



INADEMPIMENTO DEL FORNITORE NEL CREDITO AL CONSUMO E RIMEDI RELATIVI AL RAPPORTO DI FINANZIAMENTO

Vecchie e nuove soluzioni alla luce del mutato quadro normativo europeo

Brevi riflessioni in chiave comparata del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141

GIANLUCA MIGNACCA

SOMMARIO: 1. Il del collegamento negoziale come elemento rilevante di tutela del consumatore nel credito al consumo. Evoluzione normativa e interpretativa della fattispecie. 2. L'adozione in Italia della direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori. 3. Applicazioni transfrontaliere della normativa europea.

1. Uno degli aspetti della disciplina del credito al consumo più rilevanti e controversi è stato sicuramente costituito dalla rilevanza giuridica che poteva assumere il collegamento fra il contratto di credito e il contratto per la fornitura del bene o del servizio, tutte le volte in cui il consumatore avesse stipulato il contratto di credito allo scopo precipuo di procurarsi i mezzi finanziari necessari per pagare il corrispettivo di un bene o di un servizio.

Il dibattito giuridico che si è registrato intorno a tale, fondamentale punto, è risalente anche all'attuazione della prima direttiva comunitaria 87/102/CEE e si è incentrato sulla ricostruzione del collegamento negoziale tra contratto di acquisto e finanziamento¹. Già allora, infatti, si era intuito che solo considerando la fattispecie come giuridicamente unitaria, si sarebbe potuto consentire l'attivazione di un'effettiva tutela del consumatore, grazie al riflesso immediato dell'inadempimento del fornitore sull'adempimento del debitore-acquirente, rispetto al diverso rapporto nascente dal finanziamento e avente ad oggetto il rimborso delle rate del medesimo².

¹ Sul tema cfr. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. Comm.*, 1991, I, 591; TARANTINO, *Credito al consumo e obblighi di restituzione della somma mutuata*, in *Banca, borsa ecc.*, 2002, II, 400; GRUCCIONE *il credito al consumo finalizzato all'acquisto di beni tra t,u, bancario e norme in tema di clausole abusive*, in *Banca, borsa ecc.*, 2000, II, 734; CARRIERO, *Autonomia provata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, 2° edizione, Totino, 2007.

² PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976, 148, 150 e 156 ss., il quale conduce un'attenta, estendendola anche ad una prospettiva comparativa con il diritto all'epoca vigente nell'ordinamento



Dall'idea secondo la quale i contratti di finanziamento e di concessione di beni e/o di servizi si giustificano, reciprocamente, in funzione del collegamento fra loro, idoneo a costituire la causa stessa dell'operazione, si facevano così discendere talune conseguenze in punto di effetti del contratto.

Se questa era, in estrema sintesi, la situazione prima della direttiva del 1987, non vi è dubbio che la trasposizione della stessa si rivelava alquanto deludente, per lo meno quanto all'effettività della tutela garantita al consumatore.

Invero, il Testo unico bancario prima e il codice dei consumatori con l'art. 42 (ora abrogato), poi, riproducendo puntualmente la disciplina dettata dall'art. 11 della direttiva 87/102/CEE, offrivano, in proposito, una soluzione limitativa nei presupposti e comunque carente nell'efficacia, attribuendo al consumatore, *“nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi”*, l'incompiuto *“diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito*

tedesco ed in quello statunitense. L'A. affermava che *«i criteri di individuazione e di attribuzione del rischio inerenti all'impiego di esse non possono ritenersi operanti, dal momento che il progetto del finanziatore esprime un interesse non meritevole di tutela, ponendosi l'utilizzazione di tali clausole come contraria all'ordine pubblico»*. All'epoca la prassi contrattuale era irremovibile nel senso del tentativo di mantenere la «scissione» dei contratti (di finanziamento e di fornitura del bene). Senza voler scendere nei dettagli di una questione piuttosto complessa, si ricorderà, in estrema sintesi, che la giurisprudenza di legittimità, trovata più volte a decidere sul punto in materia di *leasing*, non ha avuto difficoltà ad ammettere la validità delle clausole in esame sulla base della scelta del fornitore compiuta dall'utilizzatore e, quindi, della qualificazione del primo come «ausiliario» del secondo (e non del concedente): cfr. ad es., Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Giusti, civ.*, 1991, I, 2973 e Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro it.*, 1993, I, 2144; per ulteriori riferimenti alla consistente giurisprudenza di merito, cfr. GORGONI, *il credito al consumo*, Milano, 1994, 164. Alcuni cenni di natura comparativa, soprattutto con il sistema di *common law* britannico e nord-americano, si ritrovano anche nel più recente studio di FERRANDO, *Credito al consumo cit.*, 617-621. Quale esempio di normativa, emanata in attuazione della direttiva 87/102, ma già preparata da una lunga evoluzione giurisprudenziale sul tema, si può menzionare la normativa tedesca dell'epoca, in locuzione abbreviata *VerbrKrG*, che disciplinava l'opponibilità delle eccezioni al § 9, Abs. 3 S. 3, al *leasing*. Interpretando l'operazione complessiva alla stregua della teoria dei negozi collegati, è stata richiamata così la «tesi della cessione» (tipica del contratto di *leasing*, la cosiddetta «*Abtretungskonstitution*») secondo la quale il concedente cede diritti ed azioni, in punto di inadempimento e di garanzia, all'utilizzatore, il quale sarà legittimato ad opporre al finanziatore le eccezioni relative al contratto di vendita (o comunque di fornitura), adottando come più immediata forma di autotutela la sospensione del pagamento delle rate di rimborso del finanziamento, in tal senso, si è sostenuto che le condizioni generali del contratto di *leasing* devono uniformarsi al dettato del § 9, Abs. 3 S. 3 e prevedere la legittimazione dell'utilizzatore a rifiutare il pagamento delle rate di *leasing* sin tanto che dura l'inadempimento del fornitore.



concesso”, diritto che il consumatore avrebbe potuto esercitare soltanto dopo aver “*effettuato inutilmente la costituzione in mora*” e, soprattutto, all’imprescindibile condizione (pressoché impossibile da dimostrare da parte del consumatore stesso) che il fornitore avesse concluso con il finanziatore un accordo che attribuisse a quest’ultimo l’esclusiva per la concessione di credito ai suoi clienti³.

L’unico spazio effettivo di rilevanza del collegamento negoziale rimaneva pertanto quello contemplato dal comma 6 dell’art. 67 codice dei consumatori, laddove si prevedeva che, nell’ipotesi in cui l’acquisto di un bene o di un servizio negoziato da un consumatore «fuori dai locali commerciali» o «a distanza» fosse stato interamente o parzialmente finanziato da un credito concesso al consumatore da un terzo sulla base di un accordo (non necessariamente di esclusiva!) da quest’ultimo concluso con il professionista/fornitore, il contratto di credito avrebbe dovuto considerarsi *ipso iure* risolto, senza alcuna penalità, nell’ipotesi in cui il consumatore si fosse avvalso dello *ius poenitendi* di cui all’art. 64 codice dei consumatori, e si aggiungeva che le somme eventualmente versate dal terzo direttamente nelle mani del professionista/fornitore avrebbero dovuto essere rimborsate al terzo dal professionista medesimo (e non dal consumatore).

Riusciva difficile, all’epoca e nel clima di generale entusiasmo per i primi passi che la disciplina consumeristica iniziava a muovere, comprendere l’esigenza di subordinare l’esercizio del diritto del consumatore al rispetto di due requisiti quali l’infruttuosa costituzione in mora del fornitore di beni e servizi, con tutto quanto ne consegue in ordine all’interpretazione

³ Art. 42 del D. Lgs. 206/2005, ai sensi del quale: “*Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l’esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. La responsabilità si estende anche al terzo, al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito*”.



dell'espressione «costituzione in mora», dovendola riferire alla variegata tipologia dell'inadempimento del fornitore e, dall'altra, quale l'esistenza di un accordo “*che attribuisse al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore*”⁴. Pur non precludendo l'operatività dei principi generali del diritto civile in materia di collegamento negoziale, questa disciplina ha finito per rivelarsi particolarmente penalizzante per i consumatori, che assai raramente si sono trovati in condizione di far valere l'esistenza di un collegamento fra contratto di credito e contratto di fornitura, per paralizzare (con l'eccezione di inadempimento) le pretese al rimborso delle rate avanzate nei loro confronti dai finanziatori, o addirittura per ottenere la risoluzione del contratto di credito.

Anche la casistica giurisprudenziale formatasi in materia di credito al consumo ha registrato proprio sul tema del collegamento negoziale *de quo* la concentrazione degli interventi più significativi, laddove si è evidenziato come una delle questioni più dibattute fosse quella inerente le conseguenze sul contratto di finanziamento a seguito dell'eventuale inadempimento del professionista all'obbligo di consegna del bene o di fornitura del servizio.

Invero, l'incidenza della sussistenza del patto di esclusiva tra il fornitore e il finanziatore sull'estensione dei meccanismi di tutela riservati al consumatore ha costituito oggetto di contrastanti posizioni ermeneutiche nell'ambito della giurisprudenza, laddove alla tesi che, in prospettiva di ampliamento di tutela del consumatore, andava enucleando indici rivelatori del collegamento negoziale anche in assenza del patto *de quo*⁵, ritenendo

⁴ Non a caso, pur apprezzando il carattere innovativo della disposizione, G. DE NOVA, *Il credito al consumo, Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di FERRO LUZZI-CASTALDI, Milano, 1996, 1883, riteneva che i presupposti per l'applicazione della norma ne limitavano certamente l'effettività, anche in considerazione della facilità con la quale si sarebbe potuta evitare la ricorrenza.

⁵ Cfr. Trib. Firenze 30 maggio 2007, in *Contr.*, 2008, 261, con nota di TOSCHI VESPASIANI, secondo la quale: “*In presenza di un collegamento negoziale necessario e non occasionale tra la vendita ed il finanziamento, qualora venga meno la causa del negozio collegato, a seguito della declaratoria di invalidità del contratto di vendita, il*



vessorie le clausole di inopponibilità al mutuante delle eccezioni relative al contratto di vendita concluso tra il mutuante e un terzo (perché limitavano o escludevano l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore, ovvero sancivano a suo carico decadenze e limitazioni della facoltà di opporre eccezioni), si fronteggiava quella che escludeva il diritto del consumatore, in assenza del patto di esclusiva, di agire contro il finanziatore e di opporre le eccezioni relative al contratto di compravendita⁶, venendo a mancare in questo caso un collegamento negoziale tra il contratto di

mutuante può richiedere la restituzione della somma non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore che del finanziamento ha beneficiato, non avendo il medesimo alcun titolo per trattenere la somma ricevuta come prezzo" e, ancora, secondo cui "Sono indici rivelatori di un collegamento non occasionale tra la vendita ed il finanziamento, tra le altre, e previsioni per cui: a) il pagamento direttamente effettuato dal finanziatore a favore del venditore per conto del cliente; b) il mancato perfezionamento dell'acquisto per qualsiasi motivo, comporta che il mutuatario non percepisca la somma mutuata che ritorna direttamente dal venditore al mutuante; c) la finanziaria corrisponde direttamente al venditore convenzionato la somma; d) l'istruttoria del finanziamento è eseguita dal venditore che trasmette tutta la documentazione al finanziatore che però ha agito tramite i dipendenti del venditore; e) la convenzione di finanziamento prevede il caso di recesso dal contratto di acquisto ex d.lgs. 427 del 1998 disciplinandone gli effetti sul contratto di finanziamento; f) è preclusa al compratore la scelta del finanziatore, a prescindere dall'insussistenza di un patto di esclusiva tra commerciante e finanziatore, insussistenza della cui prova non può comunque gravarsi il consumatore terzo estraneo alla convenzione che non può conoscere; g) il consumatore, fino ad integrale adempimento delle obbligazioni assunte in forza del contratto di finanziamento, non può alienare in alcun modo il proprio diritto sul bene per il cui acquisto è stato richiesto il finanziamento, ovvero costituire o consentire a terzi diritti di garanzia o di godimento sul bene senza preventivo consenso scritto del finanziatore".

⁶ Cfr. Tribunale di Torino 11 dicembre 2007, n. 7797 secondo cui "Mancando un accordo che attribuisca al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore di beni o servizi, ai sensi dei citati art. 125, 4° comma, del D. Lgs. 385/93 e art. 42 del D. Lgs. 206/2005 (Codice del consumo), il consumatore non ha il diritto di agire contro il finanziatore stesso nei limiti del credito concesso". Ma in tal senso anche Cass. civile 8 luglio 2004 n. 12567 per cui "Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nell'altro, nonché dall'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica, soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivamente nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro (enunciando, in fattispecie di mutuo utilizzato per corrispondere il prezzo dell'acquisto di un veicolo, il principio di cui in massima, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito, di accoglimento dell'opposizione del mutuatario, che aveva rifiutato il pagamento, ingiuntogli, di pagare le rate di mutuo perché l'autovettura non gli era stata consegnata dal venditore, essendo con ciò venuta meno la ragione del finanziamento. La S.C. ha in particolare escluso che la configurabilità di un mutuo di scopo derivasse dal semplice fatto della qualificazione del mutuo in termini di prestito al consumo e dalla circostanza dell'venuto versamento della somma dalla banca al venditore su delega irrevocabile del mutuatario; e ciò, tanto più in presenza di una clausola contrattuale che espressamente limitava il ruolo della banca alla erogazione del credito e che riconosceva la totale estraneità di essa al rapporto commerciale con il venditore ed a qualsiasi altro rapporto ad esso collegato, sussistente con terzi); nonché Cass. civile 24 maggio 2003 n. 8253 secondo la quale "In tema di contratto di mutuo finalizzato all'acquisto di un veicolo, è valida la clausola che, pur escludendo in modo palese il collegamento negoziale, faccia gravare sul mutuatario il rischio della mancata consegna del bene. In tal caso il contratto di mutuo rimane estraneo alle vicende che interessano quello di vendita ed il mutuatario, che non riceve il veicolo dal venditore, non può opporre al mutuante l'eccezione di inadempimento per rifiutare di pagare le rate del mutuo."



finanziamento e il contratto di compravendita, in quanto le obbligazioni a carico del richiedente il finanziamento non richiedevano la destinazione della somma per una determinata finalità.

Tale e tanta è stata l'oscillazione delle pronunce delle curie italiane che la *quaestio iuris* in esame è stata portata, nelle forme del ricorso ex art. 234 del Trattato, all'esame del giudice comunitario.

Sollecitata dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo del 4 ottobre 2007, a fare chiarezza sul punto è intervenuta la sentenza del 23 aprile 2009, causa C-509/07 con la quale la Corte di Giustizia CE, rispondendo Tribunale bergamasco, ha statuito che l'art. 11 della direttiva 87/102/CEE, nel quale si prevedeva che il diritto del consumatore di procedere contro il creditore in caso di mancata o inesatta esecuzione delle obbligazioni incombenti al fornitore dei beni o dei servizi in questione subordinandone l'insorgenza all'esistenza di un rapporto di esclusiva tra il creditore e il fornitore, dovesse essere letto alla luce del ventunesimo "considerando" della direttiva 87/102/CEE il quale consacra il principio per cui "il consumatore, almeno nelle circostanze sotto definite, deve godere, nei confronti del creditore, di diritti che si aggiungono ai suoi normali diritti contrattuali nei riguardi di questo"⁷.

⁷ la pronuncia in oggetto è rinvenibile in Contratti, 2009, 653, con nota di MACARIO F. "Inadempimento del fornitore e tutela del debitore nel credito al consumo". Nella sostanza, i giudici di Lussemburgo hanno sostenuto che il diritto di procedere contro il creditore, di cui all'art. 11, par. 2, della direttiva 87/102/CEE, costituisce uno strumento di tutela di natura supplementare, che si aggiunge alle azioni che il consumatore può già esercitare nei confronti del finanziatore sulla base delle norme nazionali applicabili alla fattispecie contrattuale e muovendo da questa premessa ha potuto concludere nel senso che, laddove fra il contratto di acquisto ed il contratto di credito sussista un collegamento che – in forza dei principi generali in materia contrattuale vigenti nell'ordinamento nazionale – conferisce al consumatore, a fronte dell'intervenuta risoluzione del contratto di vendita per inadempimento del venditore, il diritto di chiedere la risoluzione del (collegato) contratto di credito nonché il diritto di pretendere restituzione delle somme già versate al finanziatore a titolo di restituzione del prestito erogato in esecuzione di tale contratto, questi diritti possono essere esercitati dal consumatore a prescindere dalla sussistenza di un accordo tra il creditore ed il fornitore sulla base del quale un credito venga concesso ai clienti di detto fornitore esclusivamente da quel creditore, dal momento che la sussistenza di tale accordo di esclusiva costituisce presupposto imprescindibile soltanto ai fini



Secondo la corte europea il tratto saliente della tutela offerta dalla direttiva dunque, e su cui i giudici nazionali non erano riusciti a trovare unanimità di veduta, risiedeva nel fatto che il diritto di procedere in giudizio di cui all'art. 11, n. 2, della direttiva 87/102 costituiva una protezione supplementare offerta al consumatore nei riguardi del creditore, che si aggiungeva alle azioni che il consumatore poteva già esercitare sulla base delle disposizioni nazionali applicabili ad ogni rapporto contrattuale. Conseguentemente, il soddisfacimento delle varie condizioni di cui a tale articolo poteva essere richiesto solo rispetto ai ricorsi proposti ai sensi di tale protezione supplementare⁸.

2. Tanto premesso una breve riflessione merita l'adozione in Italia del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante norme di attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, che ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di modifiche alla disciplina esistente in materia, nell'ottica di uniformare la stessa ai principi e ai contenuti di cui alla predetta direttiva, anche per quanto riguarda il tema sinora discusso.

Stante le soluzioni, fortemente restrittive e comunque gravemente lacunose offerte, in proposito dalla normativa previgente, grande era pertanto l'attesa per le scelte che il nostro legislatore avrebbe compiuto in sede di recepimento dell'art. 15 della direttiva 2008/48/CE, che aveva introdotto significative innovazioni nel regime normativo UE del collegamento

dell'esercitabilità di diritti che non competerebbero al consumatore sulla base delle norme generali vigenti in materia contrattuale nello Stato membro.

⁸ La Corte comunitaria ha precisato che l'art 11 della direttiva dovesse essere interpretato nel senso che "l'esistenza di un accordo tra il creditore ed il fornitore, sulla base del quale un credito è concesso ai clienti di detto fornitore esclusivamente da quel creditore, non è un presupposto necessario del diritto per tali clienti di procedere contro il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni che incombono al fornitori ottenere la risoluzione del contratto di credito e la conseguente restituzione delle somme".



negoziale nel credito al consumo; soprattutto, grande era l'attesa per le soluzioni che il Governo avrebbe adottato per colmare le gravi lacune presenti nella disposizione europea e per adeguarla alle peculiari caratteristiche del nostro sistema civilistico⁹.

L'attesa, purtroppo, è andata delusa: la formulazione dell'art. 125-*quinquies* t.u. bancario, che dà attuazione all'art. 15 della direttiva 2008/48/CE, pur presentando importanti aspetti innovativi, risulta in realtà piuttosto inadeguata, ambigua e lacunosa rispetto alla disposizione UE recepita, sicché la soluzione di gran parte dei problemi suscitati dalla fattispecie risulta di fatto demandata, ancora una volta, agli interpreti.

Dalla lettura delle disposizioni in esame, si nota fin da subito una tendenza conservativa del legislatore italiano, il quale, se da un lato era tenuto ad attuare pedissequamente la direttiva 2008/48/Ce sui punti in cui la stessa non lasciava margini di libertà agli Stati membri, dall'altro disponeva di una certa autonomia e libertà di iniziativa nei settori non espressamente disciplinati o in quelli che comunque necessitavano di essere integrati. Ciò significa che, a dispetto del risultato, il legislatore italiano avrebbe potuto incidere significativamente sulla normativa esistente, accogliendo finalmente

⁹ In realtà anche le modalità di introduzione delle innovazioni della direttiva 2008/48/CE erano apparse ai più discutibili, posto che la direttiva sul credito al consumo, in quanto direttiva di armonizzazione massima, avrebbe dovuto essere caratterizzata, in linea di principio, dai medesimi intenti di uniformità ed omogeneità delle legislazioni nazionali, mente si notava come, in relazione ad essa, vi fosse stata mancanza di coerenza fra quanto professato, in termini di armonizzazione massima, e quanto, invece, dalla stessa predisposto in termini di disciplina: con essa veniva messa a punto, infatti, una normativa che, da un lato, non copriva tutti gli aspetti del credito al consumo, essendo bisognosa di essere colmata ed integrata dall'opera legislativa degli Stati membri e, dall'altro, anche nelle materie regolamentate, lasciava eccessivi margini di discrezionalità ai legislatori interni compromettendo con ciò l'armonizzazione anzidetta. In particolare, l'armonizzazione completa proposta dalla direttiva 2008/48/Ce è, a ben vedere, fortemente asimmetrica giacché riguarda prevalentemente il versante della vicenda contrattuale di pertinenza del professionista, come i doveri informativi e la redazione del testo contrattuale, mentre, all'infuori delle misure di cui all'art. 22 - in particolar modo l'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori - tace sul resto rimettendo alla discrezionalità degli ordinamenti interni gli aspetti inerenti le forme di tutele da apprestare ed i rimedi da invocare a garanzia dei consumatori. Sul tema le osservazioni di DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 255 ss.



le istanze garantiste da tempo sollevatesi in dottrina e in giurisprudenza in relazione alla posizione del consumatore nell'ambito del credito al consumo.

La prima novità la si riscontra dalla nuova definizione normativa del significato della locuzione “*contratto di credito collegato*”, inserita nell’art. 121 lett. d t.u. bancario con cui vengono individuate le fattispecie negoziali cui è destinata a trovare applicazione la disposizione dell’art. 125-*quinquies* t.u. bancario.

Stando a tale definizione, affinché un contratto di credito possa essere qualificato come “collegato” è necessario, in primo luogo, che esso “*sia finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici*”. Il collegamento non viene pertanto considerato rilevante ai fini dell’art. 125- *quinquies* t.u. bancario quando il finanziamento della fornitura della merce o del servizio specifico sia una finalità semplicemente concorrente con una o più altre¹⁰. Allo stesso modo non ricorre un collegamento quando il contratto di credito venga stipulato allo scopo (esclusivo) di finanziare un contratto avente ad oggetto la fornitura di beni o servizi non suscettibili di essere considerati “*specifici*”.

In secondo luogo, è indispensabile che ricorra una delle due condizioni individuate nei nn. 1 e 2 della lett. d dell’art. 121 t.u. bancario: è necessario che il finanziatore si sia avvalso, per promuovere e/o concludere il contratto di credito, della cooperazione del professionista che ha stipulato con il consumatore il contratto di fornitura, ovvero che il contratto di credito individui esplicitamente il bene o il servizio del quale è finalizzato a finanziare l’acquisto.

¹⁰ La nuova disposizione circoscrive l’ambito di operatività rispetto a quello proprio della disposizione attuativa dell’art. 11, par. 2 della direttiva del 87/102/CEE, che secondo l’interpretazione accolta dalla già citata CGCE, 4 ottobre 2007, causa C-429/05, doveva ritenersi applicabile non soltanto ai contratti di credito stipulati per finanziare singole operazioni ma anche alle aperture di credito che consentissero al consumatore di utilizzare gli affidamenti in funzione del soddisfacimento di una pluralità scopi diversi e con modalità differenti.



A bene vedere, la formulazione nostrana della definizione di contratto collegato diverge rispetto a quella europea almeno sotto due profili: in primo luogo la definizione appare oltremodo (e senza giustificazione alcuna) restrittiva, non pare essere stato rispettato l'enunciato della direttiva per cui pure nella circostanza in cui nessuna delle due condizioni individuate nei nn. 1 e 2 della lett. d dell'art. 121 t.u. bancario ricorresse nel caso concreto, ciò non dovrebbe precludere in modo assoluto la possibilità di ritenere comunque sussistente un collegamento negoziale, laddove altri indici ed elementi oggettivi della fattispecie consentano ed impongano di ravvisare nei due contratti una *“operazione commerciale oggettivamente unica”*, come del resto anche ribadito dalla giurisprudenza interna e di merito intervenuta a seguito dell'emanazione della direttiva 2008¹¹. In secondo luogo è stato omissivo di utilizzare la nozione di *“operazione commerciale oggettivamente unica”* che nell'art. 2 lett. n) della direttiva viene designato come il secondo dei presupposti che debbono necessariamente ricorrere affinché possa parlarsi di contratti collegati.

Il limite più evidente che compare dalla nuova disciplina messa a punto dal legislatore italiano, risiede proprio nella norma che regola

¹¹ Tribunale Terni n. 1196 del 11 novembre 2009 Anche in assenza di una norma di recepimento nazionale, è stato possibile, nel caso specifico, affermare i principi contenuti nella direttiva 2008/48/Ce stante la ricorrenza degli indici testé enucleati, in particolare: che contestualmente alla conclusione del contratto di fornitura tra il consumatore e la società finanziatrice si concordava su proposta dello stesso fornitore, che il consumatore avrebbe beneficiato del finanziamento della società convenuta per il pagamento del servizio; che il contratto di finanziamento veniva stipulato presso i locali del venditore, in conformità all'accordo di convenzionamento; che, in conformità al predetto accordo il venditore provvedeva all'istruttoria della pratica di finanziamento, ottenendo il versamento dell'intera somma mutuata dalla società finanziaria; che il contratto di finanziamento conteneva l'esplicita menzione del servizio in ragione del quale è stato concluso. Sulla scorta dei richiamati principi, dall'accertamento fatti della cessazione degli effetti che del contratto di fornitura per sopravvenuta risoluzione consensuale in considerazione dell'inadempimento da parte del fornitore degli accordi conclusi con l'attrice, il Tribunale di Terni ha statuito il venir meno del contratto di finanziamento collegato per risoluzione consensuale del vincolo, con conseguente legittimazione del mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario (consumatore), ma direttamente ed esclusivamente al fornitore, che rispetto al mutuo appare terzo, ma che del mutuo in sostanza beneficia.



l'inadempimento del fornitore: è da notare, infatti, come l'art. 125-*quinquies* presenti una serie di profili non pienamente convincenti.

Il tentativo di assicurare una maggior tutela ai consumatori nell'ambito dei contratti di credito collegati attraverso l'eliminazione "dell'accordo di esclusiva", quale presupposto per l'attribuzione al consumatore del «diritto di agire nei confronti del creditore», è in verità poco soddisfacente: la nuova previsione, infatti, troverà applicazione solo ai contratti di credito collegati di cui alla specifica definizione fornita dall'art. 121 TUB¹², nuova formulazione.

Ora, dal momento che, come già evidenziato, nella definizione è previsto come "contratto di credito collegato" solo quel contratto finalizzato *esclusivamente* a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifico, ne discende che, il presupposto dell'esclusiva, a ben vedere, è in qualche misura ancora esistente seppur sotto mentite spoglie.

Ma non è tutto. Si registra un'ulteriore particolarità, che conferma la tesi per cui la scelta del legislatore italiano di estendere la rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo entro confini molto contenuti: nella nuova formulazione dell'art. 125 *quinquies* viene inserito un ulteriore requisito affinché il contratto di credito possa subire gli effetti del contratto di fornitura (nella specie la risoluzione), ovvero la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 1455 c.c. (in particolare l'inadempimento non deve essere di scarsa importanza)¹³. In altri termini, l'ultimo comma dell'art. 15.2

¹² Il novellato articolo 121 TUB contiene la nozione di "contratto di credito collegato": l'articolo dispone che è un contratto di credito collegato quello "finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici, se ricorrono almeno una delle seguenti condizioni: - il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; - il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito".

¹³ Sull'art. 1455 cod. dv, e sulla sua portata applicativa si vcd., tra i tanti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 506, secondo cui dalla disciplina della risoluzione emerge un principio di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali: la norma soddisfa "l'esigenza di mantenere l'equilibrio fra le prestazioni di eguale importanza"; impone al giudice una valutazione comparativa del comportamento dei contraenti "con riferimento ai rapporti di causalità-proporzionalità dei medesimi rispetto alla funzione economico-sociale del contratto". Cfr. in giurisprudenza, Cass., 26 ottobre 1985, n. 5227; Cass., 15 febbraio 1985, n.



della dir. 2008/48/Ce, secondo cui “*Gli Stati membri stabiliscono in che misura e a quali condizioni possono essere esperiti tali rimedi*” (ovvero l’azione nei confronti del creditore) è stato riempito dal legislatore italiano con il rinvio al criterio dell’importanza dell’inadempimento il quale, come ovvio, limita in una certa misura le possibilità di azione del consumatore, se solo si pensi che le piccole inadempienze (*rectius* quelle di scarsa importanza) non potranno essere più invocate dal consumatore per ottenere la risoluzione del contratto di credito¹⁴.

Non si comprende, infine, quale natura abbia il diritto alla risoluzione del contratto contemplato dal comma 1 dell’art. 125-*quinquies* t.u. bancario: ovvero se il relativo diritto di sciogliere il rapporto contrattuale deve considerarsi un diritto suscettibile di essere esercitato con atto unilaterale stragiudiziale (e cioè un diritto di recesso in senso proprio) ovvero un diritto potestativo ad esercizio necessariamente giudiziale e cioè un diritto alla risoluzione a norma degli art. 1453 ss. c.c., al quale sarebbe peraltro inapplicabile per evidente incompatibilità logica l’art. 1454 c.c.

Ulteriore lacuna si evidenzia in merito alla sorte del contratto di fornitura nell’ipotesi in cui il consumatore, dopo aver richiesto inutilmente al fornitore di provvedere all’adempimento ovvero di porre rimedio alle inesattezze del suo adempimento, eserciti il diritto alla risoluzione del contratto di credito,

1300; Cass., 10 febbraio 1984, n. 1021; più di recente Cass., 1° luglio 2005, n. 14034, la quale aggiunge che “*il principio sancito dall’art. 1455 cod. civ. deve essere adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale*”.

¹⁴ Pare invero che ci si sia dimenticati del fatto che l’inadempimento delle obbligazioni scaturenti da un contratto avente ad oggetto la fornitura di beni o servizi non consiste sempre e necessariamente in un ritardo (rispetto al quale ha senso imporre al consumatore l’onere della preventiva costituzione in mora), ma può ben sostanziarsi anche in inesattezze qualitative e/o quantitative della prestazione e in particolare (trattandosi della vendita di beni mobili) nella consegna di beni «non conformi al contratto» ai sensi degli artt. 128 ss. cod. cons.: in tutte queste ipotesi, deve escludersi che il consumatore sia gravato dall’onere di richiedere per iscritto l’adempimento (nel senso e ai fini di cui all’art. 1219 c.c.), dovendo per contro ritenersi che il consumatore abbia l’onere di richiedere al fornitore di porre rimedio alle inesattezze che connotano la prestazione da lui eseguita, onere che sussiste tuttavia in tutti e soltanto i casi in cui al consumatore/acquirente (del bene o del servizio) compete - *ex lege* o *ex contractu* - la pretesa all’esatto adempimento nei confronti del fornitore.



cioè se sia necessario che il consumatore chieda contestualmente la risoluzione per inadempimento del contratto di fornitura o con riferimento a quest'ultimo potrebbe limitarsi ad esperire rimedi diversi da quello risolutorio come la pretesa all'esatto adempimento, alla riduzione del prezzo, o al risarcimento del danno.

Il legislatore italiano dunque pare aver perso nuovamente una preziosa occasione per introdurre nuove e più incisive regole a favore del consumatore. Non può non rilevarsi infatti che pur presentando importanti aspetti innovativi, - non da ultimo il un principio di grande importanza in forza del quale il diritto alla restituzione delle somme versate dal finanziatore (su delega e per conto del consumatore) direttamente nelle mani del fornitore è un diritto del quale il finanziatore diviene titolare, per effetto della risoluzione del contratto di credito collegato a quello di fornitura, chiesta dal consumatore in ragione dell'inadempimento di quest'ultimo - nei confronti del fornitore e non del consumatore, che pure è la sua controparte del contratto di credito, bensì - la normativa di recepimento lascia domande di fondamentale importanza incomprensibilmente prive di risposta, si ché, ancora una volta, è demandato agli interpreti l'onere di fare in modo che l'intento ultimo del legislatore comunitario, rafforzare la tutela del consumatore, trovi effettiva operatività.

3. Le lacune mostrate dal legislatore sono apparse ancor più impietose a cospetto del confronto delle ben più articolate, organiche e complete discipline contenute nei §§ 358, 359 e 359a del codice civile tedesco, nei novellati artt. L 311-30 - L 311-41 del *code de la consommation* francese, delle *sections* 69, 70, 72, 75 e 75A del *Consumer Credit Act* inglese del 1974, come modificato (da ultimo) dal *Consumer Credit Act 2006* e dalle *Consumer Credit*



(EU Directive) Regulations 2010 nonché nel § 12 del *Verbraucherkreditgesetz* austriaco del 2010.

In Germania, si è potuto osservare, sin dalle prime disposizioni emanate in materia di credito al consumo un intento spiccatamente protezionistico dell'ordinamento nei confronti della parte debole del rapporto contrattuale. Tutta la legislazione, a partire dal *Abzahlungsgesetz* del 1894 fino alla legge del 17 dicembre 1990 (*Verbraucherkreditgesetz*), attuativa della direttiva comunitaria 87/102/Cee (e s.m.), era incentrata nel concepire il credito al consumo come caratterizzato da proprie regole di ordine pubblico economico a tutela di interessi collettivi¹⁵. Questa tendenza ha quindi trova solo una ulteriore conferma nelle nuove disposizioni introdotte in seguito all'attuazione della direttiva 2008/48/Ce.

In particolare, attraverso la *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherreditrichtlinie, der zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs - und Rückgaberecht* pubblicata in *Bundesgesetzblatt Teil 1* (BGB 1), n. 49,3 agosto 2009, pp. 2355-2408, ed entrata in vigore in data 11 giugno 2010 il legislatore tedesco ha modificato direttamente il § 491 ss. BGB in materia di credito al consumo, imponendo una disciplina relativa agli obblighi informativi pre-contrattuali a favore del consumatore nonché al diritto di “ritiro” nei contratti di credito ai consumatori particolarmente incisiva e penetrante.

L'individuazione della sfera soggettiva di applicabilità della legge costituisce un tratto saliente della nuova disciplina risiede: in riferimento ad essa viene stabilito che le norme sul credito al consumo sono applicabili limitatamente ai contratti conclusi con il consumatore (§491 BGB). Sotto questo profilo è da notarsi come in altri ordinamenti, ad esempio, la Francia e

¹⁵ Cfr. nota n. 2 del presente scritto.



l'Italia, venga utilizzato il solo limite quantitativo per l'applicabilità delle norme in esame: si utilizza, in sostanza, un criterio che si basa non sui soggetti coinvolti nell'operazione ma sulla natura o sull'importo dell'operazione stessa.

Possono registrarsi altre differenze anche con riferimento alla definizione di negozi collegati. Al § 358 BGB, n. 3, infatti, si prevede che *“un contratto di acquisto è da considerarsi collegato ad un contratto di credito se il credito risulta essere funzionale al finanziamento dell'acquisto ed entrambi i contratti sono perciò da considerarsi in un'ottica di unicità economica”*.

È bene ricordare come sul punto il legislatore comunitario, nella direttiva 2008/48/Ce, avesse richiamato espressamente la *Wirtschaftliche Einheit* tedesca contenuta nel §358 BGB, sebbene nelle varie traduzioni del testo, i legislatori interni avessero poi preferito diluire il significato letterale della parola *Wirtschaftliche Einheit* (tecnicamente *“unità economica dell'operazione”*) in quello di *“unità commerciale”*. Scelta probabilmente dovuta al fatto che la locuzione *“unità economica”* appariva come un concetto troppo vasto e generico che, anche a seguito dell'attento lavoro degli interpreti, avrebbe potuto implicare una dilatazione eccessiva del campo di applicazione delle norme di riferimento, diventando più semplice includere, per via interpretativa, molte fattispecie che diversamente ne sarebbero rimaste escluse.

In Francia, con la LOI n° 2010-737 *du 1 juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation*, si è data attuazione alla direttiva 2008/48/Ce, apportando alcune significative modifiche al *Code de la Consommation*.

Il legislatore francese ha tentato di cogliere l'opportunità per ridisegnare l'intera disciplina cercando di regolare in maniera più rigorosa la fattispecie del credito al consumo, senza tuttavia frenare il ricorso alla stessa e andando



quindi oltre alla mera trasposizione del contenuto della direttiva all'interno dell'ordinamento.

Per ciò che riguarda il tema del collegamento contrattuale, la Francia, pur riconoscendo e disciplinando la fattispecie, ha scelto di non introdurre una responsabilità solidale del finanziatore con il fornitore in caso di inadempimento del secondo, prevedendo semplicemente che in caso di contestazione sulla esecuzione del contratto principale, il giudice possa sospendere, fino alla definizione della controversia, l'esecuzione del contratto di credito. Il contratto di credito, pertanto, in linea di principio resta valido anche quando il fornitore non adempia esattamente alla sua obbligazione nei confronti del fornitore, con ciò dimostrando, il legislatore francese, di aderire ad una impostazione più rigida di quella presente in altri Paesi, compreso l'Italia.

In tale modo il legislatore francese cerca di contemperare il riconoscimento di una sia pur limitata ipotesi di collegamento contrattuale con il principio della separazione funzionale tra contratto di vendita e contratto di finanziamento e della sussistenza di autonomi profili di imputabilità relativamente all'inadempimento del primo o del secondo contratto. Tale contemperamento è confortato dalle previsioni che da un lato consentono al giudice di annullare o risolvere il contratto di finanziamento nel caso di risoluzione o annullamento del contratto di vendita e, dall'altro, consentono al finanziatore di *“richiedere la condanna del venditore alla restituzione della somma presa a mutuo dal consumatore e ad esso trasferita, con eventuale condanna al risarcimento dei danni sofferti tanto dal finanziatore quanto dal consumatore”*¹⁶.

Sul fronte del modello di *common law* britannico si rileva come l'intera disciplina sul credito al consumo sia contenuta dall'ormai storico

¹⁶art. L, 311-22 LOI n° 2010-737.



provvedimento normativo specifico, il noto come *Consumer Credit Act* del 1974, che insieme al più generale *Fair Trading Act* del 1973, focalizza i propri obiettivi più che sulla tutela *sic et simpliciter* del consumatore, contraente debole, quanto piuttosto di stabilire le condizioni di “*pari potere contrattuale in un mercato competitivo, in modo tale da garantire un’allocazione dei beni e delle risorse prossima al punto di ottimo*”¹⁷.

Tuttavia, a seguito dell’emanazione del c.d. *The Consumer Credit Regulations 2010*, ovvero sei diversi tipi di regolamento attuati mediante *Statutory instrument*, la disciplina contenuta nel *Consum Credit Act* del 1974 ha subito, oggi, alcune modifiche significative¹⁸. L’ottica di intervento, in particolare, è stata proprio quella di uniformare la disciplina in esso contenuta con quella di cui alla direttiva 2008/48/Ce, incidendo sulla tutela del consumatore allo scopo di rafforzarne la portata e allinearla a quella accordata da altri ordinamenti.

Chiara è stata la scelta del legislatore inglese di voler estendere le nuove norme di matrice europea a tutte le fattispecie contemplate nel *Consumer*

¹⁷ Il *Consumer Credit Act* ha costituito il primo esempio di legislazione sul tema del credito al consumo: tra i suoi commentatori si vedano, ZICCARDI, *Il Consumer crediti Act inglese del 1974: prime impressioni*, in *Giur. it.*, 1978, IV, p. 29, ma soprattutto BESSONE, *Economia e tecnica negoziale del contratto di credito al consumo*, in *Giur. merito*, 1987, 1041/1047 il quale rilevava che la suddetta legislazione inglese dimostrava la complessiva sfiducia dell’ordinamento verso il controllo giurisdizionale dei contratti.

¹⁸ In particolare sono stati emanati i seguenti atti normativi : *The Consumer Credit (Advertisements) Regulations 2010*, attuato mediante *Statutory instrument (SI)*, pubblicato in *Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)*, 6 aprile 2010, n. 1010, che entrerà in vigore il 1° febbraio 2011; *The Consumer Credit (Advertisements) Regulations 2010*, attuato mediante *Statutory instrument (SI)*, pubblicato in *Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)*, 10 agosto 2010, n. 1970, che entrerà in vigore il 1° febbraio 2011; *The Consumer Credit (Amendment) Regulations 2010*, attuato mediante *Statutory instrument (SI)*, pubblicato in *Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)*, 10 agosto 2010, n. 1969, entrato in vigore il 26 agosto 2010; *The Consumer Credit (Disclosure of Information) Regulations 2010*, attuato mediante *Statutory instrument (SI)*, pubblicata in *Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)*, 6 aprile 2010, n. 1013, entrato in vigore il 30 aprile 2010; *The Consumer Credit (Agreements) Regulations 2010*, attuato mediante *Statutory instrument (SI)*, pubblicato in *Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)*, 6 aprile 2010, n. 1014, entrato in vigore il 30 aprile 2010; ed infine *The Consumer Credit (EU Directive) Regulations 2010*, attuato mediante *Statutory instrument (SI)*, pubblicato in *Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)*, 6 aprile 2010, n. 1010, entrato in vigore il 30 aprile 2010.



Credit Act del 1974, sebbene in esso compaiano tipologie contrattuali (e, pertanto, strumenti di credito) non coperti dalla direttiva 2008/48/Ce con il chiaro scopo di garantire integrità ed uniformità della disciplina sul credito al consumo nel Regno Unito.

Con riferimento al tema del collegamento contrattuale in realtà già il *Consumer Credit Act* del 1974 definiva “*linked transaction*” ogni accordo che non fosse già parte del contratto di acquisto finanziato essendo stato sempre riconosciuto nel contratto di vendita con finanziamento un unico contratto, noto come lo *hire-purchase contract*, sicché la odierna operazione di costruzione legale di un collegamento (*link*) tra vendita e finanziamento diventa, oggi, utile per applicare al *common law* le regole che non sarebbero state immediatamente evocabili per diritto comune, come la trasmissione al contratto di vendita del recesso dal contratto di credito esercitato all’interno del periodo di ripensamento¹⁹.

Le recenti modifiche apportate alla disciplina inglese hanno aggiunto una disposizione in virtù della quale viene regolato l’inadempimento del fornitore e i suoi effetti con riguardo ai contratti di credito collegati. Secondo il disposto dell’art. 75 A, quando un contratto di credito è utilizzato per acquistare beni o servizi e vi è un problema nella fornitura di tali prodotti o servizi “...*il consumatore può esercitare un’azione nei confronti del creditore*”.

In sostanza, l’ordinamento inglese prevede una responsabilità solidale del creditore in caso di inadempimento del fornitore che è del tutto sconosciuta in Italia, così come in Germania e in Francia. Questa regola non costituisce

¹⁹ Per l’ordinamento inglese, peraltro, il collegamento contrattuale sussisteva oltre che nei casi in cui il contratto di fornitura di beni o servizi fosse finanziato dal contratto di credito, anche in quei casi in cui la conclusione dell’uno fosse stata condizionata alla conclusione dell’altro, come nel mutuo assistito dall’assicurazione. In argomento, cfr. DOBSON, *Sale of Goods and Consumer Credit*, London, 2007; ANTONIOLLI DEFLORIAN, *I contratti dei consumatori nel diritto inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 796.



un novità per la disciplina inglese, ma a seguito dell'attuazione della dir. 2008/48/Ce, è stata notevolmente potenziata a favore del consumatore.

La presenza nell'ordinamento inglese della responsabilità solidale, assente in altri Paesi membri, sebbene costituisca un residuo della cultura consumeristica britannica degli anni settanta e comunque mantenga inalterato una soglia elevata di tutela del contraente più debole, non fa altro che confermare l'opinione per cui che anche a seguito dell'attuazione di una direttiva di “*armonizzazione massima*” come la dir. 48/2008/Ce, residuino ancora ampi margini di disomogeneità normativa in materia di credito al consumo e che, pertanto, sia ancora lontana l'armonizzazione completa auspicata dal legislatore comunitario.