

Evoluzione della disciplina degli interessi ultralegali nei contratti bancari

- L'art. 1284, comma 3, c.c. stabilisce che: "*Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale.*"
- Se il contratto non ha forma scritta (ante trasparenza bancaria) lo stesso mantiene la sua validità (è regolato dalle norme anteriori alla l. 154/1992)
- L'orientamento formatosi nel vigore del regime precedente alla riforma (al pari della disciplina sull'usura)- ribadito anche da Cass. n. 17090 del 2008 – consentiva che il contratto di apertura di credito potesse essere concluso *per facta concludentia* e ciò alla luce del comportamento rilevante della banca, consistente nel pagamento di assegni emessi dal cliente senza copertura; con la conseguenza che anche il relativo recesso, intervenuto prima dell'entrata in vigore della normativa innanzi richiamata, "non richiedeva la forma scritta, potendo essere valida la semplice comunicazione anche verbale della banca al cliente, relativa all'intenzione di recedere dai contratti".

Effetti della mancata forma scritta

- La mancata forma scritta della disciplina degli interessi convenzionali comporta la nullità delle condizioni economiche applicate.
- Nell'ipotesi in cui il contratto di conto corrente sia in forma libera (perché stipulato ante l.154) si applicano al rapporto gli interessi nella misura legale (non si applica l'art. 117 del TUB).
- Da un punto di vista operativo è necessario procedere alla riliquidazione delle competenze addebitate nel rapporto di c/c (modifica iterativa dei numeri debitori; si sostituisce al tasso esposto nello scalare della banca il tasso legale e si calcolano i nuovi interessi).

Disciplina post legge sulla trasparenza bancaria

- Il 24 febbraio 1992 viene pubblicata la legge n. 154 contenente “norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”.
- Disciplina trasfusa nel TUB (D. Lgs. 385/1993 rubricata nel Titolo VI del Tub) : Art. 117 del TUB: *I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti... Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo...*
- Viene affermato il principio della regola della forma scritta ad substantiam per tutti i contratti posti in essere dalle banche e gli intermediari finanziari con i clienti, indipendentemente dal contenuto specifico del contratto ed in particolare, indipendentemente dalla riconducibilità della tipologia contrattuale alla categoria dei contratti di credito o di finanziamento.

Clausole contrattuali di rinvio (irregolari)

- Clausole del tipo *“gli interessi dovuti dal correntista all’azienda di credito, salvo patto diverso, si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente dalle Aziende di credito sulla piazza”* sono da considerarsi nulle. Determina un vizio non sanabile con una comunicazione di modifica unilaterale del contratto (vedasi quanto indicato successivamente in materia di ius variandi, ex art. 118 TUB);
- La mancata contestazione degli estratti conto inviati al cliente dalla banca, oggetto di tacita approvazione, non vale a superare la nullità della clausola relativa agli interessi ultralegali, perché l'unilaterale comunicazione del tasso d'interesse non può supplire al difetto originario di valido accordo scritto in deroga alle condizioni di legge, richiesto dall'articolo 1284 c.c." (vedi Cass. sent. n. 17679/09).

Effetti delle clausole irregolari

- Contratto redatto in forma scritta ma con mancata indicazione del tasso applicato o di ogni altra condizione economica: Si applicherà il tasso sostitutivo di cui all'art. 117 T.U.B. comma 7, lettera a): *tasso nominale minimo e massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei B.O.T. emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto o dell'operazione, se più favorevoli per il cliente.*
- Contratto redatto in forma scritta con rinvio agli usi: Si applicherà il tasso sostitutivo di cui all'art. 117 T.U.B. comma 7, lettera a)
- Contratto redatto in forma scritta in cui sono invalidi ogni altro prezzo o condizione praticati dalla banca: si applicherà la lettera b) del comma 7 dell'art. 117 T.U.B. lettera b): altri prezzi e condizioni pubblicizzati dalla banca nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi.

Clausole di rinvio regolari

- in tema di contratto di conto corrente bancario, la convenzione relativa agli interessi deve contenere la puntuale indicazione del tasso praticato e, ove esso sia convenuto come variabile, ai fini della sua precisa individuazione concreta, nel corso della vita del rapporto contrattuale, è necessario il riferimento a parametri che consentano la sua precisa determinazione, non essendo sufficienti generici riferimenti dai quali non emerga con chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione” (Cass. 22179/2015).
- In questa ipotesi è regolare la presenza nel contratto di una clausola che preveda la determinazione delle condizioni economiche (es. tasso a debito) *per relationem* a fonti extracontrattuali diverse dagli usi, se certe, predeterminate e verificabili (clausole indicizzazione: ad es. Euribor)

Esercizio dello Ius Variandi

- Impianto normativo: l. 152/1992, D. Lgs. 385/1993, dl. 223/2006, D.Lgs. 141/2010.
- Definizione, art. 118 del TUB: facoltà riconosciuta all'istituto di credito, purché originariamente pattuita nel contratto, di modificare unilateralmente in futuro le condizioni stabilite nel contratto.
- Disciplina applicabile ai soli contratti inerenti le operazioni bancarie (No alle prestazioni di servizio di investimento, in quanto regolate dal TUF)
- L'esercizio di questa facoltà concessa dalla legge è strettamente regolamentato. E' necessario che nel contratto sottoscritto dalle parti sia stata specificamente approvata la clausola inerente lo ius variandi (deve essere evidenziata).
- Per l'esercizio dello *ius variandi* deve sussistere un **giustificato motivo** e bisogna che la banca effettui una comunicazione al cliente (2 mesi prima).
- Bisogna partire dalla considerazione che, secondo le disposizioni generali, il contratto ha forza di legge fra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso (art. 1372, 1° co., c.c.).
- Le modifiche unilaterali non possono però portare all'introduzione di nuove clausole.

segue

- Il D.Lgs. 141 del 2010 che ha modificato l'art. 118 t.u.b. con l'indicazione operata nel primo periodo del suddetto articolo (“le altre condizioni **previste** dal contratto”) conferma la finalità del legislatore di circoscrivere l'ambito delle “modifiche” alle sole condizioni già previste in contratto, escludendo la possibilità di introdurre, con l'esercizio di tale facoltà, pattuizioni prima non presenti. Circolare del Ministero dello Sviluppo economico 5574/2007.
- Cosa succede agli oneri introdotti dalla normativa (vedasi art. 117 bis, oneri onnicomprensivi) in sostituzione di altre commissioni? La possibilità di modificare le commissioni/oneri in ragione dei mutamenti normativi a mezzo dell'art. 118 t.u.b. (ove espressamente consentito, come nel caso di specie lo è stato, dalla normativa di modifica) presuppone tuttavia che il contratto in corso prevedesse pattuizioni divenute in contrasto con la disciplina contenuta nella nuova norma (l'art. 117 bis introdotto dal DL 201/2011 ha innovato profondamente in materia di oneri finanziari addebitabili al cliente).

Distinzione tra contratti bancari a tempo indeterminato e contratti di durata (disciplina prevista post D. Lgs 141/2010)

- La normativa relativa all'esercizio dello ius variandi distingue fra i contratti a tempo indeterminato (es. conti correnti, art. 118, 1° comma 1° periodo) da quelli a tempo determinato (es. mutui, art. 118, 1° comma 2° periodo) ;
- Nei primi la facoltà di variazione è più ampia (può riguardare tassi e spese), mentre nei secondi la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.
- Il legislatore si riferisce principalmente ai contratti a tempo indeterminato in quanto questi possono avere una durata virtualmente infinita e obbligare le parti di un contratto - anche a distanza di molti anni dalla conclusione e senza una scadenza predefinita - a mantenere in vigore le medesime clausole contrattuali che erano state pattuite all'inizio del rapporto sarebbe stato ingiusto (sinallagma contrattuale).

segue

- Se si esamina il contenuto del primo comma, primo periodo, dell'art. 118 è possibile notare come la legge si esprima in modo decisamente ampio, facendo riferimento a tassi, prezzi e altre condizioni. In definitiva l'istituto di credito, una volta riservatasi tale facoltà in contratto (e purché sussista un giustificato motivo) è legittimato a cambiare qualsiasi parte del contratto.
- Per i contratti di durata lo *ius variandi* può sì essere esercitato, ma solo con riferimento agli elementi contrattuali diversi dal tasso di interesse. Potranno pertanto essere variati gli altri aspetti economici del contratto. Inoltre potranno essere variati altri aspetti delle pattuizioni originariamente intercorse fra le parti.
- nel mutuo, in virtù del mutato contesto normativo, l'ambito perimetrale dello *ius variandi economico* potrà riguardare, a titolo esemplificativo, a) le spese di invio dell'avviso di scadenza delle rate e quelle per il conteggio del debito residuo; b) le spese di accollo del mutuo o per la rinnovazione dell'ipoteca, c) quelle relative alla certificazione degli interessi o per il sollecito di adempimento, d) le spese per la duplicazione della quietanza. In alcun modo si potrà invece variare, in senso sfavorevole al cliente, il tasso di interesse contrattualmente previsto al momento della stipula.

Il giustificato motivo

- Una novità rilevante, introdotta dal D.L. 223/2006, attiene all'introduzione del "giustificato motivo" come condizione necessaria all'esercizio dello ius variandi.
- il legislatore non stabilisce espressamente cosa si debba intendere per "giustificato motivo; in merito alla nozione di "giustificato motivo" è intervenuto il Ministero dello sviluppo economico : *...in relazione al contenuto minimo della nozione di "giustificato motivo", questa deve intendersi nel senso di ricomprendere gli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario. Tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.)*

Conseguenze del non corretto esercizio dello Ius Variandi

- il 3° c. dell'art. 118 T.u.b. prevede che «le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente».

Indicazioni ABF

- Non considerate adeguate, quindi, inidonee a soddisfare i requisiti di determinatezza e verificabilità impliciti nella previsione di cui all'art. 118 TUB i riferimenti relativi a:
 - *all' "andamento del mercato dei tassi"*
 - *agli "effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria"*
 - *al "peggioramento del contesto economico globale avvenuto negli ultimi mesi nonché della forte riduzione della forbice dei tassi, a seguito di una riduzione del costo della raccolta non proporzionale a quanto avvenuto per i prestiti concessi, che ha determinato la perdita di sostenibilità economica dell'operazione di finanziamento"*
 - *all' "incremento del rischio creditizio correlato al deteriorarsi dello scenario macroeconomico"*

Indicazioni ABF

- al “peggioramento delle condizioni generali di mercato con conseguente incremento dei costi sostenuti dalla banca per la messa a disposizione dei fondi utilizzati a fronte di finanziamenti concessi”.
- Si ribadisce l’insufficienza di un generico richiamo alla **“diminuzione dei principali tassi di riferimento”**, ma é necessario indicare e provare, almeno, *“la misura dei principali tassi di riferimento per il mercato bancario al tempo della conclusione del contratto, la misura dei tassi delle operazioni di raccolta, sì da poter apprezzare che rapporto vi fosse tra queste due serie di tassi e il tasso previsto per il contratto de quo, nonché la misura in cui quei principali tassi di riferimento sono venuti a diminuire”* .
- il Collegio di coordinamento del Febbraio 2016 ritiene, comunque, di ribadire l’orientamento già espresso in base al quale *“la comunicazione della modifica unilaterale deve infatti avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa”* .