

7 luglio 2009 0:00

Commissione massimo scoperto illegale. Come difendersi

di Libero Giulietti *

Dopo la nostra denuncia dello scorso 25 Maggio, la beffa messa in atto dalle banche sulla commissione di massimo scoperto e' sotto gli occhi di tutte le categorie economiche che subiscono questa vessazione. Per la legge (2/2009 art. 2bis) questa commissione puo' essere applicata solo al cliente che ha un fido e il suo scoperto dura piu' di 30 giorni. Ma tutte le banche, con un arcobaleno linguistico che varia da istituto a istituto, hanno reintrodotta questa commissione uguale o peggio di prima (1) e la stanno imponendo ai propri clienti, pena la chiusura del conto.

Il Governo, anche a seguito di interrogazioni parlamentari (2), e' intervenuto con il Decreto Legge 78/09 pubblicato il 1 luglio in Gazzetta Ufficiale e da settembre 2009 partono le nuove regole: i corrispettivi che eventualmente le banche possono "patteggiare" non devono superare lo 0,5% -per trimestre- dell'importo di affidamento, pena la nullita' delle relative clausole contrattuali. Attualmente le banche, secondo una guida de lISole24Ore, pretendono circa lo 0,9-1% trimestrale), quindi dovranno di nuovo intervenire per rientrare nel tetto. Nel frattempo le banche stanno chiedendo quanto sappiamo e, anche quando entrera' in vigore la norma governativa, **noi crediamo che le richieste delle banche siano contrattualmente illegittime**. Abbiamo quindi predisposto un fac-simile di ricorso da inviare alla propria banca, a Bankitalia, all'Antitrust e per conoscenza a noi.

Intanto cerchiamo di capire dove nasce questa illegittimita'.

Questo tipo di remunerazione, che le banche hanno, da sempre, percepito, ha assunto, a seconda dei casi, connotazioni ed applicazioni diverse con conseguente difficolta' di comprensione per l'utente medio.

Una autorevole definizione ci viene fornita dalla Banca d'Italia: clicca qui

(http://www.bancaditalia.it/servizi_pubbli/conoscere/vocabolario/C/comm_scoperto.txt)

che la qualifica: "corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare l'utilizzo oltre il fido accordato sul conto corrente. Il compenso e' calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi in un certo periodo....".

Il fatto e', pero', che questa non e' la sola accezione in cui tale tipo di remunerazione e' stata intesa, il che ha comportato che essa e' stata applicata in modi diversi.

Così, la commissione in questione e' stata applicata in caso di scoperto in assenza totale di fido oppure in caso di sconfinamento rispetto ad un fido esistente oppure sul limite massimo di utilizzo di un fido, pur senza sconfinamento.

Non mancano, poi, ipotesi di applicazione della commissione stessa anche al mancato utilizzo di un fido, alla "messa a disposizione" del fido e magari altre ancora.

Proprio l'indeterminatezza che ha connotato la voce remunerativa in argomento, potendo integrare una pratica commerciale scorretta, e' stata la ragione che ha determinato, in passato, l'avvio di un'istruttoria dell'Autorita' Antitrust a carico di alcune banche conclusasi con un accordo finale in cui esse si impegnavano a realizzare un quadro commissionale piu' trasparente.

La situazione sommariamente ricordata e' stata, come noto, radicalmente innovata dal Decreto Legge 185/2008 convertito con Legge 28 gennaio 2009 n.2 che, con l'art.2 bis, ha eliminato la commissione di massimo scoperto per l'ipotesi di utilizzi inferiori ai 30 giorni continuativi di tempo o in assenza di fido (il che, ad avviso di chi scrive, equivale a sconfinamento dal fido) lasciandola, a certe condizioni e nella misura massima dello 0,5% per trimestre, come remunerazione della messa a disposizione del fido (Cfr. art. 2 comma 2 del decreto legge n.78 del 1 luglio 2009 contenente i "Provvedimenti anticrisi").

L'art. 2 bis della Legge 28 gennaio 2009 n.2 citato, prevede che per ammettersi la commissione di massimo scoperto nella nuova versione occorre un "patto scritto non rinnovabile tacitamente", il che vale a dire che occorre una esplicita manifestazione di volonta', avente forma scritta, riguardante l'introduzione, in contratto, della clausola in questione. E' presumibile che la nuova clausola, nei limiti ammessi, entri nei contratti che le banche andranno a stipulare con i nuovi clienti.

Non e', pero', altrettanto facile modificare i contratti preesistenti.

A tal proposito appaiono discutibili i comportamenti che le banche hanno adottato nel tentativo di reintegrare a carico della clientela esistente, con voci di addebito, a nuovo e diverso titolo gli introiti forniti dalla abolita commissione di massimo scoperto, tentando, ovviamente, di evitare di incorrere nel divieto imposto dalla legge.

La prima ragione sta nel fatto che non di rado tali commissioni o forme remunerative altro non fanno che cambiare il nome alla vecchia commissione di massimo scoperto per cui cadono, anch'esse, sotto la sanzione della legge.

La seconda ragione consiste, come si vedrà fra un momento, in una discutibile applicazione, da esse fatta, dell'art. 118 Testo Unico Bancario.

Questa norma, di indubbio favore per il settore bancario, realizza una deroga profonda ai principi generali del contratto che non riconoscono alcun valore al silenzio di una delle parti, prevedendo che le banche, se ricorre un giustificato motivo e in presenza di una pattuizione apposita, hanno la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni contenuti nei contratti formali che ne regolano i rapporti con la clientela.

Il congegno adottato dalla legge consiste in una sorta di silenzio-assenso per cui la banca invia al suo cliente una "Proposta di modifica unilaterale del contratto" con un preavviso minimo di 30 giorni; il cliente, dal canto suo, può recedere dal contratto senza spese entro 60 giorni. Se non lo fa la modifica si intende da lui accettata.

Questa norma, però, non dà alla banca la facoltà di fare tutto ciò che vuole.

In primo luogo non le dà la possibilità di modificare il contenuto giuridico del contratto. Tanto per fare un esempio facilmente comprensibile, se il contratto prevede la legge italiana come regolatrice dei rapporti fra le parti, non sarà certo sufficiente la volontà della sola banca e l'applicazione del metodo del silenzio-assenso, per prevedere l'applicabilità di un ordinamento straniero, ma occorrerà il consenso di entrambe le parti.

Vi è, dunque, un primo limite al cosiddetto ius variandi delle banche costituito dal fatto che l'ambito di applicazione dell'art. 118 è ristretto alle sole clausole aventi, in senso lato, valore economico (commissioni, valute, interessi, termini), esprimibili con valori numerici.

Questo non è però il solo limite posto dall'articolo 118 citato alla facoltà della banca di intervenire unilateralmente sul contratto con il cliente.

L'altro limite è costituito dal fatto che si tratta di una facoltà di "modifica" (la Banca d'Italia nelle istruzioni sulla trasparenza usa il termine di "variazione" contrattuale) non di "introduzione" di condizioni contrattuali.

Cio' significa che il meccanismo del silenzio-assenso consente alla banca di variare in peius un tasso, una commissione, un valore che sia già presente in contratto, ma non le consente di variare, a proprio arbitrio, il contratto fino ad introdurre condizioni economiche nuove, a titolo diverso.

Dunque le nuove strutture commissionali, "sostitutive" della abolita commissione di massimo scoperto, non possono, neanche se sono valide, essere introdotte in modo unilaterale nei vecchi contratti perché occorre che, su di esse, si realizzi e si formalizzi un nuovo incontro di volontà delle parti.

Sulla correttezza di questa opinione non sembra incidere la previsione dell'art. 2 bis c. 3 della legge 2/2009 secondo il quale: "i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo ai sensi dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 335 e successive modificazioni".

Infatti, proprio il richiamo all'art. 118 T.U.B. postula che questo sia applicato, secondo i criteri che si sono sopra descritti, per variare dati e valori previsti in contratto e non innovare quest'ultimo introducendovi componenti ed elementi nuovi.

Un'ultima osservazione.

I nuovi "balzelli" introdotti dalle banche per recuperare le perdite dovute al drastico ridimensionamento della commissione di massimo scoperto vanno in direzione opposta rispetto alla esigenza di semplificazione imposta dallo svilupparsi di un mercato concorrenziale fra le banche stesse.

Se si vuole che si realizzi questa concorrenza, occorre che il sistema bancario prospetti al risparmiatore, in relazione a ciascun prodotto, voci di spesa limitatissime nel numero e perfettamente confrontabili fra loro. Ebbene nelle operazioni a debito per la clientela non si vede perché la remunerazione della banca non possa essere costituita dal solo valore del tasso di interesse (entro il fido, di sconfinamento, di mora) e, tutt'al più, da qualche voce del tutto eventuale (es. richiesta di documenti) che, però, non sia tale da complicare eccessivamente la possibilità di fare facili confronti per il cliente.

a seguire il fac-simile

- Spett. BANCA
- Al Responsabile dell'Ufficio Reclami. Al Responsabile dell'Ufficio Compliance. Al Presidente del Collegio Sindacale
- Spett. BANCA D'ITALIA, sede regionale
- Spett. AUTORITA' GARANTE PER LA CONCORRENZA E PER IL MERCATO, Piazza G. Verdi, 6/a, 00198 ROMA
- Aduc - Associazione per i diritti degli utenti e consumatori, sede nazionale via Cavour 68, 50129 Firenze

Oggetto: Rapporto n. - Proposta di modifica unilaterale di contratto di conto corrente.

Abbiamo ricevuto, ai sensi dell'art. 118 del TUB, una Vostra comunicazione contenente la "proposta di modifica unilaterale di contratto di conto corrente" allegata in copia alla presente per formarne parte integrante. Tale lettera si caratterizza per un cumulo del tutto singolare, per quantita' e gravita', di violazioni che qui di seguito andiamo ad esporre.

1- INDETERMINATEZZA DEL CONTRATTO

Si afferma, nella lettera, che, a partire dal 28 giugno la "commissione di massimo scoperto trimestrale" e la "penale per passaggio a debito conti non affidati" non saranno piu' applicate, se attualmente praticate e che "in **sostituzione** delle condizioni economiche indicate al punto precedente sara' applicata la commissione per scoperto di conto nella misura di 2 euro per ogni giorno....".

Vi e' un duplice profilo di indeterminatezza nel senso che:

- a) non e' dato sapere se la sostituzione avverra' a carico di tutti i clienti (cosa che riteniamo piu' probabile) oppure solo a carico di quelli cui venivano applicate le precedenti condizioni;
- b) in questa seconda ipotesi -vale a dire nel caso in cui la nuova condizione fosse applicata solo ai destinatari di quelle ora abolite non sappiamo se vi andremo, o no, soggetti.

In altre parole, poiche' non ci viene esplicitato se la condizione preesistente ci veniva applicata, non sappiamo se lo sara' anche quella sostitutiva. E' evidente che cio' costituisce una violazione della normativa di trasparenza che impone alla banca l'obbligo di far conoscere al cliente tutte le condizioni vigenti.

2- INVALIDITA' DELLA NUOVA CLAUSOLA

A nostro avviso, la nuova "commissione per scoperto di conto" inventata per l'occasione, cade sotto la sanzione di nullita' comminata dall'art. 2 bis del D.L. 29.11.2008 n. 185 convertito in L. 28.1.2009 n. 2 costituendo, essa, in definitiva, una riedizione della commissione di massimo scoperto.

In proposito riferiamo la definizione che alla pagina Web [clicca qui](#)

(http://www.bancaditalia.it/servizi Pubbl/conoscere/vocabolario/C/comm_scoperto.txt),

la Banca D'Italia da' della commissione di massimo scoperto e cioe': "E' il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare l'utilizzo oltre il fido accordato (vedi) sul conto corrente. Il compenso e' calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi in un certo periodo. Essendo di norma piu' onerosa del costo del finanziamento ordinario e' importante, quando si apre un conto, sapere bene qual e' la percentuale che determina tale commissione e pianificare bene i flussi di cassa".

Costituisce, dunque, caratteristica della commissione di massimo scoperto quella di essere rapportata al massimale utilizzato, ma tale rapporto esiste anche nel nostro caso e la sola novita' e' quella di essere applicato a scaglioni di 1000 euro o frazione e con un massimale di € 100.

Ancora la Banca D'Italia, alla pagina Web [clicca qui](#)

(<http://www.bancaditalia.it/servizi Pubbl/conoscere/conto/Costi>), parlando dei costi inerenti al conto corrente bancario, afferma che: "In caso di scoperto, oltre agli interessi e' applicata una specifica commissione". Ebbene ci si domanda se non e' questa la nuova commissione che codesta banca si e' inventata e se non e' questa la commissione che il D.L. 185/08 intendeva abolire.

La nullita' discende, infine, dalla previsione della prima parte dell'articolo 2 bis del citato D.L. che vieta l'applicazione della commissione di massimo scoperto a fronte di utilizzi in assenza di fido.

Naturalmente la dichiarazione della nullità della clausola spetta al Giudice, ma le Autorità destinatarie della presente potranno fin d'ora formarsi un proprio convincimento sia sulla validità della clausola in questione che sul contegno assunto dalle banche le quali, anziché abolire tout court la commissione di massimo scoperto (scopo al quale la legge sicuramente tendeva), hanno preferito dissimularla e mistificarla.

3 - INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 118 TESTO UNICO BANCARIO

In effetti, l'articolo 118 del TUB prevede la modificabilità del contratto da parte della banca con un meccanismo di "silenzio-assenso".

A ben vedere, però, tale modificabilità riguarda, e non può che riguardare, valori economici che si collocano nell'ambito di condizioni giuridiche che restano, invece, modificabili secondo le regole ordinarie e cioè dietro accordo delle parti e con forma scritta. Tanto per fare un esempio appropriato, una volta fissato un tasso debitore apposito per gli scoperti, tale tasso potrà essere variato al ricorrere di un giustificato motivo, ma non potrà essere aggiunta, ex novo, a detto tasso, anche una commissione. La condizione oggetto della proposta in esame, non essendo prevista in contratto, non costituisce variazione della misura di una clausola preesistente, ma, per l'appunto, una clausola assolutamente nuova la cui introduzione necessita, come s'è detto, della formazione di un nuovo consenso.

L'impossibilità, per codesta banca, di variare alcune esclude anche che, per il cliente, si ponga il dubbio di dover recedere per evitare l'applicazione delle nuove condizioni.

Che quanto detto risponda al vero si comprende anche argomentando dalla lettera stessa della norma che, per le superstiti ipotesi in cui "sopravvive" la commissione di massimo scoperto postula un "patto scritto non rinnovabile tacitamente". È chiaro che la norma prevede un accordo ad hoc per di più soggetto a requisiti di forma, per cui non c'è dubbio che il metodo da Voi adottato sia del tutto inidoneo allo scopo.

Ulteriore conforto a questa opinione è consentito trovare alla pagina Web della Banca d'Italia [clicca qui \(http://www.bancaditalia.it/servizi Pubbl/conoscere/conto/Modifica\)](http://www.bancaditalia.it/servizi Pubbl/conoscere/conto/Modifica). L'Istituto di vigilanza così si esprime: "Solo se previsto dal contratto e specificatamente approvato dal cliente, la banca ha la possibilità di modificare in senso sfavorevole le condizioni inizialmente concordate (jus variandi)". Appare evidente che le condizioni variabili siano solo quelle "inizialmente concordate" e non possono esserne aggiunte di nuove.

Infine, sempre sulla impossibilità di modificare le condizioni giuridiche ai sensi dell'art. 118, si veda anche Cfr Circ. Min. Sviluppo Economico 21.2.2007 prot. n. 0005574.

4 - ILLEGITTIMITÀ DEL RIFERIMENTO ALLA SITUAZIONE ECONOMICA

Codesta banca collega l'introduzione della nuova clausola agli "effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria". Fermo restando quanto si è detto in merito all'impossibilità di modificare le "condizioni normative" di contratto in base all'articolo 118 TUB, non si comprende il perché di tale rinvio alla situazione economica. In ogni caso questa non costituisce "giustificato motivo" neppure per la semplice variazione di in peius delle condizioni economiche riportate in contratto.

5 - POSSIBILE USURARIETÀ

Ai sensi del secondo comma dell'articolo 2 bis D.L. 185/08 tutte le voci di remunerazione spettante alla banca in qualche modo commisurate alla durata dell'utilizzo dei fondi, sono rilevanti ai fini della valutazione della usurarietà di detta remunerazione, e, a certe condizioni, quanto applicato allo scoperto può divenire usurario.

In questo caso una conseguenza sarebbe non solo la nullità delle pattuizioni in questione, ma, addirittura, quella della responsabilità penale in capo, presumibilmente, al legale rappresentante della società.

6 - PRATICA COMMERCIALE INGANNEVOLE

Non c'è dubbio che il contegno da Voi assunto integri una pratica commerciale ingannevole idonea ad indurre il correntista medio ad assumere una decisione di natura commerciale -consistente nel subire l'applicazione di una condizione ingiustificata ed illegittima- che non avrebbe altrimenti preso. Le condotte in questione sono, com'è noto, sanzionate dal Codice del consumo.

7 - CONSIDERAZIONE FINALE

Come considerazione finale, ci sia consentito rilevare che è legittimo per le banche perseguire il profitto e l'utile, ma tale scopo deve essere conseguito nell'ambito della legalità. Il contegno nella presente lettera criticato non sembra andare in questa direzione.

In considerazione di quanto sopra, escluso il Vostro diritto di variare le condizioni giuridiche contrattuali nel modo proposto

VI DIFFIDIAMO

- a) - dall'addebitare alcune a titolo di "commissione per scoperto di conto";
- b) - dal cessare il contratto.

VI AVVISIAMO

che dara' impulso all'azione penale laddove se ne dovessero ravvisare gli estremi.

Copia della presente e' inviata alle Autorita' competenti per le determinazioni che vorranno assumere.

Distinti Saluti

(1) clicca qui

http://www.aduc.it/comunicato/banca+bufala+nuove+norme+sulle+commissioni+massimo_15732.php)

(2) clicca qui

http://avvertenze.aduc.it/notizia/governo+alle+banche+nulle+nuove+commissioni+massimo_110570.php)

** consulente Aduc, avvocato, collaboratore alla Cattedra di Legislazione Bancaria e del Ordinamento Finanziario dell'Universita' di Siena*