

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) CARRIERO	Presidente
(NA) FEDERICO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) GIUSTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) MIOLA	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(NA) GIGLIO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - GIUSEPPE GIGLIO

Seduta del 23/03/2021

FATTO

In riferimento ad un contratto di finanziamento tramite cessione del quinto, stipulato il 5.1.2016 ed estinto anticipatamente il 31.8.2020, il ricorrente si rivolge a mezzo rappresentante volontario all'Arbitro Bancario Finanziario affinché dichiari l'intermediario tenuto alla restituzione della quota non maturata dei costi calcolata secondo il criterio del *pro rata temporis* per un importo pari ad € 1.915,29 oltre interessi (compresa la commissione di estinzione anticipata); in subordine per i costi *up front* chiede l'applicazione del criterio degli interessi.

Costituitosi, l'intermediario si oppone alle pretese del cliente, eccependo, in via preliminare, la conformità del proprio operato, in sede di estinzione anticipata, alle Istruzioni fornite tempo per tempo dall'Organo di Vigilanza; infatti, la chiara dizione letterale dell'art. 125 *sexies* del TUB, che ha dato attuazione nell'ordinamento italiano all'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE, ha condotto la giurisprudenza e la stessa Banca d'Italia a ritenere pacificamente operante nel tempo la tradizionale distinzione tra costi legati ad attività preliminari e contestuali alla concessione del finanziamento (non ripetibili) e costi connessi alla durata del rapporto e quindi rimborsabili in caso di estinzione anticipata del rapporto.

Ciò premesso, l'intermediario formula considerazioni critiche in merito all'effettiva portata della sentenza resa dalla Corte di Giustizia Europea in data 11.09.2019 (sentenza Lexitor), che, alla luce delle relative motivazioni, non ha inteso superare la distinzione tra le due categorie di costi; inoltre, come confermato anche dalla giurisprudenza, l'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE non potrebbe comunque dispiegare efficacia diretta nei rapporti tra

privati (cfr. anche, su tali questioni, la recente pronuncia del Tribunale di Napoli n. 2391/2020); la sentenza della Corte di Giustizia Europea, ad ogni buon conto, non potrebbe trovare applicazione in relazione a rapporti sorti ed esauriti prima della decisione stessa.

Sotto altro profilo, la resistente osserva che un passivo e pieno adeguamento al dettato della Sentenza – con l'esborso di ingenti risorse patrimoniali per far fronte alle (potenzialmente numerosissime) richieste dei consumatori di rimborso dei costi, anche con riguardo a rapporti in essere – potrebbe essere fonte di successive contestazioni all'operato degli amministratori della Banca nel caso in cui tale esborso dovesse *ex post* rivelarsi non dovuto.

L'intermediario segnala, inoltre, che - in ogni caso - si configura una carenza di legittimazione passiva in ordine alla richiesta di rimborso delle spese che sono state corrisposte a terzi (imposte/oneri erariali e spese di intermediazione).

Nel merito, l'intermediario segnala che il Collegio di Napoli, in tre recentissime decisioni (cfr. decisione n. 16819 del 30 settembre 2020, decisione n. 17428 dell'8 ottobre 2020 e decisione n. 17845 del 14 ottobre 2020), ha rigettato la domanda di rimborso avanzata con il sistema del pro rata temporis lineare sia delle commissioni di attivazione che delle commissioni di intermediazione poiché trattasi di oneri riconosciuti all'unanimità da tutti i Collegi come costi *up front* e quindi ristorabili con il diverso criterio di calcolo del proporzionale agli interessi;

precisa che le commissioni di intermediazione sono state trattenute al momento dell'erogazione del finanziamento e successivamente versate al mediatore per la remunerazione di attività prodromiche alla stipula del contratto di prestito (cfr. fattura e evidenza di pagamento allegate); il mediatore creditizio, a seguito di specifico incarico conferito direttamente dal cliente, svolge la sua attività senza essere legato ad alcuna delle parti da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza, come chiaramente stabilito dall'art. 128 *sexies*, comma 4, TUB (cfr. l'incarico regolarmente sottoscritto dal cliente, allegato, e la richiamata giurisprudenza consolidata dell'ABF); inoltre, in base al tenore letterale della Direttiva citata, la definizione di costi fissi rimborsabili ricomprende i servizi che l'ente creditizio impone come obbligatori per ottenere il credito e non quelli di altri servizi accessori, quali ad esempio il costo di consulenze, intermediazioni finanziarie e assicurazioni aggiuntive che non sono richieste dall'ente creditizio e che il consumatore sceglie di acquistare (cfr. sentenza del Tribunale di Napoli n. 10489/2019); gli importi trattenuti dalla Banca e versati all'intermediario del credito non rappresentano dei ricavi per la Banca e non costituiscono una voce di guadagno nel bilancio di esercizio, in quanto versati a soggetti terzi estranei al rapporto tra Banca e cliente;

afferma che le commissioni di istruttoria dovranno essere restituite secondo il metodo c.d. "scalare", poiché volte a remunerare attività di natura *up front*;

eccepisce la non rimborsabilità delle commissioni di attivazione secondo il criterio di calcolo lineare, poiché volte a remunerare attività di natura *up front* e la congruità del rimborso eseguito in conteggio estintivo a titolo di commissioni di gestione, in conformità ai principi contabili internazionali IFRS – IAS e secondo il criterio del costo ammortizzato (IAS 39), considerato che nel piano di ammortamento, sottoscritto per accettazione e presa visione dal cliente, è indicata la ripartizione dei costi e degli interessi; si dichiara, comunque, disponibile a versare al ricorrente un ulteriore importo, in base al criterio di calcolo lineare.

Quanto alla contestazione circa l'addebito in sede di conteggio estintivo dei "diritti di estinzione", pari all'1% del debito residuo, l'intermediario richiama la documentazione contrattuale sottoscritta dal cliente e l'art. 125 *sexies* del T.U.B., comma 2; precisa che tale

onere è dovuto in relazione ai costi ed oneri sostenuti dalla Banca finanziatrice per la gestione amministrativa dell'estinzione anticipata, per la chiusura delle posizioni di copertura effettuate per la gestione del rischio tasso e per la chiusura delle coperture assicurative previste; richiama, infine, la decisione n. 5909/20 del Collegio di Coordinamento ABF e segnala come, nel caso di specie, il ricorrente non abbia prodotto idonea documentazione a sostegno della pretesa restitutoria di tali diritti.

L'intermediario conclude chiedendo al Collegio di rigettare il ricorso; subordinatamente chiede di limitare il rimborso ad euro 200,00; in ogni caso chiede di sottrarre al dovuto euro 67,00 già oggetto di rimborso.

DIRITTO

La questione concerne la mancata restituzione delle commissioni per la quota non maturata a seguito dell'estinzione anticipata di un finanziamento, in corrispondenza della 53^a rata delle 120 totali di prestito.

Il ricorrente ha depositato la documentazione contrattuale relativa al finanziamento.

Il quadro della materia è stato oggetto di rilettura a seguito della nota sentenza della CGE del 11/9/2019, e del successivo intervento del Collegio di Coordinamento con decisione n. 26525/2019.

A seguito della predetta decisione:

1. il principio di diritto di cui alla suddetta sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea è direttamente e immediatamente applicabile non solo ai contratti stipulati posteriormente alla sua pubblicazione, ma anche a quelli in corso di esecuzione dovendosi affermare che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi (up-front);
2. il criterio applicabile per la riduzione dei costi (up-front), in mancanza di una diversa previsione pattizia che sia comunque basata su un principio di proporzionalità, deve essere determinato in via integrativa dal Collegio decidente secondo equità, mentre per i costi (recurring) e gli oneri assicurativi continuano ad applicarsi gli orientamenti consolidati dell'ABF;
3. con riguardo al rimborso dei costi (up-front) il criterio preferibile per quantificare la quota ripetibile è analogo a quello che le parti hanno previsto per il conteggio degli interessi corrispettivi, costituendo essi la principale voce del costo totale del credito espressamente disciplinata in via negoziale;
4. resta fermo il principio del *ne bis in idem* per quanto riguarda i ricorsi che sono stati già decisi da questo Arbitro, cosicché eventuali ricorsi ulteriori che abbiano a oggetto gli stessi contratti dovranno essere dichiarati inammissibili e ciò anche quando nel ricorso già proposto il cliente abbia chiesto soltanto il rimborso di costi (recurring), trattandosi di una preclusione procedurale che copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile.

In definitiva Il Collegio di Coordinamento, nella decisione da ultimo richiamata ha, da un lato, confermato il tradizionale orientamento già consolidatosi con riferimento ai costi soggetti a maturazione nel tempo (ABF Collegio di Coordinamento n. 10003/2016) e, dall'alto lato, ha affermato che, in ragione di quanto chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza LEXITOR, i costi (up-front) sono anche essi da rimborsare, seppure secondo il criterio alternativo del costo ammortizzato, vale a dire secondo un andamento analogo a quello convenzionalmente pattuito per gli interessi corrispettivi.

Questo Collegio, deve aderire al criterio enunciato dal Collegio di Coordinamento in ordine alla quantificazione dei costi *up front* da retrocedere, rappresentando la previsione pattizia sul conteggio degli interessi corrispettivi il solo referente normativo avente “forza di legge tra le parti” (art. 1372 c.c.) utile (nel rispetto del principio di proporzionalità) alla “integrazione giudiziale secondo equità” (art. 1374 c.c.).

Del resto, alcuni Tribunale di merito (Tribunale di Napoli sentenza del 7.2.2020, n. 1340), come il Tribunale di Torino (sentenza del 21.3.2020, rg 4040/2019) si sono allineati alla lettura proposta dalla Corte di Giustizia.

Più di recente si vedano in questo senso le ordinanze in sede cautelare del Tribunale di Torino del 22/9/2020 (rg 2770/2020) e del Tribunale di Milano -in composizione collegiale- del 3/11/2020 (rg. 27398/2020 e 27406/2020).

Si riportano alcuni passaggi dei recenti provvedimenti dei Tribunali di merito, in cui sono state ulteriormente approfondite le problematiche sottese alla applicabilità della sentenza Lexitor.

Nell'ordinanza del 22/9/2020 del Tribunale di Torino (rg 2270/2020) testualmente:

<Nel presente caso, però, come sottolineato dal Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario con la decisione n. 26525 dell'11 dicembre 2019, sopra riportata, e come ben osservato dal Tribunale di Torino nella sentenza 21/3/2020 n. 1434, non si tratta di indagare se la Direttiva 48/2008 sia o meno self.executing e abbia o meno efficacia diretta, verticale od orizzontale, dal momento che tale Direttiva è già stata attuata e trasposta nel diritto nazionale attraverso la legge di attuazione n. 141/2010, che, tra l'altro, ha introdotto l'art. 125 sexies TUB, che riproduce in modo quasi identico la formulazione dell'art. 16 della Direttiva.

Pertanto, nel presente giudizio, si tratta di interpretare una norma di diritto interno immediatamente applicabile nei rapporti tra privati, naturalmente.

A questo proposito, l'art. 125 sexies TUB deve essere interpretato in modo conforme alla Direttiva 48/2008, così come interpretata dalla sentenza CGUE Lexitor.

... Accertato, dunque, che l'interpretazione della CGUE non è incompatibile con la lettera dell'art. 125 sexies, appare del tutto compatibile con tale disposizione il metodo interpretativo della CGUE, che, per superare i contrasti tra le varie versioni linguistiche della trasposizione della Direttiva, utilizza ulteriori criteri interpretativi per supportare la scelta della suddetta interpretazione letterale dell'art. 16 della Direttiva, criteri che si attagliano perfettamente anche alla formulazione dell'art. 125 sexies e ai principi dell'ordinamento italiano.

...In definitiva, non essendo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia contra legem, essa resta vincolante per il giudice nazionale, che deve interpretare la norma nazionale di cui all'art. 125 sexies in modo conforme all'art. 16 Direttiva 48/2008 (di cui essa costituisce attuazione) come interpretato dalla CGUE. 2.3.3) Si osserva, inoltre, che le sentenze della CGUE, sia pregiudiziali, sia emesse in sede di verifica della validità delle disposizioni, hanno effetto retroattivo. In tal senso la giurisprudenza Cass., 8 febbraio 2016, n.2468: “La Corte di giustizia della UE è l'unica autorità giudiziaria deputata all'interpretazione delle norme comunitarie, la quale ha carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarla anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. Ne consegue che a tali sentenze, sia pregiudiziali e sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito effetto retroattivo, salvo il limite dei rapporti ormai esauriti.

... L'efficacia retroattiva della sentenza Lexitor comporta dunque l'obbligo del giudice nazionale di conformarsi ad essa nell'interpretare l'art. 125 sexies anche relativamente ai rapporti pregressi, purché “non esauriti”>.

Sulla stessa linea sono anche le motivazioni delle ordinanze n. 27406 e n. 27398 del 3 novembre 2020 nei procedimenti cautelari dinanzi il Tribunale di Milano:

<Al contrario di quanto dedotto dall'intermediario, il Collegio del Tribunale di Milano ha ritenuto che l'argomento dei limiti all'efficacia diretta "orizzontale" della direttiva sia inconferente in quanto è vero che una direttiva "non può creare obblighi a carico di un singolo e non può essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti" (Corte giustizia 5.10.2004, nelle cause riunite C-397/01 C-403/01, Pfeiffer et al.); nondimeno la dir. 2008/48/CE è già stata trasposta nel diritto nazionale con il cit. d.lgs. 13.8.2010 n. 141 ed è dunque la norma interna, qui l'art. 125-sexies TUB, a essere fonte dei diritti e obblighi delle parti e metro di giudizio della legalità delle clausole contrattuali.

...L'art. 125-sexies deve interpretarsi in conformità alla dir. 2008/48/CE di cui costituisce fedele trasposizione. Conviene ricordare che l'obbligo di interpretazione conforme è un corollario del principio di leale cooperazione e, in particolare, dell'obbligo degli stati membri di "adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" (art. 4 par. 3 Trattato UE). Destinatari di quest'obbligo sono "tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva [...], il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato" (Corte di giustizia UE 10.4.1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann e molte altre conformi).

.....La natura vincolante dell'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia è riconosciuta anche dalla Cassazione, secondo cui tale interpretazione "ha efficacia ultra partes, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità".

Resta fermo che l'obbligo di interpretazione conforme non può spingersi al punto di imporre un'interpretazione contra legem>.

Giova premettere che i precedenti del Collegio di Napoli invocati dalla resistente non rilevano nel caso di specie, perché riferiti ad ipotesi in cui parte ricorrente non aveva basato le domande sulla sentenza Lexitor né sulla decisione 26252(2019 del Collegio di Coordinamento; il caso *de quo*, invece, concerne un ricorso in cui si invocano la predetta sentenza e la predetta decisione ed in cui, oltre tutto, subordinatamente si chiede il rimborso delle voci *up front* ex criterio della curva degli interessi.

Si può passare quindi ad esaminare le domande; il ricorrente chiede il rimborso, secondo il criterio di calcolo lineare (o ex curva degli interessi per i costi istantanei) dei costi del prestito.

In particolare, alla luce degli orientamenti condivisi da tutti i Collegi territoriali:

le spese di istruttoria, le commissioni di attivazione e i costi di intermediazione sono qui qualificati *up front*;

le commissioni di gestione sono qui qualificate *recurring*, non sfugge al Collegio che risultano già rimborsate in conteggio estintivo secondo il criterio di calcolo lineare; inoltre, l'intermediario ha depositato copia del piano di ammortamento del finanziamento, richiamato nel contratto di finanziamento e sottoscritto dal cliente

Secondo il consolidato orientamento dei Collegi ABF, laddove il piano di ammortamento è richiamato in contratto, quindi ne costituisce parte integrante ed è allegato e sottoscritto

per accettazione e presa visione dal cliente (come per la nostra fattispecie), il criterio contrattuale prevale sul *pro rata temporis*.

Con riferimento, infine, ai “diritti di estinzione”, si segnala che tale voce di costo risulta - nel caso di specie - prevista dal contratto e applicata in conformità alla relativa clausola e entro le soglie previste dalla legge; inoltre, il ricorrente non ha dimostrato che l’indennizzo preteso è privo di oggettiva giustificazione. Si confronti sull’argomento la decisione 5909/2020 del Collegio di Coordinamento in cui è enunciato il seguente principio interpretativo:

“La previsione di cui all’art. 125 *sexies*, comma 2, T.U.B. in ordine all’equo indennizzo spettante al finanziatore in caso di rimborso anticipato del finanziamento va interpretata nel senso che la commissione di estinzione anticipata prevista in contratto entro le soglie di legge è dovuta a meno che il ricorrente non alleggi e dimostri che, nella singola fattispecie, l’indennizzo preteso sia privo di oggettiva giustificazione. Restano salve le ipotesi di esclusione dell’equo indennizzo disposte dall’art. 125 *sexies*, comma 3, T.U.B.”

Escluso dunque il rimborso di somme per commissioni di gestione e commissioni di estinzione per quanto appena detto, applicando in conclusione il criterio equitativo del calcolo in proporzione degli interessi alle voci *up front* (Collegio di Coordinamento n. 26525/2019), si hanno quindi:

spese di istruttoria euro 152,03; commissione di attivazione euro 70,24, commissioni di intermediazione euro 936,50, tenuto conto che il TAN contrattuale è pari al 5,40% e la percentuale di calcolo del 33,78%%.

Per totali euro 1.158,77 oltre accessori, cifra arrotondata dal Collegio ad euro 1.159,00

Nulla per le spese in quanto la questione portata in ABF è ripetitiva e seriale.

P.Q.M.

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l’intermediario tenuto alla restituzione dell’importo complessivo di € 1.159,00, oltre interessi legali dalla data del reclamo.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l’intermediario corrisponda alla Banca d’Italia la somma di € 200,00 quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da

GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO