



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 804 del 12 febbraio 2013

*Categoria di quozioni
e principio della
moderazione della
istanza nelle
fatti*

IL COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

- prof. avv. Enrico Quadri Presidente
- avv. Giuseppe Leonardo Carriero membro designato dalla Banca d'Italia
- avv. Giancarlo Davide Colangelo membro designato dalla Banca d'Italia
- prof. avv. Nicola Rocco Di Torrepadula membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario
- prof. avv. Giuseppe Guizzi membro designato da Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (estensore)

seduta del 15.1.2013

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

FATTO

La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne il tema della legittimità degli addebiti delle voci di interessi, oneri e commissioni eseguita dall'intermediario sul conto del cliente e la configurabilità di una violazione della disciplina antiusura. Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

La società attuale ricorrente (che esercita attività di vendita di autoveicoli) accendeva presso l'intermediario attuale resistente, a partire dal 2004, una serie di linee di credito. In particolare, in data 5 ottobre 2004 la società stipulava un contratto di conto corrente ordinario (conto n. 7244) su cui veniva accordato un fido, nella forma dell'apertura di credito per € 100.000,00 ed apriva altresì un ulteriore conto n. 23606204 per sconto di crediti assistito da un fido di € 20.000,00; successivamente in data 3 giugno 2009, veniva aperto un ulteriore conto corrente (n. 16160) assistito da un fido di € 60.000,00 per l'anticipazione di crediti commerciali.

Con una serie di lettere inviate a partire dal mese di settembre 2010 – e che hanno generato un copioso scambio di corrispondenza con l'intermediario – la società, per il tramite di un avvocato, ha lamentato l'applicazione unilaterale, da parte del resistente, di



condizioni contrattuali *contra legem* che avrebbero determinato il pagamento di somme per interessi, spese e commissioni non dovute..

Segnatamente, la società ricorrente, già nello scambio di corrispondenza, in relazione all'operazione regolata sul c/c n. 16160 contestava:

- a) che la classificazione effettuata dall'intermediario come apertura di credito in conto corrente non era corretta, trattandosi piuttosto di una mera anticipazione finanziaria sui crediti commerciali entro un importo limite predefinito. Secondo quanto sostenuto dall'avvocato della società il conto corrente era, dunque, uno strumento dedicato, utilizzato solo dalla banca ai fini della contabilizzazione delle reciproche partite, mentre non era è in alcun modo accessibile al cliente;
- b) sempre con riferimento all'operazione regolata su detto conto, che dalla non corretta classificazione derivava l'illiceità del tasso di interessi applicato, il quale risultava superiore alle soglie antiusura previste per i finanziamenti su anticipi (tasso questo a cui si sarebbe dovuto fare riferimento, non potendosi prendere come parametro quello, maggiore, per l'apertura di credito);
- c) l'illiceità della capitalizzazione degli interessi, in quanto in difetto della possibilità che il conto riporti saldi attivi, mancherebbe il presupposto della "reciprocità".
- d) in via di subordine rispetto alla prospettata nullità per violazione delle soglie di usura, la nullità ex art. 117, comma 7 TUB delle clausole che prevedono le diverse condizioni economiche per difetto di forma scritta (nella "*lettera contratto di credito*" datata 9 giugno 2009 non essendo riportato alcun tasso creditore, né altra condizione economica applicata al rapporto)
- e) l'illiceità della commissione di massimo scoperto, lamentandone l'invalidità, sotto il profilo casuale e/o sotto il profilo della determinabilità/determinatezza della prestazione richiesta;
- f) in via di subordine, per l'ipotesi di ritenuta originaria validità delle condizioni contrattuali l'inopponibilità delle successive modifiche, non sussistendo nel caso di specie le condizioni per considerare efficacemente operante il meccanismo di modifica ex art. 118 TUB.

Quanto invece alle operazioni regolate sui due conti corrente accessi nel 2004 (n. 7244 e n. 23606204) il difensore della società sollevava il medesimo genere di contestazioni, con la sola eccezione di quella relativa alla non corretta classificazione del rapporto in relazione all'individuazione della soglia rilevante ai fini usura.

Sulla base di tutte le argomentazioni sopra riassunte la società ricorrente chiedeva alla banca di procedere al ricalcolo dei saldi dei conti e di procedere al rimborso della differenza. Non avendo l'intermediario evaso positivamente la richiesta, la società esperiva tentativo di mediazione ai sensi del D.Lgs. n. 28/2010 avanti ad un organismo riconosciuto, conclusosi con esito negativo per la mancata accettazione delle proposte del mediatore da parte della convenuta. Solo a valle di siffatto procedimento la società si rivolgeva all'ABF, con un ricorso in cui esponeva i fatti e le argomentazioni sopra riassunte e che concludeva chiedendo al Collegio di ordinare all'intermediario la restituzione di tutto quanto indebitamente percepito, e in particolare: (i) con riferimento al conto n. 16110, la restituzione della somma di € 15.756,96 (così quantificata, nella perizia allegata al ricorso, alla data del 30 settembre 2011); (ii) con riferimento allo sconto di effetti di natura commerciale (conto n. 23606204), la restituzione di quanto prelevato a titolo di commissione di massimo scoperto, per un importo di € 294,24 nonché, a titolo di maggiori interessi, la somma di € 6.168,04 (anch'essa così quantificata nella perizia allegata sempre alla medesima data); (iii) con riferimento al c/c n. 7244, la ripetizione delle somme percepite



a titolo di CMS per un importo di € 13.446,03 oltre a quanto indebitamente ancora percepito sino alla data di definizione della controversia, a titolo di interessi non dovuti e pari a € 37.209,22 (anche in questo caso come da perizia e sempre alla stessa data del 30 settembre 2011). L'ammontare della somma complessivamente richiesta dalla società con il ricorso ascendeva dunque a € 74.927,59; a tale richiesta la società cumulava poi la domanda di risarcimento danni rappresentati dalle spese sostenute per il tentativo di mediazione rifiutato dalla banca (€ 800), dai costi per la perizia allegata (€ 1.058,36) e la domanda di rimborso dei costi legati alla necessità dell'assistenza legale (€ 4.755,86).

L'intermediario ha resistito alle domande della società con controdeduzioni. In via preliminare il resistente ha eccepito l'incompetenza dell'ABF *ratione temporis* per le domande relative alla restituzione delle somme eventualmente non dovute dalla società ma addebitate prima del 1° gennaio 2007.

Con riferimento al merito della controversia, l'intermediario ha dapprima riepilogato i tre rapporti che ha o ha avuto in essere con la società ricorrente, vale a dire (i) il conto corrente n. 7244, acceso il 5 ottobre 2004 e classificato come conto corrente ordinario; (ii) il conto corrente n. 16160, acceso in data 3 giugno 2009 e classificato come conto corrente ordinario; (iii) il rapporto anticipi su certificati di conformità autoveicoli/motoveicoli n. 23606204 acceso il 5 ottobre 2004 ed estinto il 27 settembre 2011.

In relazione alle diverse contestazioni mosse alla ricorrente in punto di diritto, l'intermediario ha, per un verso, sostenuto di avere adeguato *"i contratti dei conti correnti alle modalità ed ai criteri per la produzione di interessi stabiliti dal CICR con la Delibera del 9/2/2000, applicando la medesima periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori a far data dall'1/7/2000"*, e per altro verso, con più specifico riferimento alla doglianza riguardante l'applicazione di interessi usurari, il resistente ha esposto di aver verificato che i tassi debitori si sono sempre mantenuti nei termini contrattuali e comunque nei limiti della soglia di usura determinata tempo per tempo per le specifiche tipologie di operazioni.

Le parti scambiavano ulteriori memorie con le quali insistevano nelle rispettive posizioni. Nella riunione del 30 ottobre 2012, in cui il procedimento era stato chiamato per la decisione, il Collegio ha ritenuto di dover adottare provvedimento interlocutorio, ravvisando la necessità di svolgere approfondimenti istruttori: il Collegio ha, infatti, per un verso, invitato il resistente *"a motivare le ragioni della classificazione del rapporto n. 16160 come apertura di credito in conto corrente"* e, per altro verso, il ricorrente *"a produrre un prospetto di calcolo degli interessi e dei maggiori oneri maturati sui rapporti nn. 7244 e 23606204 con decorrenza dal 1° gennaio 2007"*.

A siffatte richieste la resistente ha fornito riscontro con lettera del 6 novembre 2012, nella quale ha innanzitutto precisato che originariamente (ottobre 2004) l'impresa ricorrente era titolare di due linee di credito, vale a dire (i) un'apertura di credito a revoca per un limite di fido di € 100.000,00 a valere sul conto corrente n. 7244, e (ii) una linea collegata ad un anticipo su fatture e/o certificati auto, per € 80.000,00 a valere sul rapporto n. 23606204. Ha proseguito quindi il resistente sottolineando che nel maggio 2009, dopo una *"sperimentazione positiva del rapporto"* e su richiesta della cliente, aveva deciso di concedere - in luogo del pregresso rapporto di anticipazione - due linee di credito consistenti in un fido promiscuo di € 60.000,00 da utilizzare indifferentemente per lo smobilizzo di crediti senza notifica al debitore ceduto (rapporto n.ro 46749609) e/o apertura di credito in conto corrente (conto n.ro 16160), e in un fido per lo sconto di carta commerciale accettata. Con riferimento al fido promiscuo, la scrivente ha pure precisato che, secondo quanto concordato, l'apertura di credito in conto corrente è *"garantita a collaterale con il rientro programmato di incassi commerciali"*.

In data 22 novembre 2012, anche la società ricorrente ha fornito riscontro alla richiesta del Collegio, trasmettendo la relazione peritale completa dei prospetti di calcolo degli interessi e



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

dei maggiori oneri maturati sui rapporti intestati alla ricorrente, a far data dal 1 gennaio 2007. In base alle elaborazioni effettuate, gli interessi e oneri da restituire a valere sul c/c n. 7244 ammonterebbero a 59.609,82, oltre € 2.905,08 per interessi legali; con riferimento al rapporto n. 23606204, i maggiori oneri ammonterebbero a 3.867,83 oltre € 365,38 per interessi legali; con riferimento al c/c n. 16160, l'importo da restituire sarebbe pari a € 23.319,43 (e € 727,62 per interessi legali).

Nella lettera con la quale si accompagna la documentazione prodotta, la società osserva – in merito alle produzioni di controparte - che il resistente non avrebbe fornito validi argomenti a sostegno dell'impropria classificazione dell'anticipazione su crediti commerciali come apertura di credito in conto corrente, ribadendo che la movimentazione del conto *"evidenzia solo ed esclusivamente partite contabili afferenti gli anticipi, senza registrazioni di altre operazioni non in linea con le specifiche finalità ed operatività del conto anticipi"*, e in particolare che *"non risultano registrate operazioni connesse a versamenti, prelievi e quant'altro riferibile alla normale ed ordinaria movimentazione propria di un conto corrente"*.

DIRITTO

Il ricorso è parzialmente fondato, e perciò meritevole di accoglimento seppure nei limiti delle considerazioni che seguono.

La vicenda portata all'attenzione del Collegio è certamente complessa, giacché essa pone una pluralità di questioni di contenuto parzialmente coincidente, e tuttavia da esaminare in relazione a tre distinte operazioni, regolate su tre diversi conti correnti e poi poste in essere in epoche tra loro anche parzialmente differenti.

Per una corretta soluzione della controversia occorre, allora, innanzitutto distinguere le operazioni regolate sul conto corrente affidato n. 7244 e quelle di anticipazione su certificati auto regolate conto n. 23606204, in quanto entrambi accessi nel 2004, dalle operazioni regolate sul conto n. 16160, acceso nel 2009.

La distinzione si impone non solo perché è unicamente in rapporto ai primi due conti, e non anche rispetto al terzo, che può valere l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dal resistente – eccezione parzialmente fondata, giacché, come chiarito in altre occasioni da codesto Arbitro, rispetto a un rapporto di durata, come il conto corrente, la competenza *ratione temporis* dell'ABF a conoscere delle domande restitutorie di somme addebitate e non dovute deve essere limitata, per i rapporti accessi prima della data assunta rilevante dalla disciplina attuativa (nel caso di specie ancora il 1° gennaio 2007), alle somme eventualmente addebitate *sine titulo* a partire da tale data e non può essere riferita a quelle addebitate precedentemente.

Tale distinzione si impone, infatti, anche e soprattutto, perché è solo per il terzo conto e non anche per i primi due che si pone il problema della correttezza della qualificazione del rapporto di credito regolato in conto; ossia il problema che già *prima facie* rende assai delicata la questione sottoposta all'esame del Collegio.

Ciò precisato in via di premessa, anche, come detto, a chiarimento dei limiti della competenza dell'Arbitro, varrà la pena muovere dall'analisi delle contestazioni mosse con riferimento ai due conti più vecchi: conto ordinario e conto per sconto certificati autoveicoli.

Ebbene, in relazione ad essi sembra al Collegio che le doglianze della società siano infondate, con l'unica eccezione di quella relativa all'illegittima applicazione della CMS sul c/c n. 7244.

Prive di fondamento appaiono, infatti, innanzitutto le contestazioni relative al superamento del tasso soglia, giacché – in disparte quanto si dirà circa le ragioni che non rendevano dovuta l'applicazione della CMS – l'impostazione seguita dal ricorrente, ovvero quella che



considera rilevante la commissione di massimo scoperto ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, poi computandola sostanzialmente tra gli interessi e non tra gli oneri, già prima della modifica normativa introdotta dall'art. 2-bis, l. 2/2009, non appare condivisibile. Gli è, infatti, non solo che, come questo Collegio ha già avuto modo di precisare (v. ABF-Collegio Napoli, n.1363/2010), (i) una simile interpretazione oblitera completamente il dato testuale, il quale sottolinea come la rilevanza della CMS ai fini della verifica del superamento del tasso soglia sussiste, invece, "*a far data dall'entrata in vigore della presente legge*", ma anche (ii) che è persino la stessa Cassazione penale, nelle note sentenze del 2010 che pure (singolarmente e manipolando il dato testuale) sostengono la tesi della natura solo interpretativa e non innovativa della novella, *a riconoscere espressamente che la CMS non costituisce un interesse*, sicché in nessun caso può accettarsi un criterio di calcolo che la conteggi nel primo addendo della formula normativamente rilevante.

Allo stesso modo non appaiono convincenti le doglianze avanzate dalla società allorché lamenta che nel caso di specie mancherebbe un contratto sottoscritto da entrambe le parti - la copia prodotta nel procedimento dalla resistente reca solo la sottoscrizione della ricorrente ma non anche quella della banca. A questo proposito il Collegio ritiene di dover confermare l'orientamento già espresso con la propria precedente decisione n. 2768/11, là dove ha chiarito come non possa essere condiviso quel noto indirizzo interpretativo, pure autorevolmente espresso a livello giurisprudenziale, secondo cui, atteso il rigore di forma che caratterizza i contratti tra banca e cliente, sarebbe impossibile considerare concluso il contratto anche nei casi in cui l'intermediario produca in giudizio il documento contrattuale regolarmente sottoscritto dal cliente ma mancante di formale accettazione. Tale interpretazione non considera, infatti, che in casi del genere sembra comunque rispettata la *ratio* a cui obbedisce la previsione di una forma scritta *ad substantiam* per tali contratti, ovvero che sia il cliente, parte debole del rapporto, a dover essere consapevole del particolare significato dell'atto che compie e dei particolari impegni che assume; una consapevolezza che allora certamente sussiste quando la copia del contratto reca la sua sottoscrizione e che non viene meno, nel caso di esecuzione del rapporto, per l'eventualità che la banca non vi abbia apposto poi la propria.

Dove invece le doglianze avanzate dalla ricorrente con riferimento ai due conti accesi nel 2004 sono fondate è rispetto alla contabilizzazione della CMS, la quale, a partire dal 1° gennaio 2007 (l'unica periodo temporale che, come detto, rientra nella cognizione dell'ABF) non è legittimamente applicata sul conto corrente ordinario n. 7244.

Le ragioni che inducono verso questa conclusione non sono quelle su cui tanto insiste il ricorrente e relative alla supposta sua natura di prestazione senza causa: ad avviso del Collegio una simile impostazione trascura, infatti, di considerare - come la migliore dottrina ha, invece, da tempo posto in luce - che la CMS rappresenta il corrispettivo dovuto alla banca per compensarla dei maggiori costi che essa deve sostenere per soddisfare i picchi di utilizzo della disponibilità da parte del cliente, ovvero per soddisfare quelle richieste di utilizzo che fuoriescono dalle previsioni medie di utilizzo della disponibilità da parte della clientela complessivamente intesa ed in funzione delle quali la banca esegue l'immobilizzazione della propria liquidità in favore dei clienti affidati.

Le ragioni sono per vero altre; e sono poi diverse a seconda che si consideri il periodo che va dal 1° gennaio 2007 al 30 settembre 2009, ovvero il periodo successivo.

Gli è, infatti, che con riferimento al primo periodo la ragione che induce ad escludere la legittimità dell'applicazione della CMS discende dal fatto che nel testo del contratto depositato in atti è indicata sì la misura della commissione ma non anche i concreti presupposti per la sua applicazione (vale a dire, se e di quale picco di utilizzo si tratti); il che rende allora la clausola nulla per la sua obiettiva ed assoluta indeterminatezza.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

In relazione al periodo che ha inizio il 1° ottobre 2009, la ragione è, invece, altra; vale a dire che la CMS, che secondo il resistente sarebbe stata eliminata e sostituita con un diverso tipo di onere fisso sull'accordato, non poteva essere modificata con il meccanismo di cui all'art. 118 TUB. In disparte la circostanza che in atti non vi è traccia del se la proposta contrattuale sia stata effettivamente ricevuta dal cliente, dirimente sembra il rilievo che in tanto si può ammettere la sostituzione di una clausola in esercizio dell'*ius variandi* solo quando la clausola che si intende sostituire sia stata originariamente e validamente pattuita, sicché la sua nullità è solo sopravvenuta per effetto di una modifica normativa, ma non certo anche quando la nullità sia, per così dire, originaria.

Insomma, e per concludere con riferimento, al primo gruppo di domande, ossia quelle relative ai conti correnti accessi nel 2004, deve essere accolta ad avviso del Collegio solo la domanda di restituzione della CMS addebitata sul c/c ordinario n. 7244, per l'importo dunque di € 13.085,28.

Si può venire, a questo punto, all'analisi delle doglianze avanzate dalla ricorrente in relazione agli addebiti eseguiti sul più recente conto corrente, quello n. 16160 acceso nel 2009 (e rispetto alla cognizione sul quale non può, allora, operare nessuna preclusione di ordine temporale).

Ebbene, a questo proposito il Collegio ritiene che sia fondata la censura di vertice che la difesa della ricorrente ha mosso all'intermediario, vale a dire di avere erroneamente classificato l'operazione come apertura di credito e non come anticipazione su crediti; un errore di classificazione che ha determinato l'applicazione di un tasso effettivo non solo assai elevato ma addirittura eccedente rispetto al tasso soglia che si sarebbe dovuto assumere come corretto termine di confronto, vale a dire quello delle operazioni di anticipazione su crediti.

Che nell'operazione in concreto posta in essere il resistente dovesse determinare il tasso effettivo assumendo come termine di confronto le operazioni di anticipazione su crediti – e ciò in ossequio al principio, per così dire, di prevalenza della sostanza sulla forma codificato, *in subjecta materia*, dalle Istruzioni della Banca d'Italia – discende ad avviso del Collegio dalla circostanza che nel caso di specie mancavano gli elementi tipici che dovrebbero caratterizzare l'ordinaria apertura di credito regolata in conto corrente. In effetti risulta *per tabulas* nella presente vicenda – tanto che, seppure tra le righe, lo ammette anche l'intermediario nelle proprie risposte all'ordinanza interlocutoria - che il conto serviva solo a contabilizzare i crediti via via incassati a bilanciamento dell'anticipazione, e che esso non poteva essere autonomamente movimentato dal cliente, il quale non poteva impiegare in alcuna maniera la supposta disponibilità, che rappresentava solo il *plafond* massimo di valore entro cui i crediti verso terzi potevano essere appunto anticipati.

In conclusione su questo secondo profilo di domanda, atteso che è pacifico che, rispetto ad una sua corretta qualificazione come anticipazione crediti, il tasso di interesse in concreto applicato risulta essere stato sempre superiore al tasso soglia indicato per la medesima categoria di operazioni, da tale premessa discende che l'intermediario deve essere tenuto alla restituzione delle somme addebitate sul c/c 16160 a titolo di interessi, comprese anche le somme oggetto di capitalizzazione, per un ammontare complessivo di € 22.012,09, mentre non debbono essere restituite le somme addebitate a titolo di spese, che rimanevano comunque dovute indipendentemente dalla concreta qualificazione data al rapporto.

Restano infine da esaminare le domande della ricorrente volte a ottenere il risarcimento dei danni ed il rimborso delle spese sostenute per l'assistenza del difensore. Entrambe possono essere, ancorché parzialmente, accolte.

Quanto al risarcimento esso può essere riconosciuto, dovendo tuttavia il danno essere limitato alle sole spese sostenute per la consulenza, senza potersi estendere alle spese



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

affrontate per il procedimento di mediazione; gli è, infatti, che tale voce di costo avrebbe potuto essere evitata dalla società ricorrente se solo si fosse sin dall'inizio rivolta all'ABF, il quale costituiva, nella disciplina applicabile *ratione temporis* (prima cioè della declaratoria di incostituzionalità della mediazione obbligatoria), un procedimento in grado di integrare, al pari di quello svolto innanzi gli altri organismi di mediazione, la condizione di procedibilità dell'eventuale successivo giudizio

Quanto al rimborso delle spese legali, anch'esso può essere senz'altro riconosciuto, nel caso di specie ricorrendo il presupposto della particolare complessità della questione che giustifica il ricorso all'assistenza del difensore; ma esso non può essere disposto esattamente nella misura richiesta, sembrando invece congruo al Collegio riconoscerlo nella minore misura, omnicomprensiva, di € 2.500,00.

P.Q.M.

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto alla restituzione del complessivo importo di € 35.097,37 nei sensi di cui in motivazione. Dichiara altresì l'intermediario tenuto al risarcimento del danno pari a € 1.058,36, oltre alla rifusione delle spese legali nella misura di € 2.500,00.

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.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ENRICO QUADRI