

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

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

nella seduta del 29 gennaio 2013, dopo aver esaminato

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

FATTO

La Ricorrente, in relazione al conto corrente acceso in data 6 giugno 2007 sia per operatività ordinaria che per anticipazione di portafoglio SBF, dopo una verifica contabile delle operazioni ivi registrate, contesta gli addebiti effettuati dall'Intermediario relativi ad interessi e loro capitalizzazione, spese ed oneri vari, e chiede la restituzione di € 40.070,23. In particolare, dopo avere presentato due reclami (nei quali quantificava il minor importo di € 27.645,95), lamenta, con riferimento ad un arco temporale che va dal 2007 al 2010 e che quindi copre un periodo sia *ante* che *post* D.L. 185/2008 quanto segue:

- (i) (nel reclamo) l'applicazione degli interessi superiori ai tassi soglia all'epoca vigenti;
- (ii) (nel ricorso) la mancanza di "*idonea pattuizione*" relativa alla CMS (o "*come diversamente denominata*") nonchè;
- (iii) € 2.500,00 a titolo di spese di perizia ed € 1.000 a titolo di spese legali.

A conforto dei propri conteggi la Ricorrente allega una perizia che esamina entrambe le operatività del conto (la componente s.b.f. e quella ordinaria) nella quale si dice che:

- i calcoli sono stati effettuati su 15 trimestri su due linee di affidamento (un affidamento di Euro 20.000,00 per scoperto di cassa e uno di Euro 40.000,00 per anticipi sbf);
- è stata adottata la metodologia di cui alle istruzioni di Banca d'Italia per la rilevazione del TEG;
- "*in tutti i 15 trimestri, il valore percentuale medio del T.E.G. [è] superiore al valore percentuale del tasso soglia d'Usura, relativo alla classe d'importo ed alla tipologia di affidamento*";
- con riferimento al conto anticipi sbf, il superamento dei tassi soglia è stato riscontrato in 10 dei 15 trimestri esaminati.



L'Intermediario contesta tali richieste, eccependo, tra l'altro, la correttezza dei propri conteggi alla luce dell'irretroattività dell'art. 2 *bis* del Decreto Legge n. 185/2008 nonché la legittimità di tutti gli addebiti operati sia per effetto della corretta esclusione della CMS dal calcolo del TEG per il periodo antecedente all'entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 185/2008, sia perché la capitalizzazione trimestrale era contrattualmente prevista tanto per gli interessi debitori quanto per quelli creditori, sia per la sussistenza di valide pattuizioni. A sostegno delle proprie argomentazioni anche l'Intermediario produce una perizia che, pur redatta, si dice, sulla base dei medesimi criteri di quella del Ricorrente (le istruzioni di Banca d'Italia), porta a risultati diametralmente opposti rispetto a quella della Ricorrente, in particolare evidenziando il superamento dei limiti di legge solo per importi modesti (Euro 13,20) nel II e III trimestre 2009.

DIRITTO

Un cenno preliminare merita la mancata coincidenza tra reclamo e ricorso, parzialmente giustificata dalla Ricorrente con il fatto che *"la linea di credito 'anticipi s.b.f.' ... è stata individuata successivamente"* al reclamo.

A tal proposito, il Collegio rileva come l'Intermediario, da un lato, non abbia sollevato alcuna eccezione in proposito, dall'altro, è entrato, per l'appunto senza riserve, nel merito anche delle doglianze nuove (su cui, quindi, il contraddittorio si è compiutamente espletato). Inoltre pare al Collegio che le ulteriori richieste formulate con il ricorso costituiscano una mera estensione di quelle proposte in sede di reclamo, essendo comunque incentrate sul medesimo rapporto di conto corrente (utilizzato per una doppia operatività) e sulla legittimità delle commissioni, spese e interessi ritenuti non dovuti e comunque contestati sin dal reclamo nella loro interezza. Pertanto il pronunciarsi sull'intera vicenda pare coerente sia con considerazioni di economia processuale sia con quell'orientamento, più volte affermato da quest'Arbitro, secondo cui è sempre preferibile privilegiare una definizione nel merito della controversia.

Venendo al merito, i conteggi proposti dal Ricorrente e dall'Intermediario, pur entrambi asseritamente predisposti in conformità alle istruzioni di Banca d'Italia, arrivano a conclusioni diametralmente opposte. L'esame delle due perizie, anche alla luce delle verifiche effettuate, consente di rilevare che:

- i tabulati predisposti riportano dati solo in parte coincidenti, in particolare per quanto concerne le spese incluse nel calcolo del TEG;
- la perizia del Ricorrente include la CMS nella determinazione del tasso soglia anche per i periodi antecedenti al secondo trimestre 2009, mentre quella dell'Intermediario l'ha esclusa;
- in base alla perizia prodotta dall'Intermediario, il tasso soglia sarebbe stato superato, seppur per importi minimali, nel terzo e nel quarto trimestre 2009 con riferimento all'affidamento sbf e nel terzo trimestre 2009 con riferimento all'apertura di credito in conto corrente; nella perizia, tali sforamenti sono stati definiti *"modestissimi e saltuari"*.

Cercando di fare ordine in questo contesto non chiarissimo quanto ai 'numeri', si devono preliminarmente fissare alcuni punti di partenza.

In primo luogo, questo Collegio ritiene che i documenti versati in atti non contengano gli elementi informativi necessari e sufficienti per valutare pienamente le istanze formulate nel ricorso; e ciò anche alla luce del fatto che – come già è stato sottolineato più volte – non può essere legittimamente demandato all'ABF lo svolgimento di un'attività di tipo



consulenziale (quale nella specie la verifica e il confronto dei conteggi di segno opposto proposti dalle parti, in quanto del tutto estranea agli scopi ed alle funzioni di questo Collegio: cfr. pronuncia 1619/12 di questo Collegio).

A ciò si deve altresì aggiungere che l'usurarietà va provata da chi la allega e che la consulenza di parte *“costituisce una semplice allegazione difensiva di carattere tecnico, priva di autonomo valore probatorio, con la conseguenza che il giudice di merito, ove di contrario avviso, non è tenuto ad analizzarne e a confutarne il contenuto, quando ponga a base del proprio convincimento considerazioni con esso incompatibili e conformi al parere del proprio consulente”* (Cass. n. 2063/2010)

In secondo luogo, si ribadisce che, ai fini delle modalità di calcolo del TEG, occorre distinguere gli importi corrisposti *ante* e *post* entrata in vigore dell'art. 2 bis D.L. 185/2008, nel senso che per il periodo *ante* la commissione di massimo scoperto non deve essere inclusa nel computo del tasso soglia. Come rilevato in varie decisioni di questo Arbitro (cfr., esemplificativamente, tra le tante, la pronuncia 475/11 del Collegio di Roma, 1363/10 del Collegio di Napoli e 219/10 del Collegio di Milano), l'orientamento richiamato dalla Ricorrente ed espresso dalla Suprema Corte in sede penale non è condivisibile *“atteso l'inequivoco tenore letterale della disposizione contenuta nell'art. 2-bis, comma 2, l. n. 2/2009, il quale fa decorrere tale obbligo dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185. Prima di allora, dunque, le banche non solo non erano tenute ad includere la commissione di massimo scoperto nel calcolo del tasso soglia, ma tale possibilità era espressamente esclusa dalla stessa Banca d'Italia nelle proprie Istruzioni di vigilanza”* (pronuncia 475/11 cit.) anche perché *“contrariamente a quanto ritenuto dall'orientamento giurisprudenziale citato,”* l'art. 2 bis, 2° comma, l. 28.1.2009 n. 2 *“non ha alcuna valenza di ‘interpretazione autentica’: non vi sono, infatti, elementi che depongono in tal senso. Anzi, proprio l'adozione di questa normativa sta ad indicare esattamente il contrario: prima non c'era l'inclusione, ora c'è. Il che è in linea col principio che la legge non può che applicarsi solo a fatti successivi alla sua entrata in vigore”* tanto che (a) la disposizione in questione *“ha cura di precisare (nella parte omessa nei riferimenti normativi della giurisprudenza citata) che il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni”*; (b) le Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009 hanno confermato che (anche) nel periodo transitorio restano escluse dal calcolo del TEG le commissioni di massimo scoperto (lettera D1. “periodo transitorio”); (c) *“l'irretroattività è dimostrata, altresì, dalla circostanza che la nuova normativa ha imposto l'adeguamento (successivo all'entrata in vigore della legge) dei contratti in corso di esecuzione (art. 2 bis, co. 3, l. n. 2 del 2009). Il che non avrebbe avuto senso per una disciplina retroattiva”* (pronuncia 1363/10 cit.).

Dunque quanto al periodo ante D.L. 185/2009, il superamento del tasso soglia va calcolato senza considerare la commissione di massimo scoperto.

In terzo luogo, quanto al *post* D.L. 185/2008, come è noto, è valida una commissione sull'affidamento purché omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento (in assenza di tali requisiti la relativa pattuizione è nulla) nonché inferiore allo 0,5 per cento, per trimestre dell'affidamento (cfr. pronuncia 108/11 del Collegio Roma). Inoltre, quanto al calcolo del tasso soglia, ai sensi delle Istruzioni di Banca d'Italia, *“nel caso di fidi promiscui gli oneri, qualora non specificamente attribuibili a una categoria di operazioni, vanno imputati per intero a ciascuna di esse”*, esclusi *“i costi di gestione del conto, gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo”*.



Ciò premesso quanto ai principi generali, la documentazione prodotta (contratto di conto corrente, estratti conto e comunicazione di *ius variandi*) comprova, quanto ai profili che qui rilevano che (i) gli interessi creditori e debitori erano stati pattuiti sin dall'apertura del rapporto con capitalizzazione trimestrale con specifica approvazione da parte del Ricorrente; (ii) gli interessi debitori sono stati calcolati separatamente a seconda dell'operatività cui il conto rispondeva; (iii) quanto al periodo *post* D.L. 185/2008 l'Intermediario, avvalendosi dello *ius variandi* ex art. n. 118 TUB, con comunicazione del 27 maggio 2009 a valere dal 1° luglio 2009, ha eliminato la Commissione di massimo scoperto e le 'spese gestione affidamenti', ha modificato la voce "*incremento tasso debitore*" in caso di scoperto di conto o di sconfinamento e la voce di spesa "*recupero costi per operazioni effettuate in mancanza di disponibilità*" nonché introdotto la "*Commissione di Affidamento*", definita come "*omnicomprensiva*", nella misura del 3,8% annuo, da applicarsi "*indipendentemente dall'effettivo prelevamento delle somme*" e "*applicata sull'importo di ciascuna linea di credito operativa in base alla effettiva durata della stessa*".

Dunque, venendo alle specifiche contestazioni mosse dal Ricorrente (che includono ogni addebito del conto, incluso il preteso carattere anatocistico degli interessi), va notato, anche in considerazione della scarsa chiarezza dell'elaborato tecnico prodotto dal Ricorrente (a prescindere dalla sua rilevanza probatoria), come non sia stata provata la prospettata errata capitalizzazione degli interessi né l'indebita applicazione di competenze e spese varie addebitate sul conto.

In particolare, quanto alla capitalizzazione trimestrale degli interessi, è principio pacifico che la stessa è legittima ove i contratti bancari siano stati stipulati in epoca successiva alla delibera Cibr 9/2/2000 e a condizione che rispetti le tre condizioni essenziali ivi previste (i.e. approvazione specifica; indicazione del tasso degli interessi effettivo rapportato su base annua; previsione della medesima periodicità nel conteggio degli interessi attivi e passivi), tutte condizioni sussistenti nella specie (cfr. pronuncia 15/2012 del Collegio di Napoli). Il che assorbe anche la questione circa la pretesa natura anatocistica degli addebiti per interessi.

Venendo, poi, alle condizioni introdotte *post* D. L. 185/2009, la Commissione di affidamento con cui è stata sostituita la Commissione di massimo scoperto appare legittima quanto ai requisiti di omnicomprensività e proporzionalità, ma la variazione non risulta inviata e recepita dal cliente con conseguente inefficacia della stessa.

Quanto al tasso soglia, la già evidenziata scarsa chiarezza dei conteggi prodotti dalle parti, non consente di operare quantificazioni, se non limitatamente a quegli importi che lo stesso Intermediario ha ammesso essere usurari, sia pure per importi minimali. E in relazione a tali superiori, non risulta dagli atti che siano stati effettuati dei rimborsi alla Ricorrente.

In merito, infine, alla richiesta di rimborso delle spese legali e peritali, l'orientamento dell'ABF è costante nel ritenere rimborsabili dette spese solo se provate, necessarie e ragionevoli (cfr. pronuncia n. 4094/2012, n. 3050/2012, n. 248/2012, tutte del Collegio di Napoli). Nel caso di specie il Ricorrente non fornisce alcuna prova documentale degli importi corrisposti né, comunque, suffraga la loro effettività, necessità e ragionevolezza. Pertanto il Collegio non accoglie la domanda relativa al rimborso delle spese *de quibus* sostenute dal Ricorrente.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'Intermediario restituisca alla Ricorrente le somme incassate a titolo di commissione affidamenti nonché, ai



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

sensi dell'art. 1815 c.c., le somme incamerate a titolo di interessi nei trimestri terminati rispettivamente il 30.06.2009 e il 30.09.2009.

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