

## IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- |   |   |
|---|---|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro                    | Presidente  |
| - Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia<br>(Estensore)      |
| - Prof. Cristiana Maria Schena                  | Membro designato dalla Banca d'Italia                     |
| - Prof. Vittorio Santoro                        | Membro designato dal Conciliatore<br>Bancario Finanziario |
| - Prof. Avv. Andrea Pericu                      | Membro designato dal C.N.C.U.                             |

nella seduta del 29 novembre 2012 dopo aver esaminato:

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

### FATTO

Con reclamo datato 21 aprile 2011, riscontrato dall'intermediario con nota del 17 maggio 2011, successivamente riproposto in data 28 settembre 2011 e nuovamente riscontrato dall'intermediario con lettera del 14 ottobre 2011, il ricorrente ha contestato gli interessi applicati in occasione di uno sconfinamento.

Più precisamente, il ricorrente, in data 6 giugno 2007, ha stipulato «*un contratto di apertura di credito per 150000 euro con garanzia ipotecaria pari al doppio*» con l'odierno resistente; «*dieci giorni prima della fine del 2010, [ha chiesto] un finanziamento per 3000 euro, in quanto il conduttore di un mio immobile era in ritardo con il pagamento del canone locativo. La direttrice [dell'agenzia ne ha concessi] 2000 utilizzando un credito per dipendenti, giustificando il fatto che era troppo tardi per aprire una pratica di fido per il sottoscritto, senza espormi le conseguenze di quelle poche centinaia di euro di scoperto sul fido ipotecario (altrimenti avrei trovato una soluzione). Verso metà aprile del 2011 scarico on-line l'estratto conto trimestrale e con sorpresa trov[avo] applicati oltre agli interessi normali degli oneri extra fido pari ad una somma di 261,91 euro su un sconfinamento all'incirca di 750 euro*».

Il ricorrente sostiene di essere stato «*completamente all'oscuro [...] della metodologia di applicazione della normativa in vigore [...] anche perché [...] cambiano a distanza di qualche trimestre*»; nel reclamo del 21 aprile 2011, il cliente ha rappresentato che, «*come avvenuto già precedentemente, in analoga situazione, vorrei far presente che per poco più di 500 euro di scoperto non si può far pagare una somma superiore a 250 euro*;



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

applicando il conteggio a tutto l'importo sul fido ipotecario invece della sola parte eccedente».

Con ricorso protocollato il 21 marzo 2012 il ricorrente ha formulato la seguente domanda:

SI RICHIEDE UN GIUDIZIO SULLA CONTROVERSA IN ESSENS  
CON ██████████, IN CUI SI CONTROVERSA L'APPLICAZIONE DI INTER-  
RESSI ECCESSIVI CAUSA SCONFINAMENTO DELL'IMPORTO  
FINANZIATO (VEDASI ESTRATTI CONTO) PER 648,88 € SOGGETTO  
TO SU 75.000, A CUI SI È APPLICATO INTERRESSI EXTRA FIDO  
PER 261,81 € SU TUTTO L'IMPORTO IN ESSENS.

Con le controdeduzioni pervenute, tramite il Conciliatore Bancario Finanziario, il 18 giugno 2012 (termine regolamentare: 26 maggio 2012), l'intermediario resistente ha fatto presente che:

- con "proposta di modifica unilaterale" dell'11 maggio 2009, la banca, avvalendosi dello *ius variandi* previsto dall'art. 11 del contratto, ha introdotto, a partire dal 1° luglio 2009, il tasso debitore in caso di utilizzo oltre fido ("TUOF");
- questo "onere" era già stato fatto oggetto di doglianze da parte del ricorrente;
- l'intermediario, «per mera opportunità commerciale», ha accolto tali richieste. «In tale occasione vennero altresì chiarite le riferite perplessità del ricorrente al quale venne fornita ogni necessaria precisazione per superare la strumentalmente eccepita 'genericità' della comunicazione del 11/05/09»;
- che «nel dicembre 2010, dopo aver concesso una ulteriore linea di credito sotto forma di APC di servizio fiduciaria, fino alla concorrenza di €. 2.000,00= la filiale ha espressamente segnalato al ricorrente l'opportunità di effettuare un modesto versamento al fine di evitare l'utilizzo oltre i limiti dell'accordato che, per quanto trascurabile nell'importo e di breve durata, avrebbe comunque determinato l'applicazione degli oneri contrattualmente previsti e ormai sicuramente ben noti al ricorrente stesso. Il ricorrente non provvedeva ad alcun versamento creando consapevolmente i presupposti oggettivi per l'applicazione delle competenze oggetto di contestazione».

Le controdeduzioni della convenuta così concludono:

**In via principale:**

Riconoscere e dichiarare l'inaccogliabilità del ricorso in quanto infondato, pretestuoso e privo di qualsiasi riscontro probatorio.

**In via subordinata:**

Nella denegata e non creduta ipotesi in cui il Collegio ritenesse di poter ritenere fondata la pretesa del ricorrente:

- a) Riconoscere e dichiarare cessata la materia del contendere relativamente al periodo 11/05/09 – 06/05/10;
- b) Riconoscere e dichiarare l'inaccogliabilità del ricorso, limitatamente al periodo successivo al 06/05/10 in quanto infondato, pretestuoso e privo di qualsiasi riscontro probatorio.



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

A sostegno delle proprie domande, l'intermediario ha, altresì, specificato che:

Le condizioni originariamente pattuite nel contratto di apertura di credito ipotecaria stipulato con rogito Bandieramonte di Mestre rep. n.63.343 e racc. n.15.792 del 06/06/07 sono state oggetto di proposta di modifica, trasmessa in data 11/05/09 ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 TUB.

La legittimità della modifica e delle modalità della relativa comunicazione è già stata riconosciuta in precedenti analoghe occasioni da codesto Organismo.

Il ricorrente non ha espressamente contestato il pervenimento della citata comunicazione la cui ricezione deve pertanto ritenersi non controversa ed ammessa ai sensi dell'art. 115 c.p.c.

Il ricorrente afferma di essere stato all'oscuro delle condizioni contrattuali introdotte a far data dal 01/07/09, fino al momento della ricezione dell'estratto conto relativo al primo trimestre 2011, fondando su tale asserita ignoranza le proprie ragioni.

Le contraddittorie affermazioni del ricorrente e vari riscontri documentali, dimostrano come non solo egli fosse ben consapevole delle condizioni economiche che regolano il contratto almeno dall'anno precedente il ricorso, ma anche egli avesse senz'altro ricevuto la proposta di modifica del 11/05/09.

Qualora il ricorrente non avesse condiviso il merito delle modifiche introdotte in esito alla modifica normativa introdotta dal D.L. 185/08 convertito in Legge 2/09, egli avrebbe potuto e dovuto recedere dal contratto nel termine previsto dalla legge.

Anche ammettendo la pur improbabile ipotesi che il ricorrente potesse aver ignorato le condizioni contrattuali in essere fino al 06/05/10 – nonostante vi siano oggettivi riscontri che escludono tale possibilità - a quella data egli si sarebbe trovato di fatto nella identica situazione del maggio 2009 potendo quindi recedere dal contratto alla condizioni pregresse. Rammentiamo infatti come gli oneri fino a quel momento percepiti in applicazione del nuovo regime commissionale, vennero restituiti con accredito in conto corrente del 18/05/10 con valuta 31/03/10 rendendo di fatto inefficace la contestata modifica contrattuale fino a tale data.

Il mancato esercizio del diritto di recesso nei termini previsti dalla legge in occasione della modifica contrattuale ed anche successivamente, comporta l'implicita adesione al contratto nella sua attuale forma; pertanto l'adesione alle tesi del ricorrente porterebbe all'ingiustificata conseguenza di avallarne l'inadempimento.

## DIRITTO

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 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 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, 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 alla variazione apportata dall'intermediario nel caso di specie.

Nella comunicazione ex art. 118 TUB dell'11 maggio 2009, attualmente agli atti, l'intermediario resistente ha introdotto il “tasso debitore in caso di utilizzo oltre il fido” (TUOF) che, secondo quanto testualmente indicato dal medesimo, è “applicato [...] sull'intero importo del saldo debitore e non soltanto sull'importo eccedente l'ammontare dell'apertura di credito”.

Ora, la condizione appena richiamata 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 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



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 73 del 07 gennaio 2013

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.

### **P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario restituisca al 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 al ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
ANTONIO GAMBARO