

UMBERTO MORERA

L'APERTURA DI CREDITO IN CONTO CORRENTE IN FAVORE DEL "CONSUMATORE" (*)¹

L'art. 126 del Testo Unico bancario n. 375/93 è espressamente dedicato alla disciplina del contratto di apertura di credito in conto corrente concluso tra banca e consumatore, non connesso all'uso di carta di credito.

Con tale norma, viene disposto che tutti i contratti di apertura di credito *in conto corrente* (cioè con utilizzo "rotativo"), conclusi tra una banca ed un consumatore, non connessi all'uso di carta di credito, debbano contenere, a pena di nullità: (i) il *massimale* del credito, cioè l'importo massimo che la banca si obbliga a tenere a disposizione del consumatore; (ii) il termine di *scadenza* del credito, cioè il termine del contratto, qualora l'apertura di credito non sia stata conclusa a tempo indeterminato; (iii) il *tasso di interesse*, tempo per tempo applicabile a seguito degli utilizzi, calcolato su base annua; (iv) il *dettaglio analitico* degli *oneri* applicabili dal momento della conclusione del contratto; (v) le *condizioni* che possono determinare la *modifica* (delle condizioni) durante l'esecuzione del contratto; (vi) le *modalità di recesso* dal contratto.

La norma è solo apparentemente di semplice lettura: essa pone infatti diversi problemi, teorici ed applicativi.

Prima di affrontare la prospettiva di un confronto con la recente disciplina sulle clausole abusive, pare quindi opportuno passare in rassegna quelle che sembrano essere le problematiche più rilevanti della normativa in esame.

LA QUALITA' DI CONSUMATORE IN CAPO ALL'ACCREDITATO

Un primo problema, senz'altro di vertice, è ravvisabile nella qualità "soggettiva" di uno dei due contraenti: il consumatore.

E' difatti evidente la difficoltà di ricondurre con certezza il soggetto accreditato dalla banca nell'ambito della figura giuridica del *consumatore*, così

¹(*) **Pubblicato in *Vita notarile*, 1999, 3.**

come definita dall'art. 121, comma 1, T.U.; riconduzione che costituisce il presupposto per ritenere applicabile la normativa in esame.

Ora, quali che siano le dichiarazioni rese dal cliente nel contesto contrattuale (o pre-contrattuale: art. 137, comma 1, T.U.), appare certo come la qualifica di consumatore in capo all'accreditato in tanto è possibile in quanto questi utilizzi, in concreto, la disponibilità "*per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*" (art. 121, comma 1, T.U.).

Ed a parte la difficoltà, in principio, di configurare lo schema negoziale dell'apertura di credito come strumento di credito *al consumo*, non sarà comunque sicuramente facile individuare la precisa "veste" con cui l'accreditato, volta per volta, utilizza la disponibilità.

L'apertura di credito è contratto tipicamente ad utilizzo "libero" del credito e mal tollera precisi vincoli di destinazione (o di "non destinazione") delle somme prelevate.

La soluzione potrebbe forse essere quella di ammettere *in principio* un utilizzo *promiscuo* ("al consumo" e "professionale"), con allora conseguente applicabilità all'intero contratto della disciplina di cui all'art. 126 T.U. in quanto più favorevole al cliente, e ciò nel rispetto della generale intenzione del legislatore di favorire quest'ultimo.

Ma è soluzione di per sé pericolosa, perchè finirebbe per estendere a tutte indistintamente le aperture di credito in conto corrente la disciplina speciale voluta dalla legge soltanto per quelle poste in essere con i consumatori; oltreché poi discutibile sul piano teorico, alla luce dell'oggettiva difficoltà di applicare una disciplina in via prevalente ad un contratto che non mostri la sicura prevalenza di un elemento causale (il credito al consumo) rispetto ad un altro (il credito per scopi professionali o imprenditoriali) al pari del primo presente nel contesto negoziale, ed anzi maggiormente congruente in relazione alla forma tecnica prescelta.

LA DISCIPLINA APPLICABILE.

Un ulteriore problema di sicuro rilievo è dato dall'esatta individuazione della (globale) disciplina applicabile alle aperture di credito in questione.

E' noto come la Direttiva n. 87/102/CEE sul credito al consumo, pur dettando una disciplina applicabile ai "*crediti sotto forma di anticipi su conto corrente, che non sia il conto di una carta di credito*" (art. 6) , al contempo

prevedeva espressamente l'*inapplicabilità* della Direttiva medesima "*al credito concesso sotto forma di apertura di credito in conto corrente, diversi dai conti coperti da una carta di credito*" (art. 2.1, lett. e). In relazione a tali tipologie di aperture di credito, si è quindi spesso parlato di *sub-sistema*, del tutto autonomo rispetto a quello disciplinante il credito al consumo (L. DESIDERIO).

La normativa italiana di recepimento (artt. 18 ss., L. 19 febbraio 1992, n. 142) non ha invece sottratto espressamente le aperture di credito in questione all'applicazione delle *altre* norme sul credito al consumo.

Così come neppure il Testo Unico, che ha sostanzialmente riprodotto nell'art. 126 il testo dell'art. 21.5, L. 142/1992, ha provveduto ad escludere espressamente l'applicabilità della generale normativa sul credito al consumo alle aperture di credito in conto corrente perfezionate tra banca e consumatore.

Tale esclusione sembra tuttavia potersi desumere dalla Relazione illustrativa dell'art. 126 T.U., ove è testualmente affermato che "*... tali contratti ... sono esclusi dalla normativa sul credito al consumo*".

In tale quadro - di evidente incertezza - le poche opinioni dei commentatori finora espresse non sembrano coincidere neppure; oscillando tra la tesi dell'applicabilità alle aperture di credito in esame anche delle altre norme sul credito al consumo (V. SANTORO) e quella, più convincente, dell'autonomia della disciplina prevista dall'art. 126 T.U. (G. NAPOLETANO).

L'unico dato certo è peraltro rappresentato dall'applicabilità in via generale ai contratti di cui all'art. 126 di tutta la normativa sulla *trasparenza* (artt. 115 - 120; 127-128 T.U.): per effetto del preciso richiamo operato dall'art. 115, comma 3, T.U. Il che, a ben vedere, consente perlomeno di "ridimensionare" il problema in esame, almeno laddove - qualora si riconoscesse fondata la tesi dell'*inapplicabilità* della normativa sul credito al consumo ai contratti previsti all'art. 126 - potrebbero trovare applicazione una serie di norme dettate in tema di trasparenza, dal contenuto pressoché "corrispondente" a quelle disciplinanti il credito al consumo.

Così, ad esempio, potrebbe trovare applicazione l'art. 116 in punto di *pubblicità* (in luogo dell'art. 123), ovvero l'art. 117, comma 6 e 7, in punto di *divieto di rinvio agli usi* (in luogo dell'art. 124, comma 4 e 5), ecc.

IL PROBLEMA DELLA FORMA SCRITTA.

Altro profilo, invero piuttosto delicato, è quello relativo alla *forma* del contratto di apertura di credito (al consumo).

Difatti, nel caso in cui si ritenesse applicabile (alle aperture di credito che rilevano) la disciplina generale sul credito al consumo, la forma *scritta* diverrebbe *tassativamente* obbligatoria (così: V. SANTORO), con allora anche l'obbligo della consegna al consumatore di un esemplare del contratto, vigendo come noto - per il credito al consumo - la regola per cui non è possibile prevedere, da parte del C.I.C.R., *forme alternative* rispetto a quella scritta (art. 124, comma 1, T.U.). In particolar modo, non è possibile configurare - com'è oggi in via normale - aperture di credito perfezionate verbalmente ovvero per fatti concludenti, qualora siano previste nell'ambito di un contratto originariamente redatto in forma scritta (ad esempio, oggi: il conto corrente).

Il che, sotto ulteriore profilo, implicherebbe poi la necessità di operare con chiarezza la distinzione, non solo dogmatica, tra (concessione del) *fido* e (perfezionamento di un') *apertura di credito*; laddove il fido dovrebbe rappresentare, nell'ottica che qui rileva, soltanto la decisione imprenditoriale, tutta interna alla banca, di concludere un contratto di credito con un determinato cliente, mentre l'apertura di credito dovrebbe rappresentare il rapporto contrattuale oggetto della disciplina legislativa in esame.

Dovrebbe poi essere conseguentemente abbandonata la prassi di riferirsi alla delibera di affidamento o ad altra documentazione interna al fine di considerare "definiti" i contenuti del contratto di apertura di credito: tale contratto dovrebbe per così dire "autonomizzarsi", prevedendo al suo interno tutti gli elementi propri di ogni rapporto contrattuale, la relativa regolamentazione, nonché, poi, quegli elementi richiesti dalla legge a pena di nullità.

Così come, in caso di "rinnovo" dell'affidamento con variazione dell'importo concesso a credito, dovrebbe procedersi ad una nuova redazione documentale, trattandosi qui, all'evidenza, non già di mutamento delle *condizioni* contrattuali (art. 118 T.U.), bensì di un nuovo rapporto di apertura di credito.

Infine, dovrebbero essere riviste le attuali prassi bancarie sia in tema di c.d. *scoperto di conto corrente* o *extrafido* (i.e.: disponibilità di fatto, accordata su conto corrente, senza alcun parametro istruttorio, neanche predefinito), che in tema di c.d. *sconfinamento* (i.e.: esubero del fido in precedenza accordato, consentito in fatto, pur entro precisi limiti temporali e percentuali). Anche in tali casi il rapporto creditizio - concretante una vera e propria apertura di credito - dovrebbe perfezionarsi per iscritto, a pena di nullità. Il rischio per la banca è altrimenti quello di vedersi eccepire la nullità dal cliente al prevedibile scopo di sottrarsi ai rilevanti oneri economici che normalmente derivano, in punto di

commissioni ed interessi, dai particolari rapporti creditizi del tipo appena descritto.

La conclusione raggiunta per gli scoperti di conto e per gli sconfinamenti appare del resto confermata dallo stesso art. 126, lett. a, T.U., a mente del quale, nel contratto, deve in ogni caso, e sempre a pena di nullità, essere indicato il *massimale* del credito; con ciò ben restando sottolineata l'esigenza di una (pre)definizione contrattuale dell'importo massimo che la banca si obbliga a tenere a disposizione del cliente.

L'INDICAZIONE DEL TASSO.

L'art. 2, comma 8, D.M. 8 luglio 1992, emanato in esecuzione della L. n. 142/1992, chiarisce come non sia necessario inserire l'indicazione del T.A.E.G. negli annunci pubblicitari e nei documenti contrattuali concernenti le aperture di credito in conto corrente stipulate tra banca e consumatore; così, nella sostanza, legittimando l'interpretazione che esclude l'applicabilità, ai contratti in questione, degli art. 122, 123 e 124, T.U.

Ora, se ben si comprende e si giustifica l'esigenza di evitare che le banche indichino nella fattispecie che rileva il T.A.E.G., alla luce dell'impossibilità di calcolare tale valore nei contratti di apertura di credito ad utilizzo rotativo, ove manca la predeterminazione e la tempistica dei prelievi e dei versamenti (G. CANALE), resta tuttavia aperto il problema dell'obbligo per le banche di indicare il T.A.E.G. nei contratti di apertura di credito in conto corrente connessa all'utilizzo di carta di credito; problema al quale sembra possa ovviarsi soltanto indicando un tasso annuo globale *stimato* e non già "effettivo".

Ma se ciò fosse ritenuto possibile, allora tale sistema potrebbe ben essere esteso, almeno in una futura prospettiva di regolamentazione, anche alle aperture di credito di cui all'art. 126, posta l'indiscutibile valenza del dato annuo globale ai fini dell'accrescimento dei livelli di concorrenza, offrendo tale valore, seppur espresso con criteri di stima, significativi elementi di comparazione tra le operazioni della stessa tipologia effettuate dalle diverse banche.

L'ART.126 T.U. E LA DISCIPLINA SULLE CLAUSOLE VESSATORIE

Venendo al profilo relativo all'incidenza della recente disciplina in tema di clausole vessatorie sull'art. 126 T.U., si può osservare come questa, al di là degli aspetti generali ovviamente incidenti su ogni contratto con i consumatori, sia nella sostanza limitata a due principali questioni.

Una prima, connessa all'art. 1469 *quater* c.c., ed una seconda, relativa invece all'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 8, e comma 4, n. 1, c.c.

Rispetto all'art. 1469 *quater* c.c., si deve rilevare l'introduzione dell'obbligo per la banca di *redigere* tutte le clausole del contratto di apertura di credito "*in modo chiaro e comprensibile*".

Il che significa che - stante il preciso significato del termine "redazione", comprensivo, come noto, sia dell'impostazione grafico-documentale (chiarezza), che della formulazione letterale (comprensibilità) - la banca dovrà, da un lato, abbandonare il lessico troppo spesso oscuro ed equivoco sino ad oggi adoperato nell'ambito dei contratti bancari tipo, e, dall'altro, offrire al cliente-consumatore un testo di immediata ed agile leggibilità.

Rispetto all'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 8, e comma 4, n. 1, c.c., il problema appare invece senz'altro più complesso.

E' noto come l'art. 126, lett. c, T.U. preveda che il contratto di apertura di credito al consumo debba contenere, a pena di nullità, le *modalità di recesso*.

Appare piuttosto evidente come tale norma sia assolutamente priva di suo specifico contenuto, almeno nell'ottica di tutela del cliente consumatore. Imporre infatti al contratto di prevedere le modalità di recesso, in realtà, di per sè, non significa assolutamente nulla, soprattutto qualora tali modalità, inserite dalla banca, derogano al sistema legale (essendo anzi, come noto, inserite proprio al fine specifico di derogare alla normativa comune).

Come giustamente osservato (V. SANTORO), v'è il paradosso per cui il cliente sarebbe meglio tutelato laddove *non* fossero previste modalità di recesso nel contratto, per effetto dell'allora conseguente applicabilità della disciplina di cui all'art. 1845 c.c.

Tale contesto normativo è stato oggi "integrato" dalla novella sulle clausole vessatorie.

L'art. 1469 *bis*, comma 3, n. 8, c.c., stabilisce in via generale la presunzione di vessatorietà per quelle clausole che, nell'ambito di un contratto a tempo indeterminato, consentano al professionista, qualora manchi una *giusta causa*, di recedere dal rapporto senza concedere un ragionevole preavviso.

In deroga alla norma generale appena citata, il successivo comma 4, n. 1, stabilisce che la banca può legittimamente recedere da un'apertura di credito a tempo indeterminato senza alcun preavviso, a condizione, tuttavia, che sussista un *giustificato motivo* (di recesso) e che questo sia comunicato immediatamente all'affidato.

Ciò posto, si può riassuntivamente affermare che, allo stato attuale delle discipline, la banca potrà legittimamente recedere:

a) dalle aperture di credito in conto corrente concluse a tempo determinato od indeterminato con un soggetto non consumatore, nel rispetto delle modalità di recesso (verosimilmente) previste nel contratto, tenuto naturalmente conto delle interpretazioni dell'art. 1845 c.c. offerte in giurisprudenza (legittimità del recesso *ad nutum*) e dottrina (necessità comunque del rispetto dei canoni di correttezza e buona fede); mentre, nella (improbabile) ipotesi di mancanza di previsioni contrattuali, il vincolo contrattuale potrà sciogliersi soltanto nel rispetto del citato art. 1845 c.c.;

b) dalle aperture di credito in conto corrente concluse a tempo determinato con un consumatore (fattispecie, in realtà, difficilmente configurabile nell'attuale contesto economico), nel rispetto delle modalità previste (obbligatoriamente, *ex art. 126 T.U.*) nel contratto, tenuto sempre conto delle ricordate interpretazioni dell'art. 1845 c.c. offerte in giurisprudenza e dottrina;

c) dalle aperture di credito in conto corrente concluse a tempo indeterminato con un consumatore, nel rispetto delle modalità previste (obbligatoriamente, *ex art. 126 T.U.*) nel contratto, tenuto sempre conto delle interpretazioni dell'art. 1845 c.c. offerte in giurisprudenza e dottrina, nonchè dell'art. 1469 bis, combinato disposto comma 3, n. 8, e comma 4, n. 1, c.c..

Da tale contesto emerge con certezza come, d'ora in poi, nelle aperture di credito al consumo a tempo indeterminato sarà per la banca possibile recedere senza preavviso soltanto in presenza (almeno) di un *giustificato motivo* di recesso, da comunicare immediatamente all'affidato; dovendo comunque ogni diversa clausola eventualmente presente nel contratto, e meno garantista per il cliente accreditato, ritenersi inefficace ai sensi dell'art. 1469 *quinquies*, con allora conseguente applicazione della disciplina comune (art. 1845, c.c.).

Se quanto sopra appare indiscutibile, v'è peraltro da chiedersi se l'esplicitazione normativa della ridetta tutela (soltanto) nei confronti dell'affidato consumatore non possa finire per legittimare, negli interpreti, una visione che escluda ogni altro tipo di tutela (nel momento del recesso della banca) relativamente all'affidato non consumatore (persona giuridica, imprenditore o professionista).

Certamente, in principio, un tale rischio sussiste, ma occorre far di tutto per evitarlo: per non finire di vanificare le condivisibili conclusioni ormai raggiunte della moderna dottrina in punto di applicazione delle clausole generali di buona fede e correttezza al recesso della banca nell'apertura di credito, e ciò soprattutto nei confronti di quei soggetti (gli imprenditori ed i professionisti) che, ben più dei consumatori, hanno bisogno di effettiva tutela nel momento del venir meno della disponibilità concessa dalla banca attraverso un'apertura di credito in conto corrente a tempo indeterminato.