

La trasparenza come criterio di gestione dei rapporti tra banca e cliente

Prof. Avv. Matteo De Poli

www.studiodepoli.it

Camera Civile Veneziana
Venezia Mestre, 28 aprile 2010



Il piano dell'intervento

1. Trasparenza bancaria e trasparenza *delle banche* nella pluralità di modelli normativi
2. La trasparenza nel testo unico bancario e nelle Istruzioni di Vigilanza: l' "abc" dei concetti
3. Le aree problematiche nella disciplina della trasparenza delle banche



Trasparenza *bancaria* e trasparenza *delle banche*

La pluralità di modelli normativi



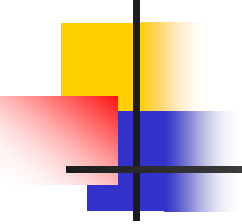
Un primo concetto “chiave”: attività *bancaria* vs attività *delle banche*

- Le banche svolgono:
 - 1) attività bancaria “in senso stretto” (raccolta del risparmio e concessione di credito)
 - 2) attività bancaria “in senso lato” (ad es.: servizi di pagamento; custodia titoli ecc.)
 - 3) attività finanziaria, tra cui, anche, servizi di investimento
 - 4) attività connesse e strumentali alle precedenti attività
- In un regime disciplinare variegato, spesso è la natura dell’attività a fungere da criterio di determinazione della normativa applicabile



Le fonti maggiormente rilevanti, ordinate per natura e per tasso di specialità

1. Normativa regolamentare: a) Istruzioni di vigilanza Bankit 29 luglio 2009 – 15 febbraio 2010 (www.bancaditalia.it/vigilanza); b) Regolamento intermediari Consob (www.consob.it/regolamentazione)
2. Normative speciali: a) D. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (**commercio elettronico**); b) D. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 (servizi di pagamento); c) L. 7 marzo 1996, n. 108 (**mediazione creditizia**); d) L. 28 gennaio 2009, n. 2, art. 2, comma 5 (**Decreto anticrisi - mutui garantiti da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale**); e art. *2bis* (**commissione di massimo scoperto e di accordato**)
3. Lex specialis/generalis: a) D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (cd. Tub); b) D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (cd. Tuf); c) D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo)
4. Lex generalis: Codice civile, Libro Quarto, Capo XVII *Dei contratti bancari*



In generale: consumatore, contratto trasparente, pluralità di normative

- In caso di una pluralità di normative (di “trasparenza” e non) concorrenti nella disciplina di una posizione giuridica di un consumatore dovrebbero essere selezionate in forza del criterio di “**maggior favore per il consumatore**” (arg. ex art. 1469-bis c.c.)



La scelta della legge in funzione della materia oggetto di controversia

1. Controversie in materia di **servizi di investimento resi da banche**: A) Cliente consumatore: a) **D. lgs. 24 febbraio 1989, n. 58 (cd. Tuf)**; b) **Codice del Consumo**; B) Cliente non consumatore: solo a)
2. Controversie relative a **servizi di pagamento**. A) Cliente consumatore: a) **d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11**, in particolare sezione IV; b) **D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (cd. Tub)** (Titolo VI, capo I, ma solo per le disposizioni richiamate nel nuovo Capo II bis, II - bis, III); c) **Codice del Consumo**. B) **Cliente non consumatore**: le sole fonti sub a) e b)
3. Controversie relative a **contratti di credito**. A) Cliente consumatore: a) **Codice del Consumo** (Parte III, Titolo II, Capo II); b) **Tub** (Titolo VI, Capi I, II e III); c) **D.M. 8-7-1992** (in materia di tasso annuo effettivo globale per la concessione di credito al consumo, e successive modifiche apportate dal d. m. 6-05-2000) B) Cliente non consumatore: solo b)



Continua ...


4. Controversie relative al **commercio elettronico**. A) Cliente consumatore: a) **Codice del Consumo** (Parte III Titolo III capo II *Commercio Elettronico*); b) **D. lgs. 9 aprile 2003, n. 70**; c) **Tub, titolo VI**. B) Cliente **non consumatore**: solo b) e c), escluso il Capo II.
5. Controversie relative all'attività di **mediazione creditizia**. A) Cliente non consumatore: a) art. 16 della **L. 7 marzo 1996, n. 108**; che fa salve, in quanto compatibili, le norme del **Titolo VI del Tub** (escluso il capo II bis) e b) **l. 5 luglio 1991, n. 197**, e successive modificazioni; B) Cliente non consumatore: a), b) ma anche c) **Capo II del Titolo VI** del Tub sul credito al consumo. Quanti agli aspetti regolamentari, ai mediatori creditizi continua ad applicarsi il provvedimento UIC del 29 aprile 2005, recante "Istruzioni per i mediatori creditizi".
6. Controversie relative al tasso di interesse sui **mutui garantiti da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale** e a quelle su **cms**. A) Cliente non consumatore: a) **L. 28 gennaio 2009, n. 2** articolo 2, comma 5 che rinvia alle **Istruzioni di Vigilanza** emanate per assicurare la trasparenza e pubblicità dell'offerta di tali contratti, nonché agli articoli **144** comma 3 e **145 Tub** per l'inosservanza delle disposizioni dell'articolo e delle relative Istruzioni attuative; B) **Cliente consumatore: a)**, ma anche **b)** ossia, tutta la disciplina del **Credito al Consumo** (compreso il **Codice del consumo**).



Ancora ...

1. Controversie relative a **operazioni di collocamento dei titoli di stato:** **a) Tub titolo VI** (escluso il capo II, non è un'operazione di credito al consumatore, e il nuovo capo II bis, non essendo nemmeno un servizio di pagamento), **b) d.m. 12 febbraio 2004, *Aggiornamento delle norme per la trasparenza nelle operazioni di collocamento dei titoli di Stato.***

In particolare: il testo unico della legge
in materia bancaria e creditizia e
l' "abc" dei concetti



Pluralità dei modelli di trasparenza e
tecniche di tutela del cliente



La conformazione del tub, quanto al regime della trasparenza

- Titolo VI, Trasparenza delle condizioni contrattuali

Capo I Operazioni e servizi bancari e finanziari

Capo II Credito al consumo

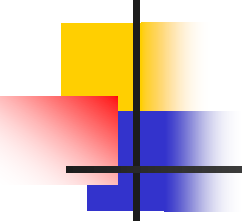
Capo II bis Servizi di pagamento

Capo III Regole generali e controlli



La conformazione delle Istruzioni di Vigilanza, sempre quanto alla trasparenza bancaria

- Sezione I Disposizioni generali
- Sezione II Pubblicità ed informazione precontrattuale
- Sezione III Contratti
- Sezione IV Comunicazioni alla clientela
- Sezione V Tecniche di comunicazione a distanza
- Sezione VI Servizi di pagamento
- Sezione VII Credito ai consumatori
- Sezione VIII Mediatori creditizi
- Sezione IX Cambiavalute
- Sezione X Controlli
- Sezione XI Requisiti organizzativi



I diversi modelli legali di trasparenza

- Disposizioni generali in materia di trasparenza bancaria (artt. 115 – 20; 27, 128, 128 bis)
- Disposizioni specifiche di trasparenza nel credito al consumo (artt. 121 – 126)
- Disposizioni specifiche in materia di servizi di pagamento (artt. 126 *bis* – 126 *octies*)



Il “vocabolario minimo” dei concetti in materia di trasparenza bancaria

- A, come *asimmetria informativa*
- I, come *informazione*
- T, come *trasparenza*
- V, come *vizio della volontà*



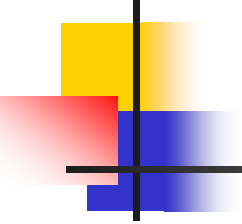
Le tecniche di tutela ruotanti intorno al concetto di “trasparenza”

1. Allargamento della tutela: dall'originaria tutela di “trattative – formazione – accordo -esecuzione” ad essere coperta ora è l'operazione contrattuale, con ricadute anche *post finitum contractum*
2. Enucleazione di doveri puntuali, non generici, di informazione, con valorizzazione della forma informativa
3. Cogenza della pubblicizzazione precontrattuale e divieto di *reformatio in peius*
4. Forti poteri delle Autorità di Vigilanza (in particolare, potere di connotazione: ad es. “conto corrente semplice”)
5. Controllo del potere di variazione unilaterale delle condizioni contrattuali



I punti di maggior rilievo delle nuove Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza

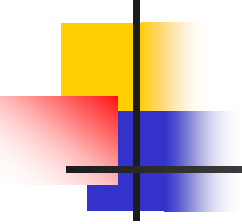
- 1) L'ambito di applicazione della normativa è stato regolato in maniera più dettagliata, con specifico riguardo ai casi di prodotti “composti”;
- 2) Viene introdotto il principio di “proporzionalità” delle tutele, con distinzione della clientela in più categorie;
- 3) Le informazioni vengono semplificate e rese più comprensibili



In particolare: i prodotti “composti”

Le Istruzioni di Vigilanza:

- a) non si applicano ai servizi e alle attività di investimento come definiti dal tuf e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine;
- b) **in caso di prodotti composti** la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento si applicano: - all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del tub (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.); - alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del tub negli altri casi.
- c) **In caso di prodotti composti** la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del tuf sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singole componenti, a meno che queste non costituiscano un'operazione di credito al consumo (alle quali si applica quanto previsto dalle presenti disposizioni)”.



Le aree problematiche nella
disciplina della trasparenza delle
banche



Banche e servizi di investimento

- A) Regime ante – Mifid:
 - Dichiarazione precontrattuale di “operatore qualificato”
 - Rimedi violazione di regole di comportamento
 - Qualità dell’informazione resa in forma scritta
 - Rrpporto contrattuale e violazione regole organizzative



Banche e servizi di investimento, continua

B) Regime post-Mifid

- Falsa “profilatura del cliente”
- Distruzione di prodotto derivati,
inadeguatezza, consulenza incidentale



Banche e attività creditizia

- Revoca brutale dal credito
- Commissione sull'affidamento
- Sottoscrizione dei contratti in assenza di adeguata riflessione



Siti istituzionali e dottrinali

1. www.bancaditalia.it
2. www.consob.it
3. www.dirittobancario.it

Le *slides* potranno essere consultate in
www.studiodepoli.it, “Ricerche e novità”,
“Pubblicazioni”

LEGGE 28 gennaio 2009 , n. 2

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale.

“Art. 2. Mutui prima casa. 1. L'importo delle rate, a carico del mutuatario, dei mutui a tasso non fisso da corrispondere nel corso del 2009 e' calcolato *applicando il tasso maggiore tra il 4 per cento senza spread, spese varie o altro tipo di maggiorazione e il tasso contrattuale alla data di sottoscrizione del contratto.* Tale criterio di calcolo non si applica nel caso in cui le condizioni contrattuali determinano una rata di importo inferiore. 5. *A partire dal 1 gennaio 2009, le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, che offrono alla clientela mutui garantiti da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale devono assicurare ai medesimi clienti la possibilità di stipulare tali contratti a tasso variabile indicizzato al tasso sulle operazioni di rifinanziamento principale della Banca centrale europea.* Il tasso complessivo applicato in tali contratti e' in linea con quello praticato per le altre forme di indicizzazione offerte. *Le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui ai citati articoli 106 e 107 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, sono tenuti a osservare le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia per assicurare adeguata pubblicità e trasparenza all'offerta di tali contratti e alle relative condizioni.* Le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui ai citati articoli 106 e 107 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, trasmettono alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da questa indicate, segnalazioni statistiche periodiche sulle condizioni offerte e su numero e ammontare dei mutui stipulati. Per l'inosservanza delle disposizioni di cui al presente comma e delle relative istruzioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria prevista all'articolo 144, comma 3, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 145 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993.”



Ancora sul decreto anticrisi: l'art. 2-bis *Ulteriori* *disposizioni concernenti contratti bancari*

“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*”.



Continua ...

- “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).”