

Contratti bancari

COMMISSIONE di MASSIMO SCOPERTO

«NUOVA VESTE» delle COMMISSIONI OMNICOMPENSIVA e di ISTRUTTORIA VELOCE

di Paolo Stella Monfredini e Giuseppina Carruba

QUADRO NORMATIVO

La commissione di massimo scoperto ha rappresentato per anni l'onere per l'utilizzo di un credito affidato (accessorio agli interessi passivi). Il quadro normativo relativo alla commissione di massimo scoperto si inizia a delineare con la L. 2/2009 che, per la prima volta, trattando i casi di nullità, consente di definire quelli in cui la commissione applicata dalla banca potesse ritenersi valida. Successivamente, con il D.L. 201/2011, conv. con modif. dalla L. 214/2011, il Legislatore, introducendo l'art. 117-bis, D.Lgs. 385/1993 (Testo unico bancario - Tub) apporta sostanziali novità in

materia di commissioni prevedendo i casi in cui la banca possa applicare una commissione in presenza di una concessione di affidamento e nei casi di un conto corrente in cui si verifichi uno sconfinamento in assenza di apertura di credito. Viene così introdotta, e poi regolamentata dal D.M. 644/2012, la distinzione dei casi in cui è prevista una commissione omnicompensiva che si aggiunge agli interessi debitori dovuti nel caso di apertura di credito ed una commissione di istruttoria veloce nei casi in cui il conto corrente non goda di un'apertura di credito.

«VECCHIA» COMMISSIONE di MASSIMO SCOPERTO: la commissione di massimo scoperto, così come applicata nel periodo antecedente all'introduzione del nuovo art. 117-bis, D.Lgs. 385/1993 (Testo unico bancario - Tub) (di cui si parlerà più diffusamente in seguito), è difficilmente riconducibile ad un'unica connotazione.

La sua natura, caso per caso, viene individuata attraverso l'attenta analisi del contratto di conto corrente e/o di apertura di credito (anche in base all'anno in cui è stato sottoscritto il contratto) a cui è applicata, ponendosi come ulteriore onere per l'utilizzo di un credito affidato (accessorio agli interessi passivi) o come onere per la disponibilità di una somma, anche indipendentemente dal suo effettivo utilizzo.

Generalmente gli istituti di credito, oltre ad applicare il tasso di interesse debitorio sull'importo affidato ed effettivamente utilizzato dal correntista, hanno

addebitato, trimestralmente, una commissione sul massimo saldo debitore verificatosi nel trimestre e risultante dal riassunto scalare.

Questo ulteriore onere è stato giustificato, nel corso degli anni, dal rischio assunto dalla banca rispetto alle variazioni nel costo della provvista, considerato che un rapporto di apertura di credito in conto corrente comporta la ricerca di fonti di copertura finanziaria da reperire sul mercato.

Tale commissione rappresenta un ulteriore costo per il correntista visto che è applicata, in una determinata misura percentuale, sullo scoperto massimo verificatosi nel corso del trimestre (e/o secondo diversi criteri): criterio assoluto (calcolando la c.m.s. 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**).

NORMATIVA di RIFERIMENTO: la **norma** di riferimento principale è costituita dalla L. 2/2009 che si è occupata sostanzialmente dei **casi di nullità**.

In particolare, l'art. 2-bis ha sancito la **nullità** delle **clausole contrattuali** aventi ad oggetto la **commissione di massimo scoperto** nei casi in cui il **saldo del cliente** risultava a **debito** per un **periodo continuativo inferiore a 30 giorni**, ovvero a fronte di **utilizzi senza fido**.

Inoltre, ai sensi della **stessa norma**, sono state considerate **nulle** 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 **pattuzione scritta non rinnovabile tacitamente**, in **misura omnicomprensiva** e **proporzionale** all'**importo** ed alla **durata dell'affidamento** richiesto dal **cliente**.

Tale **norma** ha sancito l'**obbligo di rendicontazione** a **cadenza massima annuale** da parte della **banca** delle **somme addebitate** ed **indicazione dell'effettivo utilizzo** ed ha previsto un **adeguamento dei contratti in corso** (costituente **giustificato motivo** agli effetti dell'art. 118, co. 1, D.Lgs. 385/1993) **entro 150 giorni** dalla **pubblicazione** (avvenuta il 28.1.2009).

Inoltre, alla luce della **normativa del 2009**, le **commissioni** e le **provvigioni** derivanti dalle **clausole** comunque denominate che prevedevano 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** fosse stata applicata anche nel **limite del fido**, la stessa era da considerarsi un **costo del finanziamento aggiuntivo** rispetto agli **interessi dovuti** e, quindi, rilevava ai fini della **dell'applicazione** dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e degli artt. 2 e 3, L. 108/1996.

È chiaro quindi come, se **fino al 2009** nessuna norma si era occupata specificatamente della **commissione di massimo scoperto** (seppure la «sua invenzione» si faccia risalire al 1947), tale legge ha segnato un momento fondamentale per la **corretta individuazione** dei casi in cui la **commissione** era da considerarsi **nulla** e per

esclusione di quelli in cui invece poteva ritenersi **validamente applicata**.

Tale **norma** è comunque stata **successivamente abrogata** dall'art. 27, D.L. 1/2012, conv. con modif. dalla L. 27/2012.

Con il D. L. 78/2009, (art. 2 co. 2), conv. con modif. dalla L. 102/2009, il Legislatore era anche intervenuto (aggiungendo un periodo alla fine del co. 1 dell'art. 2-bis del D.L. 185/2008, conv. con modif. 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 omnicomprensivo** 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**.

Successivamente, con il D.L. 201/2011, conv. con modif. dalla L. 214/2011, il Legislatore, introducendo l'art. 117-bis nel Testo unico bancario, ha riconosciuto alle **banche** la possibilità di applicare una **commissione** in funzione dei **fondi** messi a disposizione ed ha ribadito che l'**ammontare massimo** della **commissione**, determinata in coerenza con la **delibera** del Cicr (emanata ai sensi del co. 4 del citato art. 117-bis) anche in relazione alle **specifiche tipologie di apertura di credito** e con particolare riguardo per i **conti correnti**, è fissato allo **0,5%**, per **trimestre**, della **somma messa a disposizione del cliente**.

L'art. 117-bis del Testo unico bancario disciplina la «**remunerazione omnicomprensiva** degli **affidamenti** e degli **sconfinamenti** nei **contratti di conto corrente** e di **apertura di credito**».

Al co. 4, viene affidata al Cicr l'**emanazione di disposizioni applicative** e l'**individuazione di ipotesi di esenzione** dalla **commissione di istruttoria veloce** prevista per gli **sconfinamenti**.

La **novità** più rilevante è che tale **norma** prevede che la **banca** possa applicare una **commissione di istruttoria veloce** ed un **tasso di interesse debitore** sull'**ammontare dello sconfinamento**, nel caso in cui si tratti di **conti non affidati** o per **sconfinamenti**.

Le **clausole non conformi** sono **nulle** ma la **nullità** non si estende all'**intero contratto**.

Per cui, a partire dal **28.12.2011**:

- per le **aperture di credito** i **contratti** possono prevedere, a **carico del cliente**, una **commissione omnicomprensiva**, calcolata **proporzionalmente** sulla **somma messa a disposizione del cliente** ed alla **durata dell'affidamento**, oltre che un **tasso di interesse debitore**;

- nei casi di **conti non affidati** la banca può comunque **applicare**, oltre che un **tasso debitore** sull'**ammontare** dello **sconfinamento**, una **commissione di istruttoria veloce**, determinata in **maniera fissa** e **commisurata** ai **costi** (individuati e motivati dalla banca).

Si evidenzia, pertanto, la **valenza innovativa** dell'art. 117-bis del Testo unico bancario in relazione alla **commissione** in esame; se precedentemente la **commissione di massimo scoperto** era sostenibile solo se applicata in **costanza di fido** e per **saldi negativi** protrattisi per un **periodo determinato** e secondo le **condizioni** definite dalla norma del 2009 e precedentemente dalle **condizioni** dettate dal **contratto** che dovevano essere **trasparenti** e consentire la **determinabilità** della **misura dell'onere**, con la **novazione** apportata dal D.L. 201/2011 assume rilievo in tutti i casi.

Non è più necessario che si tratti di **conti affidati** ma la «**nuova**» **commissione** ha **validità** in tutti casi in cui è definita ai sensi dell'art. 117-bis.

Per i **rapporti già in essere**, l'art. 27, D.L. 24.1.2012, n. 1, conv. con modif. dalla L. 24.3.2012, n. 27, ha stabilito che la **delibera** del **Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (Cicr)**, di cui al co. 4 del citato art. 117-bis, venisse **adottata entro il 31.5.2012** e la **complessiva disciplina** entrasse in vigore non oltre l'1 luglio successivo e che «**i contratti di apertura di credito e di conto corrente in corso sono adeguati entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della delibera Cicr di cui al co. 2, con l'introduzione di clausole conformi alle disposizioni di cui all'articolo 117-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385, ai sensi dell'art. 118 del medesimo decreto legislativo**».

NUOVA DISCIPLINA delle COMMISSIONI: il Ministero dell'Economia e delle finanze (Presidente del Cicr) ha emanato il D.M. 30.6.2012, n. 644, disciplinando la **remunerazione** degli **affidamenti** e degli **sconfinamenti** in attuazione all'art. 117-bis D.Lgs. 385/1993 e prevedendo una **disciplina** anche per i **contratti già in essere** alla **data dell'1.7.2012**.

In particolare, tale decreto, agli artt. 3 e 4, ha previsto, la **disciplina** inerente agli **affidamenti** ed agli **sconfinamenti**.

Con riferimento agli **affidamenti**, il decreto prevede che, a carico del **cliente**, possano essere previsti solo i seguenti **oneri**:

- una **commissione omnicomprensiva**, calcolata in **maniera proporzionale** rispetto alla **somma** messa a disposizione del **cliente** e alla **durata** dell'affida-

mento. L'**ammontare** della **commissione** è liberamente **determinato** nel **contratto**, tenendo anche conto della specifica **tipologia di affidamento** e non può superare lo **0,5%**, per **trimestre**, della **somma** messa a **disposizione** del **cliente**;

- un **tasso di interesse**.

Tali **oneri** devono essere **addebitati** secondo le **modalità** previste al co. 2 dell'art. 3.

L'art. 4 del sopra citato decreto, riguarda invece lo **sconfinamento** (definito all'art. 2 in relazione ai **contratti di conto corrente in assenza di apertura di credito**), rispetto al quale è previsto che al **cliente** possano essere applicati solo i seguenti **oneri**:

- una **commissione di istruttoria veloce** (secondo le caratteristiche indicate al co. 2);
- un **tasso di interesse** sull'**ammontare** e per la **durata** dello **sconfinamento**.

È previsto che non si applichi né la **commissione di istruttoria veloce** né il **tasso di interesse** nel caso in cui lo **sconfinamento** si abbia solo sul **saldo** per **valuta** e che gli **intermediari**, in conformità a quanto previsto dalla Delibera del Cicr 4.3.2003, n. 286, definiscano **procedure interne** che individuino i **casi** in cui è svolta un'**istruttoria veloce** (a cui viene applicata la **commissione**) ed i relativi **costi**, adeguatamente motivati.

È previsto che i **casi** in cui è applicata la **commissione di istruttoria veloce** sono resi noti alla **clientela** ed il co. 6 dello stesso articolo individua i **casi** in cui comunque la **commissione di istruttoria veloce** non è **dovuta**, ovvero:

- a) nei **rapporti** con i **consumatori**, quando ricorrono entrambi i seguenti **presupposti**: per gli **sconfinamenti** in assenza di **fido**, il **saldo passivo complessivo** – anche se derivante da **più addebiti** – è **inferiore o pari a € 500**; per gli **utilizzi extrafido** l'**ammontare complessivo** di questi **ultimi** – anche se **derivante da più addebiti** – è **inferiore o pari a € 500**; lo **sconfinamento** non ha **durata superiore a sette giorni consecutivi**;
- b) lo **sconfinamento** ha avuto luogo per effettuare un **pagamento** a favore dell'**intermediario**;
- c) lo **sconfinamento** non ha avuto luogo perché l'**intermediario** non vi ha acconsentito.

Il **consumatore** beneficia dell'**esclusione** prevista dal co. 6, lett. a), per un **massimo di una volta** per **ciascuno** dei **quattro trimestri** di cui si compone l'**anno solare**.

Ai sensi dell'art. 117-bis, co. 2, del Tub, a seguito dello **sconfinamento** il **cliente** non incorre in **oneri ulteriori** rispetto a quelli **indicati** nello stesso articolo.

Ne consegue che, in caso di **utilizzo extrafido**, il **tasso di interesse** previsto per l'**utilizzo extrafido** si

applica esclusivamente all'importo dello **sconfinamento** e il **tasso di interesse** relativo all'affidamento può essere **aumentato** solo in presenza dei **presupposti** e nel rispetto delle **procedure** previste dall'art. 118 del Tub.

L'**adeguamento** dei **contratti** a quanto previsto ai sensi dell'art. 117-bis del Testo unico bancario e del D.M. Mef 644/2012, costituisce **giustificato motivo** ai sensi dell'art. 118 del Testo unico bancario (che riguarda le **modifiche unilaterali del contratto**), attribuendo alla banca la **facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni** previste dal **contratto**, con conseguente **obbligo di comunicazione** al cliente, secondo le **formalità** previste dallo stesso articolo.

La banca deve cioè comunicare al cliente l'**adeguamento del contratto** in essere a quanto previsto ai sensi dell'art. 117-bis del Tub ed ai sensi del D.M. 644/2012 in materia di **commissioni**, con un **preavviso minimo di due mesi, in forma scritta** o mediante altro **supporto durevole** preventivamente **accettato dal cliente**.

In difetto, di **comunicazione** (secondo le modalità previste dal Testo unico bancario) il cliente potrà eccepire l'**inefficacia** delle **variazioni contrattuali** previste in relazione all'**obbligo di adeguamento**, se a sé **sfavorevoli**.

Per i **contratti** che non prevedono l'**applicazione** dell'art. 118 del Testo unico bancario, gli **intermediari** avrebbero dovuto proporre al cliente l'**adeguamento del contratto entro l'1.10.2012**.

LEGITTIMITÀ della CLAUSOLA e VALIDITÀ della CAUSA

– **CASI e SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI:** la **valutazione** della **legittimità** della **clausola** che prevede la **commissione di massimo scoperto**, contenuta nei **contratti** stipulati precedentemente alla L. 2/2009, è di fondamentale importanza nella **determinazione dei saldi effettivi**, considerata anche la **rilevanza** che assume in materia di **anatocismo bancario**.

Il Tribunale di Mantova, con la Sentenza 20.3.2010, n. 251, largamente richiamata dalla giurisprudenza di merito, ha fatto rilevare che per i **contratti** antecedenti all'entrata in vigore del regime del D.L. 185/2008 (convertito dalla L. 2/2009), nelle more di una **definizione univoca**, la **commissione di massimo scoperto** avrebbe dovuto essere definita nei **contratti** stessi.

Secondo tale sentenza la **legittimità** della **commissione di massimo scoperto** sarebbe condizionata alla **specificata previsione contrattuale** che trattasi di **costo** ulteriore rispetto all'**apertura di credito** oppure di una **commissione** applicata sullo **scoperto di conto** oltre l'**affidato**.

La sentenza citata ritiene inoltre che per la **validità**

della **commissione di massimo scoperto** sia ulteriormente necessario che il **contratto** specifichi la **percentuale** e la **periodicità di calcolo**.

Sempre lo stesso Tribunale, con la Sentenza del 21.4.2007, aveva dichiarato l'**illegittimità**, per **nullità** della **causa**, di una **clausola contrattuale** che prevedeva l'**applicazione della commissione di massimo scoperto** anche nel **limite di fido** in quanto non sussisterebbe entro tale **limite** 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 **giurisprudenza** è pressoché concorde nel ritenere che la **commissione di massimo scoperto** non possa essere **addebitata in difetto di espressa convenzione**.

La **giurisprudenza** ha ravvisato un ulteriore **motivo di nullità** nel contrasto con l'art. 1346 c.c. laddove i **contratti** non contengano la **determinazione** o la **determinabilità del criterio di computazione della commissione**.

Secondo tale filone interpretativo, la **nullità** della **clausola** della **commissione di massimo scoperto** sarebbe riconducibile all'**assenza dei criteri di calcolo**, quantunque la stessa avesse **forma scritta**.

In effetti, in alcuni **contratti bancari** è indicata esclusivamente la **misura percentuale** della **commissione di massimo scoperto** mentre nessuna specifica è fornita in merito alle **modalità di calcolo**.

Secondo la **giurisprudenza** citata, la **clausola** sarebbe viziata da **nullità** in base ai **principi generali del Codice civile** (combinata previsione degli artt. 1418, co. 2 e 1346 c.c.) in quanto l'**oggetto** sarebbe **privo dei requisiti essenziali della determinatezza o della determinabilità**.

In tal senso, si è espresso il Tribunale di Vibo Valentia, con la Sentenza 16.1.2006, n. 23, con cui ha dichiarato **nulla** la **clausola** che indicava la sola **percentuale di imputazione**, senza specificare in che modo e su quale **scoperto** sarebbe stata applicata, ovvero se il **massimo scoperto** fosse da intendere come **debito massimo** che il **conto corrente** potesse raggiungere anche per un **solo giorno (criterio assoluto)** o quello che durasse **almeno 10 giorni (criterio relativo)** o secondo un **criterio alternativo**.

Secondo la Sentenza della Corte di Cassazione 12.12.1988, n. 6744, 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».

La **legittimità** della **clausola** supportata da una **corretta determinatezza/determinabilità** è stata ribadita dal Tribunale di Monza con la Sentenza 22.11.2011, con la quale si è 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**.

Si può concludere pertanto che se la **commissione** di **massimo scoperto** viene compiutamente **definita** nei suoi **elementi essenziali**, la **clausola contrattuale** che la prevede deve ritenersi **legittima**, così come **legittimo** deve ritenersi l'**addebito periodico** dei **relativi oneri**.

La **necessità** della **pattuizione specifica** era anche stata ribadita dal Tribunale di Pescara con la Sentenza 298/2006.

L'**onere** di **determinatezza** esige la **specificazione** di **tutti** gli **elementi** che concorrono a determinarla ovvero: **percentuale**, **base di calcolo**, **criteri** e **periodicità** di **addebito**.

Quindi se, come ribadito anche da recenti sentenze di merito e dell'Arbitro bancario (Tribunale di Piacenza 12.4.2011, Tribunale di Padova 10.6.2011, Abf di Milano 17.2. 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 **specificazione** (in termini di **percentuale**, **periodicità** effettiva di applicazione, **base di calcolo** su cui applicare la percentuale) ne **legittima** l'**esistenza**.

Si deve comunque segnalare un **diverso filone interpretativo** che, a prescindere dalla **validità** della **pattuizione**, ha rilevato il **difetto** di **valida causa**, sostenendo che l'**addebito** della **commissione** di **massimo scoperto** sarebbe **privo** di **fondamento**. Tale **giurisprudenza** ritiene sostanzialmente **ingiustificata** 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**; se così fosse, sostiene l'orientamento in esame, la **banca** avrebbe dovuto applicare la **commissione** di **massimo scoperto** ad **ogni** **variazione** dell'**utilizzo** e non soltanto sulla **scopertura**

massima del periodo.

Particolarmente significative appaiono alcune **pronunce** di **merito** che hanno 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.

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 17.2.2009 e 21.4.2007) 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 18.1.2010, n. 124, del Tribunale di Brescia il quale 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**.