

PROTOCOLLO D'INTESA TRA LA BANCA D'ITALIA E L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI NEL MERCATO BANCARIO E FINANZIARIO

L'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato e la Banca d'Italia hanno sottoscritto un Protocollo d'Intesa in merito all'esercizio dei rispettivi poteri in materia di contrasto alle pratiche commerciali scorrette e di trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti.

In base al Protocollo, le due Autorità si informano reciprocamente e tempestivamente dell'avvio dei procedimenti amministrativi di propria competenza nei confronti degli intermediari.

Ciascuna Autorità, ricevuta la comunicazione dell'altra, potrà formulare osservazioni, tenuto conto, nel caso di Banca d'Italia, degli orientamenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario.

Sono inoltre previsti incontri periodici e la possibilità di costituire gruppi di lavoro congiunti per affrontare tematiche di comune interesse.

L'obiettivo dell'intesa è di assicurare un'efficace tutela del consumatore, l'efficienza e la coerenza dell'azione di controllo, il contenimento dei costi a carico degli intermediari bancari e finanziari.

Aprile 2011

1. Lo scorso 22 febbraio Banca d'Italia (**BDI**) e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (**AGCM**) hanno sottoscritto un Protocollo d'intesa per il coordinamento dei rispettivi poteri in materia di pratiche commerciali scorrette e di trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti.

2. Il Protocollo prevede che l'AGCM informi tempestivamente Banca d'Italia dell'avvio di una attività pre-istruttoria o di un procedimento istruttorio diretto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette poste in essere da uno o più intermediari.

Banca d'Italia, ricevuta l'informativa trasmette all'AGCM gli eventuali provvedimenti sanzionatori adottati per violazione delle disposizioni sulla trasparenza e correttezza con riferimento ai fatti

segnalati. È previsto inoltre che Banca d'Italia possa formulare osservazioni con riguardo ai profili connessi all'interpretazione della normativa emanata dalla stessa BDI, nonché agli orientamenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario.

Viceversa Banca d'Italia, nel caso di avvio di un procedimento volto all'adozione di un provvedimento sanzionatorio o di un provvedimento particolare per violazione delle disposizioni sulla trasparenza e correttezza da parte di uno o più intermediari, informa tempestivamente l'AGCM che, a sua volta, trasmetterà a Banca d'Italia gli eventuali provvedimenti adottati in materia di pratiche commerciali scorrette con riferimento ai fatti segnalati. Anche in questo caso l'AGCM potrà formulare osservazioni con riguardo ai

profili connessi all'interpretazione delle disposizioni disciplinanti le pratiche commerciali scorrette.

Infine, sempre in vista della realizzazione del miglior coordinamento delle rispettive attività di controllo, le due Autorità si sono altresì impegnate a promuovere incontri periodici per l'approfondimento dei temi rilevanti connessi al Protocollo stesso anche mediante istituzione di gruppi di lavoro temporanei.

3. Un coordinamento tra BDI e AGCM era auspicato da tempo poiché nel nostro ordinamento entrambe le Autorità condividono rilevanti competenze a tutela della clientela degli intermediari finanziari ed elevato era il rischio di sovrapposizioni e incoerenze. La definizione, sebbene solo procedurale, della collaborazione e del coordinamento tra AGCM e Banca d'Italia va a completare un importante tassello nel panorama delle collaborazioni tra Autorità di vigilanza.

Questa circostanza, quindi, può rivelarsi di indubbia utilità anche sotto il profilo della coerenza ed efficienza dell'azione amministrativa contro quei comportamenti attuati dagli intermediari bancari e finanziari che potrebbero essere potenzialmente lesivi degli interessi dei consumatori e rilevanti in astratto ai fini dell'applicazione della disciplina prevista sia dal Testo Unico Bancario sia dal Codice del Consumo.

Il Protocollo costituisce, pertanto, non solo uno strumento di raccordo, coordinamento ed integrazione dell'attività ispettiva e di controllo propria di entrambe le Autorità in vista della maggior tutela dei consumatori ma può tradursi in un'opportunità per gli

intermediari di contenere gli oneri derivanti dall'esercizio dell'attività di vigilanza¹.

Infatti, il coordinamento in materie come la trasparenza, la correttezza delle relazioni con la clientela e le pratiche commerciali scorrette potrebbe concretizzarsi nello sviluppo di orientamenti comuni alle due Autorità e sfociare nell'individuazione di *best practices* alle quali gli intermediari dovrebbero uniformare *policy*, operatività e modulistica contrattuale.

Emblematica è, da questo punto di vista, l'uniformità delle decisioni dell'AGCM e dell'Arbitro Bancario e Finanziario della Banca d'Italia (**ABF**)² in materia di portabilità dei mutui³, commissione di massimo scoperto⁴, indicazioni relative al TAEG⁵.

¹ Si segnala che con Delibera del 23 marzo 2011, l'AGCM ha deciso di procedere, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge n. 287/90, a un'indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari.

² L'ABF è il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra intermediari bancari e finanziari e i loro clienti istituito nel 2009 in attuazione dell'art. 128-bis del TUB. A tale organismo il Protocollo attribuisce un ruolo di orientamento delle interpretazioni della BDI tanto che è già stato affermato che le decisioni dell'ABF "*potranno costituire un catalogo di best practices che gli intermediari dovranno tenere in considerazione nella gestione del rapporto con i clienti*", vd. Tarantola, Vicedirettore generale BDI, "*La Tutela del Consumatore-Cliente nei servizi bancari e finanziari*".

³ Cfr. *ex multis* **Prov. AGCM nr. 18732/2008** secondo cui: "*Deve ritenersi che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche nell'informazione alla clientela debbano ricostruirsi tenendo conto [...] del favor espresso dal legislatore per la portabilità gratuita dei mutui, nel senso di riconoscere uno specifico dovere a carico della banca di dare al cliente un'informazione corretta circa le condizioni di mercato e la disciplina normativa in materia di portabilità dei mutui. In particolare, in considerazione di quanto previsto dall'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo e del disposto degli articoli 21, 22 e 23, comma 1, lettera t), risulta ingannevole, perché contraria al predetto dovere di diligenza informativa, la condotta della banca diretta a scoraggiare le scelte del consumatore in favore della portabilità del mutuo, prospettando al cliente oneri per la concessione del nuovo contratto di mutuo collegato alla surrogazione, rappresentando lacunosamente o ingannevolmente la*

Si riportano alcune recenti decisioni dell'ABF inerenti all'attività svolta nel 2010⁶.

Finanziamenti

(i) La “portabilità” dei finanziamenti, introdotta dall’art. 8 D.L. 7/2007⁷, è sempre gratuita e non ammette l’addebito di nessun onere, già dalla data di entrata di vigore del medesimo decreto (1 febbraio 2007) e anche prima delle precisazioni offerte successivamente dalle leggi 244/2007 e 2/2009. Inoltre, il comportamento omissivo dell’intermediario che ostacoli il cliente nell’esercizio di tale diritto è fonte di responsabilità, con l’obbligo di risarcire il relativo danno.

disciplina normativa della materia, che non consente siffatte pattuizioni e ne sancisce la nullità”.

⁴ Cfr. *ex multis* **Provv. AGCM nr. 19352/2008** secondo cui: “la Banca, con i mezzi che riterrà più idonei, dovrà fornire al cliente un’informazione illustrativa del totale degli oneri sostenuti (comprensivi di commissioni varie ed interessi debitori) per il credito concesso nel periodo di riferimento, accompagnato dal corrispondente onere che sarebbe insorto scegliendo la condizione alternativa. Solo in tal modo si consentirà al consumatore medio di esercitare in piena consapevolezza il diritto di opzione offerto dalla Banca e di verificare, una volta effettuata la scelta, se quest’ultima sia effettivamente conveniente, in base al proprio profilo economico ed all’utilizzo della linea di credito concessa”.

⁵ Cfr. *ex multis* **Provv. AGCM nr. 21255/2010**, secondo cui: “Con riguardo alla valutazione del canone di diligenza professionale di cui all’articolo 20 del Codice del Consumo, si ritiene che l’assenza di una chiara indicazione nell’informativa precontrattuale e contrattuale delle spese di incasso rata e la loro mancata inclusione nel TAEG non integri il normale grado di correttezza, competenza e attenzione che il consumatore avrebbe potuto ragionevolmente attendersi dal professionista, avuto riguardo alla sua rilevanza all’interno del settore bancario e alle caratteristiche dell’attività svolta. Deve inoltre ritenersi che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche debbano ricostruirsi tenendo conto dello spirito della normativa bancaria in materia di trasparenza, che individua nel TAEG l’indicatore che esprime tutti gli elementi di costo del finanziamento, e disciplina specifici obblighi a carico degli intermediari finanziari di informare i consumatori circa le condizioni economiche dei prodotti venduti”.

⁶ Cfr. “Sintesi dell’attività svolta dall’Arbitro Bancario e Finanziario”, <http://www.arbitrobancariofinanziario.it>.

⁷ Articolo abrogato dal D.Lgs. nr. 141/2010 con decorrenza dal 2 gennaio 2011 e inserito nel TUB art. 120-*quater*.

(ii) La facoltà per l’intermediario di modificare unilateralmente i tassi e le altre condizioni di contratto (art. 118 TUB) è subordinata all’esistenza di un giustificato motivo (introdotto dal D.L. 223/2006), volto a salvaguardare nel tempo l’equilibrio delle condizioni stesse. Nel caso di un contratto di finanziamento a tasso variabile, le variazioni dell’indice di riferimento sono fisiologiche e gravano in maniera pienamente equilibrata su entrambe le parti, per cui è esclusa in radice la possibilità per l’intermediario di introdurre modifiche peggiorative al tasso (nel caso concreto era stato aumentato unilateralmente lo *spread*).

Conti correnti

(i) Gli obblighi di trasparenza in materia di contratti bancari sono posti a tutela del contraente debole, per cui, nel caso non sia più disponibile il contratto a suo tempo stipulato, non possono essere opposte al cliente le condizioni generali a suo tempo vigenti. Al contrario, invece, il recesso inequivocabilmente espresso dal cliente non richiede particolari formalità, dal momento che la forma scritta per i contratti bancari è mezzo di tutela del contraente più debole, cioè del cliente, al quale soltanto è riservata la facoltà di invocare la nullità per mancanza di forma. È stato altresì ritenuto illegittimo, con relativo obbligo di restituzione, l’addebito al cliente di spese non previste nell’ultimo documento di sintesi trasmesso alla data cui si riferisce l’operazione, costituendo tale documento la fonte più aggiornata degli impegni di natura economica che il cliente stesso doveva adempiere nei confronti della banca.

(ii) L'esercizio da parte dell'intermediario di scelte consentite o addirittura imposte dalla legge, non esonera dall'obbligo, ricorrendone i presupposti, di tenere indenne il cliente dagli eventuali maggiori costi. In un caso di cessione di ramo d'azienda e conseguente trasferimento in blocco dei relativi rapporti di conto corrente da un intermediario ad un altro, l'ABF ha deciso che le conseguenze pregiudizievoli per il cliente devono ricadere sugli intermediari quale costo intrinseco delle vicende societarie. Nel caso concreto, la (legittima) impossibilità di rilasciare la certificazione fiscale richiesta dal cliente e il relativo danno sono stati riconosciuti come un onere che deve essere sopportato dall'intermediario. In tal caso, entrambi gli operatori condividono solidalmente la responsabilità nei confronti del cliente.

(iii) L'ABF si è pronunciato in merito alle disposizioni in materia di commissione di massimo scoperto (CMS) e nuovi oneri sostitutivi della stessa. In particolare, è legittima la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte degli intermediari, al fine di adeguarsi alle nuove disposizioni introdotte dall'art. 2-bis del D.L. 185/2008. Tuttavia, nel caso in cui le nuove commissioni sostitutive della CMS non rispettino i nuovi e più rigorosi criteri previsti dalla legge, le commissioni introdotte sono nulle e i relativi addebiti devono essere restituiti al cliente. In particolare, è stata dichiarata la nullità di una commissione sostitutiva della CMS che non permetteva di quantificare ex ante l'onere a carico del cliente (non solo in termini di tasso, ma anche di importo netto complessivo).

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate.

A cura del Centro Studi del Dipartimento italiano di Corporate

Alessandro De Nicola – adenicola@orrick.com

Ivan Rotunno – ivotunno@orrick.com

Claudia Gargano – cgargano@orrick.com

www.orrick.com