



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

IL COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

- Prof. Avv. Enrico Quadri..... Presidente
- Prof. Avv. Ferruccio Auletta membro designato dalla Banca d'Italia
- Avv. Giuseppe Leonardo Carriero membro designato dalla Banca d'Italia
- Prof. Avv. Nicola Rocco di Torrepadula..... membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario
- Prof. Avv. Giuseppe Guizzi membro designato dal Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (estensore)

Nella seduta del 31.01.2012, 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 somme*" – 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.

La società odierna ricorrente è intestataria di tre conti correnti presso una filiale dell'intermediario odierno resistente (e precisamente: conto n. xxxx affidato per euro 100.000,00; conto n. yyyyy affidato per euro 1.000.000,00; conto n. zzzzz affidato per euro 1.000.000,00). Con lettere del 14 febbraio e del 29 marzo 2011 la società, per il tramite di un legale, ha contestato all'intermediario l'illegittimo addebito sui predetti conti di cospicui importi a titolo di "*commissioni disponibilità somme*". In particolare il cliente lamentava che sul conto n. xxxx era stata applicata una commissione trimestrale pari all'1% del valore del fido, mentre sugli altri due conti una commissione trimestrale pari allo 0,50% dell'affidamento; il tutto senza che fosse intervenuta tra le parti alcuna pattuizione scritta.

Sulla base di tali considerazioni la società intimava, pertanto, l'intermediario a non applicare alcuna commissione di disponibilità somme sui predetti conti, costituendolo anche in mora "*per il pagamento in via restitutoria ovvero risarcitoria delle somme addebitate a titolo di commissione di disponibilità somme, oltre interessi nella misura pari all'interesse passivo applicato per l'affidamento, decorrenti dalla data dei singoli addebiti*".



Con due raccomandate (rispettivamente del 28 febbraio 2011 e del 27 aprile 2011), l'intermediario ha risposto ai reclami, affermando di aver comunicato alla società, con lettera del 25 maggio 2009, *“l'adeguamento dei contratti in corso, con l'eliminazione di diverse commissioni (...) e la loro sostituzione con una nuova struttura commissionale, tra cui la Commissione disponibilità Fondi, adottata nel pieno rispetto dei principi fissati dall'art. 2 bis del Decreto Legge n. 185/2008”*, sicché, non essendo stata la proposta di modifica rifiutata dalla società ricorrente mediante l'esercizio del diritto di recesso entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione, così come prevede l'art. 118 TUB, essa avrebbe legittimamente applicato il nuovo regime commissionale.

Venendo all'analisi delle commissioni in concreto applicate, l'intermediario ha sottolineato che con la comunicazione del 25 maggio 2009 era stato stabilito che rispetto al conto n. xxxx la commissione sarebbe stata *“applicata in misura pari all'1% trimestrale”*, mentre per i restanti due conti n. yyyyy e n. zzzzz essa sarebbe stata *“applicata in misura pari allo 0% trimestrale”*, precisandosi che, con riferimento a tutti i predetti conti, la Banca avrebbe effettuato con decorrenza dal 28 giugno 2009 le variazioni indicate, il cui giustificato motivo è rappresentato dall'obbligo di adeguamento alla citata normativa.

A seguito della conversione in legge n. 102/2009 del decreto n. 78/2009, l'intermediario afferma di aver quindi provveduto a rettificare la misura della commissione, riducendola allo 0,50% trimestrale per quanto riguarda conto n. xxxx, - e in questo caso *“senza procedere ad ulteriori comunicazioni trattandosi di condizione migliorativa”* (così si legge nella raccomandata del 27 aprile 2011) – mentre con riferimento ai conti n. yyyyy e n. zzzzz fissandola sempre nella misura dello 0,50% su base trimestrale, in questo caso sempre previa comunicazione ex art. 118 TUB (datata 13 ottobre 2009).

L'intermediario, nel respingere le richieste di rimborso della società, concludeva osservando che *“al fine di favorire la continuazione dei rapporti in un'ottica di reciproca soddisfazione”* aveva comunque deciso di operare un ulteriore intervento sull'ammontare della commissione disponibilità fondi, riducendola di 0,20 punti percentuali, e dunque dallo 0,50% allo 0,30% trimestrale su tutti i rapporti facenti capo alla società ricorrente, con decorrenza retroattiva dal 30 settembre 2010.

Insoddisfatta dell'esito del reclamo, la società si è rivolta all'Arbitro Bancario Finanziario. Dopo aver sottolineato che attraverso la nuova commissione l'intermediario avrebbe di nuovo surrettiziamente introdotto *“un corrispettivo per la disponibilità di scoperto, violando quanto previsto dall'art. 2 bis del D.L. 185/2008”*, la società ribadisce che *“nessuna informativa in ordine alle mutate condizioni contrattuali [le] è mai pervenuta”* e che d'altra parte non solo non *“è stata mai convenuta o concordata alcuna commissione per disponibilità somme”*, non avendo la ricorrente *“sottoscritto alcunché”*, ma neppure *“risultano comunicazioni d'affidamento ed eventuale accettazione delle condizioni d'affidamento e dei relativi tassi da applicarsi, contenuti in elementi negoziali forniti di data certa o trasmessi e comunicati con data certa”*.

Sulla base di tali considerazioni, la ricorrente conclude chiedendo all'Arbitro: (i) di dichiarare la nullità della clausola *“commissione disponibilità somme”*, e comunque di accertare la mancata sottoscrizione della stessa da parte del ricorrente nonché l'omessa informativa con riferimento al mutamento delle condizioni contrattuali relative all'applicazione delle commissioni sui conti n. yyyy e n. zzzz; (ii) di dichiarare l'intermediario tenuto altresì alla restituzione ovvero al risarcimento della somma di € 25.728,26, pari al complessivo importo addebitato a titolo di commissione disponibilità fondi su tutti i conti intrattenuti con l'intermediario, nonché a corrispondere gli *“interessi in misura pari all'interesse passivo applicato per l'affidamento, decorrenti dalla data dei singoli addebiti”*.



L'intermediario ha resistito al ricorso presentando controdeduzioni, nelle quali ripropone le argomentazioni già esposte nelle note di riscontro al reclamo. In particolare l'intermediario insiste nell'affermazione di aver inviato alla ricorrente le proposte di modifica unilaterale relative ai rapporti in oggetto - ancorché senza produrre in atti copia dell'avviso di intervenuta ricezione della comunicazione - precisando che le variazioni peggiorative delle condizioni di conto corrente avrebbero potuto essere contestate, con facoltà di recesso, entro 60 giorni dal ricevimento della proposta, il che invece non è stato. Il resistente ha pertanto concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il ricorso della società sia, almeno parzialmente, meritevole di accoglimento.

Pure a prescindere dalla considerazione che non vi è prova in atti che le due comunicazioni del 25 maggio e 13 ottobre 2009 recante le proposte di modifica delle condizioni contrattuali siano state ricevute dal cliente (la circostanza è, infatti, contestata dal cliente e l'intermediario, per parte sua, non ha fornito prova dell'avvenuta ricezione) – il che sarebbe già elemento sufficiente per poter accogliere la domanda, atteso che anche se si ritenesse che la modifica del nuovo regime commissionale possa essere introdotta in esercizio dell'*ius variandi* di cui all'art. 118 TUB sarebbe pur sempre necessario dimostrare che la relativa comunicazione sia pervenuta al domicilio del cliente – è, per vero, in questo caso assorbente il rilievo che la modificazione di cui trattasi esula, in realtà, da quelle che l'intermediario può introdurre ai sensi di 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 ABF di Napoli, il quale la ha risolta negativamente sulla base di considerazioni che qui si intendono ribadire.

Come si è già avuto modo di sottolineare (cfr. soprattutto 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 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 "onerosa".

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 disponibilità 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 25 maggio 2009 ha dato espressamente atto che le modifiche che egli intendeva apportare si sostanziano, per un verso, nell'eliminazione della "*commissione di massimo scoperto*" e per altro verso nella previsione di una "*nuova struttura commissionale*: e dove, allora, il riferimento alla "*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.

Quanto precede è di per sé già estremamente significativo. Ma nel caso di specie vi è anche di più. Il Collegio non può, infatti, esimersi dall'osservare che in relazione ai due conti correnti per i quali era previsto l'affidamento di maggiore importo, il resistente, nella comunicazione che assume di aver inviato in data 25 maggio 2009, aveva addirittura ribadito che su quei conti nessuna commissione sarebbe stata conteggiata: prevedere una commissione nella misura dello 0% equivale, infatti, a non richiedere alcuna forma aggiuntiva di remunerazione. Orbene, se si tiene doverosamente conto di tale circostanza il corollario che si deve trarre è, allora, che a maggior ragione non era possibile per l'intermediario pretendere di incidere, nel successivo mese di ottobre, sulla struttura delle commissioni con il procedimento di modifica unilaterale ex art. 118 TUB: appunto perché modificare la misura della commissione da 0% a 0,5% non significa evidentemente variare la misura di un corrispettivo ma piuttosto introdurre un corrispettivo che prima si era scelto (plausibilmente per ragioni di fidelizzazione del cliente) di non conteggiare.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Da quanto precede discende, dunque, che il ricorso deve essere accolto in relazione alla richiesta di restituzione degli importi addebitati a titolo di commissione disponibilità somme. Quanto invece alla domanda di corresponsione degli interessi essa può essere accolta solo con decorrenza dalla data del reclamo, e solo nella misura del tasso legale, dovendosi considerarsi l'intermediario *accipiens* di buona fede ai sensi dell'art. 2033 c.c., e non essendovi d'altra parte chiara evidenza in atti che il pagamento delle commissioni sia avvenuto attraverso una parziale utilizzazione dell'affidamento. Circostanza, questa, che sola potrebbe giustificare la corresponsione di interessi in una misura pari a quella degli interessi passivi conteggiati per l'utilizzazione della disponibilità .

P.Q.M.

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto alla restituzione degli importi addebitati a titolo di commissione disponibilità fondi, oltre interessi al tasso legale alla data del reclamo.

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