

Marzo 2014

**COMMISSIONE DI ISTRUTTORIA VELOCE E PROVA DELLO
SCONFINAMENTO**

A proposito di ABF Milano, n. 369/2014

1.- L'introduzione – ad opera del d.lg. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. “decreto salva Italia”), convertito, con modificazioni, nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 – dell'art. 117-*bis* TUB ha rappresentato un significativo punto di svolta per la questione relativa alla validità della commissione di massimo scoperto¹.

La norma prevede due tipi di oneri a carico del cliente destinati a subentrare alla commissione di massimo scoperto, in virtù della previsione di talune ipotesi di nullità della stessa da parte dell'art. 2-*bis*, comma 1, del d.l. n. 185/2008, n.185. Tali oneri svolgono, quindi, la funzione di remunerare la banca per gli affidamenti concessi al cliente, nonché per l'attività istruttoria espletata a fronte degli sconfinamenti verificatisi. Si tratta, rispettivamente, della “commissione onnicomprensiva”, dettata dall'art. 117-*bis*, comma 1, TUB con riferimento ai contratti di apertura di credito (in conto corrente), e della “commissione di istruttoria veloce”, prevista dal comma 2 per le ipotesi di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido concesso². La prima commissione, peraltro, trova un precedente nel

¹ Sulla nozione di commissione di massimo scoperto v., in giurisprudenza, Cass., 18 gennaio 2006, n. 870, che l'ha definita «la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma»; per Trib. Monza, 1° settembre 2012, invece, la commissione di massimo scoperto è «un costo legato all'erogazione del credito che ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente»; nello stesso senso Trib. Modena, 5 aprile 2012; in una posizione che combina entrambe le suddette prospettive Trib. Piacenza, 12 aprile 2011; Trib. Ragusa, 19 marzo 2011, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, II, 493; in dottrina cfr. A.A. DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 169 ss.

² Sulle due nuove commissioni introdotte dall'art. 117-*bis* TUB v. P. FERRO-LUZZI – OLIVIERI, *Le (nuove?) commissioni bancarie (prime riflessioni in margine alla delibera CICR n. 644/2012)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 309 ss. nonché la relativa *Postilla*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 35 ss.; A.A. DOLMETTA, *Sul nuovo art. 117-bis TUB:*

corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme di cui all'art. 2-*bis* del d.l. n. 185/2008, poi abrogato³.

Le due commissioni, introdotte dall'art. 117-*bis* TUB, sono previste quali «unici oneri a carico del cliente», con la conseguenza che «le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle» (comma 3).

A partire dal 1° luglio 2012, in attuazione della delibera CICR n. 644 del 30 giugno 2012 – alla quale l'art. 117-*bis*, comma 4, TUB rinviava per l'adozione delle disposizioni applicative – le banche hanno, di fatto, proseguito quel processo di adeguamento dei contratti stipulati con la clientela già iniziato in seguito alla previsione di nullità della commissione di massimo scoperto.

2.- Con particolare riguardo alla commissione di istruttoria veloce (di seguito, CIV), la norma stabilisce che questa debba essere determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto e commisurata ai costi (comma 2), da intendersi come quelli mediamente sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria veloce. La CIV – come anticipato – viene applicata a fronte di addebiti che determinano uno sconfinamento o accrescono l'ammontare di uno sconfinamento già esistente [art. 4, comma 2, lett. c), delibera CICR n. 644/2012].

Nella fattispecie in commento, decisa dall'Arbitro bancario finanziario, il ricorrente contesta l'addebito da parte della banca di una CIV determinata sulla base di alcuni scoperti (dovuti a due RID e un assegno), che la stessa banca avrebbe registrato nel corso di un trimestre.

La prima enunciazione del Collegio attiene all'onere probatorio riguardante lo sconfinamento del saldo (disponibile) che, a detta dello stesso, «rifluisce a carico della Banca».

Un'analogia enunciazione era stata già espressa dal Collegio ABF di Napoli del 16 dicembre 2013, n. 6597, in relazione a una vicenda analoga a quella commentata in questa sede: anche in quel caso, infatti, la ricorrente riteneva che non vi fosse il presupposto dello sconfinamento per la CIV addebitata dalla banca.

clausole di compenso per disponibilità fondi e clausole di rimborso spese, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 1, 2012.

³ Ad opera dell'art. 27, comma 4, d.lg. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27.

In sostanza, il concetto rimanda al principio, consolidato nella giurisprudenza della Suprema corte, della c.d. “vicinanza della prova”, in base al quale l’onere della prova viene «ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l’uno o per l’altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione»⁴.

Il principio rovescia per certi versi la regola dettata dall’art. 2697 c.c., che pone in capo all’attore l’onere di provare i fatti che sono a fondamento della propria azione e al convenuto quelli su cui si fonda l’eccezione di inefficacia, modifica o estinzione del diritto azionato. E, in effetti, se tale regola è di agevole applicazione in ipotesi di azione diretta ad ottenere l’adempimento, essa lo è meno quando si tratti di azione di risoluzione per inadempimento ovvero di risarcimento del danno da inadempimento. In questi ultimi casi, infatti, l’attore dovrebbe provare il fatto negativo dell’inadempimento e sarebbe una prova piuttosto ardua da fornire. Più ragionevole, allora, che sia il convenuto a fornire la prova dell’esatto adempimento, «trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione»⁵.

3.- Il profilo della ripartizione dell’onere probatorio tra banca e cliente coinvolge poi la questione – centrale nella fattispecie in esame – dell’individuazione del saldo rilevante ai fini della corretta applicazione della CIV. L’art. 4, comma 2, lett. d), della citata delibera CICR stabilisce, al riguardo, che la CIV «è applicata solo quando vi è sconfinamento avendo riguardo al saldo disponibile di fine giornata».

Il concetto di sconfinamento, come anticipato, attiene all’utilizzo da parte del cliente della banca di una somma di denaro oltre un certo limite, definito dal fido accordatogli ovvero, in assenza di fido, dall’ammontare di denaro di cui dispone sul proprio conto corrente⁶. In questa seconda ipotesi, più precisamente si dovrebbe parlare di “scoperto di conto”.

Il superamento del limite, però, in quanto fatto che si origina dalla movimentazione di una somma di denaro e che risente del “gioco” dei giorni, potrebbe diversamente configurarsi, a seconda della tipologia di

⁴ Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533; v. anche Cass., 21 luglio 2003, n. 11316; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297; in materia di contratti bancari Cass., 9 giugno 2010, n. 13825.

⁵ Così, ancora, Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

⁶ Sul concetto di sconfinamento riconducibile, più in generale, al tema della tolleranza bancaria v., da ultimo, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 250 ss., ove anche la distinzione delle varie forme di sconfinamento.

saldo (disponibile, contabile o per valuta)⁷ che si determina per effetto delle operazioni di addebito e accredito.

Per quanto riguarda il saldo contabile, quest'ultimo deriva dall'annotazione delle operazioni in conto da parte della banca. Esso, però, può non avere una esatta e immediata corrispondenza nel saldo effettivamente disponibile a favore del cliente. In dettaglio, lo scostamento tra i due saldi dipende dalla tipologia di operazioni accreditate o addebitate. In base al vigente art. 120, comma 01, TUB, i versamenti di assegni bancari e circolari devono essere istruiti dalla banca entro i quattro giorni lavorativi successivi (alla data del versamento). Secondo le norme generali sul contratto, poi, l'accredito degli assegni avviene "con riserva di verifica e salvo buon fine" (art. 4). Diversamente, per gli strumenti di pagamento diversi dagli assegni circolari e bancari, oggi le disposizioni sui tempi di esecuzione e sulla disponibilità dei fondi sono regolate, ai sensi dell'art. 120, comma 3, TUB, con norme *ad hoc* dal decreto sui servizi di pagamento (artt. 19-23 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11).

Tuttavia, se lo sconfinamento – inteso in senso proprio – si verifica in caso di mancanza di una effettiva *disponibilità* di denaro sul conto del correntista, o meglio in caso di impossibilità di disporre di una somma di denaro, a nulla rileva il superamento del limite del fido derivante dalle annotazioni in conto e, quindi, collegato al saldo contabile.

Egual asimmetria rispetto al saldo disponibile si può verificare considerando il saldo per valuta. Come noto, le valute sono i giorni attribuiti dalla banca ai fini della decorrenza degli interessi che maturano a debito o a credito del cliente in relazione alle singole operazioni di addebito o accredito sul conto dello stesso.

Nella prassi bancaria accadeva di frequente che, già al momento dell'emissione di un assegno da parte del correntista, si determinasse uno sconfinamento, in quanto le banche erano solite attribuire alle operazioni di addebito una data valuta anticipata rispetto al momento effettivo di esecuzione delle stesse. La prassi in discorso risulta oggi ridimensionata per effetto delle nuove disposizioni di cui all'art. 120 TUB, modificato in attuazione della Direttiva n. 48/2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori. In base al comma 1 della norma, la data di valuta è, infatti, imposta: essa corrisponde o segue di uno o tre giorni lavorativi – a seconda

⁷ Per un esame delle tre configurazioni di saldo v., per tutti, P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*³, Vol. I, Torino, 2012, 233 ss.

del tipo di assegno e (del luogo) della banca che emette o su cui è tratto l'assegno – la data di versamento dell'assegno⁸.

In ogni caso, è innegabile che anche tra saldo per valuta e saldo disponibile si realizzi la suddetta asimmetria, almeno per i giorni intercorrenti tra la data di versamento dell'assegno (non per forza coincidente con quella di valuta) e la data in cui la somma indicata sull'assegno viene accreditata e resa, quindi, disponibile. Il superamento del limite del fido o lo scoperto di conto potrebbero dunque risultare anche dall'andamento del saldo per valuta.

Tuttavia, l'art. 4, comma 2, delibera CICR n. 644/2012 è chiaro nel precisare che «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)»⁹. E correttamente il Collegio spiega, nella decisione in commento, che i saldi per valuta «dipendono dall'applicazione di criteri cronologici interni alla banca, i quali non esprimono – in sé considerati – l'effettivo addebito o accredito delle somme». Del resto, l'attribuzione – sia pur adesso prevista dalla legge – delle date valuta si comprende alla luce della logica remunerativa dell'attività d'incasso degli assegni svolta dalla banca e prescinde, dunque, dal momento in cui si realizza l'effettiva disponibilità delle relative somme.

Del resto, l'asimmetria tra saldo per valuta e saldo disponibile e la rilevanza solo della seconda tipologia sono rimarcate anche dalla Suprema Corte, seppur nell'ambito della diversa questione relativa al carattere solutorio o ripristinatorio delle rimesse in conto corrente effettuate dall'imprenditore poi dichiarato fallito, ai fini della loro revocabilità. Più in particolare, anche in questa diversa fattispecie si ammette che «la contabilizzazione in conto» delle rimesse deve avvenire sulla base del saldo disponibile, cioè alla data in cui il cliente acquista la effettiva disponibilità della somma¹⁰.

⁸ Per una disamina dell'art. 120, commi 01 e 1, TUB v. MUCCIARONE, *Date valuta, di disponibilità e di stornabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 314 ss.

⁹ Al riguardo, v. già l'audizione del 21 aprile 2010, presso la Commissione Finanze e Tesoro del Senato, del Presidente dell'AGCOM, il quale giudicava «opportuno affermare la regola secondo cui gli sconfinamenti che possono dare luogo a remunerazione sono solo quelli che originano da una differenza negativa in termini di competenza e non anche di mera valuta. In questi casi, infatti, lo sconfinamento è solo teorico».

¹⁰ Così Cass., 28 febbraio 2007, n. 4762; già prima Cass., 22 marzo 1994, n. 2744; Cass., 15 novembre 1994, n. 9591; da ultime, Cass., 4 maggio 2012, n. 6789; Cass., 15 luglio 2010, n. 16608; Cass., 30 maggio 2008, n. 14552; *contra*, però, Cass., 29 maggio 1990, n. 5023, secondo cui «i saldi per valuta non servono soltanto per accertare la quantità degli interessi bancari dovuti dal correntista e riscossi dalla banca, ma segnano anche il momento della fine dell'operazione e della concreta, effettiva estinzione dello scoperto di conto. Anche per quanto [riguarda] l'emissione di assegni bancari tratti dal cliente sulla banca di cui è

Seguendo il tracciato della disposizione della delibera CICR più volte richiamata, che sancisce l'irrelevanza dello sconfinamento prodottosi sul saldo per valuta, il Collegio, nel presupposto che non risultino provati sconfinamenti del saldo disponibile, dispone, quindi, la restituzione a favore del cliente delle CIV illegittimamente applicate dalla Banca.

MANUELA NATALE

correntista, la data da tenere presente, ai fini che qui interessano, è quella della valuta (corrispondente a quella della sua emissione) e non la data in cui il titolo viene presentato alla banca per l'incasso, perché la somma portata dal titolo e corrispondente alla provvista è stata utilizzata fin dal momento in cui l'assegno - che è un mezzo di pagamento e non una semplice promessa di pagare - è stato emesso e posto in circolazione».