Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

IL COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai Signori:

Dott. Maurizio Massera *Presidente del Collegio ABF di Roma*	Presidente
Dott. Flavio Lapertosa *Presidente del Collegio ABF di Milano*	Membro effettivo
Dott. Marcello Marinari *Presidente del Collegio ABF di Napoli*	Membro effettivo
Prof. Avv. Gustavo Olivieri *Componente del Collegio ABF di Roma designato dal Conciliatore Bancario Finanziario per le controversie in cui sia parte un cliente professionista/imprenditore*	Membro effettivo
Prof. Avv. Giuseppe Guizzi *Componente del Collegio ABF di Napoli designato da Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato*	Membro effettivo [Estensore]

nella seduta del 23/09/2015, 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 controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne, in rito, il tema della violazione dei limiti di competenza per valore dell'Arbitro in presenza di una pluralità di ricorsi distinti ma concernenti sempre il medesimo rapporto contrattuale, e, nel merito, il tema della illegittima applicazione della commissione disponibilità fondi in quanto non concordata tra le parti. Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.
Con reclamo presentato il 22 gennaio 2015 la società attuale ricorrente si è rivolta all'intermediario attuale resistente, con cui intrattiene, dall'aprile 2007, un rapporto di apertura di credito garantita in conto corrente fino alla concorrenza massima di € 650.000,00, lamentando l'illegittimo addebito, con decorrenza dal terzo trimestre 2009, di

un onere, denominato “commissione disponibilità fondi” e non previsto contrattualmente, chiedendone la restituzione.
Insoddisfatta dall’esito del reclamo, che veniva riscontrato negativamente dall’intermediario con nota del 4 febbraio 2015, la società si è rivolta all’Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, reiterando la doglianza.
Esponeva, in particolare, la ricorrente che gli oneri addebitati dal terzo trimestre 2009 sino al quarto trimestre 2014 - e che ammontano a un totale di € 71.500,00 - non potrebbero considerarsi dovuti, in quanto introdotti unilateralmente dall’intermediario nell’esercizio del ius variandi, nell’ambito di una complessiva modifica del regime commissionale introdotta a valle dell’entrata in vigore della l. 2/2009, che ha fortemente circoscritto i margini di validità della commissione di massimo scoperto (CMS). Secondo la società l’introduzione di una commissione, come quella in oggetto - che remunera la mera messa a disposizione dell’affidamento - in luogo della CMS - che remunera invece i maggiori costi sopportati dall’intermediario per impieghi del fido da parte del cliente che fuoriescono dalle previsioni medie di utilizzo - non poteva avvenire, attesa la differente natura e funzione delle due commissioni, nell’esercizio del potere unilaterale previsto dall’art. 118 TUB, ma avrebbe richiesto, piuttosto, un nuovo accordo, nella specie non intervenuto.
Sulla base di quanto esposto, la società ha chiesto al Collegio di dichiarare l’intermediario tenuto alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate, oltre interessi, per un totale di € 89.784,99.
L’intermediario ha resistito depositando controdeduzioni con cui ha eccepito, in via preliminare, l’incompetenza per valore dell’Arbitro.
Afferma, infatti, il resistente che il ricorso per cui è controversia è stato preceduto, di appena un mese, da altro, poi definito con una transazione, nel quale la società sosteneva l’illegittimità di una serie di addebiti effettuati nel periodo 2009 – 2012, ma sulla base di altre causali, per un totale di € 83.253,72, e fondato sempre sulla medesima premessa dell’illegittimo e comunque inefficace esercizio dell’ius variandi da parte dell’intermediario, poi sempre con la medesima comunicazione, quella del maggio 2009, con cui è stata introdotta la commissione di affidamento Secondo il resistente, dunque, il Collegio dovrebbe considerare la proposizione di due distinti ricorsi – che condividono la medesima editio actionis – quale espressione di un disegno di abusivo frazionamento di una domanda sostanzialmente unitaria, con cui la società ricorrente avrebbe inteso semplicemente aggirare il limite di valore fissato dalle disposizioni che regolano il procedimento.
Sempre in via preliminare, il resistente eccepisce l’incompetenza dell’Arbitro a conoscere del ricorso anche per l’ipotesi in cui il Collegio ritenesse di non seguire il ragionamento sopra esposto, atteso che il superamento del limite di competenza per valore è inevitabilmente determinato da “gli ulteriori addebiti trimestrali che si formeranno nelle more della decisione”.
Nel merito, il resistente osserva, in fatto, che all’epoca dell’invio della comunicazione, la società ricorrente era titolare di un servizio di casella postale presso la filiale, di un servizio di remote banking e di un servizio di posta ordinaria e mai nessuna contestazione risulta sollevata per il mancato ricevimento della comunicazione di esercizio dell’ius variandi.
In diritto, il resistente deduce, invece, per un verso, che il passaggio di oltre 5 anni dai fatti determinerebbe la prescrizione della domanda, e comunque, per altro verso, che il ritardo nella contestazione comporterebbe la connessa implicita approvazione delle operazioni, risultando altrimenti il comportamento del contraente non conforme ai canoni della buona fede.
Il resistente ha infine invitato l’Arbitro, per il caso di ritenuta fondatezza della domanda, a valutare l’applicabilità dell’art. 1227 c.c.

Il ricorso veniva chiamato per l'esame alla riunione del 23 luglio 2015. All'esito il Collegio adito riteneva di devolvere la decisione al Collegio di Coordinamento. Rilevava, infatti, l'ordinanza di rimessione che «ciò che reclama prioritaria attenzione è la questione pregiudiziale sollevata dall'intermediario, questione che, nella sostanza, implica una valutazione in ordine alla sussistenza nella specie di un frazionamento della domanda finalizzato ad eludere il limite della competenza per valore di questo Arbitro. Frazionamento e tentativo di eludere il citato limite che, nella prospettazione dell'intermediario, sono dimostrati dalla sostanziale identità dei motivi illustrati nei due ricorsi entrambi fondati sull'illegittimo esercizio dello ius variandi».
Secondo il Collegio remittente nel caso di specie esisterebbe un più che fondato dubbio, alla luce delle circostanze di fatto, che i due ricorsi avrebbero un oggetto sostanzialmente unitario - giacché (i) il titolo su cui si incentrano le due iniziative è costituito dal medesimo contratto di apertura di credito con garanzia ipotecaria e (ii) in entrambi i giudizi viene fatto valere l'invalido esercizio dell'ius variandi con la medesima comunicazione dell'11 maggio 2009 - e che la ricorrente abbia inteso separare le contestazioni solo per eludere il limite della competenza per valore. Di qui, secondo l'ordinanza, la necessità che il Collegio di coordinamento si occupi del tema, considerata l'importanza di «determinare i criteri interpretativi della Sezione 4 delle disposizioni sull'ABF in situazioni come quella di specie in cui, in relazione ad un medesimo rapporto contrattuale, vengono sollevate più questioni e in cui la informalità e i tempi per la decisione possono rendere più appetibile il ricorso all'ABF anziché quello alla giustizia ordinaria»
Il Collegio di coordinamento ha pertanto esaminato la questione nella riunione del 23 settembre 2015.

DIRITTO

La questione portata all'esame del Collegio di coordinamento è sicuramente di rilievo, e ciò specie considerando la crescente tendenza - ribadita di recente anche dalle Sezioni Unite nei suoi più recenti arresti in tema di azioni di impugnativa negoziale - a porre l'accento sui valori funzionali del processo, e sull'esigenza di assegnare una prioritaria considerazione alle esigenze di concentrazione, evitando per quanto possibile la dispersione della risorsa giustizia.
Gli è, infatti, che simili considerazioni ben si prestano a essere ripetute anche rispetto a procedimenti di soluzione stragiudiziale delle liti, quale quello davanti l'ABF, e dove anzi, proprio per la presenza di ben precisi limiti, anche di valore, alla possibilità di devolvere all'Arbitro controversie, è vieppiù necessario sanzionare con l'improcedibilità – se si vuole proprio in nome del canone della buona fede, che deve governare la relazione tra banche e clienti – i comportamenti strumentali di questi ultimi diretti al frazionamento di un medesimo diritto, ovvero finalizzati all'artificiale moltiplicazione di procedimenti attinenti ad un unico rapporto e aventi ad un oggetto sostanzialmente unitario, allo scopo così di eludere le preclusioni fissate dalle disposizioni di attuazione dell'art. 128-bis TUB.
E tuttavia, tanto premesso, sembra al Collegio che nel caso in esame non sia possibile postulare l'esistenza di un comportamento abusivo del cliente volto a esercitare in maniera frazionata il medesimo diritto, e neppure si possa ravvisare un'artificiosa moltiplicazione dei procedimenti attinenti al medesimo rapporto. Nella presente vicenda la società con i due ricorsi ha, infatti, inteso far valere diritti diversi - nel primo, il diritto al rimborso di maggiori interessi pagati rispetto a quelli contrattualmente pattuiti, nel secondo, oggetto del presente scrutinio, quello al rimborso delle commissioni perché non oggetto di accordo tra le parti modificativo del precedente assetto negoziale - sicché la parziale comunanza delle circostanze di fatto in cui si inscrivono le due domande, legate all'impossibilità di

addurre a giustificazione di tali addebiti l'esercizio del ius variandi, non appare tale da far venir meno la differenza, sia sotto il profilo del petitum che della causa petendi, tra i due procedimenti.
Quanto precede è, per vero, dirimente. Ma nel caso di specie vi è obiettivamente di più. A questo proposito il Collegio non può, infatti, esimersi dal rilevare che nel momento in cui il presente ricorso è stato trattenuto per la decisione, l'altra controversia risultava essere stata oramai definita tra le parti transattivamente, senza dunque che l'Arbitro sia stato chiamato in alcun modo a pronunciarsi sul merito del primo ricorso.
Ebbene, una simile circostanza assume un rilievo decisivo per escludere che nel caso di specie si possa considerare superato il limite della competenza per valore dell'Arbitro.
Gli è, infatti, che la verifica circa la sussistenza di un'elusione della regola che fissa in € 100.000,00 la soglia oltre la quale l'ABF non può conoscere della controversia deve essere necessariamente compiuta valutando se, e in che misura, l'Arbitro attraverso le sue decisioni possa arrivare a dichiarare l'intermediario tenuto al pagamento di una somma complessivamente eccedente siffatto ammontare; il che però non è quanto accade nella specie, dove il Collegio, a causa dell'accordo transattivo intervenuto tra le parti, non ha dovuto pronunciare sulla prima richiesta, e dove dunque l'unica eventuale statuizione di condanna viene a essere limitata ad un importo che rientra nei limiti della competenza per valore dell'ABF.
Insomma, quel che si vuol dire, è che la situazione che si presenta nella specie non è in nulla diversa da quella che si verificherebbe qualora la ricorrente, dopo aver proposto con un unico ricorso una pluralità di domande il cui cumulo determini il superamento del limite della competenza per valore, abbia poi, nel corso del procedimento, rinunciato ad alcune di essere sì da ricondurre il petitum nei limiti previsti dalla disciplina di attuazione. Sicché sembra al Collegio che come in un caso del genere non potrebbe ritenersi esistente la preclusione all'esame della domanda oramai ridotta nel suo ammontare, così non possa negarsi neppure l'ammissibilità della domanda quando quella che avrebbe determinato il superamento della soglia sia stata transatta, e ciò a prescindere dalla considerazione sul se l'eventuale transazione abbia comportato il riconoscimento in favore del cliente di una somma di denaro.
D'altra parte non sembra al Collegio che al fine di escludere la conoscibilità nel merito del ricorso possa farsi leva, come vorrebbe il resistente, sulla considerazione di tipo prospettico relativa al fatto che nelle more del presente procedimento l'ammontare complessivo delle somme addebitate a titolo di "commissione disponibilità fondi" è comunque aumentato, sicché in caso di accoglimento del ricorso la somma che dovrebbe essere restituita sarebbe sempre superiore alla soglia di € 100.000,00. Sotto questo profilo ritiene il Collegio che quella indicata sia solo una conseguenza indiretta derivante dall'eventuale scelta dell'intermediario di continuare ad addebitare tali oneri anche nelle more del procedimento – conseguenza, per vero non necessitata, atteso che nulla avrebbe impedito al resistente di soprassedere, seppure cautelativamente, dall'addebito di tali voci sino alla definizione del procedimento – e che essa non impinga quindi sull'ammissibilità della domanda, la quale deve essere determinata sulla base della richiesta dell'attore, che risulta in ogni caso formulata per un importo che si colloca al di sotto del limite de quo.
Venendo allo scrutinio del ricorso nel merito, deve essere preliminarmente disattesa l'eccezione di prescrizione sollevata dal resistente. Di là, infatti, dal rilievo che l'azione proposta è di accertamento dell'impossibilità da parte dell'intermediario di introdurre la commissione di disponibilità fondi in luogo della CMS nell'esercizio del diritto previsto dall'art. 118 TUB - e quindi come ogni azione di mero accertamento non soggetta a termini prescrizionali - dirimente è la considerazione che la proposta conseguenziale azione di

ripetizione delle somme addebitate sine titulo soggiace pacificamente all'ordinaria prescrizione decennale.
Ciò precisato, il Collegio ritiene che il ricorso debba essere respinto.
Induce, infatti, in tal senso la considerazione che se anche si volesse seguire, in un panorama di orientamenti dell'ABF per vero non del tutto omogenei, la soluzione più rigorosa prospettata dal Collegio di Napoli - secondo cui il potere di variazione unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 TUB si può esprimere solo nel senso di modificare clausole già presenti mentre non può estendersi sino al punto di consentire l'introduzione di pattuizioni che prevedano a carico del cliente prestazioni del tutto nuove e diverse dalle precedenti (e tale, secondo il citato orientamento del Collegio partenopeo, sarebbe quanto accade nella specie, attesa la radicale diversità di funzione tra la commissione di massimo scoperto e le commissioni di disponibilità fondi) - in ogni caso si dovrebbe riconoscere che nella presente vicenda l'applicazione al rapporto della nuova commissione ha costituito pur sempre oggetto di un accordo contrattuale modificativo del precedente assetto negoziale.
In altri termini, quel che sembra al Collegio è che nel caso di specie la comunicazione inviata dall'intermediario l'11 maggio 2009, sebbene non possa avere, per le ragioni indicate dal citato orientamento del Collegio di Napoli, la capacità ex se di innovare l'assetto contrattuale preesistente, abbia pur sempre rappresentato una proposta di modifica delle condizioni contrattuali. Una proposta che, allora, - tenuto conto dei quasi cinque anni trascorsi senza alcuna contestazione prima della proposizione reclamo, ed altresì del fatto che in tutti questi anni la commissione è stata sempre regolarmente addebitata e contabilizzata negli estratti conto senza che la società muovesse rilievi di sorta - ben può considerarsi accettata dal cliente, se non altro secondo il principio sancito dall'art. 1327, primo comma, c.c., con conseguente perfezionamento di un accordo modificativo del precedente assetto negoziale.

P.Q.M.

Il Collegio respinge il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MAURIZIO MASSERA