

marzo 2009

La Commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009: ñUlteriori disposizioni concernenti i contratti bancariò, di Paolo Cristoforetti, avvocato e docente di diritto bancario

SOMMARIO

1. la nozione di commissione di massimo scoperto; 1.1. Le obbligazioni della parte accreditata: la c.d. provvigione di conto; 1.2. La commissione di massimo scoperto nell'evoluzione della prassi bancaria; 2. principali linee evolutive delle relazioni contrattuali tra banca e cliente: cenni; 3. L'art. 2 bis della legge n. 2/2009; 3.1. La Commissione di massimo scoperto; 3.2. Il Corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme. 4. Conclusioni

1. I contratti bancari, sebbene debbano essere redatti in forma scritta, di solito non contemplano una clausola normativa che definisce la nozione ed i criteri di applicazione della Commissione di Massimo Scoperto (di seguito, CMS), limitandosi piuttosto ad indicarne il mero valore (espresso in termini percentuali) nella sezione contrattuale dedicata alle condizioni economiche. La CMS usualmente si applica solo a determinati contratti bancari¹, riconducibili alla nozione dell'apertura di credito, per lo più in conto corrente, nonché ai fidi di fatto (c.d. scoperture e sconfinamenti)².

¹ Recentemente, sull'argomento, U. Morera, Contratti bancari (disciplina generale), voce del Dizionario di Diritto Privato diretto da N. Irti, anticipata in BBTC, 2008, I., p. 163 ss.

² Fido di fatto, inteso quale concessione discrezionale di credito valutabile caso per caso che, comunque, non attribuisce all'accreditato un'aspettativa al credito futuro giuridicamente rilevante: sul punto, diffusamente, G. Fauceglia, I contratti bancari, in Trattato di diritto commerciale diretto da V. Bonocore, Torino, 2005, p. 334 ss. Altra ricostruzione teorica qualifica i pagamenti *extra fido* o *sine fido* (segnatamente di assegni allo scoperto) come spontanee anticipazioni eseguite dal mandatario a norma dell'art. 1720 c.c. (Cass. 5 dicembre 1992, n. 12947, in Fall., 1993, p. 587, con nota di Giorgio Tarzia).

La natura della CMS è stata a lungo dibattuta, essendo difficile trovarne un fondamento chiaro ed univoco: è tuttora aperto il problema della sua corretta qualificazione giuridica e della conseguente funzione economico i sociale.

1.1. Secondo la dottrina tradizionale³, nell'apertura di credito l'accreditato è innanzi tutto obbligato a corrispondere alla banca la c.d. *provvigione di conto*: essa rappresenta essenzialmente il corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un certo tempo, indipendentemente dall'utilizzazione che egli faccia del credito⁴. Tuttavia, prosegue l'Autore, questa *provvigione può essere conteggiata a tantum nell'atto di concessione di fido; più frequentemente è conteggiata ad ogni chiusura di conto (provvisoria o definitiva) in misura percentuale sul massimo scoperto del periodo considerato e cioè sulla esposizione massima effettivamente raggiunta* *é* *Se la provvigione sia pattuita per il solo caso di mancata utilizzazione del credito, l'obbligazione dell'accreditato è sottoposta a condizione sospensiva; per cui il pagamento non è dovuto se non alla scadenza del termine fissato per tale utilizzazione, o anche alla chiusura provvisoria del conto se l'accreditato non abbia utilizzato il credito nella misura prefissata*.

Si intuisce pertanto che questa provvigione può in concreto assumere caratteristiche sensibilmente diverse, non necessariamente alternative l'una rispetto all'altra. Di qui la difficoltà di dottrina e giurisprudenza a trovarne un'unica ragion d'essere: la causa della provvigione di conto non è dunque esclusiva, ma deve essere valutata ed individuata in relazione alle sue concrete modalità di applicazione.

L'ambiguità della natura della provvigione di conto ha contribuito in modo determinante a rendere difficile la qualificazione di una delle sue manifestazioni d'uso, ovvero la CMS. La potenziale ambivalenza della CMS è stata colta anche dalla Cassazione⁵, secondo cui essa può essere assimilata, per un verso, *ad un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi, come potrebbe inferirsi anche dall'essere conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate nel periodo considerato, solitamente trimestrale, e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come*

³ G. Molle, I contratti bancari, in Trattato Cicu Messineo, Milano, 1981, p. 231 ss. Più recentemente, D. Manente, L'apertura di credito, in AA.VV., Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2005, p. 493 ss.

⁴ Questa definizione corrisponde a quella formulata recentemente dalla Suprema Corte, ma riferita alla commissione di massimo scoperto *tout court*: Cass. Civ. sez. I, 18 gennaio 2006, n. 870, in www.leggiditalia.it. La *ratio* originaria di questa remunerazione risiederebbe dunque nell'esigenza di compensare la banca dall'onere di dover essere sempre in grado di fare fronte alla richiesta di liquidità da parte del cliente, senza poter utilizzare quella riserva per altri investimenti fruttiferi.

⁵ Cass. 6 agosto 2002, n. 11772, in www.leggiditalia.it.

per gli interessi passivi. Può tuttavia assumere, per altro verso, anche una diversa funzione, *non remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo*.

In sintesi, la CMS (*rectius*, la provvigione di conto) può di volta in volta, a seconda del criterio con cui viene applicata, avere una natura assimilabile a quella degli interessi passivi, oppure costituire un corrispettivo autonomo dagli interessi.

1.2. Nella prassi bancaria, infatti, la CMS si è progressivamente discostata dall'ampia e generica nozione provvigione per la messa a disposizione delle somme, assumendo di fatto le caratteristiche proprie di una remunerazione aggiuntiva al tasso di interesse.

Questo processo evolutivo si può evincere anche dalle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, secondo cui *«tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso - che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni - viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificato nel periodo di riferimento»*⁶. Le medesime istruzioni tuttavia sostengono che la CMS non entri nel calcolo del TEGM, ma vada rilevata separatamente.

I criteri di calcolo della CMS - proprio per la storica assenza di una specifica clausola che ne descriva la natura e la metodologia di applicazione - possono in concreto variare da banca a banca e risultano spesso di difficile ricostruzione e comprensione⁷. In genere, essa è calcolata sul picco massimo della somma prelevata dal cliente in certo arco temporale (il c.d. *massimo scoperto del periodo*, descritto anche dal Molle⁸), con la funzione di

⁶ Banca d'Italia, Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, sez. I, punto C5, pag. 15, aggiornamento febbraio 2006, ove si aggiunge: *«Tale commissione è strutturalmente connessa alle sole operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile, sul presupposto tecnico che esista uno scoperto di conto. Pertanto, analoghe commissioni applicate ad altre categorie di finanziamento andranno incluse nel calcolo del TEG»*.

⁷ Ad esempio, essa può essere calcolata: in via assoluta sul massimo saldo debitorio risultante nel periodo di riferimento, a prescindere dalla sua durata; in via relativa, sui saldi debitori (singoli o complessivi) purché di durata maggiore ad un certo numero di giorni; in via mista, sul massimo saldo debitore in valore assoluto (anche se singolarmente preso sia entro un periodo di tempo inferiore ai giorni predeterminati), purché tuttavia esista un periodo di scopertura di durata superiore a un certo numero di giorni.

⁸ Molle, cit. nota 3, p. 231.

remunerare la banca non tanto per disponibilità concessa al cliente (il c.d. accordato), quanto piuttosto per quella effettivamente utilizzata.

Queste modalità di applicazione della CMS da parte del sistema bancario hanno sollevato diversi dubbi sulla sua legittimità, sia piano civile sia su quello penale.

Infatti, è stato sostenuto che la CMS, enunciata quale corrispettivo per il mantenimento dell'apertura di credito indipendente dall'utilizzazione dell'apertura stessa, possa essere considerata nulla per mancanza di causa, atteso che si sostanzia in un ulteriore e non pattuito addebito di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente previsti per l'utilizzo dell'apertura di credito⁹.

Inoltre, le arbitrarie, fumose o del tutto inesprese modalità di calcolo nei contratti bancari comportano a loro volta il rischio di nullità della pattuizione per indeterminatezza dell'oggetto (art. 1346 c.c.) e per contrasto con l'obbligo di forma scritta (art. 117 tub)¹⁰.

Infine, se si qualifica la CMS come uno degli elementi che determinano il costo effettivo del finanziamento utilizzato (nonché del fido di fatto) oltre al tasso di interesse¹¹, essa dovrebbe coerentemente concorrere nella valutazione della condotta usuraria¹². Queste conclusioni sono state accolte da alcune pronunce penali di merito, che hanno considerato la CMS come un mero aumento del costo del denaro rilevante per l'applicazione dell'art. 644, 4 comma cod. pen., a prescindere dalle Istruzioni della Banca d'Italia¹³.

⁹ In tal senso Trib. Milano 4 luglio 2002, in BBTC, 2003, II, p. 463, con nota di B. Inzitari, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*.

¹⁰ Sull'applicazione ad un conto "chiuso", V. Farina, *La determinazione giudiziale del credito bancario in conto corrente*, in BBTC, 1999, I, p. 371. Per una nullità più ampia, A.A. Dolmetta . G. Mucciarone, *Sulla commissione di massimo scoperto*, commento a App. Lecce, 27 giugno 2000, in Contratti, 2001, p. 374 ss.

¹¹ dal momento che - essendo addebitata periodicamente come altre voci di costo - subisce l'effetto della capitalizzazione periodica. P. Dagna, *Profili civilistici dell'usura*, Il diritto degli affari, a cura di B. Inzitari, Padova, 2008, p. 382 ss. Secondo l'Autrice, *Ad un'interpretazione letterale, ma soprattutto coerente con la ratio legis, parrebbe inevitabile ritenere che anche la CMS, come ogni altra voce di costo, vada calcolata nel computo complessivo di quanto dovuto dal singolo correntista si fini della rilevazione della soglia di usurarietà del prestito* (p. 388).

¹² R. Marcelli, *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, 7 ottobre 2008, documento n. 119, sezione II, dottrina, opinioni, interventi, in www.ilcaso.it

¹³ Tribunale di Palmi, GUP, nel decreto che dispone il giudizio proc pen. N. 4534/04 del 7 giugno 2006, in www.studiotanza.it.

2. Da diversi anni nei rapporti negoziali tra banche e clientela è in atto un processo tendente ad accrescere la trasparenza e la chiarezza delle condizioni normative ed economiche, per favorire la consapevolezza delle scelte e la confrontabilità delle offerte nonché in ultima istanza la concorrenza e l'efficienza del mercato.

Di seguito, richiamiamo in estrema sintesi alcuni spunti particolarmente significativi ai nostri fini.

Innanzitutto, gli articoli 115 e seguenti del D.Lgs. n. 385/93 (Testo unico bancario, di seguito anche Tub) enunciano il principio di completezza informativa dei contratti bancari, ne impongono la forma scritta *ad substantiam* (a pena di nullità relativa) e sanciscono il divieto di rinvio agli usi. Il Tub demanda inoltre a fonti secondarie l'individuazione di più stringenti modalità per rispettare la c.d. trasparenza bancaria. In proposito, la Deliberazione del CICR 4 marzo 2003¹⁴ e le conseguenti Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia (titolo X, capitolo 1) rafforzano i principi di chiarezza e completezza dei contratti bancari, con l'obiettivo di *rendere noti al cliente gli elementi essenziali del rapporto contrattuale, le loro variazioni e di promuovere e salvaguardare la concorrenza*. Tra l'altro, sanciscono che tutti i contratti di mutuo enuncino in misura chiara ed onnicomprensiva, tramite il c.d. ISC (indicatore sintetico di costo), ogni voce di spesa a carico del cliente, espandendo una delle tutele tipiche della disciplina speciale del credito al consumo¹⁵.

Per recepire istanze comunitarie, sin dal 1996 è stata introdotta nel nostro ordinamento, dapprima direttamente nel codice civile, poi in *corpus* normativo autonomo, una specifica disciplina a tutela del consumatore (art. 1469 bis ss. c.c., ora D. Lgs. n. 206/2005, Codice del consumo). Questo Codice sancisce come diritti fondamentali di consumatori ed utenti quelli ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali (art. 2); nell'ambito dell'educazione del consumatore, enuncia il favore alla consapevolezza dei loro diritti ed interessi, rendendo chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alle scelte (art. 4); è inoltre stabilito che le informazioni al consumatore siano espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la sua consapevolezza (art. 5). Infine, il Codice considera vessatorie le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33).

¹⁴ in G.U. 27 marzo 2003, n. 72.

¹⁵ Si è stabilita una distinzione lessicale tra i due indicatori di costo, sebbene la formula per il loro calcolo sia la medesima: per il credito al consumo è infatti rimasta la storica sigla di TAEG.

Già abbiamo menzionato la normativa sull'usura (l. n. 108/96 e provvedimenti di attuazione), secondo cui, nel calcolo dei costi complessivi del credito, devono essere compresi tutti i diversi oneri addebitati al cliente in ragione del credito accordato, con la sola esclusione delle imposte e delle tasse, cioè di quello che non rappresenta remunerazione per la banca (art. 644, 4 comma c.p.). Ai fini della legge sull'usura occorre, in sostanza, ricondurre ogni tipologia di costo alla forma del tasso di interesse, in modo che sia immediato il confronto tra i due elementi di paragone: la fattispecie concreta e la soglia rilevata nelle tabelle¹⁶.

Negli ultimi anni, sono stati emanati diversi provvedimenti d'urgenza aventi ad oggetto l'attività bancaria, nella prospettiva della competitività e semplificazione dei rapporti con la clientela. In particolare, l'art. 10 della legge 4 agosto 2006 n. 248 (noto come primo decreto Bersani) ha da un lato ridefinito, in senso più favorevole alla clientela, l'esercizio dello jus variandi nei contratti di durata; dall'altro, ha attribuito ai clienti il diritto di recesso dai medesimi rapporti, senza penalità e senza spese di chiusura.

Ancora, ulteriori disposizioni (Bersani bis: d.l. n. 7/2007, convertito nella l. n. 40/2007) hanno stabilito il divieto di clausole penali nell'estinzione anticipata dei mutui immobiliari (art. 7); la c.d. surrogazione del mutuo, avvalendosi estensivamente dell'istituto della surrogazione per volontà del debitore (art. 8); la semplificazione della procedura di cancellazione delle ipoteche concesse su mutui estinti (art. 13).

Si tratta di provvedimenti piuttosto eterogenei e poco sistematici, ma tutti diretti ad accrescere la consapevolezza del cliente in una prospettiva di maggiore concorrenza nel sistema bancario. Per favorire la competizione, il legislatore si è preoccupato da un lato di rendere chiare e confrontabili le condizioni economiche dei contratti, dall'altro di agevolare il recesso del cliente insoddisfatto.

Va ancora ricordato che nella scorsa legislatura era pendente in Parlamento un disegno di legge destinato ad abrogare *tout court* la CMS.

Infine, appare ai nostri fini particolarmente interessante una breve menzione alle istruttorie aperte (e chiuse) nel corso del 2008 dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nei confronti di quattro tra i maggiori gruppi bancari italiani, ai sensi dell'art. 26 del Codice del consumo¹⁷. L'Autorità ha preso spunto dall'ambigua natura giuridica ed economica della CMS - intesa come remunerazione ora sull'utilizzato, ora sull'accordato - per

¹⁶ Dagna, cit. nota 11.

¹⁷ Provvedimenti 19352, 19353, 19354 e 19355 del 23 dicembre 2008 di chiusura dell'istruttoria adottati rispettivamente nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena, Unicredit Banca di Roma, BNL e Intesa San Paolo, tutti pubblicati sul Bollettino n. 49/2008.

sottoporre ad istruttoria l'applicazione di questa commissione da parte di alcune banche. Secondo l'Autorità, la CMS appare criticabile sotto il profilo della trasparenza e della chiarezza informativa nei contratti, nei fogli informativi e nelle comunicazioni periodiche, potendo configurare pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta.

Gli istituti di credito coinvolti hanno presentato ciascuno una proposta di assunzione di impegni ai sensi dell'art. 27, comma 7 del Codice del consumo. L'Autorità ha ritenuto in prima istanza tali impegni solo parzialmente idonei a sanare i profili di possibile legittimità della pratica commerciale, indicando alle banche la prospettiva di offrire alla clientela strutture commissionali alternative alla CMS¹⁸: tutto ciò, se accompagnato da una corretta ed adeguata informazione, avrebbe secondo l'Autorità consentito al consumatore di assumere una consapevole decisione di natura commerciale tra le diverse offerte. La successiva accettazione degli impegni assunti dalle banche ne ha determinato la vincolatività: a seguito della chiusura del procedimento, le banche hanno evitato l'accertamento dell'infrazione e l'irrogazione delle relative sanzioni.

Tra gli elementi di maggior interesse degli accordi tra Autorità e banche spicca innanzi tutto la necessità di esplicitare con chiarezza, nella documentazione contrattuale, i criteri di calcolo della CMS. È stato peraltro confermato che la commissione in parola si possa applicare tanto sugli utilizzi entro i limiti dell'affidamento quanto sulle scoperture relative a conti correnti non affidati o sugli sconfinamenti consentiti in esubero rispetto all'apertura di credito accordata. Stimolate dall'Autorità, le banche si sono altresì impegnate ad introdurre, nelle proposte commerciali sui conti correnti e sugli affidamenti, dei regimi economici alternativi, affinché la clientela possa liberamente scegliere, fra le varie opzioni, quella ritenuta più conveniente al proprio comportamento economico, alle proprie esigenze di credito ed al relativo utilizzo.

Gli esiti del procedimento dell'Antitrust rappresentano un passaggio ulteriore, ma non definitivo nel processo di qualificazione della natura giuridica e dell'applicazione della CMS: infatti, come vedremo di seguito, il recente intervento del legislatore ha contraddetto alcuni profili di questi accordi, fissando nuovi e diversi parametri per la valutazione della legittimità del regime commissionale nelle aperture di credito e nei conti correnti bancari.

¹⁸ V. ad esempio la Commissione per il servizio di disponibilità immediata fondiò proposta da Unicredit Banca di Roma, proporzionale all'importo ed alla durata della linea di credito concessa: essendo fissa, in quanto non aumenta con il maggior utilizzo del fido, ha una modalità di calcolo considerata più semplice. In base agli impegni assunti, inoltre, tale commissione è alternativa alla CMS e dovrebbe consentire alla clientela di scegliere, fra le varie opzioni, quelle ritenute più vantaggiose.

3. Introdotto in sede di conversione del decreto legge 185/2008, l'art. 2bis della legge n. 2/2009 è rubricato *Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari* ed appare il frutto di una scelta piuttosto affrettata.

La sua complessa articolazione e la formulazione lessicale non ineccepibile apre molti dubbi interpretativi, che possono solo in parte essere colmati grazie al dibattito sulla natura della CMS nonché in base alle evoluzioni normative e giurisprudenziali sopra richiamate. La nuova disposizione ha comunque il pregio, almeno per le banche, di superare il precedente orientamento, propenso all'abrogazione della CMS e comunque tendente a revocarne in dubbio la legittimità.

L'analisi del testo risulta particolarmente ostica, soprattutto se condotta in termini negativi (ovvero, cercando di stabilire quali clausole e condotte sono vietate). Nemmeno la scheda di lettura del Servizio studi della Camera fornisce al riguardo indicazioni illuminanti, limitandosi a parafrasarne il testo.

Suggeriamo pertanto un'esegesi aderente al dato testuale, che - partendo dalla stretta lettera della legge - cerchi di indagare in positivo quali clausole e quali condotte siano legittime.

Da quest'approccio si evince che il primo comma delinea in realtà due distinte fattispecie negoziali: esse rispecchiano diverse commissioni, come vedremo non necessariamente alternative¹⁹ ma potenzialmente cumulative l'una rispetto all'altra.

La prima commissione, denominata *commissione di massimo scoperto*, è legittima solo se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo pari o superiore a trenta giorni e può essere calcolata entro i limiti dell'utilizzo dell'apertura di credito concessa. La norma sancisce, per converso, la nullità di tutte le altre clausole (al plurale!) aventi ad oggetto ulteriori e diverse nozioni di CMS, calcolate in qualunque altro modo. Anche eventuali remunerazioni su scoperti o sconfinamenti dovranno con ogni probabilità essere ricomprese entro la componente di costo tipica per la concessione (anche di fatto) del credito, vale a dire il tasso di interesse, eventualmente maggiorato per compensare il maggior rischio.

La seconda commissione (rintracciabile - dopo un lungo inciso - molte righe più sotto) è invece chiamata *corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme*.

Le due definizioni delle commissioni, espresse prima in negativo poi in positivo, sono tra loro collegate dall'avverbio *altresì*²⁰: da ciò se ne deduce una possibile convivenza nell'ambito dello stesso contratto.

¹⁹ Come invece l'accordo tra AGCM ed alcune banche sottoposte ad istruttoria ha pattiziamente stabilito.

²⁰ *Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che è*

3.1. Per la prima volta il nostro diritto positivo menziona e definisce (sebbene con una certa approssimazione) la nozione di questa commissione. Poiché è ragionevole immaginare che il legislatore, nel preservare la legittimità (condizionata) della CMS, abbia inteso mitigare l'effetto della preannunciata abrogazione, dovrebbe essere altrettanto ragionevole ritenere che la CMS di cui tratta la prima parte della norma sia quella che in concreto il sistema bancario da anni sta richiedendo alla propria clientela e che da tempo è sottoposta al vaglio critico di dottrina, giurisprudenza ed Antitrust.

In sostanza, la nuova legge ha svolto una mera ricognizione della realtà esistente, confermando che la CMS rappresenta una remunerazione accessoria rispetto agli interessi passivi. Infatti, le condizioni della sua legittimità ricalcano esattamente una (e solo una) delle modalità elaborate dalla prassi bancaria per la sua precedente applicazione.

Ciò consente di superare le due principali obiezioni rivolte contro la CMS, così come usualmente applicata dalle banche.

Da un lato, quella dell'assenza di causa, che è ora individuata *ex lege*. La CMS descritta dalla norma rappresenta infatti una remunerazione per l'erogazione del credito che si aggiunge agli interessi passivi²¹ ed è calcolata sul saldo massimo effettivamente utilizzato dal cliente in un certo arco di tempo, purché entro i limiti dell'apertura di credito concessa²².

Dall'altro, la questione dell'indeterminatezza dell'oggetto, che è precisato dalla legge. Infatti, la CMS si può applicare solo a determinati contratti, riconducibili alla categoria dell'apertura di credito, ed entro la somma messa a disposizione. Non è più consentita sugli scoperti di conto corrente né sugli sconfinamenti eventualmente tollerati dalla banca oltre l'ammontare dell'affidamento²³. La nuova disposizione tratteggia inoltre, sebbene con una certa approssimazione, la modalità di calcolo della CMS, lasciando intendere che essa si applichi sul picco massimo entro il periodo di riferimento, purché il cliente risulti a debito per un tempo pari o superiore a trenta giorni²⁴.

²¹ tant'è vero che è ora espressamente rilevante ai fini dell'usura: vedi il successivo secondo comma dell'art. 2 bis.

²² In realtà, la norma fa riferimento alla generica nozione di fido, di più complessa definizione teorica ma che, per la sua ampiezza, può comprendere anche quella di apertura di credito. In proposito, v. U. Morera, *Il fido bancario*, Milano, 1998, p. 8 ss nonché R. Pierri, *Il fido promiscuo*, in BBTC, I, 2006, p. 589 ss.

²³ Contrariamente a quanto AGCM e le banche sottoposte ad istruttoria hanno stabilito solo il 23 dicembre 2008.

²⁴ Resta ovviamente ferma la possibilità per le parti di stabilire nel contratto un periodo di utilizzo continuativo superiore a trenta giorni, in quanto più favorevole per il cliente.

3.2. Se si intende dare un significato alla seconda parte del primo comma dell'art. 2 bis in commento, occorre attribuirle un contenuto precettivo diverso rispetto alla prima.

Infatti, come abbiamo detto, l'intera disciplina della CMS è già stata compiutamente affrontata nella prima parte della norma, che sanziona con la nullità tutte quelle clausole (al plurale) che hanno ad oggetto la CMS, salva l'unica eccezione consentita dalla legge.

La seconda commissione (vale a dire il *corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme*), per avere un senso, deve pertanto riguardare una fattispecie diversa e non già disciplinata nella prima parte della norma.

Ma cos'è il *servizio di messa a disposizione delle somme* cui è connesso questo corrispettivo? Altro non può essere se non il *contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato*, cioè a dire l'apertura di credito bancario, la cui nozione è espressa dall'art. 1842 cod. civ. Si tratta, come sopra illustrato - di un contratto consensuale, a prestazioni corrispettive ed oneroso, perché l'obbligazione della banca (concessione di disponibilità) trova un corrispettivo, oltre che negli interessi sugli importi per i quali il credito è stato utilizzato, nella provvigione dovuta anche in caso di mancata utilizzazione del credito²⁵. Ed infatti, la prassi bancaria conosce innumerevoli voci diversamente denominate (provvigioni di conto, commissioni di allestimento e rinnovo pratica di fido, spese di istruttoria, oneri di revisione, diritti di segreteria eccetera), tutte connesse al *servizio di messa a disposizione delle somme*. In sintesi, remunerazioni accessorie al contratto di apertura di credito, per lo più commisurate all'ammontare dell'importo accordato. Ebbene, d'ora in poi tutte queste voci di spesa, *comunque denominate*, pare debbano rispondere ai nuovi requisiti previsti dalla seconda parte del primo comma dell'art. 2 bis.

Leggendo analiticamente la previsione sul *nuovo* corrispettivo sull'apertura di credito, si evince pertanto che esso dovrà essere:

- *predeterminato (unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate)*. Il tasso sull'apertura di credito è, come di consueto, applicato - con o senza CMS - sulle somme effettivamente utilizzate. Nel contratto - assieme al tasso - va dunque indicato questo corrispettivo, in modo chiaro ed espresso, allo scopo di fornire al cliente un'immediata percezione dell'ulteriore costo del finanziamento.
- *Con patto scritto non rinnovabile tacitamente*. Nulla di nuovo sul patto scritto: ai sensi dell'art. 117 tub, tutti i contratti bancari devono essere redatti in forma scritta, a pena di nullità. Per dare un senso alla norma, si potrebbe allora ipotizzare una deroga tacita al comma 7 dell'art. 117

²⁵ Così G. Fauceglia, nota 2, p. 333 e 334.

tub, con la conseguenza di rendere inefficace il rinvio al tasso dei b.o.t. e alle condizioni pubblicizzate, in assenza della speciale forma scritta stabilita per questo patto.

Il precetto sulla non rinnovabilità tacita del patto solleva invece maggiori problemi interpretativi. Poiché non è agevole immaginare una sola clausola (peraltro particolarmente significativa, in quanto concerne i profili economici) che abbia una durata diversa rispetto al contratto che la contiene, si può sostenere che questa parte della norma non possa riferirsi ai contratti a tempo indeterminato. Laddove invece l'apertura di credito sia stipulata a tempo determinato (art. 1842 e 1845 primo comma c.c.) e sia prevista una clausola di rinnovo automatico²⁶ (salvo disdetta prima della scadenza o recesso), la pattuizione connessa a questa voce di costo dovrà essere concordata di nuovo per iscritto. L'assenza di accordo scritto farebbe comunque proseguire il contratto - rinnovato tacitamente - ma il corrispettivo per il servizio, unitamente al tasso, non potrà più essere richiesto²⁷. La necessaria stipulazione per iscritto di questa commissione ad ogni rinnovo - anche tacito - del fido in scadenza dovrebbe in ultima analisi favorirne la rinegoziazione, stimolando la banca ad assumere un atteggiamento propositivo e non meramente attendista.

- *In misura onnicomprensiva.* Come già detto, questo corrispettivo pare destinato ad assorbire tutte quelle voci di spesa sull'apertura di credito, comunque denominate, che non siano riconducibili al tasso o alla nuova CMS (oltre che, ovviamente, a quelle eventualmente connesse al conto corrente di appoggio)²⁸.
- *In misura proporzionale all'importo ed alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente.* Il corrispettivo va pertanto calcolato in termini percentuali o comunque proporzionali (ad esempio, entro limiti minimi e massimi per scaglioni d'importo, che dovranno essere pubblicizzati nei fogli informativi e poi in concreto pattuiti per iscritto nel contratto) rispetto all'accordato (affidamento richiesto dal cliente). Inoltre, il

²⁶ Come ad esempio avviene di norma nelle aperture di credito in conto corrente con garanzia ipotecaria, la cui durata è stabilita nel contratto in (almeno) diciotto mesi e un giorno, con rinnovo tacito. Questi finanziamenti vengono ricondotti alla categoria delle operazioni a medio o lungo termine allo scopo di rendere applicabile il regime sostitutivo d'imposta di cui al DPR 601/73.

²⁷ Anche in tal caso, appare elusivo del dettato normativo (poiché di fatto penalizzante per il cliente) sostenere che al contratto si applicano i criteri suppletivi dell'art. 117, comma 7 tub.

²⁸ Appare invece più sostenibile ammettere il rimborso delle mere spese, purché necessarie e documentabili, eventualmente sostenute dalla banca per l'istruttoria del fido e l'erogazione del credito. Si pensi ad esempio all'onorario del notaio per la stipula dell'atto ipotecario, o a quello del perito per la stima dell'immobile; o ancora alle spese vive sostenute per effettuare visure camerali o ipocatastali.

corrispettivo dovrebbe essere addebitato periodicamente, in relazione alla durata dell'affidamento ed alle sue eventuali chiusure periodiche, evitando l'imputazione in un'unica soluzione annuale. L'eventuale prematura cessazione del contratto²⁹ determinerebbe l'impossibilità per la banca di addebitare questa commissione per la durata residua dell'anno.

- *Evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale*, come già avviene per disposizioni di trasparenza per tutti i servizi bancari attraverso il rendiconto ed il c.d. documento di sintesi.
- *Con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo*, onde consentire al cliente di conoscere annualmente la reale fruizione della somma messa a disposizione e, se valutata incongrua rispetto alle proprie necessità, richiedere una riduzione o un aumento del fido. Questa valutazione del cliente risulta agevolata dalla possibilità di conoscere in anticipo i relativi costi (o risparmi), in quanto proporzionali agli scaglioni commissionali già stabiliti nei fogli informativi.
- Infine, è fatta salva la facoltà di recesso del cliente in ogni momento. La previsione ricalca l'art. 10, comma 2 della l. n. 248/2006 (c.d. primo decreto Bersani) e si limita alle aperture di credito a tempo determinato e integra la disciplina dell'art. 1845 c.c. in tema di recesso dal contratto.

4. Abbiamo cercato di proporre una prima interpretazione di queste nuove disposizioni partendo dal rispetto del dato testuale, letto lì laddove ambiguo e alla luce del dibattito dottrinale sulla natura della CMS, dei recenti orientamenti giurisprudenziali, dell'evoluzione della normativa di settore e delle aspettative delle Autorità di controllo. Questa esegesi, letterale e sistematica per quanto possibile, teleologica solo laddove la lettera non aiuta, porta a trarre alcune considerazioni di sintesi.

La CMS appare legittima sotto il profilo causale, in quanto riconosciuta direttamente dalla legge come un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi.

È inoltre legittima sul piano dell'oggetto, in quanto determinata e circoscritta dal legislatore nell'ambito e nelle modalità di applicazione.

²⁹ Ad esempio per recesso di una delle parti.

In aggiunta al tasso di interesse e all'eventuale CMS, le aperture di credito possono inoltre essere remunerate da un'ulteriore provvigione di conto, ora denominata *ex lege* commissione per il servizio di messa a disposizione delle somme: quest'ultima dovrà tuttavia essere pattuita in modo espresso, proporzionale all'accordato e soprattutto onnicomprensivo rispetto ad ogni altra voce di costo.

La semplificazione e la standardizzazione della struttura commissionale delle aperture di credito, con la conseguente immediata percezione del relativo costo (analogamente a quanto già conseguito nei contratti di mutuo tramite l'ISC - Indicatore Sintetico di Costo) dovrebbero favorire la confrontabilità di offerte e condizioni nel mercato bancario, con i benefici sul piano concorrenziale da tutti auspicati.