

Causa C-265/22**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

20 aprile 2022

Giudice del rinvio:Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca
(Tribunale di primo grado n. 17 di Palma di Maiorca, Spagna)**Data della decisione di rinvio:**

19 aprile 2022

Attori:

ZR

PI

Convenuta:

Banco Santander, S. A.

Oggetto del procedimento principale

Contratto di mutuo ipotecario a tasso d'interesse variabile – Domanda di dichiarazione di nullità della clausola di tale contratto ai sensi della quale gli interessi variabili sono indicizzati all'Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (indice di riferimento per i mutui ipotecari, IRPH) cui si aggiunge un differenziale positivo – Possibile natura abusiva di detta clausola in quanto contraria al criterio normativo dell'ente di regolamentazione (Banco de España, Banca di Spagna) che prevede la necessità che il differenziale che si somma a un indice IRPH sia negativo affinché il tasso annuo effettivo globale (TAEG) di tale mutuo sia uguale ai TAEG dei prestiti indicizzati all'indice Euribor

Oggetto e fondamento giuridico della domanda di pronuncia pregiudiziale

Domanda di pronuncia pregiudiziale interpretativa – Articolo 267 TFUE – Tutela dei consumatori – Interpretazione della direttiva 93/13/CEE – Pratiche

commerciali sleali – Interpretazione della direttiva 2005/29/CE – Compatibilità con la direttiva 2005/29/CE di una pratica nazionale che comporta la disapplicazione del criterio normativo stabilito dall'ente di regolamentazione del settore finanziario in Spagna – Natura sleale della pratica nazionale come indizio al fine dell'eventuale accertamento della sua natura abusiva – Compatibilità della giurisprudenza nazionale con le direttive 93/13/CEE e 2005/29/CE – Compatibilità con le direttive 93/13/CEE e 2005/29/CE dell'assenza di un controllo sull'inserimento e sulla natura abusiva di una clausola presuntamente abusiva e sleale.

Questioni pregiudiziali

1) Se, tenendo conto che nell'elaborazione dell'indice d'interesse variabile «tasso medio dei mutui ipotecari di durata superiore a tre anni della totalità degli istituti» si includono le commissioni e i differenziali applicati, che restano integrati nel tasso d'interesse, risultando più onerosi per il consumatore rispetto agli altri tassi annui effettivi globali di mercato, e tenendo conto del fatto che la circolare 5/1994 della Banca di Spagna – che costituisce il criterio normativo dell'ente di regolamentazione – stabilisce che tali differenziali debbano essere necessariamente negativi, elemento che è stato omesso e non rispettato dagli istituti finanziari in modo generalizzato, la totale disapplicazione del criterio normativo fissato dall'organismo di regolamentazione sia in contrasto con gli **articoli 5 e 7 della direttiva 2005/29/CE**.

2) Se, qualora si accerti che la disapplicazione del suddetto criterio normativo è **contraria agli articoli 5 e 7 della direttiva 29/2005/CE**, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia nella causa C-689/20, tale pratica sleale costituisca un indizio al momento di valutare e accertare il carattere abusivo della clausola e sia contraria agli articoli 3 e 4 della direttiva 93/13.

3) Se, tenuto conto che la circolare 5/1994 della Banca di Spagna, specifica del settore finanziario ma non nota al pubblico in generale, non è stata tenuta in considerazione alcuna e si dichiara che tale circostanza è **contraria all'articolo 7 della direttiva 2005/29/CE**, ciò costituisca un indizio al momento di valutare il carattere abusivo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, che occorre applicare in sede di controllo di trasparenza su detto indice, composto da «indice di riferimento e differenziale».

4) Se gli **articoli 3, paragrafo 1, 4 e 5 della direttiva 93/13/CEE** ostino a una giurisprudenza nazionale, secondo la quale la della specifica disciplina dell'IRPH costituisce una pratica abusiva per non applicare un differenziale negativo nonostante l'obbligo imposto nel preambolo della circolare della Banca di Spagna, giacché [l'IRPH] è il meno vantaggioso rispetto a tutti i tassi annui effettivi globali esistenti, e laddove l'IRPH è stato commercializzato come un prodotto altrettanto vantaggioso dell'Euribor senza rispettare la necessità di aggiungervi un differenziale negativo e, di conseguenza, sarebbe possibile la cessazione di a tali

contratti in quanto se ne considerano nulle le clausole che prevedono l'applicazione del citato tasso, e gli istituti di credito si asterranno in futuro dall'impiegarle, poiché commercializzare il servizio in parola presso consumatori vulnerabili può incidere sul loro comportamento economico, e si [potrebbe] dichiararlo non inserito nei contratti commerciali in quanto sleali per averlo integrato nel costo dell'interesse, in contrasto con **la direttiva 2005/29/CE**.

5) Se l'**articolo 6, paragrafo 1, della 93/13/CEE** osti al fatto che non si esegua un controllo sull'inserimento e il carattere abusivo a fronte di un differenziale imposto in modo occulto, tenendo conto che, nell'offerta da parte di un istituto bancario, il differenziale deve essere negativo e che il consumatore, durante la fase dell'informazione precontrattuale, non ha potuto conoscere il comportamento economico dell'interesse applicato al proprio mutuo, ostando a ciò la **direttiva 2005/29/CE**.

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Direttiva 93/13/CEE, articoli 3, 4, 5, 6 e 7.

Direttiva 2005/29/CE, articoli 5 e 7.

Disposizioni di diritto nazionale fatte valere

I. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias** (Regio decreto legislativo n. 1/2007 del 16 novembre 2007, recante approvazione del testo consolidato della legge generale per la difesa dei consumatori e degli utenti e di altre leggi complementari) (in prosieguito: il «TRLGDCU»). Da tale testo consolidato sono citate le seguenti disposizioni:

Articolo 8. Diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti

1. Sono diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti e dei consumatori vulnerabili:

(...)

b) la tutela dei loro legittimi interessi economici e sociali, in particolare rispetto alle pratiche commerciali sleali e all'inserimento di clausole abusive nei contratti;

c) il risarcimento dei danni e la riparazione dei pregiudizi sofferti;

d) la corretta informazione sui diversi beni o servizi in formati che ne garantiscano l'accessibilità, nonché l'educazione e la divulgazione finalizzate ad

agevolarne la conoscenza sull'adeguato uso, consumo o godimento, nonché all'adozione di decisioni ottimali per i loro interessi;

(...)

f) la tutela dei loro diritti mediante procedimenti efficaci, in particolare nei confronti dei consumatori vulnerabili.

2. I diritti dei consumatori vulnerabili saranno oggetto di particolare considerazione, la quale sarà disciplinata per via regolamentare e dalla normativa settoriale applicabile in ciascun caso. I pubblici poteri promuovono politiche e azioni volte a garantire i loro diritti in condizioni di parità, conformemente alla specifica situazione di vulnerabilità in cui si trovino, cercando di evitare, in ogni caso, procedure che possano ostacolare l'esercizio di tali diritti.

NOTA ESPLICATIVA: articolo 8 come formulato all'articolo 1, paragrafo 2, della Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (legge 4/2022, del 25 febbraio 2022, sulla tutela dei consumatori e degli utenti in condizioni di vulnerabilità sociale ed economica).

Articolo 60. Informazioni precontrattuali

1. Prima che il consumatore o l'utente sia vincolato da un contratto o dalla proposta corrispondente, il professionista deve fornirgli, in forma chiara e comprensibile, le informazioni rilevanti, esatte e sufficienti, sulle caratteristiche principali del contratto, in particolare sulle condizioni giuridiche ed economiche ivi stabilite.

Fatta salva la normativa settoriale eventualmente applicabile, i termini di fornitura di tali informazioni, in particolare quando si tratta di consumatori vulnerabili, oltre ad essere chiari, comprensibili, esatti e sufficienti, devono essere forniti in un formato facilmente accessibile, garantendo, se del caso, l'assistenza necessaria, in modo da assicurare la corretta comprensione e consentire l'adozione di decisioni ottimali per i loro interessi.

[NOTA ESPLICATIVA: articolo 60, paragrafo 1, modificato conformemente all'articolo 1, paragrafo 8, della legge 4/2022, del 25 febbraio 2022, sulla tutela dei consumatori e degli utenti in condizioni di vulnerabilità sociale ed economica.]

2. Sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione vertenti sui beni o servizi stabiliti dalla presente disposizione e da qualsiasi altra disposizione applicabile e inoltre:

a) *le caratteristiche principali dei beni o servizi in misura adeguata al mezzo durevole utilizzato e ai beni o servizi.*

(...)

c) *il prezzo totale, comprensivo di tutte le imposte e le tasse. Se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, o qualora la determinazione del prezzo sia soggetta all'elaborazione di un preventivo, le modalità di calcolo del prezzo e tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che può essere necessario addebitare al consumatore tali spese aggiuntive.*

In tutte le informazioni fornite al consumatore e all'utente in relazione al prezzo dei beni o dei servizi, compresa la pubblicità, verrà indicato il prezzo totale, distinguendo, se del caso, l'importo delle maggiorazioni o degli sconti applicabili, le spese che si ripercuotano sul consumatore e sull'utente, nonché le spese aggiuntive per servizi accessori, finanziamento, utilizzo di diversi metodi di pagamento o altre analoghe condizioni di pagamento.

d) *Le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data in cui il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio.*

(...)

4. *Le informazioni precontrattuali devono essere fornite al consumatore e utente a titolo gratuito e quantomeno in spagnolo (castigliano) e, se del caso, su richiesta di una delle parti, devono essere redatte anche in una delle altre lingue ufficiali nel luogo in cui si conclude il contratto.*

[NOTA ESPLICATIVA: articolo 60, paragrafo 4, come formulato all'articolo 1, paragrafo 8, della legge 4/2022, del 25 febbraio 2022, sulla protezione dei consumatori e degli utenti in condizioni di vulnerabilità sociale ed economica].

Articolo 80. Requisiti delle clausole non negoziate individualmente

1. *Nei contratti con consumatori e utenti che contengano clausole non negoziate individualmente, ivi compresi quelli promossi dalla pubblica amministrazione e dagli enti e dalle imprese da essa dipendenti, tali clausole devono soddisfare i seguenti requisiti:*

a) *specificità, chiarezza e semplicità della formulazione, con possibilità di comprensione diretta, senza rinvii a testi o documenti non forniti precedentemente o contemporaneamente alla conclusione del contratto, e ai quali, in ogni caso, deve essere fatto esplicito riferimento nel documento contrattuale;*

b) *accessibilità e leggibilità, in una forma che consenta al consumatore o utente, prima della conclusione del contratto, di prendere conoscenza dell'esistenza e del contenuto di dette clausole. Tale requisito non può ritenersi soddisfatto in alcun caso qualora la dimensione del carattere tipografico del contratto risulti inferiore a un millimetro e mezzo o il contrasto insufficiente con lo sfondo renda difficoltosa la lettura.*

(...)

c) *buona fede e giusto equilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti, il che esclude in ogni caso l'utilizzo di clausole abusive.*

2. *Qualora vengano esercitate azioni individuali, in caso di dubbi sul significato di una clausola prevarrà l'interpretazione più favorevole al consumatore».*

Articolo 82. Nozione di clausole abusive

1. *Si considerano clausole abusive tutte le clausole non negoziate individualmente e tutte le pratiche non autorizzate espressamente che, in contrasto con il requisito della buona fede, determinino a danno del consumatore e dell'utente uno squilibrio significativo fra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto.*

2. *Il fatto che determinati elementi di una clausola o una singola clausola siano stati negoziati individualmente non esclude l'applicazione delle norme relative alle clausole abusive alle altre parti del contratto.*

Qualora il professionista affermi che una determinata clausola è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova.

3. *Il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e prendendo in considerazione tutte le circostanze ricorrenti al momento della conclusione del contratto nonché a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipenda.*

4. *Ferme restando le disposizioni di cui ai precedenti paragrafi, devono considerarsi in ogni caso abusive le clausole che, conformemente alle disposizioni di cui agli articoli da 85 a 90:*

- a) *vincolino il contratto alla volontà del professionista,*
- b) *limitino i diritti dei consumatori o utenti,*
- c) *determinino l'assenza di reciprocità nel contratto;*

- d) *impongano al consumatore e all'utente garanzie sproporzionate o pongano indebitamente a loro carico l'onere della prova,*
- e) *risultino sproporzionate in relazione al perfezionamento ed all'esecuzione del contratto, o*
- f) *violino le norme sulla competenza e il diritto applicabile.*

Articolo 83. Nullità delle clausole abusive e sussistenza del contratto

Le clausole abusive sono nulle ipso iure e si considerano non apposte. A tal fine, il giudice, dopo aver sentito le parti, dichiara la nullità delle clausole abusive inserite nel contratto, il quale, tuttavia, resterà vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza suddette clausole.

Le condizioni inserite in modo non trasparente nei contratti a danno dei consumatori sono nulle ipso iure. (...)

II. Código Civil (codice civile)

Articolo 1.258: *«I contratti si perfezionano mediante il semplice consenso e, a partire da tale momento, obbligano non solo ad adempiere quanto espressamente pattuito, bensì anche relativamente a tutte le conseguenze che, per loro natura, siano conformi alla buona fede, alla consuetudine e alla legge».*

Articolo 1.303: *«Una volta dichiarata la nullità di un'obbligazione, i contraenti devono reciprocamente restituire ciò che ha costituito l'oggetto del contratto, con i relativi frutti, nonché il prezzo con gli interessi, fatti salvi gli articoli seguenti».*

III. Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (legge n. 7/1998, del 13 aprile 1998, relativa alle condizioni generali di contratto)

Articolo 7

«Le seguenti condizioni generali devono essere considerate come non inserite nel contratto:

- a) *quelle di cui il consumatore non abbia avuto concretamente modo di venire integralmente a conoscenza all'epoca della stipulazione del contratto o che non siano state sottoscritte, laddove necessario, ai sensi dell'articolo 5;*
- b) *quelle illeggibili, ambigue, oscure e incomprensibili, salvo, nel caso di queste ultime, qualora l'aderente le abbia espressamente accettate per iscritto e ove esse rispettino la specifica normativa che disciplini nella sfera relativa la necessaria trasparenza delle clausole contrattuali in tale settore».*

Articolo 8

«1. Sono nulle ipso iure le condizioni generali che, a danno dell'aderente, siano in contrasto con le disposizioni della presente legge o di qualsiasi altra norma imperativa o di divieto, salvo che le stesse non sanzionino diversamente la loro violazione.

2. In particolare, sono nulle le condizioni generali abusive nei contratti stipulati con un consumatore (...).

IV. Circular del BANCO DE ESPAÑA 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (circolare della Banca di Spagna 5/1994, del 22 luglio 1994, agli istituti di credito, recante modifica della circolare 8/1990, relativa alla trasparenza delle operazioni e alla tutela della clientela)

Preambolo: «I tassi medi selezionati sono, in ultima analisi, tassi annui effettivi globali. I tassi medi dei mutui ipotecari finalizzati all'acquisto di un'abitazione al prezzo di mercato delle banche e della totalità degli istituti di credito sono effettivi in senso stretto, poiché incorporano anche l'effetto delle commissioni. Pertanto, il loro semplice e diretto utilizzo come tassi contrattuali implica la collocazione del TAEG dell'operazione al di sopra del tasso praticato dal mercato. Per allineare il TAEG applicato a tale operazione a quello del mercato, sarebbe necessario applicare un differenziale negativo, il cui valore varierebbe a seconda delle commissioni applicate all'operazione e della frequenza dei versamenti».

V. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (legge n. 3/1991, del 10 gennaio 1991, sulla concorrenza sleale)

«**Articolo 4. Clausola generale**

1. Ogni comportamento che risulti oggettivamente contrario al requisito della buona fede è considerato sleale.

Nei rapporti con i consumatori e gli utenti, si intende in contrasto con il requisito della buona fede il comportamento di un imprenditore o di un professionista contrario alla diligenza professionale, intesa come il livello di competenza e di attenzione speciali che ci si può attendere da un imprenditore secondo le pratiche oneste del mercato, che falsi o sia in grado di falsare significativamente il comportamento economico del consumatore medio o del membro medio del gruppo destinatario della pratica, nel caso in cui si tratti di una pratica commerciale destinata a un determinato gruppo di consumatori.

(...)

Articolo 7. Omissioni ingannevoli

1. *L'omissione o l'occultamento delle informazioni necessarie affinché il destinatario prenda o possa prendere una decisione relativa al proprio comportamento economico con la debita conoscenza dei fatti è considerata sleale. È del pari sleale offrire informazioni poco chiare, incomprensibili, ambigue o offerte intempestivamente o quando non si rende noto l'intento commerciale della pratica di cui si tratti, qualora non risulti evidente dal contesto.*

2. *Ai fini della determinazione del carattere ingannevole degli atti di cui al paragrafo precedente, si prende in considerazione il contesto fattuale nel quale essi si verificano, tenendo conto di tutte le loro caratteristiche e circostanze, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato».*

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 Il 12 maggio 2006 ZR e PI hanno sottoscritto con l'istituto finanziario BANCO SANTANDER SA (già BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA, «BANESTO») un contratto di mutuo assistito da garanzia ipotecaria per un capitale di EUR 197 934,54 con il pagamento di interessi variabili calcolati con riferimento all'IRPH (indice di riferimento per i mutui ipotecari). È previsto che a detto indice IRPH si aggiungano, alternativamente, +0,20 punti percentuali o +0,50 punti percentuali a seconda che il tasso utilizzato sia il cosiddetto «tasso di riferimento» o il «tasso di riferimento sostitutivo» (quest'ultimo è applicabile quando la Banca di Spagna non pubblica in tempo il primo – il «tasso di riferimento»).
- 2 Il 13 febbraio 2020 ZR e PI hanno promosso dinanzi al giudice del rinvio (Juzgado de Primera Instancia n° 17 de Palma de Mallorca [Tribunale di primo grado n. 17 di Palma di Maiorca, Spagna]) una domanda di procedimento ordinario contro l'istituto finanziario BANCO SANTANDER, S. A. Nella domanda, chiedono la dichiarazione di nullità della clausola 3 bis del contratto di mutuo ipotecario in quanto abusiva. Con le domande collegate alla principale si chiede: (i) l'eliminazione dell'indice IRPH dal contratto di mutuo ipotecario sottoscritto con l'istituto; (ii) il risarcimento da parte della banca del danno economico derivante da tale applicazione dell'indice IRPH rispetto al minor costo che il mutuo avrebbe avuto se fosse stato applicato l'indice Euribor; (iii) il ricalcolo effettivo del piano di ammortamento del prestito, piano che dovrà valere in futuro fino alla fine del contratto, e (iv) la condanna della convenuta alle spese.
- 3 Nello specifico, gli attori chiedono la dichiarazione di nullità in quanto abusiva della clausola seguente (3 bis) contenuta nel contratto di mutuo ipotecario:

«CLAUSOLA 3 BIS:

3 BIS. - TASSO D'INTERESSE VARIABILE

3 bis.1. - Periodicità delle revisioni: *Ogni periodo di 12 mesi successivo alla data di fine del periodo d'interesse iniziale indicato nella clausola 3 sarà denominato "periodo di interessi".*

3 bis.2. - Differenziali e arrotondamenti: *In ciascun periodo d'interessi fino alla scadenza della durata del contratto si applica un tasso di interesse nominale pari alla somma risultante dall'aggiunta di 0,20 punti al "tasso di riferimento" o 0,50 punti al "tasso di riferimento sostitutivo".*

3 bis.3. - Tasso di riferimento e tasso di riferimento sostitutivo:

Il tasso di riferimento sarà il "TASSO MEDIO DEI MUTUI IPOTECARI DI DURATA SUPERIORE A TRE ANNI DELLA TOTALITÀ DEGLI ISTITUTI", definito come la media semplice dei tassi di interesse medi ponderati per gli importi del capitale delle operazioni di prestito con garanzia ipotecaria, di durata uguale o superiore a tre anni, finalizzate all'acquisto di un'abitazione a prezzo di mercato, che siano state avviate o rinnovate da Banche, Casse di Risparmio e Società di Credito Ipotecario nel mese cui si riferisce l'indice, prendendo come riferimento l'ultimo di detti tassi medi pubblicati dalla Banca di Spagna nel B.O.E. (Gazzetta ufficiale del Regno di Spagna) prima dell'inizio di ciascun nuovo periodo di interessi e nei tre mesi di calendario precedenti al medesimo.

Il tasso di riferimento sostitutivo sarà il "TASSO MEDIO DEI MUTUI IPOTECARI DI DURATA SUPERIORE A TRE ANNI DELLE BANCHE", definito come la media semplice dei tassi di interesse medi ponderati per gli importi di capitale delle operazioni di prestito con garanzia ipotecaria, di durata uguale o superiore a tre anni, finalizzate all'acquisto di un'abitazione a prezzo di mercato, che siano state avviate o rinnovate dalla totalità delle Banche nel mese a cui si riferisce l'indice, prendendo come riferimento l'ultimo di detti tassi medi pubblicati dalla Banca di Spagna nel B.O.E. prima dell'inizio di ciascun nuovo periodo di interessi e nei tre mesi di calendario precedenti al medesimo.

Sia il tasso di riferimento sia il tasso di riferimento sostitutivo sono descritti nei termini dell'allegato VIII della circolare 8/90 della Banca di Spagna.

Il tasso di riferimento sostitutivo sarà utilizzato nel caso in cui, per qualsiasi motivo, la Banca di Spagna non abbia pubblicato il tasso di riferimento nel B.O.E. nei tre mesi di calendario precedenti l'inizio di ciascun nuovo periodo di interessi. Alla fine del periodo di interessi oggetto di tale circostanza, il tasso d'interesse applicabile per il periodo successivo sarà determinato nuovamente in base al tasso di riferimento convenuto».

- 4 L'istituto convenuto, nel suo controricorso, contesta il ricorso e ne chiede il rigetto integrale.

Principali argomenti delle parti nel procedimento principale

- 5 I consumatori attori (o parte attrice) chiedono nel presente procedimento, in applicazione della normativa spagnola ed europea sulla tutela dei consumatori e degli utenti, tra l'altro, la dichiarazione di nullità in quanto abusiva della clausola che impone indiscriminatamente il tasso di interesse variabile pari all'IRPH più un

differenziale positivo, che il mutuatario ha stipulato con l'istituto finanziario convenuto, oltre alla restituzione di quanto indebitamente pagato in applicazione di tale clausola e come conseguenza intrinseca della dichiarazione di nullità ai sensi dell'articolo 1303 del codice civile e del principio di non opponibilità al consumatore delle clausole abusive di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 13/93/CEE. Gli effetti richiesti sono la restituzione delle somme versate in forza della clausola di cui sopra.

Gli attori affermano che la nullità di detta clausola deve essere dichiarata a causa del carattere abusivo di quest'ultima. Quale motivazione alla base della **questione pregiudiziale** sollevata, avente ad oggetto la dichiarazione del carattere abusivo della stessa, [si chiede] di indicare che al consumatore, al momento dell'imposizione del tasso d'interesse variabile, imprevisto e quindi contrario alla buona fede e che crea uno squilibrio, **si nasconde il criterio normativo previsto nel preambolo della circolare della Banca di Spagna 5/1994, ai sensi della quale dovrà applicarsi un differenziale negativo al fine di equiparare il TAEG dell'IRPH [agli altri esistenti nel mercato]. Occorre aggiungere che, nell'esperienza della scrivente giudice del presente tribunale specializzato, non si tratta di un evento occasionale, bensì di una prassi abituale degli istituti bancari, consistente nell'imporre, insieme a tale tasso d'interesse variabile, un differenziale positivo.**

- 6 Da parte sua, l'istituto finanziario si è opposto alla domanda, adducendo in termini generali che la clausola era valida, in quanto supera i controlli relativi al contenuto, all'inserimento e alla trasparenza, sostenendo che era stata concordata tra le parti.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 7 Le principali **problematiche giuridiche** che sorgono nella presente causa sono le seguenti:

1°. Se si tiene conto del contenuto letterale del preambolo della circolare 5/1994 della Banca di Spagna, il dibattito risulta incentrato sul fatto che le banche hanno tentato, come afferma la parte attrice, di commercializzare l'IRPH come se fosse un indice più vantaggioso rispetto all'Euribor, sebbene l'IRPH comporti che le operazioni ad esso soggette saranno sempre più costose per il consumatore, giacché i dati che le banche forniscono mensilmente alla Banca di Spagna per la sua pubblicazione sono sempre *«una media della totalità delle operazioni»*, considerando che, in tutte queste, siano state incluse le commissioni, compresi i differenziali alle medesime applicati che sono integrati nel tasso di interesse e hanno utilizzato differenziali di +0,20 o 0,25 o 0,50, **differenziali che, come indicato nel preambolo della suddetta circolare, dovranno essere negativi per equiparare i TAEG dell'IRPH agli altri esistenti sul mercato.**

Nel caso in esame non è stato soddisfatto [il requisito di cui alla predetta circolare], poiché nel documento è stato previsto un differenziale POSITIVO: si

applica un tasso di interesse nominale pari alla somma risultante dall'aggiunta di 0,20 punti al «tasso di riferimento» o 0,50 punti al «tasso di riferimento sostitutivo».

Si potrebbe ritenere che tale fatto abbia costituito un inadempimento, il quale a sua volta implica un'omissione ingannevole, che può aver arrecato pregiudizio al consumatore contraente poiché, se quest'ultimo avesse saputo che era necessario applicare un tasso negativo al fine di equilibrare l'indice che stava negoziando rispetto all'Euribor e a un altro TAEG di mercato, egli non l'avrebbe mai scelto.

Le banche hanno utilizzato l'attrattiva del differenziale basso, pari allo 0 %, 0,25 % o 0,5 %, da esse offerto nei mutui indicizzati all'IRPH affinché il consumatore accettasse tale indice, ignaro del fatto che in realtà avrebbe pagato più interessi, e senza informarlo che il preambolo della circolare che disciplina l'indice IRPH richiede che [il differenziale] sia negativo, elemento questo che è stato omesso.

Non si tratterebbe di raggiungere un equilibrio tra clienti dell'IRPH e clienti dell'Euribor, bensì del fatto che la banca non ha spiegato né ha informato i consumatori attori del fatto che, mentre l'Euribor era al 2 %, l'IRPH era al 4 %, cosicché, anche in caso di accettazione di un differenziale dello 0,5 %, il mutuo ipotecario sarebbe costato di più.

Secondo la recente giurisprudenza del Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna) in materia, non è dato conoscere se in futuro l'IRPH sarà inferiore all'Euribor, per cui non si può affermare che esso sia più sfavorevole per il cliente, ma, se si tace che la Banca di Spagna richiede che [il differenziale] sia negativo, si agisce in violazione della buona fede e si crea uno squilibrio tra le parti.

2.° La legge sulla concorrenza (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, legge n. 3/1991, del 10 gennaio 1991, sulla concorrenza sleale) condanna tutti i comportamenti contrari alla buona fede, come la pratica commerciale in discussione nella presente causa e che è stata evidenziata dal Tribunal Supremo (Corte suprema), secondo la quale si offrivano differenziali diversi da quelli dell'Euribor i quali, per attirare la clientela, venivano fissati a un livello un poco inferiore, il che comporta un'omissione ingannevole e quindi sleale, dato che l'occultamento della predetta informazione ritenuta necessaria dalla Banca di Spagna per rendere il tasso d'interesse più equo è servita a che i consumatori [non] possano prendere una decisione sul loro comportamento economico con la dovuta cognizione di causa.

3.° La dichiarazione di nullità richiesta riguarda l'intera clausola relativa al tasso di interesse variabile che, senza un indice negativo, non può sopravvivere in quanto non supera il controllo di trasparenza a cui è soggetta la clausola relativa al tasso d'interesse variabile.

4.° La dottrina giuridica sostiene che il fatto che i preamboli siano privi di valore normativo diretto per disciplinare situazioni e rapporti giuridici non

significa, tuttavia, che essi non abbiano un valore di altro genere o che siano del tutto irrilevanti da un punto di vista giuridico. Si fa presente che sono il veicolo formale attraverso la medesima [dottrina] suole esprimersi per rendere manifesta l'intenzione che ha guidato l'adozione della legge, cui è volta la cosiddetta interpretazione autentica della volontà del legislatore.

Applicando al caso di specie l'interpretazione autentica della circolare, lo scopo della disciplina dell'IRPH era quello di immettere sul mercato indici negativi, il che induce lo scrivente giudice a chiedere se tale pratica commerciale sia ingannevole, dal momento che essa è stata disapplicata a danno del consumatore e sono stati applicati indici positivi.

Una questione simile è già stata discussa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che si è pronunciata a favore del consumatore.

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 gennaio 2014, nella causa C-226/12, interpretativa dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13, ha stabilito che la sussistenza di un «significativo squilibrio» non richiede necessariamente che i costi posti a carico del consumatore da una clausola contrattuale abbiano nei confronti dello stesso un'incidenza economica significativa rispetto al valore dell'operazione di cui trattasi, ma può risultare dal mero fatto di un pregiudizio sufficientemente grave alla situazione giuridica in cui il consumatore, quale parte del contratto, viene collocato in forza delle disposizioni nazionali applicabili, che si tratti di restrizione al contenuto dei diritti che, ai sensi di tali disposizioni, egli trae da tale contratto, o di ostacolo all'esercizio dei medesimi, oppure ancora di imposizione a quest'ultimo di un obbligo ulteriore, non previsto dalla disciplina nazionale.

A sua volta, nell'ambito della causa C-689/20, si rileva quanto segue: «24. *In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (punti 43 e 44 della sentenza pronunciata nella causa C-453/10, Pereničová e Perenič, e punti da 48 a 50 della sentenza pronunciata nella causa C-109/17, Bankia), l'inserimento di una clausola contrattuale a seguito dell'esercizio di una pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva 2005/29 rappresenta un elemento di valutazione del carattere abusivo a norma dell'articolo 4 della direttiva 93/13.*»

Per quanto riguarda il **rapporto tra la normativa [dell'Unione] e la normativa spagnola**, il giudice del rinvio rileva quanto segue:

Un indice come l'indice IRPH, nelle sue diverse forme, rispetto ad altri esistenti sul mercato come, ad esempio, l'indice Euribor, implica che le operazioni che vi sono sottoposte saranno sempre più costose per il consumatore poiché i dati che gli istituti finanziari forniscono mensilmente alla Banca di Spagna ai fini della pubblicazione sono sempre «una media della totalità delle operazioni», considerando che in tutte suddette operazioni sono state incluse le commissioni, ivi compresi i differenziali applicati a queste ultime che si integrano nel tasso d'interesse.

Occorre pertanto chiedersi se costituisca una pratica sleale e contraria alla normativa dell'Unione la mancata spiegazione dell'offerta, come dichiarato nella causa C-689/20. L'inserimento di una clausola contrattuale a seguito dell'applicazione di una pratica commerciale sleale, ai sensi della direttiva 2005/29, costituisce un indizio al momento di valutare il carattere abusivo ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 93/13 e se ciò VIENE RESO NECESSARIO, come indica la Banca di Spagna nel preambolo della circolare 5/[1]994, deve costituire un indizio anche la sua omissione in sede di valutazione del suo carattere abusivo conformemente all'articolo 4 della direttiva 93/13, secondo il quale una pratica commerciale è sleale se è contraria alla buona fede quando si nasconde qualcosa sul comportamento economico di un'operazione e definisce il comportamento economico come «qualsiasi azione del consumatore che gli consenta di valutare diverse offerte sui prodotti o servizi che gli vengono proposti».

Tenuto conto del fatto che l'articolo 5, [paragrafo 2,] lettera b), della direttiva [2005/29/CE], che fa riferimento al falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, la modalità in cui, nella fattispecie, detto comportamento è falsato in misura rilevante viene in essere nel momento in cui non si effettua l'interpretazione autentica della regola stabilita dall'organo di regolamentazione (Banca di Spagna) che, per quanto riguarda la configurazione del tasso d'interesse da pagare, comporta che sia necessario applicare un interesse negativo e ciò non avviene.

Parimenti, sembrerebbe ragionevole ritenere che sia contrario alle leggi sulla tutela dei consumatori e alla direttiva 93/13, in relazione alla direttiva 29/2005, elaborare un indice di riferimento maggiorato di un differenziale più sfavorevole per il consumatore e, inoltre, il fatto che quest'ultimo non ne sia stato informato.

Per quanto riguarda la giurisprudenza del Tribunal Supremo (Corte suprema), il giudice del rinvio analizza quanto segue:

a) Giurisprudenza del Tribunal Supremo (Corte suprema) sulle clausole contrarie alla buona fede e che creano uno squilibrio in quanto impreviste.

Esso si riferisce in particolare alla **sentenza del Tribunal Supremo (Corte suprema) del 3 giugno 2016**, in cui si ammette espressamente la possibilità di rimuovere dal contratto le clausole impreviste. Infatti, quando dichiara che è sostenibile che il principio generale di buona fede di cui all'articolo 1258 del codice civile possa essere invocato come norma moderatrice del contenuto contrattuale, idonea a escludere le clausole che modificano surrettiziamente il contenuto del contratto che l'aderente aveva potuto ragionevolmente rappresentarsi conformemente alla sua natura e funzionalità, [il Tribunal supremo (Corte suprema)] sta applicando la regola detta delle «clausole impreviste (cláusulas sorprendentes)», secondo la quale non sono valide le clausole che risultano talmente inusuali in relazione alle circostanze e alla natura del contratto che l'aderente non avrebbe potuto ragionevolmente considerarle esistenti.

La **sentenza del Tribunal Supremo (Corte suprema) del 7 novembre 2017** offre un'interpretazione analoga alla precedente sentenza.

a) Giurisprudenza sulle clausole abusive: il doppio controllo di trasparenza.

Il giudice del rinvio segnala che la questione pregiudiziale da esso sollevata verte sul doppio controllo di trasparenza istituito dalla **sentenza del Tribunal Supremo (Corte suprema) del 9 maggio 2013**, nella quale il Tribunal Supremo (Corte suprema) si è pronunciato con un'estesa motivazione sulla clausola «di tasso minimo» nei mutui ipotecari stipulati con i consumatori nonché sulla pratica sleale di occultamento di un differenziale negativo che deve essere oggetto di un doppio controllo di trasparenza poiché si tratta di una clausola abusiva, in quanto contraria alla direttiva 2005/29/CE e alla legge n. 3/1991 sulla concorrenza sleale, entrambe in combinato disposto con la direttiva 93/13/CEE.

DOCUMENTO DI LAVORO