



**CAMERA  
DI COMMERCIO**  
*di Milano*

---



Camera di Commercio  
Roma

## **PARERE**

-----

**PROFILI DI VESSATORIETA'**

**DEI CONTRATTI**

**DI**

**CREDITO AL CONSUMO**

*TRAMITE*

***CARTE REVOLVING***



## PARERE

### LE CLAUSOLE VESSATORIE NELLE CARTE *REVOLVING*

**1 - L'indagine sulle carte revolving quale approfondimento di quella sui contratti di credito al consumo in genere.**- La Commissione reputa che l'esame e la valutazione delle clausole contenute nei formulari esaminati debbano porsi in rapporto di continuità con il Parere espresso nel marzo 2005 sui *Profili di vessatorietà dei contratti di credito al consumo* (in seguito citato semplicemente come "Parere"): in effetti, i contratti aventi ad oggetto l'emissione di carte di credito *revolving* sono interamente riconducibili al fenomeno del credito al consumo, del quale costituiscono una manifestazione caratterizzata dallo strumento di utilizzazione della provvista.

Pertanto non si prenderanno in considerazioni i profili della disciplina del credito al consumo tracciati nel citato Parere, mentre si cercherà - quando necessario - conferma di rilievi in esso contenuti e si suggeriranno le valutazioni offerte, in considerazione degli ulteriori elementi conoscitivi acquisiti.

**1.1 - Le pratiche di conclusione del contratto.**- L'esame dei formulari conferma i rilievi circa il ruolo delle parti nel perfezionamento del contratto (p. 12 ss. del Parere): nonostante qualche occasionale divergenza, prevale il modello che vede il consumatore nel ruolo di proponente e l'emittente della carta in quello di accettante. Non sembra necessario, peraltro, riesaminare le considerazioni allora svolte in merito all'opportunità del controllo dell'equilibrio nelle clausole a valenza precontrattuale, dovendosi condividere la valutazione finale che esclude la vessazione perché le clausole esaminate non danno luogo ad un vincolo irrevocabile per il consumatore (p. 16 ss. del Parere). In ogni caso, l'ipotesi di un'inversione dei ruoli, che collochi l'emittente della carta in quello di proponente ed il consumatore in quello di accettante - pur prospettata da alcune Associazioni di consumatori - appare incompatibile con la fondamentale esigenza che la concessione di un finanziamento sia subordinata alla preventiva valutazione del merito di credito del consumatore che lo richiede.

Nel corso dell'audizione delle Associazioni di consumatori è peraltro emerso un *modus operandi* - dalle stesse segnalato con allarme - che, pur non attenendo direttamente al tema delle clausole vessatorie, sembra presentare profili di abuso: con una certa frequenza



(peraltro non precisata), alcuni intermediari, in seguito alla concessione di finanziamenti al consumo, invierebbero al domicilio del cliente una carta “gratuita”. L’attivazione di questa carta comporterebbe la concessione di un prestito personale che, se non rimborsato entro due mesi, si trasformerebbe in un finanziamento *revolving* o, direttamente, la concessione di quest’ultimo tipo di fido; in entrambi i casi, la documentazione illustrativa sottacerebbe gli oneri ed i rischi del finanziamento mentre, per contro, esalterebbe le molteplici funzionalità della carta, inducendo la clientela ad accettare l’offerta senza averne maturato piena consapevolezza.

Pratiche di *marketing* così aggressive presentano indubbe insidie, peraltro comuni ad ogni contratto a distanza: la loro liceità è, ormai, subordinata all’osservanza delle disposizioni del d. lg. 19 agosto 2005, n. 190, portante attuazione della Direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, che richiedono la comunicazione al consumatore delle prescritte informazioni riguardo all’identità del fornitore, al tipo di servizio finanziario fornito, allo stesso contratto a distanza ed ai sistemi di tutela ed attribuiscono al consumatore varie altre protezioni, tra le quali è preminente il diritto di recesso, di regola nel termine di quattordici giorni dalla data di conclusione del contratto. Pertanto, la Commissione esprime l’auspicio che l’offerta a distanza di carte *revolving* sia adeguata alla generale disciplina della prestazione a distanza di servizi finanziari, rilevando peraltro che l’eventuale inosservanza potrà essere repressa sia attraverso gli ordinari rimedi individuali e successivi, sia attraverso l’azione inibitoria collettiva (v. art. 18 d. lgs. 190/2005) .

**1.2 - (segue): le clausole sui rapporti con i prestatori di beni e servizi.-** Nel § 3.2 del ricordato Parere si affrontava il delicato tema dei rapporti tra l’emittente della carta ed i prestatori di beni e servizi, per il pagamento del cui corrispettivo la carta è comunemente usata: si rilevava che tutti i contratti esaminati contenevano clausole deneganti l’esistenza di rapporti di esclusiva e, quindi, la possibilità di opporre al finanziatore l’inadempimento del prestatore di beni o servizi, e si osservava che il rischio a carico del consumatore è aggravato dalle clausole ricorrenti che autorizzano il finanziatore ad erogare direttamente al fornitore la somma concessa a credito, per lo più senza necessità di prova dell’effettiva



consegna del bene (si tratta, in genere, di finanziamenti destinati all'acquisto di specifici beni). In quel Parere non solo si sottolineava (p. 21) la necessità che i contratti prevedano «uno specifico obbligo contrattuale ... formalmente iscritto nelle condizioni generali di contratto che si applicano ai contratti con i consumatori ... [che preveda l'] erogazione del finanziamento solo previa consegna da parte del fornitore di una attestazione di consegna del bene»,

ma si raccomandava altresì, con particolare forza, la massima correttezza e trasparenza sui rapporti tra finanziatore e fornitore,

«in considerazione del fatto che sembra essere prassi comune nel settore del credito finalizzato che il consumatore venga indirizzato ad un determinato finanziatore dal fornitore cui si è rivolto per l'acquisto di un bene»,

qualificando come sicuramente abusivo

«il comportamento di quegli operatori che, pur avendo di fatto un rapporto di esclusiva con un particolare fornitore, ne negassero l'esistenza a livello contrattuale, in modo da sfruttare il difficile onere probatorio a carico del consumatore ai sensi dell'art. 125, comma 4, del D. Lgs. 1993/385».

Anche nei contratti esaminati in quest'occasione si rinviene comunemente una clausola del seguente tenore (quella citata è tratta dal formulario di un intermediario bancario):

«La banca è estranea ai rapporti contrattuali intercorrenti tra il cliente e gli esercenti convenzionati, inerenti ai beni o servizi ottenuti tramite utilizzo della carta. Pertanto, le eventuali controversie con gli esercenti non escludono né sospendono l'obbligo del cliente di effettuare il pagamento di quanto dovuto alla banca in base al contratto»,

di talché permane l'opportunità di valutare se la sua presenza nei formulari contrattuali determini un ingiustificato squilibrio contrattuale (Cfr. § 2).

**1.3 - (segue): le clausole attributive del ius variandi all'emittente della carta.-** Nel ricordato Parere si sottolineava come l'indagine avesse ad oggetto contratti a tempo determinato, circostanza che di per sé esclude l'applicazione del comma 4 dell'art. 1469-bis c.c. (ora comma 3 dell'art. 33 del Codice del consumo approvato con d. lg. 6 settembre 2005, n. 206): la valutazione delle clausole, che attribuiscono all'emittente della carta il *ius variandi*, doveva dunque avvenire alla stregua del comma 5 del predetto articolo art. 1469-bis (ora comma 4 dell'art. 33 citato). A questo proposito, il § 2.4 del Parere conteneva una serie d'importanti rilievi:

- i) mancava, nei contratti esaminati, una distinzione tra variazioni delle condizioni economiche o delle condizioni disciplinari, conseguendone una certa



difficoltà nel verificarne i presupposti e, quindi, l'inosservanza del principio di chiarezza e comprensibilità;

- ii) quasi nessun contratto prevedeva esplicitamente i casi di giustificato motivo che permettono la modificazione unilaterale del contenuto del contratto: donde un giudizio di vessatorietà delle clausole così configurate;
- iii) mentre in alcuni formulari le clausole prevedevano genericamente la variazione unilaterale delle condizioni economiche, in altri facevano menzione di specifiche condizioni, ma a titolo esemplificativo: formulazioni non solo insufficientemente determinate, ma in possibile contrasto con il comma 5 dell'art. 1469-bis [ora art. 33, comma 4, cod. cons.] che permette la modificazione unilaterale solo del tasso d'interesse e degli altri oneri inerenti alla prestazione finanziaria;
- iv) almeno in alcuni casi, le clausole esaminate omettevano di specificare che il *ius variandi* può essere esercitato solo in presenza di un giustificato motivo che, ad avviso della Commissione, dovrebbe invece essere specificato nel contratto;
- v) alcune delle clausole esaminate prevedevano, in caso di recesso, l'obbligo del consumatore di pagare il proprio debito entro il termine di quindici giorni: al riguardo, deprecata l'incertezza circa la *dies a quo*, la Commissione raccomandava agli operatori di prevedere termini di rimborso meno onerosi, in modo da non compromettere l'effettività del diritto di recesso.

Nei formulari riguardanti l'emissione di carte *revolving* le clausole, che prevedono la variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, sono ricorrenti: appare, pertanto, opportuno indagare circa l'attualità dei rilievi appena ricordati, tenendo presenti le recenti modifiche dell'art. 118 T.u.b. (Cfr. § 5).

**1.4 - (segue): le altre clausole sottoposte a valutazione nel Parere: clausole sulla cessione del contratto o del credito; la coobbligazione del coniuge; le clausole sul foro competente; i rilievi finali sulla trasparenza.-** Il § 2.5 del ricordato Parere era dedicato alle clausole, contenute nei contratti di credito al consumo, mediante le quali il consumatore autorizza preventivamente il finanziatore a cedere ad altri il contratto o i diritti che ne derivano: la Commissione concludeva per il carattere vessatorio di quelle che autorizzano la cessione del contratto in qualsiasi momento, difettando in esse criteri idonei a garantire la tutela



dei diritti del consumatore; per contro, riteneva non vessatorie quelle che autorizzano la cessione del credito.

Clausole di autorizzazione preventiva alla cessione del contratto ricorrono nelle condizioni generali di diversi emittenti, seppure formulate diversamente; pertanto, si dovrà procedere alla loro valutazione in coerenza con gli indirizzi a suo tempo espressi dalla Commissione (Cfr. il §. 6).

Nel successivo § 2.6 del ricordato Parere si prendevano in esame clausole, che prevedono la prestazione di una garanzia fideiussoria da parte del coniuge del consumatore – prassi di per sé non criticabile – rilevando peraltro come in alcuni casi si configurasse una coobbligazione invece che una fideiussione: clausole così formulate meritano censura sotto il duplice profilo della trasparenza e della correttezza, non esprimendo con la necessaria chiarezza la natura dell’impegno assunto ed implicando un rinvio a clausole non conoscibili da parte del consumatore prima della conclusione del contratto (p. 32). Il giudizio di vessatorietà, riguardante queste clausole, si estendeva alle clausole che prevedono la deroga agli artt. 189 e 190 c.c. ed a quelle che disciplinano la decadenza dal beneficio del termine per effetto dell’inadempimento ad uno qualsiasi degli obblighi assunti dal consumatore.

Nelle condizioni generali di contratto riguardanti l’emissione di carte *revolving* non si rinvenivano clausole che esplicitamente prevedano la prestazione di garanzia personale, ma alcuni formulari prevedono, accanto alla sottoscrizione del consumatore, anche quella di un coobbligato: per tali clausole valgono le considerazioni svolte nel precedente parere. La Commissione ritiene, invece, necessario affrontare specificamente, per quanto concerne tanto l’eventuale coobbligato quanto l’obbligato principale, i problemi connessi alle clausole di decadenza dal beneficio del termine e di risoluzione per inadempimento del consumatore (Cfr. § 3) e quelli conseguenti riguardanti le “penali” a carico dei consumatori (Cfr. § 4).

Le clausole sul foro competente erano state esaminate nel § 2.7 del ricordato Parere, esprimendo riserve sulla loro formulazione: accanto a clausole che designano quale competente un foro che non necessariamente coincide con quello di residenza o domicilio elettivo del consumatore – da considerarsi pertanto vessatorie – se n’erano rinvenute altre nelle quali s’escludeva che l’*electio fori* produca effetti nel caso che il contraente sia un consumatore. Questa formulazione, che sembra ripresa dai comuni contratti bancari, era considerata insufficiente, apparendo preferibile che le condizioni generali di contratto



predisposte per il credito al consumo indichino espressamente il foro del consumatore quale unico foro competente.

Nelle condizioni generali di contratto riguardanti l'emissione di carte *revolving* si rinvencono – talora – clausole di scelta del diritto applicabile e del foro competente: anche ad esse si dovrà rivolgere l'attenzione (Cfr. § 7).

Devono essere condivisi, infine, i rilievi conclusivi sulla scarsa trasparenza dei formulari, frutto del frequente impiego di caratteri di stampa molto piccoli e di terminologia non immediatamente comprensibile dal consumatore inesperto.

**2 - L'estraneità dell'emittente ai rapporti contrattuali tra il titolare della carta e gli esercenti convenzionati ed altre clausole contestuali d'esonero da responsabilità.-** Come rilevato a suo tempo, i formulari esaminati contengono generalmente una clausola, nella quale il titolare della carta riconosce l'estraneità dell'emittente ai suoi rapporti con gli esercizi convenzionati – in qualche formulario si dichiara altresì l'inesistenza di accordi che attribuiscono all'emittente l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore – con la conseguenza che egli non potrà opporgli alcuna eccezione riguardante quei rapporti, neppure dopo l'esecuzione dell'ordine di pagamento. Nella stessa clausola si prevede anche l'irrevocabilità dell'ordine di pagamento impartito attraverso l'uso della carta, fermo restando pertanto l'obbligo del titolare di rifonderne l'importo all'emittente. Frequentemente, la clausola contiene anche un totale esonero dell'emittente da responsabilità per il caso in cui la carta non sia accettata dagli esercenti convenzionati; è presente talora un ulteriore esonero da responsabilità per il mancato funzionamento delle apparecchiature elettroniche abilitate all'accettazione della carta.

Sembra che le clausole in questione mirino a soddisfare esigenze diverse: la dichiarazione che tra l'emittente della carta e gli esercenti convenzionati non sussiste un rapporto di esclusiva appare funzionale a trasferire sul titolare della carta l'onere di provare, invece, l'effettiva esistenza di un rapporto onde poter agire nei confronti dell'emittente-finanziatore lamentando gli inadempimenti del fornitore, in applicazione dell'art. 125, c. 4, del t.u.b. ed oggi anche dell'art. 42 del Codice del consumo.

La difficoltà di questa prova, a causa dell'estraneità del consumatore agli accordi tra emittente ed esercizi convenzionati, appare evidente: la clausola, pertanto, sembra meritare censura ai sensi dell'art. 33, c. 2, lett. t del Codice del consumo.





La clausola che riconosce l'estraneità dell'emittente ai rapporti del titolare della carta con gli esercizi convenzionati figura anche nei formulari di emittenti che ordinariamente non concedono credito: in effetti, benché la sua formulazione se ne discosti in qualche misura, essa sembra riprodurre la clausola 7 delle *Condizioni generali per l'utilizzo di carta di credito* predisposta dall'A.B.I., che – con maggiore correttezza terminologica – si esprime così:

«Fatto salvo quanto previsto dall'art. 125, c. 4, del D. L.vo n. 385/93, ove applicabile, non possono essere opposte all'emittente le eccezioni relative al rapporto di compravendita intervenuto fra gli esercenti convenzionati ed il titolare concernenti le merci acquistate e/o i servizi ottenuti, incluse quelle relative a difetti delle merci, ritardo nella consegna, ed altri analoghi eventi. Resta fermo pertanto l'obbligo del Titolare di onorare i relativi ordini di pagamento».

La sua funzione appare quella di scomporre l'operazione economica, posta in essere attraverso l'acquisto di beni o servizi ed il loro pagamento tramite carta di credito, in più rapporti indipendenti tra di loro, astraendo dal rapporto commerciale, che essa deve regolare, l'obbligazione dell'emittente di pagare al fornitore il prezzo. In questo modo, si assicura il regolare flusso delle operazioni finanziarie, sollevando l'intermediario finanziario dall'onere di accertare il fondamento della richiesta di pagamento, rivoltagli dall'esercente.

La maggiore liquidità del mercato, così conseguita, torna probabilmente a vantaggio degli stessi consumatori, intesi come categoria indifferenziata: ma non sembra dubbio che questo risultato utile comporti inefficienze nello scambio tra beni (e servizi) ed il danaro, che dovrebbe rappresentarne il corrispettivo, quando l'inadempimento del fornitore o la mancanza delle qualità promesse o attese frustrino l'interesse dei consumatori.

Le considerazioni appena accennate permettono di cogliere immediatamente il contrasto tra l'obiettivo, perseguito attraverso la clausola citata (e quella che esclude la revocabilità degli ordini di pagamento impartiti attraverso l'uso della carta), e l'ispirazione di fondo della disciplina a protezione dei consumatori, che si rivolge non già al singolo contratto, ma piuttosto all'operazione economica nel suo insieme, ancorché articolata in più contratti formalmente autonomi: l'art. 34 del Codice del consumo dispone, infatti, che

«la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende».

Non sembra possibile, invero, negare il collegamento funzionale tra il contratto finanziario, mediante il quale l'emittente della carta assume l'obbligo di pagare il prezzo dei beni e servizi che il titolare acquisterà mediante il suo impiego, ed i vari contratti





commerciali nei quali si sostanzia questo impiego: basti considerare che non avrebbero senso alcuno l'emissione della carta né la concessione di un'apertura di credito *revolving*, se le parti non prevedessero la stipulazione di quei contratti. Proprio questo collegamento funzionale, in definitiva, spiega la previsione di clausole siffatte, che mirano proprio ad interromperlo nel momento in cui l'ordine di pagamento diviene esigibile.

Non si deve dimenticare, inoltre, che la carta di credito è utilizzabile solo presso gli «esercenti convenzionati», cioè presso imprenditori commerciali che hanno stipulato con l'emittente un contratto, in forza del quale si sono obbligati a fornire beni o prestare servizi ai titolari delle carte senza chiedere loro alcun pagamento, a fronte dell'obbligazione dell'emittente di soddisfare il loro credito *ex pretio* (sia pure previa deduzione del disagio). L'esistenza di questi accordi è, innegabilmente, un presupposto dei contratti finanziari aventi ad oggetto l'emissione della carta di credito e la concessione del fido; in qualche misura, il titolare della carta è incoraggiato dall'intermediario finanziario a rivolgersi a coloro, per conseguire il vantaggio di acquistare a credito. La rete di operatori commerciali, disposti ad accettare la carta, è – in definitiva – creazione dello stesso intermediario che la emette.

La netta cesura tra contratto finanziario e contratto commerciale, cui mirano le clausole qui in esame, appare dunque contraddire l'affidamento nella serietà degli esercenti e porre il rischio di loro comportamenti opportunistici a carico del soggetto, che è stato indotto a contrattare con loro in virtù della loro appartenenza a quella rete. Benché non siano riconducibili direttamente ad alcuna delle clausole contemplate nella *grey list* contenuta nel comma 2 dell'art. 33 del Codice del consumo, appare corretto concludere che dalle clausole in esame deriva uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi dei consumatori e quelli degli emittenti delle carte di credito, rilevante agli effetti del primo comma.

Nel corso dell'audizione e nelle osservazioni scritte successivamente presentate, Assofin ha proposto alcuni rilievi sulla materia, esprimendo innanzi tutto l'avviso che le clausole, che escludono qualsiasi responsabilità dell'emittente per comportamenti riferibili all'esercente non siano vessatorie, perché corrisponderebbero alla disciplina legislativa vigente: in particolare, l'estraneità dell'emittente alle controversie riguardanti il contratto commerciale deriverebbe dalla mancanza di un accordo di esclusiva, a norma dell'art. 42 del Codice del consumo; per altro verso, l'esistenza di un rapporto siffatto non sarebbe



neppure ipotizzabile, date le caratteristiche del finanziamento effettuato mediante carta revolving.

Queste osservazioni non appaiono risolutive: da un lato, l'argomento fondato sull'art. 42 del Codice del consumo non è sufficiente a superare le considerazioni, sopra esposte, circa la vessatorietà della clausola che trasferisce sul titolare della carta l'onere di provare, invece, l'effettiva esistenza di un rapporto d'esclusiva. D'altro canto, l'affermazione che l'inopponibilità all'emittente delle eccezioni inerenti il contratto commerciale costituisce «il regime ordinario ai sensi dell'applicabile disciplina civilistica» - pure contenuta nel documento citato - si risolve in una petizione di principio, inidonea a contraddire le argomentazioni appena svolte in ordine alla vessatorietà di clausole, che interrompono il collegamento funzionale tra contratto finanziario e contratto commerciale.

**2.1 - L'esonero da responsabilità per la mancata accettazione della carta di credito.**- Alla clausola appena esaminata si accompagnano spesso un totale esonero dell'emittente da responsabilità per il caso in cui la carta non sia accettata dagli esercenti convenzionati e, talora, un ulteriore esonero da responsabilità per il mancato funzionamento delle apparecchiature elettroniche abilitate all'accettazione della carta.

Neppure questi esoneri da responsabilità sono direttamente riconducibili ad alcuna delle clausole contemplate nella *grey list* contenuta nel comma 2 dell'art. 33 del Codice del consumo, ma sembrano ugualmente dare luogo ad uno squilibrio significativo nelle rispettive posizioni dell'emittente e del titolare della carta: in entrambi i casi, infatti, si verifica un'interruzione nella funzionalità del servizio prestato dall'intermediario finanziario, che non permette al titolare della carta di goderne benché - proprio in virtù delle clausole di esonero - egli resti tenuto al pagamento dell'intero corrispettivo.

Quest'interruzione nella funzionalità del servizio è riferibile, in entrambi i casi, all'intermediario finanziario: il rifiuto della carta costituisce una violazione degli impegni assunti nei suoi confronti dagli esercenti, violazione che egli può prevenire in modo efficiente mentre il titolare può solo subirla; il rifiuto della carta da parte delle apparecchiature elettroniche abilitata alla sua accettazione, dovuto al loro mancato funzionamento, è conseguenza di un difetto nel sistema informatico utilizzato che, ancora una volta, può essere prevenuto in modo efficiente solo dall'intermediario finanziario o dal gestore del sistema, che il primo ha scelto quale suo collaboratore. La responsabilità dell'intermediario finanziario per questi eventi discende dalla regola generale dell'art.



1228 c.c., pacificamente applicabile anche quando il debitore si avvalga dell'opera di collaboratori estranei alla sua azienda; le clausole che la escludono senza ammettere una riduzione del corrispettivo sembrano, pertanto, determinare uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni delle parti.

**3 - La decadenza dal beneficio del termine e la risoluzione del contratto per inadempimento del consumatore.-** Sono piuttosto frequenti, nei formulari esaminati, clausole che permettono all'emittente-finanziatore di porre termine al rapporto, secondo una triplice tipologia:

- i) clausole che autorizzano il recesso unilaterale;
- ii) clausole che prevedono la decadenza del titolare dal beneficio del termine;
- iii) clausole che prevedono la risoluzione di diritto del contratto in caso d'inadempimento del titolare.

Le clausole che autorizzano il recesso, a loro volta, prevedono per lo più l'alternativa tra recesso per giustificato motivo, che pertanto non richiede il preavviso, e recesso senza giustificato motivo ma con preavviso; in alcuni testi si rinviene la previsione di eventi che giustificano il recesso.

Al riguardo è necessario ricordare che, secondo la disciplina protettiva dei consumatori, le clausole autorizzanti il recesso del professionista sono compatibili solo con i contratti a tempo indeterminato (art. 33, comma 2, lett. *h* e comma 3, lett. *a*, del Codice del consumo): solo pochi formulari dichiarano espressamente che il finanziamento è concesso a tempo indeterminato, mentre la maggior parte non prevede un termine finale per questo rapporto ma, unicamente, per la carta di credito che, normalmente, perde "validità" dopo due o tre anni dall'emissione. Del pari è comunemente prevista l'automatica sostituzione della carta scaduta con altra carta, sì che appare difficile configurare un rapporto a tempo determinato; ne consegue una valutazione favorevole - in questi limiti - delle clausole sul recesso dell'emittente.

Più complessa appare la valutazione delle altre clausole, che attribuiscono all'intermediario il potere di reagire a determinati eventi ponendo fine al rapporto, invocando la decadenza del consumatore dal beneficio del termine o la risoluzione per suo inadempimento (si tratta, nella seconda serie d'ipotesi, di esempi di clausole risolutive espresse ai sensi dell'art. 1456 c.c.). La decadenza dal beneficio del termine consegue di diritto ad eventi tipici, benché spetti al creditore la scelta se invocarla o assumere il maggiore rischio che da essi deriva: pertanto la clausola che espressamente attribuisce



all'intermediario il potere d'invocare la decadenza, al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 1186 c.c., riproducendo una disposizione di legge, non può essere considerata vessatoria (art. 34, comma terzo, codice del consumo).

La previsione di una clausola risolutiva espressa, benché costituisca esercizio di una facoltà compresa nell'autonomia negoziale, pure può alterare l'equilibrio contrattuale, perché attribuisce all'intermediario un potere di sciogliere unilateralmente il contratto al ricorrere di avvenimenti, qualificati come inadempimento, senza sottoporne la valutazione al giudice. Questo rischio di alterazione dell'equilibrio contrattuale appare più grave quando la clausola contempla una molteplicità di eventi, come spesso avviene: si consideri, a mo' di esempio, la clausola - contenuta nelle condizioni generali di contratto di un importante intermediario finanziario - che indica come evento giustificativo della risoluzione la mancata osservanza degli obblighi previsti da ben sei clausole oltre al verificarsi delle ipotesi previste dall'art. 1186 c.c., almeno una delle quali non costituisce tecnicamente inadempimento.

Si è affermato che la clausola risolutiva espressa non può essere ricondotta tra quelle che sanciscono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, perché il potere di chiedere la risoluzione del contratto spetta di diritto a ciascun contraente e la clausola si limiterebbe ad agevolare l'esercizio, attraverso un'anticipata valutazione dell'importanza dell'inadempimento ad opera delle stesse parti contraenti (Cass., 10 dicembre 1959, n. 3315): proprio questa sottrazione al giudice della valutazione dell'importanza dell'inadempimento è posta in rilievo da Cass., 16 maggio 1997, quale unico criterio di distinzione rispetto all'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento.

La *ratio* della clausola risolutiva espressa appare, quindi, essere proprio quella di attribuire a determinati fatti d'inadempimento quell'importanza, che giustifica la risoluzione e che - di regola - dev'essere apprezzata dal giudice. Sembra, allora, evidente che la predeterminazione di quei fatti, attraverso la loro valutazione da parte del solo predisponente, anche se non impedisce al consumatore l'azione in giudizio per far accertare la scarsa importanza dell'inadempimento ascrittogli, si risolva senz'altro in uno squilibrio significativo a svantaggio del consumatore.

**4 - Le clausole penali.-** La penale nei contratti bancari tra professionista e consumatore è un argomento che impone anzitutto una specificazione di tipo definitorio.



Tecnicamente la penale è *ex art.* 1382 c.c. la clausola con cui le parti stabiliscono forfaitariamente la misura del risarcimento del danno in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento.

In senso atecnico e generale, l'espressione "penalità" ha un spettro applicativo ampio, riferendosi ad ogni previsione sfavorevole a una delle parti collegata a una vicenda contrattuale. In primo luogo, tutte quelle imposizioni economiche che possono essere definite in termini di "accessori eventuali della penale": le spese per la costituzione in mora e di decadenza dal beneficio del termine e, in generali, tutti gli oneri economici connessi al recupero del credito. Nei contratti di durata rappresenta, poi, una penale il c.d. "costo del recesso" e, nel caso, in cui il recesso sia stato indotto da una modificazione *in pejus*, anche l'eventuale termine per la restituzione dell'utilizzato.

Per chiarezza espositiva di seguito verrà, però, adottata una distinzione di carattere non dogmatico, ma funzionale:

- a) tra penale e accessori della penale che, per quanto non riconducibili direttamente alla nozione di cui all'art. 1382 c.c., vanno comunque a comporre il "costo dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento" (§ 5.1)
- b) e altre penalità, con la precisazione che per le conseguenze del recesso indotto da modificazioni apportate dall'intermediario (c.d. *ius variandi*) si rinvia allo specifico paragrafo (§ 5.2).

**4.1 - Il "costo dell'inadempimento".-** Dalle condizioni generali di contratto esaminate emerge, anzitutto, un certa opacità nell'individuazione del costo per l'inadempimento, che si manifesta: da un lato, **i)** nella discrezionalità dell'intermediario nella fissazione della stessa penale; dall'altro, **ii)** nella complessa composizione dei fattori (interessi moratori e penali) che concorrono alla determinazione dell'importo dovuto dal cliente, specie, nel caso in cui il ritardo nel pagamento si tramuti in causa di risoluzione del contratto. A tal proposito, va segnalato che il difetto di trasparenza è stato ritenuto dalla giurisprudenza motivo di vessatorietà e, quindi, di inefficacia delle clausole non redatte in modo chiaro e comprensibile (così sul previgente art. 1469-*quater*: Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 496, confermata da App. Roma, 24 settembre 2002, in *Contratti*, 2003, p. 113; Trib. Firenze, 19 marzo 2005, in *Giurisprudenza civile 2005*, Giuffrè, Milano, p. 376).



- i) Sotto il primo profilo, in alcune condizioni generali di contratto è prevista l'attribuzione all'intermediario di un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione della penale e nella sua quantificazione. E' infatti abbastanza diffusa la clausola che sanziona il ritardo con l'applicazione di un interesse moratorio cui si aggiunge la facoltà dell'intermediario di applicare una penale commisurata fino al 30% dell'insoluto.

La previsione di una penale a favore dell'intermediario in sé non è vessatoria, perché alla funzione di sgravio probatorio a favore del predisponente corrisponde un funzione "protettiva" per l'aderente, che può conoscere anticipatamente le conseguenze economiche del suo eventuale inadempimento e, di conseguenza, moderare il suo comportamento. Ma il potere del predisponente di decidere arbitrariamente la misura della penale (e il se della penale) vanifica la funzione "protettiva" della clausola e la rende pertanto foriera di un notevole squilibrio contrattuale a danno del consumatore. Sotto altro profilo, peraltro, la soluzione della penale variabile appare un meccanismo elusivo del "divieto" (pena l'inefficacia) di imporre penali eccessive. Sono, pertanto, vessatorie e quindi inefficaci le clausole che, in aggiunta all'interesse moratorio, danno all'intermediario la facoltà di imporre un'ulteriore penale, senza specificare i criteri cui quest'ultimo si dovrà attenere nell'applicazione e nella quantificazione delle stessa.

- ii) Per l'ipotesi in cui il ritardo del cliente nel pagamento si trasformi in causa di scioglimento del rapporto (o di decadenza dal beneficio del termine) in molte delle condizioni generali di contratto esaminate emerge una certa difficoltà nella composizione tra penale per il ritardo nell'adempimento e penale per l'inadempimento.

Il panorama delle penali in senso stretto è piuttosto variegato. Le conseguenze del ritardo semplice vanno dall'applicazione di un interesse moratorio (individuato espressamente oppure come maggiorazione del tasso annuo nominale o dell'interesse corrispettivo) all'obbligo di pagamento di un importo percentuale calcolato sulla rata (che in alcuni casi si aggiunge all'applicazione di un interesse moratorio), fino alla previsione di una somma fissa. Analogo assortimento caratterizza l'individuazione delle conseguenze economiche successive alla risoluzione del contratto o alla decadenza dal beneficio del termine.



Il cliente, per quantificare *ex ante* il costo del suo inadempimento, dovrebbe anzitutto coordinare la clausola che regola il ritardo nell'adempimento con quella che disciplina le conseguenze della risoluzione del rapporto (e/o la decadenza dal beneficio del termine) e successivamente eseguire un calcolo complesso tra fattori non sempre perfettamente coordinati tra loro:

- le rate a scadere comprensive dell'interesse corrispettivo;
- le rate scadute maggiorate dell'interesse per il ritardo nell'adempimento, spesso indicato in termini di incremento percentuale del Tasso Annuo Nominale (ad. es. TAN + 2%);
- la penale determinata in percentuale sulle rate scadute per il ritardo nell'adempimento e quella determinata in percentuale sull'insoluto, voce quest'ultima che non è sempre chiaro se assorba la prima o a essa si aggiunga;
- l'interesse per il ritardo nella restituzione di quanto dovuto dopo lo scioglimento del rapporto.

L'art. 35, comma 1, cod. cons. fa riferimento alla chiarezza e soprattutto alla comprensibilità delle clausole. "Comprensibilità" è un concetto relativo che va commisurato al *target* tipico. Quello delle carte di credito *revolving* (che nella sostanza sono dei contratti di apertura di credito tipicamente per importi molto modesti) è presumibile che sia sotto il livello consumatore medio.

Non è detto (ed è anzi discutibile) che questa forma di complessità contrattuale si traduca in un giudizio di vessatorietà per difetto di trasparenza. Si ritiene comunque opportuno che il raccordo tra quanto dovuto in caso di ritardo nell'adempimento e quanto dovuto qualora il ritardo si tramuti in causa di scioglimento del rapporto sia esplicito. In altri termini, non basterebbe regolare le conseguenze del ritardo, da un lato, e quelle della risoluzione (o della decadenza dal beneficio del termine), dall'altro, ma andrebbero specificamente disciplinate anche le conseguenze dell'ipotesi in cui il ritardo protratto cagioni la risoluzione del contratto: nei limiti del possibile, attraverso un'esemplificazione. A cavallo tra vessatorietà per difetto di trasparenza (art. 35, cod. cons.) e vessatorietà in senso sostanziale (per eccessività della penale, ai sensi dell' art. 33, comma 2, lett. f) si collocano i c.d. "accessori della penale".

A parte alcune rare eccezioni (su cui *infra*), si avverte che l'eccessività del "costo dell'inadempimento" non è la penale pura, ma la composizione tra maggiorazione





dell'interesse (o importi percentuali applicati al debito) e voci accessorie, per lo più riconducibili a spese la cui giustificazione causale crea qualche imbarazzo.

Sul piano della trasparenza, il dovere di chiarezza e comprensibilità imporrebbe di rendere facilmente preventivabile il costo complessivo dell'inadempimento. Sotto il profilo dell'eccessività, le spese connesse all'inadempimento spesso rappresentano un moltiplicatore esponenziale della penale.

Non è, infatti, raro che il sollecito telefonico sia commisurato in percentuale elevata sull'insoluto ( fino al 10% in un modulo); che la raccomandata di costituzione in mora raggiunga anche i 50 € e così anche le spese per la comunicazione della decadenza dal beneficio. Ciò significa che su un debito di 1000 € è presumibile che l'accessorio della penale, non la penale, raggiunga i 200 € e , cioè, il 20% del debito.

Vanno pertanto ritenute vessatorie *ex art. 35 e/o ex art. 33, comma 2, lett. f)*, tutte quelle penali in cui il costo dell'inadempimento risulta notevolmente incrementato attraverso l'applicazione di spese accessorie (che peraltro potrebbero essere singolarmente sindacate sotto il profilo della giusta causa dell'attribuzione patrimoniale).

Infine, nella prospettiva ristretta dell'art. 33, comma 2, lett. f), che sanziona con l'inefficacia la penale eccessiva, le notazioni sono poche e di taglio più specifico.

Oltre alle rare penali in sé manifestamente eccessive (in particolare, in uno dei moduli esaminati, è prevista una penale fino al 30% delle rate scadute, cui si aggiunge un ulteriore importo fino all'8% delle rate a scadere, in caso di risoluzione o di decadenza dal beneficio del termine), va, in particolare, segnalata la clausola che coniuga nell'individuazione del *quantum* termini percentuali sul debito con importi fissi che segnano il valore minimo e il valore massimo dell'importo dovuto dal cliente. In uno dei moduli analizzati è, ad esempio, prevista una penale pari al 6% del debito, ma non inferiore a 80 € e non superiore a 240 €.

*Nulla quaestio* sulla previsione di un tetto massimo; presenta, invece, profili di vessatorietà sostanziale l'indicazione del minimo. Sui modesti importi che normalmente sono oggetto dell'affidamento o il minimo è "quasi simbolico" o rappresenta presumibilmente una percentuale elevata dell'insoluto ed è perciò eccessivo *ex art. 33, comma 2, lett. f)*.

**§4.2 - Le altre penalità.-** Tra le "altre penalità" connesse all'inadempimento spicca per singolarità la clausola, prevista in un solo modulo, di espressa deroga all'art. 1193 c.c. (imputazione di pagamento). Tale clausola, che suppone l'esistenza di più debiti tra



l'intermediario e il cliente tutti divenuti esigibili e attribuisce al primo il potere di stabilire discrezionalmente a quali partite imputare i pagamenti del debitore (in espressa deroga alla disposizione di all'art. 1193 c.c.), solleva anzitutto un'alternativa di carattere ermeneutico.

Astrattamente sono ipotizzabili due interpretazioni: a) salva la facoltà del debitore di dichiarare quale debito o quale parte di debito intende soddisfare, in mancanza di tale dichiarazione, spetta all'intermediario / creditore la facoltà di scegliere a cosa imputare il pagamento, anche in deroga ai criteri legali stabiliti dal secondo comma dell'art. 1193 c.c.; b) la volontà del debitore, quand'anche dichiarata, resta gerarchicamente sottomessa a quella diversa eventualmente espressa dal creditore.

La prima interpretazione non pone un problema di vessatorietà, essendo, in realtà, riprodottriva del regime legale. L'art. 1195 c.c. ( per il quale *“chi avendo più debiti, accetta una quietanza nella quale il creditore ha dichiarato di imputare il pagamento a uno di essi, non può pretendere un'imputazione diversa se non vi è stato dolo o sorpresa da parte del creditore”*) chiarisce, infatti, che il termine medio tra la prevalente dichiarazione del debitore e l'applicazione dei criteri di legali di imputazione è la volontà del creditore, espressa nella quietanza (v. anche Cass. 13 dicembre 2005, n. 27405, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, fasc. 12: *“In tema di imputazione del pagamento, quando il debitore non si avvalga della facoltà di dichiarare quale debito intenda soddisfare, la scelta, come desumibile dall'art. 1195 c.c., spetta al creditore, il quale, nello stesso documento di quietanza, può dichiarare di imputare il pagamento ad uno o più debiti determinati, subentrando i criteri legali di cui all'art. 1193 c.c., che hanno carattere suppletivo, solo quando né il debitore né il creditore abbiano effettuato l'imputazione”*).

Di converso, desta più perplessità sotto il profilo dell'equilibrio contrattuale tra diritti e obblighi *ex art. 33, comma 1, cod. cons.* la seconda interpretazione, che determina la perdita di un diritto per il consumatore (: la facoltà di dichiarare quale debito intende soddisfare), non compensata da alcuna limitazione dei diritti dell'intermediario. D'altronde, la clausola parrebbe anche riconducibile all'ipotesi della *grey list* di cui all'art. 33, comma 2, *sub lett. t)*, comportando una limitazione, sia pur circoscritta, della facoltà di opporre eccezioni. Il consumatore, in ipotesi privato della facoltà di dichiarare quale debito intende soddisfare, non potrebbe neppure eccepire il dolo o la sorpresa del creditore nell'imputazione di pagamento (art. 1195 c.c.).



La penale in senso lato per eccellenza, diffusa ancora in molte condizioni generali di contratto, è invece l'imposizione di commissioni e spese per l'esercizio del recesso su iniziativa del cliente (sul recesso indotto da modificazioni contrattuali v. *infra* § 6).

Il nuovo art. 118 T.u.b., come modificato dall'art. 10, u.c., l. 248/2006, oggi dispone che, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto *“senza penalità e senza spese di chiusura”*. L'adeguamento legislativo impone, quindi, di espellere quelle clausole (o meglio, quelle parti di clausole) che ancora non raramente prevedono l'obbligo di pagamento di commissioni e spese per l'estinzione anticipata del finanziamento.

Sempre a proposito di spese / commissioni per il recesso, va segnalato che è usuale la clausola di rinnovo automatico della carta (da non confondere con il rapporto di apertura di credito che, invece è stipulato a tempo indeterminato) con cadenza da annuale a triennale, accompagnata dalla previsione per cui qualora, nell'esercizio del recesso, non sia stato rispettato il termine di preavviso rispetto alla scadenza della carta resta a carico del cliente il costo del rinnovo della stessa.

Alla luce del nuovo art. 118 T.u.b. si pone, quindi, il dubbio se gli intermediari possano ancora pretendere il pagamento del rinnovo nel caso in cui non sia stato rispettato il termine di preavviso.

In effetti, non si tratta di una spesa riconducibile alla chiusura del conto e non è neppure sicuro se l'importo in oggetto sia una penalità o solo la rifusione di un costo sopportato dall'intermediario per la rinnovazione della carta. In questo senso si sono espressi i rappresentanti di ASSOFIN in sede di audizione, i quali hanno altresì specificato che, in particolare, si tratterebbe di una copertura di spese istruttorie. Se così fosse, tale imposizione economica dovrebbe ritenersi legittima, in quanto non compresa tra quelle indicate nell'art. 118 T.u.b., testo modificato dalla l. 248 /2006.

Nell'ipotesi in cui non si reputi necessaria l'eliminazione di un tale costo, va sottolineato che il giudizio di vessatorietà potrebbe comunque ricadere sull'eccessiva lunghezza del termine di preavviso, che raggiunge talvolta i due mesi per scadenze annuali (art. 33, comma 2, lett. i *“si presumono vessatorie ... le clausole che hanno come oggetto o come effetto ... stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione”*)

Infine, l'estensione massima del concetto di penalità consente di includervi anche le conseguenze del furto e dello smarrimento della carta revolving.



In quasi tutti i formulari esaminati è presente una clausola che fa obbligo al titolare della carta di custodire la stessa ed il codice PIN in modo da prevenirne l'uso indebito da parte di terzi e pone a suo carico l'onere di avvertire immediatamente l'emittente in caso di smarrimento, furto, falsificazione o contraffazione. Nelle more tra l'evento denunciato e l'avviso all'emittente, le conseguenze dannose dell'uso illecito della carta restano a carico del titolare, con il limite di € 150.

Gli obblighi ed oneri posti a carico del consumatore assolvono un'evidente funzione preventiva dei danni che possono derivare dall'uso non autorizzato della carta di credito da parte di terzi: non vi è dubbio che l'impiego della normale diligenza nella custodia di carta e PIN non rappresenti un eccessivo onere per il titolare, di talché la clausola non meriterebbe una valutazione negativa, almeno in via generale. Per altro verso, la previsione che il consumatore sopporti il rischio di smarrimento, sottrazione o uso fraudolento della carta, nel limite di € 150, risponde alle Raccomandazioni 17 novembre 1988 e 30 luglio 1997 della Commissione Europea.

Ciò nondimeno, la clausola non può andare esente da censura: da un lato, le Raccomandazioni della Commissione non hanno la forza di legge necessaria perché la clausola che le riproduce si sottragga al controllo di vessatorietà; dall'altro, la clausola è in netta contraddizione con l'art. 56 del Codice del consumo e con l'art. 13 del d. lg. 19 agosto 2005, n. 190, disposizioni che disciplinano il pagamento del prezzo di beni e servizi acquistati mediante contratti a distanza. Alla stregua delle due disposizioni citate, il consumatore che dimostri l'uso fraudolento della carta da parte del fornitore o di un terzo ha diritto al riaccredito della somma, da parte dell'emittente: trattandosi in entrambi i casi di disposizioni protettive del consumatore, espressamente dichiarate inderogabili, la clausola deve ritenersi nulla per violazione di norme imperative, perché non prevede l'integrale riaccredito delle somme indebitamente pagate nelle ipotesi di contratti a distanza.

A questo riguardo è necessario dare atto delle obiezioni espresse da Assofin nelle osservazioni scritte presentate successivamente all'audizione. In quel documento si afferma che la previsione della franchigia di € 150 non può considerarsi vessatoria perché riguarda esclusivamente gli utilizzi abusivi avvenuti prima del blocco della carta: si tratterebbe, in definitiva, di una disposizione protettiva del titolare, atteso che altrimenti si sarebbe legittimamente potuto prevedere l'addebito di tutte le spese anteriori al blocco.



Queste considerazioni non risultano in grado di superare i rilievi, sopra esposti, in ordine alla natura imperativa delle disposizioni disciplinanti il pagamento del prezzo di beni e servizi acquistati mediante contratti a distanza, che determina l'invalidità delle clausole contrarie, sia pure limitatamente a questi particolari settori.

**5 - Le clausole sull'esercizio del ius variandi unilaterale da parte dell'intermediario finanziario.-**

Alcuni degli aspetti vessatori del *ius variandi* sono stati ampiamente messi in luce e analizzati nel Parere reso lo scorso anno. L'argomento di questo parere - le "carte revolving" - rappresenta un caso particolare del *genus* credito al consumo, dal quale peraltro sembra distinguersi per la durata del rapporto contrattuale, di regola a tempo indeterminato; ciò nondimeno, alcune delle considerazioni espresse nel precedente Parere - e già ricordate nel § 1.1 - possono essere condivise, essendo ispirate a principi comuni, e richiamate per punti:

- in alcuni casi le clausole esaminate omettono di specificare che il *ius variandi* può essere esercitato solo in presenza di un giustificato motivo che, ad avviso della Commissione, dovrebbe invece essere specificato nel contratto;
- quasi nessun contratto prevede esplicitamente i casi di giustificato motivo che permettono la modificazione unilaterale del contenuto del contratto: donde un giudizio di vessatorietà delle clausole così configurate;

Le modificazioni apportate all'art. 118 Tub dall'art. 10 della l. 248/2006, offrono, tuttavia, lo spunto per:

- a) nuove osservazioni a proposito della comunicazione al cliente delle variazioni contrattuali (§ 5.1);
- b) specificazioni di questioni già note, in particolare la disciplina del recesso indotto dalle variazioni *in pejus* apportate dall'intermediario (§ 5.2).

**5.1 - La comunicazione della variazione unilaterale.-** L'obbligo di comunicare espressamente al cliente qualunque modifica delle condizioni contrattuali - previsto dall'art. 118 T.u.b., come modificato dalla l. 248/2006 - impone naturalmente di adeguare le clausole (non particolarmente numerose) che fanno ancora riferimento alla comunicazione impersonale, a mezzo di Gazzetta Ufficiale.

Nella maggior parte delle condizioni generali di contratto esaminate la comunicazione delle variazioni contrattuali è regolata attraverso il rinvio alla legge: che alternativamente



assume forma generica, “ai sensi di legge”, o specifica, “ai sensi di quanto previsto dal d. lg. 385/1993 e successive integrazioni e modifiche”.

L’alta diffusione di tali clausole mette in evidenza un problema di portata generale e cioè la possibile vessatorietà per difetto di trasparenza delle clausole, non riprodotte, ma che rinviano alla legge.

Da una lato, la clausola di rinvio alla legge è fondata su condivisibili ragioni di economicità. E’ evidente che l’indicazione analitica della disciplina legale imporrebbe all’intermediario di rinnovare e aggiornare periodicamente le condizioni generali di contratto, è ciò con un notevole incremento dei costi per l’intermediario stesso e, di riflesso, per il cliente.

D’altro canto, tale rinvio, in particolare quando generico (“ai sensi di legge”), suppone da parte del cliente non solo la conoscenza di un sistema sempre più articolato, ma anche una certa abilità a districarsi tra disposizioni non sempre chiare e sempre più frequentemente oggetto di aggiornamenti e modifiche.

Nel caso specifico, l’ago della bilancia - tra ragioni di economicità e ragioni di tutela sostanziale - pende tendenzialmente a favore di queste ultime, dal momento che la data della comunicazione da parte dell’intermediario rappresenta il *dies a quo* da cui decorre il termine del cliente per potere esercitare il recesso “senza penalità e alle condizioni precedentemente praticate”.

Pertanto, come peraltro condiviso anche da ASSOFIN, per tutelare adeguatamente l’esercitabilità del recesso da parte del cliente è opportuno specificare nei contratti con quale mezzo e con quali modalità verrà comunicata la variazione delle condizioni contrattuali (ad es. lettera raccomandata; oppure in calce all’e/c).

Ai sensi del nuovo art. 118 T.u.b., l’intermediario deve comunicare preventivamente tanto le modificazioni sfavorevoli quanto quelle favorevoli. Tuttavia, solo nel caso in cui la variazione sia sfavorevole al cliente la mancata osservanza delle regole di comunicazione determina l’inefficacia della modificazione. Ciò significa, *a contrario*, che la variazione contrattuale favorevole, quand’anche in assoluto non comunicata, è comunque produttiva di effetti nei confronti del cliente.

In sede di audizione dei rappresentanti delle associazioni dei consumatori è stata segnalata la prassi di alzare l’affidamento concesso.

L’incremento del fido si colloca in una zona grigia tra condizioni favorevoli e condizioni sfavorevoli al cliente. *Prima facie*, sembra una modificazione favorevole (e quindi efficace





quand'anche non comunicata o non comunicata secondo le modalità prescritte dalla legge). Nella prospettiva del cliente, tuttavia, l'importo originariamente affidato rappresenta la soglia del rischio accettato. Ad esempio, se il cliente smarrisce la carta e, magari anche colpevolmente, non si attiva per bloccarla è comunque legittimato a confidare nel fatto che la sua esposizione nei confronti dell'intermediario non superi il limite del credito originariamente accordato.

L'ineliminabile ambiguità della modificazione in oggetto, non inquadrabile né tra quelle favorevoli né tra quelle sfavorevoli, rende quantomeno opportuna la segnalazione, nelle condizioni generali di contratto, della facoltà dell'intermediario di incrementare l'affidamento e quindi la possibile esposizione debitoria.

**§5.2 - La disciplina del recesso indotto dalle modificazioni unilaterali in pejus.**- La caratteristica del recesso "fisiologico" (a parità di condizioni contrattuali) è che il cliente può calibrare il momento in cui comunicare la decisione e quindi rientrare dall'esposizione. Non è quindi in assoluto vessatoria la clausola che imponga la restituzione del debito contestuale alla dichiarazione di recesso.

Nel recesso indotto da una modifica *in pejus* per il cliente cambiano radicalmente i termini della questione. E' infatti l'intermediario che mette il cliente di fronte alla scelta tra l'accettazione di nuove condizioni contrattuali e lo scioglimento del rapporto: la facoltà di scelta non deve chiaramente ridursi a una pura formalità.

Il problema va impostato su due piani tra loro connessi:

- a) la disciplina del Testo Unico Bancario e, in particolare, il nuovo art. 118 T.u.b.;
- b) la disciplina dei contratti tra professionista e consumatore e, in particolare, l'art. 33, comma 2, lett. h, prima parte (per il quale "si presumono *vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di ... riconoscere al professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere ...*").

Il testo dell'art. 118 T.u.b. non è per nulla cristallino, a maggior ragione oggi, dal momento che: **i)** l'esercizio del potere di modifica contrattuale viene singolarmente fatto oggetto di una proposta che può essere rifiutata tramite il recesso; **ii)** nonostante l'adozione della struttura proposta - tacita accettazione, vi è un riferimento a un preavviso di 30 giorni per l'efficacia della proposta (o della variazione oggetto della proposta) non allineato con il termine di rifiuto che, invece, è di 60 giorni; **iii)** tra il trentesimo e il sessantesimo giorno





c'è, quindi, un "zona franca" in cui non è chiaro se la proposta (o l'oggetto della proposta) sia produttiva di effetti *inter partes*.

In questo contesto, è discutibile se l'espressione di legge "condizioni precedentemente praticate" (art. 118 T.u.b.), in cui si realizza la tutela del recedente, includa anche il mantenimento del beneficio della rateizzazione ovvero si riferisca esclusivamente alle condizioni contrattuali oggetto della variazione (come, di fatto, sembra l'opinione comune confermata anche da ASSOFIN in sede di audizione).

A prima vista, il riferimento "alle condizioni precedentemente praticate" sembrerebbe chiarire l'efficacia risolutiva *ex tunc* del rifiuto rispetto alle variazioni contrattuali oggetto della proposta. In questo modo, però, si ridurrebbe il dato normativo a un mero pleonasma per il recesso intervenuto tra il primo e il trentesimo giorno, lasso temporale in cui nessun effetto modificativo si è, in ogni caso, prodotto. D'altra parte, non se ne valorizzerebbe abbastanza il significato neppure per l'ipotesi del recesso intervenuto tra il trentunesimo e il sessantesimo giorno: non vi sarebbe, infatti, coerenza tra il potere di non approvare una proposta di modificazione e l'eventuale prospettiva di dovere subire le conseguenze delle variazioni oggetto di tale proposta. Detto altrimenti, nell'ottica del nuovo art. 118 T.u.b. l'inefficacia *ex tunc* delle variazioni *in pejus* sembra una conseguenza naturale derivante dalla struttura contrattuale proposta - approvazione (*rectius*: mancata approvazione) che, pertanto, non necessiterebbe di specificazioni.

L'alternativa logica è sostenere che l'espressione "alle condizioni precedentemente praticate" determini la sopravvivenza delle regole convenzionali (in particolare quelle stabilite per la restituzione del debito: cioè la rateizzazione) a dispetto delle regole legali di scioglimento del contratto. Anche quest'interpretazione presenta un punto debole non nella sua costruzione, ma nelle sue implicazioni: su rapporti contrattuali di lunga durata (ad esempio, un mutuo ventennale) determina una compressione eccessiva (quasi un annullamento) del diritto dell'intermediario di modificare le condizioni contrattuali.

In definitiva, l'analisi testuale dell'art. 118 T.u.b. non porta a conclusioni sicure.

La *ratio* della norma è però chiara: consentire al cliente di sciogliersi da un contratto per non dover sopportare le nuove condizioni imposte dall'intermediario.

Tale *ratio* si rafforza ulteriormente nei rapporti tra professionista e consumatore, in cui è ancor più avvertita l'esigenza di tutelare la parte contrattuale debole. Passando così al secondo piano di analisi, nella prospettiva dell'art. 33, comma 2, lett. g) la corrispondenza tra il diritto di recedere del professionista e la facoltà di recesso del consumatore deve



essere sempre sostanziale ed effettiva. Ciò significa che al diritto di modificare le condizioni generali di contratto deve corrispondere non solo il diritto di recesso, ma la possibilità effettiva di esercitare liberamente il recesso.

Un'interpretazione conforme a tale *ratio*, se non implica il mantenimento della rateizzazione, richiede comunque l'individuazione di un regime specialmente protettivo per il cliente.

In questa prospettiva, le clausole contenute nelle condizioni generali esaminate appaiono quasi tutte vessatorie. Tali clausole si distinguono in due categorie:

- a) le clausole in cui la previsione della facoltà di recesso è accompagnata dalla sola espressione *“senza penalità e con l'applicazione delle condizioni precedentemente applicate in sede di liquidazione”*, che appaiono vessatorie *ex art. 35, comma 1, per difetto di trasparenza, ed ex art. 33, comma 2, lett. g)*. L'accostamento tra il concetto di recesso e l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate nel cliente medio ingenera, infatti, il convincimento di potere senz'altro usufruire della rateizzazione; costringe il cliente più diligente a un complessa ricostruzione contrattuale, che potrebbe indurlo alla scelta di non recedere. Per risalire al regime applicabile l'unico riferimento è, infatti, la clausola che regola il recesso *“fisiologico”*, a iniziativa del cliente, clausola in cui termini di restituzione sono calibrati su una situazione sostanzialmente diversa e, se applicati al recesso *“indotto”*, risultano vessatori. D'altra parte, nel regime previgente alla l. 248 / 2006 il rinvio non avrebbe livellato la disciplina del recesso *“fisiologico”* a quella del recesso indotto dalle modifiche contrattuali. L'estinzione anticipata a discrezione del cliente avrebbe potuto comportare l'obbligo di corrispondere una commissione o una penalità (v § 4); il recesso *“indotto”* sarebbe stato, invece, senza spese e senza penalità (nonché, *“alle condizioni contrattuali precedentemente praticate”*). Per evitare un'ingiustificata omologazione disciplinare tra fattispecie sostanzialmente diverse un intervento integratore sulle clausole che regolano il recesso *“indotto”* è oggi diventata un'esigenza imprescindibile;
- b) le clausole che non presentano sostanziali margini di opacità, ma che prevedono termini (mediamente oscillanti tra il rientro immediato e i 30 giorni) tali vanificare l'esercitabilità del diritto di recesso e che pertanto sono vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. g).



Nella prospettiva di rivedere l'impostazione di tali clausole, l'espresso mantenimento della rateizzazione originariamente concordata non solo escluderebbe ogni profilo di vessatorietà, ma rappresenterebbe anche una clausola competitiva a livello di mercato.

Le alternative a una scelta così radicale potrebbero essere: **i)** la revisione delle condizioni di rateizzazione attraverso un sostenibile (per il cliente) incremento della rata mensile; **ii)** la previsione di un termine di restituzione particolarmente favorevole per il cliente, che tenga anche conto dell'ipotesi in cui la modifica unilaterale *in pejus* intervenga subito dopo la stipulazione del contratto, momento in cui il cliente potrebbe aver utilizzato l'intero importo disponibile nella prospettiva di non doverlo restituire in termini brevi.

**6 - Le clausole di autorizzazione preventiva alla cessione del contratto.**- Il preventivo consenso alla cessione del contratto o dei diritti da esso derivanti a una clausola presente in tutti i modelli analizzati.

Si presenta in tre declinazioni:

- a)** la clausola con cui il cliente acconsente preventivamente alla cessione dei crediti derivanti dal contratto;
- b)** la clausola con cui il cliente acconsente preventivamente e indiscriminatamente anche alla cessione del contratto;
- c)** la clausola che nel prevedere la cessione del contratto e/o dei diritti da esso derivanti aggiunge la formula mutuata dall'art. 33, comma 2, lett. s), cod. cons., "*salvo che tale cessione non diminuisca la tutela dei diritti del titolare*" o altra analoga.

La prima e più rara forma non crea questioni di vessatorietà (v. art. 1260 c.c.).

Nonostante la diversa estensione testuale, le osservazioni per le clausole riconducibili alle categorie **b** e **c** sono analoghe. La garanzia della tutela dei diritti del cliente senza specificazione di quali sono tali diritti e di come si attua tale garanzia si riduce a un insignificante clausola di stile.

L'associazione di categoria ASSOFIN ha escluso la vessatorietà di tali clausole, osservando che di fatto anche la cessione del contratto si traduce a un mero trasferimento di posizioni creditorie, che, di per sé, non necessiterebbe neppure di consenso.

L'osservazione non tiene conto di due aspetti rilevanti.

Anzitutto, con il contratto l'intermediario assume l'obbligo di mantenere una somma a disposizione del cliente, non è quindi vero che la sua cessione comporta solo una cessione del credito.



In secondo luogo, come è stato già rilevato (v. § 2), il “contratto finanziario” è funzionalmente collegato al “contratto commerciale” con il quale gli esercenti si obbligano nei confronti dell’intermediario a prestare servizi a favore del possessore della carta.

La cessione del contratto a favore di un altro intermediario, non convenzionato con gli stessi esercenti, potrebbe, pertanto, pregiudicare l’utilizzabilità della carta in termini di ampiezza e di qualità.

I clienti non acquistano dai “contratti commerciali” il diritto al mantenimento delle convenzioni esistenti al momento dell’apertura di credito. Va, però, considerato che, di fatto, è probabile che il cliente opti per una carta *revolving* per la diffusione o per le qualità degli esercenti convenzionati. E’ quindi legittima, e va tutelata, l’aspettativa del cliente a non subire un’arbitraria modificazione della possibilità di utilizzo della carta.

Per come attualmente formulate le clausole di autorizzazione preventiva alla cessione del contratto (v. *supra* lett. **b** e **c**) vanno pertanto ritenute tutte vessatorie. Nell’ottica di conservarle andranno specificate le modalità attraverso cui l’intermediario intende: **i)** garantire il mantenimento costante di una disponibilità da parte del cessionario; **ii)** tutelare la legittima aspettativa del cliente a non subire una drastica e arbitraria riduzione dell’ambito di utilizzabilità della carta.

**7 - Le clausole sulla legge applicabile ed il foro competente.-** In alcuni formulari si rinvennero clausole che prevedono l’applicazione della legge e della giurisdizione italiana, mentre in un caso si prevede l’applicazione della legge italiana e la competenza del foro nel quale il titolare della carta risiede o ha eletto domicilio; in nessun caso si danno esplicite clausole di deroga ai criteri di competenza per territorio.

Le preoccupazioni di carattere generale espresse nel § 2.7 del Parere, dunque, sembrano parzialmente superate, atteso che non si rinvennero esempi di clausole ambigue - e pertanto poco trasparenti - quali quelle allora criticate; per altro verso, la scelta del diritto italiano quale *lex contractus* non incontra limiti nella legislazione protettiva dei consumatori, che vieta unicamente la scelta del diritto di uno stato extracomunitario quando questa abbia l’effetto di privare il consumatore della protezione offerta dal diritto italiano (art. 36, comma quinto, Codice del consumo).

Le clausole che assoggettano le controversie contrattuali alla giurisdizione italiana - senza peraltro derogare ai criteri di competenza per territorio - inducono invece qualche



perplexità, atteso che impediscono al consumatore non residente in Italia di sottoporre le controversie contrattuali al giudice dello stato nel quale risiede: ne deriverebbe un'elusione della regola contenuta nell'art. 33, comma secondo, lett. u) del Codice del consumo. Si dovrebbe procedere, pertanto, alla loro revisione in modo da precisare che la giurisdizione italiana sussiste solo se il titolare della carta sia residente in Italia o abbia eletto domicilio nel territorio della Repubblica.

**8 - Altre clausole non esaminate nel Parere: l'adesione a polizze assicurative.**- Nella modulistica esaminata è frequente la previsione della facoltà o, in alternativa, dell'obbligo del cliente di aderire a una polizza assicurativa.

In linea generale, la previsione di una copertura assicurativa, che sollevi il cliente dall'obbligo di pagare l'intermediario per gli eventi dedotti nella polizza, va sicuramente valutata positivamente; a maggior ragione, nei casi - riscontrati in alcuni moduli esaminati - in cui la copertura assicurativa venga offerta gratuitamente.

Va tuttavia osservato che il riferimento alla polizza assicurativa è talvolta contenuto solo nel modulo di finanziamento. Per ragioni di trasparenza e per non creare un "effetto sorpresa" al momento della sottoscrizione del contratto sarebbe opportuno riportare la facoltà o l'obbligo di aderire a polizze assicurative anche nelle condizioni generali e nel documento di sintesi.

Inoltre, sotto il profilo del collegamento contrattuale, nel modulo di richiesta di finanziamento, il cliente, aderendo alla polizza assicurativa, solitamente dichiara di aver preso atto delle condizioni generali di assicurazione, allegate integralmente oppure, di frequente, solo per estratto. L'allegazione integrale del testo esclude l'adesione del cliente a clausole non conoscibili e non pone quindi questioni di vessatorietà. Viceversa, l'allegazione per estratto potrebbe essere ritenuta vessatoria (o, meglio, nulla) qualora al cliente non fosse data la possibilità, prima della stipulazione del contratto, di consultare il testo integrale del contratto di assicurazione. Va peraltro ricordato che l'estensione dell'adesione a clausole di fatto non conoscibili è inclusa, non solo nella c.d. *grey list* (art. 33, comma 2, lett. l), ma anche nella c.d. *black list* (art. 36, comma 1, lett. c cod. cons.).

Su un diverso versante, infine, in alcuni dei moduli esaminati l'assicurazione viene definita attraverso il rischio, per lo più individuato nella vita, nel decesso, nell'invalidità totale permanente e/o nell'inabilità temporanea al lavoro etc. Tale circostanza potrebbe creare un equivoco, ingenerando nel cliente disattento l'idea di avere una copertura



assicurativa che gli garantisca un ristoro ad ampio raggio per le vicende della vita; mentre, in realtà, si tratta di un contratto a oggetto circoscritto, che assicura il cliente solo per l'obbligazione nei confronti dell'intermediario.

Benché sia eccessivo censurare tali clausole per difetto di trasparenza ai sensi dell'art. 35, comma 1, cod. cons. sarebbe comunque opportuno che venisse messo in evidenza non tanto, o non soltanto, il rischio assicurato quanto l'oggetto dell'assicurazione (: il debito nei confronti dell'intermediario).

**8.1 - (segue): le clausole che escludono la maturazione d'interessi a favore del consumatore.-**

Nelle condizioni generali di contratto utilizzate da alcuni intermediari, bancari o finanziari, è presente una clausola che le somme addebitate in conto corrente siano produttive d'interessi a favore dell'intermediario quando ne sia convenuto il rimborso rateale; per contro, i saldi creditori che si determinassero non solo saranno infruttiferi, ma saranno altresì «portati a deconto di ulteriori somme dovute ... per successive utilizzazioni».

Intesa alla lettera, la clausola *de qua* sembrerebbe escludere che il versamento in conto di somme, eccedenti quelle addebitate, determini una disponibilità a favore del correntista, atteso che esse sarebbero trattenute in attesa di altre utilizzazioni del fido: si configurerebbe una sorta di vincolo in attesa di ulteriori addebiti.

In ogni caso, la disparità tra i diritti e gli obblighi delle parti sembra essere priva di giustificazione e contraddire l'equilibrio contrattuale.

**8.2 - (segue): le informazioni inerenti il trattamento dei dati personali.-**

Le richieste di emissione della carta di credito e di concessione del finanziamento contengono normalmente la dichiarazione di avere ricevuto e letto l'informativa ai sensi dell'art. 13 del d. lg. 30 giugno 2003, n. 196 (codice sulla protezione dei dati personali) e la dichiarazione di consenso, articolata in funzione dei diversi trattamenti previsti.

Si deve, peraltro, rilevare che i moduli di richiesta rivolti ad alcuni intermediari finanziari contengono l'informativa ai sensi della l. 31 dicembre 1996, n. 675, e l'espressione del consenso, formulata in termini meno specifici. Tra i documenti messi a disposizione da un altro importante intermediario, invece, alcuni si riferiscono correttamente alle disposizioni del d. lg. n. 196/2003 (così il Regolamento generale), mentre il documento di sintesi



contiene ancora un'informativa ai sensi dell'art. 10 della l. n. 675/1996, pur menzionando il "codice" nella parte riproduttiva del Regolamento.

I documenti presi in considerazione non permettono al richiedente di ricevere tutte le informazioni sul trattamento dei dati personali e sui diritti che gli spettano, attesa la diversa e più ampia formulazione dell'art. 13 del d. lg. n. 196/2003 rispetto a quella dell'art. 10 della l. n. 675/1996; le dichiarazioni di consenso, non riguardando specificamente le diverse forme di trattamento e non facendo seguito all'informativa oggi richiesta, non garantiscono la validità del consenso espresso (art. 23 d. lg. n. 196/2003).

Milano,

Roma,

Il Segretario Generale

della

Camera di Commercio di Milano

(Pier Andrea Chevallard)

Il Segretario Generale

della

Camera di Commercio di Roma

(Pietro Abate)