

COLLEGIO DI BOLOGNA

composto dai signori:

(BO) MARINARI	Presidente
(BO) VELLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) LOMBARDI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) CORRADI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) COSTA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FEDERICA COSTA

Seduta del 28/02/2023

FATTO

La società ricorrente deduce di essere stata titolare del conto corrente n.* 841 acceso con altra banca, poi incorporata dalla resistente, il 25/01/1995. Su tale conto corrente venivano concessi nel corso del tempo quattro aperture di credito collegate:

- apertura di credito in conto corrente per L. 300.000.000 del 25/01/1995;
- seconda apertura di credito in conto corrente ordinario per originarie L. 250.000.000 del 25/01/1995;
- apertura di credito per anticipi su crediti verso terzi di originarie L. 400.000.000 del 25/01/1995;
- apertura di credito per finanziamenti all'importazione di originarie L. 200.000.000 del 25/01/1995.

La ricorrente deduce inoltre che in data 23 maggio 2013 la Società ha stipulato, sempre con la banca incorporata, il contratto di mutuo fondiario per un importo originario di € 198.000,00.

Con riferimento ai suddetti rapporti parte ricorrente chiede il rimborso di: i) in via



principale, € 73.306,00 applicando il beneficio della gratuità o, in subordine, € 65.952,00 derivante dal ricalcolo al tasso BOT senza capitalizzazione, previo storno delle commissioni e spese dall'1/1/2009 sino al 2012, a titolo di oneri finanziari illegittimamente addebitati sul c/c dal 1/1/2009 al 30/6/2012, per inesistenza del contratto di conto corrente e mancata pattuizione delle condizioni economiche relative all'apertura di credito del 29/12/2008; ii) € 55.363,00 a titolo di rimborso degli oneri finanziari relativi al mutuo ipotecario in quanto nullo dal momento che tale finanziamento veniva stipulato dalla ricorrente con l'unico scopo di estinguere i debiti del conto corrente che non ci sarebbero stati se l'intermediario non avesse addebitato sul c/c oneri illegittimi; iii) in via principale, € 18.061,00 e, in via subordinata, € 17.030,00 a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, anche per perdita di chance.

L'intermediario eccepisce in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per: (i) incompetenza *ratione temporis* poiché le doglianze avanzate dalla ricorrente si riferiscono ad aperture di credito concesse sul contratto di conto corrente stipulato nel 1995 e ricontrattualizzato nel 2008 e quindi fuori dalla competenza temporale dell'Arbitro; (ii) prescrizione delle domande restitutorie riferite all'applicazione di commissioni e spese fino al giugno 2012. Eccepisce altresì che la ricorrente non ha depositato l'allegato peritale menzionato nel ricorso con conseguente inammissibilità del ricorso per carenza probatoria. Deduce che in relazione a tutti i contratti sottoscritti tra le parti è sempre stato rispettato il requisito della forma scritta. Risulta dalla documentazione allegata che già in data 25 gennaio 1995 la società accettava una apertura di conto corrente a valere sul rapporto n.*841 con conseguente infondatezza della richiesta di rimborso di euro 73,306,00 in applicazione del principio della gratuità del rapporto. Osserva, in ogni caso, la legittimità dell'applicazione degli interessi, delle commissioni e delle spese di tenuta del conto in quanto addebitate così come contrattualmente pattuite. In merito all'aumento della CMS, l'intermediario dichiara che tale variazione *in pejus* era stata comunicata alla ricorrente con PMUC dd. 19 maggio 2009. Allo stesso modo, è stato comunicato alla ricorrente con PMUC dd. 31 marzo 2010 l'introduzione della Commissione di messa a disposizione Fondi in sostituzione della CMS. Con successive PMUC dd. 11 maggio 2011 e 12 luglio 2012 l'intermediario dichiara di aver comunicato un adeguamento della percentuale applicata di detta commissione. In relazione ai tassi debitori, l'intermediario afferma di aver notificato ogni volta le modifiche operate sui tassi di interesse praticati con specifiche PMUC inviate alla ricorrente. Contesta inoltre la richiesta di rimborso di € 55.363,00 per oneri non dovuti per pretesa nullità del contratto di mutuo ipotecario. Sostiene che l'art. 1 del contratto di mutuo stabiliva che il finanziamento veniva concesso "allo scopo di liquidità", laddove non risulta ravvisabile nel testo dell'accordo alcun collegamento di tipo funzionale tra il contratto di apertura di credito e il contratto di mutuo fondiario. L'intermediario contesta infine la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente in quanto del tutto apodittica ed infondata. L'intermediario chiede quindi il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato replica e controreplica. Nelle repliche parte ricorrente dichiara di rinunciare all'importo di € 73.306,00 di cui alla domanda di rimborso degli oneri finanziari illegittimamente addebitati sul c/c dal 1/1/2009 al 30/6/2012. La ricorrente dichiara inoltre di allegare alla replica la perizia contabile, precisando che il contenuto della perizia non aggiunge nulla a quanto già affermato nel ricorso. Nella controreplica l'intermediario eccepisce la pretesa tardività delle repliche della ricorrente.

DIRITTO

Sulla tardività delle repliche

L'Arbitro osserva che il deposito delle repliche da parte della ricorrente è avvenuto in data 12.12.2022 e quindi nel rispetto del termine di 25 giorni dalla ricezione delle controdeduzioni, ai sensi delle Disposizioni ABF. L'eccezione dell'intermediario va quindi respinta.

Sull'incompetenza temporale

Il Collegio osserva preliminarmente che fino al 1° ottobre 2022 è stato possibile sottoporre all'Arbitro controversie riguardanti operazioni, servizi o comportamenti successivi al 1° gennaio 2009. Solo a partire dal 1° ottobre 2022, non possono essere sottoposte all'Arbitro controversie relative a operazioni e comportamenti anteriori al sesto anno precedente alla data di proposizione del ricorso, trovando applicazione in materia la nuova versione delle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari". Il ricorso in oggetto è stato depositato il 30.09.2022 e soggiace pertanto al regime precedente.

L'intermediario resistente eccepisce inoltre che le domande avanzate dalla ricorrente esulano dalla competenza *ratione temporis* dell'Arbitro in quanto si fonderebbero sulla mancata pattuizione di oneri finanziari illegittimamente addebitati dall'intermediario sul contratto di corrente stipulato nel 1995 e ricontrattualizzato nel 2008. Nel caso di specie, in applicazione dell'orientamento consolidato dell'Arbitro (Collegio di Coordinamento n. 72/2014), il Collegio osserva che sono inammissibili le domande della ricorrente riferite agli oneri finanziari illegittimamente addebitati sul c/c determinati, laddove la ricorrente lamenta la mancata pattuizione originaria degli interessi, della capitalizzazione trimestrale e sulla mancata indicazione del TAE nonché della mancata pattuizione originaria della CMS, della CDF, della Commissione scof/scoperto e delle altre spese (spese di sconfinco, spese di liquidazione periodica, spese di tenuta conto). Risultano invece ammissibili le domande relative alle lamentate variazioni peggiorative degli oneri commissionali e alle variazioni dei tassi introdotti in epoca successiva al 1° gennaio 2009 (cfr. *infra* PMUC versate in atti dall'intermediario).

Sull'eccezione di prescrizione

L'intermediario eccepisce l'intervenuta prescrizione del diritto asseritamente vantato da parte della ricorrente all'applicazione di commissioni e di spese sul conto corrente sino al mese di giugno 2012, rilevando l'esistenza di molteplici versamenti – di cui l'ultimo risalente ad agosto 2012 - aventi carattere "solutorio" in quanto destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'affidamento concesso (pari ad €. 250.000,00), cfr. all. 13-18. Il Collegio osserva nel caso in esame, non è dato determinare, senza svolgere un'attività di tipo consulenziale, preclusa al Collegio, se le rimesse in c/c avessero effettivamente natura solutoria o solo ripristinatoria. L'eccezione va dunque respinta.

Sulla Commissione massimo scoperto

La ricorrente eccepisce che a partire dal 19 maggio 2009 fino al 31 marzo 2010 l'intermediario avrebbe illegittimamente aumentato la CMS "dall'0,375 allo 0,625" oltre ad essere stata "applicata unitamente alla CDF...in violazione dell'art. 117-bis, comma 1 TUB". L'intermediario ha prodotto PMUC dd. 19 maggio 2009 (all.19) in cui comunicava



alla ricorrente che a partire dal 25 giugno 2009 la CMS sarebbe aumentata di 0,250 punti (i.e. da 0,375 a 0,625). L'intermediario non ha però dato prova dell'avvenuta ricezione da parte del cliente della suddetta proposta di modifica unilaterale. Com'è noto, secondo la consolidata giurisprudenza dell'ABF, "il precetto dell'art 118 TUB, che consente la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali [...] presuppone necessariamente che la proposta di modifica unilaterale del contratto sia inviata ed effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione ricettizia i cui effetti dipendono strettamente dal corretto recapito all'indirizzo del destinatario". Pertanto "la mancanza dell'invio e comunque della prova della ricezione di idonea comunicazione ex art. 118 TUB determina, ineluttabilmente, l'illegittimità dell'applicazione delle nuove condizioni contrattuali [...]" (così *ex multis* Collegio di Bologna, decisioni nn. 17493 del 2018 e 19225 del 2019). Ne deriva, ai sensi della disciplina di cui all'art. 118 TUB per come interpretata dall'Arbitro, l'illegittimità di quanto maggiormente addebitato a titolo di CMS in applicazione della variazione *in peius* non comunicata a partire dal 25 giugno 2009 al 31 marzo 2010.

Sulla Commissione Disponibilità Fondi e Commissione di sconfinamento/scoperto

La ricorrente lamenta altresì che, a partire dal II trimestre 2010 al II trimestre 2012 l'intermediario avrebbe illegittimamente aumentato la CDF dallo 0,20% allo 0,40%, poi portata allo 0,50% trimestrale.

L'intermediario afferma che la CDF è stata introdotta previa PMUC del 31 marzo 2010 e con decorrenza 10 maggio 2010 (all. 23), in sostituzione della CMS. Con successive PMUC dell'11 maggio 2011 (all. 24) e del 12 luglio 2012 (all. 25) veniva comunicato l'aumento della percentuale applicata. L'intermediario non ha dato prova dell'avvenuta ricezione da parte del cliente di nessuna delle suddette proposte di modifica unilaterale. Per le medesime ragioni ricordate nel punto che precede, l'Arbitro riconosce, pertanto, il diritto alla restituzione di quanto maggiormente addebitato a titolo di CDF in applicazione delle variazioni peggiorative non comunicate dal III trimestre 2010 al II trimestre 2012.

Inoltre, dalla documentazione versata in atti, risulta prova della contemporanea applicazione nell'arco del II trimestre 2010 della CDF con la commissione di sconfinamento/scoperto. Questo Collegio accerta pertanto, limitatamente al II trimestre 2010, la violazione del principio di onnicomprensività per come previsto dall'art. 117-bis TUB nella versione pro tempore vigente e accerta il diritto della ricorrente al rimborso di quanto addebitato a titolo di CDF in limitatamente al II trimestre del 2010.

Sulle variazioni dei tassi

Parte ricorrente lamenta inoltre che "dall'1/1/2009 al 20/7/2012, i tassi avevano subito variazioni peggiorative...non precedute da corrette proposte di modifiche unilaterali: il TAN minimo dal 5,50% è stato aumentato nel corso del rapporto sino a raggiungere la misura del massimo del 9,50%" (pag. 11 del ricorso).

L'intermediario eccepisce che la banca incorporata aveva sempre notificato le modifiche operate sui tassi di interesse praticati con specifiche PMUC che allega alle proprie controdeduzioni (all. da n. 26 a 39). L'intermediario non ha però dato prova dell'avvenuta ricezione da parte del cliente delle suddette proposte di modifica unilaterale. Pertanto, l'Arbitro riconosce il diritto della ricorrente alla restituzione delle somme a titolo di interessi applicati in misura maggiore rispetto a quanto concordato dal 1° gennaio 2009 al 20 luglio 2012.



Sulla illegittimità della Convenzione di luglio 2012

Parte ricorrente nel ricorso sembra contestare l'illegittimità della CDF, CIV e commissione di sconfini indicate nella convenzione dd. 20 luglio 2012 (doc. 9). Tuttavia, a tali doglianze non corrispondono effettive pretese a titolo di rimborso, atteso che le pretese restitutorie della ricorrente si riferiscono alla sola convenzione dd. 29.12.2008 (doc. 6 della ricorrente).

L'Arbitro osserva che nel caso in cui la ricorrente avesse invero voluto riferire le predette contestazioni alla convenzione dd. 29.12.2008 tali domande sarebbero comunque inammissibili per incompetenza temporale.

Sul rimborso degli oneri finanziari relativi al mutuo fondiario

Parte ricorrente lamenta che il contratto di mutuo fondiario (doc. 10 della ricorrente) sia affetto da nullità (nello specifico nullità derivata) in quanto tale finanziamento era stato concluso dalla ricorrente con l'unico scopo di estinguere i debiti del conto corrente, debiti che, secondo quanto riportato dalla ricorrente, non ci sarebbero stati se la banca non avesse applicato oneri finanziari illegittimi come illustrato nei punti precedenti.

L'intermediario eccepisce quanto lamentato dalla ricorrente non trova riscontro nel contratto di mutuo fondiario. Infatti, l'art. 1 del predetto di mutuo precisa che il finanziamento veniva concesso alla ricorrente "allo scopo di liquidità".

Secondo la giurisprudenza ABF, applicabile al caso di specie, la mera indicazione dei motivi di conclusione del contratto non è di per sé idonea a modificare il tipo negoziale (Collegio di Bologna, decisione n. 3904 del 15.2.2018). Osserva inoltre il Collegio che la ricorrente non ha comunque provato la conclusione del preteso contratto di mutuo di scopo. La domanda di restituzione degli importi a titolo di oneri finanziari relativi al mutuo fondiario va quindi respinta.

Sul risarcimento del danno

Parte ricorrente chiede anche il risarcimento del danno patrimoniale e da perdita di *chance* a titolo di responsabilità precontrattuale, contrattuale e da fatto illecito. Lamenta che la banca avrebbe violato, come illustrato nei punti che precedono, gli artt. 117, 117 bis e 118 TUB e non avrebbe consegnato la documentazione contrattuale alla ricorrente (con specifico riferimento, per il procedimento in esame, alla convenzione di apertura di credito del 2008 che comunque risulta essere stata sottoscritta dalla ricorrente, all. 10).

Secondo il costante orientamento dei Collegi ABF, spetta al danneggiato in conformità a quanto disposto dall'art. 2697 c.c., l'onere di fornire la prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno, posto che altrimenti non è possibile procedere ad una valutazione del danno stesso in via equitativa. Nel caso di specie la ricorrente non ha fornito alcun elemento probatorio su cui fondare la propria richiesta risarcitoria che va quindi rigettata.

Sulla richiesta di rivalutazione monetaria e interessi moratori di cui al d.gls 231/2022.

Parte ricorrente chiede la rivalutazione monetaria e gli interessi al tasso delle transazioni commerciali dalla data del reclamo sino al saldo.

Quanto alla rivalutazione monetaria, si osserva che tale domanda non può essere accolta in quanto la rivalutazione va riconosciuta solo per i debiti di valore e non, come è nel caso



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

di specie, per i debiti di valuta. Parimenti va rigettata la richiesta di applicabilità del tasso di interesse moratorio di cui al D.lgs. 231/2002, in quanto la richiamata disposizione non trova applicazione nel caso di specie (Coll. Napoli n. 1258/2020).

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla parte ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MARCELLO MARINARI