

COLLEGIO DI BOLOGNA

composto dai signori:

(BO) MARINARI	Presidente
(BO) MAIMERI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) LEMME	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) PASQUARIELLO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) CAPILLI	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FABRIZIO MAIMERI

Seduta del 14/02/2023

FATTO

Con ricorso presentato il 2.10.2022, parte ricorrente contesta l'aumento delle "spese fisse di liquidazione trimestrale" che l'intermediario convenuto ha imposto sul conto corrente pacchetto *smart* con comunicazione di proposta di modifica unilaterale (PMU) del 14.5.2021. Precisa che l'addebito di tali spese rappresenta l'aumento di una voce di costo che contrattualmente era prevista a zero.

In sede di controdeduzioni, l'intermediario osserva che la manovra del 14.5.2021 non ha introdotto alcun genere di nuovo costo o spesa che non fosse già previsto nel contratto di conto corrente sottoscritto dal ricorrente, posto che la banca ha solo diversamente valorizzato le spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo *smart*, già contenute nel contratto con quantificazione "a zero": del resto, la facoltà di modifica unilaterale delle condizioni è prevista all'art. 14 del contratto medesimo. Infatti, sarebbe errato 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 oggetto dell'accordo negoziale, deducendo (arbitrariamente) da tale valorizzazione la mancanza di qualsiasi facoltà di modifica. Dal momento in cui la voce delle spese trimestrali di liquidazione del conto corrente è comunque indicata e valorizzata

nel contratto, essa rappresenta ad ogni effetto una vera e propria “condizione contrattuale”, rilevante ex art. 118 TUB, 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”.

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha aperto il 10.12.2021 nei confronti dell’intermediario 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 sanzione ma con impegni assunti dall’intermediario, impegni che sono stati oggetto del parere preventivo, reso dalla Banca d’Italia all’AGCM, secondo il quale essi “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”. Il parere in questione – argomenta parte convenuta – ha rilevanza nel presente procedimento, in quanto reso proprio sulla manovra ex art. 108 TUB, ossia sulla diversa valorizzazione delle spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo *smart*.

Quanto alla schermata internet prodotta con il ricorso (da cui appare la gratuità del prodotto), questa non risale al periodo in cui il ricorrente ha aperto il conto corrente né prova contraria viene dallo stesso fornita. Comunque eventuali (e nella specie inesistenti) profili di pubblicità ingannevole non sarebbero di competenza dell’Arbitro, fermo il provvedimento dell’ACGM sopra citato.

In relazione alle rispettive argomentazioni, il ricorrente

Richiede:

1. di dichiarare illegittima, nulla ed inefficace la modifica unilaterale della variazione di contratto del costo da 0 € a 6,00 € trimestrali della voce “spese fisse di liquidazione”;
2. l’applicazione delle condizioni contrattuali precedenti al 14/5/2021;
3. la restituzione della somma totale di 24,00 euro addebitata sul conto corrente nella misura di 6 euro ogni trimestre, quale voce “spese trimestrali di liquidazione” (i 24€ sono riferiti all’ultimo trimestre del 2021 e i primi tre trimestri del 2022).

Da parte sua, l’intermediario chiede all’Arbitro “di non accogliere il ricorso per tutti i motivi sopra esposti”.

DIRITTO

Il ricorrente è titolare del conto corrente *pacchetto smart* sottoscritto con l’intermediario, il quale prevedeva delle spese fisse di liquidazione trimestrale di importo pari ad € 0,00. Per quanto non sia stata allegata copia del contratto, il punto è pacifico fra le parti. Con la “*Proposta di Modifica Unilaterale del Contratto*” effettuata ai sensi dell’art.118 TUB il 14.5.2021, la banca ha modificato tale importo da € 0,00 ad € 6,00. L’intermediario ritiene di aver correttamente operato in quanto le spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto *smart* costituivano un elemento già indicato nel contratto sottoscritto dal ricorrente, con valorizzazione “a zero”.

1. 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 stabilito 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.

2. 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 eliminati gli effetti per contrarietà con le norme che la regolano. Ai sensi dell'art. 118 TUB, 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 del rapporto fra le parti 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: non risulta eccepito il fatto che la comunicazione di modifica unilaterale non sia stata ricevuta dal cliente;

c) la modifica sia assistita da un "giustificato motivo": la sussistenza di questo criterio non viene censurata dal ricorrente, che accenna piuttosto alla violazione della 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 in detto periodo (tra i quali non rientra quindi il ricorrente, che ha stipulato il contratto in esame il 15.6.2016), 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 fosse 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 *ius 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 *ius variandi*, sia decisivo l'argomento della "gratuità per sempre" del pacchetto *smart* e del provvedimento dell'Autorità della concorrenza. Ciò 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.

3. 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 TUB 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 *ius 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.

4. Dinanzi a una simile conclusione ermeneutica, si è posto il problema se dovesse considerarsi nuova (e quindi esclusa dall'applicazione dello *ius 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 *ius 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 *ius 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 *jusvariandi* 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