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 in data 11.8.2022, parte ricorrente riferisce di essere titolare di conto corrente acceso presso l'intermediario resistente sin dal 2015, quando il pacchetto SMART veniva pubblicizzato "a zero spese e a canone gratuito" e "gratuito per sempre"; di fatto, quindi, la gratuità pubblicizzata non riguardava solo il canone, bensì il pacchetto completo di conto corrente; infatti, anche nell'area personale del sito, alla voce "pacchetti conto" in corrispondenza del pacchetto base "SMART", negli anni passati era presente la scritta "gratuito per sempre". Tutto ciò è stato accertato dal procedimento AGCM PS12123 per pratiche commerciali scorrette e nella risposta al reclamo, la banca confermava l'accensione del conto corrente nel periodo di tale pubblicizzazione. Con comunicazione del 14.5.2021, l'intermediario definiva l'adeguamento del canone di conto corrente a pacchetto: in particolare, per il pacchetto SMART, è la voce "Spese fisse di liquidazione trimestrali" ad aumentare da € 0,00 a € 7,50, laddove è noto che, per l'art. 118 TUB, contenente la disciplina dello *ius variandi*, tali addebiti per "spese fisse di liquidazione" siano illegittimi, come statuito dal Collegio di Milano con la decisione n. 4882/2022.

In sede di controdeduzioni, l'intermediario riferisce che con la comunicazione del

14.5.2021, ha modificato la valorizzazione delle spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo SMART, elemento già indicato nel relativo contratto, con valorizzazione "a zero". Si ritiene, quindi, che, già per questo solo motivo, non siano state introdotte "clausole di costo nuove", con conseguente legittimità della manovra, come di recente confermato dalla Banca d'Italia nell'ambito del procedimento innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Infatti, l'AGCM ha avviato il 10.12.2021 un procedimento istruttorio al fine di verificare la possibile violazione degli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 lett. d) del codice del consumo, in relazione alla pubblicizzazione del conto corrente pacchetto/profilo SMART con il *claim* "gratuito per sempre" nel periodo ricompreso tra l'11.2.2015 e il 19.4.2016. Tale procedimento si è concluso con provvedimento assunto all'adunanza dell'AGCM del 12.7.2022, senza alcuna sanzione, ritenendo gli impegni assunti dalla Banca idonei a sanare "i profili di possibile illegittimità". Tali impegni, in sintesi: a) prevedono il mantenimento della manovra negli stessi termini di cui alla citata comunicazione del 14.5.2021, assegnando ai clienti che hanno sottoscritto un conto corrente pacchetto SMART nel citato periodo tra l'11.2.2015 e il 19.4.2016, come il ricorrente, un nuovo termine di recesso dal contratto di conto corrente, oltre al rimborso delle "spese di liquidazione trimestrali" *medio tempore* addebitate; b) sono stati oggetto del parere preventivo reso dalla Banca d'Italia, la quale ha ritenuto che "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". Tale ultima circostanza dovrebbe condurre, quantomeno, a riconsiderare i precedenti richiamati da parte ricorrente. In ogni caso, al ricorrente, avendo aperto il conto il 24.9.2015, la banca ha provveduto ad inviare la comunicazione ed a rimborsare le "spese di liquidazione trimestrali" *medio tempore* addebitate.

Conclude affermando che la manovra è legittima anche per i seguenti motivi: a) è pacifico e documentalmente dimostrato che le spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo SMART costituivano un elemento già indicato nel relativo contratto; b) la facoltà di modifica unilaterale del contratto è prevista all'art. 14 delle "Norme generali applicabili al rapporto banca-cliente", il quale richiama e riproduce le previsioni di cui all'art. 118 TUB. Ne consegue che non è stata introdotta alcuna nuova clausola, o nuova voce di spesa o di costo, in quanto le spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo SMART erano già indicate e previste nel contratto.

In relazione alle rispettive argomentazioni, il ricorrente chiede "il ripristino delle condizioni precedenti il 15.7.2021 e lo storno di quanto eventualmente addebitatomi a titolo di spese fisse di liquidazione trimestrali e non già stornatomi nel frattempo".

Parte resistente chiede "di respingere il ricorso".

DIRITTO

Parte ricorrente contesta la proposta di modifica unilaterale *ex* art. 118 TUB, 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 € 7,50. Tale proposta è inammissibile quando abbia ad oggetto l'aumento di un costo, pur menzionato nell'originario documento di sintesi, da un valore pari a zero a un qualsivoglia valore positivo e quando le condizioni siano state variate nonostante il rapporto fosse stato

pubblicizzato dall'intermediario quale rapporto *"gratuito per sempre"*. Il ricorrente chiede quindi che venga ripristinata la condizione di gratuità in relazione alla voce di costo in parola, con eventuale rimborso di quanto addebitato nel frattempo e non stornato dalla banca. Sul punto l'intermediario chiarisce di aver già provveduto a rimborsare le "spese di liquidazione trimestrali*"* *medio tempore* addebitate, come da comunicazione versata in atti.

1. La richiesta di ripristinare la situazione del conto quale appariva precedentemente la manovra di modifica, per come formulata e sopra riportata, potrebbe essere considerata come volta ad ottenere l'adozione da parte del Collegio di una pronuncia costitutiva, preclusa all'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 TUB e, dunque, dal riconoscimento o meno in capo al ricorrente del diritto di vederne elimnati gli effetti per contrarietà con le norme che la regolano.

Ai sensi del menzionato art. 118, tre sono i presupposti di legittimità per attivare lo *jus variandi*:

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

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.

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 SMART in detto periodo (tra i quali rientra quindi il ricorrente, che ha stipulato il contratto in esame il 24.9.2015), 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 validità 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 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 la domanda attiene alla verifica della legittimità della procedura *ex* art. 118 TUB 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'ottoca 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'appliocazione 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 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»: 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 varabili 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 TUB": 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 TUB.

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