



IL COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

- Prof. Avv. Enrico Quadri..... Presidente
- Dott. Comm. Leopoldo Varriale.....Membro designato dalla Banca d'Italia
- Prof. Avv. Ferruccio Auletta.....Membro designato dalla Banca d'Italia
- Prof.ssa Lucia Picardi.....Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario
- Prof. Avv. Giuseppe Guizzi..... Membro designato da Confindustria di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (estensore)

IL CASO.it

nella seduta dell'1.02.2011 dopo aver esaminato

- i ricorsi e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni degli intermediari e la relativa documentazione;
- le relazioni istruttorie della Segreteria tecnica

FATTO

La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio investe la legittimità dell'addebito, sul conto del cliente, di una nuova commissione – denominata nel caso specifico "*commissione trimestrale per il servizio di messa a disposizione somme (SDS)*" – in esercizio del *ius variandi* di cui all'art. 118 Testo Unico Bancario (nel prosieguo semplicemente TUB). Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

Con nota datata 4 marzo 2010, con riferimento agli estratti conto al 30 settembre 2009 e al 31 dicembre 2009 il cliente si è lamentato con l'intermediario per l'"*addebito delle commissioni di messa a disposizione fondi né concordate né sottoscritte*". Dopo aver sottolineato di aver già inutilmente formulato analoghe doglianze per le vie informali, il cliente ha richiesto la chiusura del rapporto di conto corrente e lo storno di tali commissioni.

A tale prima comunicazione, in data 29 maggio 2010, ha fatto seguito un secondo reclamo, avanzato questa volta per il tramite di un avvocato, con il quale il cliente ha sottolineato di nuovo che "*nessun accordo sul punto era stato mai pattuito*" ed ha invitato pertanto la banca alla "*restituzione di tutte le somme indebitamente percepite.... a titolo di commissioni di messa a disposizione fondi*".

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Ai due reclami l'intermediario ha risposto con nota del 29 giugno 2010, con la quale ha esposto che la proposta di modifica del sistema commissionale era stata regolarmente notificata con lettera del 24 maggio 2009. In particolare, ha precisato l'intermediario, che con detta nota era stata comunicata la soppressione delle "spese di istruttoria affidamenti" e delle "commissioni di massimo scoperto" e la contestuale introduzione della "commissione per la messa a disposizione di somme" su tutte le forme di apertura di credito in essere sul rapporto; aggiungeva quindi l'intermediario che l'aliquota della commissione, inizialmente fissata all'1%, era stata ridotta allo 0,5% a partire dall'11 agosto 2009 e che l'importo dovuto a titolo di "SDS" viene calcolato al termine di ogni trimestre solare applicando la richiamata percentuale alla "media dell'importo delle aperture di credito in essere, ad ogni titolo, nel trimestre stesso". Sulla base di tali argomentazioni l'intermediario concludeva dichiarando la legittimità e la correttezza della propria condotta. Insoddisfatto per l'esito del reclamo, il cliente si è rivolto all'Arbitro Bancario Finanziario. Con il ricorso il cliente ha chiesto la "declaratoria di illegittimità dell'applicazione della commissione di messa a disposizione fondi ... e la conseguente restituzione delle somme

arbitrariamente addebitate" a tale titolo, fondando tale domanda sulla circostanza che la commissione *de qua* è stata introdotta in assenza di un accordo tra le parti.

L'intermediario ha replicato al ricorso con controdeduzioni nelle quali ha riproposte, sviluppandole, le argomentazioni già svolte nella risposta al reclamo. Dopo avere brevemente ricostruito la genesi del rapporto con il cliente e le forme di affidamento in essere (il cliente risultava titolare sia di un "fido in conto corrente a revoca per l'importo di € 350.000,00", sia di un "fido promiscuo scoperto effetti, SBF e R.BA di € 150.000,00"), l'intermediario ha ribadito di aver inviato il 24 maggio 2009, "nell'ambito della propria autonomia organizzativa e gestionale", una proposta di modifica unilaterale del contratto di affidamento, la quale prevedeva, a far data dal 1° luglio 2009, l'introduzione ... della commissione per la messa a disposizione di somme ... in sostituzione della precedente forma di remunerazione qualificata quale "commissione di massimo scoperto" e la contestuale eliminazione delle "spese gestione affidamenti", della "maggiorazione spese per saldi debitori" e della "penale di sconfinamento su c/c affidati". Ha inoltre specificato che l'ammontare della commissione, inizialmente previsto nella misura dell'1%, era stato in un secondo momento ridotto allo 0,5% "del complessivo ammontare dei fidi concessi". Ha quindi evidenziato che la proposta *de qua* non era stata oggetto di contestazione da parte della cliente tramite il previsto esercizio del diritto di recesso e che solo il 4 marzo 2010 quest'ultima aveva contestato l'introduzione delle modifiche contrattuali, richiedendo la chiusura del conto corrente - poi estinto il successivo 21 aprile 2010 - e il contestuale storno delle commissioni addebitate. Ha infine richiamato il contenuto dell'ulteriore nota della cliente del 29 maggio 2010 e del relativo riscontro.

In punto di diritto, l'intermediario ha quindi osservato, con riferimento alla doglianza della controparte relativa alla mancata "condivisione" delle modifiche contrattuali al centro della vicenda, di aver ottemperato a quanto previsto dall'art. 118 TUB attraverso l'inoltro - che non richiederebbe la forma della raccomandata - della comunicazione del 24 maggio 2009 all'indirizzo dichiarato dalla cliente anche in sede di ricorso. Nel merito ha altresì dichiarato che proprio "la tardività" del reclamo concorre a far ritenere, "con ragionevole certezza che [la controparte] fosse ben consapevole dell'intervenuta variazione e di fatto l'avesse tacitamente approvata". Ciò anche in considerazione della circostanza che la stessa non aveva mosso alcuna contestazione neppure in occasione della ricezione dell'estratto conto relativo al 3° trimestre 2009, dal quale era possibile evincere l'ulteriore addebito della commissione *de qua*. In argomento, ha infine sottolineato la legittimità della modifica del regime commissionale operata attraverso la richiamata proposta, costituendo l'obbligo di

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

adeguamento dei contratti in essere alle previsioni di cui all'art. 2 della Legge 28 gennaio 2009, n. 2, "giustificato motivo" agli effetti dell'art. 118 TUB.

L'intermediario ha così concluso chiedendo il rigetto del ricorso e il riconoscimento della legittimità della "commissione per la messa a disposizione somme".

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il ricorso del cliente sia meritevole di accoglimento. A prescindere da ogni indagine sul se la comunicazione del 24 maggio 2009 recante le proposte di modifica sia stata ricevuta dal cliente (la circostanza è stata per vero contestata dal cliente con breve nota in risposta alle controdeduzioni dell'intermediario) – tema che implicherebbe, al vertice, l'analisi della questione di diritto del se le comunicazioni ai sensi dell'art. 118 TUB, proprio perché si inseriscono in un procedimento unilaterale di modifica del contratto dinanzi alla quale l'unica tutela del cliente è o l'opposizione entro 30 giorni oppure il recesso entro 60 giorni dalla comunicazione medesima, debbano o meno avvenire con modalità che siano atte a comprovare la loro ricezione da parte del destinatario – è per vero, assorbente il rilievo che la modificazione di cui trattasi esula, in realtà, da quelle che l'intermediario può introdurre in esercizio del *ius variandi* disciplinato da siffatta disposizione del TUB.

La questione della possibilità per l'intermediario di introdurre in un contratto di apertura di credito, attraverso l'esercizio di tale potere di variazione unilaterale, una forma di remunerazione della mera operazione di affidamento, dunque prescindendo dall'eventualità che essa sia utilizzata dal cliente, (c.d. commissione di affidamento – e tale è appunto, al di là della diversa formula utilizzata, la commissione introdotta nel caso in esame) è stata già esaminata, oramai più volte, anche da questo Collegio dell'ABF, il quale la ha risolta negativamente sulla base di considerazioni che qui si intendono ribadire non apparendo gli argomenti evocati dal resistente sufficienti per giustificare un mutamento di indirizzo.

Come si è già avuto modo di sottolineare, in particolare nella precedente decisione n. 300/2010, il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 TUB, in quanto eccezione alla regola generale della immodificabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti, deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni - sia di carattere economico che di natura normativa - già esistenti, e non può spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura.

Orbene, se si muove da questa premessa sembra allora al Collegio che rispetto al contratto di apertura di credito la possibilità di operare una modifica nel senso di introdurre una commissione, calcolata in misura fissa o in percentuale sul valore dell'affidamento e che prescinda del tutto dalla sua utilizzazione, in tanto possa dirsi sussistente solo se ed in quanto il contratto già prevedeva una qualche forma di remunerazione del semplice servizio di messa a disposizione della somma, e non si limitava, invece, ad imporre al cliente di pagare il corrispettivo, nella forma poi dell'interesse ovvero in altra misura forfetariamente definita, unicamente in relazione all'ipotesi di utilizzazione della disponibilità.

A questo proposito è, infatti, opportuno ricordare che se è vero che l'elemento caratteristico dell'operazione di apertura di credito, rispetto a tutte le altre operazioni bancarie attive, consiste nell'attribuzione al cliente di un diritto a poter disporre della

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controverse

somma accordata su sua semplice richiesta, e dunque nella creazione di una posizione di soggezione della banca tenuta ad eseguire le richieste del cliente nei limiti di tale somma, e che, allora, per questo motivo può considerarsi una pattuizione normale all'interno del contratto quella che prevede il pagamento da parte del cliente di un corrispettivo per il semplice fatto di godere della messa a disposizione della somma – corrispettivo che serve a compensare la banca dall'onere di dover mantenere la somma sempre disponibile – è, tuttavia, del pari innegabile che tale previsione potrebbe anche essere, in concreto, esclusa. A misura del fatto che quanto maggiore è la dimensione dell'intermediario – sotto il profilo della significatività dei volumi della sua attività e dei flussi finanziari che esso movimentata - tanto minore finisce per essere l'incidenza per esso di quell'onere, è certo ben possibile che l'intermediario scelga di non chiedere un corrispettivo appunto per la sola messa a disposizione, e dunque nella sostanza di riconoscere al cliente gratuitamente questa componente del servizio, ritenendo sufficiente per compensare tutti gli oneri sostenuti l'interesse che verrà percepito in caso di utilizzazione.

Alla luce di quanto sopra continua pertanto a sembrare al Collegio che la questione dell'ammissibilità dell'introduzione, attraverso lo speciale procedimento di modifica del contratto regolato dall'art. 118 TUF, di una commissione (fissa o a percentuale) per remunerare la mera disponibilità fondi non possa che ricevere soluzione negativa ogni qual volta la banca abbia inizialmente escluso di richiedere al cliente una forma di remunerazione sul semplice affidamento, appunto perché in questi casi la sua introduzione per via unilaterale equivarrebbe all'introduzione di un corrispettivo prima non espressamente previsto, e dunque implicherebbe una significativa alterazione del rapporto, giacché la componente del servizio rappresentata già dalla messa a disposizione verrebbe a trasformarsi da sostanzialmente "gratuita" in dichiaratamente "onerata".

Ebbene, facendo applicazione di tali principi, nel caso concreto su cui il Collegio è chiamato a pronunciarsi può dirsi provato *per tabulas* che la "commissione per la messa a disposizione somme" non sostituisce, in realtà, nessuna precedente forma di remunerazione del servizio di creazione della disponibilità.

Del resto è lo stesso intermediario che sin dalla lettera del 24 maggio 2009 ha dato espressamente atto che le modifiche che egli intendeva apportare si sostanziavano per un verso nell'eliminazione della "commissione di massimo scoperto" e per altro verso nell'"introduzione" della "CDS": e dove, allora, il riferimento alla "introduzione" della nuova forma di remunerazione segnala, in maniera inequivoca, come l'intermediario abbia inteso prevedere un corrispettivo per il servizio di mera messa a disposizione fino a quel momento non richiesto, e non potendo d'altra parte nemmeno ritenersi (come vorrebbe l'intermediario) che tale funzione di remunerare il mero affidamento fosse, nel previgente regime commissionale, assolto dalla "commissione di massimo scoperto" (la quale rappresentava, invece, solo una ulteriore forma di remunerazione calcolata sulle somme utilizzate).

Né d'altra parte, per andare in contrario avviso, è possibile invocare – come vorrebbe il resistente - la circostanza che sarebbe stato proprio l'art. 2-bis, ultimo comma, della legge n. 2/2009, ad aver riconosciuto la possibilità di "introdurre" forme di remunerazione dell'affidato, pure originariamente non previste, attraverso l'esercizio del *ius variandi*. L'osservazione che è l'ultimo comma dell'art. 2-bis ad aver elevato "l'adeguamento del regime commissionale" alle disposizioni imperative di cui al primo a "giustificato motivo" per l'esercizio del diritto potestativo di cui all'art. 118 TUB – non sembra decisiva. Gli è, infatti, che ove si consideri che l'art. 2, comma secondo, della legge 2/2009 lungi dal legittimare in via di principio la previsione di clausole di remunerazione della creazione della disponibilità, in realtà subordina la loro validità al rispetto di precisi presupposti sostanziali (essere la commissione in parola predeterminata, onnicomprensiva e



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

proporzionata all'importo dell'affidamento), sembra coerente ritenere che il "giustificato motivo" a cui allude l'ultimo comma, là dove consente la modifica unilaterale ex art. 118, consiste semplicemente (i) nella possibilità accordata all'intermediario di poter modificare una commissione di affidamento, già prevista nel contratto ma non coerente con il dettato normativo alla luce dei sopravvenuti e più rigorosi nuovi requisiti introdotti dalla legge – in una parola, dunque, adeguare il contratto per conservare una clausola che c'era, ma che colpita da "nullità sopravvenuta" sarebbe stata destinata a cadere - ma non certo (ii) la possibilità di introdurre una clausola prima non prevista. Appunto perché in questo caso non sarebbe più nemmeno corretto parlare di semplice "adeguamento" ma di "innovazione" nella struttura delle reciproche obbligazioni contrattuali.

Tanto, allora, basta per escludere nel caso di specie che l'intermediario – il quale all'atto della concessione dell'apertura di credito a favore del cliente aveva ritenuto di non chiedergli un compenso per la semplice messa a disposizione – poteva successivamente introdurre tale corrispettivo in via unilaterale attraverso il meccanismo di cui all'art. 118 TUB.

IL CASO **F.Q.M.** **SO** **it**

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto alla restituzione delle somme addebitate al cliente a titolo di "commissione trimestrale per il servizio di messa a disposizione somme (SDS)".
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 al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ENRICO QUADRI