

Problematiche contabili controverse nel contenzioso bancario: i tecnici a confronto con i giudici

Torino, 7 novembre 2019

IL REGIME COMMISSIONALE

L'evoluzione normativa della commissione bancaria

La commissione di massimo scoperto (CMS) sino al 2009

- La CMS remunera la Banca per l'utilizzo del fido concesso al Cliente;
- A partire dal 1° gennaio 1952 le banche hanno adottato le norme bancarie uniformi (NBU) indicate dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI).
- Non esisteva alcuna norma che disciplinasse le commissioni bancarie sino all'entrata in vigore della Legge n.154-1992 (Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari); di fatto la c.d. clausola uso piazza è diventata inefficace dal 9 luglio 1992.
- Successivamente la Legge n.154-1992 è stata trasfusa nel T.U.B. (D.Lgs. n.385/1993) e le Banche hanno iniziato a prevedere nel contratto la clausola della commissione di massimo scoperto (CMS).

La commissione di massimo scoperto (CMS) sino al 2009

- Il periodo sino al 2009 è stato caratterizzato dall'**assenza di norme specifiche**;
- il conteggio della CMS era rimesso alla prassi e alla contrattazione tra Banca e Cliente;
- i contratti bancari ante 2009 dovevano prevedere la **pattuizione scritta della CMS** in cui risultasse il **criterio di calcolo** e pertanto:
 - a. la base di calcolo (es.: massimo saldo debitore);
 - b. la percentuale di applicazione (es.: 0,50 %);
 - c. la periodicità della liquidazione (es.: trimestrale).

La commissione di massimo scoperto (CMS) sino al 2009

- **NULLITÀ:** la clausola contrattuale prevede la CMS trimestrale pari allo 0,50%; tale CMS non risulta determinata o determinabile, poiché non è indicato il criterio di calcolo e altresì la base di calcolo.

Esempio: nell'estratto conto scalare del 3° trimestre 2008, il massimo saldo debitore trimestrale è pari a Euro 50.000,00 e l'aliquota della CMS è 0,50% per trimestre

Euro 50.000,00 * 0,50% = Euro 250,00

CMS nulla ex art.1346, c.c., pertanto deve essere eliminata nel ricalcolo del saldo dare/avere tra le parti

- **INADEMPIMENTO:** la clausola contrattuale prevede la CMS per trimestre pari allo 0,50% sul massimo saldo debitore trimestrale; tale CMS risulta determinata o determinabile, tuttavia non è applicata in modo conforme alla pattuizione scritta.

Esempio: nel l'estratto conto scalare del 3° trimestre 2008, il massimo saldo debitore trimestrale è pari a Euro 50.000,00 e l'aliquota della CMS è 0,60% per trimestre

Euro 50.000,00 * 0,60% = Euro 300,00

CMS da adeguare a causa di inadempimento

Euro 50.000,00 * 0,50% = Euro 250,00

CMS corretta da utilizzare nel ricalcolo del saldo dare/avere tra le parti

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

- A partire dal 2009 il Legislatore ha tentato di porre rimedio alla complessa e articolata materia.
- La Legge n.02/2009 e la Legge 102/2009 (le quali hanno convertito con modificazioni l'articolo 2-bis del decreto legge n.185/2008) hanno individuato i casi di nullità della CMS e della CDF, precisandone le condizioni di validità.

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

I casi di nullità e le condizioni di validità:

- a. CMS nulla, qualora applicata a un saldo debitore inferiore a 30 giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido;
- b. Commissione messa a disposizione fondi (CDF) nulla - indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma - **salvo corrispettivo**
 - 1. predeterminato (unitamente al tasso debitore) con patto scritto non rinnovabile tacitamente;
 - 2. onnicomprensivo e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto e altresì specificamente evidenziato e rendicontato al Cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo;
 - 3. non maggiore dello 0,5% per trimestre (Legge n.102/2009);

I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto dovevano essere adeguati entro 150 giorni dalla medesima data (termine ordinario 27 giugno 2009); tale obbligo di adeguamento costituiva giustificato recesso ai sensi dell'articolo 118, comma 1, del T.U.B..

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

NULLITÀ: il patto scritto non rinnovabile tacitamente prevede una **CDF** trimestrale predeterminata **pari allo 0,60%** - unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate - omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento; altresì sono stati rispettati gli obblighi di comunicazione/rendicontazione previsti dalla normativa; tale pattuizione, benché applicata in modo corretto, è difforme dal dettato normativo.

Esempio: nell'estratto conto scalare del 3° trimestre 2009, l'affidamento è pari a Euro 100.000,00 e l'aliquota della CDF è 0,60% per trimestre

Euro 100.000,00 * 0,60% = Euro 600,00

CDF nulla, pertanto deve essere espunta nel ricalcolo del saldo dare/avere tra le parti (non opera l'art.1339, c.c., trattandosi di norme facoltizzanti e non coercitive)

INADEMPIMENTO: il patto scritto non rinnovabile tacitamente prevede una **CDF** trimestrale predeterminata **pari allo 0,50%** - unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate - omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento; altresì sono stati rispettati gli obblighi di comunicazione/rendicontazione previsti dalla normativa; tale pattuizione, benché conforme al dettato normativo, è applicata in modo difforme.

Esempio: nell'estratto conto scalare del 3° trimestre 2009, l'affidamento è pari a Euro 100.000,00 e l'aliquota della CDF è 0,60% per trimestre

Euro 100.000,00 * **0,60%** = Euro 600,00

CDF da adeguare a causa di inadempimento

Euro 100.000,00 * 0,50% = Euro 500,00

CDF corretta da utilizzare nel ricalcolo del saldo dare/avere tra le parti

Nota n.431151 del 4/12/2009 della Banca d'Italia

La Banca d'Italia, con nota n.431151 del 4 dicembre 2009, ha chiarito che il contratto di apertura di credito non può prevedere: «... l'applicazione cumulativa della **commissione per la messa a disposizione fondi** e della CMS perché, ai sensi di legge, la prima delle due commissioni deve essere “omnicomprensiva” (...) : essa, pertanto, **non può convivere con altre commissioni che, come nel caso della CMS, siano volte a remunerare, direttamente o indirettamente, la disponibilità delle somme**”. ...».

Tale indicazione precisa **l'incompatibilità di “altre commissioni” con la commissione per la messa a disposizione fondi (CDF)**.

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

Nullità della CMS per difformità dal dettato normativo: cumulo commissionale.

La commissione per la messa a disposizione di somme su un conto affidato, comunque denominata, è impeditiva della contemporanea introduzione di una commissione di massimo scoperto. La seconda parte del comma 1° dell'art.2-bis L. 2/2009 richiede infatti che la commissione di messa a disposizione sia “onnicomprensiva”, il che esclude la possibilità che nello stesso contratto convivano entrambe le tipologie di commissione (**ABF-CM 448/2010**).

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

Nullità della CMS per difformità dal dettato normativo: carenza della soglia temporale.

È nulla, in quanto non conforme al dettato di cui all'art.2-bis, 1° comma (1° periodo del D.L. 29 novembre 2008, n.185, conv. in L. 28 gennaio 2009, n.2) **la clausola che applichi una commissione**, comunque denominata, **sugli sconfinamenti di conto corrente senza tuttavia stabilirne l'applicazione nel solo caso di saldo debitorio del conto protratto per oltre 30 giorni**, a nulla rilevando che, in sede di applicazione concreta, il conto sia risultato a debito oltre tale termine **(ABF-CM 393/2010)**.

È nulla per violazione del disposto di cui al l'art.2-bis del D.L. 185/2008, conv. in L. 2/2009, **una commissione** (nella specie denominata spesa per utilizzi oltre o in assenza di fido) **graduata in misura fissa giornaliera in ragione del volume dello sconfinamento suddiviso in scaglioni di valore**, ove orfana della previsione per cui la relativa applicazione possa aver luogo **solo per sconfinamenti eccedenti i 30 giorni** **(ABF-CM 2832/2011)**.

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

Nullità della CDF per difformità dal dettato normativo: eccedenza della percentuale trimestrale.

È nulla la commissione per la messa a disposizione di somme su un conto affidato ove superiore al limite massimo (0,5% trimestrale sugli importi affidati) per contrarietà al disposto del comma 1° dell'art.2-bis L. 2/2009. **ABF-CM 433/2010**

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

Nullità della CDF per difformità dal dettato normativo: omessa pattuizione scritta e comunicazione preventiva.

La semplice indicazione di una voce di spesa nei fogli informativi non vale a rendere la stessa applicabile ove, in concreto, **detta voce di spesa non risulti applicata al cliente mediante apposita pattuizione contrattuale ovvero mediante riproduzione nel documento di sintesi (ABF CM 448/2010).**

La commissione di massimo scoperto (CMS) dal 2009 al 2011

Nullità della CDF per difformità dal dettato normativo: omessa rendicontazione con cadenza massima annuale.

L'unico dettame della nuova disciplina che, nella specie, non appare pienamente rispettato è quello della specifica rendicontazione delle commissioni con autonoma indicazione negli estratti conto dell'effettiva utilizzazione delle linee di credito verificatesi nel periodo di riferimento. Una informazione, questa, che non si rinviene negli estratti conto inviati alla ricorrente dalla banca resistente. Al fine di assicurare la piena trasparenza delle condizioni contrattuali, il Collegio ritiene dunque opportuno raccomandare alla banca di fornire alla propria clientela una **specifica rendicontazione delle commissioni applicate in base alla effettiva utilizzazione delle linee di credito verificatesi nel periodo di riferimento** (ABF CR 1902/2011).

Le commissioni bancarie nel 2012

Nel 2012 il Legislatore è intervenuto emanando **sei disposizioni in materia di commissioni bancarie**:

- La **Legge 22 dicembre 2011 n.214** (che ha convertito il **decreto legge 6 dicembre 2011 n.201**) **ha abrogato la commissione e ha introdotto nel T.U.B. l'articolo 117-bis.**
- La **Legge 24 marzo 2012 n.27** (che ha convertito il **decreto legge 24 gennaio 2012 n.01**) ha sancito la nullità di tutte *«le clausole, comunque denominate, che prevedano commissioni a favore delle banche (a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento oppure oltre il limite del fido concesso), che siano in contrasto con le disposizioni applicative dell'art.117-bis TUB adottate dal CICR».*
- La **Legge 18 maggio 2012 n.62** (che ha convertito il **decreto legge 24 marzo 2012 n.29**) ha limitato la sanzione della nullità alle sole clausole *«stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del testo unico della legge in materia bancaria e creditizia, ...».*

Le commissioni bancarie nel 2012

- Infine il quadro normativo è stato perfezionato con il **Decreto 30 giugno 2012 n.644** emanato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, recante la disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell'articolo 117-bis, T.U.B. ovvero la Delibera CICR del 2012.
- **L'obiettivo del Legislatore** era di promuovere l'efficienza e la concorrenza nel sistema degli affidamenti e degli sconfinamenti, statuendo una struttura di costo semplice, comprensibile, comparabile e (pre)determinabile da parte del cliente.

Il nuovo articolo 117-bis, T.U.B.

Il **primo comma** regola la Commissione onnicomprensiva (CO):

- ✓ prevista da un contratto di apertura di credito
- ✓ calcolata proporzionalmente all' accordato e alla sua durata
- ✓ correlata a un tasso di interesse debitore sull'affidamento
- ✓ determinata coerentemente alla Delibera CICR n.644/2012
- ✓ non può eccedere lo 0,50% per trimestre dell'accordato

Il **secondo comma** disciplina la Commissione di Istruttoria Veloce (CIV):

- ✓ prevista da contratti di conto corrente e/o di apertura di credito
- ✓ determinata in misura fissa (non si applica alcuna formula)
- ✓ espressa in valore assoluto
- ✓ **commisurata ai costi sostenuti dall'intermediario** (ragionevolezza del costo)
- ✓ correlata a un tasso di interesse debitore sullo sconfinamento

Il **terzo comma** puntualizza che le clausole previsionali di oneri diversi o non conformi rispetto a quanto statuito nei precedenti due commi sono nulle; la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.

Il **quarto comma** prevede che il CICR adotti disposizioni applicative al presente articolo e **di fatto il CICR ha colmato il vuoto normativo dell'art.117-bis, T.U.B..**

Articolo 3 della Delibera CICR n.644/12 (Affidamento)

- Il **primo comma** riprende sostanzialmente il primo comma dell'articolo 117-bis, T.U.B..
- Il **secondo comma** precisa che:
 - i. non sono previsti ulteriori oneri rispetto alla commissione, inclusa la CIV, e in aggiunta le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per l'iscrizione di ipoteca, le spese a fronte di servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento;
 - ii. la commissione si applica sulla somma messa a disposizione in base al contratto, proporzionalmente alla sua durata;
 - iii. La commissione si addebita secondo quanto previsto dal contratto; non si può addebitare la commissione in anticipo, pena la restituzione della parte eccedente in caso di estinzione anticipata del rapporto;
 - iv. il tasso di interesse debitore si applica all'accordato e alla sua durata.

Art.4 della Delibera CICR n.644/12 (Sconfinamento)

- Il primo comma richiama il secondo comma dell'art.117-bis, T.U.B..
- Il secondo comma determina le caratteristiche della CIV:
 - a) determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto e commissioni di importo diverso per contratti diversi, anche a seconda della tipologia della clientela. Nei contratti con soggetti diversi dai consumatori, nello stesso contratto, possono essere applicate commissioni differenziate a seconda dello sconfinamento, se questo è superiore a Euro 5.000,00; possono essere previsti al massimo tre scaglioni di importo
 - b) **non eccede i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per l'istruttoria veloce** (rimando al quarto comma, art.117-bis)
 - c) applicata solo a fronte di addebiti che determinano sconfinamento o accrescono lo sconfinamento esistente
 - d) applicata solo per sconfinamento relativo al **saldo disponibile a fine giornata** .
- Il terzo comma precisa che la CIV e il tasso previsto vengono applicati in caso di sconfinamento del **saldo disponibile a fine giornata** (pertanto si esclude il saldo valuta, lo scoperto intra giornaliero...).
- Il quarto comma e il quinto comma stabiliscono che gli intermediari definiscono **le procedure interne che individuano i casi in cui è svolta la CIV e i relativi costi** e altresì **ne notiziano il cliente**.
- Il sesto comma individua i casi in cui la CIV non è dovuta, quando:
 - a) nei rapporti con i consumatori - per sconfinamenti in assenza di fido o per utilizzi extrafido e non superiori a 7 giorni consecutivi - se il saldo negativo complessivo è inferiore a Euro 500,00;
 - b) lo sconfinamento si è verificato per un pagamento a favore dell'intermediario
 - c) lo sconfinamento non è avvenuto per diniego della banca.
- Il settimo comma concede al consumatore di beneficiare dell'esclusione indicata nel sesto comma, lettera a) per un massimo di una volta per ciascuno dei 4 trimestri dell'anno.
- L'ottavo comma - richiamando espressamente il secondo comma dell'art.117-bis, TUB - precisa che - senza ulteriori oneri rispetto a quelli indicati nel presente articolo - in caso di utilizzo extrafido, il tasso di interesse si applica esclusivamente all'importo dello sconfinamento e il tasso di interesse relativo all'affidamento è incrementabile esclusivamente ex art.118, T.U.B..

Nota n.245941/2014 e Delibera n.177767/2017 della Banca d'Italia

La Banca d'Italia richiamava il puntuale **rispetto della disciplina di trasparenza in materia della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali ai sensi dell'art.118, T.U.B..**

Di fatto la Banca d'Italia riscontrava **carenze in merito al rispetto degli obblighi di comunicazione previsti dalla normativa e all'adeguata formalizzazione delle procedure utilizzate dalle banche**. In particolare precisava che:

- *«... le modifiche sono consentite solo se **previste da un'apposita clausola contrattuale specificamente sottoscritta dal cliente**;*
- *le variazioni devono essere rette da un **giustificato motivo e rese note alla clientela con anticipo, così da consentire al destinatario di verificarne la congruità rispetto alle sottostanti motivazioni e di valutare se mantenere il rapporto**;*
- *in alcune circostanze l'esercizio dello jus variandi risulta precluso (1). **Secondo il Ministero dello sviluppo economico, le modifiche unilaterali di cui all'art. 118 del TUB non possono comportare l'introduzione di clausole nuove (2). ...».***

Altresì - indicando la corretta prassi da seguire - **invitava gli intermediari ad adottare i correttivi opportuni.**

Delibera n.286/2018 della Banca d'Italia

Remunerazione di affidamenti e sconfinamenti. Orientamenti di vigilanza

La Banca d'Italia - con la delibera n.286 del 3 luglio 2018 in materia di remunerazione di affidamenti e di sconfinamenti - **ha rilevato**, illustrando gli orientamenti di vigilanza seguiti, **delle criticità metodologiche nella determinazione delle commissioni CO e CIV**, tra cui:

- «... La commisurazione ai costi richiesta dalla legge comporta che **la CIV non può rappresentare una fonte di profitto per l'intermediario**. ...».
- «...20. La Vigilanza ha rilevato in alcuni casi **la ripetuta applicazione di CIV in un arco temporale ristretto**, per un ammontare di sconfinamento contenuto e/o a fronte di incrementi di importo irrilevante, **indicativa di automatismi informatici che rendono quanto meno dubbio l'effettivo compimento dell'attività di istruttoria veloce** da parte dell'intermediario. È risultata altresì da migliorare la documentabilità delle attività compiute in sede di istruttoria veloce, non sempre idonea a consentire una ricostruzione degli approfondimenti condotti dal singolo gestore ai fini della concessione dello sconfinamento. ...».
- «...30. Gli intermediari devono inoltre utilizzare **modalità di calcolo del saldo disponibile di fine giornata** rilevante ai fini dello sconfinamento tali da escludere a fini CIV gli addebiti originati da operazioni esenti. ...».

Conseguentemente **ha precisato le prassi applicative e operative per gli intermediari al fine di tutelare il cliente**.

Decisioni ABF in materia di CIV

Nullità della CIV per difformità dal dettato normativo: carenza dell'istruttoria veloce (attività di verifica sul merito creditizio del cliente) ed errato riguardo al saldo valuta

«... Ebbene, nel caso in esame **la banca non fornisce alcun elemento probatorio che dimostri l'effettivo svolgimento di un'attività istruttoria** sul merito creditizio della ricorrente, tale da giustificare l'addebito eseguito. Al contrario, il dettaglio degli estratti conto, dal 4° trimestre 2012 al 1° trimestre del 2015, mostra una notevole frequenza nell'applicazione della CIV, tale da far presumere che non vi sia stata alcuna valutazione da parte dell'intermediario. **Pertanto si sottolinea, a ulteriore conferma del non corretto operato della resistente, che i frequenti scompensi in valuta che hanno portato all'applicazione della commissione in questione sono prevalentemente dovuti ai criteri di attribuzione della valuta adottati dall'intermediario in relazione all'emissione e all'incasso di assegni.** Infatti in alcuni casi la valuta è antergata a seguito dell'emissione di un assegno è postergata a seguito dell'incasso di un titolo. La ricorrente, in conclusione, ha diritto alla restituzione della somma pretesa, escludendo soltanto l'importo di euro 70 relativo al primo trimestre 2015 in quanto non indicato per mera dimenticanza nel reclamo. ...» **ABF CR 10424/2016**

«... Nel caso, la CIV è stata applicata 18 volte nel 4° trimestre 2012, e 25 volte nel 2013, dunque **43 volte in 15 mesi**, cioè una volta ogni dieci giorni di calendario (circa 8 giorni lavorativi). **La frequenza appare un chiaro indice della circostanza che, con ogni fondata probabilità, l'applicazione della commissione non sia stata preceduta da una effettiva attività istruttoria, pertanto non dimostrata dall'intermediario.** Ne consegue, ai sensi del combinato disposto dei commi 2° e 3° del cit. art. 117-bis, la nullità della CIV in parola e il connesso obbligo della resistente di riaccreditarla con giusta valuta alla ricorrente l'importo delle CIV addebitato a tale titolo al netto di un rimborso già avvenuto. ...» **ABF CM 2298/2017**

Decisioni ABF in materia di CIV

Nullità della CIV per difformità dal dettato normativo: omessa comunicazione preventiva (Proposta di modifica unilaterale del contratto con preavviso minimo di due mesi)

«... le commissioni applicate dal quarto trimestre 2012 al quarto trimestre 2016 risultano addebitate in applicazione di una **modifica unilaterale del contratto che deve considerarsi inefficace ai sensi dell'art. 118, comma 3 T.U.B. in quanto non vi è prova che la cliente l'abbia effettivamente ricevuta e sia dunque stata posta in condizione di esercitare il diritto inderogabile di recesso che le spettava ai sensi dell'art. 118, comma 2 T.U.B.** Inoltre, l'intermediario non ha fornito alcuna prova degli effettivi sconfinamenti a fronte dei quali avrebbe applicato le commissioni contestate. ...» ABF CB 17493/2018

Decisioni ABF in materia di CIV

Nullità della CIV per difformità dal dettato normativo: carenza dell'istruttoria veloce (attività di verifica sul merito creditizio del cliente)

«... Quanto alle CIV applicate fino al 21/7/2017 il Collegio reputa che **l'intermediario abbia mancato di dare la prova di aver compiuto l'istruttoria veloce** di modo che le somme a tale titolo applicate in tale periodo vanno restituite, scomputando da esse soltanto la somma di Euro 180 che risulta già restituita. **Quanto invece alle CIV applicate successivamente**, a seguito dell'approfondimento istruttorio disposto dal Collegio nel corso della riunione del 9.10.2018 **l'intermediario ha prodotto evidenze che il Collegio reputa idonee a dimostrare l'effettuazione dell'istruttoria veloce**, con l'eccezione tuttavia dell'addebito della CIV in relazione allo sconfinò registratosi in data 16.10.2017, del quale va dunque ordinata la restituzione unitamente a quelle del periodo precedente al luglio 2017. ...» **ABF CB 1854/2019**

Quesiti

- In tema di Commissioni, il precetto dell'art. 118 T.U.B. statuisce la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, presuppone necessariamente che la proposta di modifica unilaterale del contratto sia inviata ed effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione ricettizia i cui effetti dipendono strettamente dal corretto recapito all'indirizzo del destinatario". La mancanza dell'invio e comunque della prova della ricezione di idonea comunicazione ex art. 118 T.U.B. determina, di conseguenza, l'illegittimità dell'applicazione delle nuove condizioni contrattuali?
- La consolidata giurisprudenza dell'ABF ha riconosciuto da tempo la indiscussa natura remuneratoria della CIV (Commissione di Istruttoria Veloce) a fronte della specifica attività istruttoria della banca e ha stabilito che l'onere della prova rispetto al compimento dell'istruttoria veloce per ogni singola applicazione della commissione spetti all'intermediario. Può essere indice presuntivo dell'assenza di attività istruttoria l'esistenza di una molteplicità di addebiti a breve distanza l'uno dall'altro?