

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|--|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente |
| - Prof.ssa Antonella Sciarrone Alibrandi | Membro designato dalla Banca d'Italia
(Estensore) |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Dott. Dario Purcaro | Membro designato dal Conciliatore Bancario
Finanziario per le controversie in cui sia
parte un cliente professionista/imprenditore |

- Avv. Franco Estrangeros

Membro designato da Confindustria, di
concerto con Confcommercio,
Confagricoltura e Confartigianato

IL CASO.it

nella seduta del 25 febbraio 2010 dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione,
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica

FATTO

Con ricorso datato 24 novembre 2010, la società ricorrente, titolare di un conto corrente affidato, riferiva che dall'esame dell'estratto conto on-line aveva rilevato un addebito in conto di € 613.90, con causale sconosciuta, in merito al quale aveva chiesto spiegazioni all'intermediario.

La ricorrente proseguiva affermando che, solo dopo diversi tentativi di ottenere telefonicamente chiarificazioni, era venuta a conoscenza del fatto che tale addebito era l'esito dell'applicazione di una nuova commissione introdotta unilateralmente dalla banca in sostituzione delle commissioni di massimo scoperto (c.m.s), non più applicabili a seguito dell'art. 2 bis della l. 28 gennaio 2009, n. 2.

In data 5 ottobre 2009, la società ricorrente, in persona dell'amministratore, presentava reclamo all'intermediario, contestando a quest'ultimo l'introduzione unilaterale della commissione di messa a disposizione fondi (c.m.d.f.) in sostituzione della commissione di massimo scoperto e chiedendo l'eliminazione del relativo addebito entro tre giorni dal ricevimento della contestazione.

In data 6 ottobre 2009, l'intermediario rispondeva al reclamo, respingendo la richiesta e facendo presente alla società ricorrente che, con lettera datata 22 maggio 2009, in conformità a quanto prescritto dalla "normativa vigente" aveva comunicato che "tale commissione... sostituisce la commissione di massimo scoperto e le spese di gestione pratica fidi". Sempre con riferimento alle contestazioni oggetto del reclamo, l'intermediario precisava inoltre che i diversi tentativi di avere spiegazioni, indicati dall'amministratore della società ricorrente si erano concretizzati in due sole telefonate ricevute nel pomeriggio



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

del 2 ottobre 2009, cui avevano fatto seguito ripetuti tentativi, rimasti infruttuosi, di contattare l'amministratore della società ricorrente da parte dello stesso intermediario. Insoddisfatta dalla risposta ricevuta dall'intermediario, la società ricorrente si rivolgeva dunque all'Arbitro Bancario Finanziario, contestando la legittimità dell'addebito in conto di € 613.90, in quanto frutto dell'applicazione di una commissione introdotta dall'intermediario medesimo:

- in sostituzione di una clausola, la commissione di massimo scoperto, dichiarata "illegale";
- riferita alla "concessione del fido" rispetto al quale già sono corrisposti interessi passivi "non certo benevoli";
- nella regolamentazione pattizia "senza possibilità di alcuna negoziazione ma con decisione unilaterale".

La ricorrente chiedeva pertanto all'Arbitro Bancario Finanziario "l'accoglimento dell'istanza, per il passato ed il futuro" consistente nell'eliminazione dell'onere addebitato.

In data 21 gennaio 2010, l'intermediario presentava le proprie controdeduzioni affermando che, in data 26 maggio 2009, aveva inviato alla società ricorrente lettera informativa relativa alla proposta di modifica unilaterale del contratto di apertura di credito, con espressa indicazione dell'applicazione, a decorrere dal 1° luglio 2009, della "Commissione di messa a disposizione dei fondi" in sostituzione delle "Spese Gestione Pratica Fidi" e della "Commissione di massimo scoperto". Affermava poi che la "proposta di modifica unilaterale" formulata alla società ricorrente era avvenuta in conformità del combinato disposto degli artt. 118 TUB e 2 bis l. 2/2009 senza che quest'ultima avesse esercitato il diritto di recesso nel termine dei 60 giorni dal ricevimento della medesima.

Sempre nelle controdeduzioni, l'intermediario produceva tra l'altro:

- richiesta della società ricorrente datata 29 luglio 2009 di riduzione della linea di credito in c/c da € 150.000,00 a € 100.000,00;
- comunicazione della banca del 11 agosto 2009 di conferma della linea di credito a revoca di € 100.000,00;
- estratto conto al 30 settembre 2009 (con saldo negativo per € 91.235,22) che riporta un addebito di € 613,90 per "commissione per la messa a disposizione di fondi".

Ciò premesso, l'intermediario chiedeva il rigetto del ricorso.

Considerato il procedimento maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato nella seduta del 25 febbraio 2010.

DIRITTO

La questione sottoposta all'attenzione dell'Arbitro Bancario Finanziario concerne la legittimità o meno dell'introduzione - in un contratto di apertura di credito già in essere al momento dell'entrata in vigore dell'art. 2-bis, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, successivamente integrato, in sede di conversione, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2 - di una "commissione messa a disposizione fondi" in sostituzione di una precedentemente esistente "commissione di massimo scoperto". In particolare, la società ricorrente contesta, per un verso, la legittimità in quanto tale della nuova commissione, ritenuta in contrasto con l'appena richiamato art. 2-bis; per altro verso, la legittimità dell'introduzione della commissione medesima mediante il meccanismo di modifica unilaterale del contratto di cui all'art. 118 TUB.



Le due problematiche risultano, in realtà, collegate e saranno, pertanto, affrontate congiuntamente, entrambe radicandosi sulla nuova disposizione di cui all'art. 2 bis della l. n. 2/2009 sulla quale si rende necessario soffermarsi.

Data, peraltro, la complessità della materia e la novità della norma in discorso, si ritiene opportuno muovere, per una migliore comprensione della vicenda oggetto del ricorso, da una breve ricostruzione dello stato dell'arte in materia di commissioni di massimo scoperto.

Nella prassi applicativa precedente alla legge n. 2/2009 era riscontrabile una pluralità di meccanismi di calcolo dei c.d. oneri di messa a disposizione dei fondi, ovvero oneri fondati sul presupposto che il contratto di apertura di credito legittimerebbe una remunerazione per l'affidamento, indipendentemente dall'effettivo utilizzo del credito concesso, il cui corrispettivo è dato, invece, dal pagamento degli interessi. Assai frequentemente utilizzata dalle banche è sempre stata la commissione di massimo scoperto (CMS), calcolata sull'ammontare massimo dell'utilizzato in un dato periodo di riferimento, solitamente trimestrale, in genere al permanere di tale ammontare massimo per un certo numero di giorni (variabile da 3 a 10) ma, in certi casi, indipendentemente da qualsivoglia durata minima. Nella prassi si riscontrava anche, pur se con minore frequenza, la c.d. commissione di mancato utilizzo (CMU), calcolata invece, sempre in un dato periodo di riferimento, sull'accordato al netto dell'utilizzato.

Prima del recente intervento normativo, erano emersi, in dottrina e giurisprudenza, alcuni dubbi in particolare con riguardo alla legittimità della CMS: la giurisprudenza di merito aveva in più occasioni dichiarato la nullità di tale commissione, con riferimento sia a profili di tipo causale sia a profili di tipo formale, e specificamente per il fatto che la dicitura contrattuale (spesso limitata – come anche nella vicenda oggetto del ricorso – alla sola indicazione “commissione di massimo scoperto”) non consentiva effettivamente al cliente di individuare e comprendere il sottostante meccanismo di calcolo.

Fra i motivi che avrebbero indotto il legislatore ad intervenire in tale materia, un ruolo primario è stato svolto – come concordemente riconosciuto dai primi commentatori e dalle Autorità di vigilanza (Banca d'Italia e AGCM) – dall'esigenza di favorire meccanismi di remunerazione più trasparenti rispetto alle CMS in vigore, e soprattutto tali da permettere alla clientela una previsione ragionevole sui costi totali del credito.

In tale prospettiva, la l. 2/2009 è intervenuta, rispetto al quadro sopra esposto, superando i dubbi sulla legittimità degli oneri di messa a disposizione fondi, anche sotto forma di CMS, e ponendo, tuttavia, una serie di limiti all'autonomia negoziale delle banche.

Più in dettaglio, l'art. 2-bis, comma 1, per un verso, prevede, con riferimento alle CMS, la nullità di tali clausole “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”; per altro verso, introduce una nuova tipologia di commissione, la c.d. “commissione di messa a disposizione fondi”, rigorosamente commisurata all'ammontare dell'accordato indipendentemente dall'utilizzato.

Con riguardo a quest'ultima tipologia di commissione, il legislatore viene, in particolare, a stabilire la nullità di clausole “comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei 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 debitorio per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, e sia specificamente 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".

Il comma 3 dell'art. 2bis, con riferimento sia alle CMS che alla commissione di messa a disposizione fondi, prevede poi che 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".

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può ora affrontarsi la questione sollevata dalla società ricorrente in ordine alla legittimità della nuova "commissione messa a disposizione fondi" introdotta unilateralmente dalla banca nel regolamento contrattuale relativo ad un'apertura di credito già in essere.

In ordine al rilievo formulato dalla ricorrente circa l'illegittimità della intervenuta modifica unilaterale del contratto di apertura di credito, ritiene questo Collegio che tale modalità di intervento sui contratti in essere risulti conforme con il disposto del più sopra riportato comma 3 dell'art. 2 bis, ove esplicitamente si prevede, al fine dell'adeguamento alla nuova

normativa, il ricorso all'istituto dello *iuris variandi* di cui all'art. 118 TUB.

Non conforme al comma 1 del medesimo art. 2 bis risulta, però, il contenuto specifico della proposta di modifica unilaterale dei contratti di apertura di credito inviata alla società ricorrente in data 26 maggio 2009. E, in particolare, la descrizione, in tale proposta contenuta, del meccanismo di calcolo della nuova commissione, denominata "Commissione di messa a disposizione di fondi" (CMDF), destinata a sostituire le commissioni già esistenti nei contratti in essere. Tale commissione – scrive l'intermediario – sarà "calcolata, posticipatamente e su base trimestrale, in una misura proporzionale pari all'1% della media dell'importo dell'apertura di credito in essere durante il trimestre di riferimento (CMDF TRIMESTRALE = importo medio trimestrale dell'apertura di credito x 1/100)".

Un tale meccanismo di calcolo non è, infatti, in linea con la disciplina notevolmente restrittiva contenuta nel comma 1 dell'art. 2 bis con riguardo alle commissioni per la messa a disposizione fondi, per la cui validità è necessario: a) che il corrispettivo sia predeterminato "in misura omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento", e quindi, a ben vedere, con predeterminazione *ex ante* in termini non solo di tasso, ma anche di importo netto complessivo per tutta la durata del fido; b) che il patto scritto sia "non rinnovabile tacitamente alla scadenza", il che implica, nel caso di apertura di credito a tempo indeterminato, la necessità di una durata predeterminata dello specifico patto di remunerazione.

Sotto entrambi i profili appena riportati, la clausola contenuta nella proposta di modifica unilaterale del 26 maggio 2009 presenta invece contenuto difforme. Per quanto concerne la determinazione del corrispettivo, nella clausola oggetto del ricorso si prevede un meccanismo di calcolo posticipato e per ciò stesso non determinabile *ex ante*, basato su una percentuale da calcolarsi, per di più, con riferimento alla media dell'importo dell'apertura di credito in essere (espressione in sé non univoca, che potrebbe essere interpretata sia nel senso dell'accordato medio, sia nel senso della media della differenza tra accordato e utilizzato). Per quanto concerne la rinnovabilità del patto, la clausola oggetto del ricorso – che si inserisce in un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato – non fa alcuna menzione di un arco temporale predefinito di applicazione della clausola stessa, come invece la legge richiede.

Per tali ragioni, anche considerata la volontà del legislatore di introdurre con la l. n. 2/2009 specifici meccanismi di trasparenza (attinenti, non al sistema di calcolo in sé, ma alla sua



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

raccomandazione nell'informazione contrattuale), che rendano effettivamente comprensibili per la clientela e comparabili sul mercato i sistemi di tariffazione utilizzati, il Collegio ritiene dunque la nuova "Commissione di messa a disposizione fondi" di cui alla proposta unilaterale del 26 maggio 2009 nulla per contrarietà al disposto dell'art. 2 bis, comma 1, della l. n. 2/2009.

P. Q. M.

Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario restituisca al ricorrente la somma di € 613,90, oltre a interessi legali dall'addebito all'effettiva restituzione.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e al ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

II CASO.it
IL PRESIDENTE
Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO