

## Collegio di Milano

composto dai signori:

- |  |  |
|--|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro             | Presidente   |
| - Prof.ssa Antonella Sciarrone Alibrandi | Membro designato dalla Banca d'Italia                  |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia                  |
| - dott. Dario Purcaro                    | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |

- Avv. Franco Estrangeros	Membro designato da Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (Estensore)
---------------------------	---

nella seduta del 22 luglio 2010 dopo aver esaminato.

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

### FATTO

La società ricorrente, azienda attiva nel settore della grafica editoriale e servizi redazionali, inoltrava reclamo in data 28 ottobre 2009 alla propria banca contestando l'addebito di una "commissione disponibilità fondi" attestata nell'estratto conto al 30 settembre 2009, invocandone la nullità ai sensi del D.L. 185/2008 e conseguentemente chiedendone l'integrale restituzione alla resistente. Rilevava, inoltre, una difformità formale tra il tasso effettivamente applicato (0,2%) così come emergente dalla rendicontazione periodica e il tasso indicato nei documenti di sintesi datati 1° ottobre 2009 e 1° luglio 2009 pari, invece, allo 0,0%. L'odierna ricorrente produceva copia delle comunicazioni inviate dalla resistente ed in particolare parte dell'estratto conto relativo al mese di settembre ricevuto in data 27 ottobre 2009, documento di sintesi n. 5 del 1° luglio 2009, documento di sintesi n. 6 del 1° ottobre 2009.

In assenza di riscontro, con un ulteriore reclamo del 2 febbraio 2010 la ricorrente contestava l'estratto conto del trimestre ottobre – dicembre 2009 pervenuto a gennaio 2010, rilevando nuovamente la presenza della commissione sopraccitata e ribadendone l'invalidità.

La banca, da parte sua, rispondeva ad entrambi i reclami con comunicazione datata 25 febbraio 2010. Con essa la banca riferiva la compatibilità della "commissione disponibilità fondi" con il disposto dell'art 2 bis co. 3 del D.L. 185/2008. Richiamava altresì la comunicazione dalla medesima trasmessa in data 11 maggio 2009 di modifica unilaterale



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

delle condizioni economiche del rapporto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 118 TUB che contemplava la cancellazione della Commissione Massimo Scoperto e l'introduzione della Commissione Disponibilità Fondi a decorrere dal 1° luglio 2009. Concludeva dunque respingendo le richieste della società.

La società ricorrente ha pertanto adito l'Arbitro Bancario Finanziario con ricorso datato 18 marzo 2010, ricevuto dalla Segreteria Tecnica dell'ABF in data 23.3.2010. La ricorrente, allegando i reclami di cui sopra (sub docc. 1 e 2), chiede *“l'abolizione della commissione per disponibilità fondi dello 0,2%”*.

La banca, a sua volta, ha depositato le proprie controdeduzioni in data 6 maggio 2010 ribadendo la validità della commissione applicata. Richiamando peraltro la comunicazione del 11 maggio 2009 ha precisato come la consegna della medesima alla ricorrente fosse intervenuta per il tramite di una casella postale giacente presso la banca medesima, nella sussistenza di un rapporto contrattuale (non documentato dalla banca) avente ad oggetto la gestione di tale casella postale. La banca, con le controdeduzioni, ha altresì depositato copia dei reclami del 28.10.2009 e del 2.2.2010; il riscontro del 25.2.2010; gli estratti conto del 30.9.2009 e del 31.12.2009; le proposte di modifica unilaterale del contratto dell'11.5.2009; i documenti di sintesi dell'1.10.2009 e la comunicazione del 15 ottobre 2009 con allegato il documento di sintesi dell'1.10.2009 emendato dell'errore presente nel documento di sintesi in precedenza trasmesso al cliente e che indicava nella percentuale dello 0,2% (invece che dello 0,0% erroneamente indicata in precedenza) l'aliquota applicata alla Commissione Disponibilità Fondi.

Con ulteriore e-mail dell'11 maggio 2010 e lettera del 13 maggio 2010 la ricorrente ha precisato che *“la [resistente] non [...] ha mai consegnato la proposta di modifica unilaterale di contratto di conto corrente”*.

## DIRITTO

I fatti dedotti dalla ricorrente ineriscono l'illegittimità dell'applicazione, da parte della resistente, della Commissione Disponibilità Fondi introdotta dalla banca resistente attraverso il ricorso alla ben nota prassi generalmente assunta dal mondo bancario in esecuzione dell'art. 2-bis, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito con modificazioni con la l. 28 gennaio 2009 n. 2. La resistente, con comunicazione dell'11 maggio 2009, inviata alla clientela ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 118 D.Lgs 1° settembre 1993 n. 385 (TUB) ha comunicato l'intervenuta abolizione della commissione di massimo scoperto (oltre che della commissione di mancato utilizzo e di ulteriori spese di gestione) a decorrere dal 28 giugno 2009, contestualmente introducendo, a decorrere dal 1° luglio 2009, la Commissione Disponibilità Fondi (oltre che l'indicazione del Tasso di Utilizzo oltre il Fido), e cioè altra commissione i cui termini contenutistici sono specificati nella comunicazione medesima (cfr. all. 7 resistente). La variazione così comunicata, avrebbe prodotto effetti dalla data di decorrenza del 1 luglio 2009 qualora, nel termine di 60 giorni, la resistente non avesse ritenuto di recedere dal rapporto.

La contestazione svolta dalla ricorrente, siccome riferita alla violazione dell'articolo di legge sopra menzionato, implica l'esame di due distinti profili:

- (i) il primo inerisce l'accertamento dell'effettivo ricevimento, da parte della ricorrente, della comunicazione datata 11 maggio 2009 con cui la Banca avrebbe reso noto alla ricorrente l'introduzione della suddetta commissione, a decorrere dal 1 luglio 2009 (all. 7 resistente).
- (ii) Il secondo inerisce l'accertamento della conformità della suddetta commissione, siccome introdotta dalla resistente, a quando disposto dall'art. 2 bis co. 1 del D.L. 185/2008.



Quanto al tema sub (i) la ricorrente, nei due reclami in atti (all. 1 e 2 ricorrente) risulta aver proceduto alla contestazione della Commissione Disponibilità Fondi non appena ravvisatane l'introduzione sui rendiconti trimestrali al 30 settembre ed al 31 dicembre 2009 e, replicando alle controdeduzioni depositate dalla resistente, ha espressamente confermato la contestazione relativa al mancato ricevimento della comunicazione della Banca datata 11 maggio 2009 (all. 7 banca) integrante la proposta di modifica delle condizioni contrattuali. Dunque non è revocabile in dubbio il fatto che la circostanza del ricevimento della comunicazione dell'11 maggio 2009 sia contestata da parte della ricorrente.

La resistente, in ordine alla ricezione della comunicazione in questione da parte della ricorrente, ha rilevato nelle controdeduzioni come la "*ricorrente domicilia la propria corrispondenza presso la Filiale si da renderne certa la ricezione*".

Al riguardo, si deve osservare come la corrispondenza trasmessa dalla banca alla resistente in atti (cfr. all. 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 banca) sia effettivamente indirizzata alla "[Denominazione della società ricorrente], casella postale n. [...]". Ad avviso di questo Collegio, tuttavia, la suddetta circostanza, in assenza della produzione in atti del contratto di casella postale sottoscritto tra le parti ovvero della dichiarazione di domicilio della ricorrente (dal cui esame avrebbe eventualmente potuto emergere una disciplina pattizia inerente la corrispondenza tra le parti), non consente di ritenere raggiunta la prova dell'immissione in cassetta della comunicazione in esame da parte della ricorrente prima ancora della sua effettiva ricezione da parte della destinataria.

Come già osservato da questo Collegio, il meccanismo previsto dall'art. 118 TUB, che consente la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, presuppone necessariamente che la proposta di modifica unilaterale del contratto sia effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione recettizia i cui effetti dipendono strettamente da corretto recapito all'indirizzo del destinatario. Nel caso di specie, la vicinanza fisica della "fonte" della comunicazione e della "destinazione" non può considerarsi sufficiente a derogare allo schema generale di cui all'art. 1218 c.c. ulteriormente rafforzato proprio in ragione della funzione di tutela propria dell'art. 118 T.U.B. nell'interesse del cliente della banca. Per quanto ridotto possa essere il divario temporale o la distanza fisica tra l'invio della comunicazione e la ricezione presso la casella postale bancaria, la progressione giuridico - materiale ancorché logica degli atti necessari all'adempimento consta pur sempre dell'autonoma fase di trasmissione materiale della comunicazione.

L'onere probatorio dell'effettiva trasmissione della comunicazione sub All. 7 ricorrente e della successiva disponibilità della comunicazione in casella, in presenza della contestazione da parte della ricorrente, non può che essere riferito alla resistente, in applicazione del principio della prova dell'inadempimento di un'obbligazione ex art. 1218 cod. civ. (cfr. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533). Nel caso di specie, tuttavia, la ricorrente non ha fornito prova, neppure in via indiziaria, dell'atto materiale di immissione nella casella e, tantomeno, dell'effettiva disponibilità della comunicazione presso la casella postale bancaria. Dunque il fatto non può considerarsi accertato.

In mancanza della prova della consegna e della ricezione della comunicazione effettuata ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 T.U.B. non può che conseguire l'illegittimità dell'introduzione e dell'applicazione, nel caso di specie, della Commissione Disponibilità Fondi e l'applicazione dei conseguenti oneri restitutori da parte della resistente nei confronti della ricorrente.

A non diverse conclusioni dovrebbe pervenirsi anche in relazione alla censura sub 2, che inerisce il merito della Commissione Disponibilità Fondi la cui enucleazione, nella comunicazione dell'11 maggio 2009 prodotta dalla resistente sub all. 7, non appare idonea a definire tutti i presupposti che, viceversa, l'art. 2 bis comma 1 del decreto legge 29



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

novembre 2008 n°185 convertito nella legge n. 2 del 28 gennaio 2009 richiede per la legittima applicazione di una commissione di tale natura. In particolare la formula adottata non chiarisce se la commissione applicata sia o meno onnicomprensiva ed il riferimento alla “*media dell’importo delle aperture di credito in essere durante il trimestre stesso*” non consente inequivocabilmente di comprendere se la percentuale sia applicata agli utilizzi ovvero agli affidamenti concessi. L’espressione utilizzata per individuare l’importo complessivo sul quale insisterebbe l’aliquota pari allo 0,2% appare dunque economicamente e semanticamente ambigua non presentando sufficienti elementi per addivenire ad una certa e inequivoca conclusione in ordine alla base economica di calcolo della commissione applicata. Anche sotto questo profilo di merito, dunque la Commissione Disponibilità Fondi appare censurabile in quanto non idonea a superare il vaglio di ammissibilità previsto dalla legge.

Per tutto quanto sopra rilevato, accogliendo il ricorso, il Collegio accerta l’illegittimità degli addebiti a titolo di Commissione Disponibilità Fondi effettuati dalla resistente ed indicati negli estratti conto al 30/9/2009 (per euro 154,93, all. 2 resistente) ed al 31 dicembre 2009 (per euro 154,93 all. 5 resistente) e dispone pertanto il rimborso di tali somme con applicazione degli interessi legali dalle relative date di addebito.

**IL CASO** P.Q.M.  
**Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l’intermediario restituisca alla ricorrente la somma di euro 309,86, oltre interessi legali dall’addebito alla effettiva liquidazione.**  
**Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l’intermediario corrisponda alla Banca d’Italia la somma di euro 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e al ricorrente la somma di euro 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
ANTONIO GAMBARO