



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controverse

Collegio di Milano

composto dai signori:

- | | |
|-------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente |
| - Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia
(Estensore) |
| - Avv. Maria Elisabetta Contino | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Dott. Dario Purcaro | Membro designato dal Conciliatore
Bancario Finanziario |
| - Prof. Avv. Alberto Monti | Membro designato da Confindustria,
di concerto con Confcommercio,
Confagricoltura e Confartigianato |

nella seduta del 13 ottobre 2011, dopo aver esaminato:

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

FATTO

In data 20.5.2010 la società ricorrente ha chiesto chiarimenti alla convenuta in merito al tasso debitore del 12% applicato al proprio affidamento nel periodo compreso tra il 30.6.2008 e il 31.12.2009, in quanto aveva concordato con il responsabile della filiale di riferimento un tasso debitore, supportato da una garanzia di un terzo, pari al 5,75% e, per l'extra fido, pari all'8,50%.

In data 22.6.2010, l'intermediario ha riscontrato la suddetta missiva, sostenendo come "le condizioni - e le eventuali variazioni - siano sempre state comunicate, in base alla vigente normativa, tramite i documenti di sintesi, anche per consentire l'eventuale diritto di recesso".

Nella lettera la banca ha pure evidenziato che, dai riscontri effettuati, era emerso "come le condizioni in precedenza godute siano state variate con decorrenza 28.6.2009 come da relativa proposta di modifica unilaterale di contratto di apertura di credito in c/c dell'11 maggio [precedente] nella quale viene precisato che "se sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito si determina un saldo debitore superiore all'importo dell'apertura di credito stessa, è applicato il TUOF (tasso debitore per l'utilizzo oltre il fido) sull'intero importo del saldo debitore, e non soltanto sull'importo utilizzato oltre l'ammontare dell'apertura di credito".

Con reclamo del 30.6.2010 la società ricorrente ha nuovamente eccepito l'applicazione di tassi debitori del 12%, a fronte di quanto promesso dalla responsabile di filiale e, pure, confermato dall'estratto conto del primo trimestre 2010, da cui si evince un parametro pari al 5,75%, applicato al fido di conto corrente.

La convenuta, nel riscontrare il reclamo con lettera datata 8.7.2010, ha confermato quanto già illustrato nella precedente comunicazione.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Con ricorso sottoscritto il 25.1.2011 la parte attrice ha riepilogato cronologicamente il rapporto di affidamento intercorso con la convenuta e ha ribadito la propria istanza, nonché aggiunto ulteriori questioni e motivazioni a sostegno delle proprie ragioni.

In definitiva, la società ricorrente ha domandato all'ABF *"che venga riconosciuta e dichiarata la nullità della C.M.S. ovvero la nullità ed illegittimità delle modifiche al tasso debitore, della commissione trimestrale di disponibilità fondi e del T.U.O.F., con conseguente restituzione delle somme indebitamente percepite ... oltre interesse e rivalutazione monetaria e risarcimento danni"*.

L'intermediario ha chiesto all'ABF di respingere il ricorso sulla base delle seguenti motivazioni:

- *"il ricorrente a sostegno delle proprie richieste ha addotto argomentazioni smentite innanzitutto dalle produzioni documentali da lui stesso fornite;*
- *il ricorrente non ha mai contestato di aver ricevuto la comunicazione prescritta dall'art. 118 TUB ma, anzi, ne ha implicitamente ammesso la ricezione;*
- *le eccezioni sollevate in merito alla pretesa nullità della CMS e alla pretesa illegittimità dell'inserimento nei contratti pendenti del nuovo regime commissionale compatibile con le prescrizioni dell'art. 2 bis, sono state puntualmente e validamente confutate dalla Banca esponente che ha dimostrato la totale infondatezza di tali eccezioni"*

La resistente ha ripercorso i fatti in maniera analitica e ha sviluppato molto dettagliatamente le proprie osservazioni.

La convenuta ha, tra l'altro, suddiviso le proprie difese in tre parti:

1. *quanto alla pretesa nullità della CMS,*
2. *circa l'asserita illegittimità delle modifiche unilaterali predisposte della banca ex art. 118 TUB e comunicate alla ricorrente con nota del 11/05/09;*
3. *quanto alla richiesta risarcitoria.*

In merito al punto sub 1), la convenuta ha, tra l'altro, evidenziato che: *"... nel contratto di conto corrente del 12/04/05 (allegato "b" al ricorso) venne esplicitamente pattuita una CMS (più precisamente, sulla base della dizione letterale contenuta nella relativa clausola, una "commissione M.S.T.", dove la sigla intuitivamente sta per Massimo Scoperto Trimestrale essendo il periodo di riferimento commisurato ad ogni trimestre ed essendo la commissione calcolata e rendicontata ad ogni chiusura trimestrale del conto) pari all'1,50%; identica previsione trovasi nell'adesione alla convenzione Business Soluzioni 400 sottoscritta il 26/01/06 (allegato "c" al ricorso).*

La CMS venne successivamente concordata nella misura dello 0,50% nel contratto di apertura di credito del 31/07/08 (allegato "d" al ricorso); nella stessa misura è stata pattuita anche in occasione dell'aumento dell'apertura di credito formalizzato il 18/06/09 allorché il plafond del fido venne elevato dall'originario importo di Euro 10.000 ad Euro 15.000 (allegato "e" al ricorso).

La contestata commissione di massimo scoperto, quindi, contrariamente a quanto asserito, non solo è stata pattuita dal ricorrente, ma addirittura ripetutamente esplicitata in tutti i rapporti contrattuali che si sono susseguiti nel tempo, come emerge per tabulas dalla stessa documentazione prodotta dal ricorrente".

In merito al punto sub 2), in conformità all'art. 118 del TUB, la banca *"indirizzava in data 11/5/2009 alla clientela interessata le già citate lettere di "Proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche del contratto" con le quali, ai sensi e per gli effetti del citato art. 118 T.U.B., si comunicava che tali condizioni economiche, con decorrenza dal 28/6/2009, erano variate nei seguenti termini:*

- *non veniva più applicata la commissione di massimo scoperto (CMS);*



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

- per i clienti affidati (qual era all'epoca dei fatti il ricorrente) erano introdotte le seguenti forme di remunerazione in sostituzione di tutti gli oneri previsti in precedenza a loro carico:
 - a) la "commissione di disponibilità fondi" (CDF) calcolata mediante l'applicazione, su base trimestrale, di una determinata percentuale (successivamente allineata al limite legale dello 0,50% introdotto con la richiamata modifica normativa del 3 agosto 2009) a valere sull'importo delle aperture di credito in essere durante il trimestre stesso (o, nel caso di variazioni degli importi accordati durante il trimestre di riferimento, calcolata sulla media di tali importi);
 - b) il "tasso debitore in caso di utilizzo oltre il fido" (TUOF) applicato solo in caso di utilizzi oltre il limite del fido accordato, con la particolarità che - verificandosi il presupposto dello sconfinamento - il TUOF è calcolato sull'intero importo del saldo debitore e non soltanto sull'importo eccedente l'ammontare dell'apertura di credito.

Nel caso di specie la Banca - a supporto del puntuale invio al ricorrente delle comunicazioni di modifica delle preesistenti commissioni bancarie e della loro sostituzione con le nuove condizioni indicate ai precedenti punti a) e b) - ha documentato (attraverso la produzione contrassegnata dal n. 1) l'invio di tali comunicazioni con riferimento sia al rapporto di conto corrente che all'apertura di credito ad esso collegata. Il perfezionamento della fattispecie - con la ricezione della comunicazione, come già sottolineato pacificamente riconosciuto dal ricorrente - ed il conseguente inserimento del nuovo regime commissionale nei rapporti pendenti devono ritenersi quindi pacificamente ammessi e non contestati.

Il ricorrente asserisce che la banca avrebbe "nel corso del rapporto" elevato il tasso debitore al 12%; senza soffermarsi sulla circostanza che non vengono forniti né riferimenti cronologici né riscontri probatori, riteniamo presumibile che l'asserito aumento del tasso di interesse debba riferirsi al periodo successivo alle intervenute modifiche unilaterali, la cui introduzione venne anticipata con le citate comunicazioni in data 11/05/09.

Anche in questo caso la doglianza si basa su circostanze di fatto non veritiere, come si evince dai Documenti di Sintesi tempo per tempo inviati dalla Banca e che si allegano in unica fascicolazione (Doc. 6), dai quali chiaramente emerge come il tasso debitore sia sempre stato conforme a quanto originariamente pattuito (vale a dire al 5,7% nel caso di utilizzo del fido entro il limite di importo accordato), mentre il tasso del 12% risulta previsto per il solo utilizzo oltre i limiti dell'accordato (sulla base del criterio operativo del TUOF), coerentemente con le modifiche introdotte e debitamente comunicate.

L'applicazione del tasso debitore del 12% nel secondo semestre dell'anno 2009, con il conseguente incremento del costo del credito, è dipesa unicamente dal pressoché costante utilizzo della linea di credito oltre i limiti dell'accordato, come peraltro emerge dalla documentazione contabile allegata (Doc. 7)..."

In merito al punto sub 3), la resistente ha, tra l'altro, sottolineato come il ricorrente non abbia né motivato né provato la propria istanza.

DIRITTO

Prima di esaminare nel merito la questione sottoposta al vaglio di questo Collegio pare opportuno sintetizzare alcuni aspetti salienti della vicenda all'origine della presente controversia.

La società ricorrente ha, nel ricorso, dettagliato la richiesta originariamente formulata in sede di reclamo. In particolare, nella lettera del 30.6.2010 ha contestato l'innalzamento del tasso debitore (dal 5,75-8,50% al 12%) per il periodo intercorrente fra il 30.6.2008 al 31.12.2009, mentre nel ricorso ha chiesto all'ABF "di dichiarare la nullità della CMS o la



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

nullità ed illegittimità delle modifiche al tasso debitore, della commissione trimestrale di disponibilità fondi e del TUOF con conseguente restituzione delle somme indebitamente pagate a ... oltre a interessi e rivalutazione monetaria e risarcimento danni".

Con riferimento agli interessi debitori che sono stati effettivamente addebitati alla società ricorrente deve rilevarsi che nessuna delle parti ha accluso alla propria documentazione gli estratti conti, ovvero le c.d. "staffe", da cui si possano evidenziare i tassi di tempo in tempo applicati, nonché le effettive modalità di calcolo degli oneri passivi a carico dell'azienda ricorrente.

Sul punto, l'intermediario si è limitato ad accludere alle proprie controdeduzioni le copie delle videate delle rilevazioni numerarie (e dei relativi saldi via via venutisi a determinare) che, dal 1.10.2009 al 31.12.2009, si sono manifestate nel rapporto di conto corrente n. 1351, mentre il ricorrente ha accluso al proprio ricorso la relazione tecnica di un C.T.U. relativa a ricalcoli dei tassi applicati al predetto conto corrente.

L'intermediario ha accluso alle proprie controdeduzioni taluni documenti di sintesi relativi al 2009, da cui si evincono (doc. 6) i tassi del 5,7% (dal 2.4.2009) e del 12% (dal 1.7.2009) applicati, rispettivamente, entro ed oltre ai limiti di fido.

Il ricorrente ha fornito la documentazione contrattuale e l'informativa di trasparenza, da cui si rileva, tra l'altro, quanto segue:

- dal 26.1.2006 "tasso scoperto di c/c e di mora": 13,75%;
- dal 31.7.2008 "tasso debitore apc fiduciaria": 8,25% e "tasso per scoperto di conto corrente...": 14,1%;
- dal 18.6.2009 "tasso deb. apc fiduciaria" corso del 5,7% e "tasso per scoperto di conto corrente..." 8,75%.

Non è controverso il fatto che, con proposta di modifica unilaterale delle condizioni dell'11.5.2009, sia stato introdotto il TUOF, quale tasso da applicarsi all'intero utilizzo e non solo sulla parte eccedente il fido.

Ciò chiarito in fatto, pare utile ricordare quanto contemplato dalla normativa in materia che rileva ai fini della decisione della presente vertenza.

Com'è noto, l'art. 2-bis della legge n. 2/2009, sancisce (comma 1°) che "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 prelievo 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"; il medesimo articolo (al comma 3°) prevede, inoltre, 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, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni".

Giova notare che, allo scopo di accelerare e rendere effettivi i benefici derivanti dal divieto della commissione di massimo scoperto, all'articolo 2-bis, del decreto-legge sopra citato è stato annesso il seguente periodo: «L'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre,



Arbitro Bancario Finanziario
Risolutiva Stragiudiziale Controversie

dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo».

A ciò si aggiunga che, con nota n. 431151 del 4.12.2009, la Banca d'Italia ha chiarito che il contratto di apertura di credito non può prevedere "l'applicazione cumulativa della commissione per la messa a disposizione fondi e della CMS perché, ai sensi di legge, la prima delle due commissioni deve essere "omnicomprensiva": essa, pertanto, non può convivere con altre commissioni che, come nel caso della CMS, siano volte a remunerare, direttamente o indirettamente, la disponibilità delle somme".

Sulla base di quanto illustrato va ricordato che l'ABF si è pronunciato più volte in merito alle disposizioni in materia di commissione di massimo scoperto (CMS) e nuovi oneri sostitutivi della stessa. In particolare, si è affermata la legittimità della 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 con il meccanismo e nei tempi previsti dalla normativa sopra richiamata. Dunque, come questo Collegio ha già avuto occasione di affermare (Decisione n. 172/10, Decisione n. 393/10, Decisione 849/10 e Decisione n. 1016/10), deve in linea di massima ritenersi legittimo il ricorso alle modalità previste dall'art. 118 TUB in tema di *ius variandi* per adattare il contratto in essere tra le parti alla modifica legislativa in questione, posto che ciò è espressamente previsto dal 3° comma della norma ora illustrata.

Ciò chiarito, si pone comunque la questione della verifica della legittimità del ricorso allo *ius variandi* di cui all'art. 118 TUB in relazione alle diverse variazioni apportate dall'intermediario nel caso di specie.

Nella comunicazione ex art. 118 TUB dell'11 maggio 2009, attualmente agli atti, le nuove condizioni economiche possono essere così sinteticamente identificate:

- la "commissione di disponibilità fondi" (CDF) che, secondo quanto testualmente indica l'intermediario resistente, è *"calcolata mediante l'applicazione, su base trimestrale, di una determinata percentuale (successivamente allineata al limite legale dello 0,50% introdotto con la richiamata modifica normativa del 3 agosto 2009) a valere sull'importo delle aperture di credito in essere durante il trimestre stesso (o, nel caso di variazioni degli importi accordati durante il trimestre di riferimento, calcolata sulla media di tali importi);*
- il "tasso debitore in caso di utilizzo oltre il fido" (TUOF) che, secondo quanto testualmente indica l'intermediario resistente, è *applicato solo in caso di utilizzi oltre il limite del fido accordato, con la particolarità che - verificandosi il presupposto dello sconfinamento - il TUOF è calcolato sull'intero importo del saldo debitore e non soltanto sull'importo eccedente l'ammontare dell'apertura di credito".*

Ora, la prima condizione sopra illustrata appare sostitutiva dell'originaria CMS e, come tale, rientra nel meccanismo previsto e disciplinato dall'art. 118 TUB, nei termini previsti dall'art. 2-bis, comma 3°, del D.L. 185/2008.

Ben diversa conclusione deve, invece, trarsi per la seconda condizione richiamata, la quale non consiste in una "sostituzione" della CMS con una nuova analoga clausola contrattuale, ma in una variazione del tasso di interesse applicato agli utilizzi oltre il fido, che, come tale, non può dirsi rientrare nella fattispecie di cui all'art. 2-bis, comma 3°, del D.L. 185/2008 (per effetto della quale la novità normativa era da considerare "giustificato motivo" per le variazioni che riguardassero le CMS, comunque denominate).

Se così è, non può che trovare "ordinaria" applicazione il disposto dell'art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993, il quale richiede espressamente l'indicazione di un "giustificato motivo" a supporto della proposta di modifica dell'intermediario. Ne deriva che, in relazione alla



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controverse

modifica introduttiva del TUOF, deve necessariamente vagliarsi la sussistenza del giustificato motivo richiesto dalla normativa in materia per poter appurare la legittimità della medesima.

Ora, pare doversi concludere che, da un lato, il rinvio a "l'entrata in vigore della legge n. 2 del 28 gennaio 2009" non possa, per le ragioni già esposte, assumere alcuna reale valenza nel caso di specie e che, dall'altro lato, il richiamo a "gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria" come giustificato motivo dell'esercizio dello *ius variandi* da parte dell'intermediario è indicazione estremamente sintetica e generica e, dunque, tale da non consentire al cliente, neppure con un certo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base.

Le doglianze della ricorrente sono, dunque, nei limiti appena indicati, pienamente fondate e degne di accoglimento.

Venendo ora all'esame dell'ultima richiesta formulata dalla ricorrente – ovvero quella relativa al risarcimento del danno – è sufficiente osservare che non è stata fornita alcuna allegazione e/o alcun riscontro probatorio al riguardo; ciò induce il Collegio a non accogliere la relativa istanza.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario restituisca alla ricorrente le somme percepite a titolo di interessi calcolati al tasso debitore per l'utilizzo oltre fido (TUOF).

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 alla ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO