

**COMMENTI ALLE «DISPOSIZIONI APPLICATIVE» DELL'ART. 117-BIS TUB
PROPOSTE DALLA BANCA D'ITALIA**

ALDO ANGELO DOLMETTA

Le presenti note si riferiscono al «documento per la consultazione» elaborato dalla Banca d'Italia ai fini dell'adozione da parte del CICR delle «disposizioni applicative» delle regole contenute nell'art. 117-*bis* TUB (come pure riflesse nell'art. 27-*bis* decreto legge n.1/2012, secondo la versione assunta per effetto della legge n. 62/2012, e completate dall'art. 1 della detta legge n. 62/2012, nonché dall'art. 27 sempre del decreto legge n. 1/2012, quale modificato dalla legge n. 27/2012) e dall'Autorità poi reso pubblico nel corso del mese di maggio (www.bancaditalia.it – Ricerca: 117-bis – Documento per la consultazione). Esse si inseriscono nella procedura di consultazione pubblica di tale documento dalla medesima Banca d'Italia avviata a norma dell'art. 4 del Regolamento «recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria», ai sensi dell'art. 23 della legge sul risparmio.

Com'è naturale, si tratta di osservazioni di taglio assai sparso e senza pretese di un qualche tipo di completezza. Tutte, peraltro, muovono dalla preoccupazione che l'elaborato proposto dall'Autorità possa – in ragione di certe sue peculiari previsioni ovvero pure per taluni suoi silenzi – dare adito a letture operative non conformi ai dettami espressi dall'accennato blocco legislativo. Con tutte le prevedibili conseguenze negative che una simile situazione è idonea comportare: così in termini di esercizio della funzione imprenditoriale di *compliance*; e così anche per l'incremento del rischio di decisioni difformi (dalla prassi bancaria, in quanto appunto non corretta) da parte della autorità giudiziaria - ovvero, o pure, dai paragiudici dell'ABF -, che ne viene a derivare.

* * *

Ambiguità della norma dell'art. 2, comma 2 (: «le commissioni applicate a linee di credito ... sono disciplinate dall'art. 117-bis del TUB, dall'art. 27-bis, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, e dalla presente deliberazione solo quando riguardano i servizi indicati al comma 1»), in relazione all'art. 2, comma 1, lett. a (: «alle aperture di credito») e all'art. 1, lett. a. (: «definizioni»; «... “apertura di credito”: il contratto previsto dall'art. 1842 del codice civile»)

In effetti, la costruzione normativa appena indicata sembra aprire l'eventualità anche di letture operative volte a sottrarre dalla disciplina vincolistica di cui agli artt. 117-*bis* e 27-*bis* talune operazioni di «concessione di linee di credito»: in quanto asserite come *diverse* da quella consistente nell'apertura di credito.

Il riferimento di ambiguità in via segnata va all'avverbio «solo», contenuto nel comma 2, e va - insieme - alla definizione del contratto di apertura nei termini di mero rinvio alla relativa norma del codice civile. Questa impostazione fa correre il rischio che l'espressione «apertura di credito» sia intesa come limitata a una data e specifica operazione negoziale, quale denominata talora nella prassi e nella tecnica bancaria. E che dalla stessa – da questa «forma tecnica», cioè - vengano tenute allora distinte delle operazioni (nella realtà normativa per contro omologhe) chiamate con nomi diversi: quale ad esempio quella realizzata a mezzo dei c.d. anticipi su fattura.

La Relazione illustrativa dell'articolato afferma (p. 3) che «l'ultimo comma dell'articolo chiarisce che l'ambito di applicazione dell'art. 117-bis e dell'art. 27-bis, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, coincidono nonostante impieghino termini diversi per indicare il contratto cui si applicano». Ora, è vero che i *verba* usati dalle due norme sono diversi («apertura di credito», nella prima; «concessione di linee di credito», nella seconda, che a rigore è pure quella da giudicare successiva nel tempo). Questa, però, non è una buona ragione per (fare correre il rischio di) ridurre, quando non dimezzare, la portata innovativa della riforma; tanto più che il plesso legislativo in questione, se di certo non consegna al CICR poteri di misura riduttiva, per contro viene a fondare in capo a tale Autorità un potere di ordine estensivo (cfr. il periodo finale del comma 4 dell'art. 117-bis, il cui rilievo sistematico non può davvero essere sottovalutato).

Del resto (e, volendo, pure soprattutto), non risulta che - con riferimento al contesto legislativo in discorso – abbia senso ipotizzare una differenza di significato tra la formula «concessione di linee di fido» e la formula «apertura di credito»: ovvero che si ponga, al riguardo, una ragione oggettiva per distinguere tra le formule stesse. In realtà, la locuzione «apertura» si manifesta qui univocamente assunta (e già dalla norma dell'art. 117-bis) come schema generale di riferimento dei negozi costitutivi della «disponibilità di credito». Come uno dei lati cioè della coppia antinomica «concessione di fido - concessione di danaro a credito»: secondo le figure madre formate, per l'appunto, dall'apertura e dal mutuo. Come si vede, il discorso involge senz'altro l'intero ambito del negozi *credendi causa*.

* * *

Insufficienza della norma dell'art. 2, comma 1, lett. e. (: «la presente deliberazione ... si applica ... agli sconfinamenti a valere su carte di credito»)

La Relazione illustrativa dell'articolato (p. 3) giustifica l'effettuata opzione di «non estendere l'applicazione» della normativa in questione agli «affidamenti a valere su carte di credito» sulla base dei seguenti rilievi: «non risultano attualmente applicati oneri riferiti esclusivamente a questo servizio; l'eventuale scorporo della quota delle commissioni ad esso imputabile e l'applicazione su questa della nuova disciplina potrebbe – da un lato – non accrescere ma diminuire la trasparenza e comparabilità dei costi complessivi delle carte; dall'altro, determinare un innalzamento degli oneri complessivi a carico del cliente qualora gli intermediari introducessero la commissione per la messa a disposizione dei fondi».

Detti rilievi non portano, tuttavia, a potere condividere la soluzione accolta dall'elaborato: la stessa, a quanto pare, supera la misura dei poteri dalla legge assegnati all'Autorità (sull'inesistenza di poteri di ordine riduttivo v. sopra). In realtà, la soluzione prospettata sembra potere indurre gli intermediari a introdurre – in un futuro più o meno prossimo – delle commissioni di remunerazione dei relativi affidamenti: proprio confidando nel fatto che – secondo il testo della delibera – le stesse rimarrebbero sottratte alla disciplina vincolistica degli artt. 117-*bis* e 27-*bis*.

D'altro canto, si deve segnalare anche (: a prescindere, cioè, dai rilievi del precedente capoverso) che l'attuale prassi di non immettere commissioni non potrebbe comunque giustificare – ad esempio, sotto il profilo della parità di trattamento (tra intermediari) - l'uso futuro di adottare delle commissioni non conformi al regime comune.

* * *

Inadeguatezza, e per certi versi ambiguità, della norma dell'art. 4, comma 2, lett. b. (: «la commissione di istruttoria veloce ... non eccede i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria, secondo quanto previsto dal comma 3»)

Questo punto dell'elaborato – dedicato a svolgere la prescrizione legislativa della necessaria «commisurazione ai costi» della «commissione di istruttoria veloce» apponibile agli sconfinamenti (comma 2 dell'art. 117-*bis*) – propone più ordini di rilievi e perplessità.

Il più immediato dei quali attiene alla constatazione che la normativa predisposta non fa alcun cenno in ordine alla tipologia delle attività di cui alla copertura dei costi. Tanto meno la stessa viene a selezionare in proposito; e così crea l'impressione che qualunque attività possa essere svolta nel senso che qualunque spesa possa essere caricata all'interno della commissione: quand'anche si tratti, ad esempio, di spesa inutile ovvero voluttuaria. In questa prospettiva, la detta normativa a me pare nel merito inadeguata: tenuto conto, *altresì*, che la medesima nozione di «istruttoria veloce» (rapida, cioè) meriterebbe, per sé sola, qualche opportuna considerazione (in linea di principio, dovrebbe trattarsi di attività di semplice aggiornamento, posto che, ai sensi del comma 2 dell'art. 117-*bis*, il riferimento è comunque agli sconfinamenti già previsti – già ipotizzati, se non altro - in sede contrattuale). Inadeguatezza che – non è inopportuno puntualizzare – sembra fissarsi sia dal punto di vista del significato (protettivo) dell'intervento legislativo, sia anche da quello della conformità al canone della buona fede oggettiva.

Per la verità, anzi, l'intervento dell'Autorità neppure precisa (tra l'articolato e la relazione) che – nell'arco delle voci conteggiabili – comunque non potrebbero essere ricompresi i c.d. costi generali. Per quanto l'estraneità dei medesimi (per definizione non riferibili, appunto, al servizio) dovrebbe andare *de plano*, non è difficile pensare che un'esplicita indicazione in tale direzione gioverebbe alla correttezza della pratica.

Un altro ordine di rilievi concerne la posizione della clientela in punto di conoscenza dei «costi mediamente sostenuti dall'intermediario» (art. 4, comma 2, lett. b.); come pure in relazione alla statuizione per cui «la quantificazione [dei] costi dell'istruttoria veloce ... è formalizzata e adeguatamente motivata» (comma 3, lett. b.). Come è evidente, il tema riguarda il *back* della clausola negoziale di ribaltamento delle spese di «istruttoria veloce» (: fermandosi sulla formazione dei costi, poi da ribaltare).

Non è chiaro, in specie, se le cennate prescrizioni si rivolgano al solo «foro interno» delle imprese intermedie o se, invece, coinvolgano pure la clientela. Ora, non parrebbe dubbio che – nella successiva sede della verifica e (in ipotesi) della contestazione – il cliente abbia diritto a essere ragguagliato sulla media dei «costi sostenuti dall'intermediario» (aggiornata al tempo della richiesta avanzata dall'intermediario), sul tipo di costi in concreto ribaltati e sulla effettiva realtà della loro misura (nel caso estremo *ex art. 210 c.p.c.*): in effetti, non si può trascurare che, se non rispetta le regole fissate dalla normativa di legge, la richiesta di commissione veloce, che l'intermediario avanzi, risulta indebita (e, ricorrendone tutti i presupposti, dovrebbe integrare – a me pare - anche gli estremi della condotta sanzionata *ex art. 144, comma 3-bis, del testo unico*). Però, è anche evidente che – ad esempio ai fini della «comparabilità» prescritta dalla legge – l'informazione *preventiva* è tutt'altro genere di cosa.

Ciò posto, dalla lettura complessiva della disposizione emerge ancora un dubbio più generale o, volendo, più radicale (dubbio che pure è alimentato dalla somma dei rilievi appena formulati). Un conto è discorrere di costo medio: il riferimento, qui, è pur sempre a delle spese, solo calcolate in modo grossolano ovvero forfetario. Ma la previsione in questione sembrerebbe prestarsi pure a letture di taglio alquanto diverso: tese, in definitiva, a fare transitare la «medietà» dalla materia dei costi reali a quella della corrente richiesta che la singola impresa intermediaia rivolge, di solito, ai propri clienti. Il che, tra l'altro, stravolgerebbe il senso della riforma (il problema non è, all'evidenza, quello della parità di trattamento tra clienti).

* * *

Inadeguatezza, e per certi versi ambiguità, della norma dell'art. 4, comma 3, lett. a. (: «... ai fini della quantificazione e dell'applicazione della commissione di istruttoria veloce, gli intermediari definiscono ... procedure interne ... che individuano i casi in cui, a fronte di una richiesta di sconfinamento, è svolta un'istruttoria veloce. La commissione viene applicata esclusivamente nei casi in cui le procedure prevedono lo svolgimento di un'istruttoria veloce»)

Il discorso relativo alla frequenza concreta dell'effettuazione dell'«istruttoria veloce» riprende, per più lati, la sostanza delle osservazioni svolte con riguardo al tema del montante della commissione. Sono sufficienti, dunque, cenni brevissimi.

L'elaborato lascia campo completamente aperto all'autonomia del singolo intermediario circa l'individuazione dei casi in cui espletare – ovvero ripetere o attualizzare – l'istruttoria veloce. Nessuna indicazione risulta data alla prassi: non di necessità, non di opportunità, non di un limite qualunque. Ora, una simile scelta va, a me pare, contro la filosofia della riforma; e rischia altresì di essere percepita (dall'operatività, appunto) come una sorta di «autorizzazione preventiva», per così dire. Laddove, per contro, il nostro sistema vigente di certo non tollera gli abusi (a parte tutto il resto).

Pure in tema di informazione della clientela va ripresa la sostanza delle osservazioni effettuate circa la misura conformativa della commissione. In specie non è chiaro, qui, se la griglia delle situazioni, che richiedono lo svolgimento dell'istruttoria, debba essere comunicata preventivamente al cliente oppure no. La circostanza che la materia delle commissioni sia oggi improntata (tra l'altro) alla regola di comparabilità inclina decisamente la risposta verso il suo segno positivo.

Rimane ancora un'osservazione da stendere. Rileva la Relazione all'elaborato che il «comma 3 lettera a) stabilisce la presunzione che l'istruttoria veloce sia stata effettuata se così è previsto da procedure interne adeguatamente formalizzate» (p. 5). Per la verità, la presenza di una simile presunzione sembrerebbe un po' dubbia a stare al tenore di tale disposizione; più che una presunzione di compimento, la parte finale della formula normativa parrebbe esprimere un limite oggettivo: nel senso che l'istruttoria compiuta fuori dai casi previsti dalle procedure interne non è comunque ribaltabile sul cliente. A parte questo, peraltro potrebbe essere non inutile che l'operatività venga resa consapevole del carattere meramente interno - dei rapporti tra Vigilanza e intermediari (senza alcun riflesso sul piano giudiziale, in particolare) - di una simile, ipotetica presunzione.

* * *

Insufficienza della norma dell'art. 5, comma 1 (: «per assicurare ... comparabilità dei costi previsti dagli articoli 3 e 4 si applicano le disposizioni della Banca d'Italia in materia di “trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” ... e del D.M. 3 febbraio 2011, n. 117»)

La disposizione potrebbe apparire un po' troppo sbrigativa (se non quasi «silente»): posto soprattutto che la regola di comparabilità dovrebbe essere intesa, nel presente contesto, specialmente come possibilità – per il cliente – di mettere a confronto le offerte e proposte provenienti dalle diverse, e varie, imprese operanti sul mercato.

E, se non sbaglio, il plesso normativo richiamato dalla disposizione in discorso non si occupa in modo peculiare di simile regola. Così, in particolare, il n. 3 della sezione II delle vigenti Istruzioni di trasparenza («fogli informativi e foglio comparativo dei mutui») si limita a richiedere – per i «contratti di mutuo garantito da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale» - un elenco di «tutti i prodotti della specie offerti dall'intermediario ...».

* * *

Ancora a proposito della norma dell'art. 5, comma 1(«per assicurare ... trasparenza dei costi previsti dagli articoli 3 e 4 si applicano le disposizioni della Banca d'Italia in materia di “trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” ... e del D.M. 3 febbraio 2011, n. 117»)

Pure in relazione al profilo della trasparenza la disposizione dell'art. 5, comma 1, risulta formulata in termini di eccessiva sbrigatività. Non si può invero trascurare che le vigenti Disposizioni di Vigilanza in materia di trasparenza tra le altre cose contemplano, e regolano, la defunta commissione di massimo scoperto.

Ora, un richiamo così in blocco come quello dell'art. 5 - un richiamo senza limitazioni di nessun tipo - potrebbe anche confondere l'operatività: portata magari a preferire, nel confronto, la vecchia regola espressa dalla Vigilanza rispetto alla nuova regola portata dalla legge.

* * *

Ambiguità della norma dell'art. 5, comma 5 («i contratti in corso sono adeguati ... conformemente a quanto previsto dall'art. 118 del TUB»)

Per la verità, il testo della disposizione sembrerebbe, a prima vista, limitarsi a semplificare il testo di legge. Peraltro, la Relazione di accompagnamento afferma che l'«esigenza di adeguarsi alla nuova disciplina in materia di remunerazione ... costituisce per gli intermediari un giustificato motivo, ai sensi dell'art. 118 del TUB, per avvalersi della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni dei contratti in essere». Ora, così discorrendo la stessa fa intendere di ritenere che la tematica in questione vada inserita nell'alveo sostanziale delle modificazioni *in pejus* del contratto in essere.

Una simile prospettiva non sembra porsi in linea con il dettato normativo dell'art. 27 (questa la versione *finale* della norma di diritto transitorio: «i contratti ... sono adeguati ... con l'introduzione di clausole conformi alle disposizioni di cui all'art. 117-bis ... ai sensi dell'art. 118»). Va infatti considerato, in proposito, da un lato che la norma di legge non opera alcun riferimento al «giustificato motivo» della norma dell'art. 118, a differenza di quanto faceva invece la legge n. 2/2009, nel suo art. 2-bis, comma 3 (a diretto proposito della commissione di massimo scoperto); dall'altro, che essa - in luogo di parlare di «modifica» - si limita a considerare l'introduzione di clausole apposite, che pretende essere conformi al nuovo sistema.

Ciò dovrebbe significare che il richiamo alla norma dell'art. 118 va letto in termini di mera modalità strutturale per il transito al nuovo regime (comunicazione da parte

dell'intermediario – eventuale recesso da parte del cliente): e questo anche se il vecchio contratto non prevedeva sorta di «clausole di remunerazione», purché la clausola introdotta rispetti i dettami della nuova legge.

Fissato questo *step*, l'inopportunità (o comunque l'ambiguità) della riportata frase della Relazione si apprezza, per vero, anche sotto un altro aspetto. Si avvertono voci della pratica intese ad affermare che la riforma legislativa di cui al nuovo art. 117-*bis* costituirebbe – essa medesima - giustificato motivo per modificare *altre* previsioni contrattuali di carico economico: in sintesi concreta, per alzare il tasso degli interessi praticati. Laddove, per contro, è stato proprio il segno di questa riforma portare verso nuove forme di equilibrio nei contratti bancari (per quanto in termini alquanto parziali): sì che la pretesa lesione degli equilibri preesistenti non risulta giustificativa di nessuna modifica.