

Studio Legale Panoxxi

Avv. Marco Panoxxi

*Patrocinante in Cassazione
Revisore contabile*

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panoxxi

Nullità della “Clausola Suolo” nei mutui ipotecari

Cosa è la clausola suolo o clausola floor o clausula suelo? Ci riferiamo anzitutto ad una clausola contenuta nei **mutui a tasso variabile** ricollegati con Euribor (o altro indice simile di riferimento) che prevedano una soglia minima di applicazione di interessi detta appunto clausola suolo. La clausola stabilisce un tasso minimo da pagare, al di sotto del quale non si scende, anche qualora il tasso di riferimento fosse in quel momento inferiore alla soglia. Essa impedisce, perciò, di beneficiare a pieno della caduta dei tassi di interesse. La conseguenza è che, con la vertiginosa discesa dei tassi di riferimento (Euribor compreso, che è andato dal 4,846% dell'ottobre 2008 all'attuale un segno negativo sotto lo zero), il consumatore abbia visto scendere i tassi ma non abbia visto scendere la propria rata o comunque l'abbia vista scendere sino ad un certo punto e poi fermarsi. Il consumatore nel frattempo ha pagato somme che non avrebbe dovuto pagare se la clausola suolo non fosse stata apposta nel contratto. Qui è il caso di aprire una parentesi. La Banca, oltre al tasso di interesse percepisce, comunque, anche un'ulteriore quota fissa chiamata “spread” (cioè margine o differenziale) che pur inserisce nella voce interessi, ma, in realtà, non si tratta di interessi. Realmente, detto spread rappresenta il margine di guadagno della Banca sulle operazioni di mutuo. Il vantaggio e il guadagno che la banca ottiene apponendo la clausola suolo è pertanto qualcosa di ulteriore. La Banca lucra cioè sia sugli interessi percepiti (ingiustamente), sia sulla percentuale di spread, che rappresenta il guadagno (diciamo legittimo). Tale spread, peraltro, dovrebbe essere calcolato in una percentuale congrua ed equamente compensativa. Evidentemente tale percentuale non può essere la stessa per tutti i mutui, giacché il mutuo a tasso fisso presenta per la Banca margine di rischio diverso dal tasso variabile e, a sua volta, il tasso variabile presenta margini di rischio diversi, a seconda che il contratto contempli o meno la clausola suolo. Ed ancora, la valutazione cambia ulteriormente a seconda che il contratto preveda o meno anche una clausola tetto o Cap, che dovrebbe fungere da contrappeso alla clausola suolo. Presentando margini di rischio diversi, la percentuale di spread dovrebbe perciò salire o scendere in base al rischio maggiore o minore che la Banca affronta nella operazione. La banca in buona sostanza apponendo una clausola suolo è come se acquistasse una “polizza assicurativa”, che le garantisce un vantaggio più o meno grande e le abbassa il margine di rischio. Tale acquisizione dovrebbe avere un costo che

Studio Legale Panoxxi

Avv. Marco Panoxxi

*Patrocinante in Cassazione
Revisore contabile*

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panoxxi

la Banca non ha e ciò dovrebbe avere come conseguenza l'abbassamento del proprio margine di guadagno rappresentato dallo spread. Inoltre, la percentuale dello spread dovrebbe essere sempre ben specificata e chiaramente identificabile. Ed invece è proprio il difetto di trasparenza a far sì che le clausole relative al tasso di interesse, con previsione di soglia minima, risultino abusive. In effetti dobbiamo essere chiari. La clausola suolo non è nulla in sé. Lo diventa ogni volta difetti la trasparenza o, più specificatamente, ogni volta che tale clausola risulti essere apposta senza il rispetto del doppio filtro di trasparenza. Cosa significa doppio filtro di trasparenza? La Banca deve informare il consumatore circa la inclusione di detta clausola e informarlo anche sul meccanismo, sul funzionamento e sugli effetti di detta clausola. Trattasi infatti di una clausola specifica che determina pregiudizio per il consumatore e che non viene quasi mai trattata preventivamente e perciò la Banca stessa dovrebbe darne compiuta informazione al consumatore e non limitarsi ad inserirla all'interno del contratto facendola firmare come clausola vessatoria. Deve essere quindi esplicitata, trattata, rilevata, posta in rilievo ma soprattutto spiegata e pattuita. Il tutto nel senso più ampio.

Tali preliminari precisazioni risultano necessarie poiché la clausola suolo risulta invece molto spesso (non sempre) riportata nei contratti in modo poco chiaro, tale da non consentire al consumatore di comprenderne a pieno il contenuto. Da un punto di vista tecnico esse si appalesano abusive (vessatorie) in quanto violano la direttiva UE del 93/13 in tema di clausole abusive nei contratti tra "professionisti" e consumatori. Perché le Banche allora appongono tali clausole? Oggi la diffusione va diminuendo per varie cause che in un successivo commento andremo a chiarire. Adesso ci limitiamo ad evidenziare sommariamente il fatto storico. Sino al 2008 l'Euribor (indice poco attendibile tanto è vero che nel 2019 verrà abolito) ha continuato a salire sino ad un tasso che nella previsione degli analisti non avrebbe senz'altro potuto crescere ulteriormente... e così è stato. Le Banche quindi per ripararsi dalla caduta ampiamente prevista e prevedibile dei tassi hanno cominciato a porre (rectius imporre) la clausola suolo a percentuali fluttuanti generalmente tra il 2% e il 3%. Il sospetto che l'indice Euribor sia stato influenzato da condotte non proprio trasparenti delle Banche è tuttora forte. L'indice così arriva al massimo storico nel 2008 anno in cui in Spagna scoppia la famosa "burbujo immobiliare" che provoca anche l'esplosione della questione relativa alla clausola suolo. Negli anni successivi il consumatore si desta e si chiede se l'apposizione di quella

Studio Legale Panoxxi

Avv. Marco Panoxxi

*Patrocinante in Cassazione
Revisore contabile*

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panoxxi

clausola sia avvenuta correttamente. La questione dopo aver investito gli organi giurisdizionali interni, giunge addirittura alla Corte di Giustizia Europea, la quale con sentenza del 21/12/16 ha dichiarato “abusiva” (e perciò nulle) le clausole suolo contenute nei contratti di mutuo che si siano appalesate non trasparenti. La vicenda nasce in esito ad una iniziativa collettiva avviata da un’associazione di consumatori nei confronti di alcune Banche. El Juzgado de lo Mercantil di Siviglia, con sentenza 30.05.2010, aveva dichiarato nulle le clausole suolo non trasparenti contenute nei contratti di “prestamo hipotecario”. Il secondo grado, deciso dalla Audiencia Provincial de Sevilla, il 7.10.2011, ne aveva invece riconosciuto la validità. È così che la controversia è giunta al Tribunale Supremo, che ha emesso una pronuncia, il 9.05.2013, piuttosto controversa. Infatti, tale organo, dichiarava la nullità della clausola suolo, ma ne limitava gli effetti. Secondo tale sentenza la nullità non avrebbe avuto efficacia retroattiva; non avrebbe dunque inciso sul pregresso. La conseguenza evidentemente era che i consumatori avrebbero potuto richiedere alla Banca solo le somme risultate indebitamente pagate, dal giorno di pubblicazione della sentenza in avanti, ma non quelle pagate anteriormente. Tale contenuto veniva precisato e confermato dal Tribunale Supremo sia attraverso una nota informativa del Febbraio 2015, sia attraverso una sentenza relativa ad una causa che riguardava il BBVA del 25.03.2015. I giudici delle corti di merito spagnole si sono perciò trovati a quel punto a dirimere molte controversie tra consumatori e banche, vertenti sulla questione della clausola suolo e sugli effetti della sentenza del Tribunale Supremo. El Tribunal de lo Mercantil de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, presso cui pendevano cause da parte di consumatori contro le banche, hanno al fine sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione della sentenza del Tribunale Supremo di Spagna, che risultava pronunciata in evidente contrasto con la L.E.C., con el Codice Civil e con i più elementari principi di diritto. Attraverso il suddetto iter la questione è arrivata perciò alla Corte di Giustizia Europea, che è stata chiamata a dirimere la questione, dando una interpretazione definitiva. La Corte, prima di pronunciarsi ebbe ad attendere, come di norma, il parere dell’Avvocato generale, funzione nel caso di specie rivestita dall’italiano Avv. Mengozzi, il quale nell’occasione formulò conclusioni non condivisibili da un punto di vista di diritto, dato che in buona sostanza, ebbe a sostenere che la decisione del Tribunale di Spagna fosse da ritenersi corretta poiché, altrimenti, l’importo dei rimborsi che avrebbero dovuto essere corrisposti dalle banche, a favore dei consumatori, avrebbe portato l’intero sistema bancario al

Studio Legale Panoxxi

Avv. Marco Panoxxi

*Patrocinante in Cassazione
Revisore contabile*

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panoxxi

collasso (!). Tale motivazione ha poco senso, senonchè essa ebbe a procurare un grande spavento nei consumatori. Spesso infatti le conclusioni dell'Avvocato Generale vengono accolte dalla Corte. Nel caso specie invece l'Organo Giudicante con sentenza 21.12.2016, ha prima di tutto confermato la nullità della clausola, in quanto contraria alla richiamata direttiva Europea in punto di trasparenza delle condizioni e di equilibrio delle prestazioni, aggiungendo che tale nullità riguarda e si ripercuote sulle clausole suolo dal momento della loro stipula e non dalla pronuncia del Tribunale Supremo di Spagna. La nullità dunque ha effetto retroattivo, come è logico che sia. La conseguenza è che le clausole vanno considerate come mai apposte e improduttive di qualsiasi effetto vincolante per il consumatore ab initio. La Corte ha inoltre precisato che la giurisprudenza spagnola del Tribunale Supremo, che intendeva limitare nel tempo gli effetti della nullità delle clausole suolo, non si concilia con i principi cardini del diritto in generale e più in particolare con quelli dell'Unione Europea, stabiliti finanche con la Direttiva n. 93/13 in materia di clausole abusive. Sempre secondo la Corte, la sentenza del Tribunale Supremo avrebbe rappresentato una limitazione che avrebbe reso incompleta ed insufficiente la tutela del consumatore ed avrebbe introdotto un mezzo non adeguato ad inibire l'utilizzo di tali clausole abusive, anche per il futuro. Perciò tutte le somme pagate per interessi, dalla stipula del contratto, secondo tale sentenza, avrebbero dovuto essere restituite al consumatore. La Corte annotava e ricordava inoltre che i tribunali nazionali non possono in alcun modo sostituirsi (né tantomeno disattendere) alle normative di carattere europeo. In esito alla sentenza della Corte di Giustizia Europea, moltissimi consumatori hanno richiesto immediatamente alle Banche di restituire le somme indebitamente riscosse. Il governo spagnolo, però, in tutta fretta, ha emesso un Real Decreto Ley, esattamente a fine Gennaio 2017, con il quale ha imposto ai consumatori di tentare una risoluzione stragiudiziale con le Banche, quale condizione di procedibilità. Anche sul tema del decreto emesso dal Governo ci sarebbe molto da opinare quanto al rispetto dei diritti dei consumatori. Ma così è stato. Tale decreto, sostanzialmente, ha inibito per alcuni mesi il ricorso in via giudiziale. Dati alla mano, ha consentito di raggiungere solo una percentuale molto bassa di "transazioni". Cosicché la questione è tornata agli organi giudiziari. Trattasi di questione strettamente tecnico-giuridica e si incentra sulla verifica della abusività delle clausole contenute nei contratti. Si tratta di verificare cioè se tali clausole, per le modalità e le forme di presentazione, compilazione e redazione, si appalesino chiare e se siano state presentate prima

Studio Legale Panoxxi

Avv. Marco Panoxxi

*Patrocinante in Cassazione
Revisore contabile*

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panoxxi

della stipula in modo trasparente e comprensibile da parte del consumatore. Inoltre occorre verificare altresì se le prestazioni pongano “carichi” equilibrati o, comunque, non eccessivamente onerosi a carico del consumatore stesso. La direttiva 93/13 Europea ha disciplinato la materia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori in modo chiaro. L’obiettivo che si è prefissata è quello di fornire al “contraente debole” effettivi strumenti di tutela per riequilibrare la fisiologica asimmetria del rapporto contrattuale con il professionista (nel nostro caso la banca). L’altro obiettivo è quello di stimolare la concorrenza tra operatori economici, con la introduzione di disciplina armonizzata per creare un mercato comune. La direttiva è stata recepita in Italia con il Codice del Consumo del 2005. In Spagna è stata invece recepita con il Real Decreto Ley 1/07. I principi violati dalle clausole dichiarate nulle nei mutui in Spagna, sono gli stessi violati dalla clausole contenute nei mutui in Italia, perché, come detto, i principi sono di carattere europeo e vincolanti per tutti gli Stati Membri. Le pronunce della giurisprudenza spagnola hanno dato una notevole scossa e risultano, per certi versi, innovative. Dobbiamo tuttavia tener conto che, a livello europeo, esistono molte altre pronunce su temi simili e che riguardano la trasparenza delle clausole a favore del consumatore. Esse pongono sempre l’accento sul fatto che, per rendere una clausola chiara e comprensibile, non è sufficiente una chiarezza solo grammaticale, bensì anche una chiarezza in relazione al reale e concreto funzionamento del meccanismo; altrettanto chiare per il consumatore debbono essere le conseguenze economiche che essa clausola determina (RWE Vertrieb, sent. 21.03.2013). La trasparenza, inoltre, deve estendersi anche alle trattative precontrattuali che dovrebbero assicurare un consenso informato (sent. Kesler 30.04.2014). La stessa direttiva UE 17/2014, in materia di mutui ipotecari, pone in evidenza l’obbligo da parte delle banche di fornire al cliente chiarimenti adeguati, in modo che il contratto proposto sia adatto alle sue esigenze, alle sue condizioni ed alla sua situazione finanziaria. In Italia la direttiva è stata recepita dal DL. 21/04/2016 n. 72, che ha modificato in tal senso il TUB. La stessa sentenza del Tribunal Supremo Español del 9.05.2013 aveva evidenziato infatti la necessità di un “doble filtro” di trasparenza: formale riguardo la comprensibilità grammaticale della clausola; sostanziale riguardo il meccanismo, funzionamento, ed esiti della operazione economica. Orbene, facendo un passo indietro e tornando alla Direttiva 93/13 violata, è d’uopo precisare che trattasi di direttiva europea di carattere generale, ovvero sia vincolante per tutti gli Stati membri, Italia inclusa. Ciò

Studio Legale Panozzi

Avv. Marco Panozzi

*Patrocinante in Cassazione
Revisore contabile*

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panozzi

determina che la dichiarazione di abusività pronunciata dalla Corte di Giustizia Europea ha una valenza (sia pur indiretta) anche in Italia e che tale valenza si ripercuote nei contratti di mutuo stipulati con banche italiane ogni qualvolta la clausola risulti scritta e/o posta e/o presentata in modo non trasparente. Peraltro, la formula dei contratti in Spagna e in Italia è abbastanza simile, come simili sono le vicende bancarie che hanno riguardato i due paesi (vedi Bankia/MPS; vedi Banco Popular, incorporato da Santander come Banca Etruria, incorporata da Ubi Banca). Le normative europee sono chiare, esplicite ed univoche nel vincolare tutti gli Stati Membri al raggiungimento della trasparenza delle clausole e alla correttezza ed equilibrio nei rapporti con il consumatore. Ma attenzione, in nessun contratto di mutuo tanto in Spagna come in Italia si troverà mai scritto che esso contiene una clausola suolo (o clausula suelo) e neppure tale inciso verrà mai riscontrato all'interno del testo contrattuale. Semplicemente saranno presenti espressioni letterali attraverso le quali si stabilisce che il tasso di interesse non potrà in ogni caso andare al di sotto di una certa soglia percentuale. E' poi il modo in cui viene scritta e presentata tale condizione, come detto, che determina l'abusività o meno di detta condizione. Dunque la presenza o meno di tale clausola deve essere estrapolata attraverso una attenta (molto attenta) lettura delle varie clausole (possibilmente da parte del proprio professionista).

In un successivo commento andremo a vedere in quali casi specifici una clausola (suolo) può definirsi abusiva per difetto di trasparenza; vedremo inoltre come si individua la presenza di clausola suolo nei contratti di mutuo in Italia; in quali casi si possa ricorrere contro di esse; come si possano recuperare le somme; quali siano le normative da invocare; ed infine se a proposito dei mutui a tassi variabili con indice di riferimento si possa parlare di strumento creditizio (con applicazione del TUB) o di strumento finanziario (applicando il TUF). Faremo cenno inoltre al tema dei costi ipotecari che in Italia gravano unicamente sul consumatore. Anche in relazione a ciò sussistono dubbi forti di legittimità.

Infine è bene avere chiaro che la differenza tra quanto pagato in applicazione della clausola suolo e quanto si sarebbe pagato in assenza di essa non è così marginale come si potrebbe pensare. Si pensi ad esempio che secondo uno studio recentemente pubblicato per ammortizzare una ipoteca di € 100.000,00 a 30 anni con interesse Euribor più uno 0,5 di spread firmata nel 2003 con clausola suolo al 2,50%, nel maggio 2017 si sarebbero pagati € 395 al mese, mentre senza clausola € 295,

Studio Legale Panoxxi

Avv. Marco Panoxxi

Patrocinante in Cassazione

Revisore contabile

Avv. Manola Migliorini

Dott. Andrea Panoxxi

cioè 100 Euro in meno ogni mese che moltiplicato per 12 e poi moltiplicato per gli anni di contratto assomma a diverse migliaia di Euro. Se a ciò si aggiungono anche i costi ipotecari ammontanti anch'essi a qualche migliaio di Euro, ed essi pure non addebitabili (quantomeno in toto) al consumatore, si comprende quanto i consumatori potrebbero avere perso durante gli anni trascorsi. Ma c'è un dato ancor più importante da tenere di conto e cioè che, se fosse riconosciuta la nullità della clausola suolo per difetto di trasparenza, la conseguenza sarebbe che tutte le somme corrispondenti agli interessi pagati per effetto della clausola suolo dovrebbero essere restituiti (con l'aggiunta degli interessi nel frattempo maturati). Addirittura c'è chi sostiene che trattandosi di nullità che affetterebbe e riguarderebbe la intera clausola riferita agli interessi, ed essendo stata accertata tale nullità dalla Corte di Giustizia Europea, le somme da restituire riguarderebbero la totalità degli importi pagati a titolo di interessi.

Ultima notazione. La domanda nei confronti della Banca potrebbe essere proposta non solo da chi tuttora abbia un contratto di mutuo in corso contenente la clausola suddetta bensì anche da coloro che nel frattempo l'abbiano estinto per scadenza del contratto oppure che l'abbiano modificato o novato.