

Osservazioni, commenti e proposte al: “*Documento di Consultazione*” relativo alla:
“*Attuazione dell’art. 117-bis del Testo Unico Bancario in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti*”, a cura di P. Ferro-Luzzi, Emerito di Diritto Bancario dell’Università di Roma “La Sapienza”

1-. Premessa

Un regime di prezzi imposti qual è quello stabilito dalla norma primaria, l’art. 117-bis TUB, la quale prevede poi una delega al CICR per l’adozione delle “disposizioni applicative”, il testo delle quali è in consultazione, in tanto è coerente col pacifico riconoscimento della natura imprenditoriale dell’attività di impresa, e del conseguente principio di libertà di svolgimento di tale attività in regime di concorrenza, in quanto il servizio il cui prezzo è imposto:

- a) sia a sua volta imposto, come oggi, almeno in pratica, è frequente per servizi bancari elementari;
- b) sia ritenuto di pubblica utilità incentivarne l’utilizzo, come ancora accade nel quadro del più generale indirizzo volto a limitare, a svariate finalità, l’uso del contante;
- c) sia, ancora, riconosciuto di interesse generale agevolare particolari categorie sociali, e l’esempio più evidente sono oggi i consumatori.

Parimenti è sicuramente di generale, indiscussa utilità una penetrante applicazione dei principi di c.d. “trasparenza”, ancora e soprattutto nei confronti dei servizi per loro natura o per necessità destinati a diffondersi sempre di più tra un pubblico fino a non molto tempo fa rimasto estraneo al “mondo” bancario.

Nello stesso ordine di idee, e per le stesse ragioni, può ammettersi che per la categoria di servizi indicati sia richiesto, o anche imposto, un regime di “oneri” onni-comprendivi, senza scendere alle minute, complicate tecniche di presupposti e di calcoli di applicazione.

La norma primaria dell’art. 117-bis TUB, va nella direzione indicata, e in questa sede non è consentito alcun rilievo critico; osservo soltanto:

- a) che non mi è chiara la funzionalità, almeno diretta, di un regime di prezzi imposti allo stimolo di piena concorrenzialità (v. Relazione sull’analisi di impatto, Sintesi, e altrove);
- b) che, parimenti, non mi è chiara la diretta funzionalità di un sistema di “oneri onni-comprendivi”, ancora ad una vera trasparenza ed alla concorrenza.

Tanto premesso, passo all’analisi “esegetica e sistematica” della Proposta, precisando che il tempo ristrettissimo può avermi indotto in errori; che non intendo criticare il Legislatore, ma che vorrei soltanto chiarezza e precisione soprattutto ad evitare contenziosi a mio avviso dannosi per tutti.

Paolo Ferro - Luzzi

Art. 1-. (Definizioni)

Comma 1, let. b;

Non capisco perché la nozione di “cliente” venga un po’ amputata, rispetto alla definizione che apparentemente si vuol recepire (quella propria della disciplina della trasparenza), dell’ipotesi del soggetto che: “... *intende entrare in relazione ...*”, ipotesi che pure ricorre nel caso.

Parimenti, non mi è di immediata comprensione l’esclusione dalla nozione di cliente, e quindi dall’applicazione della disciplina, anche questa esclusione mutuata dalla disciplina della trasparenza, di vaste categorie di operatori finanziari: “... *ogni altro soggetto che svolge attività di intermediazione finanziaria ...*”. Che tali operatori siano esclusi dalla disciplina della trasparenza si capisce, attesa la professionalità implicita nello svolgimento di queste attività; che tali soggetti siano parimenti esclusi dalla disciplina in esame un po’ meno, una parola di spiegazione sarebbe necessaria, anche perché a livello imprenditoriale risultano così favoriti come destinatari di una disciplina in se un po’ anomala quale è quella dei prezzi imposti, tutti gli imprenditori da piccolissimi a grandissimi, esclusi i finanziari, il che, la ragione del che, va approfondita.

Sulla coerenza di questa importante limitazione con la “delega” conferita dalla norma primaria al CICR per “disposizioni applicative” non avrei molti dubbi, anche se non capisco perché nei testi si parli piuttosto di “attuazione” che non di applicazione (v. già il titolo del documento).

Comma 1; let. d:

E' un po' strana, e non si capisce se e quale portata abbia, la circostanza che qui si parli e si definisca l'"*affidamento*" e la "*messa a disposizione del cliente*", e non si faccia menzione invece delle "linee di credito" di cui si parla poi nell'art. 2, comma 1 (v. il commento); forse la singolarità deriva dal fatto che qua si voleva indicare il dato caratteristico della "messa a disposizione", nell'art. 2 indicare invece i contratti che determinano tipicamente una "messa a disposizione", e l'uso della generica espressione "linee di credito" forse è in funzione del desiderio di comprendere nella disciplina le carte di credito, almeno "revolving".

Il testo può lasciarsi come è, anche se preferirei dare maggior enfasi alla indicazione/determinazione della somma, dicendo:

"d) "affidamento" o "somma messa a disposizione del cliente" la somma di danaro messa a disposizione del cliente quale determinata/indicata nel contratto di apertura di credito, o altro contratto previsto nell'art. 2".

Comma 1; let. e: "sconfinamento".

L'attuale formulazione della prima ipotesi, ed in particolare l'espressione: "...*somme di danaro concesse dall'intermediario ...*" mi pare un po' ambigua, e non capisco il richiamo contenuto nella "Relazione illustrativa" alla Sez. VII, paragrafo 2 delle Disposizioni sulla trasparenza.

L'espressione "*concesse*" sembra, può far intendere una previa concessione, assenso dell'intermediario all'"utilizzo extrafido", il che non mi pare corretto perché "fuori fido" il cliente può andare anche senza accorgersene, e senza previo accordo con la banca; si pensi al "ritorno" di assegno versato e risultato scoperto; all'addebito di inaspettate bollette, ecc.

Se ho capito, ove si volesse indicare "il fatto" dello sconfinamento, forse sarebbe stato più chiaro dire: "*l'utilizzo da parte del cliente di somme in eccedenza a quanto contrattualmente messo a disposizione*".

Ancora meno chiara la formulazione della seconda ipotesi, e per il ricorso, ancora, dell'espressione "*concesse*", e per le stesse ragioni già dette, e perché la frase finale: "... *in eccedenza ...*" è, alternativamente ovvia, ovvero di difficile comprensione.

Se ho ben capito per l'"uso in assenza di fido" (non "sconfinamento in assenza ...") perché per definizione qui il confine non c'è) si potrebbe dire:

"l'utilizzo da parte del cliente di somme di danaro in mancanza (del necessario) affidamento".

N.B.] se con l'espressione "*concesse dall'intermediario*" si fosse poi voluto indicare l'indispensabile consenso della banca allo "sconfinamento", posto che vietare alla banca di consentirlo è impossibile, allora si sarebbe dovuto dirlo più chiaramente, p. es. inserendo nelle due ipotesi, dopo l'espressione comune: "*l'utilizzo ...*", la precisazione: "*quando consentito dalla banca*".

Devo comunque osservare che è estremamente difficile, raro, non però impossibile, specie in regime di conto corrente, che la banca "rifiuti" a priori, o negozi a

priori, un addebito che determina sconfinamento, e l'addebito determina a sua volta in automatico la variazione del saldo; successivamente la banca potrà accettare lo sconfinamento, applicando la disciplina in esame, o stornarlo; ciò che è indispensabile è conservare la libertà della banca di accettare o rifiutare, liberamente.

Art. 2 (Ambito di applicazione)

Comma 1, capoverso

La parte iniziale è un po' tormentata:

- a) perché si parla di “*sconfinamenti*” e di “*linee di credito*” precisando “*come individuati*” dall'art. 117-bis TUB, il quale, mi sembra, di “*linee di credito*” non parla; se l'intento era quello che ha creduto di individuare (v. art. 1, comma 1, let. d) allora bisognava appellarsi esplicitamente all'art. 117-bis, comma 4;
- b) per la curiosa previsione relativa ai consumatori; ma era necessario dire che si applica a tutti, consumatori e no? (con l'eccezione della delimitazione contenuta nella definizione di “cliente”; art. 1, comma 1, let. b), cioè dire espressamente che la distinzione consumatore/non consumatore è qui irrilevante; ho l'impressione che si sia creduto che la stratificazione delle varie, successive discipline nel TUB lo imponesse, se ciò fosse vero la disciplina del TUB deve essere articolata meglio.

Comma 1, let. b e c

Capisco poco il coordinamento tra le lett. a, b, c; mi sembra che si volesse dire che la disciplina si applica:

- a) all'apertura di credito, forse “regolata” o no in conto corrente, per l'affidamento e lo sconfinamento (modello: utilizzo extra-fido);
- b) al conto corrente bancario senza apertura di credito per lo “sconfinamento” (modello: in assenza di fido).

Sul punto non è chiarissima anche la disciplina primaria, l'art. 117-bis TUB, che al comma 1 parla soltanto di “*contratti di apertura di credito*” per la commissione di affidamento, e al comma 2, in tema di sconfinamento lo postula, e ne detta una disciplina nel relativo contratto, per l'apertura di credito e per il “contratto di conto corrente”.

A me sembra che tale impostazione rappresenti e recepisca esattamente l'operatività pratica; ricordo soltanto che per la giurisprudenza, ed ancora parte della dottrina, il “conto corrente” non è un contratto con propria, specifica autonomia, ma soltanto una modalità “di regolamento” di altri contratti (deposito e apertura di credito in particolare).

Comunque a me pare, e pare correttissimo, che si ipotizzi, e si regoli, l'ipotesi di un contratto di conto corrente senza apertura di credito, disciplinando però l'evenienza che di fatto, se pur contrattualmente vietato (se fosse ammesso avremmo apertura di credito e conto corrente) il conto vado “in rosso”.

Comma 1, lett. e

Avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 117-bis, comma 4, cioè di applicare la disciplina in esame “*ad altri contratti per i quali si pongono analoghe esigenze di tutela del cliente;*” la proposta estende la disciplina “... *agli sconfinamenti a valere su carte di credito*”.

Osservo in primo luogo che malgrado alcune incertezze lessicali:

- a) non vengono considerate le carte di credito c.d. “charge”, cioè a pagamento, mensile in genere, del saldo, riconoscendosi così in principio la mancanza in questi casi di un rilevante profilo finanziario/creditizio;
- b) vengono considerate soltanto le carte c.d. “revolving”;
- c) rispetto alle carte “revolving”, poi, si è scelta l’ipotesi di applicare soltanto la “commissione di sconfinamento”, non quella di affidamento, sul rilievo, anche, che tale commissione in pratica non c’è.

Non posso esaminare a fondo il problema; la mia prima impressione è:

- a) che non sia in questi casi configurabile uno “sconfinamento” nel senso proprio della disciplina in esame;
- b) che l’applicazione della disciplina dello “sconfinamento” possa aggravare la posizione del cliente.

In effetti la vera natura, anche giuridica, così come anche la disciplina applicabile alle carte “revolving” sono ad oggi incerte, discusse, ciò perché il fenomeno è certamente “atipico”, le applicazioni concrete diverse tra loro, ed in più sono sorte in argomento vicende giudiziali, anche penali, non concluse.

Comunque, per quanto ora interessa porre in luce, basta un esempio sintetico. Supponiamo una carta “revolving” con un “fido” – come s’usa dire – di 2.000 euro; se a fine mese il saldo risulta di 1.800 euro il cliente, ove l’avesse convenuto, può versare soltanto 60 euro, il 3% del saldo; il rapporto continua, la facoltà di spesa finanziabile nel mese successivo diviene 260 euro; se invece il saldo mensile del primo mese fosse di 2.200 euro (il cliente ha sconfinato, ma poco, e la società non ha ritenuto di bloccare

al supero del limite la capacità di mezzo di pagamento della carta) il cliente deve pagare il supero: 200, più il 3% del saldo, cioè 66 euro, e la sua capacità di spesa finanziabile nel mese successivo diviene 66 euro; se non paga viene applicata una “penale”, bassa, la stessa che si applicherebbe anche se non pagasse l’intero saldo di una carta “charge”; sull’intero saldo maturano interessi corrispettivi; se alla scadenza del mese successivo il cliente non paga ancora si ripete sul saldo la crescita di interessi e penali per omesso pagamento; alla scadenza del terzo mese il rapporto si risolve.

In questo scenario sommariamente indicato ha senso parlare di istruttoria veloce e relativa commissione che giustificano lo sconfinamento?; direi no perché la parte in eccedenza al saldo rinviabile col pagamento minimo del 3% deve essere subito restituita, pena, con una tolleranza di altri due mesi dal primo inadempimento, dello scioglimento del rapporto.

In sintesi:

- a)** la “logica” dell’istruttoria veloce mi pare inapplicabile;
- b)** creare una “commissione” a tal titolo mi appare ingiustificato o penalizzante per il cliente;
- c)** degli altri interventi ipotizzati nella Relazione sull’analisi di impatto non è il momento e il luogo di parlare;
- d)** permane la mia impressione di una mancata piena percezione della natura economica ma anche giuridica del fenomeno, aggravata dalla tendenza all’acritico ricorso, ad un tentativo di assimilazione a fenomeni noti; così ad esempio è “deviante” parlare di pagamento “rateale”, infatti la percentuale minima da pagare è così bassa che può non

comprendere la restituzione di parte del “capitale” utilizzato, ma limitarsi ad interessi e spese; la “rata minima” è in realtà un mezzo per mantenere in vita il rapporto con danni minimi, il che trova ragione nel fatto che l’“utile” nelle carte, ed anche nel “revolving”, non è tanto dato dagli oneri a carico del cliente, ma da quelli a carico dell’esercizio che accetta il pagamento con la carta; ancora è deviante un’assimilazione troppo stretta al credito al consumo, perché pagare un bene utilizzando in pieno o in gran parte il “fido” di una revolving, confidando nel pagamento di rate del 3% è un costoso errore, indice di un uso distorto della carta che deve servire soltanto a sanare le temporanee carenze di liquidità che impediscano occasionalmente acquisti.

Art. 3; (affidamento)

Comma 1, let. a.

Sebbene non mi sia immediatamente chiaro il rapporto tra il principio di “proporzionalità” della commissione onnicomprensiva rispetto alla “durata dell’affidamento” ed il limite dello 0,5 per trimestre, mi sembra non sia questo il problema di fondo, quanto piuttosto quello della base di calcolo della commissione.

In effetti, in attesa delle “Disposizioni di attuazione”, la cui bozza è in esame, voci dottrinali, ne conosco una sola, e iniziative divulgative di Studi professionali hanno sostenuto che l’art. 117-bis del TUB avrebbe “confermato” la tesi che la base di calcolo della commissione dovrebbe essere sì la “somma messa a disposizione”, ma al netto dell’utilizzato, sul quale decorrono interessi dei quali la commissione sarebbe un “duplicato”.

L’argomento non può essere approfondito in questa sede; mi limito a pochissime osservazioni critiche:

a) la disposizione in esame indica la base di calcolo nella: “... *somma messa a disposizione...*”; tale espressione, in sede di Definizioni (art. 1, comma 1, let. d) è precisata in questi termini “... *somma messa a disposizione... in base ad un contratto...*”, e il contratto indica una somma, non certo al netto di eventuali utilizzi; del resto, nella stessa sede l’espressione è considerata di significato analogo ad “affidamento”, e l’affidamento è il parametro di determinazione dello “sconfinamento”, e tale parametro non è certo al netto dell’utilizzato;

b) ancora, la Relazione illustrativa sul punto precisa che la commissione si calcola: “... rispetto alla somma messa a disposizione del cliente...” perché: “... essa è volta a remunerare i costi sopportati... in relazione all’obbligo di garantire al cliente la disponibilità pattuita...”, e tali costi sono anteriori e indipendenti da eventuali, futuri utilizzi;

c) ancora, in tutta la documentazione B.d’I., di varia fonte e valore (si va dalle “Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi, globali medi” agli effetti della legge sull’usura, alle “Disposizioni per il calcolo del TAEG”, ecc.), per “accordato” si intende il fido utilizzabile dal cliente, e per il calcolo del TAEG la “Commissione per la messa a disposizione dei fondi” si applica all’accordato, anche se interamente utilizzato;

d) infine, la commissione per l’istruttoria veloce si applica certamente quando lo “sconfinamento” è tutto utilizzato, dunque produce particolari interessi; ma la commissione remunera la stessa attività, qualitativamente, della commissione di affidamento.

Il “significato proprio delle parole” usate nel testo, anche considerato il settore altamente specialistico, è dunque univoco nel significato indicato; si può soltanto aggiungere, a livello operativo, che nella interpretazione criticata diviene difficile accertare il rispetto, nel trimestre, del limite massimo della commissione, lo 0,5%; in effetti se la base di calcolo è la somma messa a disposizione, ma al netto dell’utilizzato, ponendo l’utilizzato variare nel trimestre, varierebbe la base di calcolo della commissione, per quantità e durata, e allora come si dovrebbe procedere al calcolo?.

E il vero è che la tesi che a me pare criticabile, e non accolta né suffragata nel documento, si basa, da un lato, sulla negazione del valore proprio dell'affidamento in sé, prima ed indipendentemente dall'utilizzo, dall'altro su di un clima, diffuso, "anti-bancario". La conseguenza è che, come insegnano storie recenti, p. es. in tema di usura, in giurisprudenza tale singolare tesi potrebbe trovare qualche accoglienza, innescando un contenzioso lungo e costoso per tutti.

Un rimedio c'è, ma antiestetico come mi appare sempre il dire l'ovvio, precisare, in calce: "... *della intera o complessiva somma messa a disposizione del cliente...*".

Comma 2, i.

La formula per precisare l'"onnicomprensività" non è felicissima, anche se il tema è difficilissimo; mi domando:

- a) "... *ivi inclusi... le spese per il conteggio degli interessi...*", quelli a carico, si deve intendere, credo;
- b) "... *ogni altro corrispettivo per attività che sono ad esclusivo servizio del finanziamento*".

Soprattutto la seconda proposizione è ambigua per l'ipotesi che si tratti di c./c. affidato, ma c./c. a servizio, anche, di altro che non sia l'utilizzo del finanziamento.

Sotto altro aspetto, anche se p.es. un conto sia ad esclusivo servizio di un finanziamento, l'intervento di terzi, p.es. garanti, come si considera?; forse sarà necessario approfondire la distinzione tra "finanziamento", "apertura di credito" e conto corrente: in effetti specie nei finanziamenti a grandi imprese è difficile, impossibile che non esi-

sta un “conto” di registrazione, di base, ma non tutti questi conti sono conti correnti, ne tutti questi finanziamenti sono aperture di credito nel senso della normativa in esame.

Comma 2, iii.

Il principio in sé è così ovvio che occorre ricorrere alla Relazione illustrativa per cercarne ragione e portata; tuttavia se la previsione ha un senso, apprezzabile, nell'ipotesi dell'Art. 4, comma 1, let. b, qui o non lo capisco o è superflua, e il superfluo in una norma è pericoloso potendo scatenare la fantasia degli interpreti.

Art. 4; (Sconfinamento)

Comma 2.

Su tutto il problema “sconfinamento” grava un rilevante dubbio di fondo, o forse di vertice, che è lo stesso: la banca può rifiutare lo sconfinamento; sempre anche quando ha “pubblicato” la tariffa, la commissione di istruttoria veloce; a me sembra indispensabile, sempre, e caso per caso, anche per il singolo cliente, ma va ribadito espressamente in questa sede.

Aggravano la situazione più circostanze:

- a) che l’espressione “*per ciascun contratto...*” sembra da interpretarsi per tipi di contratto, e non per tipi di contratto e per cliente;
- b) che la “misura fissa” non consente di distinguere per dimensione, assoluta e percentuale, dello sconfinamento, e sua durata.

Aggrava, ancora, la situazione la circostanza che in fatto lo sconfinamento può verificarsi prima della possibilità di dialogo banca / cliente; in questo caso la banca può, credo, non applicare la commissione e chiedere l’immediato rientro.

Ulteriore aggravio, infine, è costituito dall’effetto della applicazione della commissione; l’applicazione postula l’accettazione dello sconfinamento, per tutto o per una parte?; per quanto tempo?; inoltre, accettato lo sconfinamento, quando diviene ampliamento del fido originario, e allora con adeguamento degli interessi, ma con la relativa commissione?.

Su questi temi è necessario chiarire, sempre per evitare costose e dannose vertenze.

Comma 3; let. a.

“... *richiesta di sconfinamento*...”; se non c’è?; v. sopra.

Comma 4; i.

“... *saldo passivo*...”; quale?; non certo quello “*contabile*”, che è però il solo che risulta nell’estratto; in realtà, non può che essere il “disponibile”, ma occorre un chiarimento.

Art. 5; (Disposizioni finali).

Comma 2.

Che la norma primaria, art. 117-bis, TUB deleghi al CICR il potere di adottare “*disposizioni applicative*”, e che poi tra queste vi sia la delega alla B.d'I. di emanare, a sua volta, “disposizioni applicative” delle disposizioni applicative del CICR, a me pare singolare; che sia necessario, forse presto, intervenire sull'argomento lo credo invece necessario.

Comma 5.

Infine, non mi è chiarissimo perché, rispetto alla disposizione dell'art. 27, comma 3, del D.L. “liberalizzazioni”, n. 1/12, come poi modificato, che suona: “*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 comma 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'articolo 118 del medesimo decreto legislativo*”, la formula “attuativa” del comma 5 sia stata così sintetizzata; mi piacerebbe saperne le ragioni.