

ANNO PUBBLICAZIONE: 2009
CODICE ISBN: 9788834896556

UMBERTO MORFRA

IL PREZZO DELL'UTILIZZO NELL'APERTURA DI CREDITO
(NOTARELLA SULLA NUOVA
COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO)

1. Il prezzo dell'utilizzo (della disponibilità) nell'apertura di credito bancario, a parte il costo degli interessi che il cliente affidato paga sulle somme che utilizza, è tradizionalmente rappresentato dalla c.d. «commissione di massimo scoperto».

Questo peculiare costo è venuto alla ribalta delle cronache da pochi anni, ma a ben vedere è presente nell'ambito dell'operatività bancaria sin dalla fine del milleottocento.

L'ammissibilità della «commissione di massimo scoperto» non è stata peraltro mai messa in discussione: il nostro stesso ordinamento la legittima, prevedendola espressamente nell'ambito delle rilevazioni antiusura; così come pure le Istruzioni della Banca d'Italia la trattano esplicitamente, al fine di disciplinarne alcuni profili; del pari, la giurisprudenza l'ha infine considerata quasi sempre legittima.

In un'ottica propriamente tecnica, la «commissione di massimo scoperto» ha poi un suo preciso fondamento economico, rilevando quale specifico fattore di riequilibrio dei costi sostenuti dalla banca per approvvigionarsi del denaro che verrà concesso in prestito alla clientela affidata.

In effetti la banca – la quale non ragiona mai sui singoli rapporti creditizi, bensì sulla massa degli stessi – a fronte del suo obbligo di tenere a disposizione dell'insieme dei clienti affidati (con aperture di credito) notevoli somme di denaro (di cui ovviamente non è possibile conoscere *ex ante* l'esatto ammontare dell'effettivo utilizzo), nell'approvvigionarsi si basa su previsioni di utilizzo *medio*. Né, ovviamente, accantona risorse per l'irrealistica ipotesi in cui tutta la disponibilità concessa dovesse essere utilizzata nel medesimo lasso temporale. Laddove poi lo scostamento da tale media di riferimento – specie in caso di “picchi” di utilizzo (a maggior ragione se di breve durata e quindi con scarso rendimento in termini di interessi) – comporta ulteriori costi per la banca; compensati appunto dalla «commissione di massimo scoperto».

2. La «commissione di massimo scoperto» è stata però fortemente messa in discussione negli ultimi tempi, caratterizzati da una marcata politica legislativa di annullamento dei privilegi contrattuali (veri o presunti) riconducibili alle banche. L'originaria idea di abolirla, di fronte alle istanze per il suo mantenimento, è tuttavia tramontata; ed alla fine – con soluzione di

evidente e discutibile compromesso – la «commissione di massimo scoperto» è stata soltanto regolamentata in modo da ridurne notevolmente portata ed effetti. Con poi la conseguenza di opacizzarne non poco il fondamento economico.

La norma che oggi la regola (art. 2-*bis*, l. 2/2009; non modificato, almeno per la parte che qui rileva, dal successivo intervento operato dall'art. 2, d.l. 78/2009, conv. con l. 102/2009), non detta alcuna definizione della «commissione di massimo scoperto», bensì la presuppone già definita («*le clausole che hanno ad oggetto la commissione di massimo scoperto*»).

Ecco allora che diventa inevitabile il riferimento alle elaborazioni effettuate dalla giurisprudenza e dalla dottrina alla luce delle prassi contrattuali vigenti.

Sintetizzando, possiamo ben affermare che la «commissione di massimo scoperto» è quella (pattuita) remunerazione, dovuta dal cliente alla banca, che viene calcolata in misura percentuale sull'ammontare del maggior utilizzo della disponibilità, registrato nel corso di un trimestre, nell'ambito di un'apertura di credito in conto corrente.

Non credo peraltro che nella corretta nozione di «commissione di massimo scoperto» (cui oggi occorre far necessario riferimento per applicare la nuova disciplina), possano essere ricomprese anche quelle (diverse ed eventuali) commissioni collegate all'obbligo della banca di tenere a disposizione una determinata somma di denaro, le quali poi sono del tutto svincolate e indipendenti dal concreto utilizzo della disponibilità.

Nel linguaggio dei pratici, dette commissioni (tecnicamente: commissioni di affidamento; ovvero di assicurato finanziamento) sono talvolta chiamate «commissioni di massimo scoperto», ma in modo del tutto improprio. In realtà, queste sono le ipotesi contemplate dal secondo periodo del c. 1 dell'art. 2-*bis* cit.: disposizione che quindi non può ritenersi applicabile alle «commissioni di massimo scoperto» in senso proprio. Del resto, la locuzione stessa «commissione di massimo scoperto» opera un preciso riferimento al *massimo scoperto*, appunto, non certo all'*accordato inutilizzato* (che, tecnicamente, è ben altra cosa).

3. Ciò posto, l'art. 2-*bis*, al c. 1, stabilisce che «*sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido*».

Strano modo di legiferare, questo: sono *nulle* ... le clausole di un contratto *se* accade qualcosa in punto di fatto. Probabilmente, sarebbe stato più corretto parlare di *inefficacia* della clausola al ricorrere di certe condizioni di fatto (saldo debitore inferiore ai trenta giorni; assenza di fido). Ovvero affermare la nullità delle clausole che contemplano il diritto della

banca di incamerare la «commissione di massimo scoperto» al ricorrere delle due condizioni fattuali evidenziate.

Comunque, nullità o inefficacia che sia, quel che è certo è che la «commissione di massimo scoperto» non può essere incamerata dalla banca nei casi in cui:

- il saldo del cliente sia restato a debito per meno di trenta giorni consecutivi;
- la «commissione di massimo scoperto» venga calcolata a fronte di utilizzi in assenza di fido.

4. Rispetto al profilo temporale, a livello interpretativo credo innanzitutto che i giorni cui occorra far riferimento siano quelli di calendario e non già (come pure qualcuno ha affermato in sede di primo commento) quelli lavorativi.

In secondo luogo, riterrei che la necessaria *consecutività* dei giorni vada calcolata soltanto all'interno del periodo contrattuale di riferimento (trimestre); non già in assoluto. Con allora la conseguenza che, a cavallo del trimestre, una continuità non potrebbe in nessun caso configurarsi. A ben vedere, la «commissione di massimo scoperto» diviene per così dire liquida ed esigibile soltanto al termine del trimestre e la condizione posta dal legislatore (almeno trenta giorni consecutivi) andrà di conseguenza calcolata per quel determinato periodo.

Ciò detto, c'è comunque da domandarsi: perché mai, nell'ambito di un rapporto tipicamente e fisiologicamente “elastico” qual è l'apertura di credito in conto corrente, il legislatore ha reputato nulli gli accordi finalizzati a compensare il costo dell'approvvigionamento nei casi – fisiologici appunto – di utilizzo per lassi temporali limitati (ma neppure poi troppo: meno di trenta giorni)?

Credo che la scelta non derivi da considerazioni di tecnica bancaria, ma sia soltanto il frutto della cennata logica di compromesso (tra chi voleva l'abolizione della «commissione di massimo scoperto» e chi invece voleva il suo mantenimento); compromesso per effetto del quale, in definitiva, la «commissione di massimo scoperto» va a gravare in modo assai meno significativo per il cliente.

5. Anche rispetto al secondo profilo (l'impossibilità di incamerare la «commissione di massimo scoperto» in assenza di fido), sussistono alcuni problemi interpretativi.

Innanzitutto, occorre chiedersi: il c.d. *sconfinamento* configura un'ipotesi di assenza di fido?

Ora, lo “sconfinamento” – o, più correttamente, il c.d. “extrafido” – non si ravvisa quando vi è un utilizzo eccedente il limite dell'accordato

(sarebbe uno “scoperto”, in assenza di fido), bensì quando un organo della banca – a ciò autorizzato e diverso da quello che ha concesso il fido in origine – aumenta (in percentuale e per un tempo limitato) il livello della disponibilità.

In questo caso, si configura senz'altro un rapporto di affidamento; sicché una «commissione di massimo scoperto» (calcolata su detto utilizzo a fronte di una maggiore disponibilità concessa) dovrà considerarsi pienamente legittima.

6. Il c. 3 dell'art. 2-*bis* dispone poi transitoriamente che *i contratti in corso al 29 gennaio 2009 siano “adeguati” alle nuove disposizioni entro il 28 giugno 2009. Stabilendo poi che “tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art. 118 TUB”*.

Innanzitutto, credo che – almeno per le clausole contemplanti la «commissione di massimo scoperto» (di cui al primo periodo del c. 1) – parlare di un *obbligo* di adeguamento sia del tutto improprio: le banche avranno semmai, ed in principio, l'*onere* di adeguarsi al nuovo regime, al fine di evitare la conseguenza dell'impossibilità di conteggiare ed incamerare la «commissione di massimo scoperto» a partire dal 29 giugno 2009.

Ma in verità neppure sono poi così sicuro che – per le vigenti clausole contemplanti una «commissione di massimo scoperto» in versione per così dire “classica” – debba considerarsi illegittima l'apprensione del costo da parte della banca qualora la «commissione di massimo scoperto», nei fatti, venga dalla banca calcolata (ed addebitata poi in conto) correttamente, cioè:

- sugli utilizzi in presenza di fido;
- con saldi a debito per periodi superiori ai trenta giorni nell'ambito del trimestre.

Torna qui a riproporsi la rilevata profonda anomalia della norma (sono nulle le clausole *se* accade qualcosa): la quale probabilmente avrebbe dovuto parlare di *inefficacia* (del diritto di credito della banca ad incamerare la «commissione di massimo scoperto») al prodursi di certe condizioni in punto di fatto, e non già di *nullità*.

Resta infine il secondo periodo del c. 3: *l'obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art. 118 TUB*.

Al riguardo, credo sia necessario interpretare il concetto di *obbligo di adeguamento* non già nella tradizionale prospettiva *giuridico-negoziale* (cioè: obbligo comportante la modifica dell'attuale clausola del contratto che prevede la «commissione di massimo scoperto»), bensì in un'ottica più propriamente *economica* (cioè: obbligo comportante la diminuzione dei ricavi per la banca, pur in presenza di identici costi).

In altri termini: è lo stesso legislatore (che ha rimodulato oggi la «com-

missione di massimo scoperto») che “riconosce” – nel mancato ricavo da «commissione di massimo scoperto» – un *giustificato motivo* (cioè un evento potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale), la cui sussistenza consente legittimamente alla banca di proporre la modifica di altre condizioni del contratto (in senso ovviamente più sfavorevole al cliente) ai sensi dell'art. 118 TUB; ad esempio aumentando distinte voci di costo per un ammontare equivalente al mancato ricavo (stimato) che sarebbe derivato dalla «commissione di massimo scoperto» nella sua originaria applicabilità pre novella. Fermo, in ogni caso, il diritto di recesso del cliente accreditato.