

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|---|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente (Estensore) |
| - Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Mauro Orlandi | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Dott. Gian Luca Greco | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |
| - Avv. Emilio Girino | Membro designato da Confindustria |

nella seduta del 16 maggio 2013, dopo aver esaminato

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

FATTO

Nel proprio ricorso all'ABF la società ricorrente ha esposto di essere intestataria di un rapporto di conto corrente presso la resistente. Successivamente, ha chiesto l'attivazione di due servizi POS/ Pagobancomat per l'installazione di due apparecchi POS presso due suoi punti vendita. Con un primo reclamo, datato 01.08.2012 e presentato mediante un modulo precompilato, la società ricorrente ha chiesto il rimborso di euro 4780,71 per "commissioni pos". La ricorrente ha allegato uno scambio di mail (in particolare cfr. mail del giorno 08.08.2012) in cui la resistente ha confermato di aver ricevuto la richiesta di rimborso datata 01.08.2012 nonché "di aver provveduto non appena informati del disguido a variare le condizioni relative al secondo pos". In data 2.10.2012 la ricorrente ha chiesto, tramite mail, spiegazioni in merito alle differenze applicate nelle commissioni dei due Pos. Il giorno stesso, sempre tramite mail, la resistente ha risposto che le condizioni dal 10.08.2012 sono le "medesime" per ambedue i rapporti, specificando che "l'importo diverso dipende dal transato e dal periodo in cui non c'erano le condizioni approvate". In seguito, la richiesta avanzata in data 01.08.2012, è stata riscontrata negativamente dalla resistente, che, in data 7.11.2012 ha comunicato il "diniego della richiesta di rimborso di euro 4780,71 relativ(i) alle commissioni applicate ad uno dei due pos installati, che a differenza del primo non risultava convenzionato alle condizioni pm1." Inoltre la resistente ha sottolineato che la "richiesta di rimborso a partire da febbraio 2011 è stata giudicata tardiva attesa la corretta comunicazione mensile relativ(a) alle spese di conto e del pos" puntualizzando che una lettura più accurata di tali documentazioni avrebbe permesso una "correzione delle condizioni in tempi ragionevoli".

Il successivo 08.11.2012, mediante raccomandata, la ricorrente ha nuovamente contestato l'errore nell'applicazione delle condizioni contrattuali relative all'utilizzo POS, evidenziando come tale errore sia stato riconosciuto dalla resistente, la quale ha corretto le condizioni in data 10.08.2012. Parte attrice ha così richiesto "il rimborso di euro 5088,99".



In sede di ricorso, sottoscritto il 15.11.2012, la ricorrente ha chiesto il *“rimborso di euro 5088,99 più interessi per errata applicazione delle condizioni contrattuali relative all'utilizzo di POS”, nonché “il rimborso delle spese sostenute per le richieste e i solleciti di euro 100,00” e infine i “danni morali pari a 10.000,00”.*

Nelle proprie controdeduzioni l'intermediario resistente ha esposto che: *“Come risulta dalla documentazione contrattuale regolarmente sottoscritta all'atto dell'accensione del rapporto in data 20.01.2011”, la ricorrente è intestataria di un rapporto di conto corrente agganciato alla Convenzione denominata “Pacchetto PM1”, che prevede l'applicazione di condizioni economiche agevolate rispetto agli standard applicati dall'Intermediario. In data 11.02.2011, la ricorrente ha chiesto l'attivazione di due servizi POS/ PagoBancomat per l'installazione di un apparecchio POS in ciascuno dei due punti vendita gestiti dalla ricorrente. Trattandosi di servizi accessori al conto corrente, la resistente afferma che “entrambi i rapporti sono stati attivati a condizioni economiche standard sia con riguardo alle Condizioni percentuali sulle transazioni pari al 2% sia con riguardo alle Spese unitarie per operazione Pagobancomat pari a € 0,80”. L'intermediario precisa che “l'applicazione al rapporto accessorio di eventuali condizioni agevolate, (...) non avviene contestualmente all'attivazione del servizio ma solo successivamente, dopo le opportune valutazioni commerciali da parte dell'Istituto ed eventuali e specifici accordi intercorsi con il cliente”. Nel caso de quo il servizio Pos identificato del numero rapporto 13916/01 ha goduto di condizioni commerciali agevolate, come da convenzione PM1, mentre il servizio Pos identificato dal numero rapporto 13919/01 “non è stato interessato da modifiche rispetto alle condizioni standard indicate nella documentazione contrattuale (...) in quanto (...) all'atto di attivazione del servizio non è stato raggiunto alcun accordo in tal senso”. Sostiene l'intermediario che la società ricorrente “non ha dato prova dell'esistenza di un formale impegno assunto dalla Banca alla concessione di determinate condizioni agevolate su entrambi i rapporti di servizio Pos a partire da una certa data”. Anche perché, a parere della Banca, la ricorrente “ha sempre avuto la possibilità di verificare fin da subito le condizioni applicate ai rapporti (...) avendo ricevuto presso l'indirizzo di recapito della corrispondenza tutte le comunicazioni periodiche relative al conto corrente ed ad entrambi i servizi POS, comprese le contabili di addebito trimestrali con evidenza delle voci di spesa ed i rispettivi importi che hanno determinato l'ammontare delle competenze trimestrali, nonché i documenti di sintesi annuali con le principali condizioni economiche applicate.*

Pertanto la resistente sostiene che la *“situazione dei rapporti”* è sempre stata nota alla ricorrente e che dalla stessa non ha mai ricevuto richieste di chiarimenti/contestazioni. Infatti *“solo nel luglio 2012 la cliente si è rivolta alla Filiale per chiedere spiegazioni in merito alle diverse condizioni applicate ai due servizi Pos e la rettifica di quelle standard, senza tuttavia formalizzare una specifica richiesta scritta”.* A seguito di tale richiesta di chiarimenti, la resistente sostiene di essersi attivata per ottenere, con decorrenza 10.08.2012 l'autorizzazione all'applicazione delle condizioni previste dalla convenzione PMI1 anche per il servizio Pos n. 13919/01 regolato fino a quella data dalle condizioni standard. Tale intervento di rettifica, secondo l'intermediario, *“è stato autorizzato dagli Organi Competenti dopo le opportune valutazioni commerciali, ma senza che ciò significasse il riconoscimento di alcun errore, poiché (...) le condizioni fino a quel momento applicate risultavano conformi a quelle contrattualmente previste”.*

In merito, secondo la Banca, la ricorrente non ha prodotto alcun documento contrattuale o alcuna dichiarazione proveniente dalla Banca che avalli la pretesa della cliente di



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

beneficiare di condizioni agevolate su entrambi i rapporti di servizio Pos. *“Solo per il conto corrente è stata contrattualmente prevista, fin dalla sua accensione, l'applicazione di condizioni agevolate- nel caso specifico la convenzione PMI1-“.*

Per quanto attiene la richiesta di rimborso di spese e commissioni per il periodo pregresso – da febbraio 2011 ad agosto 2012- la resistente rileva che *“la richiesta è stata formalizzata dalla cliente all'ufficio reclami solo in data 08.11.2012. Tale istanza non è stata accolta dagli organi competenti perché ritenuta tardiva, essendo trascorsi più di 20 mesi dalla data dei primi addebiti oggetto di contestazione . Il comportamento quanto meno negligente della società ricorrente ha infatti precluso la possibilità di un più tempestivo intervento da parte della Banca per l'applicazioni di condizioni economiche più favorevoli “.* Al riguardo l'intermediario richiama l'art. 1227 c.c. ai sensi del quale *“il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”.*

Pertanto la resistente ha chiesto di rigettare il ricorso.

DIRITTO

Giova premettere che l'intermediario, contesta alla ricorrente di non aver rispettato i tempi previsti dalle Disposizioni sui Sistemi di Risoluzione Stragiudiziale delle Controversie, sez VI- art.1-, in quanto l'unico reclamo formale pervenuto alla Banca è datato 08.11.2012, mentre il ricorso è stato presentato *“solo dopo 7 giorni dalla presentazione del reclamo”* ovvero il giorno 15.11.2012.

Tuttavia tale rilievo appare non fondato in quanto dalla documentazione prodotta da parte attrice risulta una richiesta di rimborso avanzata alla filiale dell'intermediario, datata 01.08.2012, per un importo pari a euro 4780,71 per *“commissioni pos”.* È stato altresì allegato uno scambio di mail, da cui si evince che una dipendente della resistente ha confermato, (con mail dell' 08.08.2012) di aver ricevuto la richiesta di rimborso in data 01.08.2012 e di *“aver provveduto non appena informati del disguido a variare le condizioni relative al secondo pos”.* Il 24.09.2012, la ricorrente ha sollecitato una richiesta di informazioni relativa alla sua pratica, e lo stesso giorno ha ricevuto, sempre tramite mail, la rassicurazione che la dipendente dell'intermediario aveva *“sollecitato in que(l) momento la definizione della pratica”.* Da ciò discende che la contestazione pregiudiziale dell'intermediario resistente sembra fondarsi su una nozione formale di reclamo, ossia su un atto che sia denominato come tale dal proponente ed abbia le caratteristiche tipiche di una lagnanza riferita ad *mis-fatto* del reclamato. Di contro si deve ribadire, confermando un indirizzo seguito costantemente dai Collegi ABF come sia principio generale dei procedimenti civili moderni quello per cui le istanze, domande od eccezion[i] debbono essere intese nel loro contenuto semantico ricostruito in buona fede al di là del ricorso a formule stereotipe. In ciò si è da sempre rilevato una evoluzione del diritto che ha condotto a capovolgere il rigido formalismo processuale che caratterizzava il processo formulare di una epoca del diritto romano o il procedimento basato sulle forms of action in common law. Se ciò è vero per il procedimento civile ordinario, a maggior ragione deve esserlo per un procedimento tendenzialmente informale come quello che si addice ad organi di ADR, come, appunto l'ABF. In realtà il ricorrente ha rivolto all'intermediario non una ma più istanze che hanno il valore di reclamo in quanto evidentemente rivolte a sollecitare l'adozione di condotte diverse da quelle sino a tal momento mantenute indicando con precisione come tali condotte dovessero essere modificate in senso più favorevole al



cliente stesso. La richiesta era quindi assai chiara. La stessa richiesta è stata ripetuta in fase di ricorso all'ABF. L'eccezione deve quindi essere disattesa.

Circa il merito della vertenza si deve considerare che dalla documentazione prodotta non risultano chiaramente quali siano le condizioni economiche applicate al servizio POS Pago Bancomat per i due apparecchi POS. In particolare, secondo il documento prodotto dalla ricorrente, datato 19.11.2010, le commissioni sono calcolate allo 0,4% sul transato e i costi transazione ammontano a 0,10 euro. In base al successivo contratto per il servizio POS Pago Bancomat, sottoscritto dalla ricorrente in data 11.02.2011, le commissioni sulle transazioni sono calcolate al 2%, mentre le spese unitarie sono pari 0,8 euro. In base alle contabili di addebito sembrerebbe invece che da subito (dall'inizio del 2011) siano state applicate di fatto con riferimento al primo POS condizioni "agevolate" (0,4% per le Commissioni Pago Bancomat e 0,1 % spese unitarie). Mentre relativamente al secondo POS tali condizioni agevolate sono state applicate solo a partire dal secondo semestre del 2012, senza che risulti agli atti alcuna comunicazione di modifica in tal senso.

Non è contestato tuttavia che la società ricorrente sia correntista della banca e che in riferimento ed in collegamento a tale rapporto abbia chiesto l'attivazione del servizio POS per due suoi esercizi commerciali. Materialmente quindi i POS installati sono due ed anche il servizio è stato opportunamente suddiviso per ragioni tecniche tra i due apparecchi installati; tuttavia il contenuto del rapporto è sostanzialmente identico ed esso intercorre tra gli stessi soggetti giuridici: la società cliente da un lato e la banca dall'altro. In queste condizioni è arduo giustificare la presenza di condizioni marcatamente diverse per l'utilizzo dei due apparecchi; anzi si deve dire che una differenziazione appare sorprendente.

Al riguardo la banca sostiene che la differenziazione rappresenta l'esito di accordi contrattuali in base ai quali la società cliente avrebbe ottenuto condizioni favorevoli, collegate al suo status di piccola media impresa per un solo apparecchio e non per entrambi. Si deve osservare che la spiegazione risulta sostanzialmente contraddittoria perché se le condizioni di favore sono legate allo status della ricorrente non si vede in che modo si possano differenziare le commissioni addebitate per l'uso dell'apparecchio n. 1 da quelle concernenti l'uso dell'apparecchio n. 2.

Più radicalmente la banca sembra sostenere che in ogni caso il contenuto degli accordi è quello riferito e che il cliente deve addebitare solo a se stesso il fatto di averli sottoscritti, mentre avrebbe ben potuto evitare lo scompenso lamentato mediante una trattativa più attenta e grintosa, sicché, ex art. 1227 c.c., espressamente invocato all'uopo, non può ora avanzare domande risarcitorie.

Il Collegio non può condividere questa impostazione.

Si deve premettere che la domanda della ricorrente deve intendersi come fondata su una responsabilità precontrattuale della controparte la quale non l'avrebbe avvertita che sottoscrivendo quegli accordi avrebbe pagato commissioni assai più elevate per l'utilizzo del POS n. 2 rispetto a quanto doveva pagare alla banca per l'utilizzo del POS n. 1. E' quasi superfluo ricordare come per consolidato insegnamento giurisprudenziale, il principio della buona fede oggettiva, costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale - la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce forza normativa e ricchezza di contenuti -, e la buona fede intesa come reciproca lealtà di condotta delle parti, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi,



da quella della formazione a quelle della interpretazione e della esecuzione ((v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462; Cass. S.U. 15.11.2007 n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Per quanto concerne più specificatamente il principio di buona fede nella fase precontrattuale giova rimarcare come lo stesso insegnamento giurisprudenziale indichi che sussiste violazione della buona fede non solo nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative, ma anche in caso di mancata osservanza dell'obbligo di completezza informativa circa la reale intenzione della parte di addivenire ad una conclusione del contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a giustificare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative. (cfr. Cass., sez. II, 26.4.2012, n. 6526; Cass. civ., sez. III, 8.10.2008, n. 24795) e che, sempre in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c. (Cfr. Cass. civ., 20-12-2011, n. 27648).

Calato questo insegnamento nella fattispecie in esame ne discende che era obbligo della banca richiamare l'attenzione del cliente sulla sorprendente differenziazione risultante dalle carte sottoscritte che riguardava l'ammontare delle commissioni gravanti sui due POS. Non è dubbio né è contestato che la predisposizione della documentazione contrattuale sia stata attività interamente svolta dalla banca in risposta ad una generica richiesta di attivazione del servizio POS. Anche a prescindere dal dato di fatto che in questo caso la documentazione contrattuale era particolarmente, e forse inutilmente, complessa, ed anche a prescindere dalla esistenza o meno di un dovere di intelligente informazione e spiegazione gravante sul predisponente, si deve ritenere non dubbio che la banca sia tenuta in base al richiamato principio di buona fede a richiamare l'attenzione del cliente su aspetti sorprendenti e inusuali della disciplina del rapporto da essa predisposta. Un operatore normale non si aspetta che su un apparecchio POS gravino commissioni nettamente più elevate che sull'altro, e se questo è l'effetto - ma, come si è detto il Collegio non può pronunciarsi con certezza al riguardo per la lacunosità della documentazione prodotta nel procedimento - degli accordi sottoscritti si deve esigere un avviso molto preciso al riguardo in fase di trattative precontrattuali.

Senonché la banca non ha nemmeno allegato di aver avvisato correttamente il cliente della elevata differenza che si veniva a creare, differenza tra l'altro così poco giustificabile razionalmente che la stessa è stata rimossa dopo le rimostranze del cliente. In questa lacuna informativa risiede quindi la fonte della responsabilità precontrattuale della banca e ciò giustifica l'accoglimento della domanda di rifusione delle somme incassate come frutto della falsa rappresentazione della realtà contrattuale in cui è caduta la ricorrente.

La domanda relativa alla rifusione di ulteriori danni ed in particolare dei danni morali è invece frutto del sentimento, posto che sotto il profilo giuridico non si vede quale danno ulteriore la ricorrente abbia subito e quale danno non patrimoniale possa immaginarsi.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla ricorrente la somma di € 5.088,99.

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.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 2938 del 29 maggio 2013

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO