

COLLEGIO DI BOLOGNA

composto dai signori:

(BO) MARINARI	Presidente
(BO) DI STASO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) MAIMERI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) LUCARELLI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) PETRELLI	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FABRIZIO MAIMERI

Seduta del 13/12/2022

FATTO

Con ricorso presentato il 17.8.2022, parte ricorrente, titolare di un conto corrente acceso presso l'intermediario resistente, riferisce che il 14.5.2021 ha ricevuto una PEC da parte dell'intermediario avente ad oggetto una proposta di modifica unilaterale, riguardante l'adeguamento del canone di conto corrente e, nello specifico, innalzava le "spese fisse di liquidazione trimestrali" a 6,00 euro; la voce di costo variata risultava contrattualmente pari a zero e il rapporto veniva pubblicizzato, al momento della sottoscrizione, come "gratuito per sempre". Presentava formale reclamo alla banca in data 6.10.2021 e, allo stato, le spese fisse per cui è ricorso sono state addebitate sul conto corrente e subito dopo stornate, avendo l'intermediario precisato informalmente che si riserva di poterle recuperare in futuro. Ricorda infine che i collegi ABF hanno già avuto modo di pronunciarsi positivamente per il cliente bancario in fattispecie analoghe con le decisioni n. 6519/2022, n. 7459/2022 e n. 7495/2022.

In sede di controdeduzioni, l'intermediario osserva che il ricorrente fonda il ricorso esclusivamente sull'assunto che "il pacchetto SMART" del conto corrente sarebbe stato pubblicizzato "all'epoca" come "gratuito per sempre", ma la valutazione di eventuali profili di scorrettezza di messaggi pubblicitari non è di competenza dell'ABF. In ogni caso, la

proposta di modifica unilaterale ex art. 118 T.U.B. del 14.5.2021 è stata ritualmente effettuata, posto che non ha introdotto alcun genere di nuovo costo che non fosse già previsto nel contratto di conto corrente, considerando che: (i) con la manovra in questione la banca ha solo diversamente valorizzato le spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo “SMART”, già indicate nel contratto di conto corrente sottoscritto dal ricorrente, con valorizzazione “a zero”; (ii) la facoltà di modifica unilaterale è prevista in tale contratto all’art. 14, il quale richiama e riproduce le previsioni di cui al predetto art. 118. La banca ha quindi esercitato legittimamente lo *jus variandi* di cui all’art. 118 T.U.B., in quanto relativo ad una condizione/pattuizione contrattuale già contenuta nel contratto di conto corrente, laddove lo zero rientra pacificamente tra i simboli numerici rappresentativi di un “valore”, di una “misura”, di una “cifra”. Sarebbe, quindi, decisamente errato, sia in fatto, sia in diritto, riconnettere all’indicazione di un costo “a zero” nell’ambito di un contratto, la volontà delle parti di rinunciare definitivamente ad una diversa valorizzazione di quella determinata prestazione, riconnettendo (arbitrariamente) a tale valorizzazione la mancanza di qualsiasi facoltà di modifica. Dal momento in cui la voce delle spese trimestrali di liquidazione del conto corrente è indicata e valorizzata nel contratto, essa rappresenta ad ogni effetto una vera e propria “condizione contrattuale”, rilevante ex art. 118 T.U.B., con la conseguenza che la stessa può essere modificata utilizzando il meccanismo previsto da tale norma, senza integrare la diversa fattispecie di introduzione di clausole di costo “nuove”. Non sono stati aggiunti “nuovi costi” in quanto non previsti nel contratto, ma è stato diversamente valorizzato un costo già previsto, con il che sono stati rispettati i principi dettati sul tema dalla decisione del Collegio di coordinamento n. 26498/2018, ove si fa riferimento a “nuovi costi” che “non si pongono come mera modifica di oneri già previsti dal contratto”.

Aggiunge poi che i Collegi ABF (cfr. decisioni dei Collegi di Napoli 27.7.2020 n.13027, Torino 22.1.2020 n. 945, Napoli 10.9.2020 n. 15737, Napoli 2.2.2022 n. 2052), nel pronunciarsi in merito a condizioni contrattuali modificate ex art. 118 T.U.B. - mediante l’innalzamento unilaterale di un costo indicato a “zero” ad un valore positivo -, non si sono mai posti il problema della riconducibilità, o meno di tale innalzamento alla fattispecie di cui all’art. 118 T.U.B., né hanno ravvisato la violazione di tale norma; con ciò riconoscendo, sebbene implicitamente, che siffatto genere di modifica integri modifica di condizione contrattuale già esistente e non invece introduzione di condizione contrattuale nuova. Anche il Tribunale di Milano, sez. VI civ., con la sentenza del 18.4.2019 n. 3970, ha affermato che “in tema di contratto di conto corrente bancario, sono infondate le doglianze dell’attore in merito ad alcune variazioni introdotte unilateralmente dalla banca con le comunicazioni ex art. 118 T.U.B., aventi ad oggetto lo *spread* e il parametro di indicizzazione del tasso debitore, qualora le condizioni indicate non abbiano comportato l’introduzione di nuovi oneri, ma variazioni della misura del tasso debitore e quindi potevano legittimamente essere comunicate ai sensi dell’art. 118 T.U.B.”.

Rileva per completezza parte resistente che, contrariamente a quanto sostiene il ricorrente, “il pacchetto SMART” del conto corrente non era pubblicizzato come “gratuito per sempre”, quando ha aperto il conto corrente. Il ricorrente ha infatti acceso detto conto il 27.6.2016 e lo *screenshot* prodotto con il ricorso (nel quale si parla di gratuità del prodotto) risale al 10.3.2016, quando il ricorrente non aveva alcun rapporto con la banca e, comunque, indica anche in relazione al pacchetto “SMART” delle spese (il che già esclude che potesse essere completamente gratuito); inoltre, lo *screenshot* in esame riguardava la comparazione dei canoni fra i vari pacchetti di conto corrente offerti, la cui differenza era, anzitutto, che in relazione a quello “SMART” (“pacchetto base”) il canone era gratuito, come è rimasto anche dopo la manovra. In ogni caso, eventuali profili di

scorrettezza di messaggi pubblicitari della banca, comunque non di competenza dell'ABF, nemmeno si porrebbero nella presente fattispecie. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha aperto il 10.12.2021 un procedimento istruttorio al fine di verificare la possibile violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 lett. d) cod. cons. in relazione al *claim* pubblicitario "gratuito per sempre". Tale procedimento si è concluso, senza alcuna sanzione, con provvedimento dell'AGCM del 12.7.2022, la quale ha accolto gli impegni assunti in relazione alla manovra nei confronti, fra gli altri, dei clienti che avevano aperto il conto corrente pacchetto "SMART" nel periodo tra l'11.2.2015 e il 19.4.2016. Tali impegni: (i) prevedono il mantenimento della manovra, con l'assegnazione ai soli clienti che hanno sottoscritto un conto corrente pacchetto "SMART" nel citato periodo tra l'11.2.2015 e il 19.4.2016 di un termine di recesso decorrente dalla nuova comunicazione della manovra medesima; (ii) sono stati oggetto del parere preventivo reso dalla Banca d'Italia all'AGCM, parere che ha ritenuto che gli impegni "non presentano profili di incoerenza rispetto a quanto previsto dalle vigenti Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e servizi bancari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti". Inoltre, il parere reso dalla Banca d'Italia dovrebbe condurre, quantomeno, a riconsiderare i precedenti resi dall'ABF e richiamati dal ricorrente, fermo che (ovviamente) il Collegio ABF può ritenere di discostarsi dagli stessi, esistendone anche altri non conformi, già più sopra richiamati.

In relazione alle rispettive argomentazioni, parte ricorrente afferma che, "in conclusione, la mia richiesta è che mi siano una volta per tutte annullate le spese fisse di liquidazione trimestrale e che venga portata definitivamente a zero la relativa voce di costo così come era nel contratto iniziale ripristinando la condizione di gratuità del mio pacchetto SMART". Parte resistente chiede al Collegio "di non accogliere il ricorso per tutti i motivi sopra esposti".

DIRITTO

Parte ricorrente contesta la proposta di modifica unilaterale ex art. 118 T.U.B., formulata dall'intermediario in data 14.5.2021, con la quale è stato variato il costo delle spese fisse di liquidazione trimestrali, incrementato da € 0,00 ad € 6,00. Nello specifico, censura che le condizioni siano state variate nonostante il rapporto di conto corrente "*smart*", cui aveva aderito, fosse stato pubblicizzato dall'intermediario quale rapporto "*gratuito per sempre*". Di qui la richiesta che venga ripristinata la condizione di gratuità in relazione alla voce di costo relativa alle spese fisse di liquidazione trimestrale.

1. Siffatta richiesta, per come formulata e sopra riportata, potrebbe essere considerata come volta ad ottenere l'adozione da parte del Collegio di una pronuncia costitutiva, preclusa però ai Collegi ABF. Tuttavia, il Collegio ritiene che essa può agevolmente essere interpretata come volta ad accertare l'illegittimo esercizio dello *ius variandi* da parte dell'intermediario, accertamento da cui discende l'applicazione delle condizioni originariamente pattuite.

2. In secondo luogo, e sempre in via preliminare, l'intermediario eccepisce che l'Arbitro sia incompetente a pronunciarsi sulla controversia in esame in quanto la contestazione del cliente verterebbe su presunte campagne pubblicitarie non corrette svolte dall'intermediario. Si tratterebbe di investigare profili che riguardano il rispetto della normativa in tema di concorrenza. A questo riguardo, può essere utile richiamare quanto

deciso da questo Collegio con decisione n. 7459/2022 che, rispetto ad una controversia analoga alla presente, ha superato l'eccezione in parola, qualificando la domanda come di accertamento dell'illegittimo esercizio dello *ius variandi*: "l'intermediario eccepisce che l'Arbitro sia incompetente a pronunciarsi sulla controversia in esame in quanto la contestazione del cliente verterebbe su presunte campagne pubblicitarie non corrette svolte dall'intermediario. Tuttavia, se pur le modalità con cui l'intermediario ha effettuato la propria campagna pubblicitaria sembrano costituire la principale ragione a sostegno della domanda, il *petitum* del ricorso è chiaramente costituito dalla richiesta di disapplicazione delle condizioni di cui alla modifica unilaterale ed è come tale del tutto rientrante nella competenza di questo Arbitro". Nello stesso senso, cfr. Collegio di Bologna, decisioni n. 7461/2022 e n. 7495/2022.

3. Quest'ultima argomentazione introduce la questione di merito, costituita dalla verifica della legittimità della manovra ai sensi dell'art. 118 T.U.B. e, dunque, dal riconoscimento o meno in capo al ricorrente del diritto di vederne eliminati gli effetti per contrarietà con le norme che la regolano.

Dal documento di sintesi relativo al prodotto "*smart*" prima della modifica, emerge come in effetti le varie voci di spesa siano avvalorate a zero, tranne quella del "prelevamento per cassa" per la quale era stabilito un costo unitario di € 3,00. La gratuità del prodotto quindi non era, al di là della pubblicità, del tutto corrispondente alla situazione reale, nella quale era comunque prevista una spesa a carico del correntista. Ciò detto, merita rammentare che, ai sensi del menzionato art. 118, tre sono i presupposti di legittimità per attivare lo *ius variandi*:

a) la facoltà di variare tassi e condizioni sia prevista nel contratto: l'art. 14 delle condizioni contrattuali in effetti disciplina questa possibilità, facoltizzando la banca alla variazione;

b) la comunicazione per iscritto al cliente, con un preavviso di almeno sessanta giorni, della variazione a cui la banca vuole procedere: è pacifico dalle dichiarazioni delle parti che la comunicazione di modifica unilaterale sia stata ricevuta dal cliente (inviata a maggio 2021 con effetto dal luglio successivo);

c) la modifica sia assistita da un "giustificato motivo": la sussistenza di questo criterio non viene censurata dal ricorrente, che contesta la modifica in quanto violerebbe la gratuità dell'offerta iniziale. In particolare, egli allega una schermata che riproduce dei messaggi pubblicitari dai quali risulta che il conto corrente "*smart*" sarebbe stato, quanto meno alla data del 10.3.2016 (recata dalla schermata stessa), pubblicizzato come "*gratuito per sempre*".

Per cogliere meglio la portata di questa censura, mette conto precisare che, nell'ambito del procedimento sanzionatorio instaurato dall'AGCM verso la banca resistente (e concluso con il provvedimento PS12123 n. 30239 del 12.7.2022), è emerso che il pacchetto "*smart*" è stato pubblicizzato mediante il *claim* "*gratuito per sempre*" fra l'11.2.2015 e il 19.4.2016 e, in relazione ai clienti che abbiano aderito al pacchetto in detto periodo (tra i quali non rientra quindi il ricorrente, che ha stipulato il contratto in esame il 27.6.2016), la banca si è impegnata ad effettuare una nuova comunicazione della proposta di modifica unilaterale, concedendo un nuovo termine di 30 giorni per il recesso e rimborsando le spese fisse di liquidazione *medio tempore* applicate. Tali spese sarebbero state recuperate qualora il cliente non avesse receduto entro lo spirare del nuovo termine.

Ancora sotto questo profilo per completezza occorre precisare come parte resistente

rappresenti che i menzionati impegni siano stati oggetto del parere preventivo reso dalla Banca d'Italia, la quale ha ritenuto che questi “non presentano profili di incoerenza rispetto a quanto previsto dalle vigenti Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e servizi bancari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”. Questa circostanza tuttavia non appare decisiva ai fini della legittimità della procedura di *jus variandi* nel caso di specie, dal momento che l'Autorità di vigilanza si limita a valutare - come prescritto dalla procedura innanzi all'AGCM - la congruità degli impegni assunti dall'intermediario con le disposizioni sulla trasparenza e non la legittimità della predetta procedura.

Concludendo su questo aspetto, non si ritiene che, ai fini della lamentata illegittimità della procedura di *jus variandi*, sia decisivo l'argomento della “*gratuità per sempre*” del pacchetto “*smart*” e del provvedimento dell'Autorità della concorrenza. Ciò sia perché tale provvedimento non riguarda, temporalmente, la vicenda in esame; sia perché la domanda attiene piuttosto alla verifica della legittimità della procedura ex art. 118 T.U.B. e sotto questo aspetto la gratuità pubblicizzata non è un elemento scriminante, come subito si vedrà nei successivi paragrafi; sia perché la gratuità acclarata da un provvedimento antitrust non è utile a una dichiarazione di incompetenza dell'Arbitro, cui piuttosto viene richiesta l'analisi dell'intera operazione di modifica in relazione ai presupposti che la legittimano.

4. Per valutare la questione sottoposta a questo Collegio, cioè la validità dell'operazione di modifica unilaterale delle condizioni, occorre andare oltre la letteralità dell'art. 118 T.U.B. e seguire il filo interpretativo che si è dipanato nel tempo a questo riguardo. All'indomani dell'introduzione nel testo di tale articolo del menzionato requisito dell'esistenza del giustificato motivo, il Ministero dello Sviluppo economico (cui fu dovuta l'iniziativa dell'integrazione normativa, effettuata nell'ottica di un miglioramento delle condizioni di concorrenza nel mercato bancario) emanò la circolare n. 5574 del 21.2.2007, rubricata “Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della legge 4 agosto 2006, n. 248”. In essa, accanto a esempi utili circa l'applicazione del concetto di giustificato motivo nell'ambito dei rapporti bancari, si legge che «le “modifiche” disciplinate dal nuovo articolo 118 TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*». Insomma, sono modifiche ammesse alla procedura dello *jus variandi* solo quelle che producono cambiamenti dell'esistente assetto negoziale e non anche aggiunte al medesimo. Tale orientamento due anni dopo è stato inserito *tel quel* nelle disposizioni di vigilanza in tema di trasparenza, di cui al provvedimento della Banca d'Italia del 29.7.2009 (sez. IV, par. 2). Siffatta interpretazione finisce per aggiungere ai tre presupposti previsti dalla legge primaria quello ulteriore della “non novità” della modifica.

Sulla scia dei suddetti rilievi, l'Arbitro ha avuto modo di affermare in più occasioni che «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»: così Collegio di Napoli, decisione n. 396 del 28.2.2011; cfr. pure Collegio di Milano, decisione n. 1298 del 10.11.2010. “A questo proposito, pare corretto ritenere che non sia semplice modifica l'introduzione *ex novo* di un onere, un obbligo, una controprestazione o qualsivoglia altro termine o condizione (economica o normativa) nel contratto, che non sia già previsto nell'assetto originario determinato dalle parti. Infatti, tali variazioni si traducono nell'aggiunta di nuovi costi, in quanto non si pongono come mera

modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzano, così, un'alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente": Collegio di coordinamento, decisione n. 26498/2018.

5. Dinanzi a una simile conclusione ermeneutica, si è posto il problema se dovesse considerarsi nuova (e quindi esclusa dall'applicazione dello *jus variandi*) la modifica che portasse da zero a un valore positivo la misura di una commissione evidenziata nel contratto. In altri termini, la questione era se potesse ritenersi inserita nel contratto una commissione avvalorata a zero.

La risposta assolutamente prevalente dei Collegi a questa domanda (resa in situazioni del tutto analoghe a quella qui in esame) è stata negativa e questo Collegio non ritiene di discostarsi da tale orientamento. Infatti l'aggiustamento del sinallagma contrattuale nel corso del rapporto deve avere ad oggetto le stesse variabili che hanno concorso a formare l'equilibrio iniziale; a questi fini, una commissione pari a zero è una "non commissione" nel senso che essa non incide sull'equilibrio originario e un suo innalzamento in campo positivo equivale in realtà a una nuova commissione. La considerazione che anche lo zero è espressione di una quantità cede il passo in un ragionamento che si muove nell'ambito di un equilibrio contrattuale da rinnovare mediante lo *jus variandi*.

Se è pacifico che il conto corrente in parola avesse spese di liquidazione trimestrale pari a zero e che tale voce di costo (divenuta onerosa) rappresenta una clausola nuova ed un costo nuovo per il ricorrente, "non può essere consentita la sua ammissibilità attraverso lo speciale meccanismo di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali previsti all'art. 118 T.U.B.": così Collegio di Napoli, decisione n. 5299/2021. "Come rilevato da questo Collegio in relazione a fattispecie analoghe (Collegio Milano, decisione n. 12453/2020), non può pertanto reputarsi una modifica contrattuale ammissibile l'aumento di un costo, pur menzionato nell'originario documento di sintesi, da un valore pari a zero a un qualsivoglia valore positivo. L'applicazione di un costo che in precedenza non veniva conteggiato dall'intermediario non può essere in definitiva esito di un valido esercizio del *jus variandi*, con conseguente inefficacia della relativa previsione modificativa, come tale inidonea ad assumere valore contrattuale, e quindi vincolante, per le parti e, in particolare, per il cliente: così Collegio di Milano, decisione n. 4882/2022, cui *adde*: Collegio di Bari, decisione n. 16284/2019 e Collegio di Roma, decisione n. 15128/2020.

Non resta allora che ribadire quanto questo Collegio ha già avuto modo di affermare nella decisione n. 7495/2022, affermando che "la variazione delle spese di liquidazione da € 0,00 ad € consta dell'introduzione nel regolamento contrattuale, limitatamente al set di condizioni denominate pacchetto '*smart*' cui il ricorrente aveva aderito, di clausole di costo nuove, concernenti la liquidazione trimestrale del conto, e non prima previste. Ciò fa sì che la modifica unilaterale fuoriesca dall'ambito dell'esercizio dello *jus variandi* e non possa ritenersi legittima, nel caso di specie. Deve dunque essere dichiarata nulla e inefficace la clausola di costo inserita e contestata dal ricorrente, al quale saranno applicabili le condizioni contrattuali in essere prima della modifica" unilaterale effettuata ai sensi dell'art. 118 T.U.B.

Va quindi riconosciuto al ricorrente il diritto di vedersi mantenute le condizioni negoziali convenute prima della modifica avviata a maggio 2021.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla parte ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MARCELLO MARINARI