

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) GAMBARO	Presidente
(MI) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) ORLANDI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SANTARELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) ESTRANGEROS	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) ESTRANGEROS

Nella seduta del 14/11/2013 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione della Segreteria tecnica

FATTO

La ricorrente contesta la legittimità della modifica unilaterale di contratto operata dalla banca convenuta con riguardo al conto corrente ed all'affidamento stipulati tra le parti, comportante l'introduzione di una commissione per la messa a disposizione dei fondi in sostituzione della commissione di massimo scoperto e delle spese istruttoria fidi in precedenza applicate.

In particolare, con il reclamo del 9 novembre 2012, riscontrato dall'intermediario con nota del 17 dicembre 2012 e con successivi reclami del 20 dicembre 2012 e del 27 febbraio 2013, la ricorrente:

- contestava all'intermediario l'illegittima modifica unilaterale delle condizioni di contratto relative all'affidamento, in quanto non vi era stata alcuna comunicazione *"per iscritto [...] né in qualsivoglia altra maniera"* delle variazioni operate. Affermava quindi che tali variazioni erano *"del tutto inefficaci"*, invitando l'odierna parte resistente all'applicazione delle precedenti condizioni contrattuali *"o eventualmente [a] ridiscuterne di nuove, nonché [a] restituire le somme [...] percepite in virtù della modifica di cui sopra"*. Osservava altresì che, ai sensi dell'art. 118 T.U.B., la proposta

di modifica unilaterale del contratto, per produrre effetti, avrebbe dovuto essere ricevuta dal cliente destinatario, con onere a carico della banca di *“provare detta avvenuta ricezione, il che è cosa ben diversa dall’asserire di aver inviato la proposta di modifica unilaterale o di averla immessa presso il casellario postale posto all’interno della filiale”*. La società riferiva quindi di non aver potuto esercitare il diritto di recesso non avendo ricevuto la proposta di variazione contrattuale in questione e pertanto ribadiva le richieste di restituzione degli importi *“indebitamente”* incassati a tale titolo e di applicazione delle precedenti condizioni contrattuali *“sino alla ridiscussione delle stesse al fine di addivenire ad una soluzione condivisa di reciproca soddisfazione”*;

- contestava all’intermediario che, a far data dal 20.06.2012, era stata applicata, in sostituzione della spesa istruttoria fido, una commissione di disponibilità fondi trimestrale, pari allo 0,50% dell’importo dell’affidamento concesso e proporzionale alla durata del medesimo. Osservava altresì come tale commissione *“altrettanto arbitrariamente”* veniva ridotta, a seguito delle contestazioni della stessa cliente, da 0,50% a 0,40% e da 0,40% a 0,22%, con addebiti, alle date contabili del 31.07.2012, 31.10.2012 e 31.01.2013, rispettivamente di euro 390,10, euro 2.894,78 ed euro 1.010,80. Diffidava pertanto la banca da ulteriori addebiti a titolo di commissione disponibilità fondi ed alla restituzione di quanto incassato a tale titolo, pari ad euro 4.385,68, oltre agli interessi legali ed alle spese per l’intervento dell’avvocato.

In assenza di riscontro positivo dell’intermediario, la società, in data 24 giugno 2013, ha proposto ricorso ribadendo quanto rappresentato in sede di reclamo. Osserva la ricorrente che, a far data dal 20 giugno 2012, in relazione al conto corrente ed ai rapporti di affidamento in essere con l’intermediario convenuto, quest’ultimo *“unilateralmente sostituiva le Commissioni di Massimo Scoperto e le spese istruttoria fidi ed applicava, in luogo delle stesse, una Commissione di Disponibilità Fondi trimestrale pari allo 0,50% dell’importo dell’affidamento concesso e proporzionale alla durata del medesimo, il tutto asseritamente giustificato dalle modifiche normative intervenute in materia di remunerazione degli affidamenti”*. Lamenta la ricorrente che la predetta modifica unilaterale non è stata previamente comunicata per iscritto alla parte istante, che se ne avvedeva dall’esame dell’estratto conto al 31 luglio 2012, non potendo così esercitare il diritto di recesso. Riferisce altresì che, a seguito del reclamo del 9 novembre 2012, l’intermediario non provvedeva ad alcuna restituzione ma riduceva la percentuale della CDF da 0,50% a 0,40% in data 03.10.2012 e da 0,40% a 0,22% in data 22.10.2012, risultando nell’estratto conto al 31.10.2012 un addebito a tale titolo pari ad € 2.984,78. Osserva altresì che, nonostante il successivo reclamo del 20 dicembre 2012, nell’estratto conto al 31 gennaio 2013 l’intermediario tratteneva nuovamente la somma di € 1.080,00 a titolo di CDF.

Aggiunge poi che con messaggio PEC del 7 febbraio 2013 la società istante ha comunicato la revoca di tutte le linee di credito appoggiate sul suo conto corrente e con ulteriore reclamo del 27 febbraio 2013 ha ribadito la richiesta di rimborso degli importi incassati dalla banca a titolo di CDF, diffidando la banca da ulteriori addebiti a tale titolo. Dà atto altresì che nell’estratto conto al 30 aprile 2013 l’intermediario ha accreditato la somma di euro 1.576,64 per rettifica competenze, importo che la ricorrente *“dichiara di trattenere a titolo di acconto sul maggior dovuto”*.

Osserva quindi in via argomentativa la ricorrente quanto segue:

- che la proposta di modifica unilaterale del contratto ex art. 118 T.U.B. ha natura recettizia e dunque la relativa comunicazione *“potrà e dovrà ritenersi efficace solo ed*

esclusivamente qualora si provi che sia effettivamente pervenuta all'indirizzo del destinatario ex art. 1335 c.c.", gravando tale onere probatorio sulla banca;

- che la proposta di modifica unilaterale oggetto di censura non è comunque sorretta da un giustificato motivo, posto che l'indicazione delle intervenute modifiche legislative in materia di remunerazione degli affidamenti è *"estremamente sintetica e generica e dunque tale da non consentire al cliente di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base"*, specie con riguardo alla determinazione della CDF nella misura massima consentita dalla legge del 0,50% per trimestre *"senza che fosse condotta da parte dell'intermediario alcuna più opportuna e doverosa indagine sull'affidabilità e stabilità della società ricorrente, la quale gode di ottime garanzie economiche e di affidabilità e merito di credito"*, come dimostrato dalla repentina decisione di revoca degli affidamenti;
- che tale proposta di modifica è comunque illegittima introducendo una condizione del tutto nuova e non semplicemente modificativa rispetto all'originario regolamento contrattuale, a dispetto di quanto precisato dal Ministero dello Sviluppo Economico con la nota 5574/2007.

Ciò premesso la ricorrente chiede di *"accertare e dichiarare l'illegittimità e, dunque, la totale inefficacia ... della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali del 20 aprile 2012"* nonché, per l'effetto, di condannare l'intermediario ad applicare *"le condizioni contrattuali ante modifica e a restituire la somma di euro 3.104,57, nonché qualsivoglia ulteriore somma illegittimamente ed indebitamente trattenuta, oltre interessi dalla data dell'addebito sino alla restituzione"*. Chiede altresì la *"vittoria di spese e competenze del presente procedimento"*.

L'intermediario ha presentato le proprie controdeduzioni in data 6 settembre 2013 osservando quanto segue:

- di aver inviato, in ottemperanza alla normativa in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, la proposta di modifica unilaterale del contratto del 20 aprile 2012 *"nella quale veniva comunicat[a] l'applicazione della Commissione Disponibilità Fondi, con decorrenza 20.06.12, a valere sul conto corrente e su tutti i rapporti di affidamento in essere"*;
- di aver predisposto la proposta di modifica unilaterale di contratto del 20 aprile 2012 secondo la normativa attuativa dell'art. 117 bis T.U.B., così comunicando alla società ricorrente l'applicazione, con decorrenza dal 20 giugno 2012, della Commissione Disponibilità Fondi a valere sul conto corrente e su tutti i rapporti di affidamento in essere;
- che tale proposta di modifica è stata indirizzata alla casella di posta presso l'agenzia competente dello stesso intermediario, ove la cliente aveva domiciliato la corrispondenza *"senza alcuna limitazione od eccezione"* e senza aver mai segnalato disguidi o inefficienze del servizio;
- di non poter ripristinare le precedenti condizioni contrattuali stante l'art. 117 bis T.U.B. e, nondimeno, di aver *"provveduto a ridurre la percentuale della commissione di C.D.F. da 0,50% a 0,40% in data 3.10.2012, da 0,40% a 0,22% in data 22.10.2012"*, il tutto a seguito delle richieste della cliente;
- sulla nullità della modifica contrattuale in questione eccepita dalla ricorrente, che l'art. 4 (rectius art. 5) D.M. 644/2012 consentiva l'introduzione di nuove clausole conformi all'art. 117 bis T.U.B. seguendo la procedura di cui all'art. 118 T.U.B.

Sulla base di tali premesse, l'intermediario conclude per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

La ricorrente contesta l'efficacia della comunicazione di modifica unilaterale delle condizioni economiche del contratto del 20 aprile 2012 prodotta sub all. 1 dall'intermediario e contesta gli addebiti intervenuti, a decorrere dal 20 giugno 2012, della commissione disponibilità fondi introdotta da tale comunicazione in sostituzione delle commissioni di massimo scoperto e delle spese di istruttoria fidi, chiedendone dunque il rimborso.

La domanda proposta dalla ricorrente appare fondata e passibile di accoglimento.

La comunicazione di variazione unilaterale delle condizioni economiche del contratto del 20 aprile 2012 svolta dall'intermediario si inserisce nel contesto delle variazioni legislative, verificatesi all'epoca della comunicazione, aventi ad oggetto l'introduzione dell'art. 117 bis TUB ad opera della l. 214/2011 di conversione del d.l. 201/2011 in vigore dal 28 dicembre 2011 e l'abrogazione dei commi 1° e 3° dell'art. 2-bis del d.l. 29 novembre 2008 n. 185 (convertito dalla l. n. 2/2009) per effetto dell'art. 27 del d.l. n. 1/2012, in vigore dal 24 gennaio 2012. Come noto, l'introduzione di tale normativa attribuiva agli intermediari la facoltà di adeguare i contratti in essere (di apertura di credito e di conto corrente) alle disposizioni di cui all'art. 117-bis del TUB ai sensi dell'art. 118, il tutto entro tre mesi dalla entrata in vigore della delibera CICR (attuativa del comma 4° dell'art. 117-bis) da adottarsi entro il termine del 31 maggio 2012 (come previsto dall'art. 27 del D.l. n. 1/2012, commi 2° e 3°, come sostituiti dalla l. 27/2012 di conversione del D.L. 1/2012). In particolare il d.m. 664 del 30 giugno 2012, comma 4°, disponeva che *"i contratti in corso al 1° luglio 2012 sono adeguati entro il 1° ottobre 2012 con l'introduzione di clausole conformi all'articolo 117-bis del TUB e al presente decreto, ai sensi dell'art. 118 del TUB"*, specificando che tale adeguamento integrava giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 TUB.

In conformità alle previsioni normative vigenti al 20 aprile 2012, l'intermediario ha dunque proceduto a dar corso alla contestata proposta di variazione unilaterale delle condizioni economiche richiamando, pur genericamente, *"intervenute modifiche normative in materia di remunerazione degli affidamenti"* e dando atto di *"prossime disposizioni applicative da emanarsi da parte del Comitato Interministeriale Credito e Risparmio"* e, quindi, proponendo la sostituzione delle *"Commissioni di Massimo Scoperto e delle Spese Istruttorie"* con la *"Commissione Disponibilità Fondi"* descritta nella comunicazione medesima.

Benché l'iniziativa dell'intermediario appaia dunque conforme alla situazione normativa vigente al 20 aprile 2012, tuttavia, nel caso di specie, in presenza della contestazione della ricorrente circa l'intervenuta ricezione della medesima (contestazione esplicitata e circostanziata, sia in sede di reclamo che in sede di ricorso), l'efficacia di tale comunicazione non sembra in concreto opponibile, non avendo l'intermediario raggiunto la prova, a suo carico, dell'intervenuto invio della comunicazione e dell'intervenuta ricezione della medesima da parte della ricorrente.

Come già osservato da questo Collegio, il meccanismo previsto dall'art. 118 TUB, che consente la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, 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 corretto recapito all'indirizzo del destinatario.

Nel caso di specie, l'intermediario osserva e documenta sub all. 2 come tutte le comunicazioni fra le parti siano intervenute tramite loro consegna presso la casella postale sita presso la filiale della ricorrente, producendo, al riguardo, il relativo contratto. Appare tuttavia evidente che la vicinanza fisica della "fonte" della comunicazione e della "destinazione" non può considerarsi sufficiente a derogare allo schema generale di cui all'art. 1218 c.c. ulteriormente rafforzato in ragione della funzione di tutela propria dell'art. 118 T.U.B. nell'interesse del cliente della banca. Per quanto ridotto possa essere il divario temporale o la distanza fisica tra l'invio della comunicazione e la ricezione presso la casella postale bancaria, la progressione giuridico-materiale ancorché logica degli atti necessari all'adempimento consta pur sempre dell'autonoma fase di trasmissione materiale della comunicazione e di consegna della medesima presso il luogo di destinazione. L'onere probatorio dell'effettiva trasmissione della comunicazione in esame e della successiva disponibilità della comunicazione in casella non può che essere riferito alla resistente, in applicazione del principio della prova dell'inadempimento di un'obbligazione ex art. 1218 cod. civ. (cfr. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533).

Nel caso di specie l'intermediario non ha fornito prova, neppure in via indiziaria, dell'atto materiale di immissione nella casella e, tantomeno, dell'effettiva disponibilità della comunicazione presso la casella postale sita presso la filiale. Dunque il fatto non può considerarsi accertato.

La mancanza della prova della consegna e della ricezione della comunicazione effettuata ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 T.U.B. determina dunque l'illegittimità dell'applicazione, nel caso di specie, della Commissione Disponibilità Fondi e i conseguenti oneri restitutori. In particolare deve essere riconosciuto il buon diritto della ricorrente ad ottenere il rimborso delle somme addebitate dall'intermediario, a decorrere dal 20 giugno 2012, a titolo di Commissione Disponibilità Fondi, al netto dell'ammontare di euro 1.576,64 indicato nell'estratto conto al 30 aprile 2013 che, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, è stato trattenuto dalla medesima ricorrente a titolo di acconto sul maggior importo richiesto in restituzione.

In conformità alle prerogative dell'ABF, al fine di facilitare i rapporti tra intermediari e clientela, è il caso di precisare che il rimborso degli importi addebitati a titolo di Commissione Disponibilità Fondi non può, in ogni caso, determinare il ricalcolo da parte dell'intermediario delle Commissioni di Massimo Scoperto e di Spese Istruttoria Fidi previgenti e ciò, in particolare, oltre che successivamente al 1° ottobre 2012 (cioè alla data ultima per l'adeguamento dei contratti alla disciplina di cui all'art. 117-bis TUB indicata dall'art. 5 D.M. 644 del 29 giugno 2012, comma 4°) anche anteriormente, nel periodo compreso fra il 20 giugno 2011 (data a decorrere della quale la Commissione Disponibilità Fondi risulta essere stata applicata dall'intermediario) e il 1° ottobre 2012, qualora l'introduzione e l'applicazione di tali voci commissionali non risultassero conformi con le disposizioni di cui all'art. 2bis del d.l. 29 novembre 2008 n. 185 convertito dalla l. 28 gennaio 2009 n. 2 ed all'art. 27 bis d.l. 1/2012 e s.m.i.

Non può, infine, essere accolta la richiesta della ricorrente volta ad ottenere il rimborso delle *"spese e competenze del presente procedimento"* riferite alle spese di difesa e di assistenza legale in considerazione della natura stessa del procedimento avanti l'Arbitro Bancario Finanziario, che non presuppone, come necessaria, tale assistenza qualificata ed in considerazione del fatto che tali oneri non sono stati, in ogni caso, provati nel loro ammontare.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla ricorrente quanto percepito 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 alla ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO