

SULLA CLAUSOLA *FLOOR* NEI CONTRATTI DI MUTUO

DI FILIPPO SARTORI
PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI TRENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema. – 2. Esclusione del giudizio di vessatorietà. – 3. Funzione remunerativa degli interessi compensativi. – 4. *Interest rate floor* e funzione di protezione dalla fluttuazione dei tassi. – 5. (*Segue*): la clausola *floor* è un derivato incorporato. – 6. I nuovi confini tra squilibrio normativo e squilibrio economico: *Inhaltskontrolle* alla luce della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 30 aprile 2014. – 6.1. La clausola *floor* va sottoposta a controllo. – 7. Criteri di giudizio. – 8. Il controllo di trasparenza: la disciplina (residuale) delle operazioni e servizi bancari di cui al Capo I, titolo VI del t.u.b. – 9. (*Segue*): Il criterio della prevalenza delle finalità. – 10. La disciplina di trasparenza applicabile in forza dello *status* di contraente-consumatore: la sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013. – 11. (*Segue*): modelli di trasparenza e condizioni economiche.

1. Il tema della “trasparenza dei prodotti bancari” ha trovato una nuova declinazione di parte speciale. Previsto nella prassi, il contratto di mutuo a tasso variabile si accompagna sovente ad una clausola *floor* che prevede un limite al di sotto del quale gli interessi compensativi non possono scendere. Impropriamente percepita come innocua dalla clientela e del tutto ignorata dalla letteratura specialistica ha dimostrato, nell'oggi, la sua influenza. Lo testimonia l'attenzione al tema da parte dell'Arbitro Bancario Finanziario. Lo testimonia, non meno, il procedimento istruttorio avviato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato volto ad accertare la presenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza nella determinazione dei tassi applicabili ai mutui fondiari¹.

Nel suo riflettersi sui contratti di finanziamento la clausola *floor* viene ad assumere in sé le problematiche che segnano l'agire dei contraenti nel bancario: prima fra tutte quella della protezione della domanda, che nell'archetipo della trasparenza trova una prima soluzione. Il discorso si mostra però aperto e procede lungo diverse direttive che ci conducono alla disciplina delle vessatorie, nonché ai contratti derivati così detti incorporati.

In prima analisi il fenomeno va analizzato sotto la lente delle decisioni di politica monetaria che hanno spiegato un costante calo, a partire dalla fine del

¹ Con Provvedimento n. 24897 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 7 maggio 2014 ha avviato procedimento istruttorio nei confronti di sei banche operanti nelle province di Bolzano e Trento finalizzato ad accertare la presenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza nella determinazione dei tassi pavimento applicabili ai mutui fondiari il cui ammontare è stato fissato nell'identica misura del 3%. Con Provvedimento n. 25272 del 2 febbraio 2015 il procedimento è stato esteso nei confronti di altri istituti di credito.

2008, del costo del denaro². Il progressivo decremento dell'Euribor³, così come degli altri parametri di riferimento, nonché le prospettive di sostanziale assestamento degli indici a livelli prossimi allo zero, rappresentano la ragione per cui il “tasso pavimento” soppianta, in linea generale, il tasso compensativo. Esso diventa criterio transeunte di determinazione e regolazione degli interessi. Le vicende relative all'attuale costo del denaro conformano il regolamento di interessi originario e alterano le modalità di distribuzione del rischio contrattuale. Gli è infatti che la banca cambia tasso in ragione dell'andamento del parametro sottostante, sottraendosi al rischio della diminuzione del saggio. Il meccanismo richiamato ci consegna un assetto negoziale (apparentemente) squilibrato che pone financo dubbi sulla meritevolezza degli interessi realizzati. A meno di non relegare il tema a mera questione di convenienza, di prezzo strettamente inteso. I dubbi sono dovuti soprattutto alla circostanza che la clausola *floor* modifica la struttura del contratto e appare solo camuffata come clausola economica.

Essa si presta allora a un controllo contenutistico e a un giudizio di legittimità in punto di trasparenza e congruità dello scambio?

Con scarse notazioni, vorrei rispondere a questi interrogativi e dare enfasi a talune criticità che la clausola in esame viene variamente a manifestare.

2. Un primo interrogativo che incalza concerne la natura vessatoria della clausola là dove, a malgrado la buona fede, appare idonea a determinare a carico del cliente-consumatore un significativo squilibrio di diritti e obblighi. Tale assunto sembra pacifico. Del resto che la clausola *floor* abbia l'effetto di arrecare un vantaggio unilaterale al mutuante non è in discussione: si tratta però di valutare se lo squilibrio superi o meno il vaglio di legittimità.

Assunta questa prospettiva, a venire in rilievo sono innanzitutto gli artt. 33 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. A ben considerare però il concetto di “significativo squilibrio” attiene propriamente al contenuto normativo del negozio, all'assetto di interessi diviso dai contraenti. L'art. 34, comma 2 esclude invece la valutazione del carattere vessatorio della clausola che attiene all'adeguatezza del *corrispettivo* del servizio, purché tale elemento sia individuato *in modo chiaro e comprensibile*⁴.

In relazione alla prima strada tracciata – che è l'unica seguita nel presente dall'Arbitro Bancario Finanziario – l'esegesi della norma ha determinato un non indifferente numero di decisioni di rigetto dei ricorsi presentati dalla

² Passando in rassegna le comunicazioni del tasso da parte della Banca Centrale Europea, si può constatare la costante diminuzione dell'indice a far data dall'8 ottobre 2008 (Tasso BCE pari a 3,75%) sino all'ultima recentissima modifica intervenuta in data 4 settembre 2014 (Tasso BCE pari a 0,050%).

³ Per un rapido raffronto circa l'andamento dell'indice Euribor, e del suo progressivo calo a partire dal settembre 2008, è possibile consultare l'indirizzo internet <http://it.euribor-rates.eu/>.

⁴ Si aggiunga che l'art. 33, comma 6 stabilisce che: “Le lettere n) e o) del comma 2 non si applicano alle cause di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte”. Ancora, l'art. 33, comma 5 dispone che: “Le lettere h), m), n) e o) del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista (...)”.

clientela⁵. Da questo angolo visuale, la valutazione del carattere vessatorio della clausola va esclusa dacché inerente a profili economici del regolamento, che utilizza formule contrattuali (uniformi) cristalline e comprensibili. La decisione del Collegio di Napoli, n. 2735/2014 rimarca il punto e definisce “chiara, in definitiva, la volontà legislativa di non consentire che il giudizio di vessatorietà si estenda anche alle clausole, è il caso di specie, destinate a remunerare il servizio di finanziamento erogato dal mutuante. Clausole del genere possono essere sindacate, nel nostro ordinamento giuridico, sotto il profilo della vessatorietà, solo a condizione che risultino formulate in modo oscuro e poco comprensibile. È da escludere, invece, una prospettiva di valutazione (...) che involverebbe un sindacato di <giustizia>, ove peraltro l’interprete stenterebbe a rinvenire indici sicuri di quello che andrebbe considerato come <giusto> corrispettivo del servizio” (nostro il corsivetto).

Il tema appena introdotto si basa su due diversi assunti che, allo stato, sembrano esaurire il ragionamento: i) la clausola *floor* stabilisce semplicemente un corrispettivo del servizio; ii) essa è redatta in modo chiaro e inequivoco. In altri termini: il binomio “squilibrio normativo-squilibrio economico” scioglie all’evidenza il nodo interpretativo; la formula della trasparenza si esaurisce nell’illustrazione del tasso, e prescinde dal funzionamento in concerto della clausola.

3. Negata la realtà di simili assunti, non vi è chi non intraveda la dimensione del fenomeno, che appare decisamente più complessa. Nel suo enunciato, il principio espresso – di *corrispettività*, nel senso che la clausola *floor* attiene ai meri profili economici del regolamento – va verificato, alla luce della funzione in concreto che la clausola realizza. Anche la prospettiva della trasparenza non può certo esaurirsi nell’entità del “saggio”, dovendo spiegare il meccanismo di funzionamento e l’effettiva portata delle conseguenze economiche dello scambio (cfr. *infra*).

La prospettiva funzionale deve muovere dalle categorie civilistiche. Che ci conducono alla funzione dell’obbligazione relativa al pagamento degli interessi, che è *funzione remunerativa*. Gli interessi costituiscono per il mutuante il corrispettivo delle utilità che il mutuatario trae dalla disponibilità del denaro preso a mutuo⁶. Superata la prospettiva “paleo-economica/giuridica”⁷ della naturale gratuità del mutuo, esso diventa naturalmente oneroso. Nel mutuo feneratizio il corrispettivo diviene essenziale e si pone in connessione logica al godimento del capitale. Del resto, gli interessi sono i “frutti civili (...) che si traggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia” (art. 820 c.c.). Per l’effetto, l’obbligazione in

⁵ Si vedano ABF Collegio di Milano 2 agosto 2010 n. 858; ID 18 gennaio 2011 n. 140; ID 1 aprile 2011 n. 668; ABF Collegio di Roma 13 dicembre 2011 n. 2688; ABF Collegio di Napoli 1 febbraio 2012 n. 305; ABF Collegio di Roma 3 settembre 2012 n. 2833; ABF Collegio di Napoli 5 maggio 2014 n. 2735. Le decisioni sono state selezionate da Antonella Sciarone Alibrandi in occasione del Convegno “Credito bancario: tecniche di gestione e problematiche giuridiche” organizzato dalla redazione di Dirittobancario.it a Milano il 4 dicembre 2014.

⁶ LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, 95 ss.; SIMONETTO, voce *Interessi*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.

⁷ L’espressione è di SIMONETTO (nt. 6), 8.

capo all'*accipiens* di corrispondere gli interessi si pone in termini sinallagmatici rispetto all'attribuzione del *tradens*. Si tratta di un'obbligazione che conferma il carattere corrispettivo del contratto.

Per sua natura, questo tema si presterebbe a più attenta riflessione. Tuttavia, le questioni relative alla natura (primaria o accessoria⁸) degli interessi nonché alla nozione di prestazione (come godimento del capitale o corrispettivo del differimento⁹) non sembrano pregiudiziali nello sviluppo del ragionamento.

Il punto è infatti un altro. Si tratta semplicemente di sottolineare la funzione remunerativa degli interessi compensativi¹⁰.

Date le esposte circostanze, non sorprende che le clausole di determinazione degli interessi nei contratti di mutuo vadano escluse dal giudizio di abusività ai sensi dell'art. 34, comma 2 cod. cons. purché siano individuate in modo chiaro e comprensibile. La valutazione del carattere vessatorio non attiene, si è ricordato, all'adeguatezza del corrispettivo. Né risulta presente “– nella letteratura, come nell'operatività, come pure nel pensare comune – una cultura dell'equilibrio oggettivo, della proporzione tra le prestazioni reciproche”¹¹.

Non è quindi potere dell'interprete sindacare la convenienza o il carattere eccessivamente oneroso del tasso di interesse negoziato dalle parti, sia esso fisso o variabile.

4. Data questa prospettiva, resta da verificare se le conclusioni rassegnate possono ripetersi con riguardo alla clausola *floor*. Nel grande alveo delle clausole di regolazione dei tassi nei mutui¹², anche quella in esame sembrerebbe, in prima battuta, una tecnica di definizione del prezzo, di quantificazione dell'ammontare della rata. Certo, una soluzione meno vantaggiosa per il cliente rispetto ad alternative disponibili sul mercato. Ma, da questo angolo visuale, che è quello fatto proprio dall'Arbitro Bancario Finanziario, il problema attiene alla misura del carico economico che preclude, in generale, un intervento eteronomo.

Un simile procedere, in verità, non può convincere. Allargando per un istante lo sguardo al sistema finanziario possiamo constatare come, più in generale, il

⁸ Vedi TETI, *Il mutuo*, in *Trattato Rescigno*, XII, Torino, 1985 che chiarisce come l'accessorietà degli interessi rispetto all'obbligazione principale (relativa al capitale) attiene solo al momento genetico, giacché una volta sorto il credito degli interessi diventa autonomo.

⁹ MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, Roma, 1926, 559 ss.; CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 26 ss.; CARRESI, *Il comodato – Il mutuo*, in *Trattato Vassalli*, VIII, 2, Torino, 1957, 101; TETI (NT. 8) che attribuiscono funzione di godimento (c.d. *Nutzungstheorie* o teoria del godimento): il trasferimento della proprietà all'*accipiens* diviene il mezzo tecnico che permette al mutuatario di godere temporaneamente del bene. *Contra*, cioè dell'idea che il concetto di godimento non è idoneo a spiegare la funzione del contratto di mutuo ma un mero espediente linguistico per giustificare l'essenza dell'operazione economica SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, 57 ss.; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario Scialoja Branca*, 1959, artt. 1277 – 1284, Bologna-Roma, 1959, 338.

¹⁰ In giurisprudenza chiarissima Cass. 23 gennaio 2008, n. 1377, in *Guida al diritto*, XIV, 59.

¹¹ DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 141. Ferma, si intende, l'azione generale di lesione, la disciplina in tema di usura e, più in generale, le regolamentazioni eteronome del bancario.

¹² Si pensi al mutuo a rata fissa e durata variabile, a tasso misto rinegoziabile, a tasso bilanciato, a tasso misto con opzione (invertita), ecc.

contratto di *interest rate floor* (noto semplicemente come *floor*) altro non sia che un'opzione su tasso di interesse (*interest rate options*) offerta nei mercati *over the counter*. Si tratta di un negozio in forza del quale, dietro pagamento di un premio, l'acquirente del *floor* acquista il diritto a ricevere dal venditore un importo pari al capitale nozionale maggiorato del differenziale tra tasso variabile e tasso predeterminato (il tasso pavimento)¹³. Naturalmente, se il differenziale è negativo (: il tasso variabile è maggiore o uguale al tasso predeterminato) nulla è dovuto. Le opzioni sono infatti un esempio importantissimo di contratti derivati il cui *payoff* dipende dal valore del sottostante (*underlying*).

La logica è quella dell'*investimento* con minimo garantito¹⁴. Al fine di limitare il rischio e assicurare redditività all'operazione il finanziatore acquista un *floor* dietro pagamento di un premio. Altrimenti detto, con la stipulazione del *floor* la banca si assicura – nei periodi di tempo in cui il tasso variabile applicato scende sotto il tasso minimo prefissato – la liquidazione da parte del venditore del *floor* (: il cliente) di un flusso monetario idoneo a garantire il tasso minimo di rendimento¹⁵. Non a caso, dalla prospettiva strettamente finanziaria l'opzione su tasso di interesse è paragonata alla polizza assicurativa che copre i rischi di una elevata variabilità dei tassi di interesse¹⁶. Si tratta, all'evidenza, di uno strumento di protezione dall'andamento avverso dei tassi¹⁷.

Se alla scadenza del contratto di finanziamento il tasso ricevuto supera l'ammontare del premio pagato, l'acquirente avrà tratto beneficio dall'operazione. La valutazione economica complessiva dell'operazione è quindi condizionata dal valore del premio. Ogni opzione ha un prezzo che dipende dal valore del *floor* rispetto al tasso di mercato, attuale e prospettico. Il valore di un *floor* “è dato dall'attualizzazione dai guadagni attesi la cui determinazione dipende dalla *distribuzione di probabilità* dei tassi di riferimento futuri (...). Più analiticamente si può affermare che il valore di un (...) *floor* dipende da: livello del tasso prefissato, volatilità dei tassi di interesse, durata dell'opzione, frequenza dei pagamenti, livello corrente dei

¹³ Per un'analisi tecnica si veda HULL, *Opzioni, Futures e altri derivati*, ed. 2007, Milano, 653 ss.

¹⁴ Tizio stipula con la Banca β un mutuo a tasso variabile eurbor 3 mesi, *spread* del 2% che prevede il pagamento delle rate su base trimestrale. Per proteggersi dal rischio di abbassamento dei tassi di interesse la Banca β acquista un *interest rate floor*. Siffatta opzione individua la soglia minima di tasso di interesse pagabile nella misura del 3%. In altri termini, se i tassi di interesse dovessero scendere sotto il 3% nei trimestri di riferimento la Banca β – in forza dell'*interest rate floor* – riceverà automaticamente in pagamento per il danaro erogato un minimo del 3% di interesse. Parimenti, in prospettiva inversa, i prenditori a tasso variabile possono stipulare un *interest rate cap* al fine di proteggersi dal rischio che i tassi di interesse superino un certo livello, il così detto *cap rate*. O ancora è possibile perfezionare un *collar*, ovvero la combinazione di una posizione su *cap* e *floor*.

¹⁵ HORECZKO, *I derivati finanziari e creditizi*, Pescara, 2012, 381 e 382.

¹⁶ CUCINOTTA, MORETTI, *Strumenti della nuova finanza, Domestic interest rate swap, warrant, cap, floor, collar, Commercial Paper, opzioni, prestiti convertibili*, Roma, 1988, 121. Secondo gli autori il successo del mercato dei *floor* è legato al grado di incertezza esistente sul mercato finanziario e alla bassa propensione al rischio di taluni attori.

¹⁷ Quanto al funzionamento si tratta di opzione così detta automatica, nel senso che il diritto viene esercitato *ex ante* dalla banca senza la necessità di un'ulteriore manifestazione di interesse qualora il tasso raggiunga un livello predefinito.

tassi di interesse¹⁸. Quella del *pricing* delle opzioni è tecnica finanziaria complessa, che si appalesa necessaria per assicurare equilibrio economico all'operazione e corretta allocazione del rischio tra le parti¹⁹.

Le prestazioni contrattuali sono allora legate da un nesso commutativo idoneo ad assecondare esigenze di tipo finanziario dei contraenti. In sintesi, l'essenza dell'operazione si rinviene nella pianificazione (: razionalizzazione) degli oneri finanziari del mutuante, nella copertura dai rischi delle fluttuazioni dei tassi di interesse. Questa è la ragione concreta del negozio, l'interesse perseguito dalla Banca, il significato pratico dell'*interest rate floor*²⁰.

5. Per i fini concreti che qui interessano rimane da verificare se le riflessioni mentovate seguono analogo percorso e convergono quanto a risultato con riguardo alla clausola *floor* contenuta nei contratti di finanziamento. La notazione riporta concretezza al discorso dacché l'opzione, in specie, non è contrattualmente trasferibile (indipendentemente dal finanziamento), né ha una controparte diversa rispetto ai contraenti del mutuo. Caratteristiche queste che si rinvengono, per converso, nei contratti derivati e, in particolare, negli *interest rate floor*.

A ben considerare il fenomeno non è affatto sconosciuto alla prassi finanziaria. Molti "prodotti" con struttura apparentemente elementare sono costruiti incorporando al loro interno opzioni²¹. Lo strumento derivato semplicemente non è autonomo, bensì incorporato in un contratto primario (noto come <contratto *host*>) che può assumere diverse forme. Si pensi ai contratti per la fornitura di beni e servizi che contengono una clausola, un derivato per l'appunto, che influisce sul prezzo da corrispondere o incassare per l'acquisto o la vendita del bene o del servizio²²; ovvero ai contratti di *leasing* o di mutuo (è il nostro caso) che contengono una clausola che influisce sull'ammontare degli

¹⁸ CUCINOTTA, MORETTI (nt. 16), 124 e 125. Come intuitivo, vi è un rapporto direttamente proporzionale tra tasso prefissato (così detto *strike rate*) e copertura offerta. Quanto alla volatilità, maggiori sono le fluttuazioni dei tassi e tanto più elevata è la probabilità che il saggio di interesse compensativo superi lo *strike rate*. Anche la variabile del tempo segue la stessa logica: un'opzione protratta per un periodo di tempo elevato incrementa la probabilità del superamento del tasso prefissato. A parità di durata poi la frequenza dei pagamenti incide sulla possibilità di beneficiare della protezione offerta. Infine, l'entità dello scarto tra il livello corrente dei tassi e il tasso pavimento influenza l'attualizzazione dei guadagni attesi.

¹⁹ HULL (nt. 13), 653 ove viene indicata l'equazione di determinazione del valore del *floor*. Si veda anche CASTELLANI, DE FELICE, MORICONI, *Manuale di finanza, III, Modelli stocastici e contratti derivati*, Bologna, 2006, 108 i quali evidenziano che "[d]al punto di vista modellistico questi tipi di prodotto richiedono un'attenzione particolare. In molti modelli di *option pricing*, infatti, si descrivono i tassi di interesse come perfettamente prevedibili, nell'ipotesi che il rischio di tasso abbia effetto trascurabile rispetto agli effetti dell'incertezza che caratterizza il sottostante. Quando il sottostante è per sua natura (...) un indice *interest rate sensitive* questa approssimazione in generale non è più accettabile e, almeno in linea di principio, è necessario sviluppare modelli di valutazione più complessi con tassi di interesse stocastici".

²⁰ Sul tema della causa nei derivati mi sia consentito rimandare a SARTORI, *Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 501 ss.

²¹ Testualmente CASTELLANI, DE FELICE, MORICONI, (nt. 19), 108.

²² Cfr. BUSSO, *IAS 39 – Strumenti finanziari: rilevazione e valutazione*, in Dezzani, Biancone, Busso (a cura di), *IAS/IFRS*, Milano, 2012, 1815 che, a titolo esemplificativo, richiama il contratto di vendita ove il prezzo finale dipende dal valore che il tasso di inflazione assumerà durante un certo periodo.

interessi da pagare. Senza il *derivato incorporato*, il contratto prevedrebbe determinati flussi finanziari. La clausola *floor*, per contro, modifica tali flussi sulla base dell'andamento del tasso di interesse (il sottostante)²³.

Una definizione la ritroviamo nel principio IAS 39, § 10 che definisce gli “*embedded derivative*” come “una componente di uno strumento ibrido (combinato) che include anche un contratto primario non derivato – con l'effetto che alcuni dei flussi finanziari dello strumento combinato variano in maniera simile a quelli del derivato preso a sé stante”. Beninteso: da questo angolo visuale, la distinzione tra derivato incorporato e separato assume rilievo ai meri fini della rilevazione e valutazione in bilancio. Sebbene, in linea di principio, qualsiasi derivato incorporato in un contratto ibrido dovrebbe essere separato e valutato al *fair value*, al pari dei derivati *stand-alone*, per motivi pratici i derivati incorporati strettamente correlati al contratto primario non devono essere separati²⁴.

Ai nostri fini è sufficiente evidenziare che il derivato incorporato modifica il funzionamento del contratto ospite alla luce di una variabile esterna che incide sulla regolazione futura dei flussi di cassa. La funzione della clausola *floor* rimane finanziaria ed è intima ad esigenze di programmazione del debito (: limite minimo degli interessi). Le prestazioni corrispettive rimangono legate da un nesso di commutatività. Chi acquista l'opzione deve pagare il premio alla controparte – che è controparte anche del contratto primario – secondo criteri di valutazione analoghi a quelli previsti per i derivati separati.

6. La ricognizione fin qui condotta offre alcuni spunti su cui riflettere in merito al giudizio di vessatorietà della clausola *floor*. Prima di procedere nella partita illustrazione, sembra utile rimarcare che lo squilibrio rilevante ai fini della nullità della clausola è quello normativo, inerente cioè i diritti e gli obblighi delle parti, e non invece quello che crea una perequazione tra servizio e corrispettivo. La *ratio* si coglie nello statuto liberale del governo dell'economia, nell'esclusione cioè di un controllo dell'assetto economico del contratto²⁵. Epperò nel suo atteggiarsi concreto, il tema del “giusto prezzo” nelle vessatorie non è di immediata e semplice applicazione. Esso si manifesta sotto più versanti discontinuo. Solo un procedere per distinzioni consente di delimitare il territorio dello squilibrio normativo da quello economico²⁶. In questo senso, vanno escluse dalla provincia dell'immunità quelle clausole che – mascherate da condizioni economiche – sono idonee a trasferire rischi e costi

²³ Se l'opzione è “*in the money*” (: *floor* uguale o inferiore al tasso di interesse di mercato al momento della emissione) il flusso di cassa non viene modificato dall'origine. Diversamente se l'opzione è “*out of money*” (: *floor* superiore al tasso di interesse di mercato al momento della emissione) il flusso di cassa viene modificato dall'origine.

²⁴ L'opzione *floor* si considera strettamente correlata se non presenta effetto leva e se il limite fissato è uguale o inferiore al tasso di interesse di mercato al momento dell'emissione.

²⁵ Più in generale si veda RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Mazzoni (a cura di), trad. it. Graziadei, Milano, 1990, 101 ss.

²⁶ Il tema è conosciutissimo alla letteratura tedesca e trova precisi riscontri nella casistica. Riferimenti bibliografici e una puntuale ricostruzione giurisprudenziale in RIZZO, *Trasparenza e <contratti del consumatore>* (*La novella al codice civile*), Napoli, 1997, 111 ss., in particolare nt. 180 – 182.

sulla controparte²⁷. Si pensi alle clausole di modificazione o di adeguamento del prezzo, ovvero a quelle di garanzia monetaria. Si tratta di pattuizioni che pur avendo un visibile impatto economico incidono, *ictu oculi*, sul piano normativo. Nel senso che modificano l'assetto degli interessi e condizionano la distribuzione del rischio, giustificando un controllo in punto di abuso.

Seguendo questa prospettiva, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con una recente pronuncia del 30 aprile 2014 (procedimento 26/13) ha escluso dal giudizio di vessatorietà le *mere* clausole che riguardano “le prestazioni essenziali del contratto” (§ 49) o che ineriscono l'entità del prezzo (§ 54)²⁸. La *ratio decidendi* si coglie nell'obbligo di un'interpretazione restrittiva di siffatte clausole che non possono ricomprende pattuizioni accessorie o accidentali²⁹. La Corte europea, seguendo le orme della giurisprudenza tedesca, riscrive il canone dello squilibrio economico con riguardo ad una fattispecie, fra l'altro, non dissimile concettualmente a quella che ci occupa³⁰: le clausole contrattuali che, pur avendo effetti economici, non riguardano le prestazioni essenziali del contratto (*Hauptkonditionem*) bensì elementi accessori (*Nebenabreden*) che limitano, integrano o modificano la promessa della prestazione principale (è il nostro caso) sono sottoposte al così detto *Inhaltskontrolle*.

La regola dell'immunità dello squilibrio economico subisce allora un netto ridimensionamento e viene ancorata ai rigidi presupposti che la giustificano, ovvero il “libero” funzionamento dei meccanismi di mercato nei processi di corretta e trasparente formazione dei prezzi. Il principio della congruità dello scambio non può invece diventare l'alibi per introdurre insindacabili limitazioni o esclusioni dei costi e/o dei rischi a vantaggio di una parte del contratto³¹.

²⁷ *Ibidem*, 113, nt. 192. Si veda anche STEIN, in Soergel, Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2/2, *Schuldrecht 1/2* (§§ 433 – 515), *AGB-Gesetz, AbzG, EKG, EKAG*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1991, 1617.

²⁸ Per una analisi critica PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di teri” o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, 10, 853 ss.

²⁹ Si legge al § 50 che “le clausole che rivestono un carattere accessorio rispetto a quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale non possono rientrare nella nozione di <oggetto principale del contratto> ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13”.

³⁰ La fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte ineriva una clausola relativa al corso di cambio applicabile ai rimborsi di un mutuo ipotecario espressi in valuta estera. La banca accordava ai mutuatari un finanziamento espresso in fiorini ungheresi con la clausola in forza della quale le rate venivano determinate, il giorno precedente la scadenza, in base al corso della valuta svizzera.

³¹ Come è stato acutamente osservato, le “clausole sullo squilibrio sinallagmatico hanno una <portata [così] ridotta> (§ 54) che il contemplare degli *Schranken der Inhaltskontrolle* è, prima di tutto, una questione di ragion pratica. Non a caso le clausole del mutuo disponenti un'asimmetria tra il corso di vendita e quello di cambio non sono *sul prezzo* bensì clausole sul <corso di conversione della valuta estera in cui è redatto il contratto di mutuo> (§ 58). In un contesto siffatto finisce fuori quadro perciò anche l'argomento di un'insindacabilità dell'equilibrio economico sulla scorta del *Brauch-nicht-Motiv*, cioè un sindacato è inutile perché il consumatore normalmente è conscio del prezzo”. Così PAGLIANTINI, (nt. 28), 859 e 860.

6.1. L'interprete nel *milieu* è chiamato a valutare, "dati la natura, l'economia generale e le stipulazioni del contratto di mutuo, nonché il suo contesto giuridico e fattuale, se la clausola [*floor*] costituisca un elemento essenziale della prestazione del debitore consistente nel rimborso dell'importo messo a disposizione dal creditore" (§ 51)³².

Tracciato, nelle ipotesi di confine, il rapporto tra "clausola" relativa al pagamento degli interessi e clausola relativa alla copertura dei rischi il riscontro appare scontato. Solo l'obbligazione relativa al pagamento degli interessi ha funzione remunerativa ed attiene propriamente all'assetto economico del contratto, nel senso chiarito dalla Corte europea. La clausola *floor*, invece, pur manifestando una sua influenza sull'assetto economico del rapporto, modifica la promessa della prestazione principale (: pagamento del tasso variabile) e incide direttamente sulla posizione giuridica dei contraenti.

Del resto, la clausola in questione non è sul prezzo del servizio ma sulla distribuzione dei rischi dell'andamento del sottostante e non sembra quindi poter essere esentata dal giudizio di vessatorietà.

Il derivato (incorporato) su tasso di interesse ricalca il funzionamento della polizza assicurativa ed è funzionale a ridefinire il rischio dell'operazione negoziale. La causa del contratto di opzione "è l'*assunzione* del rischio di variazione del tasso dietro corrispettivo di un premio"³³. In concreto essa consente di razionalizzare l'operazione finanziaria e proteggere la banca dal rischio che la variazione dei tassi non renda l'operazione conveniente.

Essa non può essere annoverata tra le clausole essenziali. Essa non ha funzione remunerativa, né tantomeno attiene all'entità del prezzo.

Su questo terreno anche il presidio contro interventi eteronomi nel governo dell'economia non sembra un ostacolo alla valutazione del carattere vessatorio della clausola. Del resto un controllo sul *floor* non attiene all'opportunità dell'affare, né è funzionale a rimediare a finanziamenti poco conveniente per la clientela.

In veloce sintesi, la clausola *floor* va assoggettata a controllo contenutistico.

7. Dal tipo negoziale identificato nel suo oggetto non si può inferire a priori il carattere abusivo della clausola *floor*. Vieppiù essa realizza interessi meritevoli di tutela. Nella prospettiva della banca è idonea a presidiare efficacemente i rischi legati ad una redditività inadeguata dei finanziamenti a tempo determinato³⁴. Essa persegue una politica gestionale orientata ad assicurare

³² Enfasi aggiunta.

³³ CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007, 333.

³⁴ Non a caso l'utilizzo massivo nella prassi bancaria delle clausole *floor* risale al 2010 ed è, ad avviso di chi scrive, riconducibile al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, come noto, ha modificato l'art. 118 TUB legittimando la modifica unilaterale dei tassi di interesse nei soli contratti di durata a tempo indeterminato. Sul tema si veda AA. VV., *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Dolmetta e Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Quaderni di Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 36, 2012.

stabilità all'ente creditizio e, in ultima analisi, la sana e prudente gestione. Che è fine di interesse generale³⁵.

Utilizzando questo prisma, la clausola non sembra richiedere ulteriori approfondimenti assunta la compatibilità con il principio chiave del bancario. L'esigenza di stabilità ed efficienza del sistema non esime però l'intermediario dal porre in essere condotte operative improntate a buona fede e lealtà. Il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela concorre anch'esso alla sana e prudente gestione. In quest'ottica, il concetto di buona fede ci conduce a quello di "equilibrio" che a sua volta sta alla base del giudizio di vessatorietà³⁶.

Il quadro è quindi tracciato. Si tratta semplicemente di verificare, in concreto, se l'opzione sui tassi introduca tra le parti uno squilibrio rilevante, se nella strutturazione del "prodotto" siano rispettati quegli "standard minimi" richiesti³⁷. Non vi è infatti chi non intraveda un rischio concreto che la clausola in esame imponga al consumatore un sacrificio significativo non conforme a correttezza nel contesto complessivo dell'affare.

Il criterio del "significativo squilibrio" non è però di piana applicazione considerato che la clausola deve essere valutata (i) tenendo conto della natura del servizio oggetto del contratto, (ii) facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, nonché (iii) alla luce delle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende (art. 34, comma 1 cod. cons.).

La portata della valutazione della vessatorietà è insomma legata alle caratteristiche della fattispecie, alla "forza delle rispettive posizioni delle parti" (sedicesimo considerando), all'eventuale occorrenza di una trattativa individuale (da valutarsi alla luce della concorrenzialità del mercato). Il che rende difficile – in astratto – determinare se la previsione convenzionale sia di per sé illegittima nonostante, all'apparenza, essa crei un irragionevole squilibrio. Difatti sia che il tasso cresca sia che il tasso diminuisca l'operazione rimane conveniente per il mutuante, a tutto pregiudizio del mutuatario. Al riguardo, è appena il caso di aggiungere che il significativo squilibrio assume rilievo in quanto il sacrificio imposto dalla banca al cliente non appare conforme a correttezza nel contesto complessivo dell'affare³⁸.

Alcuni elementi ci consentono in ogni caso, senza pretese di completezza, di prospettare soluzioni di massima in punto di abusività della clausola.

Innanzitutto, si deve verificare se la distribuzione dei rischi è simmetrica. Il giudizio di vessatorietà deve tenere in debita considerazione tutte le altre clausole che compongono il regolamento pattizio, dacché lo squilibrio di una

³⁵ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, ed. 2012. In chiave critica si veda anche SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *NLGC*, 2015, in corso di stampa.

³⁶ Si veda MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 104 ss.; ID., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato Roppo*, IV, *Rimedi*, Milano, 2006, 550 ss. che ripercorre il dibattito sul rapporto tra abusività, buona fede e squilibrio.

³⁷ JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, Lipari (a cura di), III, Padova, 2003, 86.

³⁸ DE NOVA, *La clausole vessatorie*, Milano, 1996, 16; TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, Il Codice Civile. Commentario*, Alpa e Patti (a cura di), Milano, 2003, 38 ss.

singola clausola potrebbe essere bilanciato da ulteriori attribuzioni negoziali³⁹. Lo squilibrio determinato dalla clausola *floor* può essere, ad esempio, compensato da una clausola *cap* speculare e contraria. La banca acquista un *floor* ma contestualmente vende al cliente un *cap* con un effetto di bilanciamento dei rischi e di compensazione dei premi⁴⁰. Naturalmente il livello di protezione reciproca deve assestarsi su binari di proporzionalità ed essere declinato con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente. Nella valutazione dell'equilibrio tra le posizioni giuridiche dei contraenti bisogna andare oltre l'effimera bilateralità esteriore: "lo squilibrio va valutato in senso sostanziale, non risultando sufficiente che dal punto di vista formale gli oneri contrattuali siano posti a carico di entrambe le parti (...)"⁴¹. Di tal che non serviranno a sciogliere il nodo dello squilibrio quelle "pseudo clausole *cap*" che individuano nella soglia antiusura rilevata su base trimestrale il tasso fisso predeterminato (così dette clausole di salvaguardia^{42,43}).

In assenza di una effettiva utilità di attribuzioni a favore del consumatore, la clausola *floor* non potrà essere considerata di per sé illegittima. Lo squilibrio normativo può infatti trovare adeguata soddisfazione "economica"⁴⁴. La banca, nel rispetto delle regole di buona fede e di trasparenza, può "distribuire" prodotti complessi con componenti derivative. La scelta, in generale, è prudenziale e coerente agli obiettivi di Vigilanza. Dall'angolo visuale del cliente, che vende consapevolmente un *floor* al mutuante, assume decisiva importanza l'incasso del premio. In altri termini, lo squilibrio normativo viene controbilanciato dall'adeguatezza del corrispettivo. Come è stato efficacemente osservato: "ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo ad un altro"⁴⁵. Il legislatore europeo ha chiarito questo profilo nel considerando

³⁹ Cfr. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro. It.*, V, 1996, c. 152; BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto Impr. Eur.*, 1996, 443 ss.

⁴⁰ Per il calcolo del valore del premio cfr. *supra*. Esso dipende, come nel caso del *floor*, dal valore del *cap* rispetto ai tassi di mercato correnti e dalle aspettative probabilistiche sui tassi di interesse.

⁴¹ MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, (nt. 36), 556. Cfr. anche TROIANO, (nt. 38), 79.

⁴² Clausole elaborate nella prassi negoziale per rimediare ai rischi legali connessi all'usura sopravvenuta. Già sottoposte a un primo vaglio positivo dalla giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Roma, 14 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 3 dicembre 2014; Trib. Napoli, 4 giugno 2014; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014; tutte in www.expartecreditoris.it. Nello stesso senso anche ABF, Collegio di Napoli, 13 gennaio 2014, in www.arbitrobancariofinanziario.it

⁴³ L'espressione è di Sciarrone Alibrandi, (nt. 5). Quest'aspetto è stato colto da ABF, Collegio di Napoli, 5 maggio 2014, n. 2735 ove testualmente: "Risulta confermato che, nel caso di specie, non sia stata inserita una clausola di tenore opposto, c.d. *cap*, che, all'opposto, avrebbe garantito il mutuatario contro il rischio di una lievitazione eccessiva del tasso di interessi" E, infatti, la disposizione negoziale che "introduce il divieto di superare il tasso effettivo globale medio praticato per le operazioni di mutuo, aumentato della metà, sempre in ragione d'anno – non contiene quella che può tecnicamente definirsi una clausola *cap*: tale previsione, in effetti, si limita a prevedere una clausola di contenimento del tasso, in corrispondenza del divieto legale di superamento del tasso soglia usurario, ma non può considerarsi espressiva della volontà convenzionale di introdurre un bilanciamento del vantaggio assicurato al mutuante, tramite un reciproco e corrispondente vantaggio riconosciuto al mutuatario".

⁴⁴ MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, (nt. 36), 556.

⁴⁵ ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contracts*, Oxford, 1990, 303, nonché i rilievi critici di PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, cc. 137 ss.

diciannove della Direttiva n. 93/13 là dove precisa che nella valutazione dell'abusività di una clausola "si può tener conto (...) del rapporto qualità/prezzo"⁴⁶. Muovendosi su questo asse, nel contratto di assicurazione sono sottoposte a controllo in punto di abusività le clausole di limitazione del rischio non considerate nella determinazione del corrispettivo. Esse infatti alterano il nesso di corrispettività fra le prestazioni negoziali determinate dalla parti⁴⁷. Parimenti, nella pattuizione *floor* le prestazioni rimangono legate da un nesso di commutatività. Se la banca acquista l'opzione deve pagare il premio al cliente secondo i criteri indicati nei paragrafi precedenti. Il mancato pagamento del premio, in assenza di diversa e apprezzabile utilità, rappresenta un preciso indice del carattere vessatorio della clausola dacché lo squilibrio normativo introdotto non risulta in alcun modo compensato da una contropartita economica offerta al cliente.

Rimane infine da verificare se lo squilibrio introdotto dall'inserimento in un contratto di mutuo a tasso variabile della clausola pavimento possa risultare compensato da una riduzione dell'entità dello *spread* (: del corrispettivo) rispetto a finanziamenti ad indicizzazione pura. Sebbene la vessatorietà di una clausola vada valutata alla luce delle altre clausole che compongono il regolamento contrattuale (o di clausole di un contratto collegato o dipendente) a me sembra che nel complessivo giudizio possa essere ricompresa una "valutazione comparativa" con "prodotti" omogenei. Il che rende concretamente possibile valutare la perequazione economica delle prestazioni *nel* contratto, verificare effettivamente se il prezzo del servizio escluda il carattere vessatorio della clausola⁴⁸.

Il processo di valutazione non può prescindere da una verifica in concreto delle due tipologie di finanziamento che deve consegnare all'interprete evidenze di una considerevole riduzione dell'entità del tasso nei finanziamenti con *floor* rispetto a finanziamenti ad indicizzazione pura. In assenza di un riscontro effettivo, la chiosa della convenienza per il cliente appare un semplice espediente retorico, un mero cavillo irrilevante per l'esclusione della qualifica di vessatorietà.

⁴⁶ VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004.

⁴⁷ SIRENA, *Commento all'art. 1469-ter, comma 2*, in *Il Codice Civile Commentato*, Busnelli (diretto da), Milano, 2003, 885. Si veda anche GAGGERO, *Le clausole abusive nei contratti di assicurazione*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Bianca e Alpa (a cura di), 1996, 499 ss.

⁴⁸ La valutazione risulta peraltro semplificata nei contratti di mutuo garantiti da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale. Oltre ai fogli informativi le banche mettono infatti a disposizione della clientela, mediante copia asportabile, un foglio comparativo contenente informazioni generali sulle diverse tipologie di mutui offerti. Tra le informazioni risultano indicate le caratteristiche e i rischi tipici del mutuo, secondo modalità che agevolano la clientela nella comprensione delle principali differenze tra i diversi prodotti offerti. Il documento riporta inoltre per ogni tipologia di mutuo il tasso di interesse, la durata minima e massima, le modalità di ammortamento, la periodicità delle rate, il TAEG ecc. Si vedano le nuove disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari introdotte con provvedimento 29 luglio 2009, in G.U. 18 settembre 2009, n. 217 e succ. mod.

8. Il tema affrontato si infrange con quello della trasparenza dei prodotti bancari. Il discorso, da questa angolatura, si mostra aperto a molteplici possibilità di sviluppo, apparentemente distanti tra loro. Come quello che asseconda il giudizio di vessatorietà in chiave di effettiva conoscenza delle clausole del contratto. Come quello che attribuisce rilievo allo squilibrio economico se la clausola di determinazione del corrispettivo non è individuata in modo chiaro e comprensibile. Ancora, come quello che si sviluppa intorno al rapporto tra clausola *floor* e disciplina introdotta dal Testo unico della finanza. Le vie sembrano convergere e, nella loro specificità, ci conducono ai fondamentali della disciplina *delle trasparenze*, informati dal “canone orientativo” della buona fede⁴⁹.

La dimensione si abbandona alla dialettica tra disciplina (residuale) delle operazioni e servizi bancari di cui al Capo I, titolo VI del t.u.b. e modelli di tutela rinforzati sul piano soggettivo conformemente alla normativa consumeristica. Le distinzioni applicative, che si accentuano sul piano rimediale, non impediscono di individuare la stella polare che ha guidato il cammino del legislatore⁵⁰. Si tratta a ben vedere di accrescere il livello di consapevolezza del cliente sull’effettiva portata delle clausole negoziali.

Correttezza dell’informazione, nel senso che deve esserci corrispondenza tra informazioni fornite e condizioni praticate, *chiarezza* ed *esaustività*, nel senso che il cliente deve avere una adeguata comprensione e conoscenza del regolamento contrattuale costituiscono i criteri chiave degli strumenti di trasparenza della disciplina di settore.

L’opinione poi che lega l’intensità dei criteri richiamati oltre che al livello di tutela della clientela alla concorrenzialità dei mercati non può che essere pienamente condivisa. Un mercato trasparente favorisce la concorrenza⁵¹.

Le nuove regole di trasparenza hanno portata e vocazione ampia introducendo *standard* comportamentali che impongono agli intermediari di chiarire alla clientela *caratteristiche*, *rischi* e *costi* del prodotto. Per facilitarne la comprensione viene utilizzato un processo comparativo con prodotti analoghi⁵². Il modello affiora in tutte le fasi del rapporto e lo stesso contratto-diviene veicolo informativo.

I presidi di *disclosure* sono funzionali ad assicurare alla clientela la comprensione delle caratteristiche dell’operazione. In questo senso, se il prodotto negoziato è complesso si deve procedere alla scomposizione delle diverse componenti. Con riguardo quindi alla clausola *floor* deve essere chiarito concretamente il suo funzionamento, cioè le *caratteristiche* del derivato a contenuto opzionale, che ha come attività sottostante i tassi di interesse. La logica dell’investimento garantito nasconde una diversa distribuzione del *rischio* tra le parti rispetto a quella che si riscontra nei finanziamenti a tasso variabile, che a sua volta dipende dalla distribuzione di

⁴⁹ DOLMETTA, (nt. 11), 10. Sul tema della trasparenza bancaria si veda MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Trattato Roppo*, V, *Mercati regolamentati*, Milano, 2014, 663 ss.

⁵⁰ Sull’opportunità di ripensare l’intero percorso MUCCIARONE, *Lavori in corso sugli “oneri economici” nelle operazioni bancarie: verso una nuova trasparenza?*, in *Banca impr. soc.*, 2013, 337 ss.

⁵¹ Mi sia consentito richiamare SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011.

⁵² Cfr. *supra* nt. 48.

probabilità dei tassi di riferimento futuri (cfr. *supra*). Questi aspetti devono essere chiariti alla clientela in quanto essenziali per almeno un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, in quanto la asimmetrica distribuzione del rischio di mercato consente al cliente di cogliere la funzione in concreto dell'operazione, che è indubbiamente finanziaria. L'opzione automatica *floor*, si è visto, rappresenta una forma di assicurazione contro le discese improvvise dei tassi attivi sui finanziamenti a tasso variabile. In secondo luogo, in quanto ogni prodotto "assicurativo" ha un *costo* che, in specie, dipende dal valore del tasso predeterminato rispetto a quello di mercato presente e futuro. Seguendo questa prospettiva, deve essere evidenziato il valore corretto dell'opzione secondo i modelli di *pricing* sopra indicati così da rendere noti al cliente i costi (anche impliciti e differiti) che si associano all'operazione di finanziamento.

9. La corretta declinazione delle regole di trasparenza delle operazioni e servizi bancari alla luce del concreto funzionamento della clausola *floor*, della distribuzione dei rischi tra le parti, nonché del valore del premio sembra assorbente rispetto alla possibile applicazione della disciplina prevista dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza). Invero, non si può negare che la disciplina delle regole di condotta che grava gli intermediari nello svolgimento dei servizi di investimento risulti più stringente e analitica. Soprattutto là dove il prodotto finanziario sia illiquido e, vieppiù, distribuito a clienti *retail*⁵³.

Così configurata dal punto di vista economico, l'opzione – sul piano della qualificazione giuridica – rende i contratti nei quali essa è contenuta "prodotti composti", con duplice funzione: di credito e finanziaria. Di tal che potrebbero sorgere perplessità in ordine alla disciplina applicabile in punto di trasparenza. Il problema è intimamente connesso alla funzione del tipo. Che ci riporta al tema del contratto misto e dei criteri di selezione utilizzati dagli interpreti⁵⁴.

Non è questa la sede per ricostruire il dibattito, ai nostri fini è sufficiente evidenziare che il contratto di mutuo con tasso *floor* presenta un solo schema negoziale, quello di cui all'art. 1813 c.c., al quale vengono però apportate alcune variazioni mediante l'inserimento di una clausola assunta dal diverso schema del contratto di *interest rate floor* quale *species* del *genus interest rate options*. La disciplina del contratto è unitaria, come unitaria appare la causa. A mio avviso essa va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, cioè il finanziamento, a cui è stato aggiunto un singolo elemento che in esso si fonde. La così detta teoria dell'assorbimento, in specie, sembra dunque preferibile non ravvisandosi, anche per le ragioni testé mentovate, l'opportunità di disciplinare con diverse normative i vari profili della convenzione (teoria della

⁵³ Si veda la Comunicazione Consob 2 marzo 2009 n. 9019104 "Il dovere dell'intermediario di comportarsi con correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi".

⁵⁴ Per un'introduzione al tema DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazioni, classificazioni e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934; ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 3 ss.; MESSINEO, *Contratto innominato (atipico)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 280; CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 37 ss.; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, ed. 2000, 478 ss.

combinazione)⁵⁵. Si scongiura così un eccesso di frammentarietà disciplinare e si mette in primo piano la funzione prevalente.

Seguendo questo percorso la Banca d'Italia, in sede regolamentare, ha disposto che le disposizioni di Trasparenza bancaria “in caso di prodotti composti la cui finalità (...) preponderante non sia di investimento si applicano all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del TU (ad esempio, finalità di finanziamento...)”⁵⁶.

In definitiva, il “criterio della prevalenza delle finalità” (di finanziamento o investimento) consegnatoci dalla giurisprudenza pratica e teorica, nonché previsto dalle Disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 ci induce a ritenere che le regole del Testo unico bancario siano applicabili in via esclusiva.

10. Le considerazioni svolte consentono di formulare solo una prima conclusione. La regolamentazione residuale di settore lascia intatto il nucleo essenziale della disciplina di trasparenza applicabile in forza dello *status* di contraente-consumatore⁵⁷. Che a ben considerare non aggiunge molto rispetto a quanto previsto dalle regole di settore⁵⁸. E difatti la clausola *floor*, vessatoria oppure no, che abbia contenuto normativo o economico, deve essere redatta “in modo chiaro e comprensibile” (art. 35, comma 1 cod. cons.). I concetti di chiarezza e comprensibilità sono gli stessi che riecheggiano nella normativa bancaria ed attengono propriamente alla forma redazionale e al contenuto della pattuizione. Con linguaggio accessibile, didascalico se necessario, il cliente-consumatore deve essere reso edotto dalla semplice lettura del testo degli obblighi che il *floor* impone, della asimmetrica distribuzione del rischio che la clausola apporta, nonché del diritto al pagamento del premio.

L'obiettivo della normativa, come è stato puntualmente osservato, è quello di “accrescere il grado di consapevolezza del consumatore sull'effettiva portata delle condizioni contrattuali sottoscritte o che si stanno per sottoscrivere”⁵⁹. Ogni flusso informativo va quindi regolato in relazione al destinatario finale che deve essere messo in condizione di comprendere il significato dell'operazione, il contenuto delle clausole (così detto principio di proporzionalità)⁶⁰.

⁵⁵ In giurisprudenza si veda Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1049 ss., con nota di SCALITI.

⁵⁶ BANCA D'ITALIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, Sez. I, n. 1.1, in www.bancaditalia.it. Da altra prospettiva si stabilisce, a contrario, che: “In caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva e preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del TUF sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singoli componenti (...)”. Sul criterio di prevalenza si veda ABF, Collegio di coordinamento, Decisione 14 febbraio 2014, n. 898.

⁵⁷ Si veda RABITTI, *La qualità di <consumatore-cliente> nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in questa rivista., 2014, 201 ss.

⁵⁸ Eventuali differenze si possono riscontrare in punto di onere della prova e rimedi.

⁵⁹ SCIARRONE ALIBRANDI, *I contratti bancari: nozione e fonti*, in *Trattato Roppo, Mercati regolamentati*, V, Milano, 2014, p. 659.

⁶⁰ MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, 11, 977 ss.

Così al fine di verificare la trasparenza della clausola *floor* occorre aver riguardo a un cliente medio, normodotato, cioè con conoscenze basilari nel settore finanziario⁶¹. Il che non sempre è compatibile con i meccanismi di contrattazione di massa tipici dei contratti standard, ovvero predisposti dalla banca per regolare in modo uniforme i rapporti con la clientela. Non a caso in un noto precedente spagnolo del Tribunale Supremo del 9 maggio 2013 la *Sala primera* ha riconosciuto, con argomenti solidi, natura di condizione generale di contratto alle clausole pavimento⁶². La decisione del *Pleno* è significativa in quanto il tema della vessatorietà viene ancorato a quello del controllo di trasparenza, quale parametro astratto di validità della clausola predisposta dal professionista. L'oscurità e la non comprensibilità delle clausole *floor* ne determinerebbero senz'altro la nullità (parziale), ferma la conservazione dell'efficacia del contratto nella sua integralità.

Il significato rilevante non è quello meramente linguistico, bensì quello sostanziale, relativo cioè al precetto negoziale nella sua complessità.

In questo senso, come ampiamente chiarito, l'aderente deve essere messo nelle condizioni di conoscere "tanto la <*carga económica*> que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o *distribución de los riesgos* de la ejecución o desarrollo del mismo" (§ 210). Elementi non presenti nelle clausole standard oggetto di valutazione da parte della *Sala de lo civil*.

11. La decisione dell'alta corte spagnola ci conduce all'ultimo profilo da affrontare, a mo' di subordine, ovvero il problema della mancanza di trasparenza delle clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo del servizio⁶³. Volendo infatti sottrarre la clausola in esame dal giudizio di vessatorietà – sulla base dell'assunto già confutato della sua natura meramente economica – dobbiamo ricordare che siffatta esenzione non ha carattere assoluto. Come anticipato, l'art. 34, comma 2 cod. cons. esclude che il giudizio di vessatorietà attenga, fra l'altro, all'adeguatezza del corrispettivo purché tale elemento sia individuato "in modo chiaro e comprensibile". Il controllo di trasparenza determina un ampliamento dell'oggetto del sindacato del vessatorio, e consente il giudizio anche con riferimento all'equilibrio del sinallagma. Ambiguità e Oscurità

⁶¹ LENER, (nt. 39).

⁶² Per un primo commento si veda HORNERO MÉNDEZ, *La giurisprudenza (al salvataggio) della crisi: Sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013, sulle clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario con interesse variabile*, in *Annuario del contratto*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2013, 297 ss. Si evidenzia come la natura di condizione generale di una clausola non è esclusa dal fatto che essa incida sull'oggetto del contratto avendo valore solo l'eventuale negoziazione individuale tra le parti. Che per il *Tribunal Supremo* non si ravvisa là dove il professionista si limiti a mettere a disposizione del cliente una pluralità di offerte contenenti condizioni generali.

⁶³ SCIARRONE ALIBRANDI, *Prime riflessioni sulla Direttiva Comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *BBTC*, 1993, I, 713 ss.

trasformano la clausola economica in elemento fuorviante per il consumatore che non è nelle condizioni di comprendere il preciso significato del regolamento. Il confine invalicabile della congruità della prestazione viene oltrepassato, dacché le leggi economiche che stanno alla base della formazione del prezzo hanno fallito.

L'effettiva dimensione del regolamento viene mascherata dal linguaggio anfibologico o reticente. In tale eventualità si riscontra il presumibile abuso del potere regolamentare del professionista il quale, profittando della propria posizione di forza induce il consumatore a manifestare il proprio consenso in relazione a un oggetto non sufficientemente determinato⁶⁴. Non a caso la *ratio* della previsione va individuata nel principio di buona fede oggettiva che fa da sfondo al giudizio di abusività⁶⁵.

Rimane, a questo punto, da verificare la portata dell'obbligo di trasparenza in questione. Che a ben guardare si sovrappone concettualmente a quello di cui all'art. 35, comma 1 cod. cons. (cfr. *supra*), come è stato chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 30 aprile 2014⁶⁶. Specificamente il Giudice europeo ha dichiarato che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 (: art. 34, comma 2 cod. cons.) presuppone che la clausola sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola in parola nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano" (§ 75).

Sulla scorta di tali premesse, si può facilmente concludere che la clausola *floor* per essere chiara e comprensibile deve indicare le ragioni economiche sottostanti e le modalità di funzionamento del meccanismo opzionale, la distribuzione (probabilistica) del rischio, nonché la correlazione tra tasso minimo e premio dovuto al cliente.

⁶⁴ Poddighe, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, 137.

⁶⁵ Come è stato osservato, "il legislatore si preoccupa che il consumatore sia adeguatamente informato dei termini economici del rapporto cui andrà a vincolarsi: ogniqualvolta, quindi, egli non fosse posto in condizione, dal professionista predisponente, di rendersi conto dei reali termini dello scambio (...) il giudizio di abusività investirà necessariamente anche la clausola determinativa dell'oggetto e del corrispettivo dei beni e servizi prestati; infatti, una formulazione equivoca ed incomprensibile contravviene di per sé al principio generale della buona fede", Monticelli, *Commento all'art. 1469-ter (Accertamento della vessatorietà della clausola)*, in *Clausole Vessorie e contratto del consumatore*, Césaro (a cura di), I, Padova, ed. 2001, p. 565.

⁶⁶ Testualmente: "[L]’obbligo in parola, quale figura all’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, ha la stessa portata di quello previsto all’articolo 5 della direttiva stessa" (§ 69).