

CONTRATTO DI MUTUO A TASSO VARIABILE CON PARAMETRO EURIBOR: E' NULLA LA DETERMINAZIONE DEL TASSO?

SOMMARIO: 1. Cos'è il tasso Euribor. 2. L'art. 118 TUB a presidio della variazione unilaterale del tasso di interesse per i contratti a tempo indeterminato. 3. L'Euribor ed i precedenti giurisprudenziali di merito. 4. Determinazione nei contratti di mutuo dell'interesse a carattere variabile. 5. Critica alla determinazione dell'interesse variabile tramite il parametro "Euribor". 6. Compatibilità della normativa di cui all'art. 118 del TUB con la normativa comunitaria direttiva 93/13/CE. 7. Indagine della Commissione Europea per la determinazione del tasso Euribor, quale accordo di cartello fra banche. 8. Interpretazione delle norme della direttiva 93/13/CE da parte della Corte di Giustizia Europea.

1. Cos'è il Tasso Euribor.

Nel contratto di mutuo a tasso variabile viene indicato quale tasso di riferimento il tasso Euribor. La determinazione del tasso variabile è determinata in parte con un valore fisso, ed in parte con un differenziale o meglio uno *spread* variabile agganciato alla variazione del tasso Euribor (acronimo di Euro Inter Bank Offered Rate) che è l'indicatore del tasso di interesse medio delle transazioni finanziarie in Euro tra le principali banche Europee. Viene adoperato come tasso medio applicato da primari istituti di credito per operazioni a termine effettuate sul mercato interbancario con scadenze temporali variabili da una, due e tre settimane fino a dodici mesi. Attualmente è determinato giornalmente dalla European Banking Federation (EBF) come media dei tassi di deposito interbancario tra un insieme di banche, oltre 50. I tassi applicati a tali operazioni dalle banche con il maggiore volume d'affari dell'area Euro e da alcuni istituti di credito ad essa estranei vengono comunicati, giornalmente, all'agenzia Central European Time che provvede, per ogni singola scadenza, a calcolarne la media, applicando degli arrotondamenti ed escludendo dal computo gli elementi di punta più alti e più bassi, onde evitare che dati anomali falsino il valore dell'Euribor. La comunicazione dei dati è su base volontaria, ma l'Euribor è calcolabile a condizione che alla rilevazione partecipino almeno 12 istituti di credito.

L'Euribor adoperato come base di calcolo degli interessi dei mutui a tasso variabile è dunque un parametro, sì altamente variabile e, certamente agganciato a determinazioni assunte da un complesso di istituti di credito, ma con un coinvolgimento così ampio di banche e con finalità tanto divergenti dall'erogazione dei mutui da escludere, in difetto di serie argomentazioni di segno opposto, sia l'agire in conflitto di interessi sia un preordinato squilibrio del contratto a vantaggio dell'istituto di credito. L'indicizzazione all'Euribor del saggio degli interessi corrispettivi dei mutui a tasso variabile si profila piuttosto come mero criterio di collegamento del tasso al mutevole fluire dei mercati finanziari.

2. L'art. 118 TUB a presidio della variazione unilaterale del tasso di interesse per i contratti a tempo indeterminato.

La normativa bancaria a tutela della possibilità di variare unilateralmente il tasso di interesse ha stabilito, la possibilità dello *ius variandi* per quanto riguarda i rapporti contrattuali a tempo indeterminato, all'art 118, 1 comma, primo periodo del D. Lgs. 1/09/1993 n. 385, prevede che: "*Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo*".

Mentre per quanto riguarda i contratti determinati, e quindi i finanziamenti- mutui lo *ius variandi* è previsto, dal precitato art. 118, 1 comma, ultimo periodo, che: “*Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo*”.

Prevedendo, altresì, al secondo comma che: “*Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente.*”

In questa sede non si cercherà di analizzare la possibilità e validità della modifica unilaterale del contratto come *ius variandi*, per lo più ammesso sia da dottrina e giurisprudenza ma, interessante rimane il sindacato dell’esercizio di tale diritto, posto in capo alla banca, che per la modifica della condizione contrattuale che si intende approvata ove il cliente non receda dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione, recesso che potrà avvenire senza addebito di alcuna spesa al cliente. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all’applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

Diversamente la stessa norma sanziona al 3 comma come inefficaci le variazioni contrattuali che non hanno rispettato le prescrizioni sopra descritte nel caso in cui siano per il cliente più sfavorevoli.

Ed il 4 comma a chiusura dell’art. 118 del TUB stabilisce che: “*Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente*”.

Pertanto, il diritto di recedere dal contratto in caso di rapporti di durata prestabilita, quali il mutuo, il consumatore ha il potere, in caso di variazioni delle altre norme contrattuali, del recesso senza spese, mentre, per il tasso non rientra il principio dello *ius variandi*.

Tale possibilità per la risoluzione contrattuale in seguito a modifiche delle altre previsioni *ius variandi* per il mutuatario significherebbe dover restituire, anche dopo poco tempo l’intero capitale preso a mutuo.

Pertanto, la possibilità, di risoluzione contrattuale come previsto dal menzionato articolo, sempre che ovviamente siano state rispettate le previste modalità, è più teorica che pratica, considerando il disvalore per il consumatore che richiede a mutuo un importo ad es. di 100.000,00 euro e, che dopo appena, anche sei mesi un anno, per effetto di *ius variandi*, di cui al comma 1 ultimo periodo, ha la possibilità di risolvere il contratto, ma di fatto dovendo restituire quasi l’intera somma ricevuta a mutuo, certamente non avrà tale disponibilità altrimenti non l’avrebbe richiesta alla banca!!.

Il legislatore per quanto attiene i contratti di durata pone una limitazione relativamente all’oggetto, nel senso di escludere che possano modificarsi le clausole sui tassi di interesse. Ma in realtà tali clausole sono quelle più sensibili, economicamente, per il cliente. Nella scelta su quale tipo di mutuo concludere, chi si rivolge alla banca verifica soprattutto le condizioni economiche del rapporto contrattuale, che trovano espressione principalmente nel tasso d’interesse. Laddove l’istituto di credito fosse legittimato, in pendenza di contratto, a modificare il tasso, il cliente potrebbe trovarsi in

difficoltà, come evidenziato non riuscendo più a fronteggiare i costi di restituzione del capitale e di pagamento degli interessi.

L'esercizio dello *ius variandi* da parte della banca consiste nell'esercitare il diritto di recesso. Nel mutuo il diritto di recesso comporta conseguenze particolarmente gravose per il mutuatario: questi difatti è obbligato a restituire la somma data a mutuo, di cui verosimilmente non dispone subito. Per ovviare a questo inconveniente il legislatore prevede che lo *ius variandi* della banca non sia così esteso da abbracciare la variazione dei tassi d'interesse.

Se ne conclude che, nei contratti a tempo determinato, lo *ius variandi* può sì essere esercitato, ma solo con riferimento agli elementi contrattuali diversi dal tasso di interesse. Potranno pertanto essere variati gli altri aspetti economici del contratto o altri aspetti delle pattuizioni originariamente intercorse fra le parti.

In sintesi, schematizzando, si può distinguere, dal punto di vista oggettivo tra:

a) "*contratti a tempo indeterminato*", nei quali le clausole attributive della facoltà di modifiche unilaterali sono ammesse, se specificamente approvate dal cliente, ove sussista un giustificato motivo, per tutte le condizioni, economiche e non;

b) "*altri contratti di durata*", all'interno dei quali occorre effettuare un'ulteriore ripartizione di tipo soggettivo tra:

b.2) contratti conclusi con consumatori e micro-imprese, nei quali le clausole attributive del *ius variandi* sono ammesse, ove sussista un giustificato motivo e previa approvazione specifica del cliente, solo per le clausole o gli elementi contrattuali diversi dai tassi di interesse;

b.3) contratti conclusi con soggetti diversi dai consumatori e micro-imprese, nei quali, ferma restando l'ammissibilità delle clausole attributive del *ius variandi* nella ricorrenza del giustificato motivo, si statuisce l'ammissibilità di clausole che prevedano: "*la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati dal contratto*".

Tale analisi deve tenere conto del principio della vincolatività e dell'efficacia normativa del contratto che il nostro codice esprime attraverso norme quali l'art. 1372 cod. civ. e l'art. 1355 cod. civ. Tali disposizioni, dalle quali si può evincere che le modifiche unilaterali dovrebbero essere l'eccezione e non la regola, vanno comunque contestualizzate secondo un giudizio da compiersi "caso per caso", in coerenza, del resto, con un sistema normativo che consente di ricavare elementi significativi di regolazione della fattispecie anche nella disciplina dei tipi (si vedano i meccanismi di determinazione unilaterale previsti agli artt. 1474, 1562, 1562, 1657, 1660, 1661 cod. civ.) e secondo una generale tendenza a valorizzare i meccanismi di ridiscussione dell'assetto negoziale nei rapporti di durata, quali, per esempio la rinegoziazione e gli altri strumenti di adeguamento, anche nell'ottica dell'analisi economica del diritto.

3. L'Euribor ed i precedenti giurisprudenziali di merito.

I precedenti giurisprudenziali di merito, che al momento, hanno affrontato la fattispecie della nullità per la determinazione del tasso attraverso il parametro stabilito dall'Euribor, sono di segno opposto,

è il caso di citare le ultime sentenze del Tribunale di Palermo¹, che con motivazione pressoché identica nei precedenti hanno stabilito che: *“Ora, l’inserimento nelle clausole contrattuali relative al tasso di interesse, quale unico parametro variabile, dell’EURIBOR, soddisfa le esigenze di determinatezza richieste ai fini della validità della clausole. Benché infatti l’entità di tale indice, soggetto a continue variazioni, è influenzato in maniera determinante dal comportamento del sistema bancario, trattasi comunque un indice medio, calcolato e diffuso giornalmente dalla Federazione delle banche Europee sulla base del comportamento adottato dalle principali banche Europee e internazionali in relazione alle variazioni del tasso ufficiale BCE e dunque sulla scorta di dati che si assumono oggettivi. E se è vero che le singole banche che contribuiscono alla determinazione dell’Euribor possono influenzarne l’ammontare, ciò non basta di per sé solo a dimostrare la esistenza di accordi tra le banche interessate dirette ad influenzare la determinazione del tasso attraverso la modifica concordata del tasso di deposito da ciascuna di esse applicato nei rapporti con altri istituti di credito, sì da dimostrare che l’intero meccanismo è illecito”*.

4. Determinazione nei contratti di mutuo dell’interesse a carattere variabile.

Partendo dalle interpretazioni giurisprudenziali sopra richiamate, che a mio sommo avviso non soddisfano del tutto nelle loro motivazioni rispetto alle osservazioni in merito alla previsione del tasso Euribor, che ne determinerebbe la nullità del contratto di mutuo per il combinato disposto degli articoli 1284² cod. civ. e dell’art 1350, n. 13 cod. civ. per indeterminatezza del tasso, nonché per la violazione dell’art. 2 della L. 287/1990, nonché per violazione degli artt. 1333-1334-1335 e segg. Cod. civ..

Va ricordato che nel mutuo oneroso il mutuatario, oltre a dover restituire il capitale mutuato, deve anche corrispondere un’ulteriore ed omogenea prestazione pecuniaria, ossia quella degli interessi (art. 1815, 1° comma, cod. civ.), relativamente alla quale occorre chiedersi se il requisito di determinabilità per il combinato disposto degli artt. 1284, 3° comma, e 1346 cod. civ. possa dirsi soddisfatto anche qualora ad essere determinati per iscritto non siano, direttamente, gli interessi, bensì i criteri ed i parametri attraverso i quali si possa provvedere alla loro successiva, indiretta, quantificazione.

A rigore del novellato art. 118 del d Lgs. 01/09/1993 n. 385, per i contratti di durata (*rectius i mutui*) esulano dallo *ius variandi* tutte le clausole di indicizzazione dei tassi a parametri obiettivi, non controllati dalla banca finanziatrice, con la conseguenza che in tal caso non solo sarebbe indiscussa

¹ Tribunale di Palermo V Sezione civile del 11 aprile 2016 – Rel Dott. G. de Gregorio e ancora stessa sezione e relatore del 17 febbraio 2016, ed ancora la stessa sezione V del 5 aprile 2016 con motivazione leggermente diversa relatore dott.ssa Turco, e prima ancora il Tribunale di Udine con sentenza n. 113 de 2013;

² Art. 1284 c.c. Il saggio degli interessi legali è determinato in misura pari allo 0,2 per cento in ragione d’anno. Il Ministro del tesoro, con proprio decreto pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana non oltre il 15 dicembre dell’anno precedente a quello cui il saggio si riferisce, può modificarne annualmente la misura, sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a 12 mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell’anno. Qualora entro il 15 dicembre non sia fissata una nuova misura del saggio, questo rimane invariato per l’anno successivo.

Allo stesso saggio si computano gli interessi convenzionali, se le parti non ne hanno determinato la misura [si v. c.c. 1825].

Gli interessi superiori alla misura legale [si v. c.c. 1350, n. 13] devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale.

Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

La disposizione del quarto comma si applica anche all’atto con cui si promuove il procedimento arbitrale

la validità della clausola, ma anche sarebbe automaticamente esclusa l'applicazione della disciplina dello *ius variandi*.

E tale prospettiva sembra peraltro ormai consacrata a livello legislativo dall'art. 118, 4° comma, TUB, il quale pare aver individuato nelle variazioni dei tassi di interesse adottate in conseguenza delle decisioni di politica monetaria un'ipotesi tipica di "giustificato motivo" per il relativo diritto della banca di modificare i tassi di interesse, purché tale variazione sia applicata con modalità tali da non arrecare pregiudizio al cliente e fermo restando che le relative modificazioni, in ipotesi di contratto di conto corrente, dovranno riguardare, però, contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori.

Tale previsione *ius variandi*, regolata dall'art. 118 del TUB, è stata oggetto nella attuale formulazione del recente intervento modificativo da parte del d.l. 13-5-2011, n. 70, convertito nella l. 12-7-2011, n. 106, che:

- ha introdotto il comma 2/bis, ove si precisa che: “se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'art. 1, 1° comma, lett. t), d.lgs. 27-1-2010, n. 11, anche nei contratti di durata a tempo determinato possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto”;

- nel contempo ha dettato una norma transitoria (art. 8, 5° comma, lett. g), in forza della quale: “le disposizioni del comma 2/bis dell'articolo 118 del testo unico di cui al decreto legislativo 1-9-1993, n. 385, (...) non si applicano ai contratti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le modifiche introdotte ai contratti in corso alla predetta data sono di conseguenza inefficaci”.

5. Critica alla determinazione dell'interesse variabile tramite il parametro “Euribor”.

Ora partendo da questi presupposti sia giurisprudenziali che normativi (art.118 TUB) si cercherà di analizzare la portata della determinatezze ed adeguatezza delle clausole di interessi variabili anche in relazione ad una compatibilità normativa Comunitaria (93/13/CE) e relativi arresti interpretativi della Corte di Giustizia europea, nonché della suprema corte di Cassazione.

In merito alle variazioni della tasso d'interesse: è sicuramente ammissibile la facoltà della banca di variare il tasso unilateralmente ma, secondo l'insegnamento di una giurisprudenza ampiamente consolidata (tra le altre, Cass. 9080 del 2002), esso deve ancorarsi a criteri prestabiliti, in modo che sia assicurata con certezza, al di fuori di ogni margine di discrezionalità, rimessa all'arbitrio del creditore, una concreta determinazione sulla base di una disciplina, fissata su scala nazionale e vincolante (ad esempio: il tasso unico di sconto, la cui manovra è rimessa all'autorità di vigilanza) o comunque con riferimento ad elementi oggettivi ed esterni, come il tasso di cambio di una valuta, concordata tra le parti, in tal senso **Cass. civ. Sez. I, Sent., 23-02-2016, n. 3480**.

A tal fine va, quindi, analizzato sotto il primo profilo per l'indeterminatezza del tasso, per il quale si è espressa ultimamente la **Cassazione civ. Sez. VI - 1, Sent., 30-10-2015, n. 22179** in cui ha stabilito in tali termini, tra l'altro, con riguardo alle clausole di determinazione degli interessi passivi in un rapporto contrattuale di mutuo prevedenti tassi variabili, in cui si è già affermato che: "*In tema di contratti di mutuo, perché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284 c.c., comma 3, che è norma imperativa, la stessa deve avere un contenuto assolutamente*

univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso di interesse; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione” (cfr. Cass. nn. 12276 del 2010, 14684 del 2003, 2317 del 2007).

Ulteriormente i tassi variabili determinati con la metodologia Euribor vanno considerati nulli in quanto trattasi di un accordo di cartello fra le banche (s.v. punto 7) aderenti e, pertanto, tale intesa nella determinazione del tasso è nulla ai sensi dell’art. 2 della legge del 10/10/1990 n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) dove all’art. 2 (*Intese restrittive della libertà di concorrenza*) stabilisce specificatamente che:

“1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.

Salvis Juribus

Oltre alla Normativa europea a presidio vi sono: l'art. 101 sul trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE)³ e dell'articolo 53 dell'accordo 2 maggio 1992 sullo Spazio Economico Europeo (SEE)⁴.

³ TRATTATO 25 marzo 1957. Trattato sul funzionamento dell'Unione europea come modificato dal trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007.

Titolo VII -Norme Comuni Sulla Concorrenza, Sulla Fiscalità E Sul Ravvicinamento Delle Legislazioni -Capo 1 -Regole Di Concorrenza Sezione 1- Regole Applicabili Alle Imprese

Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE)

1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
 - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
 - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,
- che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui

trattasi.

Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, dunque, ha affiancato e rafforzato la sanzione della *nullità di pieno diritto* prevista dall'art. 101, par. 2, TFUE, completando, in questo modo, il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario alle illecite distorsioni della concorrenza C. Giust. CE, 1-6-1999, C-126/97, *Eco Swiss, Racc.*, I-3055, punto 36.

Il fondamento giuridico dell'azione di danno antitrust è rappresentato dalla necessaria effettività delle regole di concorrenza associata alla diretta applicabilità delle stesse da parte delle giurisdizioni nazionali. I giudici nazionali, infatti, sono «incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli» C. Giust. CE, 9-3-1978, causa 106/77, *Simmenthal, Racc.*, 629, punto 16, e 19-6-1990, C-213/89, *Factorame, Racc.*, I-2433, punto 19. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, la piena efficacia dell'art. 81 del Trattato (ora art. 101 TFUE) e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito dal primo comma del medesimo articolo sarebbe messo in discussione «se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza».

⁴ ACCORDO 2 maggio 1992. Accordo sullo Spazio economico europeo (Pubblicato nella G.U.C.E. 3 gennaio 1994, n. L 1). Il presente accordo è stato firmato ad Oporto il 2 maggio 1992 ed è stato approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 13 dicembre 1993. Modificato dal Protocollo che adegua l'accordo sullo Spazio economico europeo, approvato con decisione 94/2/CECA/CE del 13 dicembre 1993 del Consiglio e della Commissione (G.U.C.E. 3 gennaio 1994, n. L 1), a causa della mancata ratifica della Confederazione elvetica.

All'Articolo 53- prevede-

1. Sono incompatibili con il funzionamento del presente accordo e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra le Parti contraenti e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del territorio cui si applica il presente accordo, ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

Salvis Juribus – Rivista di informazione giuridica
Ideatore, Coordinatore e Capo redazione Giacomo Romano

Copyrights © 2015 – Salvis Juribus - ISSN 2464-9775

Redazione: redazione@salvisjuribus.it

Ufficio Risorse Umane: recruitment@salvisjuribus.it

Ufficio Commerciale: info@salvisjuribus.it

Come autorevolmente è già stato ribadito “la diretta applicabilità da parte delle Giurisdizioni nazionali dei parr. 1 e 2 dell’art. 81 e dell’art. 82 del Trattato (ora artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea) fu successivamente consolidata dalla Corte di Giustizia nei casi *Delimitis* (1991) e *Masterfood* (2000) C. Giust. CE, 28-2-1991, causa C-234/89.

È stato proprio attraverso il riconoscimento della diretta applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza nei rapporti tra privati sancita **dall’art. 6 regolamento n. 1/2003** anche per il terzo paragrafo dell’art. 101 TFUE, che la Corte di Giustizia ha potuto introdurre nell’ordinamento giuridico comunitario l’azione di risarcimento del danno promossa da un operatore economico (impresa o consumatore) a seguito di un’illecita restrizione della concorrenza nel mercato comune. Tale diritto è stato espressamente affermato dalla Corte di Giustizia nella ricordata sentenza *Courage* C. Giust. CE nel caso 26/621 (*Van Gend & Loos*) e poi consolidato nella sentenza *Manfredi*.

Risulta evidente che il tasso di interesse, in un contratto bancario costituisce esattamente il prezzo di vendita del prodotto- il denaro- e come tale rientra specificamente e direttamente nella nullità prevista dalla legge⁵.

La conseguenza è, che nei contratti di mutuo in cui è prevista la determinazione del tasso variabile agganciato all’Euribor tale contratto è nullo per l’assoluto contrasto con la legge 287/90, la quale vieta le intese tra imprese anche bancarie (cfr. successivo punto 7) che abbiano per oggetto o per l’effetto di impedire restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante anche attraverso l’attività ..cfr. lettera a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d’acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali.

Eccezione che come ribadito dalla Cassazione n.22179/2015 può essere rilevata d’ufficio o eccepita dall’utente.

Oltremodo in precedenza la stessa **Suprema Corte aveva stabilito con arresto del 28 marzo 2002 n. 4490**, in merito agli *interessi uso piazza*, che si profila: “*la violazione e falsa applicazione degli artt. 1284, 1346 e 1825 c.c., conseguentemente dichiarare nulla, per violazione dell’art. 1346 c.c., la clausola sulla determinazione quantitativa degli interessi, senza considerare che la determinazione dei tassi d’interesse era avvenuta sulla base di criteri stabiliti, in ambito nazionale, con “accordi di cartello”.*

A seguito di tale violazione stabilita con l’arresto giurisprudenziale citato n. 4490/2002, è stato, ulteriormente, stabilito che: “*pur riconoscendo che il requisito della forma scritta richiesto, a pena di nullità, per la pattuizione di interessi superiori alla misura legale (art. 1284, ultimo comma, c.c.) non postula necessariamente che il documento contrattuale contenga l’indicazione in cifre del tasso d’interesse pattuito, ma può essere soddisfatto anche “per relationem”, essendo sufficiente che le parti richiamino per iscritto criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obiettivamente individuabili, che consentano la concreta determinazione del tasso convenzionale (Cass., 18 maggio 1996, n. 4605; 11 novembre 1997, n. 11042; 8 maggio 1998, n. 4696; 23 giugno 1998, n. 6247; 19 luglio 2000, n. 9465), ha, in reiterate occasioni, puntualizzato che una clausola, la quale si limiti a fare riferimento “alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza”, non è sufficientemente*

-
- a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese,
 - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
 - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell’utile che ne deriva, ed evitando di

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

⁵ S.v. *Responsabilità civile per violazione delle regole sulla concorrenza nel diritto dell’Unione europea* Michele Carpanano, 2012, Digesto, Ipsoa.

univoca e non può quindi giustificare la pretesa al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale, poiché, data l'esistenza di diverse tipologie di interessi, essa non consente, per la sua genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi (ed in tal senso in precedenza s.v. Cass., 29 novembre 1996, n. 10657; 18 aprile 2001, n. 5675; 11042/97, n. 9465/2000)”.

In ragione di quanto stabilito ha portato a dichiarare l'illegittimità da parte dei supremi giudici, degli interessi, nel caso specifico determinati uso piazza, in ragione che la disciplina dettata dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, sulla tutela della concorrenza e del mercato, si applica anche alle aziende e agli istituti di credito (arg. ex art. 20 della legge citata).

Proseguono i Supremi Giudici stabilendo che: “L'art. 2 della stessa legge vieta, sancendone la nullità, *“le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente la concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”, ricomprendendo espressamente tra tali intese quelle che detto risultato perseguano o determinino “attraverso attività consistenti nel... fissare direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto o di vendita” dei rispettivi prodotti o servizi.*

Eventuali accordi interbancari, diretti a fissare i tassi d'interesse attivi e passivi, rientrano certamente tra le “intese” considerate dalla norma in esame. Non vi è quindi dubbio che se, come si assume, tali accordi sono dotati di efficacia vincolante sull'intero territorio nazionale, debbono essere ritenuti nulli, in applicazione del principio sancito dal citato art. 2. E che a non diverse conclusioni deve pervenirsi quando i tassi non siano predeterminati in modo assolutamente rigido (e sia quindi lasciata alle singole banche la possibilità di determinarne concretamente l'ammontare entro margini predeterminati), tenuto conto dell'estrema latitudine del dettato normativo, che annovera tra le intese vietate anche quelle che (solo) indirettamente sono dirette a fissare i prezzi di acquisto o di vendita.

È pertanto evidente che, contrariamente a quel che mostra di ritenere la ricorrente, l'eventuale efficacia vincolante degli accordi in esame, lungi dal corroborare la validità delle clausole di rinvio agli “usi su piazza” per la determinazione degli interessi, si configurerebbe come ulteriore motivo di invalidità delle medesime”.

6. Compatibilità della normativa di cui all'art. 118 del TUB con la normativa comunitaria direttiva 93/13/CE.

Posto che lo scopo perseguito dalla direttiva 93/13/CE è quello di tutelare il consumatore in situazione di inferiorità rispetto al professionista e visto che una delle possibili clausole abusive secondo la direttiva comunitaria è quella volta ad “autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso”, l'art. 118 d.lgs. 385/1993, nella sua formulazione letterale va interpretato conformemente alla direttiva comunitaria, ritenendo che nei contratti tra una banca ed un consumatore lo *“ius variandi”* è legittimamente previsto solo se collegato ad un motivo espressamente indicato in contratto. Ulteriormente, si ritiene che l'applicazione dei tassi variabili agganciati all'Euribor o comunque determinati in misura maggiore a quelli legali e non determinati per iscritto al momento della stipula del contratto di mutuo siano altresì contrari a una serie di normative di carattere europeo.

Alla direttiva 93/13/CE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95, pag. 29), nonché dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶.

⁶ **Diritti Fondamentali dell'Unione europea Diritto Art. 47 A un ricorso effettivo e a un giudice imparziale**

Per l'articolo 3 della Direttiva **93/13/CE** in cui è stabilito che:

"1. Una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

2. Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto.

Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione.

*Qualora **il professionista** affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, **gli incomb**e l'onere della prova."*

Il quadro normativo delineato dalla Direttiva 93/13/CE contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate "abusiva". Come ribadito anche dai considerando della presente direttiva, dove precisa che l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarle o formularle in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole.

Nell'elencare la Direttiva le varie clausole abusive, si ribadisce, elenco indicativo e non esauriente nell'allegato di cui all'art. 3 paragrafo 5.1. alla lettera j) prevede: "autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso". E successivamente a chiarimento di tale evenienza considerata come clausola abusiva chiarisce al punto 2 dell'allegato la portata delle lettere g), j) e l).

In particolare per la lettera j), il punto b) del richiamato punto 2 dell'allegato prevede che: "la lettera j) non si oppone a clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva il diritto di modificare senza preavviso, qualora vi sia un valido motivo, **il tasso di interesse di un prestito o di un credito da lui concesso o l'importo di tutti gli altri oneri relativi a servizi finanziari, a condizione che sia fatto obbligo al professionista di informare l'altra o le altre parti contraenti con la massima rapidità e che queste ultime siano libere di recedere immediatamente dal contratto**".

Mentre l'art. 118 del TUB, ne esclude proprio la risoluzione (comma 1 ultimo periodo ndr... Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse) nonché la comunicazione proprio per quanto attiene il tasso di interesse. In ragione che il tasso determinato con riferimento al tasso Euribor le banche per i mutui non informano il cliente al suo variare, e pur potendo recedere sempre dal contratto da parte del

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia

cliente, in caso di anticipata estinzione, va considerato che si applicano delle penali, pertanto la nullità dell'applicazione del tasso Euribor trova già conferma nelle clausole previste dall'allegato di cui all'art. 3. paragrafo 5.1 della direttiva 93/13/CE.

Infatti, l'articolo 6 della Direttiva 93/13/CE così dispone:

"1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

2. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro".

Mentre l'articolo 7 della *Direttiva 93/13/CE* così recita:

"1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole".

7. Indagine della Commissione Europea per la determinazione del tasso Euribor quale accordo di cartello fra banche.

Come si legge dal Comunicato stampa della Commissione Europea del 4 dicembre 2013 da una indagine partita dal Regno Unito del 2012 la Commissione europea ha multato 8 istituzioni finanziarie internazionali per un totale di 1 494 302 000 € per la partecipazione a cartelli illegali nei mercati dei derivati finanziari che coprono dello Spazio economico europeo (SEE). Quattro di queste istituzioni hanno partecipato ad un'intesa in materia di derivati su tassi di interesse denominati nella valuta di euro. Sei di loro hanno partecipato a uno o più cartelli bilaterali relativi ai derivati su tassi di interesse denominati in yen giapponesi. Tale collusione tra concorrenti è vietato dall'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 53 dell'accordo SEE⁷. Entrambe le decisioni sono state adottate secondo la procedura di regolamento cartello della Commissione; multe delle società sono stati ridotti del 10% per aver accettato di fare acquiescenza a tale decisione.

Joaquín Almunia, vicepresidente all'epoca dei fatti della Commissione responsabile della politica della concorrenza, ha dichiarato: "Quello che è scioccante circa il LIBOR e scandali Euribor è non soltanto la manipolazione dei parametri di riferimento, che viene affrontato dalle autorità di regolamentazione finanziaria a livello mondiale, ma anche la collusione tra le banche che sono o dovrebbe essere in

⁷ S.v. sub note 3-4 e 5.

concorrenza tra loro. La decisione di oggi invia un messaggio chiaro che la Commissione è determinata a combattere e sanzionare questi cartelli nel settore finanziario. Una sana concorrenza e la trasparenza sono fondamentali per i mercati finanziari al fine che funzionino correttamente, al servizio dell'economia reale piuttosto che per gli interessi di pochi. "

I derivati su tassi di interesse (ad esempio, accordi di *forward rate*, swap, future, opzioni) sono prodotti finanziari che vengono utilizzati da banche o società per la gestione del rischio di fluttuazione dei tassi di interesse. Questi prodotti sono commercializzati in tutto il mondo e svolgono un ruolo chiave nell'economia globale. Essi derivano il loro valore dal livello di un tasso di interesse di riferimento, come ad esempio il London Interbank Offered Rate (LIBOR) - che viene utilizzato per diverse valute tra cui lo yen giapponese (JPY) - o l'Euro Interbank Offered Rate (EURIBOR), per la Zona Euro. Questi benchmark riflettono una media dei preventivi presentati quotidianamente da un certo numero di banche che sono membri di un gruppo (panel) banche. Essi hanno lo scopo di riflettere il costo dei prestiti interbancari in una data valuta e servire come base per i vari strumenti finanziari derivati. Le banche d'investimento in concorrenza tra loro nel commercio di questi derivati. I livelli di questi tassi di riferimento possono influenzare sia i flussi di cassa che una banca riceve da una controparte, o il flusso di cassa che ha bisogno di pagare per la controparte in contratti derivati su tassi di interesse.

Il cartello in derivati su tassi di interesse Euribor operato tra settembre 2005 e maggio 2008. Le parti chiamate in causa sono Barclays, Deutsche Bank, RBS e Société Générale. Il cartello volto a distorcere il normale corso di componenti di prezzo per questi derivati. I dirigenti di diverse banche hanno discusso gli argomenti della propria banca per il calcolo del tasso EURIBOR così come le loro strategie di trading e di prezzo.

L'indagine della Commissione è iniziata con ispezioni a sorpresa nel mese di ottobre 2011 (cfr MEMO / 11/711/CE). La Commissione ha avviato il procedimento marzo 2013. Barclays non è stato multato in quanto ha beneficiato dell'immunità ai sensi della Commissione sulla cooperazione 2006 per aver rivelato l'esistenza del cartello alla Commissione. Deutsche Bank, RBS e Société Générale hanno ricevuto una riduzione delle loro ammende per la loro collaborazione nelle indagini nell'ambito del programma di trattamento favorevole della Commissione. A queste società sono state ulteriormente ridotte la multa del 10% per aver accettato di risolvere il caso con la Commissione.

Nel contesto della stessa indagine, i procedimenti sono stati aperti contro Crédit Agricole, HSBC e JP Morgan e la ricerca continuerà nell'ambito della procedura di cartello standard (non-insediamento). I cartelli in yen derivati su tassi di interesse (YIRD)

Nel settore YIRD, la Commissione ha scoperto 7 violazioni bilaterali di distinta durata compresa tra 1 e 10 mesi nel periodo dal 2007 al 2010. La collusione incluso discussioni tra gli operatori delle banche partecipanti su alcune osservazioni JPY LIBOR. I dirigenti coinvolti si sono scambiati, in più occasioni, le informazioni commercialmente sensibili relative sia alle posizioni di trading o per future osservazioni JPY LIBOR (e in una delle infrazioni relative ad alcune osservazioni future per l'Euroyen TIBOR - Tokyo Interbank Offered Rate). Le banche coinvolte in una o più violazioni sono UBS, RBS, Deutsche Bank, Citigroup e JPMorgan. La RP mediatore Martin facilitato una delle violazioni utilizzando i contatti con un certo numero di banche pannello JPY LIBOR che non ha partecipato alla violazione, con l'obiettivo di influenzare le loro osservazioni JPY LIBOR.

La Commissione ha avviato un procedimento nel febbraio 2013. UBS ha ricevuto piena immunità in base alla comunicazione della Commissione del 2006 per aver rivelato alla Commissione l'esistenza delle infrazioni. Citigroup ha beneficiato anche della piena immunità per la sua partecipazione ad una

violazione bilaterale. Per la loro cooperazione con l'inchiesta, la Commissione ha concesso riduzioni sensibili a Citigroup, Deutsche Bank, RBS e RP Martin, nell'ambito del programma di trattamento favorevole della Commissione. Alle aziende sono state inoltre concesse le riduzioni della multa del 10% per aver accettato di risolvere il caso con la Commissione. Le multe alle predette società sono state inflitte sulla base delle linee guida del 2006 della Commissione sulle ammende (si veda IP / 06/857 e MEMO / 06/256/CE).

Ripercussioni sui prodotti in questione

I derivati sono contratti scambiati sui mercati finanziari che sono usati per trasferire il rischio. Essi servono come un meccanismo di assicurazione contro i movimenti di prezzo e ridurre la volatilità dei flussi di cassa delle imprese, che a sua volta si traduce in previsione più affidabile, requisiti di capitale più bassi e una maggiore produttività del capitale. Negli ultimi anni i derivati hanno sviluppato in un pilastro del sistema finanziario internazionale e sono uno strumento indispensabile per la gestione del rischio e di investimento.

I derivati su tassi di interesse più comuni di base sono: *forward rate agreement*, *interest rate swap*, opzioni su tassi d'interesse, e, *futures* su tassi di interesse. derivati su tassi di interesse possono essere negoziati *over the counter (OTC)* o, nel caso di *futures* su tassi di interesse, negoziati in borsa. Essi derivano il loro valore da un tasso di interesse di riferimento.

I prodotti interessati dal cartello EIRD sono i derivati su tassi di interesse in euro indicizzato all'Euribor e / o l'Euro Over-Night Index Average (EONIA). I prodotti interessati dai cartelli sono i derivati su tassi di interesse giapponesi Yen legati al JPY LIBOR (e nel caso di una violazione anche Euroyen TIBOR).

L'Euribor, JPY LIBOR e TIBOR Euroyen sono i tassi di interesse di riferimento destinati a riflettere, rispettivamente, il costo dei prestiti interbancari in euro o yen giapponesi. Questi benchmark sono ampiamente utilizzati nei mercati monetari internazionali e si basano su citazioni individuali delle banche del pannello rilevanti e presentate giornalmente per il calcolo in questione.

La gravità dell'accaduto ha spinto la Commissione il 18 Settembre 2013, ha proporre un regolamento relativo agli indici utilizzati come parametri di riferimento in strumenti finanziari e contratti finanziari come LIBOR o EURIBOR. (s.v. comunicato stampa IP / 13/841) . Le misure previste hanno lo scopo di aiutare ripristinare la fiducia nell'integrità del benchmark a seguito degli scandali del Libor e Euribor proposta normativa della Commissione SWD (337) ancora in fase di discussione.

La Commissione ha mosso rilievi alle sole banche sopra indicate mentre non ha mosso alcun rilievo invece alle banche Italiane (Intesa Sanpaolo, Unicredit, Mps e Ubi) che partecipano al *panel* per la determinazione del tasso Euribor.

La Commissione pur evidenziando che le irregolarità si sono registrata nel periodo 2005 -2008 ha comunque ritenuto di intervenire con una legge a valenza Europea per scongiurare ulteriori manomissioni in tal genere , individuando che la determinazione dei tassi non può essere lasciata ai privati ma deve provenire da istituzioni pubbliche.

8. Interpretazione delle norme della direttiva 93/13/CE da parte della Corte di Giustizia Europea.

Pertanto anche alla luce della procedura di determinazione del tasso Euribor, che è stato ed è motivo di estrema attenzione da parte della Commissione CE, tanto da comminare sanzione anche se il provvedimento a 3 anni di distanza non è stato ancora reso pubblico, ma la gravità ha richiesto un intervento legislativo adeguato. Ci si deve domandare se sussista, anche alla luce di tale fatti, se il tasso Euribor possa essere considerato attendibile e non contrario alla normativa Europea come più volte interpretato dalla stessa Corte di Giustizia CE, in merito alle norme della direttiva 93/13/CE.

Va da se che stando così i fatti per la determinazione del tasso Euribor non può non ravvisarsi la violazione dell'art. 2 per il quale sono nulle le pattuizioni del tasso variabile con determinazione Euribor **in quanto trattasi di un accordo di cartello fra le banche aderenti e, pertanto, tale intesa nella determinazione del tasso è nulla ai sensi dell'art. 2 della legge del 10/10/1990 n. 287.**

Vanno, altresì, evidenziati gli arresti interpretativi in merito alle norme della direttiva 93/13/CE a tutela dei consumatori anche se non specificamente per quanto riguardano le previsioni di cui all'art. 118, 1 comma ultimo periodo del d.lgs. 385/1993 afferenti i tassi per i contratti a tempo determinato che a questo punto non tarderà ad evidenziarsi dinanzi alla Corte CE, per la previsioni dei tassi attualmente variabili in relazione all'Euribor.

Per quanto attengono le norme interpretative della Direttiva 93/13/CE è già stato stabilito con la sentenza della **Corte giustizia Unione Europea Sez. I, Sent., 21-01-2015, n. 482/13** che: “In tale contesto, occorre ricordare che, quanto alle conseguenze da trarre dalla constatazione del carattere abusivo di una disposizione di un contratto che vincola un consumatore ad un professionista, dal tenore letterale dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CE risulta che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti dei consumatori, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile” (sentenze Banco Espanol de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punto 65, nonché Asbeek Brusse e de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, punto 57).

In particolare, tale disposizione non può essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo accerti il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di ridurre l'importo della penale imposta a carico del consumatore anziché di disapplicare integralmente la clausola in esame nei confronti di quest'ultimo (sentenza Asbeek Brusse e de Man Garabito, EU:C:2013:341, punto 59).

Inoltre, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, che si trovano in una situazione d'inferiorità rispetto ai professionisti, la direttiva 93/13/CE impone agli Stati membri, come risulta dal suo articolo 7, paragrafo 1, in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando della medesima, di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e i consumatori (sentenze Banco Espanol de Crédito, EU:C:2012:349, punto 68, nonché Kasler e Kaslerné Rabai, EU:C:2014:282, punto 78).

Di fatto, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13/CE. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui

professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti (sentenze Banco EspaNol de Crédito, EU:C:2012:349, punto 69, nonché Kasler e Kaslerné Rabai, EU:C:2014:282, punto 79).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono la Corte ha affermato che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CE osta ad una normativa nazionale che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola (sentenze Banco EspaNol de Crédito, EU:C:2012:349, punto 73, nonché Kasler et Kaslerné Rabai, EU:C:2014:282, punto 77).

La Corte ha certamente anche riconosciuto la possibilità per il giudice nazionale di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione nazionale di natura suppletiva, a condizione che tale sostituzione sia conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CE e consenta di ripristinare un equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti. Tuttavia, tale possibilità è limitata ai casi in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, esponendo così il consumatore a conseguenze tali da esserne penalizzato (v., in tal senso, Kasler et Kaslerné Rabai, EU:C:2014:282, punti da 82 a 84).

Ciò premesso occorre ricordare che, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CE, il carattere abusivo di una clausola contrattuale dev'essere valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione. Ne discende che, in questo contesto, devono altresì essere valutate le conseguenze che la suddetta clausola può avere nell'ambito del diritto applicabile al contratto, il che implica un esame del sistema giuridico nazionale (v. ordinanza Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, punto 29 e la giurisprudenza ivi citata).

Occorre inoltre ricordare al riguardo che un giudice nazionale cui venga sottoposta una controversia intercorrente esclusivamente tra privati deve, quando applica le norme del diritto interno, prendere in considerazione l'insieme delle norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere ad una soluzione conforme all'obiettivo perseguito da quest'ultima (sentenza Kasler et Kaslerné Rabai, EU:C:2014:282, punto 64).

Alla luce di tale indicazioni, inoltre, va ricordato se le stesse possono essere valutate d'ufficio dal Giudice. Ed in merito, a più riprese è intervenuta la Corte Giustizia Europea. Tra le altre con **sentenza Corte giustizia Unione Europea Sez. I, Sent., 18-02-2016, n. 49/14** il problema è stato risolto, anche se riguardava la fattispecie di ingiunzione di pagamento, nel senso che la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, *“dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, ove l'autorità investita della domanda d'ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a una simile valutazione”*.

Nonché quanto stabilito per quanto riguarda le clausole contrattuali che consentono al mutuante di modificare unilateralmente il tasso di interesse, è necessario porre la questione relativa alla prevedibilità per il consumatore degli aumenti di tale tasso che possono essere effettuati dal mutuante sulla base del criterio, prima *facie*, poco trasparente, relativo alla “sopravvenienza di variazioni significative sul mercato finanziario”, anche se quest’ultima formulazione è in sé grammaticalmente chiara e comprensibile, e ciò è quanto stabilito dalla **Corte giustizia Unione Europea Sez. IX, Sent., 26-02-2015, n. 143/13 che nell’interpretare** l’articolo 4, paragrafo 2, della *direttiva 93/13/CE* del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, il richiamato articolo deve essere interpretato nel senso che, le espressioni: “*oggetto principale del contratto*» e «*perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro*» non comprendono, in linea di principio, tipi di clausole presenti nei contratti di credito conclusi tra un professionista e consumatori, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, le quali, da un lato, consentono, in presenza di determinate condizioni, al mutuante di modificare unilateralmente il tasso di interesse e, dall’altro, prevedono una «*commissione di rischio*» riscossa dal mutuante. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare tale qualificazione delle suddette clausole contrattuali tenuto conto della natura, dell’impianto sistematico e delle disposizioni dei contratti di cui trattasi, nonché del contesto giuridico e fattuale nel quale le stesse si collocano”.

Ed ancora per la rilevazione d’ufficio delle clausole abusive si è espressa la **Corte giustizia Unione Europea Sez. I, Sent., 30-05-2013, n. 397/11** concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che “*dev’essere interpretata nel senso che, qualora un giudice nazionale, chiamato in sede di appello a pronunciarsi su una controversia vertente sulla validità di clausole incluse in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore sulla base di un formulario preventivamente redatto da tale professionista, abbia il potere, secondo le sue norme interne di procedura, di esaminare qualsiasi causa di nullità che risulti chiaramente dagli elementi presentati in primo grado e, eventualmente, di riqualificare, in funzione dei fatti dimostrati, il fondamento giuridico invocato per dichiarare l’invalidità di tali clausole, detto giudice deve valutare, d’ufficio o riqualificando il fondamento giuridico della domanda, il carattere abusivo di dette clausole rispetto ai criteri di tale direttiva*”.

Mentre l’articolo 6, paragrafo 1, della *direttiva 93/13* “*deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale che constati il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve, da un lato, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, trarre tutte le conseguenze che derivano, secondo il diritto nazionale, da tale constatazione affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da tale clausola e, dall’altro, valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa essere mantenuto senza detta clausola*”.

Ed ancora la *direttiva 93/13* “*deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale che abbia constatato d’ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve applicare, per quanto possibile, le sue norme interne di procedura in modo da trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dalla constatazione del carattere abusivo della clausola in parola affinché il consumatore non sia vincolato da quest’ultima*”.

In relazione alle osservazioni svolte, alle modalità di determinazione del tasso Euribor lo stesso dovrebbe essere ritenuto cedevole sia per una contrarietà dell’art. 118, 1 comma ultimo periodo del d.lgs. 385/1993 con le previsioni di cui alla *Direttiva 93/13/CE*, oltre che con l’art. 2 della *Legge 287/1990* comunque per essere determinato il tasso Euribor con accordi di Cartello da parte delle

banche, vietato oltreché dall'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 53 dell'accordo SEE; nonché per applicazione dell'indeterminatezza del tasso per i mutui in cui è stabilito il tasso variabile con riferimento al tasso Euribor per la violazione di cui agli artt. 1346 – 1418 - 1419 cod. civ., nonché incompatibile con i principi di inderogabilità in tema di determinabilità dell'oggetto nei contratti formali e/o per violazione degli artt. 1283, 1284 e 1285 cod. civ. e/o per violazione dell'art. 1322 cod. civ. (Equilibrio e giustizia contrattuale in quanto non meritevole di tutela prevista dall'ordinamento giuridico) e/o per violazione dell'art. 9, comma 3, legge 192/1998 (Divieto di abuso di dipendenza economica) nonché degli artt. 1333-1334-1335-1355-1372 e 1346 cod. civ. supportata dagli arresti interpretativi della Corte di Giustizia CE dei vari articoli della direttiva ed applicabili anche per la fattispecie *de quo*.

Dott. Gregorio Pietro D'Amato

Dottore commercialista- revisore contabile – Brescia – Salerno

salvisjuribus.it