

19 luglio 2010 18:03

## Commissione di massimo scoperto. Confronto con Bankitalia e art.118 Tub

di Libero Giulietti



Siamo da tempo in prima linea nel seguire le vicende sulla commissione di massimo scoperto (CMS) che costituisce una voce economicamente rilevante del costo del credito bancario e della quale gli intermediari fanno ampio utilizzo.

Dal nostro punto di vista abbiamo, purtroppo, dovuto registrare la mancanza di coraggio e fermezza dei vari interventi legislativi che si sono succeduti e hanno condotto all'ultima formulazione dell'art. 2 bis D.L. 29 novembre 2008 n. 185 convertito con L. 2/2009 che attualmente regola la materia (1).

E' possibile che i proponenti di questa legge coltivassero inizialmente l'ambizioso intento di abolire addirittura il balzello, ma poi, **col passare del tempo e a seguito di pressioni esterne plausibilmente provenienti dal sistema bancario, hanno finito per fare l'opposto legittimandolo ed azzerando, così, anche le statuizioni tranchant della giurisprudenza che si era pronunciata per l'invalidità della clausola.** In questo modo l'originale e meritorio disegno riformatore in campo economico, ha ceduto il passo ad un mediocre compromesso al ribasso generato dal puro e semplice esercizio di rapporti di forza fra le parti interessate.

Come se non bastasse, **la norma in esame ha finito per scatenare** o, quanto meno, non ha impedito, **una vera e propria corsa delle banche all'invenzione e alla applicazione di voci di spesa nuove, in molti casi anche più pesanti per la clientela, della CMS.**

Tali nuove voci di spesa, sostitutive della CMS, sono state, in concreto, aggiunte ai contratti con estrema facilità poiché le banche hanno adottato in massa il congegno della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali previsto dall'articolo 118 Testo Unico Bancario in base ad una interpretazione dell'articolo 2 bis DL. 185/2008 che riteniamo strumentale e censurabile.

L'articolo 118 TUB consente alla banca, qualora sussista un giustificato motivo, di variare, di propria iniziativa, le condizioni economiche concordate mediante invio al cliente di una proposta di modificazione. Se il cliente non recede entro 60 giorni dalla ricezione di questa, la modifica si intende approvata.

Il congegno è di assoluto favore per la banca perché elimina o riduce i contrasti con la clientela che vi sarebbero qualora occorresse acquisire il consenso espresso per ogni singolo contratto. E' altresì favorevole alla banca perché le consente, in pratica, di determinare secondo le proprie esigenze l'intera parte economica (e secondo qualcuno anche giuridica) del contratto.

Tuttavia tale regime di favore costituisce una assoluta eccezione alla disciplina generale dei contratti per cui se la norma prevede la (sola) modificabilità delle condizioni previste nei contratti ("Modifica unilaterale": recita la rubrica dell'art. 118) essa non può essere estesa fino a consentire l'introduzione di condizioni nuove.

Proprio su questo punto - vale a dire sulla illegittimità del ricorso al congegno dell'art. 118 TUB per applicare le nuove condizioni sostitutive della CMS - **avevamo interessato il Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi con una lettera lo scorso 10 settembre 2009.** Qui il testo della lettera ([http://investire.aduc.it/comunicato/commissione+massimo+scoperto+conti+bancari+lettera\\_16267.php](http://investire.aduc.it/comunicato/commissione+massimo+scoperto+conti+bancari+lettera_16267.php))

La Banca d'Italia il 18 giugno scorso ha risposto [con una lettera che si puo' leggere qui](#)

Ringraziamo, prima di tutto, la Banca d'Italia per la risposta e le diamo volentieri atto della sua disponibilità nei confronti del pubblico e della serietà che dimostra nello svolgimento dei suoi compiti dimostrando un atteggiamento che sarebbe auspicabile anche in altre autorità.

**Dal contenuto della lettera abbiamo la conferma** – ne prendiamo atto con piacere - **della netta contrarietà dell'Istituto di Vigilanza a clausole quali la commissione di massimo scoperto o altre caratterizzate, come questa, da complicazione ed opacità.**

Constatiamo che la nuova disciplina di trasparenza prevede obblighi, informativi e organizzativi, più stringenti a carico degli intermediari tenuti a "spiegare" le condizioni contrattuali nei fogli informativi e ad apprestare specifiche

procedure di assistenza al cliente per agevolarlo nella comprensione di clausole complesse quali, appunto, la CMS. Abbiamo, altresì, fiducia che la Banca d'Italia chiederà agli intermediari il puntuale rispetto della normativa di trasparenza svolgendo, a tale scopo, i controlli necessari ed assumendo le misure opportune sia a carico del singolo intermediario sia a carattere generale.

**Purtroppo sul punto specifico da noi sollevato** –ovvero l'illegittima utilizzazione, da parte del sistema bancario, dell'articolo 118 del TUB per introdurre nuove condizioni senza alcuna manifestazione esplicita di consenso da parte del cliente– **nella lettera non c'è una presa di posizione dell'Organo di Vigilanza.**

Sulle ragioni di tale silenzio possiamo fare le supposizioni più diverse: forse la Banca d'Italia si defila dalla questione perché l'art. 2 bis DL 185 rimette la vigilanza sulla sua applicazione al Ministro dell'economia e delle finanze o magari non è d'accordo con noi o non considera di sua competenza dirimere questioni di diritto.

**Il fatto è che questo atteggiamento di silenzio o di neutralità** (emergente anche in altri documenti concernenti la materia come i "Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto") **finisce per diventare (è già diventato) una legittimazione, un avallo per i comportamenti assunti dalle banche.**

Non va trascurato che l'intero sistema bancario si è comportato tutto nello stesso modo introducendo nuove commissioni (i nomi o le varianti tecniche delle voci sostitutive sono, a questi fini, insignificanti). Ciò può avere creato una sorta di fatto compiuto difficile da gestire.

Rispetto a quando scrivevamo la nostra lettera alla Banca d'Italia, sulla specifica questione è, però, intervenuto un fatto nuovo costituito dalla pronuncia n. 172 del 26 marzo 2010 dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) reperibile sul sito Internet del medesimo.

<http://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Apertura%2520di%2520credito/Spese%2520e%2520diritti%2520di%2520commissione/Dec-20100326-172.pdf> )

E' noto che le decisioni di questo Collegio hanno un estremo rilievo per il mondo bancario e sono, per esso, vincolanti.

Le eventuali inadempienze vengono rese pubbliche con evidenti effetti di sanzione reputazionale (cfr. Banca D'Italia - "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni servizi bancari e finanziari" sez. VI par.5). Inoltre è prevista, a carico degli intermediari, l'instaurazione di procedure organizzative in base alle quali il personale adibito alla trattazione dei reclami deve essere al corrente degli orientamenti espressi dall'ABF e deve tenerne conto nella trattazione dei reclami uniformandovi i propri comportamenti.

**La fattispecie decisa riguardava la questione da noi trattata e cioè la legittimità dell'introduzione della "commissione messa a disposizione fondi" in sostituzione della preesistente commissione di massimo scoperto mediante il meccanismo di modifica unilaterale del contratto di cui all'articolo 118 TUB.** A tal proposito il Collegio premette che la "commissione messa a disposizione fondi" è fra quelle che sono ammesse, pur con il rispetto di determinate condizioni, dall'articolo 2 bis del D.L. 29 novembre 2008 n. 185 e conclude nel senso che la modifica unilaterale dei contratti in essere era legittima e conforme al dettato dell'articolo 2 bis comma 3 che esplicitamente legittimava il ricorso all'istituto dello ius variandi di cui all'articolo 118 TUB al fine dell'adeguamento dei contratti in essere alla nuova normativa.

Recita la norma in questione che i contratti in corso "alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia".

Il Collegio ritiene sufficientemente chiara la previsione per cui non fornisce una motivazione molto approfondita. Per contro esso censura il contenuto specifico della proposta di modifica unilaterale dei contratti di apertura di credito in ordine:

- **al meccanismo di calcolo** della nuova commissione ritenuto non rispondente al profilo tracciato dalla legge;  
- **al profilo della rinnovabilità della clausola.** Viene rilevato, a tal proposito, che fa difetto la menzione di un arco temporale predefinito di applicazione della clausola stessa, come invece la legge richiede.

Per queste considerazioni il Collegio perviene alla declaratoria della nullità della clausola e all'accoglimento del ricorso.

Per parte nostra, se condividiamo la seconda parte della decisione relativa ai requisiti previsti per la validità della clausola (indicazione di un termine di scadenza), continuiamo a ritenere che il combinato disposto dell'articolo 2 bis L. 2/2009 e dell'articolo 118 TUB non legittimi l'introduzione unilaterale di nuove condizioni contrattuali stante la ratio legis restrittiva di entrambe queste norme.

Innanzitutto lo stesso ABF avrebbe potuto pervenire a decisione diversa laddove, in futuro, si trovasse ad esaminare voci di spesa sostitutive della CMS, non previste dalla legge, ma oltre e più di questo conta il fatto che l'intento del legislatore non era certo quello di far sì che le banche rimpiazzassero la commissione di massimo scoperto o, addirittura, moltiplicassero le voci di spesa che la sostituiscono come poi è accaduto.

Secondo noi la previsione del "giustificato motivo" l'intervento sulla CMS mirava ad evitare un mero taglio ai ricavi delle banche senza alcuna possibilità di compensazione economica con la conseguenza di legittimare sia i rincari sulla commissione di massimo scoperto, se e nella misura in cui rimaneva legittima, sia i rincari relativi agli altri prezzi e condizioni già dedotti nei contratti. Non c'è però, ragione alcuna per ritenere che essa intendesse alterare l'ambito di applicazione dell'art. 118 TUB.

Lo stesso Arbitro Bancario Finanziario, laddove rileva la mancanza di un termine di scadenza per il patto introduttivo della commissione di messa a disposizione di fondi, non tiene presente che la fissazione di un tale termine postula l'espressione di un consenso espresso apparendo inaccettabile che esso venga rimesso al puro arbitrio della banca. Inoltre rileviamo una incongruenza nel fatto che tale termine, in sede di prima applicazione, verrebbe determinato unilateralmente dalla banca mentre, in seguito, necessiterebbe di un consenso espresso. Per concludere non possiamo che prendere atto della esistenza di un problema che, anche a prescindere dalla CMS, riflette i suoi effetti anche sulle future modifiche contrattuali che le banche andranno ad apportare, per cui ci uniamo a quella parte degli operatori che ritengono opportuno un definitivo chiarimento normativo.

L'occasione favorevole a tale intervento è data – come dice la Banca d'Italia nella lettera - dal recepimento in corso della Direttiva europea sul credito al consumo. In quella sede potrebbe essere riformulato l'articolo 118 c. 1 nel modo che segue (le modifiche al testo attuale sono evidenziate in grassetto):

"Articolo 118

Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali

**1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni economiche previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. In nessun caso detta clausola consente la modifica di condizioni diverse da quelle economiche o l'introduzione in contratto di qualsiasi condizione nuova".**

Qui le nostre iniziative e opinioni in materia

<http://investire.aduc.it/ricerca/?testo=%22commissione+massimo+scoperto%22>

#### Nota

(1) Questo il testo coordinato dell'articolo 2 bis DECRETO-LEGGE 29 novembre 2008 n. 185 (in Suppl. ordinario n. 263 alla Gazz. Uff., 29 novembre, n. 280) convertito, con modificazioni, in legge 28 gennaio 2009, n. 2:

“1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulta a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con atto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento. L'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo.

2. Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996 n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la

rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993 numero 385 e successive modificazioni”.