

# La “nuova” commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi nel decreto “anti-crisi”

**Giovanni Romano**

Luglio 2010

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione.

**Sommario:** 1. *Premessa.* – 2. *La provvigione di affidamento e la commissione di massimo scoperto nell'evoluzione della prassi bancaria.* – 3. *Il dibattito sulla CMS: le opinioni della dottrina e l'orientamento della giurisprudenza. L'istruttoria dell'AGCM.* – 4. *La disciplina introdotta dal decreto "anti-crisi".* – 5. (Segue): *i rilievi dell'AGCM e della Banca d'Italia.* – 6. (Segue): *la class action contro Intesa SanPaolo e Unicredit.* – 7. *Commissione di massimo scoperto e usura (cenni).*

1. Nel quadro degli interventi emergenziali "anti-crisi", il legislatore (art. 2-bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv., con modificazioni, in l. 28 gennaio 2009, n. 2, recante "Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale") si è occupato esplicitamente di alcuni costi sopportati dal cliente in sede di concessione creditizia, dettando una disciplina differenziata di due distinte forme commissionali conosciute da tempo nella prassi bancaria, rispetto alle quali, negli ultimi anni, si era registrato un acceso dibattito dottrinale, soprattutto a seguito di alcune decisioni della giurisprudenza volte a censurare talune tipologie di oneri usualmente previsti nei contratti bancari di apertura di credito.

A seguito del recente intervento legislativo le banche si sono mosse verso l'applicazione di nuove strutture di prezzo che risultano nettamente peggiorative rispetto a quelle praticate precedentemente, ed a fronte dei dati forniti dall'AGCM in una comunicazione inviata al Parlamento, al Governo ed alla Banca d'Italia il 29 dicembre 2009, il CODACONS si è immediatamente determinato a promuovere un'azione collettiva risarcitoria nei confronti di due grandi istituti bancari.

Prima di giungere a dar conto di questi recenti sviluppi, è opportuno ripercorrere le tappe che vi hanno condotto, muovendo dall'analisi delle forme commissionali oggetto della nuova disciplina di legge, per come conosciute nella prassi bancaria precedente.

2. Nelle aperture di credito in conto corrente, nella prassi bancaria, oltre agli interessi sulle somme utilizzate, veniva, da molto tempo ormai, addebitata una "commissione" variamente strutturata. Tale commissione, nella sua conformazione più risalente, era stata introdotta con la funzione di compensare l'intermediario bancario per l'onere di dover sempre essere pronto a fronteggiare l'utilizzo del fido concordato. Per la parte utilizzata, la banca veniva remunerata dalla corresponsione degli interessi; per la parte non utilizzata, la pronta disponibilità delle somme era remunerata dalla suddetta commissione, rilevata e percepita (mediante annotazione a debito sul conto del cliente) di

regola trimestralmente, in una misura percentuale dell'accordato al netto del *quantum* utilizzato.

L'analisi della letteratura giuridica lascia evincere come la dottrina non abbia mai incontrato difficoltà alcuna nel rintracciare la funzione economica e, quindi, la giustificazione causale di detto patto remunerativo, identificando in esso il corrispettivo diretto dell'obbligazione principale che la banca assume nel contratto di apertura di credito, vale a dire quella di "tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato" (art. 1842 cod. civ.)<sup>1</sup>. Il contenuto di questa obbligazione è un *facere* consistente nel servizio immediato reso dalla banca al cliente<sup>2</sup>, cioè la messa a disposizione del credito, inteso come cosa incorporale, come valore economicamente e giuridicamente apprezzabile di per sé, indipendentemente dall'effettivo utilizzo delle somme, dal momento che "*non è indifferente economicamente e socialmente godere della disponibilità di una somma, anche se questa somma non si utilizza*"<sup>3</sup>.

La precipua utilità offerta al cliente con un'apertura di credito consiste, dunque, nel diritto a godere di una disponibilità finanziaria, che l'accreditato ha la facoltà (e non l'obbligo<sup>4</sup>) di utilizzare secondo le proprie necessità, potendo, ove l'apertura di credito – come per lo più avviene – sia in conto corrente, impiegare e riversare i fondi in ragione delle proprie contingenze di cassa (art. 1843 cod. civ.)<sup>5</sup>. Nel rendere tale servizio, la banca, a prescindere dal concreto utilizzo del credito da parte del cliente, va incontro ad un sicuro onere, perché è comunque obbligata a tenere a disposizione una certa giacenza liquida per essere in grado di far fronte all'eventuale utilizzo da parte degli affidati, con corrispondente incremento del costo di gestione della propria tesoreria<sup>6</sup>. Per questa ragione si è sempre giustificato l'onere del cliente di corrispondere alla banca una somma calcolata sull'importo dell'affidamento non utilizzato,

---

<sup>1</sup>Cfr. G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 1981, p. 231; A. SERRA, voce *Apertura di credito bancario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 157.

<sup>2</sup>F. MESSINEO, *Contenuto e caratteri giuridici dell'apertura di credito*, in *Operazioni di borsa e di banca*, Milano, 1954, p. 335.

<sup>3</sup>Così G. FERRI, voce *Apertura di credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 598. Il contratto di apertura di credito è, dunque, contratto consensuale e definitivo, oneroso ed a prestazioni corrispettive. Benché in passato se ne sia discusso, tale qualificazione è oggi pacifica in letteratura, essendo rimaste assolutamente minoritarie le posizioni di coloro i quali lo qualificavano come contratto reale, simile al mutuo; come contratto preliminare di mutuo; come contratto di mutuo con contestuale deposito della somma mutuata. Le diverse posizioni sostenute nel tempo sono analizzate da A. SERRA, *Apertura di credito*, cit., p. 155 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 7 febbraio 1952, n. 291; 12 gennaio 1968, n. 76; 13 dicembre 1969, n. 3956.

<sup>4</sup>Cfr. M. TONDO, *Contratti bancari. I contratti di credito*, Roma, 1966, p. 26.

<sup>5</sup>V. Cass., 30 marzo 1967, n. 690.

<sup>6</sup>App. Lecce, 27 giugno 2000, con nota di A.A. DOLMETTA e G. MUCCIARONE, *Sulla «commissione di massimo scoperto»*, in *I Contratti*, 2001, IV, p. 374 ss. Cfr., sul punto, anche Trib. Milano, 4 luglio 2002, con nota di B. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, p. 452 ss. Più di recente, anche la Cassazione (n. 870/06) ha riconosciuto la validità della commissione pattuita in funzione della "*remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*". Sul punto torneremo *infra* (v. par. 3 ed, ivi, nota n. 43).

remunerandola così per l'impegno assunto di tenere a disposizione del denaro, quando detto impegno non abbia trovato negli interessi il corrispettivo per l'utilizzo dei fondi<sup>7</sup>.

In definitiva, gli interessi sugli ammontari effettivamente utilizzati e per i periodi di utilizzo erano dovuti dal cliente in quanto corrispettivo del godimento di capitali altrui (art. 820, co. 3, cod. civ.); la commissione di *affidamento*<sup>8</sup> avendo, per contro, la funzione di remunerare la banca per le spese di gestione sostenute a causa del mantenimento di una riserva di liquidità commisurata al margine di credito reso disponibile al cliente (art. 1842 cod. civ.), ma da questi non utilizzato<sup>9</sup>.

La distinzione tra i due "costi" era chiara e, come si è detto, poggiava su valide motivazioni economiche e giuridiche.

In progresso di tempo, *"questa pur precisa natura della commissione si è poi perduta nella pratica degli affari bancari"*<sup>10</sup>: in luogo della provvigione di affidamento, la prassi bancaria si è orientata verso l'applicazione sempre più diffusa di quella che, più propriamente, va sotto il nome di *Commissione di Massimo Scoperto*<sup>11</sup>. In questo caso, sempre tramite rilevazione ed addebito effettuati, di regola, ad ogni chiusura trimestrale del conto, il corrispettivo dovuto alla banca è determinato in una misura percentuale dell'esposizione massima effettivamente raggiunta nel periodo di riferimento (il c.d. *massimo scoperto del periodo*<sup>12</sup>), in genere quando questo ammontare massimo di utilizzo sia perdurato per un certo periodo minimo (nella prassi: 3, 6, 10 giorni,

---

<sup>7</sup>Di una "provvigione" dovuta alla banca come corrispettivo del credito aperto ed indipendente dal suo utilizzo, parlava già F. MESSINEO, *Contenuto*, cit., p. 337. Di recente v. M. PORZIO, *Art. 120*, in F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. PORZIO, M. RISPOLI FARINA e V. SANTORO, a cura di, *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, p. 1010, che vede nell'impegno della messa a disposizione del credito una riduzione della "liquidità virtuale" della banca, che va compensata; e P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo. (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, V, p. 673, il quale rileva come il pagamento di una percentuale sull'affidamento al netto dell'utilizzato valga a "po[rre] in risalto la circostanza che con l'apertura di credito la banca: «si obbliga a tenere a disposizione» del cliente una somma di denaro (art. 1842 c.c.), e questa disponibilità, e il fatto in sé di aver stipulato questo contratto, ed assunto questo impegno [...] rappresenta un costo per la banca, in sé, prima ed indipendentemente da qualsivoglia utilizzo. [...] [C]osto [...] rappresentato dal fatto che la banca deve destinare sue disponibilità, che le costano, all'eventualità dell'utilizzo, normalmente «a vista», ed in tempi e quantità non predeterminate, se non nel massimo". Sussiste, dunque, "una valida ragione «economica» per il richiedere somme a titolo della commissione in esame [...], posto che la «disponibilità» è di per sé, per l'esserci, un valore". Similmente M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, X, p. 352, 353, che fa notare come il costo relativo alla "messa a disposizione" possa essere apprezzato anche in termini di mancato guadagno per la banca, la quale, fintantoché l'accreditato non utilizzi il fido concesso, si trova nell'impossibilità, in forza dell'impegno contrattuale assunto, di utilizzare il danaro in alternativi impieghi fruttiferi, mirando, pertanto, la commissione dovuta dal cliente a remunerare la disponibilità concessa e non sfruttata, alla stregua di un prezzo da pagare per avere il diritto (anche) di non utilizzare il credito, il che è caratteristica peculiare propria dell'apertura di credito bancario.

<sup>8</sup>Accogliamo qui il suggerimento terminologico di P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 676.

<sup>9</sup>*In terminis*, C. RUGGIERO, *La "nuova" commissione di massimo scoperto dopo il decreto "anti-crisi"*, in *I Contratti*, 2010, I, p. 59.

<sup>10</sup>La notazione è di S. MACCARONE, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, in *Giur. banc. (1985-1987)*, VI-VII, Milano, 1989, p. 184.

<sup>11</sup>D'ora in avanti: CMS.

<sup>12</sup>G. MOLLE, *I contratti*, cit., p. 157.

ma talvolta anche un giorno soltanto)<sup>13</sup>. L'importo della CMS suole, inoltre, essere determinato in misura rispettivamente minore o maggiore a seconda che il massimo saldo "dare" del cliente sia rimasto "entro il fido accordato" ovvero sia risultato "extra fido"<sup>14</sup>.

Per questa via, nei contratti di apertura di credito sottoposti per adesione alla clientela, la remunerazione richiesta dalle banche è andata sostanzialmente discostandosi dalla tradizionale nozione di provvigione per la messa a disposizione delle somme<sup>15</sup>. Ad essere rovesciata è stata la stessa base di riferimento<sup>16</sup>: nei casi di mancato ricorso al fido accordato, nulla viene richiesto; mentre nel caso di utilizzo del fido, il credito concesso dalla banca e goduto dal cliente viene remunerato, oltre che dagli interessi, dall'ulteriore onere della CMS, la quale è venuta gradualmente a costituire una significativa voce di costo del credito bancario, apprezzabilmente lievitata negli ultimi anni, sia per il generalizzato incremento delle aliquote trimestrali praticate<sup>17</sup>, sia per le modalità con cui gli istituti di credito ne hanno fatto applicazione<sup>18</sup>, oltre che per la sempre crescente diffusione della stessa nella pratica<sup>19</sup>.

<sup>13</sup>In realtà, quella indicata nel testo rappresenta solamente la più diffusa tra le molteplici modalità di calcolo della CMS osservate nella prassi, ove, fermo rimanendo il calcolo percentuale sui picchi di utilizzo, risultano variabili i criteri di determinazione del tempo minimo di durata della massima scoperta rilevante ai fini dell'applicazione della commissione al rapporto di conto. Sul punto cfr. la voce *Commissione di massimo scoperto*, in *Enc. banca e borsa*, 2002, p. 530. In dottrina si è rilevata, infine, la presenza di un terzo modello di commissione — di diffusione invero molto rara nella prassi —, definito "misto", in quanto risultante dall'applicazione congiunta delle due forme commissionali (d'affidamento e di massimo scoperto) già analizzate nel testo, di per se stesse non alternative tra loro. Sul punto v. P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 672; M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 354.

<sup>14</sup>Cfr. M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 353. Usualmente, infatti, l'applicazione della CMS è andata estendendosi anche ai cc.dd. fidi di fatto, cioè agli sconfinamenti eventualmente tollerati dalla banca oltre l'ammontare del credito aperto al cliente ed agli scoperti di conto corrente. Ulteriori ragguagli sul punto in P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p. 225 ss., ed ivi, part., note nn. 48, 51.

<sup>15</sup>Cfr. P. CRISTOFORETTI, *La Commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009: "Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari"*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, p. 3.

<sup>16</sup>R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/09*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, p. 2.

<sup>17</sup>Rispetto allo 0,125% applicato nei primi anni novanta, le aliquote sono arrivate sino a decuplicarsi. Secondo i dati riportati da P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione*, cit., p. 229, che cita una rilevazione della Banca d'Italia, la CMS era dello 0,47% nel 1997, mentre nel settembre 2005 si attestava intorno allo 0,84%. Nel 2007 si sono registrati livelli record: 1,2% al trimestre, con picchi anche dell'1,5%. Per il primo trimestre 2009, invece, R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 4, riporta una misura dello 0,66%. Si vedrà tra breve come le sue particolari modalità di calcolo portino la CMS ad avere un'incidenza notevole sul costo del credito e si analizzeranno i dati registrati dall'AGCM e dalla Banca d'Italia a seguito dell'entrata in vigore della disciplina di cui alla l. n. 2/09.

<sup>18</sup>Vogliamo qui riferirci al fatto che nella prassi bancaria la CMS, al pari degli interessi, soleva esser oggetto di capitalizzazione trimestrale, oltre ad essere stata applicata anche sui conti chiusi.

<sup>19</sup>Prevista, in origine, annualmente sui fidi ed applicata solo in presenza di più giorni di scoperto, la CMS è stata successivamente generalizzata a tutti gli scoperti, anticipi fatture o anticipi salvo buon fine, cadenzata trimestralmente ed applicata sistematicamente anche per un solo giorno di scoperto. Cfr. R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 10. Secondo l'*Indagine conoscitiva sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto*, del 17 marzo 2010 della Banca d'Italia, prima dell'intervento del decreto "anti-crisi" l'84% dell'offerta di conti correnti a famiglie e imprese prevedeva la CMS; solamente pochissime banche, molte delle quali di dimensione molto contenuta, l'avevano eliminata completamente dalla propria

Le ragioni capaci di spiegare l'evoluzione della prassi bancaria sopra brevemente descritta sono molteplici.

In primo luogo, la oramai scarsa redditività di una commissione – quella di affidamento – strutturata e percepita sul mancato utilizzo; scarsa redditività derivante dai costi sempre più ridotti che l'intermediario bancario si trova a dover sostenere per poter garantire la pronta liquidità del fido accordato. Se in passato, infatti, la pronta disponibilità dei fondi aveva costi apprezzabili connessi alla necessità di moneta fisica ed agli obblighi di riserva, l'evoluzione subita dalla normativa e dall'organizzazione del mercato monetario, congiunta alla notevole flessione dei tassi, rende l'onere in parola assai modesto: alla disponibilità non corrisponde più la fisicità ed il canale telematico, di regola, rende il reperimento/impiego dei fondi pressoché immediato. Inoltre, l'obbligo della banca di rendere prontamente disponibile il fido concesso è sovente accompagnato dalla prerogativa che essa si riserva di revocare, in tutto o in parte, il fido stesso unilateralmente ed immediatamente<sup>20</sup>: tale circostanza, congiuntamente allo *ius variandi*, ridimensiona apprezzabilmente il servizio di pronta disponibilità dei fondi, offrendo alla banca strumenti di autotutela a fronte di eventualità capaci di accrescere sensibilmente i costi del servizio stesso. Al più, la commissione d'affidamento potrebbe aver ancora senso per affidamenti molto elevati, per i quali il reperimento immediato dei fondi potrebbe risultare maggiormente problematico; ma per la generalità delle altre esposizioni correnti di una banca l'incidenza del costo rispetto al servizio reso è trascurabile e potrebbe essere agevolmente ricompresa nel computo complessivo degli oneri che, più in generale, accompagnano l'istruttoria, l'aggiornamento della pratica di affidamento e la contabilizzazione e gestione della posizione del cliente<sup>21</sup>.

Le altre ragioni all'origine del fenomeno CMS possono essere ricondotte, su di un piano più generale, al progressivo spostamento dei ricavi delle banche dagli interessi alle commissioni e spese per i servizi prestati<sup>22</sup>, il che, a sua volta, dipende da molteplici fattori tra cui, in particolar modo, la riduzione generalizzata dei tassi; la connessa minore possibilità ed utilità del ricorrere al gioco delle valute<sup>23</sup>; la compressione che alla politica dei tassi è derivata anche dalla normativa sull'usura<sup>24</sup>.

---

politica d'offerta.

<sup>20</sup>Sul punto v. anche le considerazioni di P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 674.

<sup>21</sup>Tali argomentazioni sono svolte da R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 2.

<sup>22</sup>Cfr. P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 681.

<sup>23</sup>Anche se, come segnala R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 9, sono risultate frequenti le ipotesi di addebito della CMS anche sugli scoperti di valuta: nella pratica, cioè, si è giunti ad addebitare la commissione "anche quando la banca finanzia momentanei scoperti di conto, impiegando le stesse disponibilità del cliente, in precedenza versate, già introitate, ma non ancora riconosciute come "valuta" nel conto del medesimo: in tali circostanze il credito è solo apparente".

<sup>24</sup>Quest'ultimo è stato, probabilmente, il fattore maggiormente determinante: la CMS "sarebbe rimasta presumibilmente relegata a parte, congiuntamente agli oneri minori, se non fosse intervenuta la legge 108/96 a porre rigide limitazioni ai tassi di interesse. Costrette nei vincoli delle soglie d'usura, le banche hanno impiegato i gradi di libertà operativa loro offerti dalle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura, per riversare nella CMS margini di crescita degli

Ad ogni modo, sul piano civilistico, il principale problema che la CMS ha posto è stato quello di individuarne una valida ragione giustificatrice. Il fatto di essere calcolata sulla massima esposizione debitoria raggiunta dal cliente nel periodo di riferimento ha indotto la dottrina assolutamente maggioritaria a considerarla come un onere volto a remunerare la banca non tanto per la disponibilità accordata al cliente, quanto piuttosto per il credito da questi effettivamente utilizzato<sup>25</sup>, il cui godimento è, però, già ricompensato dalla corresponsione degli interessi. Si è posto, dunque, il problema di comprendere se, ed in quali termini, la CMS fosse un onere giustificabile o se non fosse, piuttosto, un onere concretantesi, dal punto di vista funzionale, in un ulteriore addebito di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente previsti per l'utilizzo dell'apertura di credito<sup>26</sup> – o meglio, in una maggiorazione del tasso di interesse per una parte della disponibilità utilizzata – ovvero ancora un onere distinto dagli interessi, ma di cui appariva comunque arduo individuare un impegno della banca capace di giustificare la corresponsione da parte del cliente di tale corrispettivo ulteriore sul capitale concretamente erogato<sup>27</sup>.

3. Il dibattito sulla qualificazione giuridica e, conseguentemente, sulla funzione economico-sociale della CMS è stato, senza dubbio, alimentato anche dalla mancanza di qualsivoglia definizione normativa della stessa. Del resto, gli stessi contratti bancari, sebbene debbano essere redatti in forma scritta, solitamente non contemplano una clausola normativa che definisca la nozione ed i criteri di applicazione della CMS, limitandosi piuttosto ad indicarne il mero valore (in termini percentuali) nella parte dedicata alle condizioni economiche<sup>28</sup>.

---

*interessi che avrebbero debordato i vincoli di legge. Tradizionalmente applicata, per aliquote prossime allo 0,125% ed ad una ristretta compagine di conti affidati, successivamente alla legge sull'usura la CMS è stata estesa alla generalità dei conti, affidati o meno, per aliquote frequentemente decuplicate*". In questi termini, ancora, R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 3. Sui rapporti tra la CMS e la normativa sull'usura torneremo nel par. 7 per esaminare le novità conseguenti alla l. n. 2/09. Occorre qui ricordare, tuttavia, che prima del recente intervento legislativo la CMS era oggetto di segnalazione alla Banca d'Italia, ma non contribuiva alla determinazione del tasso-soglia previsto dalla l. n. 108/96. Sul punto v. le *Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*, sez. I, punto C5, p. 15, aggiornamento del febbraio 2006.

<sup>25</sup>Così F. MAZZINI, *Contratti bancari e tutela del cliente*, in *Interventi Serie Blu – Diritto dell'economia*, Dip. dir. econ. dell'Università degli Studi di Siena, n. 25/2010, p. 81. Nella stessa direzione si orientano le argomentazioni di P. CRISTOFORETTI, *La Commissione*, cit., p. 4; di R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 10.; e di A.A. DOLMETTA e G. MUCCIARONE, *Sulla «commissione di massimo scoperto»*, cit., p. 377.

<sup>26</sup>Della CMS come *“un accessorio dell'interesse, legato non alla disponibilità, ma all'utilizzazione”*, parlava già S. MACCARONE, *Le operazioni bancarie*, cit., p. 184. Negli stessi termini si è espresso, più di recente, B. INZITARI, *Diversa funzione*, cit., p. 471.

<sup>27</sup>Sul punto cfr. M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 354. Per una più ampia rassegna dei diversi modi di intendere la CMS emersi in dottrina ed in giurisprudenza, v., inoltre, P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione*, cit., p. 225, 230; A.A. DOLMETTA e G. MUCCIARONE, *Sulla «commissione di massimo scoperto»*, cit., p. 377, 378; C. CARLEVALE, *La commissione di massimo scoperto ed il costo del credito bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, III, p. 394 ss.

<sup>28</sup>Cfr. P. CRISTOFORETTI, *La Commissione*, cit., p. 1; F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 80.

Una definizione era, invece, contenuta nelle Istruzioni della Banca d'Italia<sup>29</sup>, ove si diceva che “tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una *rapida espansione*<sup>30</sup> nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificato nel periodo di riferimento”.

Sulla stessa lunghezza d'onda, una voce autorevole<sup>31</sup> era poi intervenuta per sostenere la imprescindibile necessità di affrontare il problema della qualificazione della CMS avendo riguardo alla tecnica dell'operatore bancario ed alle esigenze che essa esprime.

Si è così sostenuto che per la banca – dal momento che essa non ragiona mai né fa calcoli o previsioni sul singolo rapporto, ma sulla massa, e dato che non quantifica né destina risorse per l'ipotesi che tutti gli affidamenti siano nello stesso tempo integralmente utilizzati, facendo piuttosto i propri calcoli su previsioni medie di utilizzo – ciò che può rappresentare un costo aggiuntivo nella gestione delle posizioni degli affidati sono i picchi di utilizzo, soprattutto di breve durata, che dunque poco renderebbero in termini di interesse. Ragionando sulla massa, in altri termini, gli utilizzi superiori alle previsioni determinano per la banca la necessità di rivolgersi ad altri intermediari, il che costituisce un costo aggiuntivo; sui singoli rapporti tale costo, generale, è appunto “spalmato”, ripartito, con la commissione calcolata sui picchi di utilizzo del credito reso disponibile alla clientela.

Secondo questa impostazione, in definitiva, se la più risalente commissione di affidamento era volta a remunerare il costo della “disponibilità” indipendentemente dall'utilizzo, la ragione economica su cui poggia la CMS sarebbe, invece, quella di intervenire per remunerare “*il costo della imprevedibile «elasticità» dell'utilizzo*”<sup>32</sup>. La ragione di vertice che spiega la difficoltà della dottrina giusprivatistica nel percepire la natura ed il valore della specifica utilità offerta dalla banca che la CMS è chiamata a compensare, consisterebbe, a detta dello stesso Autore, nell'incapacità di prendere le necessarie distanze dall'ordine concettuale del mutuo e degli interessi, e ciò anche quando in fondo si avverta che altra cosa è la dazione a mutuo, altra è la disponibilità e la elasticità di utilizzo, aspetti che concorrono a qualificare, invece, la diversa operazione

---

<sup>29</sup>V. il riferimento in nota n. 24.

<sup>30</sup>L'enfasi è nostra.

<sup>31</sup>Si tratta di P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 672 ss.

<sup>32</sup>*Ibidem*. Ci sembra assimilabile a questa posizione anche il pensiero di M. PORZIO, *Art. 120*, cit., p. 1010, secondo il quale tramite la CMS “*si vuole costringere il cliente ad un utilizzo normale del credito concesso; da un lato, infatti, l'assenza di forti picchi nell'utilizzo consente alla banca una più comoda gestione della tesoreria e dall'altro un'eccessiva tensione sul conto da parte del cliente può essere un segnale di difficoltà nella tesoreria del cliente stesso*”.



economica che trova la sua tipicità normativa nell'apertura di credito<sup>33</sup>.

Queste argomentazioni lasciano il tempo che trovano, essendo sconfessabili tanto dal punto di vista della tecnica dell'operatore bancario, tanto dal punto di vista degli schemi del codice civile, i quali, anzi, vengono ad essere confusi non a causa della scarsa lucidità della dottrina, come si vorrebbe far credere, ma in conseguenza degli effetti che l'applicazione della CMS produce sulle operazioni di apertura di credito.

Dal punto di vista della tecnica bancaria, come si è visto, la CMS è stata giustificata, nella definizione della Banca d'Italia, come remunerazione dell'onere dell'intermediario di essere in grado di fronteggiare una "rapida espansione" nell'utilizzo del credito, e, nella dottrina da ultimo citata, come remunerazione del costo che la banca sostiene a fronte di una "imprevedibile elasticità di utilizzo" del credito stesso.

Orbene, la Banca d'Italia errava, poiché, invero, la "rapidità" dell'espansione nell'utilizzo delle somme accreditate al cliente non assume alcuna rilevanza nella determinazione della CMS: come è stato lucidamente sottolineato<sup>34</sup>, il correntista ben potrebbe utilizzare ogni giorno, ad es., 100 euro in più del giorno precedente – rendendo pertanto molto prevedibile la "curva" della sua richiesta di denaro bancario e per nulla "rapida" l'espansione – e, tuttavia, la commissione sarebbe dello stesso importo di quello del caso di utilizzo senza progressione dello stesso picco massimo.

Viepiù "falsa", dal punto di vista tecnico, è poi la giustificazione della CMS come remunerazione del costo che la banca incontra a fronte di utilizzi superiori alle previsioni medie operate dalla stessa: può ben accadere, infatti, che la massima esposizione debitoria raggiunta dal cliente nel trimestre si collochi al di sotto della linea mediana, cioè della linea di utilizzo medio atteso dalla banca, ma, ciò tuttavia, la CMS troverebbe comunque applicazione sul picco raggiunto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> «Negli schemi civilistici del mutuo non può [...] trovare realizzazione l' [...] interesse di un soggetto che ritiene possibile di aver bisogno di una certa somma, senza saper precisare né quando, né di quanto, né per quanto tempo; in tale situazione il soggetto o prende a mutuo quanto presumibilmente gli potrà occorrere, sopportando il rischio della custodia, e pagando da subito interessi anche prima del concreto utilizzo, e talora continuando a pagare interessi anche quando della somma non ha più bisogno e fino alla scadenza del termine, ovvero accantona somme proprie, sopportando ancora il rischio della custodia, e sacrificando ogni diversa possibilità di utilizzo. Lo schema dell'apertura di credito permette invece di realizzare anche quegli interessi che il mutuo non consente; in effetti la banca tiene a disposizione una somma di danaro, e fino all'effettivo utilizzo il cliente non paga interessi; della somma tenuta «a disposizione» il cliente «può disporre in qualsiasi momento» (art. 1852 c.c., dettato per l'ipotesi, assolutamente normale, di apertura di credito «regolata» in conto corrente), per lui così costituendo moneta [...]; infine, di regola, il cliente, che ha utilizzato il credito: «può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità» (art. 1843, 2 comma, c.c.) cessando di pagare interessi e reintegrando la somma di cui potrà disporre. [...] [La CMS] non è il corrispettivo di una somma per il tempo dell'utilizzo, come è l'interesse; tale commissione è indubbiamente un costo, ma collegato [...] alla elasticità dell'utilizzo, e funzione di tale elasticità, cioè di una caratteristica dell'operazione creditizia del tutto estranea e sconosciuta all'ordine concettuale del mutuo e degli interessi". P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 675 ss.

<sup>34</sup> Da M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 354.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Non risulta, infatti, che le clausole dei contratti bancari abbiano mai contemplato eccezioni per ipotesi come quella descritta nel testo.

Ancora, se è vero che l'intermediario gestisce la liquidità necessaria sulla base di previsioni riferite all'intero aggregato della clientela, non si può però non tener conto del fatto che la banca opera compensando le posizioni a debito con le posizioni a credito, reperendo ovvero impiegando il saldo risultante. Tanto maggiore è il numero dei rapporti in gestione e parcellizzate le posizioni di conto, tanto più ampie saranno le opportunità di compensazione, che non richiedono il ricorso al reperimento di fondi. L'intermediario non corre alcun rischio di tasso, potendo, grazie allo *ius variandi* consentito dalla normativa di settore, commisurare d'appresso i tassi attivi a quelli passivi, mentre per il rischio di credito, il cliente risulta già monitorato e classificato nella rispettiva classe di tasso a copertura, al momento dell'istruttoria dell'affidamento<sup>36</sup>. Per tutte le variazioni a debito, la banca percepisce implicitamente il margine costituito dal divario fra tassi attivi e tassi passivi; per la differenza, sia essa a credito o a debito, si rivolge al mercato interbancario, ove – salvo particolari circostanze congiunturali – reperisce o impiega agevolmente a condizioni di tasso ordinarie. In particolare, sull'interbancario, vengono spesso poste in essere linee di credito cc.dd. *evergreen* o *stand-by*, caratterizzate dalla possibilità del beneficiario di ricorrere al finanziamento in misura variabile in relazione alle contingenti esigenze di liquidità. Il beneficiario non ha l'obbligo di attingere al credito aperto, tuttavia il mancato utilizzo totale o parziale della linea di credito (l'affidamento) viene gravato da una commissione di mancato utilizzo, compresa tra lo 0,125% e lo 0,50% annuo, commisurata alla quota di credito non utilizzata ed al tempo<sup>37</sup>.

Per cui, se il riferimento alla “rapidità dell'espansione” o alla “imprevedibilità dell'utilizzo” del credito possono far apparire, diciamo così, meno opaca la ragione di un compenso – la CMS, appunto – calcolato sullo scoperto massimo del periodo, in verità i dubbi sorti intorno alla sussistenza di un valido sostegno causale del patto istitutivo di detto compenso avevano tutta la ragione di porsi, perché, così determinata, la CMS “*non remunera alcuno specifico impegno della banca: non quello di tenere a disposizione una somma di denaro, posto che la commissione di massimo scoperto non è posta in funzione di ciò che caratterizza quell'impegno, ossia quantum e durata; non quello di concreta messa a disposizione del denaro, posto che quell'impegno è già remunerato dagli interessi, la cui misura è determinata in funzione dell'importo utilizzato e del tempo di utilizzo e posto che il meccanismo di calcolo della commissione di massimo scoperto ci fa chiaramente intendere che l'importo che verrà addebitato al cliente sarà lo stesso qualunque sia la durata dell'utilizzo della somma massima*”<sup>38</sup>, da 1, 3, 6, 10 giorni, fino a tre mesi.

Ed allora, non è forse la stessa metodologia di calcolo della CMS ad offu-

<sup>36</sup>Aspetto sottolineato anche da A.A. DOLMETTA e G. MUCCIARONE, *Sulla «commissione di massimo scoperto»*, cit., p. 377.

<sup>37</sup>Riportiamo qui, *in terminis*, le argomentazioni di R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 6.

<sup>38</sup>M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 354, 355.

scare ed, in un certo senso, ad alterare la precipua utilità che l'apertura di credito bancario, rispetto al mutuo, dovrebbe offrire al cliente, consentendogli di assecondare le proprie esigenze di cassa, esimendolo dal ricercare (pensiamo al cliente che eserciti un'impresa), volta per volta, le disponibilità necessarie a colmare gli sfasamenti di liquidità della propria tesoreria? Applicando l'aliquota sull'esposizione massima, indipendentemente dalla durata della stessa, non è forse la banca a remunerarsi per una dazione "fittizia" di danaro, come se avesse erogato quella certa somma dal momento di verifica del massimo saldo "dare", o giù di lì, fino alla chiusura trimestrale del conto<sup>39</sup>? E, ancora, non sono forse state le banche a "trattare" la CMS come un interesse, praticandone la capitalizzazione trimestrale ed esigendola anche sui conti chiusi, come se anche per essa vigesse la *perpetuatio obligationis* prevista per gli interessi ex art. 1284 cod. civ.<sup>40</sup>?

La verità è che la CMS ha prodotto risultati di forte iniquità nei rapporti tra banca e clientela<sup>41</sup>, e correttamente la giurisprudenza aveva preso a considerare la relativa pattuizione nulla per carenza di causa, ritenendo ingiustificata la percezione di un ulteriore compenso sul capitale erogato, per il quale la banca è già utilmente remunerata dagli interessi corrispettivi<sup>42</sup>.

<sup>39</sup>In maniera analoga R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 10, nel considerare la CMS una remunerazione aggiuntiva che di fatto integra gli interessi, scrive: "È lo stesso riferimento, nel calcolo, al credito utilizzato che assimila le CMS agli interessi. Il riferimento al tempo, più che essere assente, è posto pari all'intero periodo".

<sup>40</sup>Sul punto, in senso adesivo, P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione*, cit., p. 225, 229; ed in giurisprudenza Cass., 6 agosto 2002, n. 11772; App. Lecce, 27 giugno 2000, cit.

<sup>41</sup>In ragione della sua metodologia di calcolo, la CMS condiziona il costo complessivo della concessione di credito in misura tanto maggiore quanto maggiore è il divario tra la punta di utilizzo massimo e quello medio. In altri termini, la sua incidenza sul costo effettivo del credito si amplifica in funzione diretta con il divario tra utilizzo massimo e utilizzo medio, ed in funzione inversa con il numero di giorni per i quali permane tale divario. Pertanto, la sua incidenza è moderata solo per conti che presentano limitate fluttuazioni intorno al valore medio dell'esposizione; se, invece, l'esposizione media è la risultante di fluttuazioni più ampie, la dimensione della sua incidenza può crescere per valori pressoché illimitati. Per un riferimento a tali questioni in giurisprudenza, v. App. Lecce, 27 giugno 2000, cit., e per un'analitica dimostrazione degli effetti della CMS sul costo del credito, cfr. R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 3 ss., il quale, facendo un'ipotesi calibrata su movimentazioni di conto assolutamente normali nella realtà operativa, dimostra come la CMS possa giungere ad avere, in ragione d'anno, un'incidenza addirittura pari al doppio degli interessi, in conseguenza dei valori assunti, anche per brevi periodi, dall'esposizione. La CMS è stata in grado di produrre risultati aberranti, onerando la clientela di costi la cui dimensione economica non trova né corrispondenza e proporzione con i periodi di durata dell'esposizione che li determina, né alcuna giustificazione nel servizio prestato dalla banca, la quale, come si è detto, all'occorrenza — e solo per il saldo complessivo delle posizioni passive ed attive — può coprire le proprie necessità con una linea di credito *ever green* a condizioni di costo poco superiori all'ordinario credito a giorni.

<sup>42</sup>"Il fatto che la commissione di massimo scoperto venga di volta in volta determinata in termini percentuali facendo riferimento alle somme effettivamente utilizzate dal cliente nell'ambito del fido a lui concesso, ovvero secondo una modalità di determinazione del tutto coincidente con quella propria degli interessi, comporta un ulteriore aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso di interesse effettivamente applicato, con la conseguenza che la pattuizione della relativa clausola dovrà essere ritenuta nulla per mancanza di causa". Così Trib. Monza, 11 giugno 2007. Nello stesso senso, Trib. Milano, 4 luglio 2002, cit.; Trib. Lecce, 11 febbraio 2005; Trib. Monza, 12 dicembre 2005, con nota di P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione*, cit., *passim*. Sebbene assorbiti dalla nullità per mancanza di causa, la giurisprudenza aveva spesso rilevato profili di invalidità anche per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto (art. 1348 cod. civ.) delle clausole istitutive della CMS, spesso inespressive delle modalità di calcolo praticate dalle banche (cfr. Trib. Milano, 4 luglio 2002, cit.; Trib. Velletri 5 aprile 2005; Trib. Vibo Valentia, 16 gennaio 2006; Trib. Genova, 18 ottobre 2006); e per mancato rispetto dell'obbligo di forma scritta (art. 117, co. 4, TUB)

È interessante notare come la giurisprudenza, nel sancire la nullità per carenza di causa della CMS, di converso, riconoscesse, sia pur in maniera solamente incidentale, la validità di quella che, in queste pagine, abbiamo indicato come *commissione di affidamento*<sup>43</sup>, dando quasi la sensazione di voler mandare un messaggio agli istituti di credito, “consigliando” loro di orientarsi verso l’applicazione di forme commissionali strutturate sul credito accordato, ritenute coerenti con la funzione della tenuta in disponibilità delle somme propria del contratto di apertura di credito. Un’indicazione, questa, che è pervenuta agli istituti di credito anche da parte della dottrina<sup>44</sup> e dallo stesso Governatore della Banca d’Italia, il quale ebbe a definire la CMS “*un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza*”, invitando le banche a sostituirla con “*una commissione commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri paesi*”<sup>45</sup>.

Sotto il profilo della trasparenza, la CMS è stata oggetto di attenzione anche da parte dell’AGCM. L’autorità *antitrust* ha sottoposto ad istruttoria l’applicazione della CMS da parte di quattro tra i più grandi gruppi bancari italiani, ritenendola censurabile sotto il profilo della trasparenza e della chiarezza

(cfr. Cass., 14 maggio 2005, n. 10127; Trib. Livorno, 6 marzo 2006).

<sup>43</sup> Particolarmente esplicite sul punto le considerazioni di App. Lecce, 27 giugno 2000, cit., ove si dice che “*Le banche italiane [...], invece di percepire — come sarebbe più logico e come accade in altri paesi d’Europa — una commissione di affidamento — in luogo della commissione di massimo scoperto — rapportata all’ammontare dell’accordato, nulla normalmente richiedono a tale titolo al chiaro fine di incentivare l’acquisizione del cliente, mentre poi pretendono dallo stesso la commissione di massimo scoperto [...] applicata al massimo saldo dare del cliente, con riferimento a ciascun periodo di liquidazione degli interessi*”. Richiamandosi esplicitamente alla pronuncia della corte salentina, analoghe considerazioni si rinvengono in Trib. Milano, 2 luglio 2002, cit. È da segnalare anche una recente ordinanza del Tribunale di Mondovì del 4 maggio 2010, ove si afferma che la remunerazione percepita dalla banca è “*senza causa qualora venga applicata sul massimo sconfinamento eseguito nel periodo, poiché in questo caso costituisce una doppia imposizione su somme che già sono produttive di interessi, e costituisce dunque una forma [...] di costo per il cliente che produce l’effetto di aumentare ingiustificatamente il tasso reale dell’interesse praticato*”, mentre, per contro, avrebbe “*una funzione giuridica legittima*” la commissione che fosse “*diretta a remunerare la banca per la messa a disposizione di una somma*”.

<sup>44</sup> Cfr. A.A. DOLMETTA e G. MUCCIARONE, *Sulla «commissione di massimo scoperto»*, cit., p. 378; M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 353; B. INZITARI, *Diversa funzione*, cit., p. 470. Nello stesso senso si orientavano le conclusioni del breve studio monografico di M. TATARANO, *La commissione di massimo scoperto: profili giusprivatistici*, Napoli, 2004, p. 82, il quale così scriveva: “*In definitiva, la corresponsione della commissione di massimo scoperto potrebbe giustificarsi sotto l’aspetto funzionale esclusivamente se ed in quanto commissione di affidamento. In altri termini essa deve riacquistare il ruolo e la funzione di un corrispettivo per la disponibilità concessa dalla banca attraverso l’affidamento e cioè attraverso il contratto di apertura di credito*”.

<sup>45</sup> Banca d’Italia, *Considerazioni finali*, Assemblea ordinaria dei partecipanti, anno 2007, Roma, 31 maggio 2008. Come ricordato da M.L. DI BATTISTA, *Quella commissione che non piace al Governatore*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), giugno 2008, il dibattito intorno alla CMS si era acceso più di vent’anni or sono, quando la Banca d’Italia aveva invitato gli istituti di credito ad assumere comportamenti coerenti nei confronti della clientela ed a valutare correttamente i costi di gestione associabili ai margini di liquidità necessari per far fronte ad improvvisi utilizzi del credito. Il dibattito aveva condotto alla proposta di sostituire la CMS con altre commissioni tecnicamente più appropriate, tra le quali, appunto, la *commitment fee* (commissione sul credito accordato). Le banche, però, non si mossero lungo le linee indicate, probabilmente perché ciascuna era preoccupata di perdere quote di mercato a seguito di una decisione individuale. Nella citata Relazione del 31 maggio 2008, il Governatore della Banca d’Italia, nel ribadire l’invito a procedere ad una decisa revisione della prassi bancaria nel senso indicato, muoveva anche dalla preoccupazione che a risolvere la questione potessero intervenire gli strumenti imperativi della legge, come sarebbe poi avvenuto con le disposizioni introdotte dal d.l. n. 185/08, che tra breve commenteremo.

informativa nei contratti, nei fogli informativi e nelle comunicazioni periodiche, proponendosi di verificare se la condotta delle banche coinvolte integrasse ipotesi di pratiche commerciali scorrette. Il procedimento si è chiuso senza accertamento di infrazioni e senza irrogazione delle relative sanzioni, avendo le banche – ai sensi dell’art. 27, co. 7, Cod. cons. – proposto l’assunzione di determinati impegni che l’AGCM ha accettato e reso obbligatori<sup>46</sup>.

Per ciò che qui maggiormente interessa, il principale addebito formulato dall’AGCM è consistito nella mancanza di un’informazione adeguatamente esauriente e chiara in ordine alla *natura* ed alla *ratio* delle diverse tipologie di CMS applicate dalle banche in relazione alle diverse ipotesi di utilizzi entro fido, extra fido e sulle scoperture di conti correnti non affidati; nonché in ordine alle *modalità di calcolo* delle stesse. Sotto questo primo profilo, le banche hanno riproposto, nell’esaudire le richieste dall’Autorità, la definizione di CMS fornita dalla Banca d’Italia, individuando in essa “*il corrispettivo pagato dal cliente per compensare la Banca dall’onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell’utilizzo della linea di credito*”, precisando che essa “*è calcolata sulla punta massima di esposizione verificatasi nel corso di ogni trimestre solare, indipendentemente dalla sua durata*”<sup>47</sup>.

Ma, oltre a ciò, tutte le banche coinvolte avevano assunto l’impegno di introdurre, nelle offerte di conti correnti ed affidamenti, condizioni economiche basate su strutture commissionali alternative alla CMS, offrendo ai clienti vecchi e nuovi la possibilità di scegliere la soluzione maggiormente rispondente al proprio comportamento economico, alle proprie esigenze di credito ed alle previsioni del relativo utilizzo. Per rendere effettiva la libertà di scelta, le banche avrebbero dovuto provvedere a comunicare periodicamente alla clientela il costo totale (comprensivo degli interessi debitori e di ogni altra spesa applicata) sostenuto per il fido accordato, così come derivante dalle condizioni economiche prescelte, e, nella stessa comunicazione, doveva inoltre essere quantificato il costo che sarebbe derivato dalla scelta di condizioni alternative. Le commissioni di nuova introduzione, variamente denominate, rispecchiavano, in realtà, la “vecchia” provvigione di affidamento, essendo concepite in funzione della remunerazione per la messa a disposizione della somma da parte della banca, ed essendo calcolate, appunto, in ragione dell’importo dell’affidamento accordato e per la durata dello stesso, indipendentemente dal suo utilizzo<sup>48</sup>.

<sup>46</sup>V. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimenti nn. 19352-55, del 23 dicembre 2008 (pubblicati tutti in Boll. AGCM n. 49/2009, p. 206 ss.), di chiusura dell’istruttoria nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena, Unicredit Banca di Roma, BNL e Intesa SanPaolo.

<sup>47</sup>V. ancora Boll. AGCM cit., p. 211; 228; 237.

<sup>48</sup>Così si prevedeva per la commissione denominata “*Corrispettivo sull’accordato*”, per la “*Commissione per il servizio di disponibilità immediata fondi*” e per la “*Commissione sull’accordato*”, negli impegni assunti, rispettivamente, dalla Banca Monte dei Paschi di Siena, da Unicredit Banca di Roma e da BNL. L’istituto Intesa SanPaolo, invece, aveva proposto l’introduzione di una “*Commissione di mancato utilizzo*”, dovuta per il solo caso in cui, al termine di ogni singolo trimestre, il credito messo a disposizione del cliente fosse rimasto completamente inutilizzato. Unicredit Banca di Roma ed Intesa SanPaolo si erano, altresì, impegnate ad eliminare progressivamente l’applicazione della CMS agli scoperti di valuta.

Sembrava, dunque, finalmente giunto il momento della sottoposizione della CMS al giudizio del mercato – e quale miglior banco di prova? –, essendosi le banche impegnate a metterla in competizione con forme di *commitment fees*, secondo una tempistica che la stessa AGCM aveva ritenuto congrua.

Senonché, in anticipo rispetto alla tabella di marcia concordata tra l’Autorità *antitrust* e le banche, è intervenuto il legislatore con una scelta che (almeno *prima facie*) appare, invece, risolutamente “dirigistica”<sup>49</sup>.

4. L’art. 2-bis della l. n. 2/09, introdotto in sede di conversione del d.l. n. 185/08, e rubricato “*Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari*”, non brilla certo per chiarezza; al contrario, la disposizione si contraddistingue, anzitutto, per una formulazione lessicale di cattiva qualità che ne rende particolarmente problematica l’interpretazione normativa.

Il co. 1 così recita: “*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. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall’effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall’effettiva durata dell’utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all’importo e alla durata dell’affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l’indicazione dell’effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento*”.

Per tentare di approcciare con ordine all’analisi del testo normativo, è opportuno muovere da un rilievo di carattere preliminare.

Non v’è chi non veda, infatti, come la disposizione, nonostante esordisca ponendo l’accento sulla nullità delle clausole contrattuali, abbia, invero, la finalità di riconoscerne la validità a certe condizioni<sup>50</sup>. Essendo questo il senso della norma, ne consegue un’oggettiva difficoltà ad intraprenderne un’analisi in termini negativi, tentando cioè di stabilire quali clausole siano vietate. Per contro, stando alla lettera della legge, è possibile affermare che il legislatore abbia inteso sancire, in positivo, la disciplina di due distinte forme commissionali, fissando le condizioni della relativa validità negoziale.

<sup>49</sup>La notazione è di F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 82.

<sup>50</sup>Come rilevato da M. PORZIO, *Art. 120*, cit., p. 1012, contrariamente alle più diffuse scelte del TUB, ci si trova di fronte ad una determinazione diretta di limiti al contenuto contrattuale da parte della fonte primaria.

La prima parte del co. 1 si occupa di quella che viene ora ad essere espressamente denominata dalla stessa legge “*commissione di massimo scoperto*”: tale commissione è dovuta solo se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo pari o superiore a 30 giorni e può essere calcolata entro i limiti di utilizzo del fido (formalmente) accordato. In ragione di ciò, non sembra condivisibile il convincimento – diffuso tra i primi commentatori<sup>51</sup> – secondo cui il legislatore si sarebbe limitato ad operare una mera ricognizione della realtà esistente. Ci sembra, invece, che un qualche contenuto precettivo di carattere innovativo vi sia. Esso si snoda in due punti:

*i)* fissazione *ex lege* di un limite temporale minimo (30 giorni) di esposizione a debito per la corresponsione della CMS da parte del cliente;

*ii)* applicabilità della stessa solo a determinati contratti, riconducibili alla categoria dell’apertura di credito ed entro la somma messa a disposizione, non essendo più consentita sugli scoperti di conto corrente né sugli sconfinamenti eventualmente tollerati dalla banca oltre l’ammontare dell’affidamento.

Ciò che occorre rilevare, piuttosto, è che il legislatore – contrariamente a quanto poteva ragionevolmente attendersi – non ha provveduto a fornire una definizione di CMS. E se, come si è detto, la ragione dell’intervento legislativo è ravvisabile nell’obiettivo di dettare le condizioni di validità della commissione in parola, è ragionevole ritenere che la CMS di cui la disposizione in commento si occupa sia quella conosciuta nella prassi bancaria precedente, cioè l’onere determinato in misura percentuale dell’esposizione massima raggiunta dal cliente nel periodo di riferimento<sup>52</sup>. Di conseguenza, almeno per le banche, la disposizione un pregio ce l’ha: quello di superare il precedente orientamento della giurisprudenza, propenso all’abrogazione della CMS e comunque tendente a revocarne in dubbio la legittimità<sup>53</sup>. Difatti, l’espressa previsione normativa impedisce ora di poter considerare il relativo patto remunerativo radicalmente nullo per mancanza di causa, posto che la giustificazione causale è ora individuata *ex lege* nel senso di una remunerazione distinta da quella rappresentata dagli interessi passivi, e che, alle condizioni date, può legittimamente cumularsi a questi, venendo calcolata sul picco del credito effettivamente utilizzato dal cliente in un certo arco di tempo, purché non inferiore a 30 giorni e purché nei limiti dell’affidamento concesso<sup>54</sup>.

In base alle considerazioni ora svolte appare forse più agevole ragionare, su di un piano più generale ed al di là della contorta lettera della legge, intorno

<sup>51</sup>V. P. CRISTOFORRETTI, *La Commissione*, cit., p. 9; F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 83; e V. LENOCI, *La nuova disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi*, in *Giur. merito*, 2009, VI, p. 1508.

<sup>52</sup>In senso adesivo P. CRISTOFORRETTI, *La Commissione*, cit., p. 9.

<sup>53</sup>Cfr. ancora P. CRISTOFORRETTI, *La Commissione*, cit., p. 8, 9.

<sup>54</sup>Che l’intervento legislativo produca l’effetto di “sanare” la nullità della CMS è conclusione cui sono giunti tutti i primi commentatori. V., ad es., C. RUGGIERO, *La “nuova” commissione*, cit., p. 65; F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 84; V. LENOCI, *La nuova disciplina*, cit., p. 1508; M. BERNARDI, *Profili civilistici dell’usura nel contratto di mutuo e di apertura di conto corrente*, in *Riv. dir. banc.*, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), p. 20, ivi nota n. 46.

al senso ultimo dell'intervento del legislatore "anti-crisi". Secondo un'opinione che ci sembra condivisibile<sup>55</sup>, la norma appare la risultante del rapporto di forza fra sistema bancario e legislatore nel tentativo di ritrovare un equilibrio – nell'intricato intreccio di esigenze emerse nel precario quadro congiunturale di una crisi sistemica che ha interessato il mondo finanziario – fra l'esigenza di non pregiudicare la delicata funzione di intermediazione del credito, il dichiarato intento di dare sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa (a questi obiettivi erano rivolte le misure urgenti contenute nel d.l. n. 185/08) e la protezione del cliente bancario. L'impressione è che si abbia a che fare con una norma alla cui base è posta una scelta giuspolitica di carattere evidentemente compromissorio; il risultato è che la CMS, anziché essere vietata, è stata esplicitamente legittimata tramite la regolamentazione di alcuni suoi profili.

Così, con la previsione del requisito del saldo a debito per almeno 30 giorni, il legislatore ha inteso salvaguardare le momentanee esposizioni a debito, ma ha lasciato impregiudicato l'effetto di iniquità che la CMS produce su quelle posizioni che – con un debito moderato, ma continuo – presentino tuttavia accidentali punte di maggior debito. Il temperamento sarebbe risultato evidentemente più significativo se si fosse limitata l'applicabilità della CMS sull'ammontare di utilizzo massimo esposto a debito per almeno trenta giorni.

In secondo luogo, nel non consentire più l'operatività della CMS su gli scoperti di conto e sugli utilizzi oltre fido, il legislatore ha voluto ridurre l'incidenza di tale onere nella prassi, probabilmente con l'obiettivo di sollecitare le banche a ricondurre le remunerazioni su scoperti e sconfinamenti entro la componente di costo tipica per la concessione (anche di fatto) del credito, vale a dire il tasso di interesse, eventualmente maggiorato per compensare il maggior rischio<sup>56</sup>.

A questo punto occorre chiedersi se vi fosse davvero bisogno di una disciplina legislativa come quella introdotta. Considerato che la CMS, come si è detto, sarebbe stata messa al vaglio della selezione di mercato, in virtù degli accordi raggiunti tra l'AGCM e le banche, ci sentiamo di definire la scelta legislativa del tutto infelice, se non proprio inopportuna. Se si avvertiva come

<sup>55</sup>R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 18 ss.

<sup>56</sup>Così, P. CRISTOFORETTI, *La Commissione*, cit., p. 8. Anche se, come si dirà tra breve (v. *par.* 5), le banche non sembrano essersi orientate in tal senso, avendo piuttosto introdotto nuove condizioni economiche *ad hoc*, soprattutto per i casi di scoperti transitori di conto. Il legislatore non si è, invece, occupato di un altro aspetto problematico emerso nella pratica, vale a dire l'anatocismo sulla CMS. Tuttavia non sembrano sussistere soverchie difficoltà nell'abbozzare una soluzione a tale ultimo problema. Infatti, se a seguito dell'avvento del d.l. n. 185/08, come si è detto, la CMS non può più considerarsi — a differenza di quanto dottrina e giurisprudenza tendevano a fare in precedenza — alla stregua né di un interesse né di un accessorio dell'interesse, costituendo voce di costo autonoma nell'ambito del contratto di finanziamento, va da sé che a venir meno sia anche la possibilità di capitalizzazione delle somme dovute a tale titolo. L'art. 1283 cod. civ., secondo pacifica giurisprudenza, è norma di portata eccezionale, applicabile solo alle obbligazioni di interessi e non estensibile ad altre specie di obbligazioni pecuniarie (Cass., 17 maggio 1966, n. 1262; Cass. S.U., 10 dicembre 1984, n. 6476). Pertanto, l'eventuale computo della CMS come componente del debito soggetto a capitalizzazione sarebbe privo di giustificazione causale (Trib. Monza, 12 dicembre 2005, cit.; Trib. Firenze, 17 febbraio 2004).



imprescindibile la necessità di intervenire, allora, si sarebbe dovuto tener conto dei dubbi, delle perplessità che la prassi della CMS aveva prodotto; dell’orientamento della giurisprudenza, che dichiarava di far fatica a rintracciare una valida ragione a sostegno di una remunerazione ulteriore sul credito erogato; delle manifestazioni di intenti degli stessi esponenti del mondo bancario, che parevano disposti a chiudere il capitolo CMS; e, tutto ciò considerato, si sarebbe dovuto vietare *tout court* la CMS, consentendo alle banche di praticare solamente forme di commissioni d’affidamento, predeterminate in ragione dell’importo e della durata del fido accordato<sup>57</sup>. Di fronte alla scelta compiuta dal legislatore, invece, si fa fatica a non condividere l’insoddisfazione di chi rileva come, “[l]ungi dal portare chiarezza e trasparenza nel dipanare le annose diatribe dei rapporti pregressi”, il provvedimento abbia l’effetto di introdurre un nuovo assetto regolamentare grazie al quale “la prassi delle Commissioni sul massimo scoperto, a cui non corrisponde alcun sostanziale servizio che ne giustifichi la significativa incidenza sul costo del credito [...] e che consente alle banche di drenare dai conti dei clienti ingenti risorse economiche, viene consentita e, con un passaggio di legge, diviene legittima e non più censurabile dalla Magistratura”<sup>58</sup>, con la memoria che corre alle note vicende che hanno interessato, negli anni passati, le clausole anatocistiche.

Tuttavia, deve essere rilevato che, in certa misura, le CMS sono uscite di scena. Infatti, avendo probabilmente calcolato di dover soffrire una diseconomia in caso di perpetuata applicazione della CMS secondo i requisiti ora imposti per legge, il sistema bancario ha reagito deliberandone l’eliminazione dai contratti<sup>59</sup>, per ritornare alla “vecchia” provvigione d’affidamento, alla quale è ora dedicata la “nuova” disciplina introdotta nella seconda parte del

<sup>57</sup>Le quali si lasciano preferire anche per precise ragioni tecniche. Partendo dall’assunto che la banca deve senza alcun dubbio trovare remunerazione per il margine di liquidità messo a disposizione del cliente, ciò che occorre valutare è la distribuzione tra le parti del rischio derivante da scostamenti nell’utilizzo del credito rispetto alle previsioni. Tramite l’applicazione della CMS è il cliente a sopportare il rischio di un utilizzo del credito superiore rispetto alle previsioni medie, sostenendo, *ex post*, cioè quando la necessità del maggiore utilizzo si realizza, un onere che, in termini di costo complessivo del finanziamento, come già si è detto, è tanto maggiore quanto maggiore è lo scostamento tra utilizzo massimo ed utilizzo medio. Con la commissione commisurata all’accordato, invece, il cliente, a fronte del pagamento di una commissione determinata *ex ante*, trasferisce quel rischio alla banca, la quale, per sua natura, è soggetto meglio attrezzato a sopportarlo, così come è soggetto adeguatamente attrezzato a prevedere il costo aggiuntivo del *funding* per il caso di un utilizzo del credito superiore alle previsioni, o del minor ricavo derivante da un utilizzo del credito inferiore al previsto. Ne deriverebbe, inoltre, un incentivo per entrambe le parti, in sede di negoziazione, a rivalutare l’entità del credito accordato — spesso eccessivo rispetto al *quantum* utilizzato, secondo un rapporto che si aggira intorno al 45% —, con un beneficio complessivo in termini di maggiore efficienza dell’intermediazione creditizia. In argomento, cfr. M.L. DI BATTISTA, *Quella commissione*, cit., p. 2. Insomma, esisteva più di una ragione per procedere imperativamente nel senso indicato del testo e, considerata anche l’esperienza pregressa, una tale scelta sarebbe risultata quantomeno ragionevole, sicuramente più ragionevole di quella poi effettivamente compiuta. Anzi, su tale questione di fondo, in realtà, può dirsi che il legislatore non abbia assunto alcuna decisione. Infatti, la diatriba se commisurare la commissione al fido concesso ovvero all’ammontare massimo di utilizzo è stata superata contemplando entrambe le possibilità. Ne diremo subito *infra*, esaminando la seconda parte del co. 1 dell’art. 2-bis.

<sup>58</sup>In questi termini, R. MARCELLI, *Dopo l’anatocismo*, cit., p. 18, 19.

<sup>59</sup>Attraverso l’esercizio dello *ius variandi* di cui all’art. 118 TUB, peraltro espressamente richiamato dal co. 3 dell’art. 2-bis d.l. n. 185/08, il quale imponeva alle banche di adeguare alla nuova normativa i contratti già in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione entro 150 giorni dalla data medesima.

co. 1 dell'art. 2-bis, che vi si riferisce indicandola come “*corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme*”.

Per la prima volta, dunque, compare nel diritto positivo una disciplina del corrispettivo per la prestazione con cui la banca si obbliga a tener a disposizione del cliente una somma di denaro, ossia per la prestazione tipica del contratto di apertura di credito<sup>60</sup>. Rispetto a questa figura commissionale l'obiettivo del legislatore sembra essere stato quello di accentuare, rispetto alla disciplina del TUB, gli obblighi di pubblicità e comunicazione, al cui rispetto ha condizionato la validità del relativo patto remunerativo. Infatti, anche tali clausole, comunque denominate, sono sanzionate con la nullità, salvo che il corrispettivo per la messa a disposizione delle somme sia:

*i) Predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate*: dunque, tale corrispettivo dovrà essere indicato nel contratto assieme al tasso d'interesse sugli importi utilizzati, per consentire al cliente di avere percezione delle diverse voci di costo del finanziamento.

*ii) Oggetto di patto scritto non rinnovabile tacitamente*: posto che l'obbligo di forma scritta è già previsto dal TUB, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto derogare all'art. 117, co. 7, dello stesso testo unico, con la conseguenza di rendere inefficace il rinvio alle condizioni ivi richiamate, in assenza della “speciale” forma scritta stabilita per la pattuizione del corrispettivo per la messa a disposizione delle somme. Quanto alla non rinnovabilità tacita del patto, invece, può ritenersi che in questa sua parte la disposizione si riferisca ad aperture di credito contratte a tempo determinato, cosicché all'eventuale rinnovo tacito del contratto dovrà accompagnarsi una nuova pattuizione scritta del corrispettivo in parola, che altrimenti non sarà più dovuto<sup>61</sup>. Ed, anche in questo caso, pare doversi escludere – poiché si eluderebbe il senso della nuova disciplina, penalizzando di fatto il cliente – la possibilità di ritenere applicabili le condizioni economiche richiamate dell'art. 117, co. 7, TUB. Infatti, imporre la rinnovazione scritta della pattuizione in occasione di ogni rinnovo, anche tacito, del fido in scadenza sembra misura concepita, in ultima analisi, per favorire la rinegoziazione del costo del servizio, con l'obiettivo di stimolare la banca ad un atteggiamento propositivo e non meramente attendista.

*iii) Determinato in misura onnicomprensiva*: il corrispettivo dovrà, pertanto, assorbire tutte quelle voci di spesa, comunque denominate (ad es., spese di istruttoria, oneri di revisione, diritti di segreteria, etc.), connesse all'apertura di credito, che non siano riconducibili al tasso d'interesse o alla “nuova” CMS.

*iv) Determinato in misura proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente*: il corrispettivo dovrà essere calcolato in misura percentuale o comunque proporzionale (ad es., entro limiti minimi e massimi

<sup>60</sup> Analoga lettura della disposizione in P. CRISTOFORETTI, *La Commissione*, cit., p. 10; e F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 84.

<sup>61</sup> Cfr. P. CRISTOFORETTI, *La Commissione*, cit., p. 11. Adde, V. LENOCI, *La nuova disciplina*, cit., p. 1509.

per scaglioni d'importo) al credito accordato; esso dovrebbe, inoltre, essere addebitato periodicamente, in relazione alla durata dell'affidamento ed alle sue eventuali chiusure periodiche, evitando di praticare l'imputazione di un'unica soluzione annuale. Per questa via, l'eventuale cessazione anticipata del contratto (ad es., per recesso di una delle parti) non darebbe diritto alla banca di addebitare la commissione per la residua parte dell'anno.

È poi prescritto che il corrispettivo in questione debba essere *evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale, con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo*. Si vuole così assicurare al cliente la possibilità di aver periodicamente conto della effettiva fruizione delle somme accordategli, al fine dell'eventuale assunzione di scelte negoziali in ordine a richieste di riduzione o di aumento del fido, ove ritenuto incongruo rispetto alle proprie esigenze.

È fatta salva, infine, la *facoltà di recesso del cliente in ogni momento*<sup>62</sup>.

A pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore della disciplina ora descritta, si è registrato un ulteriore intervento legislativo sul tema. L'art. 2, co. 2, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78<sup>63</sup>, *“allo scopo di accelerare e rendere effettivi i benefici derivanti dal divieto*<sup>64</sup> *della Commissione di Massimo Scoperto”*, ha aggiunto all'ultimo periodo del co. 1 dell'art. 2-bis l. n. 2/09, la previsione secondo cui *“l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5%, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione”*<sup>65</sup>.

**5.** Come già accennato, le banche hanno tentato di neutralizzare gli effetti derivanti dal più esiguo ambito di applicazione entro cui la nuova normativa ha costretto la CMS, tramite l'introduzione, in luogo di essa, di nuove strutture

<sup>62</sup>La previsione ricalca l'art. 10, co. 2, della l. n. 248/06 (di conversione del c.d. primo decreto Bersani), rispetto alla cui portata applicativa sono sorti dubbi notevoli, anche se, stando all'interpretazione ministeriale (v. i *Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della legge 4 agosto 2006, n. 248*, resi dalla Direzione Generale per l'Armonizzazione del Mercato e la Tutela dei consumatori del Ministero dello Sviluppo Economico il 21 febbraio 2007), essa troverebbe applicazione nei contratti a tempo indeterminato o, comunque, ad esecuzione continuata o periodica, tra i quali rientra anche l'apertura di credito. La disposizione dell'art. 2-bis, l. n. 2/09, ad ogni modo, limitatamente alle aperture di credito a tempo determinato integra la disciplina dell'art. 1845 cod. civ. in tema di recesso dal contratto. Su tali argomenti cfr., *amplius*, F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 50 ss., 85.

<sup>63</sup>Convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102.

<sup>64</sup>Anche se, come si è visto, un divieto non v'è, se non per i conti non affidati. Coglie probabilmente nel vero M. PORZIO, *Art. 120*, cit., p. 1011, nel rilevare come vi sia stata evidente demagogia nell'operato del legislatore, il quale, anche tramite il modo in cui ha formulato l'art. 2-bis d.l. n. 185/08, ponendo l'accento sulla nullità delle clausole, ha voluto far credere di aver abolito la CMS.

<sup>65</sup>La disposizione prevede, inoltre, che il Ministro dell'economia e delle finanze debba esercitare, mediante propri provvedimenti, la vigilanza ai fini dell'osservanza di tali prescrizioni. A qualcuno (cfr. F. MAZZINI, *Contratti*, cit., p. 85) questo è sembrato un vero “strappo” ai principi che presidono l'assetto dei controlli previsto nell'ordinamento di settore, considerato che, a norma dell'art. 128 TUB, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni che riguardano la trasparenza delle condizioni contrattuali nel rapporto tra banca e clienti è di competenza generale della Banca d'Italia. Non sembra invece possibile condividere l'opinione di M. PORZIO, *Art. 120*, cit., p. 1012, secondo cui il limite dello 0,50% introdotto dal d.l. n. 78/09 dovrebbe essere riferito ad entrambe le tipologie di commissioni disciplinate dall'art. 2-bis, quindi anche alla CMS. La lettera della legge è esplicita nel disporre il contrario.

di prezzo che, nella gran parte dei casi, sono risultate nettamente peggiorative per i clienti. È quanto si evince dalla comunicazione inviata dall'AGCM<sup>66</sup> al Governo, al Parlamento ed alla Banca d'Italia per segnalare i dati riscontrati dalla stessa Autorità in relazione alle condizioni applicate da sette istituti bancari (e dalle banche dei rispettivi gruppi) dopo l'entrata in vigore della l. n. 2/09.

Secondo l'AGCM, tali determinazioni sarebbero state conseguenti a profili di interpretazione asseritamente dubbia delle nuove disposizioni normative che avrebbero reso maggiormente complessa l'applicazione della CMS. Di qui la ricerca di nuove strutture di prezzo da parte delle banche, volte per lo più a remunerare l'impegno di messa a disposizione delle somme a favore del cliente ed a compensare l'attività istruttoria necessaria per valutare l'affidabilità del cliente stesso in caso di richieste di credito improvvise e di maggiore entità.

Più in dettaglio, dall'analisi dell'Autorità *antitrust* – che la stessa indica come rappresentativa dell'intero sistema bancario, avendo avuto ad oggetto le condizioni economiche praticate dai maggiori operatori del settore – si ricava che:

*i)* per i *conti affidati* si è registrato un sostanziale peggioramento rispetto all'applicazione della CMS fino all'avvento del d.l. n. 78/09, il quale, come si è detto, ha ricondotto la commissione per il servizio di messa a disposizione delle somme entro la misura dello 0,50%, per trimestre, dell'importo affidato. Tale disposizione ha fatto in modo che venissero ridotte le commissioni in questione, fino a quel momento applicate per aliquote comprese tra lo 0,90% e l'1,50% trimestrale, ovvero tra il 3,60% ed il 6% annuo. Dette aliquote risultavano sempre peggiorative rispetto alla CMS per gli utilizzi entro fido, mentre nei casi di sconfinamento le nuove commissioni risultavano più vantaggiose, penalizzando in questo modo i clienti più virtuosi. Le nuove commissioni, inoltre, presentavano una struttura regressiva, risultando mediamente più alte per i clienti che avevano affidamenti minori, con aliquote che crescevano a fronte del decrescere dell'importo del fido concesso. Prassi incomprensibile, posto che la *ratio* delle nuove commissioni era quella di accordare alla banca una remunerazione determinata in ragione della somma messa a disposizione del cliente e della durata del relativo impegno. Per effetto del d.l. n. 78/09, tale regime è stato modificato e le nuove strutture commissionali sono state rese più vantaggiose rispetto alla precedente applicazione della CMS, ma ciò solamente a partire da un ammontare di utilizzo del credito concesso superiore a circa la metà.

*ii)* per gli *scoperti su conti non affidati* si è verificato un generalizzato innalzamento dei costi per i clienti. Le nuove condizioni economiche praticate

---

<sup>66</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AS647 — *Commissioni sugli affidamenti e sugli scoperti di conto corrente*, 29 dicembre 2009.

dalle banche assumono modalità di calcolo differenti a seconda dell'istituto considerato, secondo le seguenti principali tipologie:

- forme di addebito forfetario applicate giornalmente al verificarsi di un importo minimo di scoperto, che prevedono un tetto massimo di addebito trimestrale;
- forme di addebito forfetario applicate a scaglioni di importo del saldo debitore registrato, che prevedono un tetto massimo di addebito;
- forme di addebito forfetario fisse applicate al verificarsi di un importo minimo di scoperto e di un determinato periodo di permanenza del saldo debitore, che prevedono un tetto massimo di addebito trimestrale;
- forme di addebito forfetario fisse;
- forme di addebito forfetario fisse applicate giornalmente.

In generale, considerando importi e durate di permanenza dello scoperto rappresentativi di un comportamento medio dei correntisti non affidati, le nuove condizioni economiche si presentano, rispetto alla CMS, in cinque casi peggiorative, in un caso sostanzialmente equivalenti ed in uno soltanto, invece, più vantaggiose. Nei casi in cui si registrano risultati peggiorativi, il riscontro è un aumento dell'importo di tali condizioni economiche in una misura che varia da circa il doppio sino a quindici volte.

Questi, dunque, i rilievi dell'AGCM, con un conclusivo invito al legislatore per l'adozione di provvedimenti in grado di ovviare alle criticità evidenziate.

La materia è stata oggetto di attenzione anche da parte della Banca d'Italia<sup>67</sup>, la quale, nel settembre 2009, ha svolto una rilevazione presso il sistema bancario con l'obiettivo di verificare le tipologie di commissioni applicate in sostituzione della CMS e compararne, anche in questo caso, l'onerosità con le condizioni economiche praticate prima della l. n. 2/09. Secondo la Banca d'Italia, nel complesso, l'onerosità delle commissioni sarebbe diminuita, con una flessione media del 41% per gli affidamenti e del 35% per gli scoperti. Tuttavia, a detta della stessa Autorità<sup>68</sup>, tale dato medio sintetizza situazioni molto differenziate tra loro, soprattutto nel caso degli scoperti di conto. Anzi, si afferma espressamente che le conclusioni molto severe cui è giunta l'AGCM poggiano su risultati che non sono affatto incompatibili con quelli dell'indagine della stessa Banca d'Italia. Le differenze deriverebbero solamente dal fatto che l'analisi condotta da quest'ultima Autorità ha tenuto conto di un numero più elevato di scenari di utilizzo del conto, differenziati per l'importo del credito

---

<sup>67</sup>Cfr. Banca d'Italia (2010), *Risultati della rilevazione sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto*.

<sup>68</sup>Cfr. Banca d'Italia, *Indagine conoscitiva*, cit., p. 11.

concesso, per il numero di operazioni a debito e per i giorni di utilizzo, in modo da riflettere l'operatività di differenti fasce di clientela.

Ad ogni modo, l'elemento di maggiore preoccupazione palesato dalla Banca d'Italia consiste nella complessità e nella eterogeneità delle nuove commissioni introdotte sugli scoperti di conto in sostituzione della CMS. Le nuove commissioni, caratterizzate da strutture che spesso differiscono sensibilmente tra banca e banca, non hanno apportato miglioramenti sul fronte della chiarezza e della confrontabilità dei costi dello scoperto. L'entrata in vigore della l. n. 2/09 non ha alleviato le difficoltà che la clientela incontra nel comparare le offerte presenti sul mercato; di conseguenza, la competizione tra intermediari non si è rafforzata e non vengono premiati gli operatori che offrono le condizioni più convenienti<sup>69</sup>.

**6.** Siamo così giunti all'ultima tappa della recente e turbolenta storia delle commissioni bancarie (*CMS et similia*), vale a dire alle due *class action* proposte – nei giorni immediatamente successivi alle rilevazioni dell'AGCM, e sulla scorta di esse – dal CODACONS contro Intesa SanPaolo ed Unicredit Banca di Roma, in forza del mandato ad esso conferito ai sensi dell'art. 140-bis, co. 1, Cod. cons. Le commissioni introdotte dalle due grandi banche a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 2/09 sono state, infatti, investite dell'"onore" di costituire oggetto dell'azione collettiva risarcitoria al suo debutto assoluto in Italia.

Peraltro, la prima azione è già giunta ad un primo epilogo, avendone il Tribunale di Torino – con l'ordinanza del 27 maggio 2010 – dichiarato l'inammissibilità per carenza di interesse ad agire in capo all'attore<sup>70</sup>. Ciò nonostante,

---

<sup>69</sup>L'analisi della Banca d'Italia, tuttavia, si conclude nel senso di ritenere insufficiente un intervento sul solo fronte della trasparenza. Di fronte a strutture commissionali definite "barocche" e molto diversificate tra banche, nessuna misura di trasparenza — per quanto incisiva — può permettere una valutazione chiara e confrontabile dei costi. In una proposta trasmessa al Ministero dell'Economia, l'Autorità di vigilanza suggerisce di intervenire, anzitutto, sulla tipologia stessa delle commissioni: vietare radicalmente, anche per gli affidamenti, la CMS e consentire la sola applicazione della commissione per la messa a disposizione dei fondi, onnicomprensiva e proporzionale; per gli utilizzi extrafido e per gli scoperti di conto, consentire solamente l'applicazione di una commissione determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, con la funzione di compensare le banche delle spese di istruttoria veloce connesse con queste operazioni. L'obiettivo di fondo da realizzare è quello di una effettiva semplificazione degli oneri per la clientela, eliminando la possibilità per le banche di applicare una pluralità di voci di costo opache e poco comprensibili. Occorre agire sulla struttura dei prezzi, non sui loro livelli. Le misure proposte, accompagnate da adeguate prescrizioni di trasparenza, dovrebbero favorire il pieno dispiegarsi della concorrenza. Inoltre, come già accade in altri paesi, commissioni meno onerose imporranno maggiore disciplina alla clientela, poiché le banche saranno meno propense a consentire sconfinamenti e scoperti di conto. L'innesco di un efficiente ciclo concorrenziale dovrebbe, infine, consentire di superare nel medio termine anche il tetto fissato dalla legge al corrispettivo per la messa a disposizione dei fondi.

<sup>70</sup>La decisione è dipesa dalla circostanza che le condizioni economiche introdotte dalla banca convenuta in sostituzione della "vecchia" CMS (*infra*, nel testo) — di cui si domandava dichiaratoria di nullità, con condanna alle conseguenti restituzioni — di fatto sono risultate non essere mai state applicate all'attore. Il Tribunale ha affermato che l'azione di classe prevista dall'art. 140-bis Cod. cons., volta a tutelare diritti individuali omogenei di consumatori ed utenti, è strutturata in modo tale che il soggetto che assume l'iniziativa rivesta la qualità di parte processuale, mentre coloro che vi aderiscono ai sensi del co. 3 ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte, essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di

il giudice non ha mancato di fornire una prima ricostruzione della disciplina introdotta dai provvedimenti “anti-crisi”, confermando alcuni dei ragionamenti da noi svolti nelle pagine precedenti.

Le condizioni economiche giunte all’attenzione del giudice torinese consistevano:

*i)* nella *commissione per scoperto di conto* (CSC), introdotta dalla banca convenuta in relazione ai conti non affidati, nella misura di 2 euro per ogni giorno in cui si verifici sul conto un saldo debitore (scoperto) e per ogni 1000 euro di saldo debitore, fino ad un massimo di 100 euro per trimestre;

*ii)* nel *tasso debitore di utilizzo oltre fido* (TUOF), applicato nella misura del 12,5% nei casi in cui sul conto corrente assistito da apertura di credito si determini un saldo debitore superiore all’importo dell’apertura di credito stessa, e per il numero di giorni in cui si protragga lo sconfinamento.

Riguardo alla CSC, l’attore – titolare di un’apertura di credito in conto corrente presso la banca convenuta – ne sosteneva l’illegittimità per asserito contrasto con la disciplina imperativa introdotta dall’art. 2-bis d.l. n. 185/08. A suo dire, l’illegittimità sarebbe derivata dal fatto che detta commissione veniva applicata immediatamente al realizzarsi dello scoperto di conto, in violazione, dunque, alla disciplina di legge che richiede la sussistenza di un saldo a debito del cliente per un periodo continuativo non inferiore a 30 giorni. La CSC non era altro – si concludeva – che la vecchia CMS, cui la banca aveva cambiato nome, ma non disciplina. La convenuta replicava che la CMS era stata del tutto eliminata dai rapporti con la clientela, sottolineando – nell’evidente preoccupazione che la commissione in parola potesse essere ritenuta priva di causa, in quanto dovuta in aggiunta alla remunerazione percepita tramite la corresponsione degli interessi passivi – che la CSC trovava la propria ragion d’essere nell’esigenza di compensare i rischi e gli oneri di gestione cui la banca va incontro nel far fronte e nel monitorare gli scoperti in assenza di affidamento, specie per quelli che si protraggono nel tempo.

Per quanto concerne il TUOF, invece, la doglianza dell’attore consisteva nel fatto che tale tasso, determinato in misura superiore dello 0,5% rispetto a quella del tasso previsto per gli utilizzi entro fido, venisse applicato, in caso di sconfinamento, sull’intero importo del saldo debitore e non soltanto sull’importo utilizzato oltre l’ammontare dell’apertura di credito. La banca si difendeva

---

impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti. Ne deriva che l’attore per essere legittimato ad agire “*deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe*”; la legittimazione attiva “*non sussiste [solamente] perché il proponente intende rappresentare gli interessi della classe, ma perché il suo interesse coincide con quello della classe essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe*”. L’azione promossa dall’attore “*prima di essere collettiva deve avere i requisiti previsti per tutte le azioni individuali*”, tra cui, anzitutto, un concreto ed attuale interesse ad agire, il che non era nel caso di specie in quanto il proponente non risultava aver sofferto alcun pregiudizio da una disciplina contrattuale mai applicata al rapporto intrattenuto con la banca convenuta. In argomento ci permettiamo di rinviare al breve articolo di G. ROMANO, *Si è arenata la prima class action made in Italy: “manca l’interesse ad agire”*, in <http://ceradi.fondazioneiei.eu/>, ove può leggersi il testo integrale dell’ordinanza.

sostenendo che dalla l. n. 2/09 nessuna limitazione derivava alla remunerazione del credito bancario tramite l'applicazione degli interessi debitori, nel cui ambito rientrava la disciplina del TUOF, la cui applicazione comunque dipendeva sia dall'effettivo utilizzo dei fondi che dalla durata dell'utilizzo stesso, sì che esso non era interessato dalle prescrizioni dell'ultima parte dell'art. 2-bis, co. 1.

Nella sua decisione il Tribunale muove, innanzitutto, col rilevare come il legislatore, nel dettare le condizioni di validità della CMS, abbia mancato di definirne il contenuto ed, al fine di colmare la lacuna – dopo aver richiamato il precedente dibattito di dottrina e giurisprudenza sul punto – procede facendo riferimento alla CMS usualmente praticata nella prassi bancaria precedente<sup>71</sup>, secondo la definizione che ne era stata data dalla Banca d'Italia<sup>72</sup>. Pertanto, il Tribunale ritiene che la CMS di cui alla prima parte del co. 1 dell'art. 2-bis l. 2/09 sia il compenso dovuto dal cliente per remunerare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo del credito; compenso che viene calcolato in misura percentuale secca sul massimo saldo debitore registrato nel periodo di riferimento, quale che sia stata la durata dell'utilizzo. In ragione di ciò, contrariamente a quanto sostenuto dall'attore, il convincimento del giudice è nel senso che *“le nuove commissioni o compensi introdotti dalla convenuta in sostituzione della commissione di massimo scoperto, non costituiscono una modifica soltanto terminologica della disciplina contrattuale [...] perché essi non si applicano sul saldo massimo debitore in misura percentuale secca”*. Escluso, dunque, che le due nuove forme di compenso applicate dalla banca rientrino nell'ambito della disciplina della CMS, il Tribunale procede a ricostruire la disciplina dettata dalla restante parte dell'art. 2-bis in relazione alla remunerazione per il servizio di messa a disposizione dei fondi, sembrando propenso ad accogliere le difese della banca convenuta in ordine alla estraneità delle relative prescrizioni rispetto alle condizioni economiche da essa praticate, essendo quest'ultime dipendenti nella loro applicazione tanto dall'effettivo utilizzo delle somme, quanto dalla durata di esso<sup>73</sup>.

L'impianto argomentativo dell'ordinanza sembra confermare l'impressione che abbiamo manifestato in sede di interpretazione della disciplina introdotta col decreto “anti-crisi”, e cioè che l'art. 2-bis di quel decreto altro non faccia se non dettare la disciplina – *sub specie* di condizioni di validità – di due ben

---

<sup>71</sup>Confermando, dunque, la soluzione da noi proposta in sede di esegesi della nuova disciplina di legge (*par. 4*).

<sup>72</sup>Di cui abbiamo detto nel *par. 3*.

<sup>73</sup>Almeno così ci pare, poiché su quest'ultimo aspetto il procedere della motivazione si fa più articolato. Il Tribunale, in verità, non si pronuncia espressamente nel merito della questione, alla quale accenna principalmente al fine di chiarire l'oggetto del contendere e, dopo aver richiamato le suindicate difese della parte convenuta, ed in base alle risultanze degli atti di causa — che lasciavano emergere come né la CSC né il TUOF fossero mai stati applicati dalla banca in relazione rapporto contrattuale intrattenuto con l'attore —, procede a dichiarare l'inammissibilità dell'azione per carenza di interesse ad agire da parte di questi.



definiti tipi commissionali, la CMS e la provvigione d'affidamento indipendente dall'utilizzo delle somme messe a disposizione. Pertanto, la disposizione – sebbene possa sembrare intenzionata a colpire con la nullità tutte le clausole diverse da quelle ivi espressamente menzionate – non consente, in verità, di individuare fattispecie diverse da queste che siano state rese destinatarie di un assoluto divieto di legge; essa non implica affatto l'impossibilità per le banche di ricorrere all'applicazione di ulteriori e differenti strutture di prezzo<sup>74</sup>, le quali – di fatto – rimangono al di fuori di ogni regolamentazione. In conclusione, la portata imperativa della norma è ben più limitata di quanto non sembri a prima vista; l'intervento del legislatore ha carattere molto meno dirigistico di quel che potrebbe credersi, poiché, invero, lascia ampio spazio all'autonomia degli istituti di credito nel conformare le commissioni richieste alla clientela in occasione della concessione (anche di fatto) del credito.

Per cui, di nuovo: v'era davvero bisogno di una norma di questo tipo? Richiamando i dati emersi dalle rilevazioni dell'AGCM e della Banca d'Italia, sembra proprio che i risultati negativi prodottisi sul piano della trasparenza e della comprensibilità, ma anche sul peso specifico proprio delle commissioni bancarie sul costo del credito, abbiano superato di gran lunga gli effetti positivi che (forse) ci si aspettava di garantire tramite una previsione che, ad ogni modo, appare il frutto di una scelta scarsamente (o malamente) ponderata rispetto a quello che era lo scenario su cui essa doveva andare ad incidere.

7. Abbiamo già accennato<sup>75</sup> al fatto che la CMS, sebbene oggetto di segnalazione alla Banca d'Italia, non rilevava ai fini della determinazione del tasso-soglia previsto dalla legge sull'usura<sup>76</sup>. Tra gli obiettivi del decreto “anti-crisi” sembra esservi stato anche quello di mutare questo stato di cose<sup>77</sup>.

La materia, per la sua notevole rilevanza, meriterebbe un serio approfondimento.

---

<sup>74</sup>Contrariamente a quanto da taluno pure sostenuto: cfr. C. RUGGIERO, *La “nuova” commissione*, cit., p. 62.

<sup>75</sup>V. nota n. 24

<sup>76</sup>Il modo in cui è stato gestito dalla Banca d'Italia il rapporto tra CMS ed usura, con la scelta di non includere la commissione nella determinazione del TEGM, ha incontrato una critica piuttosto estesa in dottrina, oltre ad aver suscitato forte attenzione da parte degli organi di stampa e del Parlamento. Riferimenti in P. DAGNA, *Esclusione dell'eccezione*, cit., p. 229, ivi alla nota n. 61. Una chiara ricostruzione delle scelte tecniche compiute dalla Banca d'Italia è operata da M. DE POLI, *Costo del denaro*, cit., p. 355 ss. La situazione era tutt'altro che prossima ad accettabili *standard* di certezza del diritto. Basti considerare che, sconfessando le istruzioni della Banca d'Italia, alcune pronunce penali di merito hanno qualificato la CMS come uno degli elementi che determinano il costo effettivo del finanziamento, ritenendola determinante ai fini della configurazione del reato di usura pecuniaria. Così Trib. Palmi, 8 novembre 2007. Questa soluzione è stata successivamente affermata anche in sede di legittimità da Cass. pen., 19 febbraio 2010, n. 262, con nota di R. MARCELLI, *Le commissioni di massimo scoperto e le soglie d'usura. La Cassazione penale ridimensiona la Banca d'Italia*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), *passim*.

<sup>77</sup>Ora è l'art. 2-bis, co. 2, del d.l. n. 185/09 a stabilire espressamente che “*Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 del codice civile, dell'art. 644 del codice penale e degli artt. 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108.*”

dimento che in questa sede, tuttavia, non è possibile. Ci limitiamo, pertanto, ad evidenziare alcuni profili di problematicità che emergono dal nuovo quadro normativo.

Anzitutto, il riferimento alla “*effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi*” sembrerebbe comportare che la disposizione si applichi solamente alla CMS cui si riferisce la prima parte del co. 1 e non anche alla provvigione d'affidamento, cioè alla remunerazione per la messa a disposizione dei fondi di cui si occupa la seconda parte dello stesso co. 1<sup>78</sup>. Se così fosse, si tratterebbe di scelta difficilmente giustificabile ed in netto contrasto con la lettera e con lo spirito della legge sull'usura<sup>79</sup>, la quale impone di tener conto delle commissioni, delle remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese collegate all'erogazione del credito, escludendo solamente ciò che non rappresenta una remunerazione per la banca (imposte e tasse). Peraltro, occorre sottolineare come la dottrina avesse riscontrato oggettive difficoltà nel calcolare la CMS a questi fini<sup>80</sup>. In effetti, se il rilevamento a posteriori delle commissioni applicate è operazione che non crea difficoltà; arduo è, invece, ipotizzare la calcolabilità a priori del superamento del tasso-soglia al momento della conclusione del singolo contratto. Per vero, tali difficoltà, che appaiono difficilmente superabili per la CMS, in quanto calcolata sull'utilizzo massimo trimestrale, non sussistono, viceversa, per la commissione calcolata sulla disponibilità accordata, che è determinabile già al momento della stipula del contratto. Ma, come si è appena detto, il legislatore sembra aver escluso la rilevanza di questo tipo commissionale ai fini della determinazione del tasso-soglia usurario, il che è un altro dato che può forse contribuire a spiegare la scomparsa, dopo l'entrata in vigore della l. n. 2/09, delle CMS dai contratti bancari ed il ritorno del sistema bancario alla applicazione di forme di remunerazione della messa a disposizione delle somme.

---

<sup>78</sup>Il dubbio è diffuso tra i commentatori: cfr. R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo*, cit., p. 21.; M. BERNARDI, *Profili civilistici*, cit., p. 20, nota n. 48; M. PORZIO, *Art. 120*, cit., p. 1013; C. RUGGIERO, *La “nuova” commissione*, cit., p. 63.

<sup>79</sup>Così, condivisibilmente, M. PORZIO, *Art. 120*, cit., p. 1013.

<sup>80</sup>Sul punto v., per tutti, l'approfondita analisi di P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo*, cit., p. 681 ss.