

TRASPARENZA e CARATTERISTICHE dei RAPPORTI BANCARI

*Le norme sulla trasparenza bancaria coinvolgono trasversalmente ogni fase del rapporto, dalla preliminare modalità di pubblicizzazione delle condizioni offerte dall'intermediario alla formazione del vero e proprio contratto.
Focus sulla verifica delle condizioni del rapporto.*

di **PAOLO STELLA MONFREDINI e GIUSEPPINA CARRUBA**

Studio tributario societario Stella Monfredini

Cremona – Milano

L'attività degli istituti di credito e degli intermediari finanziari è sottoposta ad un'ampia regolamentazione, formata da leggi, da deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, oltre che da circolari, regolamenti e disposizioni di vigilanza con cui la Banca d'Italia introduce la normativa tecnica.

A queste si aggiungono, tra le altre, le decisioni dell'Abf (Arbitro bancario finanziario - sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie tra clienti e banche e/o altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari) che pur non essendo vincolanti come quelle del giudice ordinario comportano che se l'intermediario non le rispetta il suo inadempimento è reso pubblico.

La verifica del corretto adempimento degli obblighi imposti dalle norme in materia di trasparenza bancaria (Testo unico bancario - D. Lgs. 385/1993 Titolo VI e normativa secondaria: delibere Cicer e circolari Banca d'Italia), rappresenta pertanto la fase preliminare che il soggetto chiamato ad analizzare

e periziare un rapporto tra banca e cliente, è chiamato a svolgere.

CONCETTO di «TRASPARENZA» in AMBITO BANCARIO

Il concetto di «trasparenza» in ambito bancario, al di là dell'ovvio richiamo al dovere di informazione (rispetto a cui la trasparenza si pone talvolta come sinonimo talaltra come misuratore), si collega ad altri caratteri che devono permeare tutta l'azione dell'Istituto di credito, partendo dal dovere di raccogliere informazioni da comunicare al cliente (si pensi ai parametri di indicizzazione), passando per quello di garantire parità di trattamento tra i clienti, sino ad arrivare alla misurazione della performance dell'intermediario in termini di efficienza ed efficacia di informazione, di correttezza e di buona fede, con riferimento ad ogni momento dell'attività svolta dall'intermediario.

RAPPORTI BANCARI

Quasi tutte le norme relative alla definizione di rapporti giuridici patrimoniali rilevanti, sono caratterizzate dal ricorso alla **trasparenza** quale **criterio valutativo**, destinato a fungere da parametro di giudizio in ordine ai binomi liceità/illiceità; legalità/illegalità; validità/invalidità; legittimità/illegittimità relativi ad atti, contratti, casule negoziali, comportamenti (commissivi o omissivi) riassuntivi di figure, istituti ed interessi tra loro differenti.

La **trasparenza** si pone, quindi, quale **strumento** attraverso cui **effettuare il richiesto sindacato** sul «raggiungimento dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali»⁽¹⁾ e rappresenta la soglia minimale al di sotto della quale il giudizio su negozi, clausole, comportamenti non può che risolversi negativamente.

FONTI PRIMARIE e SECONDARIE

La **storica fonte normativa sulla trasparenza bancaria** è rappresentata da un lato dal Regolamento del Ministro del tesoro del 24 aprile 1992, dall'altro dalla Legge n. 154 del 17 febbraio 1992, le cui norme sono state preservate dal meccanismo di ultrattività designato dall'art. 161, co. 2, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

La normativa primaria seguita alla L. 154/1992 è quella offerta dalle norme che nel **Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia** (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 così come modificato dal D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342) si trovano riunite sotto il titolo di «Trasparenza delle condizioni contrattuali» (Titolo VI, art. 115 e segg.).

Altra fonte di regolamentazione per la trasparenza è rappresentata dalle delibere del Comitato del credito e del risparmio, in particolare dalla delibera del 4 marzo 2003 (entrata in vigore insieme alle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia il 1° ottobre 2003) e per

certi aspetti la più remota delibera del 9 febbraio 2000 che si occupa di trasparenza all'art. 6.

Accanto a tali fonti, troviamo circolari e/o istruzioni dettate dalla Banca d'Italia e raccomandazioni dell'Abf (Arbitro bancario finanziario), dettate sulla base degli esiti dei ricorsi, che integrano il quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento delle proprie funzioni regolatrici e di controllo in materia di trasparenza e correttezza delle relazioni con la clientela.

Nel **titolo VI del Tub**, la **trasparenza** è associata alle **condizioni contrattuali** che sono, normalmente, condizioni uniformi, cioè destinate a regolare la generalità dei rapporti contrattuali che la banca instaura con i propri clienti. Si tratta cioè di clausole standard, che avendo contenuto potenzialmente abusivo, fanno sorgere il bisogno di proteggere il cliente.

La legge provvede a tale protezione, in parte nel Tub e per il resto con le norme del codice civile, in ogni caso gli intermediari sono tenuti a improntare le proprie relazioni d'affari a criteri di «buona fede e correttezza».

NORME CONTENUTE nel TESTO UNICO BANCARIO

La disamina degli articoli del titolo VI del Testo unico bancario (artt. 115 e segg.), consente di individuare gli **elementi** a cui, in tema di **trasparenza**, è **legata la validità di un rapporto bancario**, fermo restando che un'analisi approfondita e completa dello stesso deve comunque sempre basarsi sull'individuazione delle norme che ne regolano costituzione, prosecuzione, recessione e/o scioglimento con

⁽¹⁾ App. Roma, 24 settembre 2002.

riferimento allo specifico rapporto trattato.

Le **norme di trasparenza coinvolgono trasversalmente ogni fase del rapporto** e, ancor prima, la preliminare forma/modalità di pubblicizzazione dei prodotti/condizioni offerte dall'intermediario (2).

Inoltre, gli Istituti che hanno aderito al consorzio Patti Chiari, hanno ulteriormente assunto nei confronti dei propri clienti obblighi specifici ed ulteriori a quelli già presenti nella normativa di intermediazione finanziaria, e fra questi proprio quello di informare i clienti prima, durante e dopo le scelte di investimento (3).

L'art. 115 del Tub definisce l'ambito di applicazione della normativa sulla Trasparenza inserita nel Tub, demandando al Ministero dell'Economia e delle Finanze di individuare altre attività, oltre quelle definite dallo stesso articolo, da sottoporre alla medesima disciplina.

Sostanzialmente le norme di cui trattiamo sono rivolte alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari.

Entrando nel vivo della disciplina, la prima norma «di merito» si trova nell'art. 116 «**Pubblicità**» che individua quali **elementi debbano essere resi noti ai clienti** da parte dei soggetti anzidetti. Al Ministero dell'Economia e

delle Finanze, sentite Consob e Banca d'Italia, spetta individuare gli elementi (criteri, parametri e ulteriori obblighi) riferiti ai titoli di Stato e al Cibr è demandata l'individuazione delle operazioni e dei servizi sottoposti a pubblicità nonché delle disposizioni e dei criteri afferenti forma, contenuto e modalità di pubblicizzazione.

Il primo comma dell'art. 116, nello stabilire che le **banche** e gli **intermediari** rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate, sancisce il **divieto di fare rinvio agli usi**.

Ed è proprio su questo ultimo aspetto che il contenzioso bancario sta crescendo esponenzialmente se si considera che, soprattutto in tema di anatocismo e/o applicazioni delle Cms le banche, in passato, hanno fatto affidamento a prassi operative e ad usi commerciali successivamente reputati non idonei (da parte di Giudici di merito e di legittimità) a giustificare l'applicabilità di tali condizioni.

Ancora più rilevante in tema di **trasparenza** appare l'art. 117 che con riferimento ai contratti e al loro **contenuto «minimo»**, detta precise norme di redazione, la cui violazione comporta la **nullità del contratto** (per vizio di forma scritta o in mancanza di pubblicità delle condizioni) o l'automatica sostituzione delle condizioni (tassi/prezzi) definite per invio agli usi o più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate, con quelle indicate alle lettere a) e b) del co. 7 dello stesso articolo (4).

In merito alla remunerazione delle aperture di credito, l'art. 117-bis (introdotto dall'art. 6-bis, co. 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201) prevede specificatamente quali e in che misura possono essere gli oneri posti a carico del cliente, tenuto conto che già con L. 2/2009, la vecchia commissione di massimo scoperto

(2) Si vedano in proposito *Tar Lazio, sez. dist. Roma, sez. I, 4 febbraio 2013 n. 1177; Tribunale di Pescara n. 1241 dell'11 ottobre 2012; Corte d'Appello Torino, 10 aprile 2012, ecc.*

(3) *Tribunale Catanzaro 2 marzo 2012.*

(4) Si tratta di «lettera a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione;

lettera b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

Per la giurisprudenza di merito, si vedano per tutte, *Tribunale di Pescara 24 maggio 2012, n. 694; Tribunale di Siena, 19 aprile 2012 n. 136.*

RAPPORTI BANCARI

era stata oggetto di revisione ⁽⁵⁾, con la precisa definizione dei casi di nullità.

Si tratta in tutti i casi di **norme** che mirano a rendere **univocamente determinate/determinabili le condizioni di rapporto**, da cui ne discende la validità anche a mente delle norme civilistiche. Giurisprudenza di merito ormai copiosa infatti ha ribadito la nullità di clausole (come la cms) la cui misura era stata fissata con rinvio agli usi di piazza e pertanto non sufficientemente definita in modo univoco ⁽⁶⁾.

Le **condizioni applicabili al rapporto** devono quindi **sempre essere determinate e provate per iscritto** (in mancanza gli interessi e gli altri oneri sono determinati ai sensi dell'art. 117, co. 7, Tub, il che prevede che il contratto sia automaticamente integrato sulla base di informazioni pubbliche o comunque pubblicate dall'intermediario mediante la documentazione di trasparenza ⁽⁷⁾).

In tema di condizioni applicabili al cliente, è interessante una decisione dell'Abf del 2012 (decisione n. 302/2012) con cui è stato confermato che il cliente in **possesso dei requisiti stabiliti dall'intermediario** per ottenere **condizioni di favore** (ad esempio, quelle previste per i dipendenti), ha diritto a ottenerle. Analogamente, nel caso in cui l'intermediario abbia stipulato una **convenzione** con un'associazione di categoria nella quale si prevede che, al ricorrere di determinate condizioni, siano applicabili al cliente clausole contrattuali più favorevoli, queste ultime dovranno essere effettivamente applicate in favore dei soggetti rispetto ai quali tali condizioni risultino verificate.

VERIFICA delle CONDIZIONI del RAPPORTO

Il **perito** che si trovi a **verificare il comportamento tenuto dall'istituto bancario/finanziario** in tema di **trasparenza**, deve pertanto,

verificare *ab origine* che lo stesso abbia instaurato il proprio **rapporto con il cliente, preventivamente informato** (con i mezzi pubblicitari «commerciali» previsti e con «contatto diretto» esplicativo delle condizioni di dettaglio) sulla base di un **contratto scritto firmato** da entrambe le parti (quindi attenzione alla necessaria presenza della sottoscrizione anche da parte della banca, a mezzo soggetto avente potere di conclusione del contratto), recante **data certa**, che contenga indicazione di ogni condizione applicata al rapporto (verificandone la misura ai sensi del suddetto art. 117), ivi compresa l'espressa facoltà della banca di

⁽⁵⁾ L'art. 2-bis della L. 2/2009, prevede infatti che: «1. 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.

2. 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'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni».

⁽⁶⁾ Si vedano, per tutte, Corte d'Appello di Bari, sez. II 14 ottobre 2009, n. 983; Tribunale di Mondovì, 17 febbraio 2009 n. 70; Tribunale di Firenze, sez. III, 27 novembre 2006.

⁽⁷⁾ Abf decisione n. 711/2012.

modificare le condizioni contrattuali, il cd. *ius variandi*.

Si tratta di un'analisi documentale, volta a individuare l'esistenza e la validità dei rapporti tra banca/intermediario e cliente, alla luce delle ordinarie norme civilistiche (di validità dei contratti, di rapporto di mandato e degli specifici rapporti di conto corrente e/o mutuo) e di quelle «speciali» previste dalla normativa bancaria.

Nella prosecuzione del rapporto, il perito è chiamato a verificare la rispondenza del comportamento tenuto dall'Istituto con riguardo agli obblighi di informazione (comunicazioni periodiche) e rendicontazione e al corretto utilizzo della facoltà di modificare unilateralmente le clausole contrattuali, con la particolare attenzione al fatto che lo *ius variandi* riguarda elementi del contratto che devono essere stati oggetto di sottoscrizione in apertura di rapporto, non costituendo variazione ma novazione del contratto una clausola «sostitutiva» di una precedente.

Nel caso in cui una clausola contrattuale (es: cms) sia successivamente sostituita con altra avente caratteristiche e modalità di applicazione/determinazione differenti (es: commissione disponibilità fondi e/o di istruttoria veloce), si è in presenza di una nuova pattuizione che richiede un nuovo contratto. In materia, l'Abf ha ribadito l'esclusione della possibilità, attraverso il procedimento di modifica previsto dall'art. 118 Tub, di introdurre nel rapporto contrattuale clausole «nuove» (decisione n. 1212/2012).

La modifica unilaterale delle condizioni contrattuali è oggetto, nello specifico, dell'art. 118 che ne prevede modi e condizioni per l'efficacia, sancendo che le variazioni per le quali non siano state osservate le prescrizioni dell'articolo sono inefficaci, se sfavorevoli al cliente.

Affinché la modifica unilaterale sia legittima, è necessario che essa sia portata a conoscen-

za del cliente secondo le modalità previste dall'art. 118 Tub che prevede, tra l'altro, l'invio al cliente di una preventiva comunicazione che riporti in modo evidenziato la dicitura «Proposta di modifica unilaterale del contratto», nonché l'indicazione del giustificato motivo, con preavviso minimo di 30 giorni, in forma scritta o su altro supporto durevole.

L'Abf, nella sua relazione del 2012 ha precisato che il «giustificato motivo» che deve sorreggere la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali non può coincidere con l'effetto della variazione adottata; in particolare, è stata ritenuta illegittima la modifica peggiorativa giustificata sulla base dell'esigenza di mantenere inalterato, per la banca, il costo dell'operazione di raccolta del risparmio presso il pubblico dei depositanti (decisione n. 2134/2012); è stata censurata anche l'ipotesi in cui la modifica unilaterale è stata giustificata dall'intermediario facendo riferimento all'aumento dell'inflazione (decisione n. 3981/2012).

Alle condizioni di validità finora trattate che riguardano essenzialmente la fase iniziale/constitutiva del rapporto, si aggiungono gli ulteriori oneri che la normativa di trasparenza pone a carico dell'intermediario e che sono dettate dagli artt. 119 «Comunicazioni periodiche alla clientela» e 120 «Decorrenza delle valute e calcolo degli interessi» (con espresso rimando al Cici di stabilire modalità e criteri per la produzione degli interessi).

L'art. 119 riguarda anche il diritto di ottenere la documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni: la richiesta di documentazione avanzata dal cliente – ovvero da altro soggetto legittimato – deve essere evasa dall'intermediario entro 90 giorni, ponendo a capo del richiedente esclusivamente i costi di produzione dei documenti richiesti.

Secondo recenti sentenze dell'Abf l'intermediario è tenuto a soddisfare la richiesta del

RAPPORTI BANCARI

cliente anche in relazione ai rapporti – già intrattenuti presso altri istituti – nei quali esso sia subentrato (decisione n. 1813/2012) e quando la richiesta sia formulata, anziché dal titolare del rapporto, da parte di soggetti terzi. A titolo di esempio: è stata ritenuta legittima la richiesta di documentazione bancaria proveniente dal socio di una S.n.c. in relazione a un contratto stipulato da quest'ultima (decisione n. 3793/2012), nonché la richiesta proveniente dal condomino relativamente a rapporti bancari facenti capo al condominio di appartenenza (decisione n. 3259/2012); mentre è stata esclusa la legittimità di analogha richiesta formulata in relazione ai rapporti bancari di un'associazione professionale da parte dell'erede di uno degli associati (decisione n. 2552/2012).

Per quanto riguarda i costi per il rilascio di documentazione, secondo l'orientamento dell'Abf non ricadono nell'ambito di applicazione della Deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali n. 14 del 23 dicembre 2004⁽⁸⁾.

In base alle vigenti disposizioni di trasparenza, l'intermediario è tenuto a comunicare al cliente l'ammontare – almeno approssimativo – delle spese che gli saranno addebitate in relazione alla richiesta di documentazione avanzata. L'Abf ha, pertanto, ritenuto illegittima la condotta dell'intermediario che, di fronte alla richiesta del cliente, si sia rifiutato di

quantificare tali spese; incidentalmente, ha altresì affermato che, nel caso in cui la richiesta provenga da un cliente fortemente esposto, l'intermediario potrebbe pretendere il preventivo deposito delle somme destinate a coprire le spese di produzione della documentazione (decisione n. 1010/2012).

Infine, gli artt. 120-bis, 120-ter e 120-quater si occupano dell'estinzione del rapporto (recesso e rispettivi oneri a carico delle parti) e sua surrogazione/portabilità.

Anche su questo tema, e sul connesso dovere di diligenza nell'esecuzione del contratto generalmente richiamato dall'Abf con riferimento alla condotta degli intermediari, il Collegio ha affermato che «anche il potere (del cliente) di chiudere unilateralmente un rapporto, come ogni altro potere va (...) esercitato secondo buona fede (art. 1375 c.c.)⁽⁹⁾».

⁽⁸⁾ Si veda la decisione Abf n. 2316/2012: tale Deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali n. 14 del 23/12/2004 – che pone limiti quantitativi alle somme che i soggetti che eseguono il trattamento di dati personali possono porre a carico di coloro che chiedono conferma dell'esistenza di dati di loro pertinenza o informazioni sulle relative modalità del trattamento – non è infatti applicabile in ambito bancario, in quanto è la legge stessa a porre su piani distinti il diritto di ottenere il rilascio di documentazione relativa a rapporti bancari e finanziari (art. 119, comma 4, Tub) dal diritto di accesso ai dati personali (art. 7, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

⁽⁹⁾ Si veda la decisione n. 141/2012, in cui l'Abf ha ritenuto inefficace il recesso che il cliente riteneva di aver compiutamente esercitato pur essendosi, in fatto, limitato a disporre verso un altro conto un bonifico con causale «chiusura (...) fido conto corrente». Ha infatti rilevato che «è usuale (...) che la volontà di chiudere un rapporto sia manifestata con apposita separata dichiarazione» e che, d'altra parte, ciò non comporta alcun particolare onere per il cliente.