

Tutela dei consumatori

La vessatorietà delle clausole *floor*

di Giovanni D'Amico

Nel primo fascicolo di quest'anno la *Rivista* ha segnalato una importante sentenza della Corte di Giustizia europea in materia di trasparenza bancaria e clausole vessatorie (si trattava, nella specie, delle cc.dd. "clausole *floor*"), pubblicandone il testo unitamente ad un approfondito commento (1). La rilevanza della questione e la possibile ricaduta pratica della decisione della Corte di Lussemburgo anche nel nostro ordinamento giustificano la ripresa del tema, per arricchire (se possibile) la discussione con qualche ulteriore considerazione.

Giova anzitutto richiamare l'antefatto, che ha come sfondo l'ordinamento spagnolo. Nella prassi seguita, negli anni passati, da molte banche spagnole (ma - in verità - anche dalle banche di altri Paesi, almeno a partire da un certo momento, nel corso del lungo periodo di tassi di interesse persistentemente *in calo*, cui si è assistito in questi anni) era divenuta abituale l'inserzione nei contratti di mutuo a tasso variabile (2) di una clausola (la c.d. *cláusula suelo*, o clausola *floor*) prevedente che l'interesse dovuto dal mutuatario non potesse comunque scendere al di sotto di una certa soglia (una sorta di *tasso minimo garantito*). La clausola era stata (in Spagna) per lungo tempo considerata ammissibile (e lecita) (3), sino a quando - nel maggio del 2013 - è intervenuta una pronuncia del Tribunal Supremo (4), il quale - chiamato, nell'ambito di una azione inibitoria collettiva proposta

da una associazione di consumatori, a valutare la *cláusula suelo* utilizzata da alcune banche nei rapporti con i propri clienti "consumatori" - ha ritenuto che essa fosse da considerarsi "vessatoria" (perché *non trasparente*), e, pertanto, nulla. La singolarità della pronuncia (e la ragione per la quale alcuni giudici di merito spagnoli avevano ritenuto di sollevare la questione pregiudiziale innanzi alla CGUE) era data dal fatto che il Tribunal Supremo non si era limitato ad accogliere l'inibitoria proposta (condannando le banche convenute a non usare più per il futuro le clausole dichiarate "abusive", e ad eliminare dai propri contratti quelle esistenti), ma si era posto - su esplicita richiesta del *Ministero Fiscal* (presente nel giudizio) - anche il problema di stabilire quali effetti potessero riconoscersi alla accertata nullità *per il passato* (immaginando - evidentemente - la probabile instaurazione, dopo la sentenza, di *giudizi individuali*, promossi da singoli consumatori - nei confronti delle stesse banche o anche di altre - per ottenere la restituzione di quanto pagato in più a seguito dell'applicazione della clausola "abusiva"). A quest'ultimo riguardo - ed evidentemente condividendo le preoccupazioni per le rilevanti conseguenze economiche che l'affermazione della nullità delle *cláusulas suelo* avrebbe potuto avere sui bilanci delle banche spagnole (5) - il Tribunal Supremo aveva affermato che la accertata nullità delle clausole - attesa la "buona

(1) Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15 e C-307/15 (Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez c. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)), in questa *Rivista*, 2017, 11 ss., con nota di Pagliantini, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*.

Su questa pronuncia si veda anche Dalmartello, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. bancario*, n. 2/2017.

(2) È bene ricordare che, nei mutui a tasso variabile, il tasso di interesse si compone di una parte appunto variabile agganciata ad un tasso di riferimento (ad es. uno degli tassi Euribor), e di una maggiorazione *fissa* (c.d. *spread*). Il tasso di interesse, pertanto, sarà - ad es. - espresso con formule come "tasso euribor a 3 mesi aumentato di 4 punti" (oppure "tasso euribor a 1 mese aumentato

di 3,5 punti", ecc. ecc.), e la *variabilità* di esso dipenderà dalle oscillazioni del tasso di riferimento (nel nostro esempio: il tasso "euribor").

(3) Anche in Italia, numerose pronunce dell'ABF hanno fatto salve le clausole *floor*, in particolare ritenendo che si trattasse di clausole "trasparenti" (sulla scorta peraltro di una nozione di "trasparenza" limitata alla chiarezza formale del testo della clausola): indicazioni in Dalmartello, *op. cit.*, 10 e nt. 35.

(4) Si tratta della pronuncia del *Pleno* del Tribunal Supremo spagnolo 9 maggio 2013, n. 241 (pubblicata in varie riviste spagnole, e ampiamente commentata).

(5) È opportuno ricordare che proprio alcuni mesi prima (a fine 2012) la Spagna aveva ottenuto dal Fondo ESM dell'Unione europea poco meno di 40 miliardi, destinati alla ricapitalizzazione di alcune banche del Paese.

fede” delle banche (6) - doveva intendersi come valevole solo per il futuro, esclusa dunque la ripetibilità da parte dei consumatori delle (maggiori) somme pagate per interessi antecedentemente alla dichiarazione di nullità della clausola (da parte del Tribunal Supremo).

Era prevedibile che quest’ultima affermazione sarebbe andata incontro a molteplici obiezioni. E, difatti, la Corte di Giustizia europea (7), ha ritenuto incompatibile con la Dir. n. 13/93 l’esclusione della retroattività della nullità delle clausole abusive, osservando che l’ipotizzata “irretroattività” della nullità (con il connesso divieto di ripetizione dell’indebito per il passato) svuoterebbe di contenuto la tutela, e renderebbe “ineffettiva” la protezione del consumatore, privando la sanzione di qualsiasi “effetto deterrente” (8).

Potrebbe, forse, rilevarsi che la *irretroattività* della nullità affermata dalla sentenza del 2013 del Tribunal Supremo intendeva far salvo soltanto quanto accaduto *sino all’emanazione della sentenza medesima*, e non certo affermare che comportamenti illeciti (*sub specie* di utilizzazione di clausole *floor* “intrasparenti”) *posti in essere (o proseguiti) successivamente all’emanazione della sentenza* potessero sperare di sfuggire ai normali effetti (retroattivi) della nullità (sul piano, in particolare, delle restituzioni dovute). E - sotto questo profilo - il giudice spagnolo avrebbe meritato,

probabilmente, una “bocciatura” *meno drastica* della soluzione (comunque discutibile) alla quale aveva ritenuto di accedere (nei ristretti limiti, e con riferimento alla specifica vicenda, che venivano in considerazione) (9).

Ma - senza soffermarsi ulteriormente su questo punto (10), sul quale (a parte il rilievo da ultimo svolto) la decisione della CGUE appare, comunque, sostanzialmente condivisibile -, si vuole piuttosto, in questa sede, richiamare l’attenzione su un aspetto diverso. Va, in proposito, ricordato che, per affermare la vessatorietà delle *cláusulas suelo* sottoposte al suo esame, il Tribunal Supremo aveva dovuto (nella sentenza del maggio 2013) sciogliere un nodo preliminare, atteso che dette clausole - in quanto attinenti all’oggetto principale del contratto (11) - sarebbero (state) *in sé e per sé* sottratte al controllo giudiziale in base alla Dir. n. 93/13. Tale (preliminare) questione era stata risolta dal giudice spagnolo ritenendo - come già abbiamo ricordato - che l’assoggettamento delle *cláusulas suelo* (concretamente esaminate) al giudizio di vessatorietà potesse affermarsi in conseguenza della “non trasparenza” delle clausole medesime, ai sensi e per gli effetti dell’art. 4, comma 2 della direttiva (e della corrispondente disposizione della legge spagnola); conclusione alla quale i giudici sono pervenuti adottando una nozione “sostanziale” di trasparenza (quale si è andata accreditando, in questi anni,

(6) Buona fede da intendersi qui in senso “soggettivo”, ossia come assenza nelle banche della consapevolezza (e, dunque, della volontà) di tenere un comportamento illecito (tanto più che la vessatorietà - ora ritenuta - delle clausole in questione derivava non da un contenuto delle stesse da considerarsi inammissibile, ma solo dalla mancanza di “trasparenza”, e - per di più - solo in base ad una nozione *particolarmente rigorosa* di quest’ultimo requisito). In tal senso il Tribunal Supremo spagnolo richiama anche il principio di “certezza del diritto” come principio che può (sia pure eccezionalmente, e in particolare in presenza di “gravi inconvenienti”, che altrimenti potrebbero prodursi) giustificare la deroga alla normale retroattività della pronuncia di nullità.

(7) Disattendendo l’avviso espresso dall’Avvocato generale Mengozzi, il quale - nelle sue *Conclusioni* - aveva provato a difendere la posizione del Tribunal Supremo spagnolo.

(8) Il Tribunal Supremo si è, naturalmente, subito adeguato alla pronuncia del giudice di Lussemburgo, emanando - a partire dal febbraio 2017 - una serie di pronunce che, nei casi in cui viene riconosciuta (la “intrasparenza” e, dunque, la vessatorietà della *cláusula suelo* concretamente inserita nel rapporto), sanciscono la retroattività della nullità, ammettendo il consumatore alla ripetizione degli interessi indebitamente pagati.

Aggiungiamo che, all’indomani della pronuncia della Corte europea, si è assistito al prevedibile avvio di una serie numerosissima di ricorsi (individuali), attraverso i quali i consumatori hanno cominciato a chiedere la restituzione dei maggiori interessi pagati in conseguenza dell’applicazione delle *cláusulas suelo*, tanto da indurre il governo spagnolo (al fine di evitare la congestione dei Tribunali civili, in conseguenza dell’esplosione di questo ennesimo contenzioso di massa) a varare un decreto (*Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*) volto a favorire la

soluzione *stragiudiziale* delle controversie tra banche e consumatori. Non sembra - peraltro - che l’intervento abbia sin qui sortito i risultati sperati, anche (ma non solo) per la resistenza di alcune banche, le quali - ritenendo di poter difendere la “trasparenza” delle *cláusulas suelo* adoperate nei loro contratti - hanno scelto la strada di rifiutare soluzioni conciliative, preferendo sottoporsi al responso dell’autorità giudiziaria. E, in effetti, non sono mancate pronunce che hanno dato torto al consumatore, considerando dimostrata (nel caso di specie) la “trasparenza” del (procedimento seguito per) l’inserimento della *cláusula suelo* all’interno del regolamento contrattuale. Cfr., ad es., Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, *Pleno*, 9 marzo 2017, n. 171.

(9) Non si trattava, insomma, di negare *in generale* la retroattività della nullità in presenza di una accertata vessatorietà di clausole contrattuali, cosa che - in effetti - priverebbe la sanzione di qualsiasi efficacia deterrente.

(10) Si rinvia alle considerazioni svolte da Pagliantini, nel *Commento* già sopra ricordato.

(11) Per l’affermazione secondo cui le *cláusulas suelo* sono clausole che definiscono l’“oggetto principale del contratto” v. il par. 189 della motivazione della sentenza (e cfr., per la nozione di “oggetto principale del contratto”, Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, Árpád Kásler, e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, par. 49, dove - premessa la necessità di fornire un’interpretazione restrittiva dell’art. 4, par. 2, Dir. 93/13 - si afferma che “le clausole contrattuali rientranti nella nozione di “oggetto principale del contratto” ai sensi di tale disposizione devono intendersi come quelle che fissano le prestazioni essenziali dello stesso contratto e che, come tali, lo caratterizzano”, e che esse non sono equiparabili alle “clausole che stabiliscono le modalità di calcolo o di modifica del prezzo”, le quali invece sono “interamente soggette al controllo della direttiva”).

anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (12)) (13), e ritenendo che essa facesse difetto nelle *cláusulas suelo* sottoposte all'esame del giudice, in quanto: *i*) manca(va) un'informazione sufficientemente chiara che si tratta(va) di un elemento definitorio dell'oggetto principale del contratto; *ii*) le clausole in questione sono [erano] presentate congiuntamente con le cc.dd. "clausole-tetto", come se fossero una contropartita di queste ultime; *iii*) non vengono [venivano] presentate simulazioni di scenari diversi in relazione al comportamento ragionevolmente prevedibile dell'interesse; *iv*) non viene [veniva] fornita un'informazione chiara e comprensibile sul costo comparativo di altre modalità di prestito; *v*) in un caso (quello del BBVA) le clausole in questione sono [erano] collocate in mezzo ad una notevole quantità di dati che finiscono per "occultarle" e per distrarre/diluire l'attenzione del consumatore (così, nel § 225 della motivazione della sentenza).

A questo punto, ci si sarebbe aspettati che il Tribunal Supremo effettuasse il controllo di vessatorietà, verificando se le *cláusulas suelo* (14) siano idonee o meno (per il loro contenuto) a indurre un "significativo squilibrio" nel regolamento contrattuale, e dichiarandone la nullità solo all'esito positivo di detto controllo.

Invece, il Tribunal Supremo ha del tutto omesso questo tipo di verifica, mostrando anzi di considerarla *irrelevante* ai fini del giudizio circa la vessatorietà della clausola, ritenuta sussistente *per il solo fatto della "intrasparenza"* della clausola (15).

È possibile (e, anzi, del tutto plausibile) che ciò sia stato dovuto (nella sentenza del 2013) alla circostanza che si trattava di un'azione inibitoria collettiva, nella quale (di per sé) non venivano in considerazione rapporti contrattuali specifici e concreti, sicché il giudizio di vessatorietà non poteva

essere condotto se non *in astratto* (16). Il che potrebbe, appunto, spiegare perché - nella sentenza in esame del Tribunal Supremo - esso *appaia* concentrarsi (o, addirittura, esaurirsi) nell'alternativa *trasparenza/non trasparenza*.

Sennonché anche nelle sue pronunce più recenti (successive alla sentenza della Corte di Giustizia europea, e *relative (questa volta) a giudizi individuali*, promossi da singoli consumatori per il recupero degli interessi asseritamente pagati in più, a causa della presenza nel contratto di una *cláusula suelo*) - il Tribunal Supremo ha continuato a non discostarsi dall'equazione "intrasparenza = vessatorietà", atteso che esso ha accolto (o respinto) le domande dei consumatori sulla base *esclusiva* dell'accertamento della trasparenza o meno della clausola inserita nello specifico contratto (ed effettuando una verifica - o meglio: controllando la verifica al riguardo effettuata dai giudici di merito - esclusivamente incentrata su questo aspetto) (17).

Orbene, se così stanno le cose, si può - a nostro avviso - sollevare legittimamente qualche dubbio su questo modo di impostare la questione.

È evidente, infatti, che questo concetto di "vessatorietà" (che identifica - nella specie, ossia con riferimento alle clausole economiche del contratto - tale nozione con la "non trasparenza" della clausola) è diverso da quello che la Dir. 93/13 formula con riguardo al caso (per così dire "normale"), in cui il giudizio di vessatorietà concerne le clausole "normative" (del contratto). In proposito, è opportuno ricordare che il controllo di vessatorietà (previsto dalla direttiva europea) è un controllo che riguarda *il contenuto* del contratto (in relazione alla clausola o alle clausole che vengono in considerazione). Ed è bensì vero che, ai sensi dell'art. 4.1. della Direttiva 93/13, il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve essere valutato "... *considerando* tutte le

(12) Si veda, ancora, la già citata sentenza della CGUE nel caso *Árpad Kásler*, in part. parr. 70 ss. della motivazione, dove si legge che "L'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali posto dalla direttiva 93/13 non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime", e che "poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 poggia sull'idea che il consumatore versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista per quanto concerne, in particolare, il livello di informazione, siffatto obbligo di trasparenza deve essere inteso in maniera estensiva", ossia intendendo la trasparenza nel senso di una informazione che consenta al consumatore di "prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche" che derivano dall'applicazione di una certa clausola.

(13) Il Tribunal Supremo ritiene, infatti, che la mera "*transparencia documental*" delle clausole *floor* non sia sufficiente, essendo necessario piuttosto che il consumatore possa percepire che si tratta di una clausola che definisce

l'oggetto principale del contratto e che incide o può incidere sul contenuto della (sua) obbligazione di prezzo, e così avere una consapevolezza reale e ragionevolmente completa di come essa giochi o possa giocare nell'economia del contratto (par. 211 della sentenza)

(14) *Recte*: le specifiche *cláusulas suelo* esaminate dal giudice, nella controversia sottoposta alla sua decisione.

(15) Il Tribunal Supremo, infatti, sottolinea - a più riprese - che le *cláusulas suelo* utilizzate dalle banche convenute sarebbero state di per sé lecite (sottinteso: *quanto al loro contenuto*), e che esse andavano qualificate come "vessatorie" (solo) *in relazione alla circostanza che il loro inserimento nel contratto non era avvenuto in maniera "trasparente"*.

(16) E cfr. il par. 234 della motivazione della sentenza del Tribunal Supremo, dove si legge che "*nuestra decision responde a un control de abusividad abstracto*".

(17) Cfr. ad es. le pronunce nn. 171 del 9 marzo 2017, e 247-248-249 del 30 aprile 2017.

circostanze ricorrenti al momento della stipula del contratto”, ma proprio ciò sta a dimostrare che la vessatorietà (ossia *lo squilibrio*) non può identificarsi con dette “circostanze” (tra le quali può inserirsi anche la “trasparenza”, intesa come *modalità corretta di svolgimento della contrattazione*), la cui “considerazione” serve semmai a *far emergere e/o risaltare* l'esistenza dello squilibrio (che sarà pertanto predicabile *in base ad altri elementi*, e in particolare *in ragione del contenuto regolamentare dell'atto*), o eventualmente a dimostrare la contrarietà a buona fede (oggettiva) del comportamento del professionista (18). In altre parole, la mancanza di trasparenza non significa di per sé “squilibrio” (19), anche se può (come detto) *contribuire* a far ritenere sussistente uno “squilibrio” (desunto da altri elementi).

Ma, quale “squilibrio”?., ecco una seconda domanda, che va posta.

Atteso che - quando il giudizio di vessatorietà abbia (= possa avere) ad oggetto *le condizioni “economiche”* del contratto (e, più precisamente, le clausole che definiscono l'oggetto, e quelle che concernono il rapporto tra prestazione e controprestazione) - il controllo *contenutistico* (in base alla direttiva sulle clausole vessatorie) non può che riguardare *l'equilibrio economico* del contratto, c'è da domandarsi in cosa può consistere codesto “squilibrio” (economico), con riferimento specifico al tipo di clausole che stiamo considerando (ossia, le clausole *floor*)? Non - certamente - nell'entità del tasso di interesse (che potrebbe - supponiamo - risultare elevato, in conseguenza della previsione di uno *spread* - rispetto al tasso di riferimento - particolarmente alto: es., 8 punti in più rispetto al tasso Euribor a 3 mesi, anziché

5 o 4 punti in più), perché questa entità non ha di per sé a che vedere con la presenza di una clausola *floor* (l'eccessività dello *spread* potendo sussistere *indipendentemente* dalla inserzione nel contratto della clausola in esame). Piuttosto, quel che sembrerebbe rilevare (ai fini della verifica di un contenuto economico “squilibrato”, *specificamente indotto dalla clausola in esame*) è la circostanza secondo cui, mentre la banca può in ipotesi giovare *interamente* (salvo che non sia stata pattuito un “tetto” massimo che il tasso di interesse non può superare (20)) dell'aumento del tasso di riferimento (e del conseguente aumento del tasso di interesse applicabile al rapporto), il mutuatario (in presenza di una clausola *floor*) non potrebbe fare altrettanto nell'ipotesi inversa (ossia nell'ipotesi di discesa del tasso di riferimento), perché l'abbassamento dell'interesse dovuto si arresterebbe comunque al raggiungimento della “soglia” (minima) indicata nella clausola.

Acclarato ciò, deve però subito soggiungersi che *questo “squilibrio”*, per essere rilevante, dovrà (anche) essere qualificabile come “significativo” (perché solo uno “squilibrio *significativo*” può comportare - in base alla direttiva - la dichiarazione di “vessatorietà” di una clausola). Il che - nel nostro caso - potrebbe verificarsi, forse, qualora la “soglia” (minima) sia stata fissata ad un livello *eccessivamente elevato* (e, dunque, facilmente raggiungibile anche in presenza di *ribassi* del tasso di riferimento *relativamente modesti* (21)); ma non è comunque un dato che possa assumersi automaticamente come esistente.

Bisogna peraltro aggiungere che l'inserzione nel contratto di mutuo (a tasso variabile) di una clausola *floor*, di per sé, significa soltanto che la banca non è

(18) Requisito che *concorre* con quello dello “squilibrio” ai fini del giudizio di vessatorietà, e dunque - ancora una volta - non può *identificarsi* con un elemento al quale deve *aggiungersi*.

(19) Lo riconosce lo stesso Tribunal Supremo, nella sentenza citata, dove si legge che *“la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor”* (par. 229). Si noti ancora che, con specifico riferimento alle *cláusulas suelo*, il Tribunal Supremo ribadisce in più punti - come già ricordato - che si tratta di clausole che devono considerarsi (quanto al loro contenuto) pienamente lecite, e che esse sarebbero invalide solo in ragione della *intrasparenza* delle modalità attraverso le quali sono inserite nel contratto.

(20) Peraltro, va subito aggiunto che la previsione di un tetto “massimo” al di là del quale il tasso di interesse dovuto non può salire non varrebbe di per sé ad escludere la “vessatorietà” della *cláusula suelo*. Occorrerebbe, infatti, pur sempre verificare in concreto il livello delle due soglie oltre che la probabilità che il tasso di interesse - nella situazione data o in quella ragionevolmente prevedibile - si orienti in direzione dell'uno o dell'altro limite convenzionalmente indicati. E così, se il “tetto” fissato all'aumento dell'interesse è (così elevato, da essere) praticamente irraggiungibile, mentre il raggiungimento della soglia minima risulti (in caso di discesa del tasso) ben possibile (se non,

addirittura, probabile), allora non esiste “reciprocità”, ed è solo la banca ad avvantaggiarsi della clausola che limita (a suo favore) il rischio di oscillazione del tasso.

(21) Si supponga, ad es. che, al momento della conclusione di un mutuo decennale di 100.000 euro a tasso variabile (euribor a 3 mesi + 6 punti), il tasso di riferimento sia del 2,5% (e, dunque, il tasso di interesse iniziale sia pari all'8,5%). Si supponga poi che sia stata inserita nel contratto una clausola *floor*, in virtù della quale il tasso di interesse dovuto dal mutuatario non potrà comunque essere inferiore al 7%. Ciò significa - come diciamo anche nel testo - che il rischio della discesa dei tassi di interesse viene sopportato dalla banca solo in una misura pari all'1,5%; oltre questo limite, invece, la banca non è disposta ad accettare il rischio. Non si tratta, propriamente, di una trasformazione del tasso di interesse da “variabile” a “fisso” (perché è sempre possibile che il tasso risalga al di sopra della soglia “minima”), ma l'effetto pratico - in periodi che vedano una significativa e prolungata discesa dei tassi - è, di fatto, proprio questo (se pure tenendo presente che si tratta di un “tasso fisso” - per usare questo termine, qui non del tutto proprio - determinato ad un livello “minimo”, che è comunque diverso, e sensibilmente più basso, rispetto a quello che la banca avrebbe richiesto se sin dall'inizio avesse deciso di concedere un mutuo “a tasso fisso”, nel senso questa volta proprio del termine).

disposta ad accollarsi il rischio di una discesa dei tassi di interesse oltre un certo limite (22), e, correlativamente, che essa non intende consentire al cliente di beneficiare della discesa del tasso di interesse oltre quel limite.

Ciò posto, va evidenziato che occorrerà verisimilmente che passi qualche tempo (rispetto al momento di conclusione del contratto) prima che una clausola *floor* produca effetti (di squilibrio) "significativi" sul costo del mutuo (23). Non solo: quando ciò si verifici (o si profili come probabile l'eventualità che possa verificarsi), il cliente può - almeno nel nostro ordinamento - limitare (se non neutralizzare) di fatto il danno, utilizzando la normativa sulla *portabilità dei mutui* (L. 2 aprile 2007, n. 40), e dunque ottenendo l'estinzione del mutuo che in ipotesi (anche in forza di una clausola *floor*, in esso presente) sia divenuto (o si accinga a divenire) sconveniente rispetto alle attuali condizioni di mercato, contraendo un altro mutuo (*allineato a dette condizioni*) con una banca diversa (la quale provvederà a saldare il residuo importo dovuto al mutuante originario, subentrando nell'ipoteca costituita a favore di quest'ultimo). In tal modo, nei casi in cui l'operare di una clausola *floor* (presente

nel contratto) dovesse - già in atto, oppure in prospettiva prevedibile - effettivamente cagionare un pregiudizio significativo (24) (in quanto, ad es., la tendenza manifestatasi alla discesa dei tassi appaia *non effimera ed occasionale*, ma si presenti come un *trend* destinato a durare), il mutuatario ha uno strumento che lo tutela (anche) contro l'operare di una eventuale clausola *floor* presente nel contratto di mutuo (25), senza dover agire in giudizio per far accertare la "vessatorietà" della clausola (il che - secondo quanto qui sostenuto - implica non solo la prova della sua "intrasparenza", ma anche quella del "significativo squilibrio" che l'operare della clausola determina sulle condizioni economiche dell'operazione).

In tal modo sarebbe il *mercato* a svolgere la funzione (che è, poi, quella sua propria) di selezionare gli operatori economici più efficienti (nella specie: le banche che riescono a concedere mutui a condizioni più vantaggiose, e, in particolare, senza aver bisogno - quando stipulano mutui a tasso variabile - di "proteggersi" fissando soglie "minime" del tasso di interesse alquanto elevate; ovvero le banche che - pur essendo "protette" da

(22) Naturalmente, un significato opposto hanno le clausole "cap", attraverso le quali si limita il rischio che il mutuatario (a tasso variabile) assume con riferimento all'eventualità di un aumento dei tassi di interesse.

(23) Si supponga il seguente esempio. Mutuo decennale di 100.000 euro, a tasso di interesse variabile pari al tasso euribor a 3 mesi aumentato di 5 punti. Si supponga altresì che sia stata inserita nel contratto una clausola *floor*, in virtù della quale il tasso di interesse dovuto dal mutuatario non potrà scendere al di sotto del 5,5%. Si supponga, infine, che il tasso euribor a 3 mesi fosse al momento della conclusione del contratto pari all'1%, e che tale si sia mantenuto per 3 anni, mentre per i successivi 3 anni sia passato allo 0,50%, quindi allo 0,10% (per altri due anni), e dall'ottavo anno di mutuo sia diventato negativo (-0,329%).

In base a questi dati, la rata di mutuo pagata per i primi 3 anni (tasso di interesse contrattuale: 6%) sarebbe pari a euro 1.082/mese; per i successivi tre anni (con un tasso di interesse contrattuale passato al 5,5%) sarebbe pari a euro 1.074/mese, livello quest'ultimo che si manterrebbe anche per gli ulteriori due anni (costituendo il livello minimo, previsto dalla clausola *floor*) durante i quali la rata che il mutuatario avrebbe invece dovuto pagare, in assenza della previsione di un "tasso di interesse minimo", sarebbe stata di euro 1.062/mese (con una differenza di euro 12/mese, pari in due anni alla complessiva somma di euro 288); infine, negli ultimi due anni del mutuo (con un tasso di interesse che, a quel punto, sarebbe stato del 4,67%, per un ammontare della rata di euro 1.045/mese), il mutuatario continuerà a pagare euro 1.074 mese (con una differenza di euro 29/mese, pari alla complessiva somma di euro 696).

In definitiva, l'incidenza della clausola *floor* - nell'esempio fatto - sarebbe pari a 984 euro in più, che il mutuatario si troverebbe a pagare nel corso del rapporto di mutuo, su un monte interessi complessivo di 29.168 euro.

(24) Il che - come risulta dall'esempio svolto nella nota precedente - non costituisce, probabilmente, un'evenienza che possa considerarsi frequente, e - men che meno - automatica. Sembrerebbe pensarla diversamente Dolmetta, *Tasso variabile e*

"valori negativi", in *Riv. dir. bancario*, 2016, 1 ss., 5, laddove l'A. afferma che "... è sicuro che le clausole *floor* vengono facilmente ad alterare sensibilmente le condizioni di rischio di un'operazione, sin quasi a rendere *ex ante* certo l'esito della stessa per il vantaggio dell'una parte e per il danno dell'altra".

Peraltro l'A. - mentre esprime un giudizio così perentorio per le clausole *floor* in generale (e in astratto) - ritiene che possa essere *in concreto* diversa la valutazione delle cc.dd. clausole "a fermo zero" (ossia delle clausole che, in caso di valore negativo assunto dal tasso di interesse che funge da parametro di riferimento, convengono di considerare tale tasso come pari a zero), che pure egli considera come riconducibili al *genus* delle clausole *floor*. E la ragione della diversa valutazione starebbe nel fatto che la clausola "fermo zero" si atteggierebbe come "clausola di difesa della banca dal rischio di perdita in esito all'esecuzione dell'operazione". Sennonché quest'ultima valutazione vale - a nostro avviso (e come diciamo nel testo) - per tutte le clausole *floor* (che - sotto questo profilo - appaiono, in astratto, *meritevoli di tutela*, salvo poi a verificare se, nel singolo caso, il contenuto *concreto* della clausola non abbia un effetto *significativamente squilibrante*), né si riesce a vedere dove stia la (asserita) "peculiarità" della clausola "fermo zero", posto che anch'essa conduce al risultato di determinare una "soglia minima" al di sotto della quale non potrà scendere il tasso di interesse dovuto alla banca, ed essendo palesemente irrilevante il meccanismo attraverso cui si raggiunge detto risultato (nella specie: equiparazione al valore "zero" dei valori "negativi" eventualmente raggiunti dal tasso di riferimento preso in considerazione per la determinazione del tasso di interesse convenzionale).

(25) Naturalmente il meccanismo della "portabilità" del mutuo non vale ad eliminare le "perdite" subite per il passato, perdite che tuttavia - se il mutuatario abbia agito per tempo - non saranno verisimilmente rilevanti (sicché anche una eventuale azione di ripetizione dell'indebito, previa dichiarazione della "nullità" della clausola *floor*, potrebbe risultare di difficile accoglimento).

una clausola *floor* - mostrino disponibilità a “rinegoziare” con i propri clienti il “tasso minimo” pattuito, qualora siano subentrate condizioni di mercato di perdurante e significativa discesa del costo del denaro). Soluzione che - anche da un

punto di vista pratico - sembra preferibile (in relazione alla rapidità, economicità e certezza del “rimedio”) rispetto a quella di un controllo giudiziale dagli esiti problematici (26) (e, oltre tutto, poco prevedibili).

(26) Si disinnesci - fra l'altro - il pericolo (che - come abbiamo accennato - si è già materializzato nella giurisprudenza spagnola sulle *cláusulas suelo*) di immaginare che si possa utilizzare, con riferimento alle clausole appartenenti al “contenuto economico” del contratto, una nozione di “vessatorietà” (vessatorietà come mera “intrasparenza” della clausola) affatto diversa da quella che invece opera a proposito del controllo sul “contenuto normativo” dell'atto. Una nozione che - a tacer d'altro - presenterebbe un notevole tasso di problematicità, perché al carattere già *eccezionale* del controllo giudiziale di vessatorietà al quale (in conseguenza della “intrasparenza” della clausola) verrebbe sottoposto anche il “contenuto economico” del contratto (che normalmente si sottrae a quel controllo), si aggiungerebbe l'ulteriore “anomalia” di ricollegare alla “intrasparenza” della clausola, *come tale*, un tipo di rimedio (la nullità per vessatorietà) che

è affatto diverso da quelli che sono usualmente utilizzati per queste ipotesi, e che presuppongono tutti la validità o quanto meno la *non nullità* della clausola (interpretazione contro l'autore della clausola; annullabilità per vizio del consenso; risarcimento del danno per dolo incidente; responsabilità precontrattuale da contratto valido ma sconveniente; ecc.).

Si aggiunga un'ulteriore considerazione. Attesa l'inerenza delle clausole *floor* all'“oggetto principale del contratto”, potrebbe porsi il problema della possibile caducazione dell'intero contratto a seguito del venir meno della clausola considerata vessatoria, anche per l'inesistenza di un “diritto dispositivo” che possa fornire un contenuto che si “sostituisca” alla pattuizione dichiarata nulla. Ragione di più per guardare con cautela ad una “via giudiziaria” alla soluzione del problema delle clausole *floor*, via che si presenta come irta di incognite.