



Collegio di Roma, 10 novembre 2010, n.1262

Categoria Massima: Ius variandi (art. 118 TUB) / Obbligo di comunicazione

Parole chiave: Art. 118 co. 2 T.U.B., Comunicazione, Ius variandi, On line, Onere della prova

Le comunicazioni che la banca è tenuta ad effettuare in relazione alle proposte di modifica unilaterale del contratto, devono essere comunicate “espressamente” al cliente (art. 118, co. 2, t.u.b.). Trattasi, pertanto, di un atto ricettizio, e cioè di un atto che produce effetto nel momento in cui perviene “ a conoscenza” della persona alla quale sono destinati (art. 1334 c.c.); conoscenza che è da presumersi nel momento in cui tale atto sia giunto all’indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.), o comunque nella sua sfera di dominio e di controllo. E’ certo ammissibile che tali comunicazioni siano effettuate non in via cartacea, ma informatica, tuttavia, anche in detta ipotesi, devono ritenersi saranno applicabili i principi stabiliti in via generale dagli artt. 1334 e 1335 c.c. Ne discende che, a fronte di una specifica contestazione da parte del cliente, il quale neghi di aver mai ricevuto la comunicazione (elettronica) contenente la proposta di modifica unilaterale del contratto, costituisce onere della banca che intenda invocare l’avvenuta modifica delle condizioni contrattuali provare di aver assolto, secondo le modalità prescritte, l’obbligo di comunicazione previsto dall’art. 118 t.u.b..

Testo sentenza:

IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

- Dott. Giuseppe Marziale (Presidente)
- Avv. Bruno De Carolis (Membro designato dalla Banca d’Italia)
- Avv. Alessandro Leproux (Membro designato dalla Banca d’Italia)
- Prof. Avv. Gustavo Olivieri (Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario per le controversie in cui sia parte un cliente professionista/imprenditore - Estensore)
- Prof. Avv. Federico Ferro Luzzi (Membro designato da Confindustria, di concerto con



Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato)

nella seduta del 30 settembre 2010 dopo aver esaminato

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

FATTO

La società ricorrente, titolare di diversi conti corrente presso la banca, contesta l'illegittima applicazione di una nuova voce di costo, il "corrispettivo su accordato" (c.a.) in sostituzione della Commissione di Massimo Scoperto, precedentemente applicata, e chiede che l'ABF condanni la banca alla restituzione dei relativi importi.

A tal fine la società ricorrente espone che:

la nuova voce di costo sarebbe stata addebitata a partire dal terzo trimestre del 2009 (peraltro per importi significativamente più elevati rispetto alla precedente CMS), ma l'effettiva conoscenza di tale modifica contrattuale, ovvero la sostituzione della CMS con il c.a., sarebbe avvenuta solo nel mese di febbraio 2010;

con lettera raccomandata del 23/02/10, ricevuta dalla banca il 2/03/10, la società ricorrente ha contestato la mancata comunicazione della modifica unilaterale del contratto, la falsa applicazione dell'art. 2-bis l. n. 02/09 e in ogni caso la volontà di non accettare la proposta di modifica e di esercitare il proprio diritto di recesso, con richiesta degli importi "illegittimamente addebitati" a titolo di c.a. per un ammontare complessivo di 5.314, 97 euro oltre agli interessi legali fino al pagamento.

La banca ha risposto al reclamo del cliente con lettera del 27/05/10, riepilogando la natura del "Corrispettivo su accordato" ed eccependo che la comunicazione di modifica unilaterale relativa all'introduzione del nuovo regime commissionale sarebbe stata inviata in data del 26/05/10 e "consegnata elettronicamente con il servizio "documenti on line" sottoscritto elettronicamente dal cliente in data 06/10/05".

Ciò premesso, la ricorrente ribadisce le contestazioni svolte in sede di reclamo in relazione alla



mancata comunicazione della proposta di modifica unilaterale, nonché in merito alla non corretta applicazione dell'art. 2 bis d.l. 185/08 per aver applicato un corrispettivo per la messa a disposizione di fondi indipendentemente dall'effettivo prelevamento e durata dell'utilizzazione senza alcun patto scritto sottostante. Chiede pertanto la restituzione delle somme indebitamente percepite (dal terzo trimestre 2009 al primo trimestre 2010) con interessi legali fino al momento del pagamento.

Nelle proprie controdeduzioni la banca ribadisce le considerazioni svolte in sede di reclamo circa:

-l'avvenuto invio della comunicazione di modifica unilaterale in data 26/05/09 tramite il servizio "documenti on line";

-la corretta applicazione del "corrispettivo su accordato" che, a differenza della precedente CMS, sarebbe "determinato sull'importo dell'affidamento accordato a seguito della richiesta del cliente e per i giorni di permanenza dello stesso, a prescindere dall'effettivo utilizzo" e la cui legittimità sarebbe riconosciuta dallo stesso art. 2-bis d.l. 185/08.

La proposta di variazione contrattuale allegata, avente ad oggetto la "sostituzione della commissione di massimo scoperto con un nuovo regime commissionale" prevede, tra l'altro, che:

1.il nuovo regime trova applicazione dal 28.6.2008;

2.il CA si applica alle aperture di credito in conto corrente (conti affidati);

3.il corrispettivo applicato è pari al 2,6% annuo "omnicomprensivo" da computarsi in base all'importo e alla durata dell'affidamento.

Nel corso dell'istruttoria, su richiesta della Segreteria tecnica, la banca ha prodotto ulteriore documentazione volta a comprovare l'avvenuto invio al cliente della proposta di modifica unilaterale del contratto per il tramite del servizio "documenti on line".

DIRITTO

Il ricorso appare fondato e merita di essere accolto per i seguenti motivi. La nuova disciplina



della commissione di massimo scoperto (CMS) introdotta dall'art. 2-bis, d.l. n. 185/2008 (successivamente convertito con modifiche in l. n. 2/2009), nel sancire l'obbligo di adeguare i contratti in corso alle disposizioni da essa recate, prevede espressamente che tale obbligo "costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art. 118, comma 1" t.u.b.

Di conseguenza, prescindendo da ogni valutazione circa la conformità della commissione di affidamento introdotta dalla banca in sostituzione della C.M.S. alla normativa sopra citata, giova rilevare come, in principio, l'intermediario potesse avvalersi a tal fine della procedura prevista dall'art. 118 t.u.b., meglio nota come "iusvariandi".

Tale norma prevede, come noto, che la "proposta di modifica unilaterale del contratto" debba essere comunicata al cliente in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente con un preavviso minimo di trenta giorni. La modifica s'intende approvata ove il cliente non receda dal contratto entro i successivi sessanta giorni.

Nella specie – come si ricava dal documento n. 2 allegato alle controdeduzioni - la ricorrente aveva aderito al servizio "Documenti on line". Le clausole contrattuali ad esso relative stabilivano, tra l'altro:

-che tutte le comunicazioni, periodiche e specifiche, sarebbero state fornite dalla banca esclusivamente *on line*, con espressa rinuncia da parte del cliente all'invio della documentazione cartacea (artt. 1, 3);

-che la banca avrebbe adempiuto i propri doveri di comunicazione con la messa a disposizione *on line* delle comunicazioni e il cliente avrebbe assunto l'onere di accedere periodicamente al servizio per verificare l'esistenza di eventuali comunicazioni a lui indirizzate, non potendo altrimenti imputare alla banca la mancata conoscenza di esse (art. 4);

-che, fermo restando quanto precisato, al cliente era tuttavia attribuita la facoltà di ottenere, su espressa sua richiesta, un avviso – via *e-mail* o via SMS – relativo alla disponibilità di nuove comunicazioni *on line*, nonché di prescegliere, nell'ambito delle possibilità offerte, la tempistica di "ricezione" di tale avviso (art. 6).

Avvalendosi di tale opportunità, la ricorrente aveva optato per la ricezione di un avviso *e-mail* il 2 e 16 di ogni mese.



Le comunicazioni che la banca è tenuta ad effettuare in relazione alle proposte di modifica unilaterale del contratto, devono essere comunicate “espressamente” al cliente (art. 118, co. 2, *t.u.b.* Trattasi, pertanto, di un atto *ricettizio*, e cioè di un atto che produce effetto nel momento in cui perviene “ a conoscenza” della persona alla quale sono destinati (art. 1334 c.c.); conoscenza che è da presumersi nel momento in cui tale atto sia giunto all’indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.), o comunque nella sua sfera di dominio e di controllo (Cass. 19 gennaio 2005, n. 971; 29 gennaio 2003, n. 773).

E’ certo ammissibile che tali comunicazioni siano effettuate (non in via cartacea, ma) informatica, come nel caso di specie. E’ peraltro evidente che, anche in detta ipotesi, saranno applicabili i principi stabiliti in via generale dagli artt. 1334 e 1335 c.c.

Principi di cui, del resto, la resistente mostra di essere ben consapevole, avendo previsto la possibilità che al cliente sia riconosciuto il diritto di ottenere la “ricezione” di un avviso relativo alla disponibilità di nuove comunicazioni *on line*. Trova applicazione anche in questo caso il principio generale in tema di onere della prova sancito dall’art. 2697 c.c.

Ne discende che, a fronte di una specifica contestazione da parte del cliente, il quale neghi di aver mai ricevuto la comunicazione (elettronica) contenente la proposta di modifica unilaterale del contratto, costituisce onere della banca che intenda invocare l’avvenuta modifica delle condizioni contrattuali provare di aver assolto, secondo le modalità prescritte, l’obbligo di comunicazione previsto dall’art. 118 *t.u.b.*

Nella specie tale onere non è stato assolto. Al contrario, l’esame della ulteriore documentazione prodotta in atti dalla resistente conferma come la ricorrente sia venuta conoscenza delle nuove condizioni contrattuali proposte dalla banca solo nel febbraio del 2010 e come ella abbia, subito dopo, esercitato il diritto di recesso previsto dall’art. 118, *t.u.b.*

Pertanto – in considerazione di quanto stabilito dal comma 3 del citato art. 118, il cui ambito di applicazione si estende anche ai rapporti instaurati con i “non consumatori”- le modifiche proposte dalla banca non possono essere opposte alla ricorrente e le somme che le sono state addebitate in applicazione della nuova clausola di affidamento devono essere ripetute. Risulta conseguentemente assorbita l’altra questione, sollevata con il ricorso, relativa alla conformità alla disciplina vigente (in particolare sotto il profilo della misura) della commissione di



affidamento introdotta dalla banca in sostituzione della commissione di massimo scoperto.

Il Collegio accoglie il ricorso e, per l'effetto, ordina alla banca di restituire al ricorrente la somma di euro 5.314,97 euro oltre agli interessi legali fino al giorno di effettivo pagamento.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie il ricorso.

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 al ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Giuseppe Marziale