



Fondazione
Italiana
del Notariato

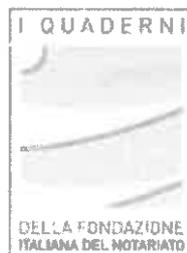
I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo

Commentario alla direttiva 2014/17/UE

a cura di Pietro Sirena

coordinatori

*Giuseppe Leonardo Carriero, Francesco Macario, Maria Rosaria Maugeri,
Emanuela Navarretta, Mauro Orlandi, Stefano Pagliantini*



GRUPPO **24** ORE

I mutui ipotecari nel diritto
comparato ed europeo.
Commentario alla
direttiva 2014/17/UE



Le Ricerche

GRUPPO **24** ORE

Direttore responsabile

Ennio Bulgarelli

Comitato Scientifico

Giulia Clarizio

Giuseppe Conte

Andrea Fusaro

Piergaetano Marchetti

Giampiero Monteleone

Mario Notari

Pietro Sirena

Irene Stolzi

Comitato editoriale

Fulvia Paola De Sanctis

Luca Giovine

Emanuela Paolucci

Progetto grafico

Mind adv

Proprietario ed editore

Il Sole 24 Ore S.p.A.

Presidente

Giorgio Squinzi

Sede legale e Amministrazione

Via Monte Rosa, 91

20149 Milano

Redazione

Via Monte Rosa, 91

20149 Milano

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/ fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Via Monte Rosa, n. 91 - 20149 Milano. Informazioni: www.clearedi.org.

Periodico trimestrale registrato presso il Tribunale di Milano, n. 598 del 23.09.1998.

Servizi clienti periodici: via Tiburtina Valeria (s.s. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (Aq) Telefono 02.30.300.600; fax 02 - 06.3022.5400.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 20 maggio 2016.

Art. 12

Pratiche di commercializzazione abbinata e aggregata

1. Gli Stati membri consentono le pratiche di commercializzazione aggregata, ma vietano le pratiche di commercializzazione abbinata.

2. In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri possono prevedere che i creditori possano chiedere al consumatore o a un familiare o parente stretto del consumatore:

a) l'apertura o la tenuta di un conto di pagamento o di risparmio, il cui unico fine sia l'accumulo di capitale per rimborsare il credito in capitale o interessi, raccogliere risorse per ottenere il credito o fornire ulteriore garanzia per il creditore nell'eventualità di un inadempimento;

b) l'acquisto o la tenuta di un prodotto di investimento o un prodotto pensionistico privato, laddove tale prodotto che principalmente offre all'investitore un reddito pensionistico serve anche a fornire ulteriore garanzia per il creditore nell'eventualità di un inadempimento o ad accumulare capitale per rimborsare il credito in capitale o interessi o a raccogliere risorse per ottenere il credito;

c) la conclusione di un contratto di credito distinto legato a un contratto di credito in regime di condivisione per ottenere il credito.

3. In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri possono consentire pratiche di commercializzazione abbinata qualora il creditore possa dimostrare alla pertinente autorità competente che i prodotti o le categorie di prodotti abbinati offerti, a condizioni tra loro simili, che non sono messi a disposizione separatamente, comportano un chiaro vantaggio per i consumatori tenendo debitamente conto della disponibilità e dei prezzi di prodotti analoghi offerti sul mercato. Il presente paragrafo si applica soltanto ai prodotti immessi in commercio dopo il 20 marzo 2014.

268

4. Gli Stati membri possono consentire ai creditori di richiedere al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di credito. In tali casi gli Stati membri provvedono affinché il creditore accetti la polizza assicurativa di un fornitore diverso dal suo fornitore preferito qualora detta polizza fornisca un livello di copertura equivalente a quello della polizza proposta dal creditore.

Commento di Elisa Tamburino
Notaio in Zogno

L'articolo 12 disciplina alcune specifiche pratiche commerciali che si attuano non solo in una fase antecedente alla conclusione del contratto di finanziamento, ma a volte, ancor prima, ineriscono alla stessa modulazione del prodotto avente ad oggetto il finanziamento offerto sul mercato.

Il primo paragrafo della norma detta una disposizione di carattere generale con la quale si vietano le pratiche di commercializzazione abbinata e si consentono quelle di commercializzazione aggregata.

Il tema è quello delle cd. vendite abbinatae "a pacchetto" note anche come tecniche di *bundling* le quali possono essere pure, ove i prodotti facenti parte del pacchetto non possono essere acquistati separatamente, o miste, ove i beni possono essere acquistati anche separatamente. La stessa direttiva fornisce le definizioni delle pratiche in oggetto le quali tendenzialmente coincidono con i concetti di *bundling* puro o misto¹.

¹ La direttiva, in realtà, nel testo in lingua inglese si riferisce alle pratiche di commercializzazione aggregata in termini di tecnica di *bundling* ed a quelle di commercializzazione abbinata come *tying*. Nella letteratura degli economisti, tuttavia, il *bundling* consiste

nella vendita aggregata di prodotti secondo proporzioni predeterminate e si distingue in puro e misto come evidenziato nel testo. Si ha, invece, una pratica di *tying* quando l'impresa condiziona la vendita di un prodotto all'acquisto di altro prodotto commercializzato dal

Così, consiste in una pratica di commercializzazione abbinata, vietata salvo che per le eccezioni di cui *infra*, l'offerta o la commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente². Ai fini della direttiva, non assume, quindi, rilevanza l'eventuale indisponibilità autonoma del servizio abbinato diverso dal finanziamento che potremmo considerare bene secondario. Si ha, invece, una pratica di commercializzazione aggregata quando il contratto di credito viene messo a disposizione del consumatore anche separatamente ma non necessariamente alle stesse condizioni praticate quando esso è offerto in maniera aggregata con i servizi accessori³. La portata del divieto è, quindi, integrata tutte le volte in cui il finanziamento non sia di per sé disponibile sul mercato in modo autonomo, non rilevando le condizioni economiche alle quali lo stesso è offerto (le quali potrebbero anche essere tali da porre di fatto il prodotto fuori mercato rendendolo indisponibile).

Tale regola si giustifica alla luce del fatto che le pratiche di *bundling*, peraltro molto diffuse nel settore in questione, possono esplicitare degli effetti positivi per il mercato permettendo ai professionisti di «diversificare l'offerta in uno spirito di concorrenza» ed al consumatore di acquistare più prodotti ad un costo marginale inferiore. Il rischio, tuttavia, è quello di «ostacolare la mobilità dei consumatori e la loro capacità di operare scelte informate»⁴. Infatti, l'offerta aggregata di più prodotti può rendere meno agevole la comparabilità dei costi dei prodotti offerti. Può inoltre indurre il consumatore ad acquistare un prodotto in realtà non voluto (quanto al bene secondario) al fine di ottenere un costo migliore per il finanziamento. A tal fine, consentire la commercializzazione combinata di più prodotti a condizione che il bene principale sia autonomamente offerto sul mercato assolve la funzione di fornire al consumatore il parametro per valutare la convenienza dell'offerta.

La seconda parte della norma contiene delle disposizioni di dettaglio le quali, consentendo delle deroghe alla regola generale posta dal primo paragrafo, ne ridimensionano la portata.

Così, è rimessa alla scelta degli Stati membri la possibilità di consentire che al contratto di credito venga abbinata, con carattere vincolante, l'offerta in favore del consumatore o di un suo parente «stretto»⁵: di un conto di pagamento⁶ o di risparmio, di un prodotto di investimento o pensionistico le cui risorse siano destinate al rimborso del credito oppure costituiscano ulteriore garanzia dello stesso

269

medesimo professionista ma, a differenza del *bundling* puro, l'acquisto dei beni collegati può avvenire secondo proporzioni variabili (così, ad es., nel caso della Kodak che commercializzava macchine fotografiche per le quali potevano essere utilizzate solo pellicole della stessa marca). Si veda, *ex multis*, NALEBUFF, voce «*bundling and tying*», in *The new Palgrave Dictionary of Economics*, seconda edizione, 2008, disponibile anche online presso <http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pdc2008_B000304> doi:10.1057/9780230226203.0176.

² Così, la definizione n. 26 di cui all'art. 4 della direttiva.

³ Così, la definizione n. 27 di cui all'art. 4 della direttiva.

⁴ In questi termini, il *considerando* 24 della direttiva il quale, dopo aver evidenziato i possibili effetti positivi e negativi della commercializzazione aggregata (consentita), evidenzia la necessità che gli Stati membri monitorino attentamente il mercato al fine di garantire che le pratiche di vendita aggregata non distorcano la scelta del consumatore e la concorrenza.

⁵ La direttiva si riferisce letteralmente ad un «familiare o parente stretto del consumatore». La norma da una parte sembra riferirsi due volte al medesimo concetto di parentela (salvo far rientrare anche il coniuge nel

concetto di familiare), dall'altra non determina il grado di parentela rilevante. In termini analoghi si esprime la versione spagnola del testo («*a un miembro de su familia o a un pariente próximo del mismo*»). Potrebbe emanciparsi il concetto di persona vicina al consumatore da quello di parentela nelle versioni francesi ed inglesi del testo che si riferiscono, rispettivamente, ad «*un membre de sa famille ou à un de ses proches*» ed «*a family member or close relation of the consumer*». La questione, oltre ad attribuire rilevanza ai rapporti di fatto, sembra da sottolinearsi poiché sembra che nell'ottica della direttiva siano contemplate solo le ipotesi in cui i contratti abbinati siano stipulati da soggetti che rendano tale disponibilità in favore del consumatore non a titolo oneroso, senza ulteriori costi per lo stesso, ma per fini di solidarietà.

⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. 1, D.lgs 27 gennaio 2010, n. 11 il quale ha recepito la direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, il conto di pagamento è «un conto intrattenuto presso un prestatore di servizi di pagamento da uno o più utilizzatori di servizi di pagamento per l'esecuzione di operazioni di pagamento». Si tratta di un contratto in base al quale è possibile ricevere accrediti sul conto ed effettuare

o, ancora, prerequisite per l'ottenimento del finanziamento; di un contratto di credito distinto legato a un contratto di credito in regime di condivisione. Quest'ultimo viene definito come il finanziamento il cui capitale rimborsabile è basato su una percentuale del valore del bene immobile al momento del rimborso o dei rimborsi del capitale fissata contrattualmente⁷. Si tratta di un istituto di recente diffusione nel Regno Unito come forma di *social housing*. Lo strumento serve ad agevolare l'accesso al credito e l'acquisto della casa di abitazione in favore di acquirenti che non dispongano dell'investimento iniziale pari a circa il 20-25% del valore dell'immobile da acquistare (senza il quale il credito, ove erogato, avrà costi più elevati). Si prevede, quindi, in favore del privato che disponga di una somma pari ad almeno il 5% del prezzo dell'immobile da acquistare la possibilità di ricevere dal governo un "equity loan" pari al 20% del valore dell'immobile, consentendo così al beneficiario di accedere ad un mutuo ordinario per l'importo residuo pari al 75% del prezzo di compravendita. Le peculiarità dell'*equity loan* inglese⁸ sono: la mancanza di alcuna rata nei primi 5 anni; dal sesto anno si corrisponde un interesse prestabilito in misura crescente secondo una percentuale determinata in relazione al valore di mercato del bene; il prestito deve essere integralmente restituito entro 25 anni o nel minor termine in cui venga venduta la casa. L'importo del capitale da restituire viene determinato in rapporto al valore di mercato del bene al momento della restituzione⁹.

Il terzo paragrafo dell'art. 12 prevede la possibilità per gli Stati membri di introdurre un'ulteriore deroga al divieto di cui al primo paragrafo per le pratiche di commercializzazione abbinata che comportino per il consumatore un "chiaro vantaggio". In tal caso, è posto a carico del professionista l'onere di dimostrare all'Autorità nazionale competente, che in Italia, stante quanto detto *sub* artt. 10 e 11, sarebbe l'Autorità Antitrust, il carattere vantaggioso dell'offerta facendo riferimento alla disponibilità ed al costo di analoghi prodotti offerti sul mercato¹⁰.

270 L'ultimo paragrafo della norma attribuisce ai legislatori nazionali la facoltà di consentire ai creditori di "richiedere" al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di credito. Ove questa opzione fosse esercitata dallo Stato membro, dovrebbe altresì prevedersi il diritto del consumatore a stipulare una polizza assicurativa di un fornitore diverso da quello preferito dal creditore, a parità di copertura assicurativa garantita. La norma, quindi, ritiene legittima la possibilità che la banca obblighi il consumatore alla stipulazione della polizza collegata ma tutela la libertà di quest'ultimo di scegliere il professionista preferito (a parità di copertura assicurativa). Quest'ultimo inciso sembra rilevante non solo perché tutela la competitività nel mercato e la libertà di autodeterminazione del consumatore, ma anche perché disattiva il potenziale conflitto d'interessi della banca la quale potrebbe essere interessata ad incentivare la stipulazione della polizza erogata dalla stessa o da un *partner* commerciale al fine di lucrare ulteriori profitti.

Il tema delle polizze assicurative collegate ai contratti di credito è, in Italia, oggetto di un'attenzione crescente da parte del legislatore a causa del repentino diffondersi del loro utilizzo. La prassi nazionale meno recente conosceva solo le cd. polizze scoppio-incendio le quali garantiscono dal rischio dei danni

pagamenti dallo stesso che presenta analogie con il contratto di conto corrente bancario dal quale, tuttavia, si distingue perché le somme accreditate sono utilizzate solo per i pagamenti e non per la gestione del risparmio. Così, il correntista non percepisce interessi ma, d'altro canto, sostiene costi di gestione inferiori.

⁷ Così, la definizione n. 25 di cui all'art. 4 della direttiva.

⁸ Quanto illustrato è lo schema seguito dal governo inglese e reperibile presso <https://www.gov.uk/affordable-home-ownership-schemes/help-to-buy-equity-loans>. Modelli ulteriori, sia per l'acquisto da operatori convenzionati che sull'*open market* sono previsti per es. dal governo scozzese.

Rispondono ad esigenze analoghe anche i vari schemi di *shared equity agreements* che incidono sull'assetto proprietario del bene che viene acquistato in comunione. Questo concetto, tuttavia, non viene richiamato dalla definizione della direttiva.

⁹ Così, a titolo esemplificativo, si pensi ad un finanziamento di euro 40.000, pari al 20% del valore dell'immobile di originari euro 200.000. Al momento della restituzione del finanziamento, dovrà stimarsi nuovamente il bene e restituire il 20% di detto valore.

¹⁰ La deroga sarebbe comunque riferibile ai prodotti immessi in commercio dopo il 20 marzo 2014.

o della distruzione di un bene immobile oggetto di ipoteca a garanzia di un mutuo¹¹. Negli ultimi anni, invece, nel nostro ordinamento si è diffuso il ricorso ad altre forme di assicurazione che garantiscono direttamente il mutuatario da eventi quali la morte, la diminuzione o perdita della capacità lavorativa, la perdita del lavoro, ed indirettamente la restituzione del credito¹². Si tratta di una prassi “importata” dagli ordinamenti di *common law* ed ivi nota come *credit protection insurance* (Cpi) e *payment protection insurance* (Ppi) con la quale la banca esternalizza la valutazione dei rischi oggetto delle polizze demandandola ad operatori specializzati. Le polizze stipulate dal consumatore che accede al credito spesso recano una clausola con la quale si designa l’istituto che eroga il credito quale beneficiario.

Qualora il legislatore nazionale riproduca la norma in oggetto nel diritto interno, questa verrebbe ad aggiungersi al quadro normativo recentemente formatosi sulla materia.

Il primo intervento sul punto si è avuto con l’introduzione dell’obbligo di indicazione nel contratto di assicurazione connesso ad un mutuo o altro finanziamento dei costi effettivamente sostenuti dal contraente dando evidenza anche all’importo percepito dall’intermediario¹³. Nell’ambito del medesimo Regolamento è stato previsto che la stipulazione di una polizza assicurativa collegata ad un contratto di mutuo o finanziamento non possa costituire un ostacolo all’estinzione anticipata o alla portabilità del contratto principale. Infatti, ove il premio assicurativo sia stato corrisposto interamente in via anticipata, l’assicurazione ha l’obbligo di restituire la parte di premio relativa alla durata residua del contratto¹⁴.

Con un intervento successivo, sempre di natura regolamentare, è stata dettata una norma in tema di conflitto d’interessi la quale vieta al professionista di ricoprire contestualmente la qualità di beneficiario della polizza assicurativa ed intermediario del relativo contratto¹⁵. A tal fine assume rilevanza anche il

¹¹ La stipulazione di queste polizze era obbligatoria per i mutui fondiari ai sensi dell’art. 19, L. 6 giugno 1991, n. 175, abrogata dall’art. 161, D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, cd. Tub, il quale contiene la nuova disciplina del credito fondiario agli artt. 38 e ss.

¹² Sul tema, P. FAUSTI, «Assicurazioni del debitore a “garanzia” dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina», in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2014, 5, p. 614 e ss.; A. GAMBARO, «La bancassurance e le aspettative della clientela», in *Dir. e fisc. dell’ass.*, 2011, 2, p. 579 e ss.; D. PIRILLI, «Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato», in *I contratti*, 2013, 10, p. 943 e ss.; I. RIVA, «Polizze connesse a mutui tra regolazione Isvap e legislazione Monti», in *Assicurazioni*, 2012, 2, p. 277 e ss.

¹³ Così, l’art. 50, secondo comma, del Regolamento Isvap n. 35 del 26 maggio 2010, cd. Regolamento trasparenza, inserito nell’ambito del capo V dedicato alle “polizze connesse a mutui e ad altri contratti di finanziamento” dispone che «nella polizza dei contratti individuali connessi a mutui ed altri finanziamenti ovvero nel modulo di adesione dei medesimi contratti in forma collettiva, l’impresa indica l’ammontare dei costi effettivamente sostenuti dal contraente ovvero dal debitore/assicurato con l’evidenza dell’importo percepito dall’intermediario». Analoghi obblighi di informazione sono previsti anche dal primo comma della norma in relazione alla nota informativa.

¹⁴ L’art. 49 del Regolamento Isvap cit. prevede che «1. Nei contratti di assicurazione connessi a mutui e

ad altri finanziamenti per i quali sia stato corrisposto un premio unico il cui onere è sostenuto dal debitore/assicurato le imprese, nel caso di estinzione anticipata o di trasferimento del mutuo o del finanziamento, restituiscono al debitore/assicurato la parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria. Essa è calcolata per il premio puro in funzione degli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura nonché del capitale assicurato residuo; per i caricamenti in proporzione degli anni e frazioni di anno mancanti alla scadenza della copertura. Le condizioni di assicurazione indicano i criteri e le modalità per la definizione del rimborso. Le imprese possono trattenerne dall’importo dovuto le spese amministrative effettivamente sostenute per l’emissione del contratto e per il rimborso del premio a condizione che le stesse siano indicate nella proposta, nella polizza ovvero nel modulo di adesione alla copertura assicurativa. Tali spese non devono essere tali da costituire un limite alla portabilità dei mutui/finanziamenti ovvero un onere ingiustificato in caso di rimborso. 2. In alternativa a quanto previsto al comma 1 le imprese, su richiesta del debitore/assicurato, forniscono la copertura assicurativa fino alla scadenza contrattuale a favore del nuovo beneficiario designato».

¹⁵ Si tratta del Provvedimento Isvap n. 2946 del 6 dicembre 2011 il quale ha aggiunto il comma 1-bis all’art. 48 del Regolamento Isvap n. 5 del 16 ottobre 2006 che disciplina il conflitto di interessi nell’ambito delle regole di comportamento nei confronti della clientela. La norma, entrata in vigore il 2 aprile del 2012 è del seguente tenore

conflitto d'interessi indiretto derivante da rapporti di gruppo o da rapporti di affari propri o di società del gruppo.

Nel corso del 2011, il tema delle polizze assicurative collegate ai contratti di mutuo ha assunto rilevanza sotto il diverso punto di vista delle pratiche commerciali scorrette. L'Autorità Antitrust ha, infatti, "acceso un faro" sulla scorrettezza della pratica attuata da molti enti creditizi consistente nel subordinare di fatto la concessione del finanziamento alla stipulazione da parte del mutuatario delle polizze a copertura dei rischi quali il decesso, l'invalidità permanente e la perdita d'impiego la cui stipulazione, tuttavia, era prospettata come facoltativa nei messaggi pubblicitari e nella documentazione pre-contrattuale e contrattuale¹⁶. Per l'Antitrust si tratta di pratiche che limitano la mobilità dei consumatori e conseguentemente producono effetti negativi sul dispiegarsi di adeguate dinamiche concorrenziali nei mercati interessati¹⁷.

La pratica commerciale in questione è stata, inoltre, considerata scorretta sotto un diverso profilo. Così, ai sensi del nuovo comma 3-bis dell'art. 21, cod. cons.¹⁸ è considerata ingannevole la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, *obbliga* il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla *medesima banca*, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario.

L'ultimo intervento normativo in materia si è avuto con l'art. 28 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27, secondo il quale «le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l'erogazione del mutuo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi»¹⁹.

Tratteggiato così il quadro normativo nell'ambito del quale la normativa di recepimento andrebbe ad inserirsi, sembra che la stessa, almeno per quanto riguarda il tema delle polizze assicurative

letterale «Gli intermediari comunque si astengono dall'assumere, direttamente o indirettamente, anche attraverso uno dei rapporti di cui al comma 1, primo periodo, la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva».

¹⁶ Si veda la Relazione annuale sull'Attività svolta dall'Antitrust per l'anno 2011, pag. 316, reperibile presso il sito www.agcm.it, ove si evidenzia come molti dei consumatori segnalanti abbiano denunciato di essere stati resi edotti circa la necessità della stipulazione dell'assicurazione ai fini del positivo esito dell'istruttoria «soltanto per le vie brevi e, spesso, in una fase avanzata delle trattative».

¹⁷ Così, la Relazione annuale sull'Attività svolta dall'Antitrust per l'anno 2012, pag. 189, la cui valutazione, *ratione temporis*, non è stata interessata dalla modifica dell'art. 21 cod. cons. In particolare, nell'ambito del caso PS1311 - *Fiditalia - Carta Eureka*, Provvedimento n. 22450, par. 50 e 51, l'Autorità ha affermato che «la pratica commerciale in esame deve ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale ragionevolmente esigibile nel caso di specie, in quanto non si è riscontrato da parte del professionista «il normale grado della specifica competenza ed attenzione» che ragionevolmente ci si poteva attendere, avuto riguardo alla sua rilevanza all'interno del settore finanziario e alle

caratteristiche dell'attività svolta. Rispetto al settore di riferimento, peraltro, la valutazione della completezza e chiarezza delle informazioni fornite alla clientela si presenta particolarmente rigorosa in considerazione dell'asimmetria informativa tra operatori economici e consumatori, da ricondurre alla complessità della materia e alla scarsa conoscenza del pubblico rispetto ad un servizio cui non si ricorre con frequenza. La pratica commerciale appare, pertanto, ingannevole, in violazione degli artt. 20, comma 2, e 22 del Codice del consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, attraverso la veicolazione di informazioni comunicate con modalità inadeguate od omissive, sia nella fase precontrattuale sia in quella di conclusione del contratto, ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Sulla medesima pratica commerciale anche i casi: PS2873 - *Consel - Carta di credito non richiesta*, Provvedimento n. 20194; PS4755 - *Bnl e Cardif - Polizza collegata al mutuo*, Provvedimento n. 23764; PS2760 - *Accord Italia - Carta Auchan Accord*, Provvedimento n. 19983.

¹⁸ Il comma 3-bis è stato introdotto dal D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, cd. decreto Salva Italia, convertito con l. 22 dicembre 2011, n. 214.

¹⁹ Al quale è seguita l'emanazione del Regolamento Isvap n. 40 del 3 maggio 2012 contenente la definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'art. 28.

connesse ai mutui, non presenterebbe profili di incompatibilità con le norme vigenti. La direttiva non si esprime contro l'eventuale imposizione della stipulazione della polizza a condizione che in tal caso il consumatore sia libero di acquistare il prodotto sul mercato, non subendo condizionamenti da parte del professionista finanziatore interessato a far acquistare un prodotto proprio o di un *partner* commerciale (condotta che comunque integrerebbe gli estremi della pratica commerciale scorretta). La norma si pone, quindi, in linea con gli interventi normativi nazionali che hanno disciplinato il fenomeno sotto il profilo del conflitto di interessi e della tutela della concorrenza. Secondo il *considerando* n. 25, al fine di tutelare la concorrenza agevolando la comparabilità tra le polizze offerte sul mercato, gli Stati membri potrebbero standardizzare, in tutto o in parte, il contenuto delle polizze. Un intervento in tal senso è stato già realizzato in Italia, con esclusivo riferimento alle polizze vita, con il regolamento Isvap n. 40 del 3 maggio 2012. L'eventuale obbligatorietà della polizza rileva, ai fini della direttiva, anche per la trasparenza dei costi dovendosi includere nel calcolo del Taeg il costo di tutti i servizi accessori obbligatori.

Considerato il carattere fortemente frammentato della disciplina nazionale sul punto nonché il livello di armonizzazione solo minima imposto dalla direttiva in commento, in sede di recepimento della direttiva potrebbe cogliersi l'occasione per riorganizzare ed uniformare l'ambito di applicazione della disciplina delle polizze connesse ai contratti di mutuo²⁰.

Un problema di coordinamento potrebbe, invece, porsi tra la normativa di recepimento dell'art. 12 ed il citato art. 21, comma 3-*bis*, cod. cons. il quale considera scorretta l'imposizione da parte dell'ente creditizio dell'apertura di un conto corrente. Come evidenziato, l'art. 12 pone numerose deroghe (potenziali poiché rimesse alla scelta degli Stati membri) al divieto di abbinamento dei prodotti al quale fa eccezione anche l'apertura di un conto di pagamento o di risparmio. Questi prodotti, benché non identici, presentano notevoli affinità con il conto corrente. Anzi, considerando che la *ratio* della deroga²¹ è quella di consentire un canale per l'accumulo di capitale (il quale può essere destinato direttamente alla restituzione del finanziamento, può costituire un'ulteriore garanzia per la sua restituzione o essere necessario *ex ante* per la concessione del finanziamento), lo strumento del conto corrente sembra persino più indicato del conto di pagamento e non potrebbe escludersi dall'ambito di applicazione della norma comunitaria solo perché letteralmente non richiamato. In sede di recepimento sarebbe, quindi, auspicabile che, ove si ritenesse di recepire le deroghe prospettate, il testo della direttiva non venga riproposto immutato bensì sul punto venga integrato dal riferimento al conto corrente. Ciò ovviamente renderebbe opportuno un intervento sul comma 3-*bis* dell'art. 21, cod. cons., al quale potrebbe accompagnarsi la più che opportuna riallocazione della norma in altra sede²².

273

²⁰ Sulla frammentazione della disciplina dovuta al diverso ambito di applicazione sotto il profilo dei destinatari della stessa si veda P. FAUSTI, *op. cit.*, p. 625 e ss.

²¹ Appare non superfluo precisare che la deroga in questione è ammessa solo qualora l'apertura del conto sia funzionale al contratto di credito assolvendo le funzioni enunciate nel testo. Sembra, quindi, che per rientrare nella fattispecie, il conto debba essere vincolato allo scopo. Ciò vale a differenziare la norma in questione da quella dettata in tema di pratiche commerciali scorrette. Tuttavia, l'esigenza di coordinamento tra le due norme sembra non venire meno poiché diversamente si rischia di giungere ad un risultato sfavorevole per il consumatore. Lo

stesso, obbligato all'apertura di un conto presso la banca che eroga il credito al fine di destinare le risorse a garanzia dello stesso, potrebbe essere costretto ad aprire un conto ulteriore (presso qualsiasi operatore) ove accreditare le proprie risorse delle quali possa liberamente disporre.

²² Non è, infatti, agevole comprendere come mai la pratica in questione sia stata allocata nella norma dedicata alle pratiche ingannevoli, sembrando invece più coerente con il carattere dell'aggressività. Potrebbe, inoltre, essere opportuna la riallocazione della norma fuori dalla disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette (per la quale è imposto un livello di armonizzazione massimo) in favore di un contesto di normativa di settore.

Il comma 1 e lo scopo della norma in generale

Come si evince dalla lettura dei *considerando* 24 e 25 della direttiva, con l'inserimento della previsione in commento il legislatore comunitario ha inteso permettere la pratica della commercializzazione dei contratti di credito relativo a beni immobili residenziali congiuntamente ad altri prodotti o servizi finanziari¹, in ogni caso, separabili dai primi a richiesta del consumatore².

Al fine di rendere effettiva questa pratica, il comma 1 ammette la c.d. commercializzazione aggregata (che, nel mondo finanziario anglosassone viene indicata più semplicemente con il solo termine di *bundling*), vietando, al contempo, la c.d. commercializzazione abbinata (che trova il corrispettivo nell'unico termine di *tying*), ovvero «l'offerta o la commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente» ai sensi del n. 26 del comma 1 dell'art. 4 della direttiva.

L'introduzione di un simile divieto - che in realtà, non appare affatto assoluto, come testimoniano i successivi tre commi - trova la giustificazione nel fatto che il legislatore comunitario non vuole che sia costretta la libertà contrattuale del consumatore, impedendogli l'accesso al credito a mezzo della necessaria sottoscrizione di contratti non voluti o non convenienti³.

274 D'altro canto, l'offerta o la commercializzazione di un pacchetto contenente oltre al contratto di credito anche altri prodotti o servizi finanziari, ancorché divisibile e sottoscrivibile nelle singole componenti, rappresenta una pratica che arricchisce il panorama della concorrenza fra i finanziatori, a beneficio, quindi, dei clienti.

Se l'aggregazione può contribuire, dunque, ad abbattere i costi senza violare la libertà del consumatore, va però tenuto conto di quanto evidenziato - apparentemente a scampo di equivoci - dal legislatore comunitario nella definizione di «pratica di commercializzazione aggregata» di cui al n. 27 del comma 1 dell'art. 4 della direttiva, ossia che l'offerta o la commercializzazione separata non deve avvenire necessariamente alle medesime condizioni praticate quando realizzata in forma aggregata con i servizi accessori, dato che ciò renderebbe sostanzialmente inutile, se non anticconomica, la pratica stessa per l'impresa finanziatrice.

¹ Per una visione dell'ampia portata dell'espressione «prodotti o servizi finanziari», anche alla luce delle sovrapposizioni a cui la stessa disciplina comunitaria ha dato vita, si può prendere in considerazione la definizione contenuta nell'art. 1 Tuf, per il cui commento v. E. RIGHINI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario Tuf*, a cura di F. Vella, Torino, 2012, p. 7 e ss.; nonché M. FRATINI, *Prodotti finanziari, valori mobiliari e strumenti finanziari*, in *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012, I, p. 16 e ss.

² La norma e la direttiva a cui la stessa appartiene sono figlie della maggior attenzione rivolta dal legislatore comunitario alle operazioni di credito a seguito della crisi finanziaria innescata dalla poco oculata concessione dei mutui abitativi alla categoria dei creditori «*subprime*» da

parte degli istituti finanziari statunitensi e dalla successiva cartolarizzazione degli stessi. Si noti che questo indirizzo legislativo appariva sostanzialmente opposto nel passato: sul punto si v., proprio in tema di mutui abitativi, *Il Libro verde sul credito ipotecario*, pubblicato dalla Commissione europea nella COM/2005/327 il 19 luglio 2005, 5 ss. Per una critica di tale precedente apertura, oltre che per un'analisi della normativa previgente, sia consentito rinviare a M. PALMIERI, *Il mercato unico delle banche*, in *I mercati finanziari*, a cura di F. Vella, in *Trattato di diritto comunitario*, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Torino, 2009, VIII, p. 44 e ss.

³ La previsione è recepita integralmente dallo schema di decreto legislativo predisposto per il recepimento della

Le deroghe al divieto giustificate dalla necessità di una garanzia a tutela del creditore di cui al comma 2

Come anticipato, il divieto di cui al comma 1 non ha natura assoluta: il successivo comma 2 prevede, infatti, che i singoli Stati possano recepire tre ipotesi in cui la concessione del credito debba essere abbinata necessariamente alla conclusione di altre operazioni di carattere creditizio o finanziario, la cui finalità sia sostanzialmente quella di garantire l'adempimento da parte del debitore.

A ciò si aggiunge la deroga contenuta nel comma 3, che prevede che le singole legislazioni possano consentire la commercializzazione abbinata qualora l'operazione comporti un vantaggio per il consumatore.

Limitandoci all'analisi del primo dei due commi richiamati, numerose appaiono le questioni che emergono dalla lettura delle eccezioni in esso previste.

Anzitutto, il primo inciso del comma 2 prevede che i creditori «possano chiedere al consumatore o a un familiare o parente stretto del consumatore» la realizzazione di simili operazioni. A parte rilevare che, benché non specificato, si debba ritenere che una simile «richiesta» del creditore potrà essere rivolta nei confronti dei familiari o parenti stretti del consumatore solo previo accordo con i diretti interessati (che agiranno dunque, verosimilmente, nella veste di proponenti nei confronti dell'impresa finanziaria, potendosi, altrimenti, considerare violate le norme comunitarie in materia di *privacy*), occorre altresì evidenziare come il legislatore europeo, utilizzando tale espressione, abbia, da un lato, ristretto, dall'altro, lasciato indefinito il campo delle persone coinvolgibili nell'operazione di finanziamento del consumatore.

Da una parte, infatti, l'espressione «parente stretto del consumatore» sembra introdurre il vincolo della diretta consanguineità, escludendo, quantomeno, gli affini dal novero delle persone coinvolgibili; dall'altra, il significato generico della parola «familiare» lascia ampio margine al legislatore nazionale in sede di recepimento, margine che si rende necessario a fronte della variabile ampiezza dell'istituto della famiglia nei singoli ordinamenti⁴.

275

A prescindere da ciò la norma appare criticabile perché sembra far discendere da un supposto vincolo affettivo, fondato sulla parentela o sull'appartenenza a un nucleo familiare, una maggior responsabilità rispetto all'impegno che potrebbe essere assunto a favore del consumatore sulla base, ad esempio, di un semplice rapporto di amicizia.

Una simile impostazione rischia, peraltro, di non trovare alcun fondamento logico, dato che è facile immaginare che il creditore richiederà sempre che l'impegno del «familiare o parente stretto del consumatore» assuma le vesti formali di un vincolo giuridico a proprio favore, di certo non accontentandosi dell'esistenza - quale forma di garanzia impropria - di un obbligo affettivo fra il consumatore e il suo familiare o parente stretto.

Ciò comporterà, dunque, che qualora un soggetto estraneo alla definizione di «familiare o parente stretto» voglia impegnarsi a favore del consumatore (si pensi, ad esempio, ad un amico, al datore di lavoro, ecc.), lo potrà fare, ma solo adottando gli strumenti classici delle garanzie rilasciate a favore dell'adempimento del terzo (fideiussione, contratto autonomo di garanzia, ecc.), venendo, quindi, privato della possibilità di beneficiare delle previsioni offerte dalla norma. Si deve considerare, infatti, che il vantaggio del c.d. *tying* possa non essere solo quello di garantire l'accesso al credito del consumatore, ma anche quello di portare dei benefici anche al terzo coinvolto. Così, ad esempio,

direttiva, sottoposto al parere della Camera dei Deputati al momento dell'ultima revisione del presente commento: in forza di tale schema il divieto dovrebbe essere trasposto nel comma 1 del nuovo art. 120-*octiesdecies* Tub. Secondo lo schema del decreto legislativo il legislatore nazionale

non si avvale di nessuna delle deroghe previste dai commi 2 e 3 dell'articolo in commento.

⁴ Si pensi, ad esempio, alla recente introduzione nell'ordinamento nazionale delle unioni civili.

«l'apertura o la tenuta di un conto di pagamento o di risparmio» di cui alla lett. a del comma in commento, benché finalizzata unicamente all'accumulo del capitale necessario per rimborsare il credito o raccogliere le risorse per ottenere il credito o per fornire ulteriore⁵ garanzia⁶, ben potrebbe essere remunerata ad un tasso vantaggioso, proprio per invogliare il terzo a vincolarsi a favore del creditore nell'interesse del consumatore, a prescindere dall'esistenza di eventuali ragioni affettive intercorrenti fra il primo e l'ultimo.

Alle stesse conclusioni si può giungere, a maggior ragione, guardando a «l'acquisto o la tenuta di un prodotto di investimento o un prodotto pensionistico privato» di cui alla successiva lett. b.

In questo caso appare evidente, infatti, come l'adesione a questi prodotti destinati «principalmente» ad offrire «un reddito pensionistico» dovrebbe essere decisa - come testimonia l'avverbio utilizzato dal legislatore - in funzione della produzione di un simile reddito e solo secondariamente per fornire una garanzia ulteriore per l'impresa finanziatrice circa l'adempimento del consumatore.

Alle medesime conclusioni si deve giungere anche laddove la commercializzazione abbinata sia necessaria per accumulare il capitale necessario a rimborsare il credito per capitale o per interessi, oppure per raccogliere le risorse necessarie ad ottenere il finanziamento. Se così non fosse, il c.d. *tying* darebbe vita, infatti, a un'operazione economica squilibrata, in cui al costo esplicito del finanziamento si aggiungerebbe quello implicito dell'adesione a prodotti finanziari poco o per nulla convenienti, a detrimento, quindi, non solo delle parti coinvolte, ma anche del mercato a fronte dei possibili rischi sistemici che una simile distorsione potrebbe produrre, qualora si verificasse su larga scala.

Ovviamente il rischio di un simile comportamento ricattatorio da parte delle imprese finanziatrici risulterà tanto più contenuto quanto più il mercato riuscirà ad essere competitivo: allo stesso tempo, però, non sembra fuori luogo evidenziare che il mercato creditizio, a causa principalmente della scarsa preparazione del consumatore medio, appare tutt'altro che una realtà perfetta e che, quindi, è auspicabile che i singoli ordinamenti attuino una politica di efficace monitoraggio sugli operatori del credito, come auspicato dallo stesso legislatore comunitario al *considerando* 24 in tema di distorsioni in caso di pratiche di c.d. *bundling*⁷.

Un simile controllo dovrebbe essere rivolto anche al contenimento di uno fra i maggiori rischi per il consumatore che sembrano essere contenuti nella nuova normativa, ossia la possibilità che, a seguito dell'adesione ad un prodotto finanziario in quanto operazione propedeutica alla concessione del credito, quest'ultimo non venga poi effettivamente concesso, oppure che lo stesso venga revocato rimanendo comunque pendente il vincolo giuridico del contratto complementare.

Benché tale pericolo sia presente in tutte le lettere che formano il comma in commento [lett. a: «l'apertura o la tenuta di un conto di pagamento o di risparmio, il cui unico fine sia l'accumulo di capitale per ... raccogliere risorse per ottenere il credito...»; lett. b: «l'acquisto o la tenuta di un prodotto di investimento o un prodotto pensionistico privato, laddove tale prodotto ... serve anche ... a raccogliere risorse per ottenere il credito»; lett. c: «la conclusione di un contratto di credito distinto legato a un contratto di credito in regime di condivisione per ottenere il credito »], non si rinviene alcuna previsione di contrasto, né alcuna indicazione in tema all'interno dei *considerando*⁸.

⁵ Si noti che il legislatore ha utilizzato l'aggettivo «ulteriore», dato che, con ogni evidenza, la prima garanzia su cui dovrà fare affidamento il creditore sarà l'ipoteca sul bene immobile residenziale il cui acquisto è oggetto di finanziamento.

⁶ Sulla compatibilità della norma introdotta dall'art. 28, comma 3, D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. da L. 24 marzo 2012, n. 27, si veda *infra* § “La copertura assicurativa di cui al comma 4 e i problemi nascenti dal raffronto con la normativa nazionale vigente”.

⁷ L'ultimo inciso del *considerando* citato recita: «Tuttavia gli Stati membri dovrebbero continuare a controllare attentamente i mercati dei servizi finanziari al dettaglio per garantire che le pratiche di vendita aggregata non distorcano la scelta del consumatore e la concorrenza nel mercato».

⁸ Nel n. 25 il legislatore comunitario si limita a rilevare, infatti, come «può tuttavia essere giustificato che i creditori offrano o vendano un contratto di credito insieme con un conto di pagamento, un conto di risparmio, prodotti

Il problema appare particolarmente grave nei casi di apertura di un conto corrente di risparmio ai sensi della lett. a, nonché di adesione a un prodotto con finalità prevalentemente pensionistiche ai sensi della lett. b, data la possibilità che in simili casi il recesso indotto dalla mancata concessione o dalla revoca del credito possa trovare un ostacolo in un'eventuale perdita economica c/o in un vincolo contrattuale.

Qualora i singoli legislatori nazionali dovessero recepire l'articolo in commento senza introdurre delle specifiche correzioni, sembra lecito immaginare l'insorgere di cause legate alla mancata concessione e, soprattutto, alla revoca del credito, la cui soluzione dovrebbe essere rinvenuta alla luce di istituti quali il recesso per giusta causa o la risoluzione per inadempimento, la cui applicabilità dovrebbe valutarsi nell'alveo di un collegamento negoziale fra il contratto di finanziamento e quello ancillare.

Identiche soluzioni potrebbero essere adottate anche nel dirimere le controversie che dovessero insorgere a seguito della «conclusione di un contratto di credito distinto legato a un contratto di credito in regime di condivisione per ottenere il credito» ai sensi della lett. c.

L'introduzione di una simile previsione (di non immediata comprensibilità, dato che sembra essere rivolta principalmente al fenomeno degli “*shared equity finance agreements*”⁹ di origine anglosassone, ossia ad accordi che danno vita a una *shared property* sul bene immobile oggetto del mutuo fra un “*occupying owner*”, incapace di accollarsi l'intero debito, e un “*investing owner*”, che, addossandosi la restante parte del debito, diviene proprietario di una quota dell'immobile, ottenendo, eventualmente, il diritto a ricevere una rendita dal primo soggetto) potrebbe rendersi problematica, soprattutto ove le duplici e collegate operazioni di credito siano attuate dal medesimo soggetto.

Per averne un riscontro, si immagini, ad esempio, che al consumatore venga offerta la conclusione di un contratto di apertura di credito su conto corrente da impiegarsi a copertura della caparra confirmatoria circa il pagamento del prezzo dell'immobile, operazione propedeutica alla successiva concessione di un mutuo abitativo con contestuale iscrizione di ipoteca a garanzia anche del primo credito concesso. Risulta evidente che una simile operazione non potrà che porre in capo a ciascuna parte un obbligo di conclusione anche del secondo contratto, pena l'indennizzo del danno provocato a controparte: qualora il creditore non adempisse, il consumatore potrebbe richiedere il risarcimento derivante dall'aver assunto un debito *sine causa*; nel caso opposto in cui il consumatore non concludesse il mutuo con il creditore, quest'ultimo avrebbe un valido motivo per chiudere l'apertura di credito concessa e per ottenere il ristoro degli eventuali danni derivanti dal mancato rientro sotto forma di interessi moratori.

277

Le deroghe al divieto di cui al comma 3 giustificate dall'oggettiva convenienza

La seconda deroga prevedibile dai singoli Stati membri al divieto di commercializzazione abbinata contenuta nel comma 1 riguarda l'ipotesi che il c.d. *tying* dia luogo a «un chiaro vantaggio per i consumatori», la cui dimostrazione dovrà essere resa dalle imprese creditrici all'autorità nazionale competente.

Anche in questo caso la previsione non appare di immediata comprensibilità, complice una trasposizione del testo in lingua italiana non particolarmente efficace¹⁰. Ad ogni modo, aiutandosi anche con il raffronto con il testo della direttiva nelle altre lingue comunitarie, si può affermare che il

d'investimento o pensionistici laddove, per esempio, il capitale del conto è usato per rimborsare il credito o costituisce un prerequisito della raccolta di risorse ai fini dell'ottenimento del credito».

⁹ La previsione non sembra essere altro, infatti, che una

traduzione, pressoché letterale, del testo della direttiva in lingua inglese «*conclude a separate credit agreement in conjunction with a shared-equity credit agreement to obtain the credit*».

¹⁰ Per averne conferma si guardi al ridondante uso degli aggettivi nell'espressione «pertinente autorità

legislatore europeo abbia voluto imporre ai finanziatori l'onere di dimostrare alle competenti autorità che i prodotti o le categorie di prodotti offerti esclusivamente in forma abbinata (così sembra, difatti, poter essere letto l'inciso «che non sono messi a disposizione separatamente») risultino più vantaggiosi rispetto a quelli offerti sul mercato separatamente o in forma aggregata, a fronte di una sostanziale parità di condizioni.

Proprio per permettere un raffronto credibile fra i prodotti offerti in forma abbinata e quelli già circolanti sul mercato il legislatore comunitario sembra aver previsto che la norma debba trovare applicazione unicamente «ai prodotti immessi in commercio dopo il 20 marzo 2014», con ciò intendendo riferirsi tanto ai primi, quanto ai secondi. Se, viceversa, la disposizione fosse letta come indirizzata solo ai primi, essa apparirebbe scarsamente utile, perché avrebbe l'unico effetto di impedire che, al momento del recepimento, i singoli legislatori nazionali possano prevedere un'efficacia retroattiva sanante. Al contrario, la previsione di una data, successiva alla pubblicazione della direttiva in G.U.U.E. (avvenuta il 28 febbraio 2014), a decorrere dalla quale prendere in considerazione i prodotti per la loro comparazione, risulta essere una soluzione al problema che le singole autorità nazionali avrebbero dovuto affrontare circa il termine iniziale da considerare per costruire le classi di prodotti o strumenti finanziari da prendere a riferimento per la comparazione.

Prescindendo da quest'ultima disposizione che impone un regime temporale uniforme per la valutazione dei prodotti commercializzati in forma abbinata, sembra facile prevedere che, nella possibile assenza di un intervento dei legislatori nazionali sul punto, sarà onere delle relative autorità tradurre in concreto il concetto-cardine di «chiaro vantaggio per i consumatori», nonché le espressioni «categorie di prodotti», «condizioni tra loro simili» e «tenendo debitamente conto della disponibilità e dei prezzi di prodotti analoghi offerti sul mercato», attorno alle quali è costruita la norma europea: ciò potrebbe dare vita a un'applicazione tutt'altro che omogenea nei singoli mercati.

278 La copertura assicurativa di cui al comma 4 e i problemi nascenti dal raffronto con la normativa nazionale vigente

A prima vista l'ultimo comma della norma in commento potrebbe essere considerato un'inutile specificazione della previsione contenuta nel primo comma. Il fatto che gli «Stati membri provvedono affinché il creditore accetti la polizza assicurativa di un fornitore diverso dal suo fornitore preferito qualora detta polizza fornisca un livello di copertura equivalente a quello della polizza proposta dal creditore», non sembra realizzare altro, difatti, che il precetto «Gli Stati membri consentono le pratiche di commercializzazione aggregata, ma vietano le pratiche di commercializzazione abbinata», che apre l'articolo in commento.

In realtà, l'elemento che giustifica la previsione è quello contenuto nella prima parte del comma, ove si dispone che i singoli ordinamenti possono consentire ai creditori di richiedere al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di credito, con ciò permettendo alle imprese finanziatrici di imporre un'assicurazione "obbligatoria", ancorché solo su un piano contrattuale.

competente», rispetto al corrispettivo testo tradotto in lingua inglese «*its competent authority*».

¹¹ Sul punto si v. il comunicato stampa del 6 dicembre 2011 dell'Isvap, emesso in occasione della pubblicazione del provvedimento n. 2946, che ha inserito il comma 1-*bis* all'art. 48 del Regolamento Isvap n. 5 del 16 ottobre 2006, che impone che gli intermediari assicurativi, incluse le banche e altri intermediari finanziari, non possono ricoprire simultaneamente il ruolo di distributori

di polizze e di beneficiari o vincolatari delle stesse. Tale provvedimento, anche a seguito di una pronuncia resa dal Tar Lazio n. 3 agosto 2013 n. 7229, che ne ha ridimensionato la portata nei confronti del contratto di *leasing*, appare superato da quanto previsto dal nuovo comma 3-*bis* dell'art. 21, cod. cons. Per un'analisi del provvedimento e del precedente Regolamento Isvap n. 26 maggio 2010, n. 35, v. I. D'OSTUNI, *Le polizze abbinata ai mutui ed ai finanziamenti*, in *La trasparenza bancaria*, a cura di

Una simile prassi appare assai radicata nel mercato domestico (come rilevato già dall'Isvap¹¹ e, più recentemente, dall'Arbitro bancario finanziario in una pronuncia resa nel corso del 2014)¹², dato che le imprese finanziatrici richiedono spesso una copertura assicurativa non solo dal rischio della perdita o diminuzione di valore del bene ipotecato, ma anche dal rischio che il consumatore possa perdere la propria capacità di produrre il reddito necessario (ad esempio le c.d. polizze vita o a tutela della perdita del lavoro).

Questa pratica ha dato luogo a molteplici interventi normativi da parte del legislatore nazionale: essi sono tesi, da una parte, a disciplinare la necessaria tutela delle imprese creditrici dal rischio di una perdita della garanzia e il costo gravante sul consumatore (anche su impulso del legislatore comunitario), dall'altra, a contenere l'abuso nascente dalla possibile cointeressenza fra le finanziatrici e le assicurazioni a danno del soggetto sovvenzionato/assicurato.

A parte ricordare che nel nostro ordinamento opera la previsione contenuta nel comma 1 della delibera Cicr 22 aprile 1995 che, di fatto, impone un'assicurazione obbligatoria quale possibilità per ottenere un credito superiore all'ammontare massimo consentito normalmente pari all'80%¹³, in merito al primo obiettivo perseguito dal legislatore va rilevato come la diffusione della prassi della copertura assicurativa, quale condizione imposta dalle imprese finanziatrici per la concessione del credito, abbia indotto Banca d'Italia a modificare il § 8.2 della seconda sezione del proprio Provvedimento del 29 luglio 2009 in tema di trasparenza¹⁴, al fine di rendere pienamente applicabile il metodo di calcolo del Taeg per i contratti del credito ai consumatori per i mutui e gli altri contratti di finanziamento¹⁵. Ciò rafforza la previsione che anche riguardo alla trasparenza del costo dei mutui debbano essere prese in considerazione tutte le spese di assicurazione che si rendono necessarie per la conclusione del contratto, come esplicitamente previsto ai sensi del comma 2 dell'art. 121 Tub (come modificato dal D.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in forza del recepimento della direttiva 2008/48/CE)¹⁶.

In merito al secondo obiettivo perseguito dal legislatore - ossia contenere il rischio del conflitto di interessi fra il finanziato, il finanziatore e l'impresa assicuratrice - va ricordato, anzitutto, l'inserimento

279

F. Civale, Milano, 2013, p. 529 e ss.

¹² Abf, Collegio di coordinamento, Decisione n. 896 del 14 febbraio 2014: «Va ricordato in proposito l'orientamento del Collegio di Roma incline a riconoscere la sussistenza di un collegamento negoziale fra il contratto di mutuo fondiario e la stipulazione di una polizza assicurativa a copertura del rischio incendio c/o danneggiamento del bene immobile oggetto di garanzia ipotecaria, tenuto conto che gli intermediari sono soliti richiedere alla clientela di stipulare, contestualmente alla concessione di un mutuo, una polizza assicurativa a copertura dei rischi riguardanti l'immobile (incendio, scoppio, responsabilità civile, ecc.), polizza nella maggior parte dei casi collocata dalla stessa banca mutuante, che risulta altresì beneficiaria della stessa».

¹³ Sul punto v. M. SEPE, *Commento all'art. 38*, in *Commentario Tub*, diretto da Capriglione, Padova, 2012, p. 439 e ss., anche per un'analisi del contenuto del comunicato della Banca d'Italia del 2 aprile 2005, in merito alle garanzie integrative.

¹⁴ Modifica operata con provvedimento del 15 luglio 2015 sulla scorta di quanto previsto dalla delibera Cicr del 4 marzo 2003.

¹⁵ Per una rassegna della giurisprudenza dell'Abf sul punto v. F. CIVALE, *Il credito ai consumatori*, in *La trasparenza bancaria*, a cura di F. Civale, Milano, 2013, p.

486 e ss.

¹⁶ Sul punto cfr. le *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi* ai sensi della legge sull'usura della Banca d'Italia dell'agosto 2009, p. 13 e ss. e nota 11, che, pur ai soli fini specifici della valutazione del Tegm, considerano unicamente le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore (ad es. polizze per furto e incendio sui beni concessi in *leasing* o in ipoteca), se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo risulta contestuale alla concessione del finanziamento ovvero obbligatoria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte, indipendentemente dal fatto che la polizza venga stipulata per il tramite del finanziatore o direttamente dal cliente, escludendo le spese per assicurazione in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del debitore, la cui valutazione è riservata esclusivamente alle operazioni di finanziamento a mezzo della cessione del quinto dello stipendio. Per un esame della Raccomandazione delle Commissioni dell'Unione europea C 2001/477 in merito ai mutui dei consumatori e dell'allegato I, che sollecitava i finanziatori a una piena informazione precontrattuale anche circa le voci di spesa concernenti l'assicurazione, v. G. ALPA, *La trasparenza nei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 30 e ss.

del nuovo comma 3-bis nell'art. 21 cod. cons. ad opera dell'art. 36-bis, D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. da L. 22 dicembre 2011, n. 214 (poi ulteriormente novellato dall'art. 28, comma 3, D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. da L. 24 marzo 2012, n. 27, con l'aggiunta dell'ultimo inciso in merito all'apertura di un conto corrente), a mezzo del quale è statuito che «È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario»¹⁷.

Se la prima parte di quest'ultima norma anticipa la risposta al problema di una commercializzazione abbinata del contratto di mutuo e di quello assicurativo secondo la direttrice resa dal legislatore comunitario, fornendo, quindi, una soluzione che potrà essere mantenuta al momento del recepimento della direttiva, diversa appare, invece, la risposta in merito all'ultimo inciso del comma 3-bis dell'art. 21 cod. cons. in tema di obbligatoria apertura di un conto corrente. Una simile previsione risulta, infatti, sostanzialmente contraria al dettato della lett. a, del comma 2 dell'articolo in commento, che, come visto, dispone che il creditore possa chiedere al consumatore, quale condizione per l'erogazione del finanziamento, «l'apertura o la tenuta di un conto di pagamento o di risparmio, il cui unico fine sia l'accumulo di capitale per rimborsare il credito in capitale o interessi, raccogliere risorse per ottenere il credito o fornire ulteriore garanzia per il creditore nell'eventualità di un inadempimento». Guardando alla *ratio* delle norme, sembrerebbe auspicabile che la previsione nazionale cedesse il passo a quella europea in sede di recepimento, dato che, altrimenti, si potrebbe correre il rischio di un restringimento dell'offerta di credito a scapito dei consumatori finanziariamente più deboli, che potrebbero vedersi negato il finanziamento data l'impossibilità di offrire altre valide garanzie.

280 A complicare ulteriormente il recepimento della direttiva potrà porsi anche la previsione inserita al comma 1 dell'art. 28, D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. da L. 24 marzo 2012, n. 27, alla luce della quale, ferme restando le regole di comportamento degli intermediari assicurativi, «le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari, se condizionano l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo».

Questa previsione appare, infatti, eccessivamente restrittiva alla luce della normativa comunitaria, che si limita, più concretamente, a imporre al creditore l'accettazione della polizza assicurativa di un'assicurazione diversa rispetto a quella proposta, purché equivalente nelle coperture, senza indugiare in uno sterile atteggiamento consumerista, che obbliga l'impresa finanziatrice a sottoporre due polizze alternative, che - evidentemente - risulteranno nella maggior parte dei casi sconvenienti per il consumatore, in quanto individuate del creditore stesso in conflitto di interesse.

Anche alla luce di quest'ultima considerazione oltre che dall'analisi del quadro degli interventi non organici operati dal legislatore nazionale, si renderebbe auspicabile che il recepimento dell'articolo della direttiva in commento potesse fornire l'occasione per un generale ripensamento della disciplina nazionale in chiave di reale tutela del consumatore e di efficacia dei controlli.

¹⁷ Per un'analisi della norma e del collegato regolamento Isvap 3 maggio 2012, n. 40, v. L. D'OSTUNI, *op. cit.*, p. 544 e ss. La norma è direttamente richiamata nel secondo comma del nuovo art. 120-octiesdecies Tub previsto dallo

schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva in esame, che risulta al vaglio della Camera dei Deputati al momento in cui si emenda definitivamente il presente commento.

