

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
- Prof. Avv. Giuseppe Guizzi..... Membro designato da Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (estensore)

nella seduta del 20 aprile 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 controversia sottoposta alla cognizione del Collegio investe la legittimità dell'addebito, sul conto del cliente, di una nuova commissione – denominata nel caso specifico “commissione disponibilità fondi” – 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.

In data 21 ottobre 2009 la ricorrente ha contestato all'intermediario l'addebito di € 600,00, emergente dall'estratto conto al 30 settembre 2009, a titolo di “*commissione disponibilità fondi calcolata nella misura dello 0,2% del fido accordato (€ 300 mila)*”.

In particolare, il cliente contestava la legittimità dell'onere imposto in quanto “*non comunicato in anticipo....con nessuna comunicazione, neanche come modifica unilaterale delle condizioni economiche di concessione del fido e del rapporto di c/c*”. In relazione a quanto lamentato, il cliente rendeva altresì noto di aver inoltrato alla filiale competente “*richiesta di revoca del fido*”.

Dal momento che il suddetto reclamo era rimasto privo di riscontro, il cliente si è rivolto all'Arbitro Bancario Finanziario. Nel ricorso, nel contestare nuovamente l'applicazione della "commissione di disponibilità fondi" al rapporto di apertura di credito per le ragioni già indicate nel reclamo, si doleva altresì di un'assoluta carenza nell'attività informativa da parte dell'intermediario, avendo appreso dell'esistenza dell'onere solo dall'estratto conto del 30 settembre, e poi in maniera alquanto confusa e contraddittoria, atteso che il documento di sintesi allegato all'estratto prevedeva l'applicazione della commissione in discorso, con decorrenza dal 1 luglio 2009, ma in misura pari a zero. Il cliente comunque concludeva richiedendo, previo accertamento della illiceità della condotta dell'intermediario, il rimborso delle somme addebitategli a tale titolo.

Con controdeduzioni tempestivamente depositate - dopo aver precisato che in data 17 dicembre era intervenuto con il cliente un accordo transattivo a definizione di alcune contestazioni risalenti al maggio del 2009 relative al rapporto in questione, ciò che lo aveva indotto a ritenere che con la quietanza liberatoria sottoscritta il cliente avesse inteso definire anche la questione sottoposta all'esame dell'ABF (documenti, questi, peraltro non prodotti dalla resistente nel procedimento) - nel merito l'intermediario ha eccepito di aver comunicato al cliente con nota dell'11 maggio 2009, ai sensi dell'art. 118 TUB, l'applicazione, a decorrere dall'1 luglio 2009, della "commissione disponibilità fondi". L'intermediario riconosceva l'erroneità dell'indicazione contenuta nel documento di sintesi del 1 ottobre, allegato all'estratto conto, circa l'ammontare della commissione in misura pari a zero, ma aggiungeva che siffatta erronea comunicazione – dovuta a un errore del processo informatico – era stata subito rettificata con l'invio di un nuovo documento di sintesi in data 15 ottobre, il quale indicava correttamente la misura della commissione. L'intermediario concludeva, quindi, con la richiesta di rigetto del ricorso.

Alle controdeduzioni dell'intermediario il cliente ha replicato con note ove ha contestato la pertinenza del riferimento all'accordo transattivo e alla quietanza liberatoria, siccome inerenti a un diverso reclamo del cliente (inviato - come si apprende dal testo dell'accordo fatto pervenire in copia dal cliente – il 6 maggio e relativo ad un problema di addebito di interessi non dovuti in quanto calcolati ad un tasso diverso da quello pattuito). In relazione all'eccezione dell'intermediario di aver inviato comunicazione, datata 11 maggio 2009 (testo allegato in atti dall'intermediario), di esercizio dello *ius variandi* ai sensi dell'art. 118 TUB, il cliente ha osservato di non averla mai ricevuta. Insisteva dunque per l'accoglimento della richiesta di rimborso delle somme addebitategli a tale titolo, sottolineando altresì che la commissione de qua risultava addebitatagli, per un ulteriore importo di € 280,43, anche con riferimento al quarto e ultimo trimestre del 2009.

DIRITTO

Preliminarmente va affrontata la questione posta – ancorché in modo non del tutto esplicito - dall'intermediario secondo cui la contestazione per cui pende il procedimento sarebbe coperta dall'accordo transattivo intervenuto *inter partes*. Ad avviso del Collegio siffatta eccezione deve essere rigettata: anche prescindendo dal rilievo che era onere dell'intermediario dare prova del fatto costitutivo dell'eccezione attraverso la produzione dell'accordo, il che, invece, non ha fatto – e ciò già basterebbe per chiudere il discorso sul punto – è solo il caso di aggiungere che il testo dell'accordo prodotto dal cliente è molto chiaro nel senso che quelle che le parti hanno definito sono contestazioni ben diverse, attinenti all'erronea applicazione del tasso di interessi, ed oltretutto sollevate dal cliente addirittura prima dell'asserito invio della lettera con cui l'intermediario afferma di aver comunicato l'esercizio del *ius variandi* finalizzato all'introduzione della commissione di cui qui si discute.

Superato siffatto rilievo preliminare, il Collegio ritiene il ricorso del cliente meritevole di accoglimento. A prescindere da ogni indagine sulla rilevanza del fatto che non vi è in atti evidenza del se la comunicazione dell'11 maggio sia stata o meno ricevuta dal cliente – tema che implicherebbe, al vertice, l'analisi della questione di diritto del se la comunicazione ai sensi dell'art. 118 TUB, proprio perché disciplinano 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, debba o meno avvenire con modalità che siano atte a comprovare la sua 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 da codesto Collegio dell'ABF, il quale la ha risolta negativamente sulla base di considerazioni che qui si intendono ribadire e meglio precisare.

Come si è già avuto modo di sottolineare nella precedente decisione n. 192/2010, il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 TUB, in quanto eccezione alla regola generale della immutabilità 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 prescindendo del tutto dalla sua utilizzazione, in tanto possa dirsi sussistente solo se ed in quanto il contratto già prevedesse una qualche forma di remunerazione del semplice servizio di messa a disposizione della somma, e non si limitasse, 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 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 essa movimentata – tanto minore finisce per essere l'incidenza per essa di quell'onere, è 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 sembra pertanto al Collegio che la questione dell'ammissibilità dell'introduzione, attraverso lo speciale procedimento di modifica del contratto regolato dall'art. 118 TUB, di una commissione (fissa o a percentuale) per remunerare la mera disponibilità fondi non possa ricevere una soluzione aprioristica, ma debba essere valutato caso per caso: e ciò nel senso che la soluzione potrà essere positiva solo qualora una qualche forma di remunerazione della mera disponibilità fosse già, seppure sotto altre vesti, contemplata dal contratto, atteso che, in caso contrario, là dove cioè la banca avesse inizialmente escluso di richiedere al cliente una forma di remunerazione, 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 “onerosa”.

Ebbene, facendo applicazione di tali principi, nel caso concreto su cui il Collegio è chiamato a pronunciarsi, è provato *per tabulas* che la commissione disponibilità fondi introdotta dall’intermediario non sostituisce, in realtà, nessuna precedente forma di remunerazione del servizio di creazione della disponibilità.

Gli è, infatti, che se per un verso (i) la lettera dell’11 maggio (quella che l’intermediario afferma di aver inviato in esercizio dell’art. 118 TUB) espressamente chiarisce che la commissione di disponibilità fondi sostituisce, *inter alia*, anche la commissione di mancato utilizzo, ove quest’ultima sia prevista dal contratto (e una simile precisazione – sia consentito incidentalmente notarlo – conferma l’esattezza della ricostruzione svolta in precedenza in ordine al fatto che nella struttura dell’operazione contrattuale nulla, a rigore, impedisce all’intermediario di non chiedere una remunerazione per la semplice messa a disposizione), per altro verso (ii) la lettura del documento di sintesi relativo alle condizioni del contratto originariamente stipulato, e dunque vigenti prima dell’esercizio del *ius variandi*, consente di cogliere come, nel regolamento contrattuale originario corrente tra le parti, la “commissione mancato utilizzo “ – la quale era, evidentemente, qualcosa di concettualmente molto simile ad un corrispettivo per la mera messa a disposizione di somme conseguente alla concessione del fido – non fosse in alcun modo contemplata.

Tanto, allora, basta per escludere 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 – potesse successivamente introdurre tale corrispettivo in via unilaterale attraverso il meccanismo di cui all’art. 118 TUB.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l’intermediario tenuto alla restituzione di quanto addebitato al cliente a titolo di “commissione disponibilità fondi”.

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