

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) SANTONI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) STELLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENAZZO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GIAMPAOLINO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) STELLA

Nella seduta del 28/02/2017 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Nel presente procedimento la parte ricorrente, con riferimento a un rapporto di conto corrente intrattenuto con l'intermediario convenuto, lamenta l'illegittima applicazione di commissione di massimo scoperto (CMS), commissione di istruttoria veloce (CIV), commissione messa a disposizione fondi (CMDF), penale di sconfinamento (PS) e il superamento del tasso soglia usura.

In particolare, la ricorrente - con il reclamo del 21.3.2016 e il successivo ricorso all'ABF del 7.7.2016 - contesta i seguenti aspetti relativi al rapporto di conto corrente in essere con la convenuta evidenziati da un'apposita perizia:

- l'illegittima applicazione della Commissione di Massimo Scoperto (CMS) per tutti i trimestri del 2009 poiché nulla per mancanza di causa di giustificatrice e causa illecita - anche per il periodo precedente alla L. 2/2009 - essendone prevista l'applicazione anche su utilizzi entro fido;
- illegittima applicazione della Commissione per la messa a Disposizione dei Fondi (CMDF) a partire dal 1° trimestre 2010 per: *i*) violazione dell'art. 118 TUB, non avendo ricevuto alcuna comunicazione; *ii*) violazione dell'art. 2 *bis* della L. 2/2009, avendo la banca applicato la commissione oltre i 150 giorni previsti dalla Legge al fine



dell'adeguamento dei contratti in corso; *iii*) violazione della normativa di trasparenza per mancanza di riferimenti utili al controllo degli addebiti negli estratti conto; *iv*) assenza di pattuizioni sul punto tra le parti;

- illegittimo addebito della Penale di Sconfino (PS) per: *i*) violazione dell'art. 2 bis della L. 2/2009 che prevede l'applicazione della CMS in caso di sconfino continuativo superiore a 30 gg; al contrario la comunicazione del 30.6.2010 con la quale è stata introdotta la PS prevedeva uno sconfino di soli 3 giorni; *ii*) per aver applicato contemporaneamente la PS e la CMDF;

- illegittima applicazione della Commissione d'Istruttoria Veloce (CIV) per: *i*) violazione dell'art. 118 TUB non avendo ricevuto alcuna comunicazione; *ii*) per non aver provato l'effettivo svolgimento dell'attività istruttoria e aver tramutato la commissione in una penale applicata ad ogni sconfino o incremento di sconfino; *iii*) in quanto la modalità di contabilizzazione - indicazione del solo importo totale - non sarebbe idonea a provare l'effettivo svolgimento dell'istruttoria;

- applicazione di un TEG superiore al tasso soglia per i seguenti trimestri: 2-3-4 del 2010; 1-2-3-4 del 2011; 1-2-4 del 2012; 1-2-3-4 del 2013; 1-2 del 2014; 3-4 del 2015; 1 del 2016. Ciò esposto la società ricorrente chiede la differenza tra gli addebiti effettuati dall'intermediario e quelli da essa calcolati per un ammontare di € 31.601,43; in via subordinata chiede il rimborso di € 23.528,57, al netto di alcune commissioni non inserite nel calcolo del TEG ai fini antiusura.

Con controdeduzioni presentate in data 1.10.2016 l'intermediario convenuto eccepisce preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per i seguenti motivi:

- invalidità della procura conferita alla società di consulenza per mancanza dell'autenticazione della firma del legale rappresentante della società ricorrente;

- incompetenza temporale relativamente alla contestazione sulla validità della CMS pattuita l'11.11.2005 in sede di sottoscrizione del contratto di c/c.

Con riferimento alle doglianze sulla CMS, l'intermediario dichiara che:

- la clausola contrattuale descriveva puntualmente sia il valore percentuale sia la modalità di calcolo; veniva applicata sulla punta massima di esposizione nel trimestre sia entro, fuori fido e anche in mancanza di fido; la tabella della ricorrente includeva tre voci che dovevano essere espunte perché riconducibili alla diversa voce di costo "commissione di scoperto" che era stata applicata per un periodo transitorio fino all'introduzione della CDF sull'effettiva utilizzazione dei fonti per 30 giorni;

- la CDF era stata introdotta in applicazione dell'art. 2 della L. 2/2009 che qualificava tale adeguamento come un giustificato motivo; il 21.5.2009 era stata inviata la comunicazione di modifica avente effetto dal successivo 1.7.2009; era stata utilizzata la posta ordinaria e l'indirizzo era lo stesso di quello riportato nel ricorso; il TUB non prevede uno strumento specifico ai fini delle comunicazioni di *ius variandi*; anche i contratti di fido sottoscritti successivamente riportavano la clausola pertanto dovevano essere espunte dalla richiesta le somme addebitate a partire dal 2° trimestre 2012;

- la commissione PS era compiutamente descritta nella comunicazione del 30.6.2010 allegata all'e/c; la doglianza del ricorrente era infondata perché tendeva ad assimilare la PS alla CMS; al contrario la CMS era stata eliminata con la contestuale introduzione della CDF e regolava la remunerazione accordata dalla banca, mentre la PS era stata sostituita dalla CIV e regolava i casi di sconfinamenti in assenza di fido o oltre fido;

- con riferimento alla CIV, con l'e/c del 29.6.2012 era stata comunicata la trasformazione della PS in CIV; tale comunicazione era stata senz'altro ricevuta dalla ricorrente poiché costituiva le ultime 2 pagine dello stesso e/c prodotto nel ricorso in modo incompleto; in ogni caso tale commissione era indicata nel contratto sottoscritto il 21.2.2013; nessuna



prova doveva essere fornita dalla banca circa l'avvenuta effettuazione dell'attività istruttoria;

- relativamente al superamento del tasso soglia la ricorrente aveva errato nel il calcolo del TEG poiché includeva per tutti i trimestri anche la CMS; solo nel 4° trimestre 2010 c'era stato un superamento della soglia dello 0,002% ma questo comportava solo l'inesigibilità degli interessi corrisposti oltre soglia.

Nelle conclusioni l'intermediario chiede di dichiarare il ricorso irricevibile, per mancanza di una valida procura e incompetenza temporale; di rigettare il ricorso e, in via subordinata, di limitare l'oggetto della decisione agli importi di € 312,90 per la CMS ed € 1.100,18 per la CDF.

La ricorrente ha trasmesso ulteriori noti di repliche, rispettivamente, in data 24.1.2017 e in data 16.2.2017, specificando le proprie tesi difensive.

Sulla nullità della CMS ha osservato che:

- le pattuizioni presentate non erano idonee a fornire la prova della sottoscrizione;
- mancava la sottoscrizione per accettazione dell'istituto;
- le firme non erano valide consistendo solo in una sigla;
- non vi era la prova dell'effettiva ricezione della comunicazione del 21.5.2009 e la stessa non conteneva riferimenti chiari e univoci al rapporto.

Sulla CIV ha evidenziato che:

- il contratto allegato dalla banca non era stato prodotto al momento della richiesta documentale ed era incompleto;
- i parametri indicati nella procedura interna non potevano variare a distanza di pochi giorni;
- sorgeva il dubbio che all'istituto convenisse mantenere affidamenti più bassi applicando la CIV piuttosto che adeguare il fido.

In relazione alla questione dell'usura la ricorrente evidenzia di aver applicato le formule previste dalle Istruzioni della Banca d'Italia e che eventuali scostamenti non dovevano essere considerati come usura sopravvenuta ma originaria. Inoltre la banca non aveva utilizzato un metodo univoco per la determinazione del TEG, omettendo di annualizzare alcune voci ovvero non considerandone altre (cfr. repliche, pag. 4-5-6).

DIRITTO

In via preliminare, con riferimento all'eccezione sollevata dall'intermediario (invalidità della procura conferita alla società di consulenza per mancanza dell'autenticazione della firma del legale rappresentante della società ricorrente) si osserva che il conferimento della procura nel ricorso ABF prevede esclusivamente la compilazione e sottoscrizione della apposita pagina del modulo di ricorso (pag. 2/4), oltre che la produzione di un documento del procuratore in corso di validità. Sotto questo profilo, dalla documentazione versata in atti risulta la regolare sottoscrizione del cliente anche con riferimento alla rappresentanza e la mancanza di autenticazione della firma non inficia la corretta instaurazione del procedimento ABF nei confronti del resistente. La relativa eccezione pregiudiziale non appare pertanto meritevole di accoglimento.

Sempre in via preliminare la resistente eccepisce incompetenza temporale del Collegio relativamente alla contestazione della ricorrente sulla validità della CMS pattuita l'11.11.2005 in sede di sottoscrizione del contratto di c/c., in quanto tale contestazione avrebbe ad oggetto un vizio genetico di una condizione pattuita prima del 1° gennaio 2009.



Come accennato, la parte ricorrente lamenta l'illegittima applicazione della Commissione di Massimo Scoperto (CMS) per tutti i trimestri del 2009 (con conseguente richiesta dei relativi addebiti), poiché nulla per mancanza di causa di giustificatrice e causa illecita - anche per il periodo precedente alla L. 2/2009 - essendone prevista l'applicazione anche su utilizzi entro fido.

È in atti il contratto di c/c sottoscritto l'11.11.2005 nel quale è pattuita la CMS (cfr. all. 2 controdeduzioni: "COMMISSIONE TRIMESTRALE SUL MASSIMO SCOPERTO (*applicata sulla punta di massima esposizione in ogni singola divisa verificatasi nel trimestre di riferimento*): entro il limite dell'affidamento concesso: 1,0000%; oltre il limite dell'affidamento concesso e per scoperto di conto: 1,0000%). Non sono note eventuali modifiche intercorse successivamente alla sottoscrizione, né le parti vi fanno menzione.

Con riferimento all'eccezione preliminare di rito sollevata dall'intermediario resistente e relativa alla insussistente competenza *ratione temporis* dell'ABF, osserva innanzitutto il Collegio come, secondo le Disposizioni Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari: "Non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009" (Sez. I, par. 4 Ambito di applicazione oggettivo).

In relazione alla concreta applicazione di tale norma, i Collegi ABF hanno costantemente interpretato tale disposizione nel senso che, in caso di controversia avente ad oggetto un rapporto negoziale sorto anteriormente al 1° gennaio 2009, ma ancora produttivo di effetti successivamente a tale data, occorre avere riguardo al *petitum*, onde verificare se esso si fonda su vizi genetici di detto rapporto (dando luogo all'incompetenza temporale), oppure su una divergenza tra le parti che riguarda effetti del negozio giuridico prodottisi dopo il 1° gennaio 2009 (sussistendo allora la competenza dell'ABF). In tal senso si veda Coll. Milano, nn. 8409/2014; 6145/2016. A sua volta il Collegio di Coordinamento, con decisione 10 gennaio 2014, n. 72, ha stabilito che, ai fini della competenza temporale dell'ABF, occorre tener conto del momento in cui è sorto il rapporto anche se viziato da nullità.

Nel caso in esame, da un lato il contratto in questione risale al novembre 2005, dunque ad un tempo anteriore alla data del 1° gennaio 2009, che segna il limite temporale delle questioni che possono essere portate all'attenzione dell'ABF; da altro lato, il vizio fatto valere da parte ricorrente è chiaramente genetico, in quanto attiene all'asserita nullità per mancanza di causa di giustificatrice e causa illecita, essendone prevista l'applicazione anche su utilizzi entro fido (cfr. ricorso nel quale si lamenta testualmente "*Illegittimo addebito di somme a titolo di Commissione di Massimo Scoperto nel 1°, 2°, 3° 3 4° Trimestre 2009 essendo da ritenere la clausola pattizia della CMS nulla per mancanza di causa giustificatrice e causa illecita ai sensi del combinato disposto degli art. 1343 c.c. e 1418 c.c.*").

Ne consegue che la domanda di accertamento della nullità della clausola riferita alla commissione di massimo scoperto, fondata sul difetto o illiceità della causa, implicando la valutazione di un vizio genetico della suddetta clausola, si colloca fuori della competenza temporale del Collegio (cfr. in tal senso, per casi analoghi a quello di specie, Coll. Milano, nn. 6145/2016; 3713/2015; Coll. Napoli, n. 6466/2016; Coll. Roma, n. 8657/2014).

In secondo luogo, la società ricorrente lamenta l'illegittima applicazione della Commissione per la messa a Disposizione dei Fondi (CMDF o CDF) a partire dal 1° trimestre 2010 per: *i*) violazione dell'art. 118 TUB non avendo ricevuto alcuna comunicazione; *ii*) violazione dell'art. 2 *bis* della L. 2/2009 avendo la banca applicato la commissione oltre i 150 giorni previsti dalla Legge al fine dell'adeguamento dei contratti in corso; *iii*) violazione della normativa di trasparenza per mancanza di riferimenti utili al controllo degli addebiti negli estratti conto; *iv*) assenza di pattuizioni sul punto tra le parti. Chiede conseguentemente la "*espunzione dal c/c delle somme addebitate*".



Con riferimento alla CDF, l'intermediario convenuto replica che tale commissione era stata introdotta in applicazione dell'art. 2 della L. 2/2009 che qualificava tale adeguamento come un giustificato motivo. In data 21.5.2009 era stata inviata la comunicazione di modifica avente effetto dal successivo 1.7.2009 ed era stata utilizzata la posta ordinaria, con riferimento allo stesso indirizzo riportato nel ricorso e al quale erano sempre stati spediti in corso di rapporto gli estratti conto (nei quali, tra l'altro, era stata sempre rendicontata la CDF senza alcun rilievo da parte della ricorrente). Sempre secondo la resistente, il TUB non prevede uno strumento specifico ai fini delle comunicazioni inerenti lo *ius variandi*; inoltre, i contratti di fido sottoscritti successivamente riportavano la clausola e, pertanto, dovrebbero essere espunte dalla richiesta le somme addebitate a partire dal 2° trimestre 2012.

Per quanto concerne l'asserita violazione dell'art. 118 TUB, si osserva che la banca produce in atti la comunicazione del 21.5.2009 con la quale si introduce la CDF, in sostituzione della CMS, con efficacia a partire dal 1° luglio 2009. Tale comunicazione non riporta l'intestazione del destinatario e/o il rapporto a cui fa riferimento (cfr. all. 7 controdeduzioni). In ogni caso, considerato che la ricorrente contesta di avere ricevuto la comunicazione, va rilevato che l'intermediario non ha prodotto documentazione attestante la spedizione e la ricezione della comunicazione in questione.

Ciò posto, occorre pronunciarsi circa l'asserita violazione procedurale; infatti, ai sensi dell'art. 118, comma 1, TUB *"nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo"*. Nel successivo comma 2 è previsto che *"Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: <<Proposta di modifica unilaterale del contratto>>, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente (...). La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione"*; il comma 4 della medesima norma dispone che *"Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente"*.

Orbene, secondo un consolidato orientamento dell'ABF, la prova dell'invio e dell'effettiva ricezione della comunicazione effettuata ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 TUB grava sull'intermediario e la mancanza della prova sul punto determina l'illegittimità dell'applicazione della commissione e i conseguenti oneri restitutori (in tal senso con riferimento proprio alla CDF introdotta in sostituzione della CMS, v. Coll. Milano, nn. 3537/2016 e 324/2014; cfr. anche Coll. Milano, n. 6821/2015). Tale prova, come detto, nel caso di specie non risulta fornita né le prescrizioni di cui sopra possono considerarsi rispettate con la semplice rendicontazione della commissione negli estratti conto, per quanto inizialmente non contestata dal cliente. Ne deriva che, ai sensi, appunto, dell'art. 118 TUB, lo *ius variandi* inerente la commissione in questione deve ritenersi inefficacemente esercitato da parte dell'intermediario, con conseguente diritto della ricorrente alle somme a tale titolo addebitate.

Nel ricorso la parte ricorrente rileva che, a partire dal 1° trimestre 2010, a titolo di CDMF è stato addebitato un importo complessivo pari a € 2.238,50, come riportato sia nella tabella di ricalcolo del c/c (pag. 2 allegati E ed F) sia nella specifica tabella di cui a pag. 4 degli allegati E ed F.

Sul punto deve però precisarsi che la convenuta ha prodotto nel procedimento (all. 8 controdeduzioni) un contratto di affidamento, sottoscritto dal cliente, dell'8.3.2012 con il quale è stata disciplinata espressamente anche la CDF, da ritenersi dunque applicata



legittimamente a partire da tale data (cfr. anche all. 9 relativo a contratto di affidamento sottoscritto in data 21.2.2013, con menzione della CDF).

Come osservato dall'intermediario convenuto, dalla somma richiesta pari a € 2.238,50 deve quindi essere espunto l'importo di € 1.138,32 (relativo alla CDF applicata a partire dal 2° trimestre 2012).

In ultima analisi, risulta sotto tale profilo illegittimamente addebitata al cliente la somma di € 1.100,18, che dovrà essere rimborsata dall'intermediario.

Alla stregua di quanto sopra, devono considerarsi assorbite le contestazioni della ricorrente relative agli altri asseriti profili di illegittimità di applicazione della CFD.

Un'ulteriore contestazione della ricorrente concerne l'asserito illegittimo addebito della penale di sconfinamento (PS) per sconfinamenti superiori a 3 giorni poiché, da un lato, tale addebito contrastava con quanto previsto per la CMS che si applicava a sconfinamenti superiori a 30 giorni e, da altro lato, la PS era stata applicata contemporaneamente alla CDF. La ricorrente assume in merito la violazione dell'art. 2 bis L. n. 2/2009 - che prevede l'applicazione della CMS in caso di sconfinamento continuativo superiore a 30 gg. - e chiede la *"espunzione dal c/c delle somme addebitate"* a tale titolo.

L'intermediario, sul punto, si difende richiamando la differenza tra la PS e la CMS/CDF: la prima disciplinava solo il caso di sconfinamento oltre fido/fuori fido, prevedendo una spesa fissa a seconda dell'ammontare dello sconfinamento e con una franchigia, ed era stata introdotta con comunicazione del 30.6.2010, di cui la ricorrente non contesta la ricezione (all. 6 controdeduzioni). Al contrario, la CMS prima e la CDF dopo, disciplinavano la remunerazione della banca per la messa a disposizione dei fondi. Pertanto, sempre secondo la resistente, le commissioni in questione non potevano essere assimilate avendo natura diversa.

In merito il Collegio osserva che, effettivamente, la ricorrente non contesta di avere ricevuto la comunicazione relativa alla commissione in oggetto. Tuttavia la clausola corrispondente prevede la penale per il caso in cui il rapporto presenti per almeno tre giorni lavorativi consecutivi uno sconfinamento (utilizzo in assenza di affidamento o utilizzo eccedente l'affidamento) sul saldo utilizzabile del conto.

Ciò posto, ritiene il Collegio che la "penale di sconfinamento" (così chiamata nella comunicazione di variazione prodotta in atti, inviata dalla banca resistente e che la ricorrente non contesta di aver ricevuto) corrisponde sostanzialmente, al di là del *nomen iuris* utilizzato, a una commissione di massimo scoperto: vale a dire una clausola che prevede una remunerazione della banca, aggiuntiva rispetto agli interessi, per l'ipotesi di utilizzazione di somme in assenza di fido o fuori fido (Coll. Milano, nn. 709/2012, 3654/2012, 4597/2013 e 6321/2014). La CMS è stata ridisciplinata entro ben delineati confini dall'art. art. 2 bis L. n. 2/2009, applicabile *ratione temporis* al caso di specie. Tale disposizione, per la parte che qui rileva, 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 clausola sulla PS (cfr. anche comunicazione di modifica del 30 giugno 2010), secondo cui tale penale trova applicazione *"...nel caso in cui il rapporto presenti per almeno tre giorni lavorativi consecutivi uno sconfinamento (utilizzo in assenza di affidamento o utilizzo eccedente l'affidamento) sul saldo contabile del conto..."*, si pone in contrasto con la disposizione di legge dianzi richiamata, la quale impone che lo sconfinamento non legittimi l'applicazione di una commissione di massimo scoperto se non ove il saldo debitore si protragga per oltre 30 giorni. La clausola in discussione, infatti, contempla l'applicazione della penale di sconfinamento già a partire dal terzo giorno in cui il cliente sia incorso in uno sconfinamento, ponendosi così in palese violazione del limite temporale dettato dalla disposizione all'epoca vigente.



Ne consegue, a parere di questo Collegio, la nullità della penale di sconfinò 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 (in tal senso, v. le decisioni sopra richiamate).

Ad abundantiam, si rileva che sulla base della documentazione in atti, la PS risulta applicata a partire dal 4° trimestre 2010 fino al 31 marzo 2012, congiuntamente alla CDF. La commissione applicata a titolo di "penale di sconfinò", più volte è stata oggetto di censure da parte di questo Collegio in quanto applicata in abbinamento con la CMF (Coll. Milano, nn. 5750/2016; 4971/2015; Coll. Napoli, nn. 1712/2012 e 2767/2011). L'Arbitro, dunque, ribadisce che la commissione per la messa a disposizione di somme su un conto affidato, comunque denominata, è impeditiva della contemporanea introduzione di una commissione volta alla remunerazione dello sconfinò, in ragione della natura "omnicomprensiva" della CMF ex art. 2 bis d.l. 185/2008 conv. in l. 2/2009 (il che esclude la possibilità che nello stesso contratto convivano entrambe le tipologie di commissione). Tale orientamento, più volte espresso da questo Arbitro, è coerente del resto all'interpretazione a suo tempo resa dalla Banca d'Italia con nota n. 431151 del 4.12.2009, ove parimenti si chiarisce 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"* (già si è detto che la PS corrisponde nella sostanza a una CMS).

Ne discende che le somme addebitate dalla banca a titolo di penale di sconfinò devono essere restituite alla ricorrente. Sul punto il Collegio rileva che, a partire dal 4° trimestre 2010, a titolo di PS è stato addebitato un importo complessivo pari a € 2.360,00, come riportato (e non contestato dall'intermediario sotto il profilo del calcolo) nella documentazione prodotta dalla ricorrente (v. sia la tabella di ricalcolo del c/c - pag. 2 allegati E ed F - sia la specifica tabella di cui a pag. 4 degli allegati E ed F).

La parte ricorrente contesta, ancora, la legittimità della Commissione di Istruttoria Veloce (CIV) per la violazione dell'art. 118 TUB (asserendo di non avere ricevuto alcuna comunicazione sull'introduzione di tale commissione), per la mancata dimostrazione dell'effettivo svolgimento di un'attività istruttoria e per la violazione della normativa di trasparenza.

In merito all'asserita violazione delle prescrizioni sullo *ius variandi*, la banca resistente sottolinea come la comunicazione di eliminazione della CDF e contestuale introduzione della CIV (con effetto dal 1° ottobre 2012) fosse allegata all'e/c del 29.6.2012 e ne produce evidenza (all. 11 controdeduzioni). Secondo la tesi dell'intermediario, tale comunicazione sarebbe stata senz'altro ricevuta dalla ricorrente poiché costituiva le ultime 2 pagine dello stesso e/c prodotto nel ricorso in modo incompleto; in ogni caso tale commissione risultava indicata nel contratto sottoscritto il 21.2.2013.

Quanto alla prova dell'effettivo svolgimento di un'attività istruttoria, la resistente sostiene che tale prova non deve essere fornita; richiama sul punto una "Memoria" della Banca d'Italia *"per i Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio"* (v. *infra*), allega una circolare interna sulla gestione degli sconfinamenti ove vengono individuate le fasi che caratterizzano il processo di istruttoria veloce e una tabella excel riportante l'andamento dei saldi con relativa applicazione della commissione (cfr. all.ti 14-15-16 controdeduzioni).

Ciò premesso, il Collegio osserva che la commissione istruttoria veloce (CIV) è stata prevista dall'art.117-bis del T.U.B ed è stata introdotta con l'obiettivo di remunerare gli intermediari dei costi sostenuti per valutare il merito creditizio del soggetto cui vengono, istantaneamente, affidate delle somme di denaro a credito. L'art. 5, comma 4, del D.M. 30.6.2012 ha poi imposto alle Banche di effettuare entro la data del 1° ottobre 2012 l'adeguamento dei contratti di apertura di credito e di conto corrente già in corso con la



clientela. In conformità a tale dettato normativo la Banca resistente ha provveduto all'adeguamento del contratto predisponendo un piano commissionale che prevedeva la CIV mediante estratto conto al 30.06.2012 che riportava in calce la "*Proposta unilaterale di modifica*".

Sulla base della documentazione agli atti non pare fondata la doglianza della ricorrente circa l'asserita violazione dell'art. 118 TUB in tema di *ius variandi*. Come detto, l'intermediario ha documentato (all. 11 controdeduzioni) di avere inserito la proposta di modifica unilaterale del rapporto riguardante la CIV in appendice all'estratto conto del 29.6.2012 (pag. 12-13 dell'estratto conto). La ricorrente ha prodotto lo stesso e/c - di cui pertanto non è contestata la ricezione - sia pure senza le pag. 12 e 13, riferite alla modifica unilaterale. Si deve quindi presumere che la società ricorrente abbia ricevuto la comunicazione in questione.

Coglie invece nel segno la doglianza di parte ricorrente volta a contestare la legittimità della CIV per la violazione della normativa sulla trasparenza e per la mancata dimostrazione da parte dell'intermediario dell'effettivo svolgimento di un'attività istruttoria.

Sul punto è quanto mai opportuno richiamare il D.M. 30 giugno 2012, recante la "*Disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell'articolo 117-bis del Testo unico bancario*". In particolare l'art. 4 (Sconfinamenti) detta la seguente analitica regolamentazione (se ne riporta uno stralcio): "*1. Agli sconfinamenti previsti dall'articolo 2 possono essere applicati esclusivamente i seguenti oneri a carico del cliente: a) una commissione di istruttoria veloce; b) un tasso di interesse sull'ammontare e per la durata dello sconfinamento. 2. La commissione di istruttoria veloce ha le seguenti caratteristiche: a) è determinata, per ciascun contratto, in misura fissa ed è espressa in valore assoluto. Possono essere applicate commissioni di importo diverso a contratti diversi, anche a seconda della tipologia di clientela. Nei contratti con soggetti diversi dai consumatori possono essere applicate, nello stesso contratto, commissioni differenziate a seconda dell'importo dello sconfinamento, se questo è superiore a 5.000 euro; non possono essere previsti più di tre scaglioni di importo; b) non eccede i costi mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria veloce e a questa direttamente connessi, secondo quanto previsto dal comma 4; c) è applicata solo a fronte di addebiti che determinano uno sconfinamento o accrescono l'ammontare di uno sconfinamento esistente; d) è applicata solo quando vi è sconfinamento avendo riguardo al saldo disponibile di fine giornata. 3. Se lo sconfinamento è solo sul saldo per valuta non sono applicati né la commissione di istruttoria veloce né il tasso di interesse previsto al comma 1, lett. b). 4. In conformità di quanto previsto dall'articolo 12-bis della delibera CICR 4 marzo 2003, n. 286, come modificata dall'articolo 14 del decreto d'urgenza del Ministro - Presidente del CICR 3 febbraio 2011, n. 117, ai fini della quantificazione e dell'applicazione della commissione di istruttoria veloce, gli intermediari definiscono: a) procedure interne, adeguatamente formalizzate, che individuano i casi in cui è svolta un'istruttoria veloce; la commissione viene applicata esclusivamente in questi casi. A fronte di più sconfinamenti nel corso della stessa giornata non può comunque essere applicata più di una commissione; b) i costi dell'istruttoria veloce, eventualmente differenziati secondo quanto previsto dal comma 2. La quantificazione è formalizzata e adeguatamente motivata. 5. I casi in cui è applicata la commissione di istruttoria veloce in base alle procedure definite ai sensi del comma 4, lettera a), sono resi noti alla clientela...."*

Alla stregua della lettera c) dell'art. 4, appena richiamata, come già ritenuto da questo Collegio con decisione n. 7619/2014, si ha evidenza della legittima contabilizzazione della CIV solo allorché siano puntualmente indicati in estratto conto non solo (i) gli addebiti che provocano il superamento dell'importo affidato o aggravano la precedente esposizione già



extra-fido, ma anche (ii) il saldo disponibile alla fine di ogni giornata in cui è addebitata la CIV. Infatti, solo in presenza di siffatte condizioni è resa possibile la verifica, per ciascuno sconfinamento o aggravio di uno sconfinamento preesistente, della legittimità dell'applicazione della CIV.

Dall'analisi degli estratti conto prodotti nel presente procedimento emerge che, con riferimento al rapporto di conto corrente in questione, il *quantum* dovuto dalla società ricorrente a titolo di CIV è stato rappresentato dall'intermediario, nell' *e/c*, solo "per totale" (ovverosia per una cifra omnicomprensiva), alla fine del trimestre di riferimento. Ebbene, ritiene il Collegio che siffatta rappresentazione non permette di individuare le modalità applicative della commissione in oggetto (in particolare, la corrispondenza della CIV al singolo evento di scoperto; il rispetto della condizione per cui la CIV è applicata solo quando vi è sconfinamento avendo riguardo al saldo disponibile di fine giornata; il costo di ogni CIV e quindi di ogni singola istruttoria effettuata dall'intermediario in occasione dell'autorizzazione agli scoperti di conto).

Circa il secondo profilo contestato, attinente allo svolgimento dell'attività istruttoria, si fa presente che in base all'orientamento consolidato dell'ABF (cfr. Collegio di Roma, decisioni n. 10403/2016; 8802/2016; 3170/2016; 592/2015; Coll. Milano, n. 4971/2015) gli addebiti a titolo di CIV sono da ritenersi legittimi in presenza, fra l'altro, dei seguenti presupposti: (i) la commissione è dovuta solo se l'intermediario ha effettivamente svolto un'attività istruttoria sul merito creditizio del richiedente, al fine di consentirgli lo sconfinamento; (ii) il costo dell'istruttoria deve essere commisurato a quello medio effettivamente sostenuto dall'intermediario per lo svolgimento dell'attività; (iii) in caso di contestazione, la banca ha l'onere di dimostrare di aver compiuto l'istruttoria veloce per ogni singola applicazione della CIV. Un indice presuntivo dell'assenza di un'effettiva attività istruttoria consiste nella molteplicità di addebiti CIV a breve distanza l'uno dall'altro (ad es., con cadenza giornaliera/settimanale).

Nel caso di specie, a fronte delle contestazioni della ricorrente, l'intermediario non ha fornito la prova di aver svolto, per ciascuno sconfinamento, una effettiva attività istruttoria, dovendosi quindi concludere per l'illegittimità dell'applicazione della CIV (cfr. anche Coll. Milano, nn. 336/2016; 3708/2015; 6076/2014).

Del resto, il dettaglio degli addebiti mostra una notevole frequenza nella applicazione della CIV. Basti, per esempio, pensare che nel corso del primo trimestre del 2014 sono rinvenibili n. 23 eventi rilevanti, nel corso del quarto semestre dello stesso anno addirittura 25 eventi rilevanti (con applicazioni della CIV ogni 2/3 giorni nel 1° trimestre 2014 e nel 4° trimestre 2014). Tale frequenza è indice presuntivo dell'assenza di un'effettiva attività istruttoria (v. la tabella inserita dalla ricorrente a p. 5 delle controdeduzioni, la quale, in base a un controllo a campione, risulta corretta e riporta, fra l'altro, n. 209 applicazioni di CIV dal 4° trimestre del 2012 al primo trimestre del 2016).

Si ricorda ancora sul punto che, secondo il consolidato orientamento interpretativo dell'ABF (v., ad es., Coll. Milano, n. 1706/2016), la lettura complessiva delle norme in tema di CIV induce a ritenere che lo sconfinamento, inteso come utilizzo di somme senza affidamento o oltre l'affidamento, sia da considerare - anche a fini di trasparenza nella relazione con la clientela - prassi bancaria eccezionale (sempre ovviamente in alternativa alla richiesta di immediato rientro al cliente, ovvero al rifiuto di concedere ulteriore disponibilità rispetto a quella già concessa) rispetto a quella di calibrare la misura degli affidamenti alle effettive esigenze del cliente (aumentando quelli esistenti o concedendo dei nuovi).

Il complesso delle circostanze sopra richiamate, univoche nel senso della illegittima applicazione della CIV nel caso di specie, non pare superato dalla difesa dell'intermediario secondo cui in base alle indicazioni della Banca d'Italia (*Memoria per il*



Comitato Interministeriale per il credito ed il Risparmio, cit.), “l’art. 4, comma 4, lettera a), del decreto 30.6.2012 stabilisce la presunzione che l’istruttoria veloce sia stata effettuata se così è previsto da procedure interne adeguatamente formalizzate; queste ultime devono individuare i casi in cui, a fronte di uno sconfinamento, viene svolta un’istruttoria veloce prima che sia concessa la relativa autorizzazione”.

In proposito la banca resistente ha prodotto documentazione (all.ti 13 e 14 controdeduzioni, rispettivamente “Circolare di Gruppo n. 609 del 3 ottobre 2012” e “quaderno normativo gestione sconfini”) attestante l’avvenuta adozione delle procedure interne richieste dalla menzionata normativa con asserita conseguente applicazione della presunzione di cui al comma 4, lettera a) dell’art. 4 del D.M. 30.6.2012, richiamata dalla Banca d’Italia.

Innanzitutto, va osservato che proprio la documentazione richiamata dalla resistente ribadisce che la CIV, anche in situazioni di sconfinamenti, dovrebbe essere applicata in casi eccezionali rispetto a una proposta al cliente di concessione di fido. Infatti, lo stesso Istituto resistente, nella p. 5 di 53 del “quaderno normativo gestione sconfini”, indica che “eventuali esigenze non occasionali, anche se a carattere temporaneo, devono necessariamente tradursi in ordinarie proposte di fido”. Sotto questo profilo il numero elevato di sconfini registrato dalla ricorrente non può essere considerato un’esigenza occasionale e quindi avrebbe dovuto dar luogo a ordinarie proposte di fido e non ad applicazioni ripetute della CIV.

In ogni caso, la previsione e formalizzazione di una procedura interna può soltanto far presumere che l’attività istruttoria sia stata svolta, ma resta sempre salva l’ipotesi che il cliente dimostri che, in realtà (nonostante la previsione di procedure interne), non è avvenuta alcuna istruttoria. E già si è detto come nella fattispecie la frequenza delle applicazioni della CIV, adeguatamente dimostrata dalla ricorrente, costituisca presunzione contraria a quella dell’avvenuto svolgimento di un’attività istruttoria.

Da quanto sopra esposto consegue che le somme addebitate dalla banca a titolo di commissione istruttoria veloce devono essere restituite alla ricorrente. Sul punto il Collegio rileva che, a partire dal 4° trimestre 2012 (e fino al primo trimestre 2016) a titolo di CIV è stato addebitato un importo complessivo pari a € 13.147,96, come riportato (e non contestato dall’intermediario sotto il profilo del calcolo) nella documentazione prodotta dalla ricorrente (v. sia la tabella di ricalcolo del c/c - pag. 2 allegati E ed F - sia la specifica tabella di cui a pag. 4 degli allegati E ed F).

La società istante sostiene, infine, che il rapporto di conto corrente in questione abbia anche superato il tasso soglia antiusura.

Nel dettaglio, la ricorrente lamenta in via principale l’applicazione di un TEG superiore al tasso soglia usura (con conseguente sanzione ex art. 1815, comma 2, c.c.) per i seguenti trimestri: 2-3-4 del 2010; 1-2-3-4 del 2011; 1-2-4 del 2012; 1-2-3-4 del 2013; 1-2 del 2014; 3-4 del 2015; 1 del 2016.

In via subordinata formula poi una domanda con la quale afferma che “Qualora il Collegio adito non considerasse le commissioni indebitamente addebitate (CMS;CMDF; IS;CIV) - espungendole dal conto corrente - al fine del controllo relativo all’applicazione di TEG superiore al Tasso soglia Usura ai sensi della L. 108/96 risulta applicato un TEG maggiore del Tasso Soglia nei seguenti trimestri: 3-4 del 2010; 2 del 2014”.

Alla stregua di quest’ultima prospettazione, applicabile al caso di specie (posto che le commissioni in questione sono state nella presente decisione per lo più considerate illegittimamente applicate al rapporto di conto corrente in questione), la doglianza relativa all’asserito superamento del tasso soglia usura è limitata ai trimestri 3-4 del 2010 e 2 del 2014 (v. allegato F al ricorso).



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

In merito il Collegio osserva che la ricorrente lamenta l'applicazione di interessi usurari nel corso del rapporto, ma nell'elaborato non dà conto in modo espresso dei criteri di calcolo utilizzati, posto che nel ricorso viene enunciata la testi dell'usurarietà degli interessi e poi si rinvia ai risultati dei calcoli esposti in una tabella riepilogativa (e ciò per quanto la tabella indichi l'utilizzo della formula corretta prevista dalle Istruzioni della Banca d'Italia). In particolare, non sono chiari né esplicitati i criteri di calcolo utilizzati per elaborare la voce "*int. passivi ricalcolati*" (cfr. Coll. Milano, n. 9907/2016; 4539/ 2016).

Peraltro, non è superfluo precisare che, in base a un orientamento dell'Arbitro indotto dal Collegio di coordinamento (decisione n. 77/2014), l'accertamento dell'usura sopravvenuta avrebbe come conseguenza solamente la declaratoria di inesigibilità degli interessi corrisposti sopra soglia, e non invece la gratuità del credito come sostiene la ricorrente: ciò in quanto, a seguito dell'interpretazione autentica introdotta dall'art. 1 del d.l. n. 394/2000, è stato chiarito che l'usura sopravvenuta non riguarda l'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile (Coll. Napoli Decisione, n. 3090/ 2017; 4664/2016).

La domanda di rimborso conseguente all'asserita applicazione di un TEG superiore al tasso soglia usura non risulta, dunque, meritevole di accoglimento.

In conclusione, sommando gli importi delle commissioni considerate indebitamente applicate (1.100,18+€ 2.360,00+€ 13.147,96), risulta illegittimamente addebitata al cliente la somma complessiva di € 16.608,14 che dovrà essere rimborsata dall'intermediario.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso ai sensi di cui in motivazione.

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 alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FLAVIO LAPERTOSA