

IL COLLEGIO DI MILANO

Composto da:

- | | |
|--|---|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente; |
| - Prof.ssa Antonella Sciarrone | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia (relatore) |
| - Dott. Mario Blandini | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario; |
| - Dott.ssa Anna Bartolini | Membro designato dal C.N.C.U. |

nella seduta del 2 febbraio 2010 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Con ricorso del 3/11/2009, il cliente, insoddisfatto dai parziali riscontri della banca, ha richiesto che venisse accertata - anche in relazione all' "indebita" detrazione dal suo conto corrente dell'importo di € 157,80 - la scorrettezza del comportamento della banca, per l'ingiustificata violazione degli accordi contrattuali.

Il ricorrente aveva stipulato in data 20/11/2008 un contratto di conto corrente e un contratto di amministrazione e gestione titoli con la banca. Nel corso del successivo mese, era stato inoltre concesso al cliente un fido sul conto corrente.

Con riferimento a tali rapporti, al momento dell'accensione, erano state concordate - come documentato da due comunicazioni a firma del responsabile della filiale - condizioni economiche di maggior favore per il cliente (in termini di interessi creditori e debitori, spese ed oneri) in deroga a quelle standard praticate dall'intermediario e pubblicizzate nei relativi documenti di trasparenza.

Già prima dell'insorgere della controversia sottoposta alla cognizione dell'ABF, il cliente aveva presentato numerosi reclami nei confronti della banca per contestare di volta in volta l'applicazione di interessi, spese ed oneri in misura difforme da quella a suo tempo concordata. Peraltro, nelle occasioni in cui la banca - esercitando le facoltà contrattualmente previste - aveva avanzato



“proposte di modifica unilaterale del contratto”, il cliente, nel contesto di tali reclami, ha sistematicamente opposto rifiuto, senza peraltro recedere nei termini di cui all’art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993, ma, anzi, richiamando la controparte all’osservanza delle condizioni contrattuali inizialmente pattuite.

In particolare, la parte attrice ha contestato il modo di operare dell’intermediario, che – nello svolgimento del rapporto – ha regolarmente imputato in conto competenze per interessi creditori e debitori, spese e commissioni in misura diversa da quella inizialmente convenuta, provvedendo a rettificare gli addebiti solo a seguito di reiterate richieste e reclami.

Con riferimento agli importi da ultimo contestati per € 157,80, il ricorrente non ha fatto espressa menzione del parziale rimborso già eseguito per circa € 100, circostanza tuttavia desumibile dalla lettera della banca del 20/10/2009, pure acclusa al ricorso.

Più precisamente, in data 4 settembre 2009 l’attore ha contestato l’ultima “proposta di modifica unilaterale del contratto” di cui alla comunicazione della banca datata 26/8/2009, ritenendola priva di adeguata giustificazione e

richiamando la controparte – come aveva già fatto per le precedenti “proposte” – all’integrale osservanza delle condizioni pattuite al momento della stipulazione dei contratti. Con successiva comunicazione del 5 ottobre 2009, il cliente ha richiesto la restituzione di quanto “indebitamente” trattenuto sul conto, per un importo complessivo di 157,80 euro così ripartito:

- € 24,99 per l’addebito di spese ingiustificate;
- € 130,31 per competenze relative al 3° trimestre 2009, ricalcolate sulla base delle condizioni contrattuali inizialmente pattuite;
- € 2,50 per l’imputazione in conto di spese già addebitate.

Alla richiesta reiterata in data del 19 ottobre 2009, la banca ha fornito riscontro in data 20 dello stesso mese, riconoscendo al cliente un rimborso per € 103,25, per effetto:

- del ricalcolo degli interessi debitori sul fido utilizzato, sulla base delle condizioni pattuite anteriormente alle intervenute modifiche unilaterali (non accettate dal cliente), per un importo di € 78,25;
- della restituzione, per € 24,90, delle spese relative all’ “amministrazione affidamenti”, anche se previste nel regolamento contrattuale sottoscritto dal cliente.

Nell’ambito dei fatti contestati, l’attore ha accennato anche a un tentativo compiuto dalla banca per indurlo alla firma di una dichiarazione di recesso “in bianco” che consentisse alla banca medesima di portare ad estinzione il conto corrente secondo tempi e modalità stabilite discrezionalmente.

L’intermediario ha presentato, per il tramite del Conciliatore Bancario, le proprie controdeduzioni con messaggio di posta elettronica certificata del 15/12/2009.

Nel documento, si sono ripercorse tutte le fasi dei rapporti contrattuali oggetto del ricorso sin dal momento dell’apertura, con il riconoscimento al cliente di condizioni di maggior favore rispetto a quelle generalmente praticate.

Sono state anche riportate, trimestre per trimestre, le questioni e contestazioni mosse dal cliente – peraltro, “*con pretesa di immediato riscontro [...] incompatibile con una normale gestione operativa della filiale*” – su presunti



errori nella liquidazione delle competenze e/o nell'applicazione di spese ed oneri, e le relative risposte della filiale che *"in uno spirito di disponibilità e collaborazione"* sarebbero sempre state integralmente soddisfattive per il cliente. A fronte di tali doglianze, la resistente, pur riconoscendo un *"ritardo nel caricamento nel sistema informatico delle condizioni di maggiore favore"*, ha esposto di aver inizialmente provveduto a dare integrale soddisfazione alle ragioni esposte dal cliente con l'accredito delle competenze nella misura richiesta; in tal senso ha provveduto anche successivamente, fino all'insorgere della controversia, *"quando la fondatezza delle richieste – secondo quanto asserito dalla banca – era più che dubbia"*, a ciò indotta da *"ragioni di sensibilità e attenzione al cliente"* e da *"motivi di economia operativa"*.

In relazione ai fatti esposti, la banca ha sottolineato che, nei contratti sottoscritti dal cliente, in apposite clausole specificamente approvate, era prevista a favore della medesima banca la facoltà di modificare unilateralmente tassi, prezzi e altre condizioni, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993.

Nell'esercizio di tale diritto, a partire dal primo trimestre 2009 sono state variate *in peius* – in linea con modifiche generalizzate operate sui conti corrente in essere – le condizioni economiche previste nel contratto, con riferimento al tasso creditore e debitore e alla commissione di massimo scoperto.

Tuttavia, il ricorrente ha sempre opposto un rifiuto alle *"proposte di modifica unilaterale"* avanzate dalla banca e, senza avvalersi del potere di recesso ai sensi dell'art. 118 D.Lgs. n. 385/1993, ha di volta in volta preteso (ed ottenuto) l'applicazione dei tassi e oneri originariamente convenuti. L'atteggiamento del cliente sarebbe unicamente motivato, secondo quanto sostiene l'intermediario, dal personale *"convincimento"* che le uniche condizioni applicabili ai rapporti a lui intestati fossero quelle elencate nelle pattuizioni a suo tempo intervenute con il responsabile della filiale.

Nell'ambito di relazioni così compromesse, caratterizzate da continue controversie, la banca, secondo quanto riferito nelle controdeduzioni, avrebbe ritenuto – quale *"unica soluzione possibile"* – di invitare la parte ad estinguere il conto corrente.

Con particolare riferimento all'ultima controversia insorta per l'addebito di € 157,80 ritenuto ingiustificato dal cliente, la banca ha provveduto al rimborso parziale in misura di circa 2/3. Il divario rispetto alle richieste del ricorrente è sostanzialmente riconducibile alla quantificazione – sulla base dei tassi previsti dagli originari accordi contrattuali, precedenti alle modifiche unilaterali non accettate dal cliente – del maggiore importo per interessi debitori, che, secondo la banca, sarebbe pari a € 78,25, anziché a € 130,31.

In conclusione, la resistente, considerato anche che taluni rimborsi sono stati effettuati per meri motivi di *"correttezza"* (*sic!*), chiede all'ABF di respingere il ricorso.

Ritenuto maturo il procedimento per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato nella riunione del 2 febbraio 2010.

DIRITTO

La richiesta del ricorrente all'Arbitro - sebbene tragga origine dal mancato integrale rimborso di alcuni addebiti "ingiustificati" - è diretta principalmente all'accertamento della presunta scorrettezza del complessivo comportamento tenuto dalla banca nello svolgimento dei rapporti contrattuali con il ricorrente medesimo. Di contro, l'intermediario resistente, che per gli esposti "motivi di correttezza" operativa ha generalmente recepito le istanze del cliente, chiede che sia riconosciuta l'infondatezza del ricorso e la sostanziale legittimità della propria condotta contrattuale.

Per la decisione della controversia sottoposta a questo Collegio assumono preminente rilievo due distinte questioni: la prima riguarda la determinazione e interpretazione del regolamento contrattuale applicabile ai rapporti intercorrenti tra banca e cliente, tenuto conto degli accordi intervenuti tra le parti a seguito di effettive trattative, in deroga ai formulari generalmente adottati dalla banca medesima; la seconda attiene alla legittimità dell'esercizio da parte della banca dello *ius variandi*, anche alla luce del canone della buona fede.

Per quanto riguarda la prima questione, emerge dalla relativa documentazione che alcune condizioni economiche relative ai rapporti di conto corrente e di amministrazione e custodia dei titoli sono state oggetto di specifica trattativa e fissate, in misura derogatoria rispetto agli schemi contrattuali standard, in due comunicazioni indirizzate dal responsabile della filiale al cliente (e ciò anche se, nei formulari utilizzati per la sottoscrizione dei contratti e nei rispettivi documenti di sintesi, le clausole "derogate" non sono state cancellate, né rettifiche in conformità a quanto stabilito nelle suddette comunicazioni).

Orbene, com'è noto, ai sensi dell'art. 1342 cod. civ., le clausole aggiunte sulla base di specifiche trattative tra le parti "prevalgono su quelle del modulo o formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non siano state cancellate".

Del resto, secondo l'orientamento consolidato di giurisprudenza e dottrina, le clausole aggiunte prevalgono su quelle del modulo, solo se ed in quanto sussista un effettivo contrasto tra le prime e le seconde; al fine di valutare la compatibilità tra le clausole aggiunte e quelle prestampate occorre, dunque, accertare il reale intento dei contraenti mediante un esame globale del contratto, allo scopo di riscontrare se il patto aggiunto sia in contrasto con quanto predisposto o adempia piuttosto ad una funzione integratrice o specificatrice (cfr., da ultimo, Cass. 28/8/2007, n. 18180, la quale ha sancito che "[...]in tema di contratti conclusi mediante moduli o formulari predisposti da una delle parti, la disposizione dell'art. 1342 c.c., comma 1, si applica esclusivamente ove sussista un contrasto tra le clausole aggiunte e quelle predisposte a stampa, per sancire la prevalenza delle prime").

Nel caso di specie - posto che le condizioni oggetto di trattativa individuale prevedevano un trattamento più favorevole per il cliente - la banca ha correttamente riconosciuto la prevalenza delle condizioni di maggior favore rispetto a quelle standard indicate nei documenti di sintesi allegati ai contratti sottoscritti dal cliente.



La seconda questione, ovvero quella attinente alla legittimità dell'esercizio da parte della banca dello *ius variandi* (anche alla luce del canone della buona fede), si presenta più delicata e complessa.

La facoltà di modificare unilateralmente - anche in senso sfavorevole alla controparte - tassi, prezzi e altre condizioni è regolarmente prevista a favore della banca, nei contratti a suo tempo sottoscritti, in clausole sottoposte a specifica approvazione da parte del cliente ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 385/1993. Le relative disposizioni contrattuali richiamano, infatti, l'art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993, recentemente novellato dal D.L. n. 223/2006, convertito in legge dalla L. n. 248/2006.

A questo proposito deve ricordarsi che, secondo un orientamento ormai consolidato, lo *ius variandi* riconosciuto agli intermediari - seppure la relativa comunicazione debba riportare la dicitura "proposta di modifica unilaterale del contratto" (ai sensi dell'art. 118, comma 2, del D.Lgs. n. 385/1993) - è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo, che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell'altra parte, indipendentemente dall'accettazione o del rifiuto di quest'ultima. Gli effetti sono risolutivamente condizionati all'esercizio del recesso, potere riconosciuto in capo al cliente che subisca la modifica, in senso a sé sfavorevole, delle condizioni contrattuali.

Va, peraltro, altresì ricordato che il nuovo testo dell'art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993 - risolvendo pregresse questioni di coordinamento tra la disciplina dei contratti bancari e il Codice del consumo - richiede espressamente l'indicazione di un "giustificato motivo" a supporto della proposta di modifica.

Sull'esercizio dello *ius variandi* e sulla nozione di giustificato motivo che deve accompagnarlo, pur non constando precedenti in termini (né pronunce dell'Ombudsman sul punto), può costituire utile indice la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21/2/2007, che - dopo aver individuato il giustificato motivo in "eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario" - ha precisato che "tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.)"; nella relativa comunicazione, dunque, "il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base".

La dottrina che si è occupata dell'argomento, osservando che l'istituto del "*ius variandi*" si giustifica in funzione dell'esigenza di conservare, nel corso del tempo, l'equilibrio sinallagmatico originariamente voluto dalle parti, neutralizzando gli effetti di eventuali successivi eventi che possano alterarlo, ha sottolineato che il giustificato motivo può ricorrere "quando si verifichi un aumento generale dei costi industriali ovvero dei prezzi al consumo e, a maggior ragione, quando si modifichino i tassi d'interesse di primaria importanza per il mercato creditizio (ad esempio Euribor, Libor, IRS). [...] Considerazioni analoghe valgono per la variazione dei tassi d'interesse che conseguono a «decisioni di politica monetaria», secondo quanto prevede il



comma 4° dell'art. 118 t.u.b. - si può parlare a questo proposito di un giustificato motivo tipico".

Il punto è essenziale per la decisione del caso di specie, posto che il ricorrente non si è mai avvalso della facoltà di recesso, contestando, di volta in volta, la legittimità e, quindi l'efficacia nei suoi confronti, della proposta della banca in quanto priva di idonea motivazione.

Dall'esame della documentazione acclusa alle controdeduzioni dell'intermediario, emerge che la prima "proposta di modifica delle condizioni contrattuali" è intervenuta a distanza di circa cinque mesi dalla sottoscrizione del contratto. Nell'arco dei successivi sei mesi ne sono seguite altre tre, che hanno inciso sulla commissione di massimo scoperto, sulle spese annuali di amministrazione affidamenti e sul tasso creditore.

In quasi tutte le comunicazioni, si richiama sinteticamente "l'andamento dei mercati" quale giustificato motivo, ai sensi dell'art. 118 del D.Lgs. n. 385/1993, per legittimare l'esercizio dello *ius variandi*.

Ora, seppure non possa essere trascurato che quattro "proposte di modifica delle condizioni contrattuali" nell'arco di pochi mesi rappresentano un eccesso rispetto a un regolare fisiologico svolgimento del rapporto contrattuale, non si può giungere ad affermare che tale condotta integri gli estremi di un abuso del diritto da parte dell'intermediario.

Parimenti, l'indicazione dell' "andamento del mercato" come giustificato motivo dell'esercizio dello *ius variandi* da parte dell'intermediario è sicuramente indicazione molto sintetica, ma non tale da non consentire al cliente, con un minimo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base.

Nel caso di specie il cliente ha preferito non esercitare il diritto di recesso che la legge gli riconosce, insistendo per l'applicazione di condizioni contrattuali che - a seguito delle proposte di modifica da parte dell'intermediario - non potevano più ritenersi efficaci tra le parti.

Ciò chiarito, e prescindendo dal merito della presente decisione, appare, invero, a questo Collegio che la compromissione delle relazioni tra banca e cliente sia imputabile anche ad una condotta della prima - sicuramente molto "tollerante" nei confronti del ricorrente - ma certamente non sufficientemente chiara e trasparente; in realtà, sarebbe forse stato meglio che, fin dal primo esercizio dello *ius variandi*, l'intermediario avesse chiarito con fermezza al proprio cliente che l'alternativa che la legge gli riconosceva era quella di accettare le nuove condizioni o recedere dal contratto, ma non anche quella di insistere per l'applicazione delle originarie condizioni contrattuali

P.Q.M.

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO