



Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

Circondario del Tribunale di Napoli

Convegno:

**IL CONTENZIOSO BANCARIO:
NOVITA' LEGISLATIVE ED INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI
RIFLESSI NELLE CONSULENZE TECNICHE DI UFFICIO**

Napoli, 17 giugno 2014

Relatore:

Dott. Roberto Rotolo

Le verifiche del CTU nel contenzioso bancario

In materia di usura nei rapporti bancari (conti correnti, affidamenti, conti anticipi) la Commissione di Massimo Scoperto è da sempre stato argomento di discussione e di controversia: la diatriba si è formata su due aspetti principali:

- A. la sua legittimità nei rapporti bancari in relazione ai criteri secondo cui la stessa è determinata
- B. la sua considerazione nell'ambito della formula per la determinazione del TEG.

Nella sua accezione tecnica, come definita dai testi di tecnica bancaria, la CMS rappresenta la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma.

Secondo tale definizione quindi la banca dovrebbe essere remunerata per le somme che, sebbene messe a disposizione del correntista, non sono da questi utilizzate. Facendo un banale esempio: se il correntista ha ottenuto dalla banca un fido di 100 e ne utilizza solo 40, paga alla banca gli interessi passivi su 40 ma è anche giusto che la banca sia ricompensata del fatto che comunque ha dovuto immobilizzare un ulteriore importo di 60 da tenere in ogni momento a disposizione del cliente.

La CMS però è stata sempre applicata dagli istituti di credito in modo diverso: in percentuale sulla massima esposizione raggiunta dal conto corrente affidato nel periodo di riferimento.

Così sono state sollevate critiche e contestazioni in quanto la CMS assume caratteristiche del tutto analoghe a quelle degli interessi rappresentando non tanto un corrispettivo per la messa a disposizione del denaro ma una ulteriore remunerazione del capitale.

Ma perché la CMS risulta così importante nella valutazione del comportamento assunto dalle banche?

Perché la sua incidenza è notevole nella stragrande maggioranza dei conti affidati o scoperti e da sempre ha consentito al sistema bancario di estendere i propri ricavi del credito.

Infatti nella prassi bancaria la CMS, grazie alla esclusione dal calcolo dell'usura, dallo storico ottavino (0,125%) applicato ai conti affidati nei primi anni novanta è lievitata sino a decuplicarsi, estendendosi all'84% dei rapporti di conto e ad ogni forma di scoperto, perfino scoperto di valuta.

La circostanza è risultata per lungo tempo oltremodo onerosa per i correntisti in quanto, in presenza di tassi di mercato tendenzialmente in flessione, si è determinata una marcata incidenza delle CMS sul costo complessivo del credito: nei valori medi rilevati nelle aperture di credito, il rapporto CMS/Interessi è passato da valori inferiori al 5% dell'inizio degli anni '90, al 16% nel '97 e al 30% nel '09.

Si è così venuto perdendo ogni elemento di rispondenza del prezzo del servizio al costo sopportato dalla banca anche perché per quest'ultima il costo relativo è notevolmente inferiore.

L'intermediario, infatti, gestisce la liquidità necessaria sulla base di previsioni riferite all'intero aggregato della clientela, compensando le posizioni a debito con le posizioni a credito e reperendo/impiegando il saldo risultante: l'esigenza di pronta liquidità per il "sistema banca" è ristretta a tale saldo, non all'universo dei fidi in essere. Se in passato la pronta liquidità aveva costi apprezzabili connessi alla necessità di moneta fisica e agli obblighi di riserva, l'evoluzione subita dalla normativa e dall'organizzazione del mercato monetario, congiunta alla notevole flessione dei tassi, rende per le banche l'onere in parola assai modesto.

L'importanza strategica assunta dalla CMS nel settore bancario ha fatto sì che nemmeno i numerosissimi verdetti giurisprudenziali sfavorevoli, che consideravano la CMS per la valutazione dell'onerosità del tasso, hanno inizialmente indotto quest'ultimo a modificare il proprio atteggiamento nei confronti della CMS, anzi la Banca d'Italia ha emanato il bollettino n.12 del dicembre 2005 seguito dalla comunicazione n. 1166966 del 20/1/2006 in cui suggeriva alle banche una nuova e paradossale procedura di valutazione dell'usurarietà del TEG.

Essa ha innanzitutto ribadito che la scelta di non considerare la CMS nel calcolo del TEG è coerente ... inoltre

"la verifica del rispetto delle "soglie" di legge da parte di ciascun intermediario richiede:

- il calcolo del tasso in concreto praticato – sommando gli interessi rapportati ai numeri debitori e gli oneri in percentuale sull'accordato, secondo le metodologie indicate al punto C3 – e il raffronto di tale tasso con la relativa soglia di legge;
- il confronto tra l'ammontare percentuale della CMS praticata e l'entità massima della CMS applicabile (cd. CMS soglia), desunta aumentando del 50% l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle.
- L'individuazione di eventuali superi richiede l'attivazione di interventi per la loro eliminazione prima della relativa applicazione alla clientela.

Peraltro, l'applicazione di commissioni che superano l'entità della "CMS soglia" non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate.

A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti ("margine") .

Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla "CMS soglia" sia inferiore a tale "margine" è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge.”

Risulta subito chiaro come anche tale documento difetti di coerenza: Bankitalia sostiene che per il calcolo del TEG è giusto non considerare la CMS (???) sostenendo quindi una sua completa estraneità alla tipologia degli interessi e quindi ribadendo che la CMS sia una tipologia di remunerazione da valutare a sé stante rispetto al tasso soglia stabilito per essa, ma se da tale raffronto dovesse risultare una CMS superiore al tasso soglia ciò non sarebbe comunque idoneo a riconoscere un comportamento dell'operatore bancario in danno al correntista, ma in tal caso la CMS, ovvero la parte eccedente rispetto al suo tasso soglia, come per incanto diviene assimilabile agli interessi nella valutazione della loro entità rispetto al tasso soglia!!

Ai più tale comunicato è parso un goffo tentativo di porre più paletti possibili alla determinazione di un TEG usurario, ma ognuno può trarre delle proprie conclusioni.

Solo anni più tardi, quando per effetto del perdurare dell'avverso orientamento giurisprudenziale pressoché univoco la legittimità della CMS così come concepita dal sistema bancario era sempre più compromessa, anche il sistema bancario ha dovuto prendere atto della situazione ed il Governatore della Banca d'Italia, Draghi, all'assemblea ordinaria dei partecipanti del 31/05/2008 ha dovuto affermare:

«Abbiamo già in passato richiamato l'attenzione sulla commissione di massimo scoperto, un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza. Va sostituita, dove la natura del rapporto di credito lo richieda, con una commissione commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri Paesi. Una simile innovazione richiede un complesso adattamento della prassi delle banche. Essa però dovrebbe essere avviata con decisione, proponendo il cambiamento ai nuovi clienti, anche per evitare il rischio che la questione sia risolta con gli strumenti operativi della legge».

Ma nonostante tale “ammissione di colpa” nulla è stato fatto di concreto per la ridefinizione spontanea delle CMS in senso più favorevole al cliente e sono proseguite le cause contro

le banche che, in tema di legittimità di CMS, hanno trovato terreno fertile in ragione della estrema sinteticità dei testi contrattuali in merito alla CMS per cui è stata richiesta ed ottenuta la declaratoria di nullità sia per carenza di determinatezza e violazione dell'art.1346 c.c. sia per vizio di forma, perché l'art.117 4° comma TUB impone la forma scritta per la pattuizione degli interessi e spese.

Ma a fronte di tale giurisprudenza in merito alla legittimità degli interessi e commissioni bancarie nonché all'usurarietà del TEG applicato dal sistema bancario si è parimenti sviluppata una copiosa, confusa e contraddittoria normativa che, nel tentativo di regolamentare la materia, a mio avviso l'ha resa maggiormente complessa ed incomprensibile.

Il percorso normativo che ha condotto all'attuale disciplina della CMS è talmente articolato che si ritiene opportuno fare un breve excursus storico della sua evoluzione più recente.

BREVE EXCURSUS STORICO DELLA NORMATIVA

Si è detto delle numerose sentenze contrarie al sistema bancario che hanno disposto il rimborso di quanto indebitamente addebitato dagli istituti di credito a titolo di interessi, CMS e spese. In tale contesto di enormi disquisizioni sulla natura estrinseca della CMS e la sua illegittimità in quanto remunerazione aggiuntiva del capitale discostatasi dalla sua natura di corrispettivo per un servizio, quando una serie interminabile di sentenze l'avevano considerata un onere finanziario al pari degli interessi delegittimandola di fatto, ecco che il legislatore è intervenuto con il DL 185/2008 convertito nella Legge n.2/2009, come integrato dal DL 78/2009 convertito in Legge 102/2009.

L. 2/2009

Più specificatamente, attraverso una formulazione contorta, sotto le spoglie di una dichiarata nullità delle CMS, l'art. 2 bis prevede deroghe che, di fatto, introducono ex lege:

- la Commissione di Massimo Scoperto, commisurata al saldo risultante a debito per periodi pari o superiori a trenta giorni e in presenza di fidi;
- una seconda Commissione, indicata dalla legge come "Corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme", indipendente dall'effettivo utilizzo, predeterminata e commisurata all'importo e alla durata del fido accordato.

La lunga diatriba se commisurare la commissione al fido non utilizzato, al fido concesso o all'ammontare massimo utilizzato, viene quindi dalla legge superata prevedendole entrambe. O meglio, la norma sembra prospettare il contrario, prevedendo varie circostanze di nullità, ma alla fine, con l'usuale patto tra le parti – all'occorrenza prontamente recepito nel contratto di adesione sottoposto alla clientela – risulta legittimamente applicabile sia la commissione sul massimo importo utilizzato, sia il corrispettivo sul fido accordato.

Risultato di tutto ciò è stato un istantaneo moltiplicarsi delle commissioni a vario titolo addebitate ai correntisti alle quali sono stati attribuiti i nomi più fantasiosi ("commiss.per

istruttoria urgente”, “commiss.per concess.rinnovo fido”, “commiss.utilizzo oltre la D.I.F.”, “commiss.per scoperto di conto”, “recupero spese per ogni sospeso”, “commiss. Mancanza fondi”, “onere per passaggio a debito”) ma che hanno avuto la valenza delle commissioni introdotte dall’art.2 bis della L. 2/2009.

L. 214/2011 → art. 117 bis T.U.B.

Nel dicembre 2011, dopo soli tre mesi dall’insediamento, il governo Monti emana la L.214 del 22/12/2011 che statuisce nuovamente sulla disciplina delle commissioni bancarie introducendo nel Testo Unico Bancario l’art.117 bis che apparentemente ricalca il dettato del comma 1 dell’art. 2 bis della L.2/2009 ma apporta delle ulteriori sostanziali correzioni a favore delle banche.

Vediamo innanzitutto cosa statuisce detto articolo:

T.U.B. **Articolo 117-bis**

(Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti)

1. I contratti di apertura di credito possono prevedere, **quali unici oneri a carico del cliente**, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell’affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L’ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente
2. A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull’ammontare dello sconfinamento.
3. Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.
4. **Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo**, ivi compresa quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all’entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2

Vediamo ora quali sono le differenze sostanziali rispetto al dettato dell’art. 2 bis della Legge 2/2009:

Argomento	L. 2/2009	L. 214/2011
C.M.S. o C.I.V.	Prevista solo per sconfini superiori a 30 gg. ma <u>nulle</u> se debito per periodi inferiori a 30 gg. e <u>nulle</u> se non vi è affidamento	Prevista per qualsiasi sconfino e prevista anche in assenza di affidamento
D.I.F.	Prevista se concordata con patto scritto <u>non rinnovabile tacitamente</u> e sia rendicontato al cliente l'effettivo utilizzo avvenuto nel periodo	Prevista senza alcuna condizione
D.I.F.	Proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento	Proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento
D.I.F.	Non può essere superiore allo 0,5% per trimestre <u>a pena di nullità del patto di remunerazione</u>	Non può essere superiore allo 0,5% per trimestre

D.L. 1/2012 e D.L. 29/2012

Ma il governo, a pochi giorni dall'emanazione della presente Legge, in piena confusione mentale in merito alla disciplina e ignaro delle disposizioni appena emanate dallo stesso, il 24/1/2012 emana il **D.L. 1/2012** (c.d. decreto liberalizzazioni) in cui viene inserito il seguente

Art. 27-bis

Nullità di clausole nei contratti bancari

1. Sono nulle tutte le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido

Si Crea quindi panico e sconcerto tra gli operatori del settore e la stessa Banca d'Italia ha sostenuto che *“... da un punto di vista economico il divieto di commissioni su linee di credito e sconfinamenti appariva eccessivamente radicale, in quanto non tutti i rischi e le attività connessi con i finanziamenti possono essere correttamente remunerati con il solo tasso di interesse.”* Invero senza addentrarsi sulle spiegazioni tecniche alla base del proprio concetto anche perché avrebbe comunque dovuto spiegare anche l'effetto di duplicazione della remunerazione generato dalle commissioni così calcolate.

E così, lo stesso giorno di approvazione della legge di conversione del suddetto decreto il governo emana un nuovo **decreto legge**, il **29 del 24/03/2012**, con il quale modifica il suddetto articolo nel modo seguente:

Art. 27-bis

Nullita' di clausole nei contratti bancari

1. Sono nulle tutte le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, adottate dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili

D.M. 644/2012

Il quadro dei recenti interventi normativi è stato infine completato dall'emanazione del Decreto 644 del 30/06/2012 del Ministero dell'Economia e Finanze (in funzione vicaria rispetto al CICR) contenente le disposizioni applicative previste dal comma 4 dell'art. 117 bis TUB.

Da subito mi sembra opportuno fare una importante considerazione: a mio avviso, **la norma applicativa ha sovvertito le disposizioni della norma di legge**, come più volte già avvenuto in passato. Vediamo perché.

Nell'art.117 bis Il legislatore si è premurato di stabilire che, per i contratti di apertura di credito in conto corrente, gli unici addebiti che possono essere fatti al cliente sono:

- una commissione di affidamento (DIF) ONNICOMPRENSIVA
- un tasso di interesse debitore
- una ulteriore commissione (CIV) in caso di sconfinamento
- un tasso di interesse moratorio in caso di sconfinamenti

Il legislatore si premura anche di stabilire, con il 3° comma, che le clausole che prevedono oneri diversi e difformi rispetto a quelli sopra illustrati sono nulle

Ovviamente il legislatore non ha fatto riferimento all'addebito delle imposte che avviene ex lege e non è da considerare addebito della banca.

L'art.3 comma 2 del Decreto in commento prima ribadisce l'assunto del primo comma dell'art. 117 bis dicendo *"l'onnicomprendività della commissione comporta che non possono essere previsti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi né all'utilizzo dei medesimi"* salvo poi contraddire sé stesso e la norma principale affermando che *"non rientrano nella commissione le imposte (nulla questio), le spese notarili e le spese per l'iscrizione di ipoteca (qualora siano unicamente rimborsi di oneri documentati sostenuti per il correntista), **gli oneri conseguenti a***

inadempimento del cliente, le spese a fronte di servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento

Ho volutamente evidenziato in azzurro le due locuzioni per le quali appare da subito più evidente la contraddizione.

Anche l'esclusione degli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, a causa dell'estrema genericità del termine, appare foriera di molti dubbi e sembra assolutamente non rispondente alla volontà del legislatore..

Per comprendere appieno la portata della norma occorre ovviamente radicalizzare il problema: supponiamo che la banca inserisca nelle condizioni generali delle clausole che prevedono penali elevatissime per una qualsiasi condotta leggermente omissiva del cliente (per es. la mancata comunicazione di variazioni nella composizione societaria piuttosto che il ritardato invio della documentazione necessaria per il rinnovo fido) l'addebito di tali penali è consentito in aggiunta alle commissioni

Vediamo nel dettaglio quali sono le disposizioni del Decreto M.E.F. 644/2012:

	D.I.F.	C.I.V.
Ambito soggettivo	La disciplina si applica ai rapporti tra intermediari e clienti consumatori e non (meno banche, soc.fin., assicur., impr. Investim., soc. gest.del risparmio, fondi pensione, Poste Italiane)	La disciplina si applica ai rapporti tra intermediari e clienti consumatori e non (meno banche, soc.fin., assicur., impr. Investim., soc. gest.del risparmio, fondi pensione, Poste Italiane)
Ambito oggettivo	1) Apert. cred. in c/c con facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento 2) sconfinamenti	1) apert. Cred. in c/c con facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento 2) sconfinamenti
	Esclusi quindi i finanz. finalizzati ad operazioni straordinarie, che prevedono commiss. finalizzate a retribuire attività diverse ed ulteriori	Esclusi quindi i finanz.finalizzati ad operazioni straordinarie, che prevedono commiss. finalizzate a retribuire attività diverse ed ulteriori
Metodologia di calcolo	Commissione applicata sull'intera somma, sia se utilizzata sia se non utilizzata	<u>Non è previsto un limite massimo</u> , ma collegata ai costi mediamente sostenuti dalla banca per svolgere l'istruttoria, in conformità alle procedure interne che l'interm. è chiamato ad adottare per disciplinare l'applicaz.della commiss.
	Proporzionale all'importo (in % sull'importo affidato) e alla durata (per cui se estinzione anticipata viene rimborsata pro quota)	In misura fissa ed espressa in valore assoluto. Solo per i contratti con soggetti NON consumatori si possono avere CIV con max 3 scaglioni per sconfinam. oltre € 5.000
	Onnicomprensività comporta che non possono essere previsti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi né <u>all'utilizzo dei medesimi</u> ... non rientrano le imposte, le spese notarili, oneri conseguenti all'inadempimento del cliente, le spese a fronte dei servizi di pag.to per l'utilizzo dell'affidamento	Non si applica ai consumatori per sconfinam. inferiori a € 500, per un solo periodo di durata max 7 gg. a trimestre. Non si applica se lo sconfinam. avviene per pag. effettuati a favore dell'intermediario

CLAUSOLE NON CONFORMI

La disciplina è sancita tanto dall'art. 27 bis della L. 27/2012 tanto dall'art. 117 bis del D.Lgs 385/1993.

Art. 27 bis D.L.1/12 – L. 27/12	Art. 117 bis D. Lgs 385/1993
sono nulle tutte le clausole stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'art. 117 bis T.U.B. adottate dal CICR al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili	Le clausole che prevedono oneri diversi e non conformi rispetto a quanto stabilito ai commi 1 e 2 sono nulle

Dalla lettura dell'art. 27 bis sembra evincersi che non tutte le clausole sono nulle ma solo quelle non conformi alle norme dettate al fine di rendere i conti trasparenti e immediatamente comparabili.

Tale lettura sembra troppo ancorata al dato letterale tanto che, in sede di primo commento della norma si è ritenuto che ogni violazione del Decreto CICR comporti la nullità della clausola.

L'art. 117 bis T.U.B. chiarisce che la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto: non trova dunque applicazione il meccanismo tracciato, in materia di nullità parziale, dall'art. 1419 c.c. a norma del quale la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

ENTRATA IN VIGORE E ADEGUAMENTO

A partire dal 1/7/2012 i nuovi contratti devono essere conformi alle disposizioni dell'art. 117 bis T.U.B.

A partire dal 1/10/2012 i contratti in essere devono essere adeguati

L'art.5 comma 3 del Decreto CICR prevede che "l'adeguamento dei contratti in corso ... costituisce giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 T.U.B." quindi può avvenire attraverso il meccanismo delle modificazioni unilaterali dei contratti disciplinato dall'art.118 T.U.B.

L'art. 118 T.U.B. recita: *qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente*

- i) in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente,*
- ii) con preavviso di due mesi*
- iii) deve contenere in modo evidenziato la dizione "proposta di modifica unilaterale del contratto"*

Per i contratti a tempo indeterminato la disciplina può essere adottata (ricorrendo il giustificato motivo) per modifiche al tasso di interesse, prezzi e condizioni previste dal contratto

Per i contratti a tempo determinato la disciplina può essere adottata (ricorrendo il giustificato motivo) a tutte le clausole non aventi ad oggetto il tasso di interesse

Il richiamo all'art. 118 TUB rende necessario che:

- a) il contratto originario preveda lo **ius variandi**
- b) sia una **modifica di pattuizioni preesistenti** e non integrazione di pattuizioni non presenti nel contratto
- c) si proceda secondo il dettato dell'art.118 TUB e quindi **esclude ogni forma di sostituzione ex lege delle clausole**

CALCOLO DEL TEG E C.M.S.

Da sempre la determinazione del TEG per la valutazione dell'usura dei tassi bancari è sempre stata caratterizzata da un dubbio interpretativo di base: quale formula utilizzare?

Questo perché una corrente dottrinale è del parere che, stante l'estrema chiarezza della norma (L.108/96) che impone di considerare alla stessa stregua sia gli interessi che le commissioni e spese per determinare il Tasso Effettivo Globale, occorre utilizzare la formula di matematica finanziaria:

$$\frac{\text{ONERI FINAZ. COMPLESS.} \times 36.500}{\text{NUMERI DEBITORI}}$$

Un'altra corrente dottrinale considera come formula idonea quella indicata dalla Banca d'Italia nelle "Istruzioni per la rilevazione dei Tassi Effettivi Globali Medi ai sensi della Legge sull'usura", che dal 1996 al 2009 è stata la seguente:

$$\frac{\text{INTERESSI} \times 36.500}{\text{NUMERI DEBITORI}} + \frac{\text{ONERI} \times 100}{\text{FIDO ACCORD.}}$$

Volendo estremamente sintetizzare le argomentazioni poste alla base delle due correnti dottrinali:

TESI FAVOREVOLE A FORMULA B.d'IT.	TESI CONTRARIA A FORMULA B.d'IT.
La duplicazione delle frazioni nella formula soggiace all'esigenza di non considerare le spese in funzione del tempo	la formula di matematica finanz. è l'unica che può indicare il tasso a cui corrisponde il costo complessivo sostenuto per un finanziamento
Gli interessi di mora sono esclusi in quanto remunerativi per l'inadempimento di un obbligo	Il costo complessivo è comprensivo di qualsiasi onere inerente il finanziamento ad eccezione delle imposte e tasse
La CMS non può essere considerata perché le istruzioni la escludono dal calcolo e sono vincolanti, quindi le banche non possono inserirla nella determinazione del TEGM e pertanto considerarla nel calcolo del TEG rende il valore non confrontabile	Le istruzioni della Banca d'Italia non hanno alcuna efficacia precettiva per le banche né devono essere osservate dagli operatori finanziari quando stabiliscono il tasso di interesse di un determinato rapporto in quanto sono fornite a fini statistici per rilevare il TEGM ma non il tasso soglia
Allo stesso modo tutta una serie di spese sono escluse dal calcolo del TEGM secondo le istruzioni della Banca d'Italia che sono vincolanti e pertanto non possono essere incluse nel calcolo del TEG	Il costo complessivo è comprensivo di qualsiasi onere inerente il finanziamento ad eccezione delle imposte e tasse

Dei quattro punti sopra riportati il terzo, relativo alla CMS, è stato quello maggiormente dibattuto specialmente per il fatto che le istruzioni impartite dalla Banca d'Italia non includevano la CMS nel TEGM, ma indicavano separatamente il tasso medio di CMS applicato e pertanto suggerivano di confrontare la CMS addebitata con il tasso soglia previsto per il periodo.

A seguito delle precisazioni riportate nell'art. 2 bis della legge n. 2/09, sono state emanate dalla Banca d'Italia, ad agosto 2009, le nuove Istruzioni per la rilevazione dei tassi ai fini d'usura, divenute operative a partire dal 1° gennaio 2010. Il calcolo del Tasso Effettivo Globale Medio, comunicato dalle banche e dagli altri intermediari finanziari, ricomprende ora le CMS e la remunerazione del fido congiuntamente ad ogni altra spesa collegata al credito.

A seguito delle modifiche intervenute nella metodologia di calcolo del TEGM i valori delle soglie hanno subito un apprezzabile incremento, riflettendo nel valore limite il mercato divario fra tassi attivi e tassi passivi.

Comunque, sia prima che dopo la citata L. n.2/2009, anche la Cassazione Penale, con diverse sentenze delle quali si rammentano la n. 20148/03, la n.262 del 19/02/10 e la n.12028 del 26/03/10, la n. 46669/2011, è intervenuta sulla prassi amministrativa di

esclusione delle CMS dal calcolo del TEG, seguita sino a tutto il 2009 dalla Banca d'Italia, sancendone la difformità dalla legge 108/96.

Tali ultime Sentenze della Cassazione si sono soffermate diffusamente sulla procedura amministrativa a cui fa rimando il precetto penale, considerando anche le nuove istruzioni di calcolo dei tassi per la determinazione delle soglie d'usura.

La censura operata dalle ultime sentenze della Cassazione ha riguardato la sola esclusione delle CMS, non l'algoritmo di calcolo impiegato dalla Banca d'Italia nelle "Istruzioni" e pertanto, non riconoscendo l'assimilazione delle CMS agli interessi ma ponendole tuttavia fra i costi del credito accordato, ne giustifica coerentemente una loro collocazione nel secondo rapporto del TEG.

Pertanto possiamo affermare che, attualmente, vi sarebbe una generale tendenza giurisprudenziale a:

- considerare la CMS nella determinazione del TEG
- considerare valida la formula suggerita dalla Banca d'Italia, includendo la CMS nella seconda frazione della stessa secondo quanto indicato nelle istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009

Per contro, semmai la situazione non fosse già abbastanza complessa, la Banca d'Italia pubblicava il 29/07/2009, 02/10/2011 e 28/03/2013 le disposizioni di recepimento della direttiva 2008/48/CE (poi modificata dalla direttiva 2011/90/UE) con le quali, in tema di trasparenza bancaria, per i contratti di credito ai consumatori impone alle banche di pubblicizzare con chiarezza l'ISC (Indice Sintetico di Costo), poi TAEG applicato secondo formule che, sebbene variate da comunicato a comunicato, includono comunque interessi, oneri e spese nello stesso rapporto e che si rifanno quindi in tutto e per tutto alla prima formula sopra rappresentata.

Per cui l'interrogativo nasce spontaneo: se per illustrare al correntista consumatore l'effettivo costo del rapporto bancario la Banca d'Italia utilizza la formula di matematica finanziaria riconoscendo quindi ad essa piena valenza a tal fine, perché per determinare l'usura la stessa Banca d'Italia propone una formula diversa?

Abbandoniamo in tale sede qualsiasi considerazione ed analisi della formula di matematica finanziaria e focalizziamo la nostra attenzione sulla formula suggerita dalla Banca d'Italia.

Abbiamo già detto che le istruzioni della Banca d'Italia, contravvenendo al dettato normativo della Legge 108/96, avevano sempre escluso dal calcolo la CMS; a seguito delle numerose sentenze avverse fu emanata la Legge n.2/2009 che al secondo comma dell'art. 2 bis prevedeva espressamente l'inclusione della CMS nel calcolo del TEG, per cui la Banca d'Italia con le istruzioni dell'agosto 2009 finalmente include tale componente, anche se la comprende nella seconda frazione della formula in virtù della nuova configurazione della commissione fornita dal 1° comma della stessa legge.

Ovviamente la novità comporta un grosso clamore e tutti i commenti si rivolgono all'annosa questione, però, oltre a tale importante innovazione voglio segnalare un'altra altrettanto importante che pone rimedio ad un errore insito nella formula così come utilizzata dalle banche secondo le precedenti istruzioni della Banca d'Italia.

Nelle istruzioni di Bankitalia dell'agosto 2009 la formula suggerita per la determinazione del TEGM e quindi del TEG si trasforma nella seguente:

$$\frac{\text{INTERESSI} \times 36.500}{\text{NUMERI DEBITORI}} + \frac{\text{ONERI SU BASE ANNUA} \times 100}{\text{FIDO ACCORD.}}$$

dove alla voce generica "Oneri" viene sostituita la voce "Oneri su base annua" e si Indica che questi ultimi *"sono calcolati includendo tutte le spese **sostenute nei dodici mesi precedenti** la fine del trimestre di rilevazione, a meno che queste siano connesse con eventi di tipo eccezionale, destinati a non ripetersi. Nel caso di nuovi rapporti o di variazioni delle condizioni nel corso del trimestre di rilevazione (ad esempio variazione dell'accordato, erogazione di un finanziamento su un conto di deposito preesistente, ecc.) gli oneri annuali dovranno essere stimati sulla base delle condizioni contrattuali applicate"*

Le precedenti istruzioni invece indicavano di inserire al numeratore della seconda frazione "gli oneri di cui al successivo punto C4 effettivamente sostenuti **nel trimestre**"

Tale correttivo pone fine ad una grossa lacuna della formula indicata dalla Banca d'Italia fino al 2009 che contravveniva palesemente il dettato normativo dell'art.2 della Legge 108/96 in tema di usura che statuiva: " ... Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche ..." per il fatto che **la prima frazione conduce ad un tasso espresso su base annua, mentre la seconda frazione così strutturata esprimeva un tasso su base trimestrale.**

Per comprendere meglio il ragionamento alla base dell'affermazione appena fatta è sufficiente un banale esempio numerico condotto secondo le istruzioni impartite dalla Banca d'Italia fino all'agosto 2009.

IPOTESI DI UTILIZZO DI SCOPERTO PER L'INTERO ANNO

IMPORTO AFFIDATO	1.000,00
TASSO ANNUALE	12%
<u>CMS TRIMESTRALE</u>	1%
MOVIMENTO IN USCITA	01/01/07
MOVIMENTO IN ENTRATA	31/12/07

prevedendo la capitalizzazione annuale, la formula della Banca d'Italia evidenzia un TEG come nel prospetto sotto riportato:

CAPITALIZZAZIONE ANNUALE

DESCRIZ. OPERAZ	DATA	MOVIM	SALDO	GG	N.DEB.	FORMULA B.d.I.	TEG
prelievo	01/01/07	- 1.000,00	- 1.000,00	365	365.000	$\frac{120 \times 36.500}{365.000} + \frac{40 \times 100}{1.000}$	16,00
interessi 1° trim.	31/03/07	-	- 1.000,00				
spese e commiss. 1° trim.	31/03/07	-	- 1.000,00				
interessi 2° trim.	30/06/07	-	- 1.000,00				
spese e commiss. 2° trim.	30/06/07	-	- 1.000,00				
interessi 3° trim.	30/09/07	-	- 1.000,00				
spese e commiss. 3° trim.	30/09/07	-	- 1.000,00				
versamento	31/12/07	1.000,00	-				
interessi 4° trim.	31/12/07	- 120,00	- 120,00				
spese e commiss. 4° trim.	31/12/07	- 40,00	- 160,00				

Per lo stesso caso, applicando la capitalizzazione trimestrale, la formula della Banca d'Italia evidenzia un TEG come nel prospetto sotto riportato:

CAPITALIZZAZ. TRIMESTRALE con formula B.d'I. ante 2009

DESCRIZ. OPERAZ	DATA	MOVIM	SALDO	GG	N.DEB.	FORMULA B.d.I.	TEG
prelievo	00/01/00	- 1.000,00	- 1.000,00				
interessi 1° trim.	31/03/07	- 29,59	- 1.029,59	90	90.000	$\frac{29,59 \times 36.500}{90.000} + \frac{10,00 \times 100}{1.000}$	13,00
spese e commiss. 1° trim.	31/03/07	- 10,00	- 1.039,59				
interessi 2° trim.	30/06/07	- 31,10	- 1.070,69	91	94.603	$\frac{31,10 \times 36.500}{94.603} + \frac{10,40 \times 100}{1.000}$	13,04
spese e commiss. 2° trim.	30/06/07	- 10,40	- 1.081,09				
interessi 3° trim.	30/09/07	- 32,70	- 1.113,79	92	99.460	$\frac{32,70 \times 36.500}{99.460} + \frac{10,81 \times 100}{1.000}$	13,08
spese e commiss. 3° trim.	30/09/07	- 10,81	- 1.124,60				
versamento	31/12/07	1.000,00	- 124,60				
interessi 4° trim.	31/12/07	- 34,02	- 158,61	92	103.463	$\frac{34,02 \times 36.500}{103.463} + \frac{11,25 \times 100}{1.000}$	13,12
spese e commiss. 4° trim.	31/12/07	- 11,25	- 169,86				

Quindi nonostante con la capitalizzazione trimestrale il correntista abbia visto addebitarsi interessi per € 127,41 in luogo di € 120,00 e CMS per € 42,45 in luogo di € 40,00, per la Banca d'Italia ha sostenuto un Tasso Effettivo Globale nettamente inferiore al tasso che avrebbe sostenuto con capitalizzazione annuale ...

Con la nuova formula indicata dalla Banca d'Italia il calcolo sarebbe stato il seguente:

CAPITALIZZAZ. TRIMESTRALE con formula B.d'I. post 2009

DESCRIZ. OPERAZ	DATA	MOVIM	SALDO	GG	N.DEB.	FORMULA B.d.I.	TEG
prelievo	01/01/07	- 1.000,00	- 1.000,00				
interessi 1° trim.	31/03/07	- 29,59	- 1.029,59	90	90.000	$\frac{29,59 \times 36.500}{90.000} + \frac{(10,00 \times 4) \times 100}{1.000}$	16,00
spese e commiss. 1° trim.	31/03/07	- 10,00	- 1.039,59				
interessi 2° trim.	30/06/07	- 31,10	- 1.070,69	91	94.603	$\frac{31,10 \times 36.500}{94.603} + \frac{(10,40+10,00+10,00+10,00) \times 100}{1.000}$	16,16
spese e commiss. 2° trim.	30/06/07	- 10,40	- 1.081,09				
interessi 3° trim.	30/09/07	- 32,70	- 1.113,79	92	99.460	$\frac{32,70 \times 36.500}{99.460} + \frac{(10,81+10,40+10,00+10,00) \times 100}{1.000}$	16,32
spese e commiss. 3° trim.	30/09/07	- 10,81	- 1.124,60				
versamento	31/12/07	1.000,00	- 124,60				
interessi 4° trim.	31/12/07	- 34,02	- 158,61	92	103.463	$\frac{34,02 \times 36.500}{103.463} + \frac{(11,25+10,81+10,40+10,00) \times 100}{1.000}$	16,50
spese e commiss. 4° trim.	31/12/07	- 11,25	- 169,86				

Ripristinando quindi valenza annuale anche al coefficiente della seconda frazione la formula esprime valori congrui.

COMPORTAMENTO DEL C.T.U. PER LA DETERMINAZIONE DEL TEG

Occorre premettere che le istruzioni della Banca d'Italia non sono assolutamente vincolanti per il Giudice il quale conserva sempre il potere di sindacarne la correttezza e la conformità al dettato legislativo, come ribadito da copiosa Giurisprudenza (tra le tante si cita: Cassaz. Penale Sent. 46669/2011 - Cassaz. Penale sent. 20148/03 - Corte d'Appello di Milano sent. 3283/2013) oltre che dalla stessa Banca d'Italia (vedasi, da ultimo, i chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura del 3/7/2013).

Quindi il Giudice ha la discrezionalità di stabilire quale sia la formula più idonea a determinare l'usura del tasso: a prescindere dalle convinzioni personali sulla metodologia più corretta per la determinazione del TEG, il comportamento che deve assumere il Consulente Tecnico d'Ufficio è quello di uniformarsi pedissequamente alle direttive del Giudice Istruttore; quindi il margine di discrezionalità è molto limitato e talvolta pressoché nullo.

Qualora quest'ultimo dovesse però richiedere il calcolo secondo la formula indicata dalla Banca d'Italia, alla luce delle anomalie sopra evidenziate, il Consulente Tecnico d'Ufficio dovrà prima di tutto illustrare al Giudice l'errore insito nella formula così come indicata dalla Banca d'Italia nelle istruzioni precedenti quelle dell'agosto 2009, e quindi utilizzare per i propri calcoli unicamente la formula indicata dalla Banca d'Italia in tali ultime istruzioni, a prescindere se nella seconda frazione si è chiamati ad includere anche la

CMS o questa deve essere valutata a parte e confrontata con il tasso soglia trimestralmente stabilito.

Il problema per il CTU sorge quando dal quesito non emerge un indirizzo preciso del giudice e pertanto è rimessa al consulente la decisione sulla formula da adottare: in questo caso si ritiene opportuno effettuare un calcolo su più binari esponendo il risultato ottenuto dall'utilizzo delle diverse formule e/o dalla considerazione o meno delle diverse componenti di costo: il lavoro per il CTU sarà sicuramente più oneroso ma si offre al Giudice un quadro completo della situazione e si riesce ad evitare di essere richiamati a fornire chiarimenti ed integrazioni alla perizia.

Per cui, ipotizzando che il Giudice abbia semplicemente richiesto la verifica dell'usurarietà dei tassi applicati il CTU fornirà:

- un calcolo utilizzando la formula di matematica finanziaria considerando tutte le spese e commissioni escluse le imposte e tasse addebitate nel conto corrente
- un calcolo utilizzando la formula della Banca d'Italia (come da istruzioni 2009) seguendo pedissequamente le istruzioni stesse di volta in volta emanate dalla Banca d'Italia per determinare le commissioni e spese da includere nella formula
- un calcolo utilizzando la formula della Banca d'Italia (come da istruzioni 2009) considerando le commissioni e spese da includere nella formula secondo un proprio giudizio di merito opportunamente illustrato al giudice

Resta poi da determinare a quale valore raffrontare il TEG così calcolato: secondo una parte della dottrina, al fine di assicurare omogeneità dei valori, se si include la CMS nella formula anche per i periodi in cui la stessa non era considerata nella determinazione del TEGM ma valutata separatamente occorre parametrarla non al tasso soglia ma al tasso soglia aumentato del tasso soglia indicato dai decreti ministeriali per la CMS.

Secondo un'altra corrente di pensiero eventuali errori commessi nella determinazione del TEGM non legittimano una modifica empirica del tasso soglia e pertanto il TEG deve confrontarsi con il tasso soglia così come stabilito trimestralmente.

Anche in questo caso una esposizione esaustiva della verifica condotta non può prescindere dal doppio confronto.

Si riporta un esempio di esposizione della problematica:

C/C BANCA XY n. 00001

PROSPETTO DI RAFFRONTO TRA TEG APPLICATO E TASSO SOGLIA PER LEGGE USURA

FORMULA: MATEMATICA FINANZIARIA

DATA	C.M.S.	SPESE	TOT. COMM. E SPESE	INTER. A DEBITO	NUMERI DEBITORI	SCOPERTO DI PERIODO	TEG APPLICATO	TASSO SOGLIA oltre 5.000	DIFFER.	TASSO SOGLIA oltre 5.000 + SOGLIA C.M.S.	DIFFER.
A	B	C	D	E	F	G	H	I	L	M	N
			B + C						H - I		H - M
4° trim. 2007	966,30	382,20	1.348,50	496,75	1.328.305,58	30.000,00	41,48	14,925	26,55	15,975	25,50
1° trim. 2008	966,30	95,00	1.061,30	1.113,37	2.985.298,76	30.000,00	25,74	14,760	10,98	15,810	9,93
2° trim. 2008	1.133,35	345,00	1.478,35	1.457,38	3.907.696,91	30.000,00	25,35	14,820	10,53	15,810	9,54
3° trim. 2008	972,15	95,00	1.067,15	1.573,79	4.219.828,14	30.000,00	22,34	14,805	7,53	15,795	6,54
4° trim. 2008	1.319,15	344,20	1.663,35	1.894,05	5.543.510,80	80.000,00	21,59	15,135	6,45	16,140	5,45
1° trim. 2009	1.688,15	95,60	1.783,75	2.747,42	8.348.111,17	80.000,00	19,51	13,680	5,83	14,670	4,84
2° trim. 2009	3.491,90	96,20	3.588,10	4.494,84	14.112.259,46	80.000,00	20,78	12,930	7,85	13,920	6,86

FORMULA: BANKITALIA

DATA	C.M.S.	SPESE	TOTALE COMMIS S. E SPESE SU BASE ANNUA	INTERESSI A DEBITO	NUMERI DEBITORI	SCOPERTO DI PERIODO	TEG APPLIC	TASSO SOGLIA oltre 5.000	DIFFER.
A	B	C	D	E	F	G	H	I	L
			B + C dei 12 mesi prec.						H - I
4° trim. 2007		360,50	1.442,00	496,75	1.328.305,58	30.000,00	14,85	14,925	- 0,07
1° trim. 2008		85,00	891,00	1.113,37	2.985.298,76	30.000,00	16,58	14,760	1,82
2° trim. 2008		325,00	1.095,50	1.457,38	3.907.696,91	30.000,00	17,26	14,820	2,44
3° trim. 2008		78,00	848,50	1.573,79	4.219.828,14	30.000,00	16,44	14,805	1,64
4° trim. 2008		302,00	790,00	1.894,05	5.543.510,80	80.000,00	13,46	15,135	- 1,68
1° trim. 2009		89,60	794,60	2.747,42	8.348.111,17	80.000,00	13,01	13,680	- 0,67
2° trim. 2009		88,20	557,80	4.494,84	14.112.259,46	80.000,00	12,32	12,930	- 0,61

FORMULA: BANKITALIA CONSIDERANDO NELLA FORMULA LA C.M.S. E LE SPESE RITENUTE INERENTI

DATA	C.M.S.	SPESE	TOTALE COMMIS S. E SPESE SU BASE ANNUA	INTERESSI A DEBITO	NUMERI DEBITORI	SCOPERTO DI PERIODO	TEG APPLIC	TASSO SOGLIA oltre 5.000	DIFFER.	TASSO SOGLIA oltre 5.000 + SOGLIA C.M.S.	DIFFER.
A	B	C	D	E	F	G	H	I	L	M	N
			B + C dei 12 mesi prec.						H - I		H - M
4° trim. 2007	966,30	382,20	5.394,00	496,75	1.328.305,58	30.000,00	31,63	14,925	16,71	15,975	15,66
1° trim. 2008	966,30	95,00	4.819,60	1.113,37	2.985.298,76	30.000,00	29,68	14,760	14,92	15,810	13,87
2° trim. 2008	1.133,35	345,00	4.233,15	1.457,38	3.907.696,91	30.000,00	27,72	14,820	12,90	15,810	11,91
3° trim. 2008	972,15	95,00	4.955,30	1.573,79	4.219.828,14	30.000,00	30,13	14,805	15,33	15,795	14,34
4° trim. 2008	1.319,15	344,20	5.270,15	1.894,05	5.543.510,80	80.000,00	19,06	15,135	3,92	16,140	2,92
1° trim. 2009	1.688,15	95,60	5.992,60	2.747,42	8.348.111,17	80.000,00	19,50	13,680	5,82	14,670	4,83
2° trim. 2009	3.491,90	96,20	8.102,35	4.494,84	14.112.259,46	80.000,00	21,75	12,930	8,82	13,920	7,83