



N. Reg. Sent.

N. 10923/2008 Reg. Ric.

3700/03

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, composto dai signori:

Giorgio Giovannini	Presidente
Roberto Politi	Consigliere
Mario Alberto di Nezza	Primo referendario rel.



ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 10923/2008 R.g. proposto

da

Banca Popolare di Milano s.c.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro De Nicola, prof. Michele Bertani e Domenico Galli, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Piazza della Croce Rossa n. 2

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata

e nei confronti di

Altroconsumo – Associazione indipendente di consumatori, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Tiziana Curatolo e Paolo Martinello, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza

↓

Friggeri n. 13, presso lo studio dell'avv. Maria Giovanna Ruo

per l'annullamento

del provvedimento adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'adunanza del 7 agosto 2008 (n. 18739), con cui: a) è stato accertato che la ricorrente ha posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23, comma 1, lett. *t*), del Codice del consumo; b) le è stata inibita l'ulteriore diffusione della pratica stessa, con irrogazione di una sanzione pecuniaria pari a euro 420.000.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimate;

viste le memorie prodotte dalle parti;

visti gli atti tutti della causa;

sentiti alla pubblica udienza del 28 gennaio 2009, relatore il dott. Mario Alberto di Nezza, gli avv.ti De Nicola, Bertani e Curatolo nonché gli avv.ti dello Stato F. Arena e Fiorentino;

ritenuto e considerato quanto segue in

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente instaurato, la Banca Popolare di Milano ha impugnato il provvedimento del 7 agosto 2008, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha accertato la scorrettezza, ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23, comma 1, lett. *t*), del Codice del consumo (d.lgs. n. 206/05), di una pratica commerciale posta in essere dalla ricorrente all'indomani dell'entrata in vigore della normativa sulla portabilità dei mutui bancari e di conseguenza ne ha vietato l'ulteriore diffusione, irrogandole una sanzione amministrativa pecuniaria di 420.000 euro.



A sostegno del gravame essa ha dedotto:

a) la violazione dell'art. 8 d.l. n. 7 del 2007, siccome modificato dalla l. di conversione n. 40 del 2007, non sussistendo per le banche un divieto di stipulare mutui di "sostituzione" con i clienti candidabili a operazioni di surrogazione attiva; difetterebbero comunque, nella specie, i requisiti previsti dal Codice del consumo per la configurazione di una "pratica commerciale scorretta": non solo non risulterebbe la necessaria "alterazione" della volontà del consumatore (per il contegno del professionista), ma sarebbero state stipulate dalla ricorrente (nel periodo considerato dall'Autorità) soltanto 37 operazioni di sostituzione, in 33 delle quali il mutuatario avrebbe chiesto l'erogazione di un importo superiore rispetto al debito residuo nei confronti della banca prima mutuante (le restanti 4 operazioni non potrebbero pertanto costituire una "pratica" scorretta) (*sub* lett. A e B ric.);

b) la violazione del diritto di difesa in relazione alla mancata contestazione dell'addebito e alla mancata comunicazione delle risultanze istruttorie, tenuto conto dell'art. 16 del Regolamento dell'Autorità sull'istruttoria in materia di pratiche commerciali scorrette, non risultando le contestazioni iniziali adeguatamente commisurate all'attività di raccolta dei fatti espletata nel corso del procedimento; con subordinata allegazione dell'illegittimità dell'anzidetta norma regolamentare (art. 16), ove intesa nel senso di escludere la necessità di comunicare le risultanze in parola (lett. C ric.);

c) l'ulteriore violazione dell'art. 8 d.l. n. 7/07, per l'addebito consistente nell'avvenuta stipulazione, nel periodo 1.2.2008-22.4.2008, di operazioni di



1

surrogazione attiva nell'ambito delle quali i costi notarili sarebbero stati sopportati dal mutuatario (si tratterebbe infatti di "spese necessarie" differenti da quelle "non necessarie", come ad es. quelle per le perizie o per l'istruttoria amministrativa, oggetto delle nuove disposizioni); anche a voler ipotizzare la correttezza dell'interpretazione dell'Autorità, non sarebbero comunque ravvisabili, nella specie, i requisiti previsti dal Codice del consumo per la configurazione di una "pratica commerciale scorretta", in quanto soltanto 3 mutuatari (a fronte dei 58 che avevano stipulato mutui di surrogazione) avrebbero in concreto sopportato le spese notarili (*sub* lett. D ed E ric.);

d) l'illegittimità dell'accertamento relativo alla pretesa violazione dei doveri di corretta informazione gravanti sull'operatore bancario, essendo l'Autorità ricorsa, più che alla raccolta di elementi fattuali dotati di sufficiente forza probatoria, a un ragionamento per presunzioni, tuttavia anch'esso non idoneo a dimostrare la configurazione dell'illecito alla luce, tra l'altro, del tipo di consumatore coinvolto in operazioni del genere, oltre che dell'esistenza del noto vincolo del c.d. "interesse proprio" (idoneo a delimitare il contenuto del canone della buona fede contrattuale; lett. F ric.);

e) l'omesso accertamento delle qualità soggettive dei consumatori (la disciplina in considerazione non si applicherebbe infatti ai mutuatari che abbiano chiesto prestiti per attività di tipo imprenditoriale; lett. G ric.);

f) in via gradata, l'eccessività della sanzione irrogata (lett. F ric.).

Costituitesi in giudizio l'Autorità e l'associazione Altroconsumo, all'udienza del 28 gennaio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato.



2.1. Giova procedere preliminarmente alla sintetica ricostruzione del quadro normativo in materia di portabilità dei mutui.

A mente dell'art. 8 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, come modificato dalla legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40 (rubricato "Portabilità del mutuo; surrogazione"): *"in caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile"* (comma 1); *"nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata"* (comma 2); *"è nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto"* (comma 3, prima parte).

Con l'art. 2, comma 450, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (l. finanziaria per il 2008), in vigore dal 1° gennaio 2008, l'anzidetta disposizione è stata integrata con i seguenti precetti: *"resta salva la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata"* (comma 3, seconda parte); *"la surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di*



penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi" (comma 3-bis).

2.2. All'esito dell'istruttoria, l'Autorità – muovendo dal rilievo che la banca avesse “contravvenuto al principio previsto dal nuovo sistema di tutela del consumatore dettato dal Codice del consumo”, secondo il quale la sostanza del rapporto tra consumatore e professionista, e non solo il dato formale del contratto, deve essere improntata a buona fede, diligenza, tutela degli interessi del soggetto con minore forza contrattuale e maggiore deficit informativo, di talché “la banca avrebbe dovuto indirizzare il risparmiatore verso la più conveniente (per lui) forma contrattuale e, invece, gli ha proposto come unica possibilità un meccanismo complesso e soprattutto oneroso che teneva la banca al sicuro (nella sua erronea visione) dagli effetti voluti dalla legge” -, ha individuato due autonomi profili motivazionali.

A) Anzitutto, essa ha rinvenuto la *ratio legis* delle riportate disposizioni di cui al d.l. n. 7 del 2007 nell'esigenza di “assicurare al risparmiatore, che intendesse cambiare banca per sostenere più agevolmente il pagamento di rate di mutuo che gravavano sul proprio bilancio familiare in modo sempre più rilevante, di poterlo fare senza dover affrontare costi”.

Gli istituti bancari avrebbero però “assunto un atteggiamento dichiaratamente dilatorio”, adducendo prima la scarsa chiarezza della disciplina e, “dopo l'intervento chiarificatore del legislatore, l'inesistenza di procedure idonee all'attuazione della norma imperativa”: assumendosi, al

contrario, che “né l’uno né l’altro motivo di giustificazione sono idonei ad abilitare grandi gruppi finanziari a non dare attuazione al volere del Parlamento, così ledendo i diritti della clientela”.

In particolare, la ricorrente avrebbe “risposto all’esigenza della clientela di cambiare la banca che ha erogato il mutuo sia offrendo la soluzione più onerosa della sostituzione del mutuo piuttosto che la portabilità sia effettuando la surrogazione attiva ma con oneri a carico del consumatore” .

Dalle memorie depositate dal professionista emergerebbe infatti: a) per un verso, che “la portabilità attiva è stata offerta a far data dal 1° febbraio 2008, che la gratuità delle suddette operazioni non è stata prevista fino al 23 aprile 2008 e che le spese notarili rientravano, prima di quella data, tra quelle a carico dei clienti”; b) per altro verso, che la banca istante avrebbe perfezionato 58 surrogazioni (di cui 55, principalmente dopo il 23 aprile, a titolo gratuito) e 121 operazioni di sostituzione, 120 delle quali con erogazione di ulteriore liquidità rispetto al debito residuo da estinguere presso la precedente banca mutuante.

Sicché, l’Autorità ha rilevato:

a) con riferimento all’offerta della soluzione più onerosa della sostituzione del mutuo piuttosto che della portabilità, che, pur non essendo in contestazione “la libertà di una banca di non assumere un mutuo contratto da un risparmiatore con altra banca”, nella specie la ricorrente avrebbe inteso “acquisire comunque il vantaggio economico derivante dall’incremento di clientela, perseguendo con un altro strumento giuridico la stessa causa concreta prevista dal legislatore come normotipo di un’operazione senza oneri per il consumatore e utilizzando la combinazione



dei diversi negozi giuridici (estinzione del mutuo/apertura del mutuo, cancellazione ipoteca/iscrizione nuova ipoteca) in collegamento strutturale tra di loro al fine di trasformare in oneroso ciò che la legge prevede come gratuito, così eludendo un ben chiaro disposto normativo, i principi del Codice del Consumo, le regole sulla correttezza sostanziale nell'attività contrattuale ormai ben chiarite dalla nostra dottrina e dalla giurisprudenza”;

b) con riferimento all'effettuazione della surrogazione attiva ma con oneri a carico del consumatore, che sarebbe “in contrasto con la diligenza professionale e come tale censurabile il comportamento della banca che, pur ritenendo di offrire alla clientela il prodotto mutuo di surrogazione, addebita al consumatore costi non giustificati dalle caratteristiche dell'operazione posta in essere, contravvenendo al disposto normativo”.

B) Il secondo profilo motivazionale (ritenuto “di per sé autonomamente idoneo” a giustificare l'adozione del provvedimento impugnato) si sofferma sulla “scorrettezza del comportamento della banca sotto il profilo della violazione dei doveri di corretta informazione che gravano sulla stessa ai sensi degli articoli 20, 21, 22 e 23, comma 1, lettera t), del Codice del Consumo”.

Tale assunto muove dalla rilevanza acquisita dalla correttezza dell'informazione offerta dal professionista al consumatore, quale elemento cardine del dovere di diligenza professionale, come delineato dalla disciplina comunitaria della materia (direttiva 2005/29 CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno).

Con riferimento alla fattispecie in esame, si chiarisce che “le finalità della nuova disciplina sulla portabilità dei mutui [...] verrebbero frustrate

ove i professionisti non rappresentassero o rappresentassero in maniera inesatta ai consumatori le possibilità offerte dalla suddetta normativa”; dovendo in tale contesto ritenersi “che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche nell’informazione alla clientela debbano ricostruirsi tenendo conto dei suesposti dati normativi e del *favor* espresso dal legislatore per la portabilità gratuita dei mutui, nel senso di riconoscere uno specifico dovere a carico della banca di dare al cliente un’informazione corretta circa le condizioni di mercato e la disciplina normativa in materia di portabilità dei mutui”.

Alla stregua di quanto sopra riportato, l’Autorità ha ritenuto contraria al predetto dovere di diligenza informativa “la condotta della banca diretta a scoraggiare le scelte del consumatore in favore della portabilità del mutuo dapprima, prospettando ingannevolmente la sostituzione del mutuo quale soluzione unica o preferibile offerta al consumatore dal mercato per far fronte alle sue esigenze e, successivamente, prospettando al cliente oneri per la concessione del nuovo contratto di mutuo collegato alla surrogazione, rappresentando lacunosamente o ingannevolmente la disciplina normativa della materia, che non consente siffatte pattuizioni e ne sancisce la nullità”.

Pur nel dare atto dell’insussistenza di fondamenti probatori a sostegno dell’assunto come sopra riportato, nondimeno l’Autorità ha ravvisato la presenza di “elementi gravi, precisi e concordanti idonei a provare presuntivamente la suddetta pratica commerciale scorretta”, quali:

- le “evidenti anomalie nei comportamenti dei clienti della banca, che possono difficilmente giustificarsi qualora agli stessi fosse stato offerto un quadro informativo completo e corretto”;



A handwritten mark or signature, consisting of a vertical line with a small hook at the bottom right.

- e l'avvenuta stipulazione, fino al 23 aprile 2008, "piuttosto che operazioni di portabilità gratuita, operazioni di sostituzione del mutuo (in numero pari a 29 fino al 31 dicembre 2007, a 7 dal 1° gennaio 2008 al 1° febbraio 2008 e a 44 dal 1° febbraio al 23 aprile 2008, operazioni comprensive di casi in cui l'importo richiesto dal mutuatario era differente, anche non di molto, rispetto al debito residuo) o operazioni di portabilità onerose (in numero pari a 3 dal 1° febbraio 2008 al 23 aprile 2008)".

Nell'escludere, poi, la condivisibilità della tesi, prospettata dagli operatori creditizi, circa la riconducibilità della mancata attuazione della disciplina della portabilità alla scarsa chiarezza dell'originario dettato normativo (e ciò in quanto, anche dopo la novella del 2008 sarebbero state effettuate "sostituzioni a condizioni onerose"), la resistente ha conclusivamente ritenuto che, in ragione dell'omessa o falsa rappresentazione della disciplina della materia e delle opportunità offerte al cliente, l'operatore creditizio "abbia falsato in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore in relazione al prodotto (art. 20, comma 2, Codice del Consumo): o omettendo informazioni rilevanti di cui il medesimo ha bisogno per prendere una decisione consapevole (art. 22, comma 1, del predetto Codice) oppure fornendo informazioni non rispondenti al vero (art. 21, comma 1, del predetto codice), anche in relazione allo specifico divieto di comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto (art. 23, comma 1, lettera t)".

2.3. L'articolato *iter* motivazionale innanzi riportato consiglia di esporre sinteticamente i parametri normativi la cui violazione è stata ascritta



Handwritten signature or mark.

alla ricorrente.

Rileva in primo luogo l'art. 20 Cod. cons., che nello stabilire un divieto generalizzato di pratiche commerciali scorrette (comma 1), assume che siffatta connotazione sia qualificata dalla presenza di una condotta "contraria alla diligenza professionale" che falsi o sia idonea a falsare "in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori" (comma 2).

Il successivo art. 21 (comma 1) sancisce, poi, che si considera ingannevole una pratica commerciale recante informazioni non rispondenti al vero o che, "seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso" (gli elementi cui la norma si riferisce sono: l'esistenza o la natura del prodotto; le sue caratteristiche principali; la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente; i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso; e così via).



Ai fini in esame, appare di particolare interesse la previsione dettata dal comma 2: “è altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

- una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita;

- il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice”.

Lo stesso Codice reca specifici riferimenti all’idoneità dell’eventuale deficit informativo a qualificare come scorretta la pratica commerciale; rilevando sotto tale aspetto, alla luce del riportato impianto accusatorio, quanto previsto all’art. 22, ai sensi del quale: a) “è considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” (comma 1); b) “una pratica



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small flourish at the bottom.

commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso" (comma 2).

Va da ultimo ricordato l'art. 23, comma 1, lett. *t*), a tenore del quale "sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali: [...] comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato".

3. Al fine di assumere rilevanza nel quadro degli interventi repressivi rimessi all'Autorità, l'ingannevolezza della pratica commerciale deve dunque essere identificata (pur nella variegata tipologie di condotte e fattispecie analiticamente individuate dal Codice) alla stregua di tre fondamentali coordinate, ravvisabili: a) in una condotta del professionista negativamente connotata sotto il profilo della diligenza; b) in un comportamento del consumatore diverso da quello che quest'ultimo avrebbe tenuto (*rectius*: avrebbe potuto tenere); c) nel nesso di implicazione causale fra gli anzidetti elementi, di guisa che la "non correttezza" della pratica commerciale si sarebbe venuta a porre quale antecedente logico necessario (ancorché non necessariamente unico) a fronte delle "scelte" che il



consumatore abbia posto in essere.

3.1. Il primo degli individuati profili di analisi impone di determinare l'esatta portata contenutistica dell'obbligo di diligenza, segnatamente con riferimento alla figura professionale dell'operatore bancario.

Non è controvertibile che la diligenza ordinariamente richiesta viene ad assumere, quanto alla figura dell'operatore creditizio, carattere di accentuata rilevanza, alla stregua della fondamentale indicazione di cui all'art. 1176, 2° comma, c.c..

La giurisprudenza, con orientamento ampiamente consolidato, ha infatti osservato che l'esercizio dell'attività bancaria, per la sua natura derivante dal modo in cui è autorizzata e riservata agli istituti di credito e disciplinata dal legislatore (si veda in particolare l'art. 14 del d.lgs. n. 385/1993), nonché in ragione della ravvisabilità in essa, oltre che di un'attività d'impresa, anche di un "servizio" per il pubblico, deve ispirarsi al criterio di alta diligenza professionale di cui all'anzidetto art. 1176, 2° comma, c.c..

Nel contesto della dimensione polifunzionale che le banche vanno sempre più accentuatamente assumendo, la diligenza del buon banchiere (qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede) è correttamente invocabile non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione a ogni tipo di atto che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario.

Ai fini del correlativo adempimento, l'obbligo di diligenza, così configurato, va valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma



A handwritten signature, possibly "F. B.", written in black ink.

tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono o impongono.

In altri termini, se non esiste un astratto paradigma suscettibile di integrare un univoco termine di riferimento quanto all'individuazione di un comportamento "diligente" in capo all'operatore creditizio, la concreta commisurazione del relativo obbligo andrà necessariamente parametrata con la condotta concretamente esigibile nella particolare fattispecie in considerazione; e cioè, in quel comportamento che, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda negoziale e al complesso di conoscenze riferibili all'operatore commerciale e alla qualificazione del "contatto" con la clientela (ove riguardato con riferimento agli obblighi informativi non soltanto di carattere preliminare, ma anche contestuali o successivi al perfezionamento dell'operazione), sia o meno suscettibile di essere interpretato come "pratica commerciale scorretta", ossia contrario al suddetto dovere di diligenza e, ulteriormente, suscettibile di orientare in maniera decettiva le scelte dei consumatori (inducendo, per l'effetto, questi ultimi verso opzioni altrimenti non privilegiate).

Depone in tal senso la normativa comunitaria di riferimento (direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno), allorquando: a) definisce la nozione di "diligenza professionale" (art. 2), prendendo in considerazione, "rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da



un professionista nei confronti dei consumatori”; b) sancisce (art. 5) che le pratiche sleali sono quelle contrarie alle norme di diligenza professionale, e che falsano o sono idonee a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del “consumatore medio”.

Come verrà di seguito dimostrato, il quadro normativo di riferimento (e, con esso, le correlate indicazioni interpretative e applicative) non proponeva all’imprenditore creditizio univoche coordinate di operatività: di guisa che, in difetto dell’elemento presupposto (compiuta cognizione dei termini dell’operazione), appare invero non esigibile l’offerta alla clientela di un corredo informativo del quale lo stesso operatore creditizio non era in possesso.

3.2. Rinviando, pertanto, al prosieguo l’illustrazione dell’incompletezza dell’originario assetto normativo e delle ambiguità che hanno assistito il progressivo “aggiustamento” delle disposizioni contenute nel d.l. 7/2007, rileva il Collegio come la sottoposta fattispecie non consenta di ravvisare la presenza dei presupposti della pratica commerciale scorretta.

Né è dato rinvenire nel comportamento stigmatizzato dall’Autorità una valenza univocamente decettiva rispetto alle scelte economiche poste in essere dalla clientela rivoltasi alla banca per l’operazione di surrogazione del (nel) mutuo da essa originariamente stipulato con altro istituto creditizio.

Tale assunto viene svolto dall’Autorità supponendo che alla non tempestiva offerta della surrogazione (e, quindi, del subingresso della banca nel contratto di mutuo esistente) si sia accompagnata l’offerta di sostituzione del mutuo stesso: la quale, venendo proposta alla clientela con carattere di esclusività, avrebbe diversamente orientato le scelte di



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small loop at the bottom.

quest'ultima verso un "prodotto" (*rectius*: una fattispecie negoziale) non soltanto "diversa" rispetto al paradigma introdotto dall'art. 8 del d.l. n. 7/07, ma – soprattutto – maggiormente onerosa, al solo fine di consentire il conseguimento di utilità economiche che la "gratuità" della sostituzione avrebbe impedito di ottenere.

Questa impostazione non appare tuttavia condivisibile ove si consideri che il carattere totalmente (o essenzialmente) non oneroso della surrogazione non soltanto era estraneo all'originario impianto dell'art. 8 d.l. n. 7/2007 (pur a seguito delle integrazioni apportate in sede di conversione), ma neppure ha acquisito incontrovertibile chiarezza a seguito dell'ulteriore intervento manipolativo realizzato con la legge 244/2007 (finanziaria per il 2008).

In ogni caso, laddove una tale pratica "orientativa" sia stata effettivamente posta in essere da uno o più istituti di credito nei confronti della clientela sul presupposto dell'intento (peraltro indimostrato) di conseguire profitti economici per effetto della proposta operazione di sostituzione (in luogo della surrogazione) del mutuo, allora non è dato comprendere la portata concretamente decettiva o fuorviante di tale politica imprenditoriale, ove si consideri non soltanto che il cliente (eventualmente insoddisfatto dell'opzione al medesimo offerta da una banca) ben avrebbe potuto rivolgersi altrove, ma soprattutto che, in assenza di alcun obbligo legale a contrarre (e a contrarre esclusivamente mediante surrogazione del mutuo), ben avrebbe potuto qualsiasi banca, quand'anche in presenza di un chiaro quadro di riferimento, continuare a proporre alla clientela esclusivamente la sostituzione e non anche la surrogazione, ove ritenuta



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small flourish at the bottom.

maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale (forse censurabili, ma sicuramente) *ex se* non interpretabili in termini di sanzionabile scorrettezza.

Da quanto sopra esposto deriva che il termine di riferimento preordinato all'individuazione della "non correttezza" della pratica commerciale non incontra, nella vicenda all'esame, sicuri elementi di riscontro, se non all'interno di una ricostruzione fondata sulla pratica ablazione della libertà negoziale in capo all'operatore economico: al quale, in presenza dell'introduzione della surrogabilità del mutuo, sarebbe risultata preclusa la perdurante proponibilità della sostituzione, pena – altrimenti – l'univoca assimilabilità della condotta (invece pur sempre sussumibile nel novero della libertà negoziale, della quale devono poter godere tutti gli operatori economici presenti sul mercato) a una pratica commerciale "scorretta".

3.3. Si deve ancora rilevare come (non soltanto l'avvio del procedimento, ma anche) le conclusioni alle quali è pervenuta l'Autorità si dimostrino inficiate dalla considerazione riservata ad elementi presuntivi la cui concludenza – nei limiti a tale riguardo più volte delineati dall'elaborazione interpretativa giurisprudenziale – incontra margini di perplessità.

Il Collegio è invero consapevole dell'intrinseca difficoltà che le indagini rimesse all'Autorità (segnatamente in tema di garanzia dell'equilibrio concorrenziale) propongono quanto all'acquisizione di un congruo apparato probatorio, idoneo a fornire il supporto giustificativo ai fini dell'individuazione di comportamenti suscettibili di formare oggetto di misure sanzionatorie.



Con riferimento all'elaborazione ermeneutica formatasi a proposito della configurabilità di condotte illecite *sub specie* di concertazione fra imprese in funzione anticompetitiva (ma i relativi principi rivelano sicura esportabilità anche nella materia ora all'esame) la Sezione ha avuto modo più volte modo di affermare che, in presenza di una oggettiva rarità dell'acquisizione di una prova piena (c.d. *smoking gun*) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso, si rivela nondimeno sufficiente, e necessaria, l'emersione di elementi indizianti, purché assistiti dalle note coordinate di gravità, precisione e concordanza.

In assenza di siffatti elementi indiziari di riscontro, la costruzione logica di carattere induttivo si riduce a pregnanza meramente "sintomatica" di una condotta illecita sul versante soggettivo, a condizione che non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare i comportamenti oggetto di indagine alla stregua di razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice.

Sicché, se non vi sono ulteriori elementi di riscontro, la dimostrazione di una pratica illecita si concreta nella prova logica (il cui onere incombe sull'Autorità), rappresentata dall'impossibilità di dare una diversa spiegazione capace di collegare la situazione di mercato alle normali scelte imprenditoriali (cfr. T.a.r. Lazio, sez. I, 14 settembre 2007 n. 8951).

Allo stesso modo, l'assenza di elementi strettamente "probatori" caratterizzante l'indagine intrapresa dall'Autorità avrebbe dovuto necessariamente implicare l'ostensione di profili indizianti, rilevanti sotto le



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small flourish at the bottom.

individuate connotazioni di gravità, precisione e concordanza, suscettibili di ricondurre la condotta tenuta da taluni operatori creditizi (fra i quali l'odierna ricorrente) nell'alveo della pratica commerciale scorretta.

3.4. Più specificamente, ritiene il Collegio che i riscontri acquisiti nel corso della pur articolata procedura in esame non paiono idonei a supportare l'irrogata misura sanzionatoria, presentando lo stesso avvio del procedimento istruttorio corrispondenti elementi di perplessità.

L'iniziativa di *public enforcement* ha preso infatti spunto da un'indagine condotta dall'associazione Altroconsumo con il sistema del c.d. *mystery shopping*. Con tale espressione (letteralmente "compere mistero"; diversamente denominato, nella pratica commerciale, come *ghost shopping*, *secret shopping*, *mystery customers*, *anonymous audits*, *virtual customers*, *employee evaluations*, *performance audits*) si intende generalmente una pratica di marketing usata principalmente nell'ambito dei servizi, adottata dalle organizzazioni per monitorare le proprie procedure, verificare l'erogazione di servizi o la vendita dei prodotti e acquisire elementi di garanzia in ordine alla soddisfazione dei propri clienti. Attraverso questa tecnica, un'azienda può rilevare e valutare in modo anonimo, per mezzo di consumatori addestrati, la qualità dei servizi, le procedure, il comportamento dei dipendenti, il merchandising e la qualità dei prodotti. Elemento indispensabile di tale metodologia sono i "clienti misteriosi" (*mystery shoppers*), che vengono assoldati per creare situazioni reali o simulate, col compito di valutare i comportamenti, la gestione e la capacità del personale coinvolto nell'erogazione del servizio (ad esempio, in un punto vendita, possono essere valutate le condizioni del punto vendita, la capacità di



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small hook at the bottom.

vendita degli operatori all'interno, ecc., in generale l'esperienza provata nell'eseguire l'acquisto).

L'impiego di questo sistema ha implicato, nella fattispecie all'esame, lo svolgimento di campionature – effettuate peraltro presso un numero significativamente esiguo di filiali bancarie –, per effetto delle quali è emerso un contegno qualificato da un prevalente orientamento della clientela verso operazioni di sostituzione (in luogo di surrogazione) del mutuo; e ulteriormente connotato da un'affermata inadeguatezza informativa verso la (fittizia) clientela (in realtà, operatori di Altroconsumo) presentatasi presso gli sportelli per sollecitare l'attuazione delle disposizioni di legge per cui è controversia.

Non è certo revocabile in dubbio la liceità di tale pratica di indagine; ma solleva perplessità l'acritica utilizzazione di essa da parte dell'Autorità per assumere, in ragione delle risultanze acquisite da Altroconsumo in esito all'indagine come sopra svolta, la presenza di diffuse pratiche commerciali scorrette.

Si è in altri termini verificata una vera e propria "traslazione" di poteri dalla pubblica autorità verso un soggetto privato che, quantunque statutariamente impegnato nella tutela dei consumatori, nondimeno rileva intrinseche connotazioni certo non assimilabili alla sostanza del potere pubblico (e, conseguentemente, alla finalità ad esso immanente, con ogni evidenza protesa al perseguimento dell'interesse pubblico) al quale, solo, può essere ammissibilmente affidata l'assunzione di elementi suscettibili di inalveare (con l'attivazione di un formale procedimento) l'esercizio di poteri sanzionatori che costituiscono esclusiva prerogativa dell'Autorità.



Si vuole cioè sottolineare che, fuori da sedi aventi vocazione divulgativa o informativa (elettivamente allocate all'interno di strumenti di comunicazione di massa), l'utilizzazione strumentale fatta dall'Autorità di attività di indagine o di verifica poste in essere da soggetti privati si rivela gravemente inappropriata, venendosi a determinare una pratica "commistione" di ruoli che, invece, devono essere tenuti rigidamente distinti.

Con questo non si intende certo escludere che associazioni di utenti o di consumatori non rivestano, nell'attuale quadro ordinamentale, legittimazione alla sollecitazione dei poteri pubblici, alla stessa stregua di quanto riconoscibile in capo a ciascun cittadino: ma proprio questa considerazione non può condurre ad ammettere che siffatta facoltà di mero impulso possa trasmodare nella concreta effettuazione di iniziative sussumibili nel novero delle attività propriamente "istruttorie", che solo la pubblica autorità è autorizzata a compiere e nell'ambito della quale non possono essere eclissate le garanzie che l'ordinamento stesso pone a tutela dei soggetti incisi dall'esercizio del relativo potere.

Diversamente, la vicenda all'esame ha proposto (non soltanto quale mero atto di sollecitazione all'esercizio del potere di indagine da parte dell'Autorità garante; ma, piuttosto), quale elemento che ha concretamente fornito la linea-guida dell'intero svolgimento procedimentale, gli esiti ai quali ha condotto il *mystery shopping* effettuato da Altroconsumo, le cui risultanze – peraltro statisticamente sfornite di elementi di concludente significatività – hanno indotto il convincimento (non smentito neppure dal compimento dell'istruttoria endoprocedimentale) dell'effettiva presenza di



una “pratica” asseritamente caratterizzata dal carattere di indiscriminata diffusione.

Una necessaria serietà dell’indagine avrebbe invece dovuto imporre – diversamente da quanto gli acquisiti atti propongono all’attenzione – la compiuta verifica dell’effettiva connotazione dimensionale del fenomeno emerso dal *mystery shopping* come sopra condotto.

La mancata dimostrazione circa tale effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché dell’identità) di taluni comportamenti esclude che essi possano *ex se* assurgere al rilievo di “pratica”: ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dall’operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità.

E ciò soprattutto laddove, come nel caso in esame, si sia in presenza di un’intrinseca e diversificata articolazione territoriale dell’azienda, non potendosi prendere in considerazione, con carattere di assolutezza o di aprioristica significatività, comportamenti posti in essere da isolati segmenti organizzativi, per i quali non venga compiutamente esclusa una connotazione meramente episodica.

4. Se le considerazioni in precedenza esposte consentono di escludere che le risultanze dell’istruttoria conducano, con carattere di incontrovertibile rilevanza, all’emersione di una “pratica” qualificata *sub specie* di contrarietà agli obblighi di diligenza (e, quindi, scorretta), proprio con riferimento alla configurazione, in termini di compiuta esigibilità, di un obbligo di diligenza – suscettibile di informare non soltanto la condotta degli operatori creditizi nei confronti della clientela che ai medesimi si sia rivolta al fine di



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small hook at the bottom.

promuovere la surrogazione in un mutuo già esistente; ma, a monte, l'obbligo di informazione circa le relative condizioni – rileva, con carattere di inevitabile pregnanza, la non univocità interpretativa non soltanto dell'istituto della surrogazione del mutuo, ma anche del quadro normativo di riferimento, riguardato in relazione sia alla successione di norme primarie disciplinanti la c.d. portabilità del mutuo sia alle eterogenee indicazioni applicative susseguitesì fin oltre l'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008.

4.1. Un primo ordine di considerazioni merita di essere speso con riferimento alla profonda modificazione realizzatasi, rispetto all'originario assetto normativo divisato dal decreto legge 7/2007, per effetto delle disposizioni dettate dalla ricordata legge finanziaria.

I primi tre commi dell'art 8 del d.l. 7/2007 (modificati dalla legge di conversione 40/2007) prevedevano, infatti, che:

- “in caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile”;
- “nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata”;
- “è nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small flourish at the bottom.

facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto”.

Con le riportate disposizioni ha dunque trovato disciplina (esclusivamente) il profilo della c.d. “portabilità passiva”, inerente al rapporto fra l’originaria banca (mutuante) e il cliente (mutuatario) che intendesse avvalersi della facoltà della surrogazione: sancendosi, come si è avuto modo di vedere, la nullità di patti volti a impedire – o anche soltanto a rendere oneroso – il trasferimento del mutuo presso altra azienda creditizia.

Soltanto con il comma 450 dell’art. 2 l. 24 dicembre 2007, n. 244, è stata disciplinata anche la c.d. “portabilità attiva” del mutuo, mediante inserzione di un nuovo comma (3-bis) all’art. 8, che così recita: *“la surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l’esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l’istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi”*.

Il lato attivo della portabilità inerisce, diversamente da quello passivo, al rapporto fra banca subentrante (nuovo mutuante) e cliente mutuatario: e per esso, ma solo con l’entrata in vigore della citata legge finanziaria, è stata stabilita, nel caso di accettazione del subingresso nell’originario contratto di mutuo da parte di un istituto di credito, il divieto di imporre al cliente spese o commissioni peraltro riguardanti esclusivamente: la concessione del



f

“nuovo” mutuo, l’“istruttoria” e gli “accertamenti catastali”, rimanendo fuori dalla riportata declaratoria gli “oneri notarili”, per i quali è stato necessario un terzo intervento legislativo.

Può comunque fin da ora puntualizzarsi:

- che per il periodo intercorrente dal gennaio 2007 (data di entrata in vigore del decreto n. 7/2007) e il gennaio 2008 (data di entrata in vigore della finanziaria) l’esclusiva disciplina della portabilità passiva imponeva sugli operatori creditizi il solo obbligo di non rendere onerosa la richiesta di portabilità del mutuo ad altra banca;

- mentre solo a partire dal gennaio 2008, ma nei limiti innanzi specificati, ha assunto carattere di non onerosità anche l’erogazione del mutuo da parte della banca subentrante nell’originario rapporto.

A tale considerazione accede un ulteriore corollario, avente diretta inerenza in ordine alla valutazione della condotta posta in essere dagli operatori creditizi oggetto di indagine da parte dell’Autorità.

E infatti: a) fino al dicembre 2007 non si dimostra ragionevolmente esigibile che essi, quanto alla praticabilità di operazioni di c.d. surrogazione attiva, non ponessero a carico della clientela gli oneri di perizia, istruttoria, per gli accertamenti catastali e notarili; b) soltanto a partire dal 1° gennaio 2008 le anzidette spese (con esclusione di quelle notarili) non potevano più essere addebitate, da parte dell’operatore bancario subentrante, ai richiedenti la surrogazione; c) il divieto di addebitabilità alla clientela è stato esteso anche alle spese notarili solo per effetto dell’entrata in vigore del comma 1-bis dell’art. 2 d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (introdotto dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2).

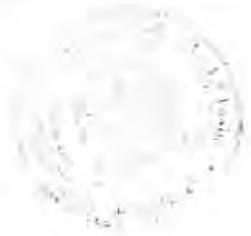
4.2. Tanto precisato con riguardo alla condotta *ratione temporis* reclamabile da parte delle aziende creditizie, intende ora il Collegio soffermarsi sulla stessa configurazione dell'istituto della surrogazione, alla luce del richiamo espressamente operato dall'art. 8, comma 1, d.l. n. 7/2007 alle indicazioni dettate dall'art. 1202 c.c., secondo cui *“il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo”*.

Può invero rilevarsi come, in linea generale, la surrogazione realizzi una successione nel rapporto obbligatorio (e, quindi, nel credito e non nel contratto).

Se, affinché la surrogazione abbia effetto, non occorre il consenso del creditore (originario) e neppure è necessaria una manifestazione di volontà di accettazione da parte del terzo (il creditore subentrante-nuovo mutuante), atteso che l'effetto surrogatorio si realizza *ex lege* al ricorrere delle condizioni previste nel citato art. 1201 c.c., non può tuttavia escludersi l'esercitabilità, in capo al terzo, di una facoltà di rifiutare il subingresso nel rapporto preesistente. Deriva da tale postulato che il trasferimento del mutuo non comporta, in capo al soggetto individuato dal mutuatario quale “nuovo” creditore, alcun obbligo a contrarre: potendo quest'ultimo, come osservato, ricusare di subentrare nel rapporto.

Né, altrimenti, la disciplina di legge ha sancito, con riferimento alla posizione del subentrante, alcun obbligo a contrarre.

L'anticipazione in ordine alle tematiche generali in tema di surrogazione (di cui alle considerazioni che precedono) si è resa necessaria,



nel quadro dell'impostazione sistematica che il Collegio ha inteso seguire ai fini della trattazione del sottoposto *thema decidendum*, proprio in considerazione della rilevanza assunta, con specifico riferimento alla vicenda in esame, dall'esclusa configurabilità, in capo al subentrante mutuante, di una posizione connotabile in termini di "obbligatorietà" quanto al subingresso nel rapporto esistente fra originario mutuante e mutuuario.

Come diffusamente osservato dall'Autorità, un'evidenza "sintomatica" della condotta non corretta in proposito osservata dagli operatori creditizi (nell'immediatezza dell'entrata in vigore del decreto legge 7/2007; e anche per periodi ulteriori e successivi, in taluni casi protrattisi fin oltre la finanziaria 2008 e le modifiche da essa apportate all'originario impianto del predetto decreto) sarebbe asseritamente dimostrata dall'offerta alla clientela, in luogo della surrogazione nell'originario contratto di mutuo, della sostituzione di quest'ultimo con un nuovo rapporto, stipulato fra il cliente (precedente mutuuario) e l'azienda di credito, in difetto di alcuna vicenda traslativo-derivativa trovante causa nel pregresso rapporto, rispetto al quale il "nuovo" contratto di mutuo integrerebbe la presenza di una vicenda negoziale del tutto diversa.

Proprio la carenza di connotazioni in termini di "obbligatorietà" dell'accettazione del subingresso nel mutuo consente di escludere che, sotto il profilo in esame, la condotta degli operatori creditizi possa essere – *ex se* riguardata e in assenza di concludenti elementi indiziari rilevanti ai fini di una diversa qualificabilità di quest'ultima – legittimamente stigmatizzata in termini di "non correttezza"; e ciò in quanto:

- non soltanto la fase di prima attuazione delle disposizioni introdotte



Handwritten signature or mark.

dal d.l. n. 7/2007 proponeva ambiguità e difficoltà di ordine interpretativo e applicativo tali da giustificare il ricorso allo strumento della sostituzione in luogo della neo-introdotta surrogazione; e ciò almeno fino al momento in cui il quadro complessivo delle implicazioni indotte dalla portabilità del mutuo non avesse raggiunto adeguati livelli di chiarezza e di consolidamento operativo,

- ma non può nemmeno ritenersi preclusa, all'interno di un mercato non connotato da regime vincolistico, la libertà per l'operatore economico di "rifiutare" un'operazione, senza che tale scelta di politica imprenditoriale sia univocamente suscettibile di essere interpretata come "scorretta", in difetto di elementi diversamente qualificanti la medesima, ovvero di orientare le scelte della clientela verso un modulo negoziale, piuttosto che nei confronti di un altro.

4.2.1. Ciò premesso, va fin d'ora osservato come le nuove disposizioni proponessero insanabili ambiguità ermeneutiche che si sono necessariamente riflesse sulla condotta degli operatori creditizi chiamati a dare attuazione alla sancita "portabilità" del mutuo precedentemente contratto.

La disciplina codicistica di che trattasi, infatti, ha individuato un triplice ordine di condizioni per l'efficacia della surrogazione: in primo luogo, mutuo e quietanza debbono risultare da atto avente data certa (in quanto, atteso che deve sussistere una connessione fra mutuo e pagamento, la data certa è richiesta affinché non sussistano dubbi in ordine all'anteriorità del primo sul secondo); nell'atto di mutuo, inoltre, dev'essere indicata la specifica destinazione della somma mutuata; da ultimo, nella quietanza deve



trovare menzione la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata per il pagamento.

Il rapporto di necessaria connessione fra mutuo e pagamento implica che se il debito precedente non può essere, all'atto in cui viene esercitata la surrogazione, completamente estinto (venendo in tal caso meno la causa stessa del negozio di cui all'art. 1202 c.c.), d'altro canto, l'importo del nuovo mutuo non può risultare di importo superiore al debito originario, pena, altrimenti, l'inadeguatezza della originaria garanzia ipotecaria che deve, invece, rimanere sostanzialmente inalterata.

Se è vero che il comma 1 dell'art. 8 del decreto legge 7/2007 espressamente stabilisce che "la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile", ne consegue che il termine deve considerarsi sempre a favore del debitore e che devono, in ogni caso, ritenersi illegittime le clausole che vietino l'estinzione anticipata del mutuo.

Soltanto per effetto delle modificazioni introdotte dal citato comma 450 dell'art. 2 della legge 244/2007, l'impianto originario è stato integrato con l'espressa previsione per cui la surrogazione comporta "*il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante*", il contenuto del quale verrebbe peraltro sostituito dalle condizioni stipulate dall'originario mutuatario con la banca subentrante (nuovo mutuante) in un nuovo contratto di mutuo; venendosi per l'effetto a delineare: un istituto tipico del diritto obbligazionario – quale la surrogazione – che determina una sorta di cessione *ex lege* del contratto; l'originario contratto di mutuo che, in luogo di esaurire i suoi effetti, si



trasferisce peraltro svuotato di ogni contenuto; un nuovo contratto di mutuo, stipulato con la banca subentrante.

4.2.2. Se è vero che la surrogazione comporta una successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, riguardando, secondo il paradigma codicistico, esclusivamente tale rapporto e non il rapporto contrattuale, diversamente il modello di surrogazione delineato (per approssimazioni successive) dall'art. 8 d.l. n. 7/2007 ha innovato il fondamentale modello *ex art. 1202 c.c.* introducendo un effetto (non soltanto ulteriore e peculiare; ma anche) non contemplato dalla predetta disposizione codicistica, individuabile nella cessione *ex lege* del contratto in capo al nuovo soggetto mutuante a prescindere dal meccanismo di cui all'art. 1406 c.c.

Se accede a tale impostazione la (conseguente) traslazione in capo al nuovo contraente della legittimazione all'esercizio di tutte le azioni contrattuali già facenti capo all'originario mutuante, ecco che il modello come sopra delineato dalle disposizioni legislative all'esame, quantunque in presenza di un espresso riferimento alla disciplina codicistica della surrogazione in un lato del rapporto obbligatorio, viene a integrare una vera e propria cessione del contratto.

Nella fattispecie ora all'esame vengono allora in considerazione, per espressa indicazione legislativa, due contratti di mutuo, quello pre-esistente e quello nuovo (si confronti, al riguardo, quanto evincibile dal letterale tenore del citato comma 3-*bis*, laddove si parla di "trasferimento del contratto di mutuo *esistente*", escludendosi poi che possano essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del *nuovo* mutuo).

Il rapporto fra i due contratti non è chiaro, secondo quanto



argomentabile dalla disciplina legislativa emergente dalle modificazioni introdotte al decreto 7/2007.

È invece chiaro che, all'interno della vicenda traslativa in argomento, i due distinti contratti sono destinati a una – sia pure temporalmente circoscritta – coesistenza, atteso che il contratto con la banca subentrante individua un elemento costitutivo della surrogazione e, quindi, non può non precedere il momento in cui la surrogazione stessa (e il connesso effetto traslativo da essa realizzato con riferimento al contratto originario) viene a perfezionarsi.

Non si dimostra, invece, compiutamente leggibile il meccanismo giuridico attraverso il quale ciò accade: in particolare rilevandosi come l'intervento normativo in rassegna non risolva le perplessità indotte dalla originaria (ancorché circoscritta) compresenza di due contratti di mutuo, dalla modalità di trasferimento del preesistente contratto di mutuo al nuovo soggetto mutuante e dall'esatta funzione individuabile nel nuovo contratto di mutuo, la cui stipulazione integra la presenza di una condizione necessaria per realizzare l'effetto traslativo del "vecchio" contratto e, quindi, per consentire la surrogazione del nuovo mutuante nella posizione contrattuale facente originariamente capo al precedente istituto di credito.

Le disposizioni di che trattasi possono allora essere comprese, anche sulla base di quanto osservato in dottrina, se al nuovo contratto di mutuo si assegni una valenza (strumentale e) modificativa rispetto a quello originario, producendo effetti giuridicamente rilevanti nel quadro di un rapporto di necessaria presupposizione e implicazione negoziale; di talché la carenza di autonomia del nuovo contratto può trovare adeguata giustificazione ove si



individui un modulo contrattuale “vuoto” (una sorta di *empty box*) destinato a ricevere il “contenuto” del preesistente contratto di mutuo e a sostituirsi al primo all’interno di una vicenda traslativa preordinata non certo alla mera surrogazione *a latere creditoris*, quanto, piuttosto, alla cessione del contratto da parte dell’originario creditore nei confronti del nuovo mutuante.

4.2.3. Quanto sopra esposto serve a evidenziare come anche interventi modificativi programmaticamente preordinati alla chiarificazione del lacunoso quadro emergente dalla combinazione normativa fra decreto legge 7/2007 e legge di conversione 40/2007 si siano, in realtà, risolti nell’introduzione di elementi di ulteriore confusione, atteso che se l’originario riferimento all’art. 1202 c.c. (surrogazione nel credito) poteva trovare nell’impianto originario della norma una sua ragion d’essere (e una sua compatibilità sistematica con le richiamate indicazioni codicistiche), diversamente, la modifica del testo dell’art. 8 veicolata dall’introduzione del comma 3-*bis* ha “sparigliato” l’impostazione primigenia, trasformando una vicenda traslativa relativa alla sola posizione creditoria in una vera e propria cessione del contratto, per la quale il richiamo al sopra citato art. 1202 c.c. si rivela inappropriato.

4.3. Le precedenti considerazioni forniscono adeguati spunti di riflessione in ordine alla perplessa configurazione dell’istituto introdotto dall’art. 8 d.l. n. 7/2007, alla quale non può non accedere un’evidente difficoltà applicativa che assurge – ad avviso della Sezione – a idoneo elemento giustificativo delle incertezze protrattesi successivamente all’entrata in vigore della norma in discorso.

A integrazione e sviluppo di quanto innanzi osservato, non può il



Collegio non soffermarsi sul complesso divenire degli interventi modificativi operati sull'originario impianto dell'art. 8, quale ulteriore – e non certo secondario – elemento di incertezza offerto all'attenzione degli operatori creditizi: di quei soggetti, cioè, chiamati (in teoria fin dal giorno successivo all'entrata in vigore del d.l. 7/2007) a rispondere alle domande della clientela che legittimamente avrebbe potuto loro rivolgersi per sollecitare un'immediata attuazione della portabilità, mediante trasferimento del mutuo da un'azienda di credito a un'altra.

4.3.1. Come già rilevato, le disposizioni originariamente introdotte dal d.l. 7/2007 hanno formato oggetto, in meno di un anno, di due interventi modificativi, realizzati il primo, in sede di conversione in legge del predetto decreto e il secondo, con il comma 450 dell'art. 2 della legge 244/2007 (legge finanziaria per il 2008).

Con riserva di esaminare in seguito i contenuti del terzo intervento legislativo in materia (di cui al d.l. 185/2008, convertito, con modificazioni, in legge 2/2009), va escluso che, in questo scenario di successive approssimazioni contenutistiche della normativa di riferimento, la disciplina in questione delineasse, sin dal momento dell'entrata in vigore del d.l. 7/2007, un compiuto scenario tale da consentire agli operatori creditizi un immediato avvio delle procedure intese a consentire la portabilità del mutuo.

Quanto sopra rileva, soprattutto, con riferimento al carattere di onerosità della procedura in questione e alle stesse modalità applicative, la cui precisazione ha formato oggetto di esplicitazione in epoca largamente successiva anche all'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 7/2007.



A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line with a small flourish at the bottom.

La stessa Autorità, del resto, conferma tale convincimento.

Con segnalazione/parere rif. AS431 in data 22 novembre 2007 – inviata al Ministero dello sviluppo economico, all’ABI e al Consiglio nazionale del notariato – l’Autorità resistente, nel rilevare che “i recenti interventi legislativi, prima il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 e successivamente il d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito con modifiche dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, costituiscono uno stimolo per favorire la mobilità della clientela e lo sviluppo di dinamiche concorrenziali piene tra gli operatori nell’offerta dei servizi finanziari”, nondimeno attesta che, “allo stato” (ovvero, in un momento largamente successivo alla conversione in legge del decreto 7/2007; e a circa un mese dalla promulgazione della finanziaria 2008), sia ancora in atto la percorrenza di una “fase di transizione innescata da tali interventi”, che “stenta a completare il proprio percorso, con grave danno per i consumatori e più in generale per il sistema economico inteso nel suo complesso”.

L’Autorità prosegue osservando che “tale fase di stallo riguarda la possibilità di consentire pienamente ed effettivamente la c.d. portabilità dei mutui, così come delineata dall’articolo 8 del citato d.l. n. 7/2007, come modificato dalla legge n. 40/2007” e che “la possibilità per il cliente di beneficiare, mettendo in concorrenza le offerte attraverso la surrogazione del mutuo e delle relative garanzie accessorie, di condizioni economiche più favorevoli acquista evidentemente ancora più rilevanza nel contesto economico attuale caratterizzato da un rialzo dei tassi di interesse”.

Il parere in rassegna – il cui contenuto non rileva ai fini della presente indagine – si sofferma poi sull’iniziativa assunta dall’ABI e dal Consiglio



nazionale del notariato al fine di delineare una “procedura per la portabilità dell’ipoteca nei contratti di mutuo”: rilevando – quale ulteriore elemento di conferma dell’incertezza attuativa che all’epoca circondava la concreta realizzazione delle rammentate disposizioni legislative – la valutazione esplicitata dall’Autorità relativamente al carattere attuale di una “delicata fase dei mercati”, nell’ambito della quale la “prospettiva di favorire la piena attuazione della portabilità del mutuo” ben poteva incontrare (sia pure con le precisazioni nel parere stesso rassegnate) elementi di realizzazione merco l’iniziativa di autoregolamentazione posta in essere da ABI e CNN.

Va poi soggiunto come il suddetto parere si soffermi, fra l’altro, sugli atti necessari ai fini dell’attuazione dell’operazione di surrogazione (il nuovo contratto di mutuo; la quietanza di pagamento rilasciata dalla banca originaria in cui il debitore dichiara la provenienza della somma impiegata nel pagamento; il consenso alla surrogazione, con cui il debitore surroga la nuova banca mutuante nei diritti di garanzia della banca originaria).

Osserva in proposito l’Autorità: che “mentre i primi due atti sono menzionati dall’articolo 1202 del c.c., espressamente richiamato dall’articolo 8 comma 1 del d.l. Bersani attualmente in vigore, la necessità del terzo atto, con ulteriore onere in capo al debitore/cliente, non appare del tutto scontata”; che “la surrogazione sembrerebbe realizzarsi sostanzialmente attraverso la stipulazione del nuovo contratto di mutuo, ove, verosimilmente, verrà indicato che la nuova banca, d’accordo con il debitore, si avvale delle garanzie accessorie già esistenti”, mentre l’art. 2843 c.c., “ai fini dell’annotazione della surrogazione dell’ipoteca, si limita a richiedere un titolo idoneo, senza menzionare un documento ad hoc in capo



del debitore”; che ulteriori perplessità insorgono dalla “necessità che la banca originaria, una volta soddisfatto il suo credito, presti il consenso alla surrogazione dell’ipoteca; ciò anche considerando che il consenso della banca originaria non appare richiesto per la surrogazione del mutuo (vale a dire il credito principale al quale l’ipoteca accede) e, a maggiore ragione, non dovrebbe essere richiesto per la surrogazione dell’ipoteca”.

Non è chi non veda come dalle riportate considerazioni (che l’Autorità stessa ha ritenuto di esprimere a distanza di circa cinque mesi dall’avvio del procedimento conclusosi con l’irrogazione dell’avversata sanzione) il quadro di riferimento – e, con esso, le disposizioni di carattere attuativo aventi necessaria rilevanza ai fini di un compiuto avvio delle procedure presso gli istituti di credito – rivelasse carattere tutt’altro che univoco.

4.3.2. In tale contesto si inserisce, inoltre, la circolare del 17 dicembre 2007, con la quale ABI ha informato gli associati di aver definito una procedura sulla portabilità nei contratti di mutuo *ex art. 8 d.l. 7/2007*.

In tale documento viene precisato che “la procedura - improntata a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi - non permette di applicare alcun costo di qualsiasi natura al cliente ed interviene solo nella fase esecutiva di un’operazione di portabilità del mutuo, ovvero a valle del processo di scelta della banca subentrante effettuato dal cliente” e che “ai fini della concessione del nuovo mutuo le banche sono libere di adottare la procedura in esame ovvero di definire soluzioni operative alternative”.

Viene, poi, ulteriormente dettagliata l’articolazione della procedura stessa, mediante individuazione di tre distinte fasi: di “avvio” (richiesta per



iscritto, rivolta dal cliente alla banca subentrante, di acquisire dalla banca originaria l'esatto importo del proprio debito residuo, concordando anche una possibile data per la formalizzazione dell'operazione; comunicazione, da parte di quest'ultima nei confronti della banca originaria della richiesta del cliente e la data di formalizzazione dell'operazione); di "comunicazione dell'importo del debito residuo" (comunicazione, da parte della banca originaria alla banca subentrante ed al cliente, dell'importo del debito residuo alla data concordata per la formalizzazione dell'operazione); di "formalizzazione dell'operazione di portabilità" (perfezionamento dell'operazione mediante stipula del contratto di mutuo e contestuale rilascio dalla banca originaria, contro pagamento di quanto dovuto, di apposita quietanza; richiesta, da parte della banca subentrante ai sensi dell'art. 2843 c.c., dell'annotazione del trasferimento a suo favore della garanzia ipotecaria già iscritta).

Nella circolare in questione viene precisato, ancora, che "la procedura per la portabilità nei contratti di mutuo è comunque immediatamente operativa, a prescindere dalla data di disponibilità della procedura di colloquio elettronico interbancario".

Peraltro, siffatta "immediata operatività" riceve qualificazione contenutistica nei termini dianzi riportati a distanza di circa dieci mesi dall'entrata in vigore del decreto legge 7/2007: per l'effetto non potendo la Sezione omettere dall'interrogarsi non soltanto in ordine all'esigibilità di un'"immediata" attuazione della surrogazione attiva all'indomani dell'entrata in vigore del testo normativo da ultimo menzionato, ma, soprattutto, in ordine all'incidenza sulla qualificazione, in termini di



“diligenza”, di una condotta, la quale, lungi dall’essere (peraltro indimostratamente) connotata da un intento “ostruzionistico” (quando non, addirittura, “penalizzante”) nei confronti della clientela sollecitante la surrogazione, trova più agevoli profili di comprensione proprio nella divisata incertezza interpretativa del dato normativo primario e, derivativamente, nella non univoca delineazione delle rivenienti coordinate applicative, suscettibili di informare le procedure direttamente finalizzate a dare concreta attuazione all’operazione di che trattasi.

4.3.3. Analoga parcellizzazione delle indicazioni di carattere interpretativo e operativo è riscontrabile con riferimento alle questioni concernenti la corretta attuazione della pubblicità immobiliare a seguito dell’operazione di surrogazione *ex art. 8 d.l. 7/2007* e la possibilità di eseguire annotazioni di surrogazione a margine di ipoteche già oggetto di annotazioni di frazionamento.

I chiarimenti al riguardo forniti dalla Direzione centrale dell’Agenzia del territorio con circolare n. 7 del 21 giugno 2007 e con circolare n. 5 del 28 luglio 2008 prendono spunto dai “dubbi interpretativi segnalati” in sede di prima applicazione “in relazione a due distinti profili: il primo, di matrice civilistica, concerne il reale significato attribuibile alla locuzione ‘senza formalità’, contenuta al comma 2, ai fini di una corretta pubblicità immobiliare delle annotazioni di surrogazione; il secondo, di natura prettamente fiscale, riguarda, invece, l’individuazione del corretto trattamento tributario applicabile in sede di esecuzione delle formalità di annotazione di cui trattasi (ovviamente riferito ai soli tributi di competenza di questa Agenzia)”.



Handwritten signature or mark.

Se tale rilievo conferma le ambiguità ermeneutiche poste dall'originaria formulazione delle disposizioni all'esame, si osserva che, alla stregua di quanto esposto nella prima delle indicate circolari:

- se il secondo periodo dell'art. 8, comma 2, del d.l. 7/2007 prevede che "l'annotamento (*rectius*: annotazione) di surrogazione, da eseguire a margine dell'iscrizione dell'ipoteca ai sensi dell'articolo 2843 c.c., possa essere richiesto al conservatore" senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata;

- "ai fini della corretta individuazione della *ratio* sottesa alla predetta locuzione, non può non tenersi conto che l'espressione 'senza formalità' – comunque connessa alla espressa previsione della presentazione di una specifica richiesta di annotazione di surrogazione, corredata dall'allegazione del relativo titolo – lascia trasparire l'intento del Legislatore, nell'ottica generale di semplificazione e alleggerimento degli adempimenti posti a carico del consumatore-contribuente, di introdurre una nuova ipotesi di formalità eseguibile d'ufficio, analogamente alla iscrizione dell'ipoteca legale dell'alienante e del dividente (cfr. art. 2834 c.c.), alla trascrizione del fondo patrimoniale costituito per testamento (cfr. art. 2647 c.c.) ovvero – nell'ambito delle formalità accessorie – alle annotazioni previste dall'articolo 113-ter disp. att. c.c.";

pervenendo conclusivamente alla considerazione che "la predetta locuzione 'senza formalità' sia stata utilizzata in senso 'atecnico', posto che l'annotazione costituisce essa stessa – *stricto iure* – una formalità, eseguita dal conservatore sulla base della presentazione di una nota (*rectius*: domanda) e di un titolo idoneo".



Non univoche linee interpretative sono poi poste, secondo quanto osservato nella rammentata circolare n. 5 del 28 luglio 2008, in merito alle annotazioni di surrogazione relative a ipoteche già oggetto di annotazioni di frazionamento.

Osserva per tale fattispecie l'Agenzia che se "la conseguenza dell'efficacia tipica connessa ad un atto di frazionamento ipotecario è che, a fronte dell'inadempimento della singola quota di debito, il creditore perde il diritto di assoggettare ad espropriazione l'intero bene, od una parte qualsiasi di esso, dovendo invece 'concentrare' le proprie pretese sul singolo immobile correlato a tale quota, gravato dal vincolo ipotecario derivante dalla suddivisione del credito e dal frazionamento d'ipoteca", sì che "il risultato a valle del frazionamento è rappresentato da una serie di obbligazioni distinte e di altrettanti vincoli parziali – a garanzia della singole quote di debito – ognuno dei quali dotato di propria autonomia", solo con l'entrata in vigore della disposizione di cui al comma 450 dell'art. 2, l. 24 dicembre 2007, n. 244 la peculiare forma di perenzione prevista dall'art. 13, comma 8-*sexies* del d.l. 7/2007 è stata estesa anche alle ipoteche accollate a seguito di frazionamento, in tal modo trovando "un espresso riconoscimento, anche a livello normativo, il principio in base al quale il frazionamento determina una scissione fra unicità dell'ipoteca sotto il profilo 'iscrizionale' - in forza della quale ogni frazione di ipoteca mantiene pari grado - e pluralità dei vincoli sotto il profilo sostanziale".

4.3.4. In tale ottica va, infine, ricordata la nota in data 17 marzo 2008 (indirizzata ad ABI; e da quest'ultima trasmessa il successivo 15 aprile alle associate), con la quale il Ministero dello sviluppo economico, nel rilevare



che “l’articolo 2, comma 450, lett. c), della legge 24 dicembre 2007 n. 244 [...] prevede la possibilità di ricorrere al trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra cliente e banca subentrante, con l’esclusione di penali o di altri oneri di qualsiasi natura”, ha manifestato il convincimento che *“la predetta esclusione, pur in assenza di una chiara ed esplicita disposizione al riguardo, possa ricomprendere anche le spese notarili”*.

Tale precisazione – la quale, come osservato, dà chiaramente atto della carenza, a oltre un anno dall’entrata in vigore del d.l. n. 7/2007, di univoche disposizioni in materia di spese notarili – adduce un ulteriore elemento idoneo a convincere dell’inadeguatezza del quadro di riferimento; e, con esso, dell’inesigibilità di una corrispondente attuazione, da parte degli operatori bancari interpellati dalla clientela, delle previsioni di legge in considerazione.

Se la parcellizzazione degli interventi legislativi che hanno contribuito alla successiva precisazione delle modalità realizzative della portabilità del mutuo non appare suscettibile di diversa considerazione se non nel contesto di un’iniziativa normativa originariamente contrassegnata da evidente genericità contenutistica (e fatta salva ogni considerazione in ordine a una tecnica normativa “spot” sempre più frequentemente preoccupata di assolvere ad esigenze di immagine e di spendibilità mediatica, più che di compiutezza nella disciplina normativa degli istituti), va osservato come tale argomento – con carattere di diretta inerenza all’odierno *thema decidendum* – abbia ricevuto accentuati elementi di conclusione dall’ultima delle iniziative legislative che hanno contrassegnato il tormentato percorso della



disciplina in disamina.

Il riferimento è al comma 1-bis dell'art. 2 d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale), come introdotto dalla legge di conversione 28 gennaio 2009 n. 2, nel quale viene stabilito che:

- *“anche al fine di escludere a carico del mutuatario qualunque costo relativo alla surrogazione, gli atti di consenso alla surrogazione, ai sensi dell'articolo 1202 del codice civile, relativi a mutui accesi per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale, contratti entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto da soggetti in favore dei quali è prevista la rinegoziazione obbligatoria, sono autenticati dal notaio senza applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese”;*

- *“a tal fine, la quietanza rilasciata dalla prima banca e il contratto di mutuo stipulato dalla seconda banca devono essere forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione”;*

- *“per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente”;*

- *“in ogni caso, le banche e gli intermediari finanziari, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, e successive modificazioni, non applicano costi di alcun genere, anche in forma indiretta, nei riguardi dei clienti”.*



A handwritten signature, possibly "h", is written vertically on the right side of the page, below the stamp.

Tale intervento offre dunque l'elemento (non solo conclusivo, rispetto alle indicazioni in precedenza fornite dal decreto legge 7 e dalla legge di conversione 40, ma soprattutto) normativo avente portata dirimente in ordine alla non onerosità della complessiva operazione di surrogazione riguardata con riferimento all'applicazione di oneri notarili (espressamente esclusi soltanto dal d.l. 185/2008, con eccezione, peraltro, del "rimborso delle spese").

4.4. Nel dare atto della chiara continuità e contiguità logica rilevabile fra le perplessità come sopra evidenziate dal Ministero dello sviluppo economico e la sopravvenienza normativa ora in rassegna, non può esimersi la Sezione dall'osservare come l'intervento legislativo da ultimo preso in esame valga finalmente a esplicitare un essenziale profilo (onerosità complessiva dell'operazione di surrogazione, segnatamente con riferimento all'addebitabilità alla clientela delle spese notarili) contemplato dall'Autorità quale "sintomatico" di una condotta "non diligente" da parte degli operatori creditizi (nella misura in cui, come precedentemente sottolineato, è stata dalla medesima Autorità stigmatizzata l'applicazione di "costi" nei confronti della clientela richiedente).

A tale riguardo, non può non sottolinearsi come la carenza informativa che ha contrassegnato i primi mesi di "avvio" delle procedure di che trattasi si sia protratta non solo in epoca largamente successiva all'arco temporale individuato dall'Autorità quale riferimento per la valutazione di una pratica commerciale "scorretta", ma, addirittura, svariati mesi dopo la chiusura dell'istruttoria e l'adozione del provvedimento finale.

Non è chi non veda – e trattasi di elemento interpretativo che, sia pure

risolventesi in una valutazione di carattere induttivo, riveste tuttavia univoca conclusione – come, in presenza di un (pregresso) quadro normativo sufficientemente chiaro ed esplicito, il Legislatore non avrebbe certo avvertito l'esigenza di procedere a un nuovo intervento manipolativo sulle originarie disposizioni dettate con il ripetuto d.l. n. 7/2007.

Tale argomento, piuttosto, si inserisce in un quadro che, scontando le incertezze applicative indotte sugli operatori dall'inadeguata formulazione della norma *ex art. 8* in discorso, conferma il fondamentale assunto – che il Collegio intende ribadire – circa l'insussistenza di univoche indicazioni di riferimento.

5. La riscontrata carenza dell'elemento soggettivo della violazione addebitata alla ricorrente esclude pertanto che la fattispecie concreta possa essere assoggettata a sanzioni per la violazione delle norme del Codice del consumo indicate nel provvedimento impugnato.

Come si è avuto modo di osservare:

- la disciplina in materia di surrogazione del mutuo esistente ha formato oggetto, nel periodo successivo all'entrata in vigore del decreto legge 7/2007, di successive modificazioni ed approssimazioni contenutistiche di rango normativo primario;

- accessivamente, le indicazioni di carattere interpretativo e applicativo rivolte agli operatori bancari hanno, con omogeneo carattere di progressiva integrazione, formato oggetto di reiterata esplicitazione;

con la conseguenza che – ferma l'impregiudicata autonomia decisionale rimessa all'imprenditore quanto alla scelta di tipologie negoziali (sostituzione in luogo di surrogazione del mutuo), *ex se* insuscettibile di



essere stigmatizzata quale pratica commerciale scorretta in assenza di univoci elementi indizianti il ricorrere di tale fattispecie – non può essere ragionevolmente (e dimostratamente) predicato in capo alla ricorrente il carente impiego, nei confronti della clientela, di una condotta diligente.

Ciò sia con riferimento alla “risposta” fornita dall’operatore bancario ai clienti che sollecitavano la surrogazione del mutuo originariamente contratto, sia – soprattutto – con riguardo al deficit informativo che avrebbe connotato tale condotta, privando l’utenza di essenziali elementi conoscitivi ai fini dell’esercizio di una scelta consapevole.

Come in precedenza diffusamente illustrato, non soltanto l’originaria incompletezza delle indicazioni legislative, ma, soprattutto, la carenza di compiute indicazioni in ordine alle connesse modalità attuative ha impedito all’operatore bancario di acquisire la necessaria e completa consapevolezza circa le condizioni suscettibili di dar luogo alla surrogazione del mutuo: per l’effetto dovendosi escludere che l’atteggiamento di quest’ultimo sia idoneo ad assurgere al rango di pratica commerciale scorretta, attesa l’inesigibilità di una condotta che potesse condurre a un “diverso” atteggiamento nei confronti della clientela.

In tale contesto si inquadrano:

- non soltanto la preferenza, inizialmente manifestata, per il modello negoziale della sostituzione in luogo della surrogazione legislativamente introdotta (per la quale, ribadita ancora una volta l’insussistenza di obblighi a contrarre e, con essa, la libera esercitabilità di scelte di politica imprenditoriale poste in essere dall’operatore bancario in un contesto di mercato connotato da incontestabile autonomia, va esclusa l’intrinseca



A handwritten signature or mark, possibly a stylized letter 'f' or a similar character, located on the right side of the page, below the circular stamp.

contrarietà alle rammentate prescrizioni di cui al d.lgs. 206/2005);

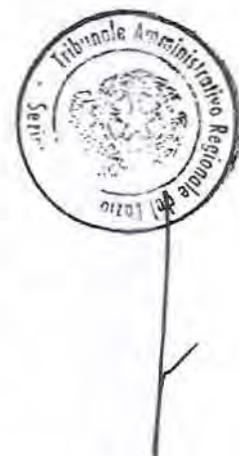
- non soltanto la pur rilevata assenza di univoci elementi di riferimento normativo in ordine alla complessiva non onerosità dell'operazione di che trattasi (rammentandosi al riguardo come soltanto per effetto della conversione in legge del d.l. n. 185/2008 sia intervenuto un dirimente elemento per la non addebitabilità degli onorari notarili strumentali al perfezionamento del negozio);

- ma, soprattutto, l'assenza di un dimostrato intento decettivo a monte della condotta tenuta dall'operatore bancario, ossia della volontà di orientare le scelte della clientela (inducendo quest'ultima ad assumere decisioni che altrimenti si sarebbero diversamente rivolte) al solo fine del conseguimento di un profitto che la sostituzione del mutuo (in luogo della surrogazione) avrebbe consentito di ritrarre.

Gli elementi come sopra considerati consentono perciò di escludere l'esigibilità, da parte dell'operatore bancario, di una condotta (informata a necessari canoni di diligenza) diversa da quella attuata a fronte del complesso delle disposizioni normative primarie caratterizzanti la vicenda. E a tale considerazione accede l'indimostrata configurazione dell'elemento soggettivo qualificante la condotta all'esame, alla stregua delle pertinenti indicazioni ricavabili dal Codice del consumo.

6. In conclusione, il ricorso è fondato e va pertanto accolto, potendo le restanti censure rimanere assorbite. Il provvedimento impugnato deve di conseguenza essere annullato.

La peculiarità della questione consente di ravvisare giuste ragioni per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.



P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnata determinazione.

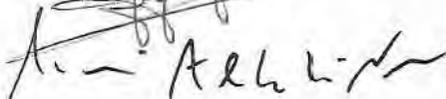
Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 gennaio 2009.

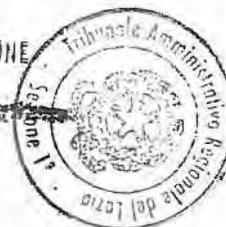
Il Presidente

L'estensore

PUBBLICATA MEDIANTE DEPOSITO IN SEGRETERIA
IL - 6 APR. 2009

IL SEGRETARIO DI SEZIONE



TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

- 6 APR. 2009 SEZIONE 1^

Addi..... copia conforme
alla presente è stata trasmessa
a norma dell'art. 87 del Regolamento
di procedura 17 agosto 1907 n. 642

IL DIRETTORE
DELLA SEGRETERIA

