

Roma, 8 giugno 2012

Spett.le
BANCA D'ITALIA
Servizio Normativa e
Politiche di Vigilanza
Div. Normativa Primaria

Via mail

Osservazioni sulla proposta di deliberazione CICR recante norme di attuazione dell'art. 117-bis, t.u.b. in tema di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti

1. Premessa

In via preliminare ritengo di dover esprimere, come cultore della materia, vivo apprezzamento per l'iniziativa di sottoporre a consultazione pubblica la bozza di deliberazione che codesta spettabile Autorità intende sottoporre al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) per dare attuazione a quanto previsto dal quarto comma del nuovo art. 117-bis, t.u.b.

Sul piano del metodo, la scelta merita di essere salutata con favore in quanto idonea a migliorare la qualità e la concreta applicabilità di tale strumento, proponendo preventivamente ad operatori e soggetti interessati le soluzioni interpretative che Banca d'Italia intende adottare. Il che appare tanto più meritorio laddove si consideri, da un lato, che tale provvedimento non rientrerebbe, a stretto rigore, fra quelli per i quali la l. n. 262/2005 sulla tutela del risparmio impone la consultazione

pubblica; dall'altro, che il travagliato *iter* normativo che ha portato alla emanazione dell'art. 117-*bis*, t.u.b. e delle ulteriori previsioni che ad esso fanno riferimento (artt. 27 e 27-*bis*, d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 62/2012"; art. 1-*ter*, d.l. 24.3.2012, n. 29, convertito in legge con modificazioni dalla l. 18.5.2012, n. 62) ha evidenziato la necessità di chiarimenti su alcuni profili non marginali della nuova disciplina, a cominciare da quello relativo al suo ambito di applicazione.

Le brevi osservazioni che seguono si soffermeranno, senza pretese di esaustività, su quelle che appaiono le principali novità meritevoli di commento e, nei limiti di cui si dirà, di ulteriore approfondimento.

2. Ambito di applicazione della normativa (art. 2 delibera)

Nel merito, prima di affrontare l'esame delle singole disposizioni contenute nella Delibera in esame, preme rilevare come la nuova disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti introdotta dall'art. 117-*bis*, t.u.b. rappresenti un sensibile progresso rispetto a quella previgente.

Non è questa la sede per richiamare le difficoltà interpretative connesse all'applicazione dell'art. 2-*bis*, l. n. 2/2009. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come molte delle incertezze collegate all'esegesi di quella norma ed alla sua implementazione da parte delle banche siano destinate ad essere superate con la entrata in vigore del nuovo sistema, con evidenti benefici in punto di trasparenza e di confrontabilità delle condizioni economiche praticate alla clientela.

In particolare, merita di essere salutata con favore la scelta, operata dal legislatore, di bandire definitivamente dal nostro ordinamento la commissione di massimo scoperto (CMS) in favore di un regime commissionale unico basato sulla

commissione di affidamento (CAF) e commisurato all'ammontare della somma messa a disposizione del cliente.

Del pari condivisibile appare la scelta di consentire clausole che prevedano a carico dei correntisti la remunerazione degli sconfinamenti in assenza ovvero oltre i limiti del fido, sia pure nei limiti del costo sostenuto dalle banche per l'istruttoria veloce.

Ciò premesso, proprio perché si tratta di norme che incidono direttamente sull'autonomia negoziale delle parti, limitandola fortemente, chi scrive è dell'avviso che le stesse debbano essere considerate eccezionali e come tali interpretate alla luce del canone ermeneutico contenuto nell'art. 14 delle nostre Preleggi.

Ne segue che l'emananda Delibera, nel dare attuazione a quanto previsto dall'art. 117-bis, comma 4, t.u.b., dovrà valutare con estremo rigore la sussistenza di quelle "analoghe esigenze di tutela del cliente" alle quali la citata disposizione subordina il potere del CICR di applicare la citata normativa ad altri contratti diversi dall'apertura di credito.

In questa prospettiva, appare dunque quanto mai opportuna la precisazione contenuta nel secondo comma dell'art. 2 della bozza in esame, là dove si stabilisce che le commissioni applicate a linee di credito e sconfinamenti rientrano nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 117-bis, t.u.b. solo quando riguardano (e siano funzionali al)la prestazione dei servizi indicati al comma 1, il quale a sua volta definisce l'ambito di applicazione della norma aggiungendo ai contratti di apertura di credito di cui all'art. 1842 c.c.:

- i contratti di conto corrente non assistiti da apertura di credito;
- gli affidamenti e sconfinamenti sui conti di pagamento di cui all'art. 114-octies, co. 1, lett. a), t.u.b.;
- gli sconfinamenti a valere su carte di credito.

Per ogni altro contratto non incluso nel precedente elenco deve dunque ritenersi che le parti siano in principio libere di

determinare il contenuto economico del rapporto in base ai principi generali vigenti in materia.

3. Caratteristiche e modalità di computo della Commissione di affidamento (art. 3)

La commissione sull'affidamento prevista dal primo comma dell'art. 117-bis c.c. e regolata dall'art. 3 della Delibera in esame non rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento. Essa, infatti, era già consentita, nel vigore dell'art. 2-bis, l. n. 2/2009 ora abrogato, come tecnica di remunerazione del fido alternativa alla CMS.

Anche le condizioni alle quali la normativa previgente subordinava la validità di dette clausole appaiono sostanzialmente in linea con quelle indicate nell'art. 117-bis, co. 1, t.u.b., e segnatamente:

- a) il carattere onnicomprensivo di tale commissione, che assorbe ogni altro onere a carico del cliente diverso dal tasso applicato sulle somme effettivamente utilizzate;
- b) la misura della commissione, che dev'essere proporzionale alla somma messa a disposizione del cliente, alla durata dell'affidamento e comunque non può superare lo 0,5% di detta somma per ciascun trimestre.

La Delibera in consultazione, nel ribadire i presupposti di validità della clausola, chiarisce opportunamente che:

- i) l'unica forma (lecita) di remunerazione del servizio in cui si sostanzia il contratto di apertura di credito è rappresentata dalla commissione di affidamento, la quale rappresenta dunque il corrispettivo per la messa a disposizione di un determinata somma di denaro in favore del cliente;
- ii) l'unica forma (lecita) di remunerazione dell'utilizzo di tale somma da parte del cliente è rappresentato dal tasso d'interesse praticato dalla banca.

3.1. Sulla base di tali premesse, appare dunque evidente come la commissione di affidamento non possa che essere calcolata

sull'intera somma messa a disposizione del cliente al momento della conclusione del contratto indipendentemente dalla frequenza e dalla misura con le quali essa venga poi effettivamente utilizzata dal cliente.

In tal senso si era del resto già pronunciato l'ABF in relazione alle commissioni di affidamento introdotte ai sensi della normativa previgente e non sembra che, sotto questo profilo, l'art. 117-bis c.c. abbia inteso innovare il meccanismo sul quale la clausole di cui si discute basano la remunerazione dell'affidamento.

Del resto, se così non fosse e la CAF venisse calcolata al netto delle somme effettivamente utilizzate dal cliente – come pure da taluno ipotizzato – l'applicazione della norma in esame andrebbe incontro ad almeno due ordini d'inconvenienti, il primo non meno grave del secondo.

In primo luogo, in ipotesi d'integrale ed immediato utilizzo del credito da parte del cliente, la banca non vedrebbe remunerato in alcun modo il servizio di messa a disposizione che costituisce, come detto, il fondamento causale tipico del contratto di apertura di credito.

In secondo luogo, l'ammontare della commissione, anziché essere definito in contratto secondo le indicazioni del legislatore, dipenderebbe dall'effettivo utilizzo delle somme, il quale può variare nel corso del trimestre anche con cadenza giornaliera. Si ritornerebbe pertanto ad un sistema commissionale opaco e di difficile implementazione, il cui risultato in termini economici non sarebbe mai conoscibile *ex ante* dal cliente, ma solo e necessariamente *ex post* allo scadere del trimestre di riferimento. Il che finirebbe per vanificare le finalità per le quali la normativa in esame è stata introdotta nel nostro ordinamento.

Proprio la gravità delle conseguenze che potrebbero derivare da una non corretta applicazione della commissione di affidamento induce a ritenere opportuno l'inserimento nel testo della Delibera in commento di una previsione che specifichi come la

commissione di affidamento debba essere calcolata sulla somma originariamente messa a disposizione del cliente indipendentemente dall' utilizzo che questi ne faccia nel periodo di riferimento.

3.2. Un altro profilo meritevole di approfondimento è quello relativo al carattere onnicomprensivo della commissione in esame.

Dalla bozza di Delibera si evince come la CAF sia destinata ad assorbire ogni altra forma di remunerazione collegata all' utilizzo del credito concesso al cliente diversa dal tasso d' interesse praticato sulle somme da questi effettivamente utilizzate. In questo senso, l' art. 3, comma 2, i) del documento precisa che "non possono essere previsti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi né all' utilizzo dei medesimi, ivi inclusi la commissione per l' istruttoria, le spese relative al conteggio degli interessi e ogni altro corrispettivo per attività che sono a esclusivo servizio del finanziamento".

Si tratta di una locuzione molto ampia, astrattamente in grado di ricomprendere non solo ogni forma di remunerazione del servizio (oneri e commissioni), ma anche le spese vive che la banca sostiene prima di concedere credito al cliente e di stipulare con lui un contratto di apertura di credito. Si pensi, ad esempio, alle spese d' istruttoria, ovvero a quelle richieste per l' iscrizione ipotecaria nel caso in cui l' apertura di credito sia assistita da una garanzia reale.

In principio, non trattandosi di remunerazione di un servizio ma del rimborso di un costo che la banca sostiene per la sua erogazione, questo genere di oneri non dovrebbero rientrare nella commissione di affidamento.

In ogni caso, sarebbe auspicabile che la Delibera chiarisse, anche sotto questo profilo, se ed eventualmente quali costi possano essere addebitati al cliente previa opportuna documentazione degli stessi in aggiunta alla commissione di affidamento.

4. La Commissione d'Istruttoria Veloce (CIV)

L'art. 117-bis, comma 2, t.u.b., con disposizione certamente innovativa rispetto al passato, disciplina la remunerazione degli sconfinamenti riconoscendo l'ammissibilità di clausole che, in aggiunta agli interessi, prevedano a carico del cliente esclusivamente il pagamento di una commissione d'istruttoria veloce (CIV) che risponda alle seguenti caratteristiche:

- a) sia (pre)determinata in misura fissa;
- b) sia espressa in valore assoluto;
- c) sia commisurata ai costi.

La norma, tuttavia, non indica quali siano i costi ai quali la CIV dev'essere commisurata, né se essa debba essere necessariamente uguale per tutti i clienti indipendentemente dalla loro tipologia, dalla durata e dall'ammontare dello sconfinamento.

A questi interrogativi il documento fornisce parzialmente risposta precisando che:

- i) gli intermediari possono applicare commissioni d'importo diverso a contratti diversi, differenziando(le) per tipologie di clientela;
- ii) la CIV non deve eccedere i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria;
- iii) in ogni caso la CIV non è dovuta qualora lo sconfinamento in assenza di fido da parte di un consumatore non superi i 500 euro nell'ambito di ciascun trimestre e non si protragga per più di sette giorni consecutivi.

Sarebbe tuttavia opportuno che la delibera fornisca ulteriori chiarimenti in punto di:

- I) nozione di saldo (contabile, disponibile, per valuta) rilevante ai fini della valutazione dello sconfinamento.

In linea di principio, sembra da escludere che nell'applicazione della norma in esame possa essere utilizzato il saldo contabile giornaliero, che come tale non riflette l'effettiva disponibilità delle somme da parte del cliente. Tuttavia, è noto come il saldo disponibile non sia indicato nelle rendicontazioni periodiche inviate alla clientela, il che renderebbe difficile o comunque oneroso utilizzarlo per il calcolo della CIV.

- II) Tipologia di costi che possono concorrere a determinare la CIV. A tal proposito, pur nel silenzio del legislatore sul punto, sembra che una interpretazione della disposizione coerente con le finalità che l'hanno ispirata porti a ritenere che i costi di cui si discute siano tutti (e solo) quelli che la banca sostiene per condurre l'istruttoria veloce. In questa tipologia di costi, a ben vedere, rientrano tutti quelli c.d. "operativi", tali essendo quelli riferibili alle diverse fasi (autorizzazione, monitoraggio, verifica e recupero dello sconfinamento) di cui si compone, nella prassi operativa della banca, l'attività istruttoria relativa alla concessione di un finanziamento a fronte di uno sconfinamento in assenza ovvero oltre i limiti del fido. Pertanto, sotto questo profilo, una CIV che coprisse i costi "operativi" originati da tali attività dovrebbe ritenersi in principio coerente con il dettato normativo ed immune da vizi di nullità, a condizione che:
- a) la banca sia in grado di ricostruire, in caso di necessità, il processo di calcolo dei costi operativi per essa sostenuti;
 - b) l'ammontare della CIV sia effettivamente commisurato a tali costi, nel senso che essa sia idonea a coprirli, mentre la bozza sembrerebbe escludere che la commissione possa anche comprendere un *mark-up* a titolo di remunerazione del capitale investito per il servizio reso dalla banca.

III) La frequenza con la quale la banca possa addebitare la CIV. Ad una prima lettura, la norma non sembra offrire argomenti che consentano di addebitare più volte la stessa commissione in funzione della durata dello sconfinamento concesso al cliente, a meno che la banca non dimostri che, per esigenze legate alla sana e prudente gestione del credito, non si renda necessario rinnovare l'istruttoria. Uno spunto in tal senso sembrerebbe ricavabile dal quarto comma della disposizione in esame, il quale attribuisce al CICR il potere di disciplinare i casi in cui, *“in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce”*.

Tale previsione è stata poi successivamente integrata a livello di normativa primaria introducendo una esenzione *ex lege* dalla CIV per gli sconfinamenti autorizzati in favore di consumatori che non superino determinate soglie di ammontare (500 euro) e di durata (sette giorni consecutivi nell'arco di un trimestre).

Si potrebbe pertanto sostenere che la durata dello sconfinamento risulta effettivamente in grado d'incidere sull'applicazione della CIV sia nel senso di escluderla, allorché lo sconfinamento si sia protratto per pochi giorni; sia nel senso di consentire un suo addebito con cadenza periodica (anziché *una tantum*), laddove la banca sia in grado di dimostrare che il prolungarsi dello sconfinamento comporta il sostenimento di ulteriori costi operativi (di monitoraggio, verifica e recupero) per la gestione di quella posizione e/o per l'esigenza di rinnovare l'istruttoria.

Anche su questo punto sarebbe in ogni caso opportuno un chiarimento da parte dell'Autorità di regolazione.

5. Adeguamento dei contratti in corso e *ius variandi*

Solo un cenno, infine, al problema delle modalità di adeguamento dei contratti in corso alle nuove disposizioni.

Su questo punto la delibera appare piuttosto laconica, limitandosi a ribadire, nell'art. 5, comma 5, che *“i contratti in corso sono adeguati all'art. 117-bis, del t.u.b. e alla presente delibera entro il 1° ottobre 2012, conformemente a quanto previsto dall'art. 118 del t.u.b.”*.

La locuzione non coincide esattamente con quella utilizzata nell'art. 27, co. 3, d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito in legge con modificazioni dalla l. 18.5.2012, n. 62.

Tuttavia, al di là delle differenze lessicali, che non appaiono particolarmente significative, non è chiaro quale sia senso da attribuire al richiamo operato dal legislatore all'art. 118 t.u.b. ed al meccanismo di modifica unilaterale del contratto ivi previsto (c.d. *ius variandi*). In particolare, da parte di alcuni è stato revocato in dubbio che la necessità di adeguamento prevista dalla norma in esame sia configurabile come un giustificato motivo *ex lege* alla stregua di quanto già a suo tempo previsto dall'art. 2-bis, co. 4, l. n. 2/2009.

Sebbene ad avviso di chi scrive sia questa la soluzione interpretativa da preferire, sarebbe dunque opportuno che la delibera chiarisse che l'(obbligo di) adeguamento dei contratti in corso alle nuove disposizioni costituisce giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 t.u.b.

Con i migliori saluti

Prof. Avv. Gustavo Olivieri