

# COMMISSIONE di MASSIMO SCOPERTO

*Evoluzione normativa e giurisprudenziale e risvolti operativi in sede di perizia del trattamento delle commissioni addebitate dalla banca ai rapporti di conto corrente.*

di **PAOLO STELLA MONFREDINI E GIUSEPPINA CARRUBBA**

*dottore commercialista e revisore legale - studio tributario societario Stella Monfredini - Cremona e Milano*

*dottore commercialista - studio tributario societario Stella Monfredini - Cremona e Milano*

## INQUADRAMENTO

L'inquadramento della commissione di massimo scoperto (e le sue forme «evolute») nella categoria dei costi del credito applicati

(1) In particolare, l'art. 2-bis, L. 2/2009, così recita:

«1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti 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'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca 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 patto 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.

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.

dalla banche (in relazione a: aperture di credito, sconfinamenti, scoperti di conto) risulta essere particolarmente **difficoltoso**, per lo meno sino all'emanazione della L. 28 gennaio 2009, n. 2.

Infatti è solo con la L. 2/2009 che, per la prima volta, sono fornite le **definizioni** di commissione di massimo scoperto (o «comunque denominata»), sono individuati i **cas** di nullità e sono infine precisate le **condizioni** per la validità delle **pattuizioni** (1). Per molti anni non è infatti stato possibile individuare in modo univoco lo scopo, più tecnicamente, l'oggetto della pattuizione. Se da un lato infatti la cms è stata espressione del rischio assunto dalla Banca rispetto alle variazioni nel costo della provvista, dall'altro lato l'applicazione talvolta entro l'importo affidato e/o utilizzato, tra l'altra oltre l'affidamento, non ha consentito di inquadrare definitivamente la fattispecie tra i costi connessi alla diponibilità o tra quelli connessi all'utilizzo effettivo (su cui già gravavano gli interessi debitori).

I **criteri di applicazione** della commissione, sono stati **diversi**, a partire dalla **base di calcolo**

## CONTO CORRENTE BANCARIO

(punta massimo di scoperto) e in relazione alle modalità di individuazione di tale base all'interno del trimestre analizzato (criterio assoluto calcolando la cms sul massimo saldo dare verificatosi nel trimestre, criterio relativo calcolandola sul massimo saldo dare verificatosi nel trimestre purché faccia parte di una sequenza debitoria ininterrotta di durata superiore ad un numero di giorni predeterminato e/o pari a dieci, criterio misto calcolandola sul massimo saldo dare che si è verificato nel trimestre purché, nello stesso periodo, ci sia stata un'altra sequenza debitoria ininterrotta di durata superiore al numero di giorni predeterminato e/o pari a dieci).

La commissione di massimo scoperto (cms), orfana di una specifica normazione sino al 2008, viene finalmente trattata dall'art. 2-bis, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, conv. con modif. con L. 2/2009, con l'intento di accrescere la trasparenza e contenere i costi a carico degli utenti dei servizi bancari, anzitutto sancendo la nullità della condizione in quei casi di «ingiustificata» applicazione riconducibili a:

- saldo cliente a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni;
- utilizzi in assenza di fido.

La vera innovazione, si legge nel fatto che, dopo anni di anarchia, la norma ha finalmente posto le condizioni di validità della cms, individuandole nell'effettivo utilizzo da parte del cliente della somma messa a disposizione: viene infatti sancita la nullità di quelle clausole, comunque denominate, che ponevano a carico del cliente un onere a fronte della messa a disposizione da parte della Banca di un fondo, indipendentemente dal suo effettivo utilizzo, salvo il caso in cui il corrispettivo previsto non fosse stato predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con pattuizione scritta non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo

e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente.

Di conseguenza, anche ai fini della verifica della soglia usura, 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, ovvero nei casi in cui la commissione è applicata anche nel limite del fido, la stessa è da considerarsi un costo del finanziamento aggiuntivo rispetto agli interessi dovuti e quindi rileva ai fini della dell'applicazione dell'art. 1815 c. c., dell'art. 644 c. p. e degli artt. 2 e 3, L. 108/1996.

Ai fini della trasparenza, a carico della Banca è stato posto l'obbligo di rendicontazione, a cadenza massima annuale, delle somme addebitate ed indicazione dell'effettivo utilizzo.

Per i contratti in corso, è stato previsto un adeguamento (costituente giustificato motivo agli effetti dell'art. 118, co. 1, Tub) entro 150 giorni dalla pubblicazione (avvenuta il 28 gennaio 2009).

Successivamente la norma è stata abrogata dall'art. 27, D. L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modif. con L. 24 marzo 2012, n. 27<sup>(2)</sup>.

Con il D. L. 1° luglio 2009, n. 78 (art. 2, co. 2 [CFF 8459]), conv. con modif. con L. 3

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, n. 385, e successive modificazioni».

<sup>(2)</sup> La L. 214/2011 che ha introdotto l'art. 117-bis (remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti) è entrata formalmente in vigore il 28 dicembre 2011, tuttavia è andata a pieno regime solo con la L. 27/2012, che in sede di conversione del D.L. 1/2012 ha interamente sostituito il relativo art. 27, prevedendo appunto per l'entrata in vigore della complessiva disciplina, data dall'art. 117-bis Tub e dalla

**CONTO CORRENTE BANCARIO**

agosto 2009, n. 102, il Legislatore era anche **intervenuto** (aggiungendo un periodo alla fine del co. 1, art. 2-bis, D.L. 185/2008 conv. dalla L. 2/2009) **limitando l'autonomia della Banca nel determinare la percentuale della retribuzione sulla somma affidata dovuta dal cliente**, prevedendo un **limite** al corrispettivo onnicomprensivo per la messa a disposizione dei fondi che non può superare lo **0,50%** per **trimestre dell'importo dell'affidamento**. In **caso di violazione** è sancita la **nullità del patto di remunerazione**.

Per i **contratti sorti prima dell'entrata in vigore della L. 2/2009**, pertanto, il **perito** che è chiamato ad effettuare una verifica sulla validità della commissione applicata, **non potrà che attenersi**, oltre che alle generali norme di trasparenza, secondo cui certamente tale commissione dovrà essere rintracciata tra quelle indicate in contratto (scritto), **anche ai criteri di valutazione dettati dalle successive sentenze (di merito)**. La **sentenza 20 marzo 2010, n. 251 del Tribunale di Mantova**, che è stata largamente richiamata dalla giurisprudenza di merito, ha ben chiarito a quali elementi debba essere ricondotta la validità della pattuizione (escludendo così la nullità per assenza di causa). Si tratta

di verificare l'esistenza e completezza di una specifica previsione contrattuale che ne individui la base di calcolo (quindi se la stessa è un ulteriore costo rispetto all'apertura di credito e se trattasi di una commissione applicata sullo scoperto di conto oltre affidato) e la percentuale (aliquota) di applicazione oltre che la periodicità di liquidazione (che dovrebbe coincidere con quella delle altre competenze, escludendo l'anatocismo).

In particolare il **Tribunale di Mantova**, con una **sentenza del 21 aprile 2007**, aveva anche dichiarato l'**illegittimità**, per nullità di causa, di una **clausola contrattuale che prevedeva l'applicazione della commissione di massimo scoperto anche nel limite di fido**. Secondo il giudice di merito, **entro tale limite non sussiste uno «scoperto»**, potendosi di contro ritenere valida quella clausola che prevede una commissione di massimo scoperto in termini di «corrispettivo» per l'utilizzo da parte del cliente di importi superiori al credito a sua disposizione.

La legittimità della clausola è certamente riconducibile alla determinatezza/determinabilità della stessa: il Tribunale di Monza, con la sentenza del 22 novembre 2011, ha confermato che la detta **commissione non è di per sé illegittima se determinata o determinabile in modo inequivocabile nella pattuizione precedentemente intervenuta tra banca e cliente**.

Già la Corte di Cassazione con la **sentenza 12 dicembre 1988, n. 6744**, aveva affermato che l'**oggetto del contratto può dirsi sufficientemente identificato o identificabile «quando siano indicati gli elementi essenziali, i quali, logicamente coordinati non lascino dubbi sulla individuazione dello stesso come quello previsto e voluto dai contraenti»**.

È intuibile come la validità della clausola sia fortemente connessa con il rispetto delle più generali norme sulla trasparenza: se infatti, come ribadito anche da più recenti sentenze

*Delibera CICR di cui al comma 4 del medesimo art. 117-bis Tub, il termine ultimo del luglio 2012 e introducendo un termine di adeguamento per i contratti in essere di tre mesi decorrente dalla data di efficacia della delibera. Quest'ultima verrà poi adottata (D.M. 30 giugno 2012, n. 644) con efficacia dal 1° luglio 2012 e dunque i contratti in corso dovevano essere adeguati entro il 1° ottobre 2012. Il quadro si completa rammentando che il medesimo art. 27, D.L. 1/2012 prevedeva, già nella sua formulazione originaria entrata in vigore il 24 gennaio 2012, l'abrogazione espressa dei co. 1 e 3, art. 2-bis, D.L. 185/2008.*

*In presenza di un nuovo art. 117-bis che concedeva un trimestre per l'adeguamento e di un pregresso art. 2-bis, co. 1, D.L. 185/2008 comunque nel frattempo abrogato, colma il "vuoto" normativo la disposizione di cui all'art. 27-bis, D.L. 1/2012 secondo cui «Sono nulle tutte le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre i limiti del fido, stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo settembre 1993, n. 385, adottate dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili».*

## CONTO CORRENTE BANCARIO

di merito e dell'Arbitro bancario finanziario (Tribunale Piacenza 12 aprile 2011, Tribunale di Padova 10 giugno 2011, Abf Milano 17 febbraio 2011), è **nulla** la **pattuizione** di **commissioni di massimo scoperto** che **non sia stata specificatamente indicata in tutti i suoi elementi essenziali**; di **contro** la sua **specificata definizione** (in termini di percentuale, periodicità effettiva di applicazione, base di calcolo su cui applicare la percentuale) ne **legittima l'esistenza**.

In tema di trasparenza, ponendo anche uno sguardo sulla **facoltà della banca di modificare le clausole contrattuali** (*ius variandi*), l'Abf ha chiarito che le clausole che prevedono forme di remunerazione degli affidamenti, se inserite in contratti o convenzioni aventi ad oggetto il rientro di precedenti esposizioni, sono **nulle** in quanto prive di giustificazione causale <sup>(3)</sup>.

Le clausole incompatibili con la disciplina sopravvenuta possono essere sostituite attraverso una proposta di modifica unilaterale del contratto <sup>(4)</sup>, ma tale procedimento non può essere utilizzato per introdurre forme di remunerazione degli affidamenti in contratti che, originariamente, non ne prevedevano alcuna <sup>(5)</sup>. L'Abf ha precisato che le proposte di modifica unilaterale con le quali vengono introdotte clausole di remunerazione degli affidamenti devono indicare in maniera esplicita i relativi elementi di calcolo e ha di conseguenza giudicato nulla una clausola la cui base di calcolo era identificata con il «fido di c/c medio ponderato trimestrale», senza alcuna specificazione ulteriore <sup>(6)</sup>.

Inoltre, in tema di **cumulabilità** delle **commissioni**, la **pattuizione** in sede contrattuale della commissione di messa a disposizione di fondi (o di altra commissione sull'accordato) impedisce di prevedere nel contempo la cms o comunque altra commissione sull'utilizzato.

Val la pena rilevare l'esistenza di un filone interpretativo secondo cui, a prescindere

dalla validità della pattuizione (ai sensi del Tub in materia di trasparenza bancaria), va rilevato il **difetto di valida causa** in quanto l'addebito della commissione di massimo scoperto sarebbe privo di fondamento. Secondo tale orientamento la tesi secondo cui la commissione di massimo scoperto sarebbe riconducibile al maggior rischio che la banca assume in proporzione all'incremento dell'utilizzo delle somme da parte del correntista è ingiustificata: l'orientamento in esame sostiene infatti che, se così fosse, la banca avrebbe dovuto applicare la commissione di massimo scoperto ad ogni variazione dell'utilizzo e non soltanto sulla scopertura massima del periodo <sup>(7)</sup>.

Alcune pronunce di merito hanno inoltre rilevato il **difetto di valida causa** nell'addebito della commissione di massimo scoperto nei casi in cui **questa sia stata applicata entro il fido concesso e talvolta senza alcuna specifica predeterminazione dei criteri di calcolo** (seppur pattuita la sua «esistenza»), rendendo così indeterminato l'oggetto del contratto e pertanto nullo. Secondo tali arresti della giurisprudenza, la legittimità della commissione andrebbe riconosciuta soltanto sulle somme utilizzate oltre il limite di fido. Entro il limite la commissione andrebbe considerata come un costo del finanziamento aggiungendosi agli interessi dovuti <sup>(8)</sup>.

L'evoluzione normativa, a partire dalla L. 2/2009, ha portato alla **definizione** dei

<sup>(3)</sup> Cfr. decisione 1172/2011.

<sup>(4)</sup> Cfr. decisione 108/2011.

<sup>(5)</sup> Cfr. decisione 2165/2011.

<sup>(6)</sup> Cfr. decisione 317/2011.

<sup>(7)</sup> Roberto di Napoli, «Anatocismo e vizi nei contratti bancari», pag. 28 e segg., Maggioli Editore.

<sup>(8)</sup> Se si ritiene che l'obbligazione di corrispondere una remunerazione per la messa a disposizione di una determinata somma o per il rischio che la banca si assume in proporzione all'importo utilizzato, sia sostenuta da una valida causa, nel contratto deve essere specificato espressamente che si tratta di una commissione sul finanziamento concesso (disponibilità della somma) o utilizzato. Inoltre il contratto deve contenere l'indicazione dell'entità del costo, delle modalità di calcolo e della periodicità di liquidazione. Concordano con tale tesi il Tribunale di

CONTO CORRENTE BANCARIO

requisiti di validità anche delle «eredi» delle commissioni di massimo scoperto: all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 2-bis le banche hanno sostituito le precedenti commissioni (e, in particolare, la Cms) con diverse forme di remunerazione (si pensi ad esempio alle commissioni fisse per periodo, proporzionali al numero di operazioni o ai giorni di utilizzo).

Con il decreto 644/2012 emanato d'urgenza su proposta della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 3, co. 2, Tub, il Ministro dell'Economia e delle Finanze, nella qualità di Presidente del Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio (Cicr), in attuazione delle nuove norme dell'art. 117-bis del Testo Unico Bancario (Tub) in tema di remunerazione onnicomprensiva degli affidamenti e degli sconfinamenti nei contratti di conto corrente e di apertura di credito, ha dettato una nuova disciplina relativa alla struttura delle commissioni, prevedendo che, oltre ai tassi

debitori sull'ammontare effettivamente utilizzato, siano consentite esclusivamente per:

- gli affidamenti, una commissione onnicomprensiva per la messa a disposizione dei fondi. La commissione non può eccedere lo 0,5% dell'accordato per trimestre;
- gli sconfinamenti (scoperti di conto e utilizzi extrafido) una commissione di istruttoria veloce, espressa in misura fissa e in valore assoluto, commisurata ai costi.

Con tale decreto sono state, inoltre, precisati alcuni profili applicativi in tema di affidamento e sconfinamento, per chiarire come calcolare e quali componenti di costo rientrino nella quantificazione delle commissioni applicabili, con finalità di trasparenza e confrontabilità delle offerte.

I contratti in essere al 1° luglio 2012 dovevano essere adeguati entro il 1° ottobre dello stesso anno.

Come ribadito dal Collegio di coordinamento dell'Abf, le disposizioni dell'art. 2-bis, L. 2/2009 «si applicano a tutte le clausole che, comunque qualificate denominate, prevedono una «commissione» di remunerazione commisurata all'utilizzo di un credito concesso dalla banca».

In occasione di alcune decisioni è stato chiarito che le commissioni si sostanziano in un «corrispettivo», ossia un prezzo che il cliente paga per ottenere un servizio; è stato altresì sottolineato che nel caso di concessione di credito in assenza di fido o in eccedenza rispetto al fido accordato, il prezzo per l'utilizzo dei fondi remunera un servizio cui la banca non è contrattualmente tenuta, mentre nelle operazioni di apertura di credito la messa a disposizione della somma è l'elemento caratteristico del contratto.

L'Abf nella relazione annuale sui ricorsi trattati nel corso degli anni 2010 e 2011, ha avuto modo di indicare i principali motivi addotti dai ricorrenti in tema di cms: «si tratta

Mondovì e quello di Mantova (con le rispettive sentenze del 17 febbraio 2009 e del 21 aprile 2007) che, nel riconoscere la validità delle clausole contrattuali che prevedono «commissioni di massimo scoperto» solo se costituenti corrispettivo per l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione, concludono per l'illegittimità della clausola contrattuale che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite di fido, in quanto priva di causa. Si segnala infine la sentenza del 18 gennaio 2010, n. 124 del tribunale di Brescia che ha ritenuto che nel caso di determinazione della commissione di massimo scoperto mediante rinvio alle condizioni usualmente praticate sul mercato, la stessa deve ritenersi nulla. Se si ritiene che l'obbligazione di corrispondere una remunerazione per la messa a disposizione di una determinata somma o per il rischio che la banca si assume in proporzione all'importo utilizzato, sia sostenuta da una valida causa, nel contratto deve essere specificato espressamente che si tratta di una commissione sul finanziamento concesso (disponibilità della somma) o utilizzato. Inoltre il contratto deve contenere l'indicazione dell'entità del costo, delle modalità di calcolo e della periodicità di liquidazione. Concordano con tale tesi il Tribunale di Mondovì e quello di Mantova (con le rispettive sentenze del 17 febbraio 2009 e del 21 aprile 2007) che, nel riconoscere la validità delle clausole contrattuali che prevedono «commissioni di massimo scoperto» solo se costituenti corrispettivo per l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione, concludono per l'illegittimità della clausola contrattuale che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite di fido, in quanto priva di causa. Si segnala infine la sentenza del 18 gennaio 2010, n. 124 del tribunale di Brescia che ha ritenuto che nel caso di determinazione della commissione di massimo scoperto mediante rinvio alle condizioni usualmente praticate sul mercato, la stessa deve ritenersi nulla.

## CONTO CORRENTE BANCARIO

*essenzialmente della sorte della «vecchia» cms e il rapporto con le nuove commissioni introdotte in applicazione del decreto-legge n. 185/2008 (sotto il profilo dell'alternatività o della possibilità di cumulo), le modalità con cui queste sono state introdotte nei rapporti in essere (legittimità della modifica unilaterale delle condizioni), i limiti di validità delle nuove clausole e dei nuovi meccanismi di remunerazione introdotti in sostituzione della cms.*

*Le decisioni dei Collegi su queste delicate questioni sono state assunte sulla base della considerazione che uno dei motivi principali che hanno indotto il legislatore a intervenire nel 2008 in questa materia è l'esigenza di favorire meccanismi di remunerazione più trasparenti rispetto alle precedenti prassi in materia di cms e, soprattutto, tali da permettere alla clientela una previsione ragionevole sui costi totali del credito» (9).*

**RISVOLTI OPERATIVI  
in MATERIA di FINI USURA:  
ISTRUZIONI e CIRCOLARE  
2/12/2005 della BANCA d'ITALIA**

L'inclusione di tutti gli addebiti connessi all'erogazione del credito, prevista dalla norma antiusura (L. 108/1996 e art 644 c.p.), pone diversi problemi di coordinamento con la regolamentazione dettata alle Banche dalle istruzioni e circolari emanate dalla Banca d'Italia.

Infatti, mentre la L. 108/1996 «Disposizioni in materia di usura», (con cui è stato modificato l'art. 644, Codice penale), dispone che «per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito» (10), Banca d'Italia, in qualità di Autorità di Vigilanza creditizia e finanziaria,

che già con le istruzioni del 2002 escludeva dal calcolo del Teg le cms, con la circolare 2 dicembre 2005 introduce un meccanismo di considerazione della cms ai fini usura, tale per cui la stessa non viene introdotta negli addendi di calcolo del Teg da confrontare alla soglia, ma viene considerata a latere secondo una misura diversa percentuale.

Con tale circolare Banca d'Italia, nel ribadire che «l'applicazione delle condizioni eventualmente usurarie da parte dell'Intermediario è, di norma, verificata sulla base del contenuto delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura (pubblicate nella G.U: n. 5 dell'8 gennaio 2003)», ha diffuso uno schema operativo (dichiarando che lo stesso fosse conforme ad alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali) per valutare l'impatto dell'applicazione della commissione di massimo scoperto sulle condizioni complessivamente praticate.

Tale schema, basato sulla considerazione che l'entità della cms dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente e che la misura media rilevata della cms (che a mente delle Istruzioni per la rilevazione – punto C3 – versione 2002 agg. 2006 – non rientra nel calcolo del Teg), espressa in percentuale, viene riportata in calce nelle tabelle dei tassi,

(9) Relazione sull'attività dell'Arbitro bancario finanziario 2010 – 2011. Si vedano, tra le altre le decisioni 172/2010 Collegio Nord, decisione 396/2011 Collegio Sud, decisione n. 1007/2010 Collegio Centro, n. 1641/2012 Collegio Centro.

(10) L'articolo dispone inoltre che chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni.

Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

**CONTO CORRENTE BANCARIO**

stabilisce che:

- il tasso in concreto applicato al rapporto (calcolato secondo le Istruzioni) venga confrontato al tasso soglia di legge;
- la misura massima della cms applicata al rapporto venga confrontata con la cms media rilevata (in calce alla tabella dei tassi) aumentata del 50% (che rappresenta la cms massima applicabile).

L'eventuale superamento della cms applicata rispetto alla soglia (pari a una volta e mezza la cms media rilevata), non determinerebbe, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che andrebbe invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. Questa valutazione complessiva, secondo la circolare, andrebbe fatta considerando «la capienza» del margine ottenuto dalla differenza tra gli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere e quelli effettivamente richiesti: se tale margine contiene l'eccedenza della cms applicata al rapporto rispetto alla cms soglia, il rapporto non sarebbe da considerarsi usurario, lo sarebbe invece se l'eccedenza della cms superasse il margine anzi detto <sup>(11)</sup>.

Il fatto che la commissione di massimo scoperto non rientri nel calcolo del Teg ma venga rilevata separatamente risulterebbe coerente «con la circostanza che l'entità della cms dipende dalle modalità di utilizzo del credito da parte del cliente, limitandosi l'intermediario unicamente a predeterminare la misura percentuale. Essa, infatti, rappresenta il compenso corrisposto dal cliente in relazione all'onere che l'intermediario sostiene per far

fronte all'eventualità che venga aumentato lo scoperto di conto» <sup>(12)</sup>.

La norma di riferimento per il contrasto all'usura (L. 108/1996 – art. 644 c.p., oltre che art. 1815, Codice civile <sup>(13)</sup>), però non sembra lasciare margini di interpretazione nell'indicare l'inclusione nel Teg da confrontare con la soglia di tutti gli elementi connessi al credito.

Si tratta quindi di individuare «il carattere» della cms, ovvero di verificare che la stessa, laddove assuma i connotati di ulteriore onere connesso al credito, venga considerata tra gli oneri inclusi nel Teg ai fini della verifica usura; valutando altresì la misura versata dal cliente in rapporto all'importo affidato e oltre tale importo.

A riguardo la Corte di Cassazione (sentenza n.11772/02) ha precisato: «O tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato – che solitamente è trimestrale – e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi (...), o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia dell'1/10/96 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge n. 108/96 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto».

Si consideri che suddette valutazioni valgono sino all'entrata in vigore delle istruzioni diffuse da Banca d'Italia nel 2009, con le quali viene stabilita l'inclusione della cms nel Teg

<sup>(11)</sup> Il margine è calcolato, per ciascun trimestre, sottraendo dagli interessi massimi che la banca avrebbe potuto richiedere, secondo la formula  $\text{interessi} = (\text{tasso soglia} - (\text{oneri} \times 100 / \text{accordato})) \times \text{numeri} / 36500$  quelli effettivamente richiesti (cfr. circolare Banca d'Italia 2 dicembre 2005, n. 1166966).

<sup>(12)</sup> Cfr. circolare Banca d'Italia del 2 dicembre 2005, n. 1166966.

<sup>(13)</sup> L'art. 1815 c.c. dispone che salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'art. 1284. Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi.

## CONTO CORRENTE BANCARIO

da confrontare con la soglia usura<sup>(14)</sup>, oltre che della L. 2/2009 che stabilisce la rilevanza, «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, de 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, ai fini della verifica usura».

Dal 1° gennaio 2010, infatti, la cms rientra a pieno titolo nel calcolo del Teg da confrontare con la soglia, sciogliendo ogni dubbio sulla sua verificabilità ai fini della norma usura per i periodi a decorrere da quella data.

Per i periodi precedenti il 1° gennaio 2010, l'esclusione delle cms dal calcolo del Teg ai fini della verifica del rispetto della L. 108/1996, è stata invece ribadita anche dalla sentenza 12 novembre 2012 del Tribunale di Verona, Giudice dott. Miranda, secondo cui il tasso applicato ai fini della verifica del rispetto della legge antiusura va calcolato senza tener conto della commissione di massimo scoperto – in conformità a quanto stabiliscono le previgenti Istruzioni della Banca d'Italia – fino a quando la rilevazione del tasso effettivo globale medio non ha seguito le disposizioni attuative previste dall'art. 2-bis, co. 2, L. 2/2009, con la conseguenza che il dovere di conformarsi al criterio onnicomprensivo di cui alla L. 108/1996 opererà solo per il periodo successivo all'adozione del regolamento di cui al citato articolo.

Anche il Tribunale di Ferrara con la recentissima sentenza 2 luglio 2014 (dott. Roberto Vignati) ha affermato che non possono essere disattese le istruzioni di Banca d'Italia, aventi natura di norme secondarie «abilitate», in quanto, se si includessero nel Teg le cms (escluse, sino al 1° gennaio 2010 dai Tegm rilevati e su cui vengono determinate le soglie di periodo) si finirebbe con raffrontare alla soglia

di usura un valore che – sia giuridicamente che tecnicamente – è disomogeneo rispetto ad essa. Peraltro, si consideri che le dette istruzioni sono comunque vincolanti per gli istituti di credito, che non potrebbero operare in maniera difforme dalle indicazioni del proprio Organo di vigilanza.

Se il tasso soglia si calcola sulla base del tasso effettivo globale medio e quest'ultimo, rilevato dalla Banca d'Italia, non tiene in considerazione la commissione di massimo scoperto, inserire quest'ultima, *ex post*, nel «costo» effettivo del finanziamento comporta certamente una distorsione del sistema.

La mancata inclusione delle cms, prima del 2009, nel calcolo del Teg, ha comportato fino a quell'epoca la determinazione di tassi soglia ben più bassi di quelli che si sarebbero determinati includendole. Va da sé che, l'inclusione, avrebbe certamente comportato tassi soglia proporzionalmente più elevati; escludendo – probabilmente – l'usurarietà dei contratti bancari risultati invece oltre soglia sulla base di raffronti disomogenei (seppur assolutamente coerenti con il dettato normativo). Anche la sentenza del Tribunale di Milano 3 giugno 2014, n. 7234 (dott. A.S. Stefani) aveva già affermato che, ai fini della verifica usura, non si può tenere conto di calcoli del Teg effettuati sulla base di formule differenti da quelle diffuse con le istruzioni della Banca d'Italia, che fino al 2009 appunto

(14) Con le istruzioni dell'agosto 2009, viene stabilito che per il periodo transitorio (1° luglio – 31 dicembre 2009), al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari ai sensi dell'art. 2, co. 4, L. 7 marzo 1996, n. 108, gli intermediari devono attenersi ai criteri indicati nelle istruzioni della Banca d'Italia e dell'Uic pubblicate rispettivamente nella G.U. n. 74 del 29 marzo 2006 e n. 102 del 4 maggio 2006. Nel periodo transitorio restano pertanto esclusi dal calcolo del Teg per la verifica del limite (ma vanno inclusi nel Teg per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia):

a) la cms e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla L. 2/2009;  
b) gli oneri applicati alla clientela per i passaggi a debito di conti non affidati, fino a concorrenza delle spese addebitate ai clienti per la liquidazione trimestrale dei conti affidati;  
c) gli oneri assicurativi imposti per legge direttamente a carico del cliente (anche per il tramite dell'intermediario).

CONTO CORRENTE BANCARIO

non includevano le cms (15).

Certamente queste posizioni prendono le distanze da quelle assunte invece dalla Cassazione penale (sentenze 12028/2010 e 46669/2011) che invece **affermano** la necessaria inclusione della cms nel Teg (anche per i periodi *ante* 1° gennaio 2010), considerato il dettato normativo onnicomprensivo.

In particolare, la sentenza n. 46669/2011

della Corte di Cassazione precisa che «*anche la cms deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario, tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito, indipendentemente dalle istruzioni o direttive della Banca d'Italia (circolare della Banca d'Italia 30.9.1996 e successive) in cui si prevedeva che la cms non dovesse essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale degli interessi, traducendosi in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*» (16).

Nell'ambito delle consulenze tecniche di ufficio, il quesito posto dal Giudice orienta certamente le modalità con cui il perito deve approcciare la determinazione del Teg ai fini della verifica.

Se è vero che il dettato normativo non lascia spazio ad interpretazioni soggettive, è anche vero che le Banche non potevano discostarsi dalle direttive impartite dall'autorità di vigilanza e che pertanto, risulti **necessario valutare** quali siano state le **istruzioni pro tempore vigenti** e valutare se il carico connesso alle commissioni, al di là di una distinta verifica come da dettato delle istruzioni, sia effettivamente stato eccessivo e ingiustificato, stante l'andamento del rapporto e le specifiche condizioni del cliente.

L'applicazione delle formule dettate da Banca d'Italia nel corso degli anni molto spesso conduce a risultati ben diversi tra loro: ebbene il perito, in tali situazioni, deve tecnicamente definire i diversi scenari e verificarne la rispondenza al dettato normativo, fornendo al Giudice i dati perché lo stesso possa accertare gli eventuali elementi di colpevolezza.

(15) In senso conforme: ordinanza di formulazione del quesito peritale nell'ambito di Ctu relativa al procedimento civile R.G.N. 26553/2011 (Peyrani c/ Italfondiaro S.p.a.), emanata dal Tribunale di Torino in data 11 luglio 2012, Giudice il Dott. Enrico Astuni, in cui si ribadisce la necessità di non ricomprendere la Cms nel calcolo del Teg per i periodi precedenti il 1° gennaio 2010 (data in cui è andato a regime il criterio di onnicomprensività della remunerazione (L. 28 gennaio 2009, n. 2); Abf Collegio di Napoli secondo cui l'orientamento giurisprudenziale, sorto in sede penale (Cass., 19 febbraio 2010, n. 12028, in Foro it., 2010, III, 182; Cass., 22 luglio 2010, n. 28743), per il quale l'art. 644, co. 4, c.p. imporrebbe di considerare rilevanti, anche prima dell'avvento dell'art. 2-bis, co. 2, L. 28 gennaio 2009, n. 2, tutti gli oneri che il cliente sopporti in connessione con l'uso del credito, ivi comprese la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo collegato all'erogazione del credito, che ricorrerebbe tutte le volte in cui il cliente utilizzi concretamente lo scoperto di conto corrente. Va evidenziato, però, che tale orientamento, come anche da altri sottolineato, non è condivisibile. Esso si basa su di un assunto indimostrato il quale ha come unica conferma proprio la normativa citata.

(16) In senso conforme: sentenza Tribunale di Vicenza, dott. Luigi Giglio 25 marzo 2013, n. 454, secondo cui nel tasso effettivo va inclusa la commissione di massimo scoperto e per la valutazione dell'usurarietà di finanziamenti regolati in conto corrente, il Ctu deve far riferimento alle valute effettive; la nota sentenza 27 novembre 2007, n. 1732 del Tribunale di Palmi, in materia di C.M.S., ha ritenuto che l'art. 644, co. 4, c.p. imponesse di considerarla come elemento potenzialmente produttivo di usura. Tuttavia, la C.M.S. sarebbe da includere in un calcolo differenziato rispetto a quello del Teg, assumendo rilevanza penale qualora superi il valore medio della stessa C.M.S. rilevato nei decreti ministeriali aumentati della metà.

La Corte di Appello di Reggio Calabria 9 settembre 2010, n. 10971, muovendo dalla considerazione per cui la C.M.S. non costituisce un interesse in senso tecnico, ma una commissione ossia un onere «che trova giustificazione quale parziale ristoro per la minore redditività subita dalla banca per dover tenere a disposizione del cliente risorse liquide aggiuntive rispetto all'affidamento concesso», riprende il percorso motivazionale della sentenza della Cassazione penale 12028/2010, che ha affermato che l'art. 644, co. 4, c.p. impone di considerare la C.M.S. rilevante ai fini della configurazione del reato d'usura. Tuttavia, la stessa Corte di secondo grado, pur ribadendo la rilevanza della C.M.S. ai fini della verifica dell'usura, ha impiegato il criterio della C.M.S. soglia per accertare la sussistenza del reato, non ritenendo possibile l'inserimento della stessa nella formula matematica per il calcolo del Teg.