

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|--|---|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente |
| - Prof.ssa Antonella Maria Sciarrone Alibrandi | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia
(Estensore) |
| - Dott. Mario Blandini | Membro designato dal Conciliatore
Bancario Finanziario |
| - Prof. Alberto Monti | Membro designato da Confindustria, di
concerto con Confcommercio,
Confagricoltura e Confartigianato |

nella seduta del 7 ottobre 2010 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 società ricorrente, tramite il proprio legale, ha contestato alla banca – con lettera del 29.3.2010 - l'illegittimità della modifica delle condizioni di contratto relative al proprio c/c (eseguite dall'intermediario unilateralmente e senza preavviso nel corso del 2009) e dell'introduzione *ex novo* di una commissione trimestrale di disponibilità fondi.

Con la successiva lettera del 9.4.2010 la cliente ha esteso la contestazione ad ulteriori addebiti con causale "*competenze di chiusura*".

La banca ha risposto ai reclami in data 30.4.2010, respingendoli.

Con il ricorso la cliente, tramite il proprio difensore, ha esposto in fatto quanto segue:

- in data 30 aprile 2008 ha stipulato con l'intermediario (per atto pubblico) un contratto di apertura di credito (fido) con garanzia ipotecaria sul proprio conto corrente (n. 1000/20046), fino alla concorrenza massima di € 1.000.000,00;
- l'art. 4 di tale contratto prevedeva che gli interessi passivi – da liquidarsi con periodicità trimestrale – fossero regolati ad un tasso annuo pari alla somma di una quota fissa dell'1,50% e di una quota variabile pari all'euribor a tre mesi; al punto 8 di detto articolo si precisava che sull'eventuale utilizzo oltre il fido sarebbero maturati interessi al 14,50% nominale annuo; ai sensi del punto 13 del medesimo articolo era esclusa l'applicazione della commissione di massimo scoperto;
- a decorrere dal terzo trimestre del 2009 la banca ha applicato – unilateralmente e senza preavviso alla cliente (che se ne avvedeva solo con il ricevimento del relativo estratto conto) – una commissione di disponibilità fondi al tasso dello 0,4% sull'accordato, addebitando in conto la somma di € 4.000,00;



- con la ricezione dell'estratto conto relativo al quarto trimestre 2009, poi, la cliente si è accorta che la banca aveva applicato – a fronte dell'utilizzo del credito oltre il fido – il tasso del 12% sull'intero importo del saldo debitore e non sull'importo utilizzato oltre l'ammontare del fido (come previsto in contratto) senza alcuna preventiva informativa alla cliente, con addebito per tale titolo della somma di € 18.557,53; sempre nell'estratto conto relativo al quarto trimestre del 2009 è stata nuovamente addebitata la commissione di disponibilità fondi per € 4.000,00;

- a seguito della richiesta di chiarimenti rivolta alla banca, la ricorrente ha ricevuto a mezzo fax, in data 21 gennaio 2010, la comunicazione scritta (datata 11.5.2009) relativa alla modifica unilaterale delle condizioni di contratto (concernente sia l'introduzione della CDF sia l'estensione all'intero saldo debitore del tasso di penalizzazione per il superamento dell'importo affidato), recante come "giustificato motivo" delle variazioni *"l'entrata in vigore della legge n. 2 del 28 gennaio 2009 e gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica"*;

- in data 29 marzo 2010 la società ha presentato reclamo, tramite il proprio legale, a mezzo lettera raccomandata a/r "rilevando l'inefficacia ai sensi dell'art. 118 comma 2 del TUB della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, nonché l'illegittimità dell'introduzione della commissione trimestrale di disponibilità fondi, in quanto elemento nuovo e non contemplato nel contratto di apertura di credito" e chiedendo il riaccredito sul proprio c/c dell'importo di € 26.557,53 illegittimamente trattenuto dall'intermediario, diffidandolo dall'addebitare, per il primo trimestre 2010 altre somme derivanti dall'applicazione delle nuove condizioni; la banca, senza riscontrare il reclamo proposto, ha addebitato alla ricorrente, in data 31 marzo 2010, € 22.682,65 con causale "competenze di chiusura", imputabili – verosimilmente – agli interessi passivi maturati e alla CDF; a ciò ha fatto seguito un ulteriore reclamo, non riscontrato dall'intermediario.

Ciò premesso in fatto, la ricorrente ha sostenuto in diritto quanto segue:

1. *"Sull'inefficacia della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali sfavorevoli per il cliente per inosservanza delle disposizione dell'art. 118 TUB"*.

La ricorrente ha affermato sul punto l'inefficacia della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali praticata ai sensi dell'art. 118 TUB, precisando che solo in data 21 gennaio 2010 ha ricevuto dall'intermediario la relativa comunicazione; poiché la norma in parola prevede un preavviso minimo di trenta giorni per la decorrenza delle nuove condizioni, tutte le variazioni applicate in epoca antecedente al 21 febbraio 2010 *"sono in ogni caso nulle e inefficaci per inosservanza dell'obbligo di comunicazione"*. Trattandosi di una comunicazione recettizia *"grava sulla banca l'onere della prova circa la sua ricezione da parte del cliente, ai fini dell'efficacia delle variazioni unilateralmente applicate"* Cfr. sul punto la sentenza del 25.7.2007 del Tribunale di Nuoro, riportata dalla ricorrente. Nella pronuncia si legge che *"... il difetto di forma scritta non può essere superato dalla mancata contestazione degli estratti conto, considerando che l'approvazione anche tacita degli estratti conto rende incontestabili le risultanze contabili ma non la validità e l'efficacia giuridica delle operazioni cui tali risultanze contabili si riferiscono"* (in Banca, borsa e tit. cred. 2008, 6, 707)".

La ricorrente ha osservato inoltre che la disposizione ex art. 118 TUB è connessa a quella dell'art. 117, comma 5 TUB, secondo la quale lo *ius variandi* deve essere espressamente previsto in contratto con clausola approvata specificamente per iscritto, precisando che secondo un consolidato orientamento dottrinario la lettura dell'atto, da parte del notaio rogante, non esclude l'applicazione della normativa civilistica in tema di clausole vessatorie.

2. *Sulla nullità delle clausole introdotte ex novo rispetto al contratto in essere.*

A prescindere dall'inosservanza dell'art. 118 TUB, comunque, la ricorrente rileva l'illegittimità dell'applicazione, da parte della banca, della commissione di disponibilità



fondi, non essendo tale addebito configurabile quale variazione unilaterale delle condizioni contrattuali (cfr. sul punto la nota di chiarimento n. 5574/2007 del Ministero dello Sviluppo Economico ove si precisa che le modifiche di cui all'art. 118 TUB non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*).

La società ricorrente ha aggiunto che deve considerarsi clausola "nuova" anche la modifica apportata alla base di calcolo degli interessi extra fido, considerato che *"la variazione è di tale ampiezza da comportare la sostanziale introduzione di condizioni contrattuali non previste dalle parti in occasione della conclusione del contratto"*.

3. *Sulla mancanza di giustificato motivo per l'esercizio dello ius variandi.*

Il Ministero dello Sviluppo Economico, con la circolare del 21 febbraio 2007, ha individuato il giustificato motivo in *"eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario"*, sopravvenuti alla conclusione del contratto, sia con riferimento a mutate condizioni soggettive del cliente o della banca, sia con riferimento a situazioni oggettive, quali la variazione dei tassi di politica monetaria stabiliti dalle banche centrali, o anche tassi di interesse di primaria importanza per il mercato e altre condizioni di mercato. Tale motivo, sempre ai sensi della citata circolare, deve essere indicato al cliente nella comunicazione di variazione delle clausole *"in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base"*. Nel caso in esame le motivazioni addotte riguardano, genericamente, l'entrata in vigore del D.L. 185/2008, conv. in L. 2/2009 e gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria, mentre nessuna indagine è stata condotta sull'affidabilità della società ricorrente *"che gode di ottime garanzie economiche e di affidabilità e merito di credito"*.

La ricorrente ha chiesto dunque all'Arbitro Bancario Finanziario quanto segue:

- *"accertare l'illegittimità e la conseguente inefficacia dell'introduzione unilaterale, da parte della banca (...), delle clausole nuove"* rispetto al contratto originario stipulato tra le parti, per i motivi indicati in narrativa, con particolare riferimento alla modifica della base di calcolo degli interessi passivi extra fido e all'introduzione della commissione di disponibilità fondi;

- disporre la restituzione, a carico della banca ed in favore della ricorrente, di € 49.240,18, nonché degli ulteriori addebiti illegittimamente trattenuti, oltre a interessi dalla data dell'addebito sino alla restituzione. *"Con vittoria di spese, diritti e onorari"*.

La ricorrente ha allegato al ricorso, in copia, il contratto di apertura di credito, con le condizioni relative al c/c, gli estratti conto relativi al 2009, la corrispondenza intercorsa tra le parti.

L'intermediario ha replicato alla contestazione mossa dalla ricorrente segnalando quanto segue:

- la società ha sottoscritto in data 30.4.2008, per atto pubblico, un contratto di apertura di credito in conto corrente con garanzia ipotecaria fino alla concorrenza massima di € 1.000.000,00; l'art. 12 del contratto riserva alla banca – con espressa approvazione della controparte - la facoltà di modificare le condizioni economiche del finanziamento, nel rispetto delle previsioni dell'art. 118 TUB;

- con lettera dell'11 maggio 2009 la banca ha indirizzato alla società ricorrente, al domicilio eletto in contratto e ribadito anche in sede di ricorso all'ABF, una *"Proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche del contratto"* (doc. 2), con decorrenza 1.7.2009 e con espressa indicazione della *"Commissione trimestrale di Disponibilità Fondi"* (*alias* "CDF"), calcolata trimestralmente in ragione dello 0,4% dell'importo medio delle aperture di credito in essere nel trimestre considerato, e del *"Tasso debitore in caso di Utilizzo Oltre Fido"* ("TUOF") applicato sull'intero importo del saldo debitore, e indicato in quella sede nella misura del 12,5%, poi ridotta al 12%;



- in occasione delle chiusure contabili del 30.9.2009, 31.12.2009 e 31.3.2010, la banca ha addebitato alla società l'importo di 4.000,00 € a titolo di CDF (*docc. 3, 4 e 5*); la ricorrenza di utilizzi oltre l'accordato ha comportato altresì l'addebito alle chiusure del 31.12.2009 e 31.3.2010 di interessi al TUOF come sopra definito per complessivi € 34.729,08 (*docc. 4 e 5 cit.*);
- la ricorrente non ha contestato formalmente l'estratto conto al 30.9.2009, che già prevedeva l'applicazione della CDF; solo a seguito della ricezione dell'estratto conto al 31.12.2009, con lettera del proprio legale (datata 29.3.2010 - *doc. 6*), la società – affermando di non aver ricevuto la proposta di modifica unilaterale delle condizioni – ha contestato i conseguenti addebiti; in data 9.4.2010 (*doc. 7*) sono pervenute alla banca analoghe contestazioni per il primo trimestre del 2010;
- la banca ha riscontrato le comunicazioni entro i termini previsti – contrariamente a quanto affermato in ricorso - con lettera (*doc. 8*) indirizzata in data 30.4.2010 alla società (non essendo stato prima d'allora formalizzato il mandato rilasciato all'avvocato), respingendo le richieste formulate.

Ciò premesso in fatto, la banca ha segnalato che il comma 3 dell'art. 2 bis del D.L. 185/2009, convertito nella L. 2/2009, nel contesto della complessiva ridefinizione della materia ha introdotto una disciplina transitoria in applicazione della quale *“i contratti in corso alla data di entrata in vigore della Legge di conversione del presente decreto – quali quello in capo alla ricorrente – sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro 150 giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art. 118, co. 1 del T.U.B. di cui al d.lg. 1/9/1993 n. 385, e successive modificazioni”*.

“In piena aderenza al citato dettato normativo”, in data 11.5.2009 la banca ha indirizzato alla clientela interessata una *“Proposta di modifica unilaterale delle condizioni economiche del contratto”* che - ai sensi e per gli effetti del citato art. 118 T.U.B. – hanno anticipato l'introduzione di condizioni che risultano del tutto rispondenti ai requisiti di cui al D.L. 185/2008, *“con particolare riferimento alla CDF che si evidenzia come commissione onnicomprensiva - in quanto costituisce l'unica commissione applicata al fido - nonché proporzionale all'importo dello stesso – al quale è direttamente commisurata – ed alla durata, in quanto applicata trimestralmente”*.

Quanto alla contestazione della ricorrente in ordine all'illegittimità dell'introduzione – con modifica unilaterale - di condizioni e commissioni precedentemente non previste, la banca ha segnalato come *“la ratio dell'intervento normativo in commento debba essere individuata nell'esigenza di favorire meccanismi di remunerazione più trasparenti rispetto alle metodiche precedenti, confermando peraltro, in definitiva, il fondamento economico (a riequilibrare i costi per approvvigionarsi del danaro da concedere in prestito alla clientela affidata) degli oneri commissionali applicati dalle banche per l'erogazione del credito. Conseguentemente il legislatore, nel rimodulare le commissioni in questione, ha evidentemente ritenuto – egli stesso, per primo - che tale intervento autoritativo fosse idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale, sì da espressamente qualificare il conseguente obbligo di adeguamento alla nuova normativa da parte delle Banche quale “giustificato motivo” ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 co. 1 T.U.B. (...)*

Non può d'altronde non rilevarsi come lo ius variandi (la facoltà cioè di modificare unilateralmente alcune condizioni contrattuali) comporti necessariamente e per sua natura che debba prevedersi l'inserzione di previsioni prima non esistenti, in assenza delle quali esso si ridurrebbe alla mera possibilità di abrogare precedenti previsioni contrattuali; in tale contesto non pare possibile operare un “distinguo” fra modifiche introducibili e no, incontrandosi al contrario come unico limite quello del “giustificato motivo”, nella specie espressamente dichiarato e acclarato dallo stesso legislatore.



Diversamente ragionando, la Banca si sarebbe altrimenti trovata nella condizione di poter applicare un nuovo e diverso regime commissionale solo ai rapporti di nuova apertura e non anche a quelli già in essere, con il conseguente effetto (al di là dell'evidente, ulteriore compressione della propria autonomia contrattuale) di non poter attuare un uniforme regime commissionale per la propria clientela, con evidenti difficoltà gestionali, tecniche ed operative" (al proposito la banca ha richiamato la decisione n. 172/10 del Collegio di Milano).

Con riferimento all'affermazione della ricorrente di non aver ricevuto la comunicazione dell'11.5.2009, indirizzata dalla banca al domicilio eletto in contratto, al quale la cliente riceve tutte le comunicazioni contrattuali - fra le quali gli estratti conto che poi avrebbe contestato dimostrandone con ciò l'avvenuta ricezione - la banca ha affermato di aver affidato il recapito della comunicazione alla società Poste Italiane, "operatore di certa e notoria affidabilità nell'esercizio di tali incarichi", che nel corso del 2009 ha fatto registrare "percentuali di reso di corrispondenza affidatagli dalla banca nell'ordine del 5% ca., anche alla luce delle quali non può che ritenersi quanto meno opinabile che proprio la comunicazione in questione - fra le numerose indirizzate alla ricorrente, allo stesso domicilio, nel corso dello svolgimento del rapporto - non le fosse pervenuta".

La ricorrente, peraltro, non ha ritenuto di recedere dal contratto neanche a seguito della comunicazione del 21 gennaio 2010, né possono considerarsi espressione di una siffatta volontà le successive comunicazioni a firma del difensore, la prima delle quali risulta datata 29 marzo 2010 (e quindi comunque tardiva, in quanto successiva di 67 giorni), ove tra l'altro è stata chiesta la semplice disapplicazione delle condizioni in questione.

La banca ha segnalato inoltre che nella stessa data era stata indirizzata alla ricorrente un'identica proposta di modifica unilaterale (doc. 9), con riferimento ad un'apertura di credito ordinaria concessa fino alla concorrenza di € 100.000,00 a valere su altro conto corrente in relazione alla quale non è stata avanzata alcuna contestazione. "Dagli stessi comportamenti tenuti dalla società e fin qui descritti non può quindi che farsi legittimamente derivare la presunzione che essa avesse preso tempestivamente atto senza opposizione delle modifiche come sopra introdotte nelle condizioni applicate ai contratti intrattenuti con la banca, verificandone l'applicazione già con gli estratti conto del 30.9.2009 dai quali poteva riscontrare - ancora senza opposizione alcuna - l'avvenuta applicazione della CDF (...)".

La banca ha osservato in subordine che la quantificazione della richiesta restitutoria è "intrinsecamente erronea ed infondata" perché comprensiva della totalità delle somme addebitate a titolo di interessi e commissioni a far tempo dal 30.9.2009; nell'ipotesi di condivisione - da parte del Collegio - delle "eccezioni" formulate dalla ricorrente, al rapporto tornerebbero ad applicarsi le condizioni preesistenti.

L'intermediario ha chiesto dunque il rigetto del ricorso ed in subordine il ricalcolo, come indicato, delle condizioni economiche del rapporto; ha allega alle controdeduzioni copia della documentazione contrattuale e della corrispondenza intercorsa tra le parti.

DIRITTO

Per la decisione della controversia sottoposta a questo Collegio assume rilievo preliminare la questione della legittimità dell'esercizio da parte della banca dello *ius variandi*.

Come è noto, la banca può riservarsi la facoltà di modificare unilateralmente - anche in senso sfavorevole alla controparte - tassi, prezzi e altre condizioni per mezzo di clausole sottoposte a specifica approvazione da parte del cliente ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 385/1993.

Ora, dalla documentazione in atti risulta che, secondo quanto espressamente previsto all'art. 12.3 del contratto in questione, "Il beneficiario, come sopra rappresentato, approva



espressamente, ai sensi dell'art. 117 del TUB, la facoltà della Banca di variare le clausole economiche e contrattuali che regolano il rapporto”.

Se si considera l'insegnamento della Suprema Corte in tema di contratti stipulati per atto pubblico (qual è quello all'origine della presente vertenza), si deve concludere per la piena efficacia della clausola *de qua* (cfr. Cass. civ. Sez. I, 21-09-2004, n. 18917, secondo la quale “Le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico o in forma pubblica amministrativa ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come predisposte dal contraente medesimo, ai sensi dell'articolo 1341 del c.c., e, pertanto, pur se vessatorie non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale rivestita per l'accordo esclude la necessità di una approvazione siffatta.”; conf. Cass. civ. Sez. III, 21-01-2000, n. 675; Cass. civ. Sez. I, 23-04-1998, n. 4188).

Ciò chiarito, deve ricordarsi che, secondo un orientamento ormai consolidato, lo *ius variandi* riconosciuto agli intermediari – seppure la relativa comunicazione debba riportare la dicitura “proposta di modifica unilaterale del contratto” (ai sensi dell'art. 118, comma 2, del D.Lgs. n. 385/1993) – è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo, che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell'altra parte, indipendentemente dall'accettazione o del rifiuto di quest'ultima. Gli effetti sono risolutivamente condizionati all'esercizio del recesso, potere riconosciuto in capo al cliente che subisca la modifica, in senso a sé sfavorevole, delle condizioni contrattuali.

Va, peraltro, altresì ricordato che il nuovo testo dell'art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993 – risolvendo pregresse questioni di coordinamento tra la disciplina dei contratti bancari e il Codice del consumo – richiede espressamente l'indicazione di un “giustificato motivo” a supporto della proposta di modifica.

Una volta che lo *ius variandi* sia stato legittimamente esercitato dall'intermediario, la legge riconosce al cliente un'alternativa, e cioè è quella di accettare le nuove condizioni (se ritenute congrue) o di recedere dal contratto (se le nuove condizioni non sono valutate in senso positivo).

Suddetto meccanismo, tuttavia, presuppone necessariamente che la proposta di modifica unilaterale del contratto sia effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione recettizia i cui effetti dipendono strettamente dal concreto recapito all'indirizzo del destinatario (art. 1335 cod. civ.).

Ora, sulla base di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale l'onere della prova circa l'invio della comunicazione in discorso graverebbe sulla Banca e, nel caso che ne occupa, risulta pacificamente che quest'ultima non ha affatto provato la ricezione dell'originaria comunicazione di variazione da parte della cliente.

La Banca non ha, dunque, fornito prova né dell'invio del citato documento al ricorrente – avendo sì precisato, ma non dimostrato, le modalità con le quali la comunicazione sarebbe stata effettuata – né dell'effettiva ricezione del medesimo.

Dalla documentazione in atti non è possibile quindi accertare la data (anteriore al 21 gennaio 2010) in cui il cliente ha ricevuto tale comunicazione, anche ai fini del puntuale rispetto dei termini di preavviso previsti dall'art. 118 del TUB (30 giorni prima della decorrenza delle condizioni).

Ne deriva che la Banca non ha assolto all'onere di provare l'effettiva comunicazione al cliente della variazione delle condizioni contrattuali, ragion per cui non si può che concludere che, tra le parti, continuano a produrre i loro effetti le condizioni contrattuali originariamente pattuite quantomeno per il periodo anteriore al 20 febbraio 2010, posto che in data 21 gennaio 2010, la ricorrente ha pacificamente ammesso di aver ricevuto comunicazione scritta (datata 11.5.2009) relativa alla modifica unilaterale delle condizioni di contratto (concernente sia l'introduzione della CDF sia l'estensione all'intero saldo



debitore del tasso di penalizzazione per il superamento dell'importo affidato), recante come "giustificato motivo" delle variazioni "*l'entrata in vigore della legge n. 2 del 28 gennaio 2009 e gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica*".

Come è noto, la norma cui l'intermediario fa riferimento (Art. 2-bis D.L. 185/2008 e Legge di conversione n.2/2009) prevede espressamente che:

"Sono nulle le 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.

Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento.

I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni".

Va, infine, rilevato che, allo scopo di accelerare e rendere effettivi i benefici derivanti dal divieto della commissione di massimo scoperto, all'articolo 2-bis, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, articolo 1, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, alla fine del comma 1 è stato aggiunto il seguente periodo: «L'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo».

Come questo Collegio ha già avuto occasione di affermare (Decisione n. 172/10, Decisione n. 393/10, Decisione 849/10 e Decisione n. 1016/10) deve in linea di massima ritenersi legittimo il ricorso alle modalità previste dall'art. 118 TUB in tema di *ius variandi* per adattare il contratto in essere tra le parti alla modifica legislativa in questione, posto che ciò è espressamente previsto dal 3° comma della norma ora illustrata.

La questione, tuttavia, non è però da ritenersi definitivamente risolta, posto che, essendo la legge entrata in vigore il 29.1.2009, il predetto termine di adeguamento è scaduto il 28.6.2009 e l'intermediario, non ha dimostrato di aver comunicato tempestivamente tale modifica nel termine imposto dalla legge (come già detto, infatti, dalla documentazione in atti la comunicazione della variazione risulta inviata solo in data 21 gennaio 2010).

Da ciò deriva che la facoltà riconosciuta dalla legge all'intermediario non risulta essere stata esercitata nei tempi legislativamente previsti.

Pur non essendo stata esercitata la facoltà di modifica riconosciuta dalla legge all'intermediario nei tempi legislativamente previsti, deve comunque concludersi che a far data dal 30° giorno successivo al 21 gennaio 2010 – data in cui è documentata la comunicazione delle variazioni contrattuali alla ricorrente – potrebbero teoricamente doversi applicare le nuove condizioni contrattuali volute dall'intermediario resistente.



Ciò chiarito, si pone, però, una duplice questione; la prima riguarda la verifica della legittimità del ricorso allo *ius variandi* di cui all'art. 118 TUB sia sotto il profilo della sussistenza di un giustificato motivo a sostegno della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali sia sotto il profilo della natura della modifica apportata; la seconda problematica, che risulta subordinata ad un positivo accertamento della legittimità in merito ai profili rilevati nella prima questione, riguarda la validità delle clausole così come modificate unilateralmente dall'intermediario.

Nella comunicazione ex art. 118 TUB dell'11 maggio 2009, attualmente agli atti, le nuove condizioni economiche sono così definite:

1. "Commissione trimestrale di disponibilità fondi: L'importo dovuto a titolo di commissione trimestrale di disponibilità fondi è calcolato al termine di ogni trimestre solare, applicando la percentuale più avanti indicata alla media dell'importo delle aperture di credito in essere durante il trimestre stesso";
2. "Tasso debitore in caso di utilizzo oltre il fido: Se sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito si determina un saldo debitore superiore all'importo dell'apertura di credito stessa, è applicato il TUOF sull'intero importo del saldo debitore, e non soltanto sull'importo utilizzato oltre l'ammontare dell'apertura di credito."

Nel caso di specie, oltre alla modifica di una precedente condizione, vi è chiaramente l'introduzione di una nuova clausola negoziale.

La prima condizione ora illustrata (Commissione trimestrale di disponibilità fondi), infatti, appare decisamente essere una condizione "nuova" rispetto all'originario regolamento contrattuale, e, come tale, estranea al meccanismo previsto e disciplinato dall'art. 118 TUB.

Com'è noto, infatti, secondo quanto precisato dal Ministero dello sviluppo economico, le "modifiche" disciplinate dall'articolo 118 del T.U.B., riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di nuove clausole (Cfr. la nota del 21 febbraio 2007 del Ministero dello sviluppo economico). L'ambito di operatività dell'art. 118 TUB è stato invero definito dal Ministero dello Sviluppo Economico con Circolare n. 5574 del 21.2.2007, ora richiamata nel paragrafo 2 della Sez. IV ("Variazioni contrattuali") delle nuove Disposizioni in materia di trasparenza emanate dalla Banca d'Italia il 29.7.2009 ("Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" della Banca D'Italia del 29.7.2009 - Sez. IV "Comunicazioni alla clientela" par. 2 "variazioni contrattuali"). Nella Circolare ora richiamata "si chiarisce innanzitutto che le modifiche disciplinate dal nuovo articolo 118 TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazione previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*".

Ne deriva che la clausola in questione non può trovare applicazione tra le parti.

Diversa conclusione deve trarsi con riferimento alla seconda clausola sopra evidenziata, la quale comporta una variazione del tasso di interesse applicato agli utilizzi oltre il fido. Questa condizione, seppure in termini peggiorativi per il cliente, appare unicamente modificativa rispetto a quella originariamente pattuita e, dunque, è in relazione solamente a quest'ultima che deve vagliarsi la sussistenza del giustificato motivo richiesto dalla normativa in materia per poter appurare la legittimità della modifica introdotta dall'intermediario.

Ora, pare doversi concludere che, da un lato, il rinvio a "l'entrata in vigore della legge n. 2 del 28 gennaio 2009" non possa, per le ragioni già esposte, assumere alcuna reale valenza nel caso di specie e che, dall'altro lato, il richiamo a "gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica" come giustificato motivo dell'esercizio dello *ius variandi* da parte dell'intermediario è indicazione estremamente sintetica e generica e, dunque, tale da non



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

consentire al cliente, neppure con un certo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base.

Le doglianze della ricorrente sono, dunque, pienamente fondate.

Venendo ora all'ultima richiesta formulata dalla ricorrente – ovvero quella relativa alle spese legali – è sufficiente osservare che non è stato fornito alcun riscontro probatorio al proposito. Ciò induce il Collegio a non accogliere la relativa istanza.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario applichi al rapporto le condizioni precedenti al 1° luglio 2009, restituendo quanto indebitamente percepito.

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

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO