

Novembre 2016

Usura: antecedentemente al 1 gennaio 2010 la CMS non va considerata nel calcolo del TEG. Cassazione Civile, Sez. I, 03 novembre 2016, n. 22270.

Antonio De Simone, Avvocato del Foro di Napoli

In tema di contratti bancari, la disposizione dettata dall'art. 2-bis, comma secondo, del decreto-legge n. 185 del 2008, che attribuisce rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cod. civ., dell'art. 644 cod. pen. e degli artt. 2 e 3 della legge n. 108 del 1996, agl'interessi, alle commissioni e alle 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, ha carattere non già interpretativo, ma innovativo, e non trova pertanto applicazione ai rapporti esauriti in data anteriore all'entrata in vigore della legge di conversione, con la conseguenza che, in riferimento a tali rapporti, la determinazione del tasso effettivo globale, ai fini della valutazione del carattere usurario degli interessi applicati, deve aver luogo senza tener conto della commissione di massimo scoperto.

La vicenda processuale

È questo il significativo principio espresso dalla Corte di Cassazione, sez. prima, Pres. Nappi – Rel- Mercolino, con la sentenza n. 22270 del 3 novembre 2016.

Nel caso di specie, i fideiussori di una società fallita avevano proposto appello avverso la sentenza del Tribunale di Trieste che aveva rigettato l'opposizione dagli stessi spiegata relativamente ad un decreto ingiuntivo emesso in favore della Banca opposta, nella quale contestavano l'importo degli interessi addebitati sul conto corrente, in quanto calcolati ad un tasso eccedente la soglia usuraria, affermando inoltre l'illegittimità dell'addebito della commissione di massimo scoperto (di seguito, per brevità, "CMS"), poiché prevista da una clausola non ribadita in sede di conferma dell'apertura di credito ed applicata sul totale del fido accordato.

Nel giudizio di secondo grado, le doglianze dei fideiussori erano state nuovamente disattese, sulla base del rilievo per cui il c.t.u. nominato in primo grado aveva accertato che il Tasso Effettivo Globale, calcolato senza tener conto della CMS, in ossequio alle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nel 2006, non era superiore al tasso soglia.

Secondo le argomentazioni della Corte d'Appello di Trieste, infatti, pur avendo il d.l. 185/08 ed il d.l. 78/09 previsto l'inclusione della CMS nel calcolo del TEG, doveva escludersi l'applicabilità di dette leggi al rapporto in questione, anteriore al 2009, atteso

che alle disposizioni citate doveva attribuirsi natura innovativa e non meramente interpretativa.

Avverso la predetta sentenza i fideiussori proponevano ricorso per cassazione, denunciando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2-bis del d.l. n. 185 citato e dell'art. 1, comma terzo, lett. a), della legge 80/05, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui attribuiva natura innovativa all'art. 2-bis, senza tener conto dell'equivocità del riferimento nella stessa contenuto alla data di entrata in vigore ed ai contratti in corso, nonché delle finalità della norma, volta a correggere una prassi amministrativa difforme.

Resisteva con controricorso la Banca, ribadendo la legittimità del proprio operato e la liceità degli interessi pattuiti ed applicati.

Evoluzione normativa e considerazioni della Corte

La Suprema Corte, premettendo un breve *excursus* sulla natura della commissione di massimo scoperto e sulla evoluzione normativa della relativa disciplina, ha disatteso il motivo principale di ricorso dei fideiussori, escludendo la CMS dagli oneri rilevanti ai fini delle verifiche di usurarietà per il periodo antecedente al 1.1.2010, operando un netto *revirement* rispetto alla posizione assunta in sede penale con tre precedenti decisioni (cfr. Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2010, n. 12028; 14 maggio 2010, n. 28743; 23 novembre 2011, n. 46669) e conformandosi invece ad un precedente del giugno 2016, laddove si era già ravvisato un mutamento di orientamento (cfr. Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2016, n.12965).

In riferimento alla possibilità di tenere conto nel computo del tasso d'interesse anche della CMS, i giudici di legittimità hanno preliminarmente osservato che tale componente, costituendo *“la remunerazione dell’obbligo della banca di tenere a disposizione dell’accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dalla sua utilizzazione”*, dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto: questa qualificazione è stata ritenuta sempre preferibile anche alla luce delle indicazioni emergenti dalle istruzioni della Banca d'Italia e dalle successive rilevazioni del tasso soglia (ante 2009), in cui è stato puntualizzato che la commissione in esame non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla l. n. 108/96.

In particolare, la Banca d'Italia, dapprima in una circolare emanata nel 1996 ed in seguito nelle istruzioni impartite per la rilevazione del TEG, aveva ribadito che la CMS non entra nel calcolo del TEG, ma viene rilevata separatamente, ed espressa in termini percentuali.

La Corte ha notato come – nell'ambito di un esame approfondito della nuova normativa – che l'art. 2-bis del d.l. 185/08, comma primo, ha introdotto una specifica disciplina

per il corrispettivo in questione, avente come finalità essenziale quella di garantire la trasparenza della sua determinazione ed applicazione, prevedendo:

a) la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la CMS, qualora il saldo del cliente fosse risultato a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido;

b) la nullità delle clausole, comunque denominate che prevedessero 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 prevedessero una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo fosse 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 fosse 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.

Tale disciplina è stata in un primo tempo modificata dall'art. 2, comma secondo del d.l. 78/09, il quale ha aggiunto un secondo periodo all'art. 2-bis, comma secondo, stabilendo, a pena di nullità della relativa pattuizione, che l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo previsto dal primo comma non potesse comunque superare lo 0,5%, per trimestre, dell'importo dell'affidamento.

In seguito, l'art. 6-bis del d.l. 201/11, ha inserito la disciplina della CMS nel TUB, introducendo l'art. 117-bis, mentre l'art. 27, comma quarto, del d.l. 27/12 ha abrogato il primo ed il terzo comma dell'art. 2-bis citato.

Alla luce di tali interventi legislativi, pertanto, oltre alla commissione di affidamento, non possono essere previsti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi, né all'utilizzo dei medesimi; per gli sconfinamenti è ammessa invece soltanto la commissione di istruttoria veloce.

Tale disciplina, applicabile dal 1 luglio 2012, è accompagnata dall'espressa comminatoria della nullità delle clausole che prevedano oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito (art. 117-bis, 3° co.), nonché dalla previsione dell'obbligo dell'adeguamento dei contratti in corso alla data della sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 118 TUB.

In tale clima riformatore è di rilievo, secondo i giudici di legittimità, che nessuna precisazione sia invece intervenuta con riguardo alla computabilità della CMS nella determinazione del tasso d'interesse da porre a confronto con il tasso soglia, ai fini della valutazione in ordine al carattere usurario degli interessi, la quale, per quanto riguarda i

rapporti anteriori all'adeguamento previsto dalla legge, rimane pertanto affidata alla disciplina dettata dal comma secondo dell'art. 2-bis d.l. 185/08, tuttora vigente.

Se quindi la Banca d'Italia nelle nuove istruzioni (aggiornamento all'agosto 2009) ha indicato, tra le voci da comprendere nel calcolo del TEGM anche «*la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti*», è da notarsi che fino al secondo semestre 2009, i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi d'interesse escludevano detta commissione dal calcolo del TEGM, in conformità delle precedenti istruzioni della Banca d'Italia, e tale prassi ha trovato conforto anche nelle nuove istruzioni, le quali dispongono che fino al 31 dicembre 2009, al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, gli intermediari debbano attenersi ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC pubblicate nel 2006, restando pertanto esclusi dal calcolo la CMS e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla l. n. 2/09.

Secondo la Suprema Corte, dunque, una lettura complessiva dell'art. 2-bis del d.l. 185/08, estesa anche alle disposizioni del primo e del terzo comma, oggi abrogati, induce a dubitare della possibilità di attribuirle carattere meramente interpretativo, avuto riguardo alla portata decisamente innovativa delle disposizioni che prevedevano espressamente la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la CMS senza estenderla ai contratti in corso, ma imponendone l'adeguamento entro centocinquanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge.

Significativo è apparso inoltre, in ordine alla portata da attribuire al secondo comma, il riferimento del secondo periodo al terzo comma dell'art. 644 c.p. ed all'emanazione di una disciplina transitoria volta a stabilire **che il limite oltre il quale gli interessi sono usurari resti regolato dalla disciplina previgente fino alla rilevazione del TEGM in base alle nuove disposizioni.**

La Cassazione ha, quindi, ritenuto che la norma di cui all'art. 2-bis d.l. 185/08 vada ad incidere, non già sul quarto, ma sul terzo comma dell'art. 644, ovvero sulla legge che stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ed ha quindi ravvisato, per effetto di detta disposizione, una modificazione dell'intera disciplina della CMS, estesa anche agli atti aventi valore regolamentare, che fino all'entrata in vigore della riforma escludevano espressamente tale corrispettivo dal calcolo del TEGM.

I giudici della Corte hanno richiamato, sul punto, il canone ermeneutico fondamentale per individuare la natura di interpretazione autentica di una normativa.

In tal senso, la qualificazione di una disposizione di legge come norma di interpretazione autentica (al di là del carattere effettivamente interpretativo della previsione) presuppone l'univoca espressione dell'intento di imporre un determinato significato a precedenti disposizioni, in modo da far regolare dalla nuova norma fattispecie sorte anteriormente alla sua entrata in vigore, con la conseguente esclusione, in applicazione del canone ermeneutico che impone all'interprete di attribuire un senso

a tutti gli enunciati del precetto legislativo, della possibilità d'intendere la medesima disposizione come diretta ad imporre una determinata disciplina solo per il futuro (cfr. Cass., Sez. Un., 29 aprile 2009, n. 9941).

Il predetto intento non è stato in alcun modo desunto dalla norma in esame (art. 2-bis, comma secondo, d.l. 185/08), la quale non solo non fa alcun riferimento, né esplicito né implicito, all'interpretazione di norme previgenti, ma contiene espressioni letterali chiaramente indirizzate in senso contrario, differendo alla data di entrata in vigore della legge di conversione la rilevanza dei corrispettivi indicati ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cod. civ. e dell'art. 644 cod. pen. e prevedendo, come si è detto, l'emanazione di una disciplina transitoria con decreto ministeriale.

Argomento dirimente in favore della portata innovativa della norma in esame, è stato infine ravvisato nell'esigenza di assicurare che l'accertamento del carattere usurario degli interessi abbia luogo attraverso la **comparazione di valori tra loro omogenei**. Poiché, infatti, ai fini della configurabilità della fattispecie dell'usura c.d. oggettiva, occorre verificare il superamento del tasso soglia, è necessario che il TEG applicabile al rapporto controverso, da porre a confronto con il tasso soglia, sia calcolato mediante la medesima metodologia.

Sulla base di detti rilievi la Corte ha quindi concluso che *“In tema di contratti bancari, la disposizione dettata dall'art. 2-bis, 2° co d.l. 185/08 [...] ha carattere non già interpretativo, ma innovativo, e non trova pertanto applicazione ai rapporti esauriti in data anteriore all'entrata in vigore della legge di conversione, con la conseguenza che, in riferimento a tali rapporti, la determinazione del tasso effettivo globale, ai fini della valutazione del carattere usurario degli interessi applicati, deve aver luogo senza tener conto della commissione di massimo scoperto”*; pertanto, a seguito dell'esame e del rigetto delle altre censure mosse dai garanti, ha integralmente rigettato il ricorso condannando gli stessi al pagamento delle spese processuali.

Commento

Inserendosi nel solco già tracciato lo scorso giugno, quando la Suprema Corte aveva chiarito in buona parte i rapporti tra commissione di massimo scoperto e normativa antiusura, con la pronuncia in commento i giudici di Piazza Cavour hanno approfondito ulteriormente il tema, pervenendo a risultati che smentiscono definitivamente le decisioni contrarie emesse in sede penale (cfr. Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2010, n. 12028; 14 maggio 2010, n. 28743; 23 novembre 2011, n. 46669).

Le ragioni della diversa soluzione vanno individuate nel complessivo esame dell'impianto della disciplina antiusura, ed in particolare nella considerazione dei seguenti aspetti:

1) la disciplina dell'art. 2-bis, d.l. 185/2008 era tesa a correggere una prassi amministrativa non conforme alla disciplina antiusura, in quanto era evidente la

natura retributiva della commissione di massimo scoperto, e la conseguente necessità di includerla nel calcolo del TEG;

2) è stato il legislatore (e non Bankitalia) a modificare la metodologia di rilevamento del Tasso Effettivo Globale Medio, nel senso di includervi la CMS, ben prevedendo – tuttavia – una disciplina transitoria che ratificasse l’operato dell’Organo di vigilanza per il periodo precedente, la quale si compone dei seguenti passaggi legislativi e regolamentari: in data 28 gennaio 2009, l’art. 2-bis della l. 2/2009, legge di conversione del d.l. 185/2008, è intervenuto imponendo – come già ampiamente approfondito – la considerazione della c.m.s. ai fini della rilevazione dei Tassi Effettivi Globali Medi; nell’agosto 2009, la Banca d’Italia è quindi intervenuta a modificare le c.d. istruzioni antiusura, nel senso indicato dalla normativa; il trimestre ottobre-dicembre 2009 è stato quindi interessato dalle nuove rilevazioni *all inclusive*; quindi, dal primo gennaio 2010 le stesse sono divenute realmente operative, poiché poste alla base dei nuovi TEGM periodici, dai quali viene determinato il Tasso Soglia;

3) la nuova disciplina non reca alcun “indizio” in base al quale sia possibile qualificarla come normativa di interpretazione autentica, con la conseguenza che il nuovo sistema di calcolo “*all inclusive*” non può che intendersi vigente che per l’avvenire;

4) ragioni di coerenza logico-giuridica impongono di considerare dirimente l’argomento per il quale le verifiche antiusura vanno condotte attraverso la comparazione di dati omogenei. Pertanto, la circostanza che il tasso effettivo globale medio sia inclusivo delle CMS solo a decorrere dal 1 gennaio 2010 fa sì che detta commissione non possa rilevare ai fini del TEG per il periodo precedente.

Sul punto, a conclusione dell’analisi, si invita alla consultazione di un precedente contributo, dal titolo “Usura: gli interessi moratori e la commissione di massimo scoperto nel confronto di dati omogenei”¹ nel quale era stata approfonditamente sostenuta tesi oggi recepita dalla Suprema Corte.

Nel lavoro citato, si muove proprio dalla considerazione fondamentale che il legislatore del ‘96, nell’introdurre il nuovo sistema di rilevazione dell’usura nei rapporti di credito, aveva come principale obiettivo l’oggettivazione dei sistemi di verifica del prestito usurario, l’eliminazione di quella discrezionalità che formule troppo generiche («chiunque [...] approfittando dello stato di bisogno [...]») recitava il previgente art. 644 c.p.) avevano per anni lasciato al giudizio del caso concreto, con evidenti distorsioni interpretative.

Il fine doveva essere realizzato attraverso un semplice confronto tra il costo effettivo del singolo mutuo (TEG) ed una “soglia” oltre la quale il mutuo stesso doveva dirsi usurario

¹ In Gazzetta Forense – fasc. maggio-giugno 2016 - <http://www.expartecreditoris.it/wp-content/uploads/2016/09/Estratto-Gazzetta-n.3-2016-da-pubblicare.pdf>.

(Tasso Soglia, frutto di una precisa maggiorazione del Tasso Effettivo Globale Medio praticato dagli intermediari nel trimestre precedente).

Si evidenzia come il meccanismo sia entrato in “crisi” – generando una enorme mole di contenzioso – quando si è tentato di intervenire per via interpretativa sui dati aggregati dalla Banca d’Italia nelle rilevazioni trimestrali, intendendo verificare l’usurarietà di un prestito includendo nel Tasso Effettivo voci che non erano state rilevate ex ante dall’istituto di vigilanza.

È questo il punto di “rottura” del sistema, impossibile da ricomporre senza sacrificare – necessariamente – talora l’interesse del mutuatario ad una valutazione “sostanziale” dell’eccessività del tasso praticato dall’intermediario, talaltra la coerenza del complesso meccanismo dell’usura oggettiva.

In questo scenario, una delle questioni più spinose è proprio quella che concerne la valutazione (ex ante/ex post) della commissione di massimo scoperto.

Il discorso è in verità analogo – e nel contributo se ne dà più ampiamente conto – alla *querelle* sulla rilevanza-irrilevanza degli interessi di mora ai fini del riscontro di usurarietà, rispetto alla quale la giurisprudenza di merito sembra ormai da tempo sollecitare un *revirement* dell’orientamento di legittimità espresso nella nota Cass. 9 gennaio 2013 n.350, verso una esclusione *tout court* degli oneri di mora dai componenti del TEG.

Si tenta di dimostrare che il sistema si tiene in piedi solo se “aritmeticamente” coerente, vale a dire se il dato percentuale da raffrontare al Tasso Soglia sia, rispetto a quest’ultimo, omogeneo.

Con riferimento al problema della c.m.s. non sfugge, poi, che il legislatore (e non Bankitalia) ha di fatto “ratificato” l’operato dell’organo di vigilanza con la disposizione transitoria dettata dall’art. 2-bis, 2°co d.l. 185/08 – ragionamento oggi confermato dalla Cassazione – stabilendo che, quantunque detta commissione costituisca un elemento indirettamente retributivo del prestito, non si può che prendere atto dell’esclusione di quest’ultima, sino al 2009, dalle rilevazioni del TEGM e, quindi, non considerarla *ex post* nella verifica di usurarietà.

Pertanto l’argomento dell’omogeneità del confronto tra TEG e Tasso Soglia appare dirimente ai fini della soluzione della questione.

A ciò si aggiunga che, per i rapporti sorti ante-2010, gli oneri complessivi “imposti” dal creditore sono evidentemente parametrati ad un Tasso Soglia che – non includendo la c.m.s. – risulta logicamente inferiore all’ipotetica soglia che si sarebbe determinata con la considerazione della c.m.s. stessa.

Tale soluzione, dunque, pur privilegiando il dato aritmetico-formale, non sembra sacrificare il piano della “giustizia sostanziale” ed, in particolare, della tutela del mutuatario – che costituisce certamente il “fine ultimo” della legge n.108/96.

La pronuncia di legittimità oggi in commento sembra proprio corroborare questo *iter* ermeneutico.

Per ulteriori approfondimenti si veda:

Cassazione Civile, Prima Sezione, 22 giugno 2016, n.12965²

Ai fini della verifica dell'usura non deve tenersi conto delle CMS applicate dalla banca fino al 31 dicembre 2009, essendo tenuto il giudice a procedere ad un apprezzamento nel medesimo contesto di elementi omogenei della remunerazione bancaria, per pervenire alla ricostruzione del tasso soglia usurario.

Corte d'Appello di Milano, 12 gennaio 2016, n. 52 - Pres. - Rel. Raimondo Mesiano³

In materia di usura oggettiva, per espressa previsione di legge la commissione di massimo scoperto non entra nel computo del TEGM per il periodo ante 2010, per cui non rileva ai fini della verifica del superamento del Tasso Soglia. Invero, la L. n. 2 del 2009, la quale è una legge dello Stato in senso formale ed ha quindi pari dignità rispetto alla legge sull'usura, nel prevedere un nuovo sistema di rilevazione “all inclusive”, ha espressamente stabilito che il sistema di calcolo del TEGM invalso precedentemente presso la Banca d'Italia, che era caratterizzato dalla esclusione della CMS dal calcolo degli interessi, sia considerato valido fino a tutto il 31.12.2009.

Tribunale di Paola, 21 luglio 2016, n. 476 - Dott.ssa Sodano Marta⁴

Ai fini della valutazione attinente al superamento del tasso soglia, non deve tenersi conto della commissione di massimo scoperto per i contratti esauriti antecedentemente al 1 gennaio 2010, atteso che secondo le Istruzioni della Banca d'Italia del 2006: 1) la CMS non doveva essere rilevata per determinare il TEG e, quindi, il tasso soglia; 2) essa va computata separatamente dal TEG; 3) le istruzioni prevedevano espressamente che la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG.

Le modifiche unilaterali ad un contratto bancario si intendono approvate ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione.

² <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-bancaria-anche-per-la-cassazione-la-cms-e-irrelevante-fino-al-31-dicembre-2009>

³ <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-la-cms-fuori-dal-teg-per-i-rapporti-ante-2010-per-espressa-volonta-normativa.html>

⁴ <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/usura-la-cms-non-concorre-alla-determinazione-del-tegm-fino-al-1-gennaio-2010>