

## IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- |  |  |
|--|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro             | Presidente   |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia  |
| - Prof.ssa Cristina Maria Schena         | 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. Emilio Girino                     | Membro designato da Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (Estensore)                    |

nella seduta del 22 aprile 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 reclamo inoltrato alla banca e da questa riscontrato in via interlocutoria in data 21.10.2009, la ricorrente, nella sua qualità di titolare di esercizio commerciale, lamentava l'addebito, a suo dire ingiustificato, di circa 600 euro di "competenze" sul conto corrente a lei intestato. Nel reclamo, la ricorrente dava atto di aver previamente colloquiato con il direttore della filiale competente, il quale avrebbe confermato che, a partire dall'1.7.2009, sugli scoperti dei conti correnti sarebbe stato applicato uno sconfinamento nella misura di 10 euro a giorno. Il reclamo conteneva altresì la dichiarazione di non volere "pagare più le spese" alludendo altresì ad un non meglio specificato piano di rientro concordato con il predetto direttore, piano che, a quanto parrebbe comprendere, avrebbe escluso l'applicazione di oneri o commissioni.

Con successivo ricorso del 22.12.2009, la ricorrente richiedeva a questo Arbitro la restituzione «*[de]i € 605,00 [...] addebitat[i] per [aver] sconfinato nel conto corrente*». A supporto della propria domanda, la ricorrente sottolineava che «*lo sconfinamento del conto non ha mai superato i 60 €*». Nello stesso ricorso si dà atto dell'infruttuoso esito del reclamo: alla e-mail interlocutoria del 21.10.2009 il direttore della filiale dava ulteriore corso il 2.12.2009 comunicando che la richiesta di rimborso non era stata accettata.



Con successiva ulteriore comunicazione del 25.1.2000, genericamente denominata "integrazione pratica", la ricorrente dava atto della "decurtazione" della predetta somma ma lamentava un ulteriore addebito allo stesso titolo per euro 37,44.

Dalla documentazione allegata al ricorso si perviene alla seguente ricostruzione in fatto.

La ricorrente aveva in passato sottoscritto con la banca resistente un contratto di conto corrente cui era collegato un fido di euro 5.000,00. Successivamente, in data 2.7.2009, la cliente ha concordato con la banca l'erogazione di un finanziamento di euro 16.000,00 – contestualmente accreditato sul conto corrente – a fronte dell'azzeramento del preesistente fido. L'addebito delle somme oggetto del contendere avrebbe avuto luogo nei seguenti termini:

- a) l'1.7.2009 euro 25 a titolo di indennità di sconfinamento per un giorno;
- b) sempre l'1.7.2009, euro 580, allo stesso titolo sub a), calcolati nella misura di 10 euro al giorno per 58 giorni;
- c) in data 1.10.2009, euro 430, calcolati come sub b) (10 euro al giorno per 43 giorni) successivamente rettificati per euro 392,56 e quindi ridotti a euro 37,44.

Il quadro della vicenda così ricostruito assume maggior chiarezza in relazione alle dichiarazioni rese dalla banca nelle controdeduzioni depositate il 2.3.2010.

In tale sede, la banca osservava preliminarmente che *«a fronte delle modifiche introdotte dal nostro istituto nell'applicazione delle commissioni, e contestuale abolizione della commissione di massimo scoperto, tutti i clienti sono stati oggetto di una comunicazione datata 13.5.2009 [...], nella quale sono stati illustrati i nuovi elementi di calcolo, ivi compresa la cosiddetta "indennità di sconfinamento" che, nel caso che ci occupa, ha determinato l'imputazione della somma oggetto di contestazione»*.

Inoltre, precisa l'intermediario che *«in forza del ricorso avanzato [ha] analizzato la posizione e [ha] verificato che gli importi addebitati risultano congrui in relazione alle condizioni applicate e regolarmente comunicate, nonché ai controlli automatici previsti ai fini del rispetto della normativa in materia di usura; purtuttavia a titolo di liberalità e in una logica prettamente commerciale, trattandosi per la cliente del primo trimestre di applicazione di tale nuova modalità di calcolo, [ha] ritenuto di [...] addivenire al rimborso della somma [...] di € 605,00»*.

In relazione alle ulteriori contestazioni avanzate con l'integrazione pervenuta il 5.2.2010, in base alle quali la cliente richiede anche il rimborso della somma di € 37,44 contabilizzata in data 31.12.2009, si precisa che *«nell'ambito di tale liquidazione (a fronte della sopraindicata rettifica) è già stato introdotto un importo "rettificativo della indennità di sconfinamento" [...]. In particolare, a fronte di un'indennità di liquidazione computata come da tariffario pari ad € 430,00 la rettifica introdotta, in applicazione del meccanismo automatico di controllo in precedenza citato, ha determinato un'imputazione in capo alla cliente di € 37,44 a titolo di quota residua a suo carico che riteniamo sia dovuta»*.

Tanto premesso la banca, *«avendo di fatto accolto la prima istanza della cliente, chiarito con la stessa il nuovo impianto di tassi e condizioni e verificato il corretto rispetto della normativa, [chiede] che il ricorso in esame venga rigettato»*.

## DIRITTO

In via preliminare, il Collegio ritiene di dover saggiare l'ammissibilità del ricorso alla luce delle Disp. Banca d'Italia 18.6.09 – Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (in breve "Regolamento ABF") – Sez. VI, § 2, 1° alinea, a mente del quale «*Il ricorso ha ad oggetto la stessa contestazione del reclamo*».

Il problema si pone sotto un duplice profilo. Per un verso, infatti, consta una certa apparente discrasia fra il contenuto del reclamo, nel quale la ricorrente parrebbe lamentare l'iniquità in sé dell'applicazione commissionale, e quello del ricorso, in cui invece si domanda la restituzione dell'importo a tale titolo applicato. Per altro verso, l'atto del 25.1.2010, con cui la ricorrente ha integrato il ricorso, appare recare una nuova pretesa e risulta non essere stato preceduto da apposito reclamo.

Ritiene il Collegio che, nella specie, entrambe le apparenti discrasie non possano considerarsi sussistenti. Non la prima, in quanto il reclamo contiene chiaramente la dichiarazione della ricorrente di non voler «*pagare più le spese*»: per quanto la locuzione possa ritenersi discutibile sul piano della correttezza formale e giuridica, non è men vero che la stessa esprime, nella sostanza, un chiaro intento di non accettare l'addebito e quindi, posto che l'addebito era comunque avvenuto, essa può ritenersi inclusiva, in termini impliciti ma inequivoci, della richiesta restitutoria poi formalizzata nel reclamo. Neppure sussiste la seconda apparente discrasia. Pare evidente a questo Collegio che l'integrazione del ricorso non si ponga quale inammissibile proposizione di nuove domande, bensì come mera estensione della domanda principale in relazione allo stesso evento (applicazione della stessa commissione ritenuta non dovuta) già denunciato con il ricorso e del cui accadimento la ricorrente non ha potuto che avvedersi a seguito dell'estratto conto al 31.12.2009, pervenuto successivamente a tale data, dunque successivamente alla proposizione, allo stesso titolo, del ricorso.

Né rileva, ad avviso del Collegio, la circostanza che l'integrazione della documentazione sia prevista dal Regolamento ABF solo su iniziativa della Segreteria Tecnica (cfr. Sez. VI, § 3, 3° alinea), vero essendo altresì che lo stesso Regolamento non esclude siffatta possibilità di integrazione autonoma, sempre che, nota il Collegio, il diritto al pieno contraddittorio sia garantito alla parte intermediaria: il che nella specie è precisamente avvenuto essendo stato concesso alla banca un termine di 30 giorni dalla comunicazione integrativa ed avendo la banca ampiamente contraddetto sul punto in questione.

Nel merito, la lite portata all'attenzione di questo Collegio investe la legittimità delle applicazioni commissionali sostitutive che la banca resistente ha introdotto a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 2-bis, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2.

La ricorrente, in sede di reclamo, aveva genericamente alluso alla sussistenza di un piano di rientro concordato con il direttore della filiale della banca che, a quanto sembrerebbe di capire, avrebbe escluso l'applicazione di oneri o commissioni. Siffatta circostanza, tuttavia, dedotta solo nel reclamo e non anche nel ricorso, è rimasta priva di prova alcuna e non può dunque costituire oggetto di apprezzamento da parte del Collegio.

Diverso è il discorso per quanto attiene all'efficacia e alla validità della clausola della cui applicazione qui si dibatte.

La disposizione normativa dianzi citata, come noto, ha sancito, al comma 1°, la nullità delle «*clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto 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*». La stessa disposizione dichiara altresì nulle le



*clausole «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 nuovo sistema commissionale introdotto dalla Banca ed evocato nell'odierno contenzioso, pertiene esclusivamente alla prima parte della norma. Esso prevede infatti, a far data dal 1 luglio 2009, la soppressione della commissione di massimo scoperto (in breve "CMS") in tutte le anteriori declinazioni (entro fido, oltre fido, per utilizzi in assenza di fido) e l'introduzione di nuove commissioni nella specie denominate "Corrispettivo per Disponibilità Creditizia" (in breve "CDC"), "Maggiorazione di tassi per utilizzo Oltre Fido" e "Indennità di Sconfinamento" (in breve "IS").

Nel caso specifico, viene in discussione esclusivamente l'applicazione di quest'ultima tipologia commissionale (IS), ascrivibile alla prima parte del comma 1° dell'art. 2-bis sopra citato ed è su tale tipologia dunque che andrà a restringersi l'analisi e il pronunciamento da parte del Collegio.

Ritiene in Collegio che la clausola possa considerarsi, in astratto, efficace.

Essa infatti risulta essere stata adottata mediante comunicazione di una proposta di modifica unilaterale del contratto ai sensi dell'art. 118 TUB.

Per vero, l'esperibilità della sopraindicata norma ai fini dell'adeguamento della disciplina commissionale potrebbe in sé dar adito a qualche dubbio, posto che la circolare n. 5574 del 21.2.2007 del Ministero dello Sviluppo Economico ha affermato che *«le "modifiche" disciplinate dal nuovo articolo 118 TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo»*, lettura questa richiamata anche dalla sez. IV, § 2 delle Disposizioni della Banca d'Italia del 29.7.2009, in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari.

Non ritiene tuttavia il Collegio che tali indicazioni possano applicarsi al caso in esame. Quanto all'interpretazione ministeriale (richiamata nelle disposizioni di Vigilanza sopra menzionate), essa risulta dettata a chiarimento dell'art. 10 D.L. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in L. 4 agosto 2006, n. 248, ossia la disposizione che ha modificato in via generale l'art. 118 TUB. Prescindendo dall'ovvia considerazione della natura meramente interpretativa della circolare e della sua ridotta rilevanza nel sistema di gerarchia delle fonti del diritto, resta il fatto che detta circolare risulta riferita all'interpretazione generale del perimetro applicativo dell'art. 118, mentre, nella specie, consta una disposizione specifica di rango legislativo (art. 2-bis sopra citato), il cui comma 3° legittima espressamente il ricorso alla procedura di cui al cit. art. 118 ai fini dell'adeguamento dei regimi commissionali. Recita infatti detta norma *«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»*.

Ne discende che siffatta disposizione speciale è da ritenersi tale da consentire, in forma espressa, l'utilizzo della procedura di *ius variandi* ai fini dell'adeguamento dei contratti in corso, dove per "adeguamento", a parere di questo Collegio e in relazione allo specifico tema della riforma delle CMS, deve intendersi non soltanto la modifica della clausola già esistente, bensì anche l'introduzione di una nuova disposizione che la sostituisca:



diversamente opinando, posto che la norma ha espressamente sancito la nullità di talune clausole, tuttavia implicitamente legittimando l'adozione di nuove, la facoltà riconosciuta dal comma 3° dell'art. 2-bis non avrebbe senso alcuno se limitata alle sole modifiche di clausole dichiarate nulle per sopravvenuta disposizione di legge, giacché in siffatta ipotesi l'intermediario non avrebbe modo alcuno per sostituire, come invece la norma gli consente, disposizioni pregresse e invalidate dal nuovo dettato legislativo.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che, nel caso specifico, il legittimo utilizzo dello *ius variandi* ex art. 118 TUB, attuato mediante comunicazione della proposta unilaterale di modifica cui non è seguito l'esercizio del diritto di recesso da parte della ricorrente, renda la clausola in astratto efficace.

Non ritiene invece il Collegio che la clausola specifica possa ritenersi conforme al dettato del comma 1° dell'art. 2-bis del D.L. 185/2008 cit.

Dalla documentazione contrattuale allegata alle controdeduzioni della banca, la nuova commissione controversa (IS) viene così definita «una penalità per l'utilizzo di fondi effettuato dal cliente oltre il limite dell'affidamento concesso ovvero per l'utilizzo effettuato in relazione a rapporti non affidati oltre il limite della provvista esistente sul conto».

Dal raffronto con la disposizione di legge dianzi richiamata, la quale sancisce la nullità delle «clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto 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» emerge una evidente discrasia.

Il dettato normativo, per quanto in sé non propriamente felice, lascia ragionevolmente inferire, *a contrariis*, che, nel nuovo schema legislativo, la CMS non sia stata affatto abolita, bensì ammessa nei soli casi in cui a) il conto del cliente risulti debitore per un periodo superiore a 30 giorni ovvero b) il conto sia affidato. Prescindendo dalla (dubbia) possibilità di ascrivere implicitamente al caso a) lo sconfinamento su conto non affidato, il che indurrebbe a ritenere come lecita una CMS applicata su un conto affidato anche per un solo giorno di sconfinamento (caso che tuttavia non ricorre nella specie, atteso che il fido precedentemente concesso risulta azzerato dall'accensione del finanziamento alla ricorrente, come comprovato dai saldi valuta di cui all'estratto conto bancario che accertano gli sconfinamenti in relazione alla sola provvista di conto), pare evidente che la clausola IS adottata dalla banca risulti incoerente al disposto normativo.

Tale voce di addebito non è affatto in linea con la disposizione legislativa la quale, per come sopra interpretata, impone che lo sconfinamento non legittimi l'applicazione di una CMS se non ove il saldo debitore si protragga per oltre 30 giorni. La clausola in discussione invece contempla l'applicazione della IS indipendentemente dalla durata dello sconfinamento (sia esso avvenuto su un conto affidato o meno, circostanza che peraltro, come dianzi osservato, qui non rileva), rendendosi con ciò applicabile anche in presenza di un saldo debitore di un solo giorno.

Né può rilevare la circostanza che, nel caso specifico, lo sconfinamento abbia ecceduto (59 giorni nel 3° trimestre 2009 e 43 nel 4° trimestre) il termine legislativo (30 giorni) superato il quale diviene lecita l'applicazione di una CMS, posto che il concreto verificarsi dell'evento contemplato dalla norma di legge quale condizione di validità della clausola negoziale non vale certo a conferire validità alla clausola che ne sia priva proprio perché non contempli quell'evento.

Ne consegue, a parere di questo Collegio, la nullità della clausola di IS prevista nella modifica contrattuale disposta dalla banca per essere detta clausola non conforme al dettato di cui all'art. 2-bis, comma 1°, 1° periodo del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in L. 28 gennaio 2009, n. 2.



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Alla declaratoria di nullità della clausola consegue l'obbligo della banca di restituire l'intero importo addebitato alla ricorrente al titolo controverso, pari alla somma di 605,00 euro (per il 3° trimestre 2009) e 430 euro (per il 4° trimestre).

Atteso che, ad ogni modo, la banca aveva già provveduto (sia pur ad improprio titolo di liberalità) a riaccreditare alla ricorrente il primo importo e a ridurre il secondo, per effetto del meccanismo rettificativo previsto dalla clausola stessa, di 392,56 euro, il debito attuale della banca nei confronti della resistente viene accertato per il residuo calcolato in 37,44 euro, dei quali viene ordinata la restituzione.

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

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario restituisca alla ricorrente la somma di € 37,44.**

**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