti di tutelare al meglio gli interessi dei consumatori, agendo in conformità alla situazione finanziaria e personale dagli stessi presentata. È, dunque, all’interno di tale contesto che si collocano gli obblighi informativi precontrattuali, il dovere di assistenza, il servizio (eventuale) di consulenza nel credito immobiliare, e l’obbligo di verifica del merito creditizio.

Lo scopo, come si è cercato di delineare, è quello di accompagnare il consumatore in una scelta che, avuto riguardo agli interessi coinvolti, appare per lo stesso particolarmente delicata⁶⁹³, e che per questo deve essere informata e – soprattutto – consapevole.

Ebbene se, da un lato, è apprezzabile lo sforzo fatto dal legislatore europeo per realizzare un apparato normativo potenzialmente in grado di responsabilizzare l’operato degli enti creditizi e, dunque, tutelare gli interessi dei consumatori (oltre che la stabilità del mercato); dall’altro lato, tuttavia, non si concorda con la scelta operata dal legislatore domestico di non prevedere alcuna conseguenza privatistica in caso di inosservanza dei precetti informativi gravanti sul professionista.

Invero, un’occasione per colmare tale lacuna, e porre così fine all’annoso dibattito attinente ai rimedi negoziali esperibili in caso di inadempimento di regole di condotta, avrebbe potuto rinvenirsi nel recepimento della dir. 2014/17/UE, occasione purtroppo non colta.

⁶⁹³ Con riguardo alla scelta di stipulare un contratto di mutuo ipotecario, la Relazione alla proposta di direttiva in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, COM(2011)142 def., 31 marzo 2011, p. 3. e la relazione illustrativa allo schema di d.lgs. recante attuazione della Direttiva 2014/17/UE, atto del Governo n. 256 sottoposto a parere parlamentare, la qualificano come una delle scelte più importanti della vita del consumatore.

Il risultato è l'assenza di una tutela effettiva per il consumatore, conseguenza, questa, che mal si concilia con gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo, oltre a porsi in evidente contrasto con la scelta degli altri Stati membri di dotarsi di un doppio binario di tutele, funzionale alla salvaguardia degli interessi sia del mercato, sia dei consumatori.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano.

Alessi R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 2, p. 311 ss.

Alessi R., *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, 2, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 391 ss.

Antonucci A., *Credito al consumo e zone limitrofe. Una scheda di lettura del d. legis. 141 del 2010*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 6, p. 297 ss.

Astone M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1, p. 1 ss.

Azadi G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 2, p. 285 ss.

Boiti C., *Il principio del prestito responsabile del creditore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 425 ss.

Calvo R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giuridico*, 2015, 6, p. 823 ss.

Camardi C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 6, p. 408 ss.

Capobianco E., *La tutela del contraente consumidor en el derecho italo-europeo*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, p. 10 ss.

Capobianco E. e Longobucco F., *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contratto e impresa*, 2011, 4/5, p. 1142 ss.

Carriero G., Macario F., *Il credito bancario al consumo*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 1518 ss.

Carriero G., *Sub art. 124-bis*, in *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento* ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro, Milano, 2011, p. 87 ss.

Carriero G., *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore del settore bancario*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 2, p. 516 ss.

Carriero G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 37 ss.

Carriero G., *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2007,

Carriero G., *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2004,

Caterini E., *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento finalizzato*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 27 ss.

Caterini E., *Credito al consumo, "tutela e incoraggiamento del risparmio", sovraindebitamento*, in *Credito al consumo*, a cura di G. Villanacci, Napoli, 2010, p. 45 ss.

Cherti S., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, p. 197 ss.

Cosma S., Cotterli S., *La direttiva sul credito ai consumatori: alcune implicazioni giuridiche ed economiche*, in *Banca, impresa, società*, 2008, 2, p. 291 ss.

D'Amico G., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I contratti*, 2012, 12, p. 977 ss.

Dalla Massara T., *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi prevista nell'ordinamento francese*, in *Diritto civile contemporaneo*, 14 novembre 2014.

De Chiara, *Sub art. 124 bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1874 ss.

De Cristofaro G., Oliviero F., *I contratti di credito ai consumatori*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, *Mercati regolati*, V, Milano, 2014, p. 293 ss.

De Cristofaro G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, 3, p. 880 ss.

De Cristofaro G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I Contratti*, 2010, 1, p. 1041 ss.

De Cristofaro G., *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *I Contratti*, 2009, 12, p. 1151 ss.

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"*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 257 ss.

De Gioia-Carabellese P., Chessa C., *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 4, p. 1422 ss.

De Poli M., *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2009, 1, 33 ss.

De Poli M., *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 55 ss.

Di Donna L., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1, p. 241 ss.

Fairweather K., *The development of responsible lending in the UK consumer credit regime*, in *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, a cura di J. Devenney e M. Kenney, Cambridge University Press, 2016, p. 84 ss.

Falcone G., *“Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, 1, I, p. 147 ss.

Falcone G., *Attività bancaria e pratiche commerciali scorrette: una prima lettura delle recenti evoluzioni normative giurisprudenziali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2012, 4, p. 683 ss.

Falcone G., *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di Bonfatti e G. Falcone, Atti del Convegno di Lanciano, 26 e 27 novembre 2010, Quaderni di giurisprudenza commerciale, p. 189 ss.

Falcone G., *Prestito “responsabile” e sovraindebitamento del consumatore*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, 5, I, p. 642 ss.

Falcone G., *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, 1, I, p. 72 ss.

Febbrajo T., *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, 2, p. 195 ss.

Febbrajo T., *La tutela del consenso del consumatore: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 197 ss.

Febbrajo T., *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1, p. 223 ss.

Ferri G., *La diligenza del banchiere*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1958, 1, I, p. 1 ss.

Francisetti Brolin M., *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, 2, p. 541 ss.

Frigeni C., *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato: profili evolutivi*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2013, 4, I, p. 365 ss.

Fucci K., *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, p. 379

Fusaro A., *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteca*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, II, p. 300 ss.

Genovese A., *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 204.

Gorgoni M., *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 4, p. 755 ss.

Gorgoni M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 2, p. 323 ss.

Grisafi R., *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale, Parte prima*, in *Studium Iuris*, 2015, 6, p. 655 ss., Parte seconda, *ivi*, 7-8, p. 796 ss.

Inzitari B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le società*, 2007, 4, p. 465 ss.

Inzitari B., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2001, 3, I, p. 265 ss.

Iurilli C., *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, prima parte, in *Studium iuris*, 2014, 4, p. 419 ss. e seconda parte, *ivi*, 5, p. 546 ss.

Jordan M., *The impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17 in the Republic of Ireland*, Barcelona workshop, 20-21 ottobre 2016, Working Paper 3/2017, in www.diposit.ub.edu.

Kenna P., Lynch-Shally K., *Comparing mortgage law in England and Ireland*, in *The Conveyancer and Property Lawyer*, 2014, p. 294 ss.

Konig C., *The Regulation of Mortgage and Home Loans within the European Union*, in *Housing Finance International*, giugno 2007, p. 42 ss.

Larocca S., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 231 ss.

Las Casas A., *“Informazioni generali” e “informazioni personalizzate” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori*, in *Persona e mercato*, 2016, 1, p. 251 ss.

Libero Nocera I., *Se la banca non valuta la solvibilità del debitore decade anche dal diritto agli interessi legali*, in *Diritto e giustizia*, 2014, p. 351 ss.

Lupoi A., *La direttiva 17/2014. Il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2016, 2, I, p. 234 ss.

Macario F., *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *“La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori”*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 1 ss.

Macario F., *Le forme di tutela del consumatore debitore*, in *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, a cura di M. Lobuono e M. Lorizio, Torino, 2007, p. 194 ss.

Mak V., *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Journal of Consumer Policy*, 11 settembre 2015, p. 411 ss.

Mak V., J. Braspenning, *Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 30 maggio 2012, p. 307 ss.

Maugeri M., *Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di "credito ai consumatori"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 10, II, p. 463 ss.

Mazzamuto S., *Il credito al consumo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, 2, Torino, 2007, p. 953 ss.

Mazzeo M., *La verifica del merito creditizio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 12, p. 860 ss.

Mazzini F., *Attuate le regole Ue che proteggono i consumatori*, in *Guida al diritto*, 23 luglio 2016, n. 31, p. 46 ss.

Meli V., *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, I, p. 334 ss.

Minervini E., *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 57 ss.

Mirone A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, 5, p. 557 ss.

Modica L., *Il credito ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, p. 267 ss.

Modica L., *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 3, p. 617 ss.

Modica L., *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124-bis TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, in *Diritto civile contemporaneo*, 29 settembre 2014.

Modica L., Commento *sub art. 124*, in *Commentario breve al codice dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 1708 ss.

Modica L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.

Modica L., *Concessione “abusiva” di credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2012, 2, p. 492 ss.

Modica L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 3, p. 828 ss.

Morlupo P., *La tutela del consumatore e le «centrali rischi»*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 385 ss.

Natoli R., Commento *sub art. 124 bis*, in *Commentario breve al codice dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 1712 ss.

Natoli R., *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

Nield S., *Mortgage finance: who's responsible?*, in *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, a cura di J. Devenney e M. Kenney, Cambridge University Press, 2016, p. 160 ss.

Nield S., *Mortgage Market Review: “Hard-Wired Common Sense?”*, in *Journal of Consumer Policy*, 7 marzo 2015, p. 139 ss.

Nield S., *Responsible lending and borrowing: whereto low-cost home ownership?*, *Legal Studies*, vol. 30, n. 4, december 2010, p. 610 ss.

Nield S., *Borrowers as consumers: new notions of unconscionability for domestic borrower*, in *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, a cura di M. Kenny, J. Devenney, L. Mahony-Fox, Cambridge, 2010.

Pagliantini S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interessi e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, 1, p. 181 ss.

Pagliantini S., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, 2, p. 523 ss.

Paglianti S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *I Contratti*, 2009, 11, p. 1040 ss.

Pagliantini S., *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 4, p. 295 ss.

Pellecchia E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, 2, I, p. 206 ss.

Pellecchia E., *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4/5, p. 1132 ss.

Pellecchia E., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, 5, p. 1088 ss.

Pellecchia E., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, in *Diritto civile contemporaneo*, 3 giugno 2014.

Pellecchia E., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 1245 ss.

Pellecchia E., *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.

Pellecchia E., *Il codice deontologico per le centrali-rischi private*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 252 ss.

Piepoli G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 1, I, p. 38 ss.

Piepoli G., *Il credito al consumo*, Napoli, 1976.

Poissonnier G., *La preuve en droit du crédit à la consommation devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Recueil Dalloz*, 26 marzo 2015, n. 12

Prestipino P., *Obblighi precontrattuali del finanziatore: adeguatezza delle informazioni e adeguatezza del «prodotto» nella nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, 2, p. 385 ss.

Prosperi F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, 2008, 4/5, p. 936 ss.

Quadri E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 2, II, p. 90 ss.

Roppo V., *Nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 5, p. 536 ss.

Roppo V., Afferini G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1, p. 29 ss.

Rossi G., *Il credito al consumo: dal fenomeno socio-economico alla fattispecie contrattuale*, Padova, 2017.

Rumi T., *La direttiva 2014/17/UE sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, diretto da F. Galgano, Torino, 2016, p. 632 ss.

Rumi T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I Contratti*, 2015, 1, p. 70 ss.

Rumi T., *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore. Nota a CGUE sez. IV 27 marzo 2014 (causa C-365/12)*, in *I Contratti*, 2014, 10, p. 878 ss.

Salerno F., *La prevenzione del sovraindebitamento nel credito al consumo*, Pisa, 2017.

Salgueiro A., *évaluation de la solvabilité d'un entrepreneur*, 24 mai 2013, n. 512, in *Juris-classeur. Banque, crédit, Bourse*, reperibile alla banca dati www.lexisnexis.com.

Scalcione R., *La disciplina della centrale dei rischi: normativa di rilevanza sistemica e tutela dei diritti del segnalato anche alla luce delle decisioni dell'arbitrato bancario e finanziario*, in *Ianus*, n. 8-2013, p. 41 ss.

Schiavone G., *La violazione degli obblighi di informazione tra «regole di comportamento» e «regole di validità»*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 11, p. 918, ss.

Scoditti E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 785 ss.

Scognamiglio C., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status, nota a Cass., 08.01.1997, n. 72*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1997, 6, II, p. 655 ss.

Simionato A., *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori a il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 183 ss.

Simionato A., *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in www.dirittobancario.it/rivista, giugno 2010.

Sirena P., *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, p. 3 ss.

Sirena P., *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2010, 1, p. 9 ss.

Stanghellini L., *Il credito "irresponsabile" alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le società*, 2007, 4, p. 395 ss.

Tommasi S., *Unione europea e contratti di credito relativi a beni immobili residenziali*, in *I Contratti*, 2011, 10, p. 956 ss.

Van der Struik R., *Securities lending as part of responsible and risk-averse asset management*, in *Journal of Securities Operations & Custody*, Vol. 7, N. 3, 2015, p. 234 ss.

Vignudelli L., *Credito al consumo. La Direttiva Comunitaria in materia di credito ai consumatori*, in *Banche e mercati finanziari*, a cura di F. Vella, Torino, 2009, p. 241 ss.

Visconti G., *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *I Contratti*, 2016, 8/9, p. 489 ss.

Zorzi N., *Le pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, in *Contratto e impresa*, 2010, 2, p. 443 ss.

Whitehouse L., *The First Legal Mortgagor: a Consumer Without Adequate Protection?*, in *Journal of Consumer Policy*, 21 marzo 2015, p. 163 ss.