



Collegio di Milano, 09 luglio 2010, n.716

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

Parole chiave: Art. 117 TUB, Contestazione, Contratti bancari in genere, Deposito di titoli in amministrazione, Dichiarazione recettizia, Ius variandi, Obbligo di comunicazione, Onere probatorio

Il meccanismo previsto dall'art. 118 TUB presuppone necessariamente che la proposta di modifica unilaterale del contratto sia effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione recettizia i cui effetti dipendono strettamente dal concreto recapito all'indirizzo del destinatario (art. 1335 cod. civ.). In caso di contestazione da parte del cliente, quindi, grava sulla banca l'onere della prova circa il corretto invio della suddetta comunicazione.

Testo sentenza:

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

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

nella seduta del 10 giugno 2010 dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario;



- la relazione istruttoria della Segreteria Tecnica

FATTO

Dal 1997 il ricorrente era titolare presso la banca convenuta di un contratto di custodia e amministrazione di strumenti finanziari e di un contratto di conto corrente accessorio al servizio di negoziazione e raccolta ordini. Da settembre 2008 il ricorrente ha lamentato l'addebito in conto corrente di spese postali non convenute e la mancata ricezione della comunicazione della variazione delle condizioni economiche. A gennaio 2009 la banca ha notificato all'interessato il recesso dal rapporto di custodia e amministrazione di strumenti finanziari, con addebito delle spese per il trasferimento dei titoli e della liquidità presso altro intermediario. Il ricorrente ha contestato tale addebito, nonché le spese di bollo per l'apertura di un conto corrente valutario.

Il 9 settembre 2008 il ricorrente ha inviato un'e-mail alla convenuta contestando l'addebito in conto corrente di spese postali non dovute per importi unitari di € 1,50. Il contratto, infatti, non prevedeva alcun costo per tale voce, come risultava dal documento di sintesi al 31/12/2007. Il ricorrente, pertanto, ha chiesto lo storno degli addebiti. E' seguito uno scambio di e-mail nelle quali la banca ha sostenuto di aver comunicato la variazione delle condizioni economiche nell'ambito degli avvisi relativi all'entrata in vigore della Direttiva "Mifid" e il ricorrente ha affermato di non aver mai ricevuto tale comunicazione, chiedendo la trasmissione dell'attestazione di ricevimento ("poiché qualche volta la corrispondenza misteriosamente si volatilizza sono curioso di sapere chi ha firmato la cartolina di ricezione del plico").

Nel domandare nuovamente lo storno degli addebiti per inopponibilità della modifica unilaterale, il ricorrente ha evidenziato che le spese di cui è questione non potevano essere diretta conseguenza del recepimento della Direttiva "Mifid", in quanto relative a prospetti che venivano inviati anche precedentemente e che, comunque, trattandosi di spese postali, l'importo addebitato avrebbe dovuto essere pari al costo sostenuto per la spedizione ("ben inferiore a € 1,50"). In caso contrario, si sarebbe configurata un'indebita percezione di componenti commissionali aggiuntive.

Il 5 dicembre 2008 il ricorrente ha rinnovato le proprie richieste con lettera raccomandata a.r.

Il 26 gennaio 2009 l'interessato, con riferimento a un titolo in USD con scadenza a febbraio, ha chiesto via e-mail di aprire un conto corrente per l'accredito del capitale e della cedola con



operatività dai primi di febbraio, per evitare di pagare il bollo di gennaio. Il 29 gennaio 2009 la banca ha comunicato al ricorrente che per i rapporti intercorrenti con la depositaria il conto era stato aperto a fine gennaio, ma che avrebbe provveduto comunque “all’abbuono dei bolli del mese”.

Il 30 gennaio 2009 la banca ha comunicato al ricorrente il recesso dal contratto di custodia e amministrazione di strumenti finanziari con efficacia entro i termini contrattualmente previsti (15 giorni). La banca, pertanto, ha chiesto di avere – entro il suddetto termine - le informazioni necessarie per la liquidazione del patrimonio amministrato per conto del cliente presso altro intermediario. In caso contrario, la banca avrebbe provveduto a liquidare il patrimonio con emissione di assegno circolare intestato al ricorrente.

Il 5 marzo 2009 il ricorrente - evidenziando che la comunicazione del recesso era stata spedita solo in data 20 febbraio 2009 – ha comunicato i dati necessari al trasferimento dei titoli e della liquidità presso altro intermediario, intimando alla convenuta di non effettuare alcuna diversa liquidazione e di provvedere al loro trasferimento entro e non oltre 5 giorni [“essendo stato esercitato il recesso (...) senza giusta causa (...) sarete chiamati a rispondere giudizialmente dei danni che dovessero rinvenire dall’impossibilità di disporre dei titoli e della liquidità in giacenza presso il deposito a me intestato qualora i tempi di trasferimento superassero il termine indicato”].

Nella stessa comunicazione ha chiesto nuovamente lo storno delle spese postali addebitate in conto corrente dal 1° luglio 2008.

Il 24 aprile 2009 il ricorrente ha inoltrato formale reclamo alla banca convenuta chiedendo il rimborso di tutti gli importi indebitamente addebitati. In particolare, il ricorrente – richiamando la corrispondenza già intercorsa – ha chiesto il rimborso di:

a) € 97,00 per spese postali non dovute, addebitate in conto corrente dal 1° luglio 2008;

b) € 500,00 per le spese di trasferimento dei titoli ad altro intermediario, in quanto tale operazione era dipesa esclusivamente dalla volontà della banca che aveva deciso di esercitare il diritto di recesso. Il ricorrente ha evidenziato che l’esercizio del recesso era una libera scelta della banca ma i relativi costi non potevano essere sostenuti dal cliente che la subiva. Il ricorrente ha sottolineato, inoltre, che i costi previsti dal documento di sintesi per tale



operazione non potevano che riferirsi all'ipotesi in cui fosse il cliente a chiedere il trasferimento dei titoli;

c) € 10,28 e USD 15,80 (per equivalenti € 12,15) per spese di bonifico della liquidità ad altro intermediario, sempre in considerazione del fatto che il trasferimento della liquidità era stata diretta conseguenza della scelta unilaterale della banca di esercitare il recesso;

d) € 2,85 per i bolli relativi al conto valutario aperto in gennaio, per i quali la banca aveva assicurato l'abbuono.

Il ricorrente, oltre al rimborso delle spese addebitate per complessivi € 622,28, ha chiesto il riconoscimento degli interessi legali a decorrere dalla valuta di addebito delle singole poste.

Al reclamo l'intermediario non ha dato risposta.

Il ricorrente ha interessato delle suddette questioni l'Ombudsman – Giurì Bancario che con pronuncia n. 1531 del 4 febbraio 2010 ha respinto il ricorso. In particolare, per quanto riguarda le spese postali l'organo decidente ha fatto riferimento alla comunicazione del 28 maggio 2008 – prodotta dalla convenuta – con la quale la banca ha notificato alla clientela ex art. 118 TUB le variazioni delle condizioni contrattuali, rilevando che il ricorrente non ha sollevato la contestazione nei termini legalmente previsti. Per quanto concerne, invece, le spese per il trasferimento dei titoli e della liquidità l'Ombudsman – Giurì Bancario ha richiamato le condizioni economiche previste dal documento di sintesi e ha rilevato che la convenuta ha prodotto copia del tariffario inviato dalla depositaria in cui erano indicati i costi per il trasferimento titoli. L'organo decidente –richiamando la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007 – ha rilevato che le spese addebitate per il trasferimento erano connesse all'esercizio del diritto di recesso da parte della convenuta e, pertanto, erano opponibili al ricorrente. L'Ombudsman - Giurì Bancario non si è pronunciato sulla domanda relativa al pagamento dell'imposta di bollo.

Le richieste formulate dal ricorrente all'Arbitro Bancario Finanziario sono quelle individuate nella fase di reclamo (precedenti punti a - b - c - d) e nel ricorso all'Ombudsman – Giurì Bancario per complessivi € 622,28, oltre agli interessi legali a decorrere dalla valuta di addebito delle singole poste.



In particolare, il ricorrente ha contestato le motivazioni addotte dall'Ombudsman – Giurì Bancario nel rigettare il ricorso:

per quanto riguarda le spese postali il ricorrente ha specificato che la convenuta non ha prodotto alcuna prova né dell'invio né dell'avvenuta ricezione della comunicazione di variazione delle condizioni contrattuali del 21 maggio 2008 e che l'onere della prova incombe sull'intermediario che è tenuto ad ottemperare alle disposizioni dell'Organo di Vigilanza. Il ricorrente, inoltre, ha specificato che da parte sua la contestazione è avvenuta tempestivamente (9 settembre 2008) con riferimento al primo documento utile per la conoscenza degli addebiti (estratto conto al 31 luglio 2008). Il ricorrente, poi, ha richiamato alcune pronunce giurisprudenziali in materia di “presunzione di conoscenza” (Cass. Civ. 1265/99; 3707/99; 3646/04). Il ricorrente ha evidenziato, inoltre, che la modifica unilaterale delle condizioni economiche – ai sensi del nuovo articolo 118 TUB - deve essere supportata da un “giustificato motivo” del tutto assente nella fattispecie che lo riguarda in quanto non “c'è stata, in sintesi, alcuna modifica normativa tale da rappresentare un giustificato motivo da cui potesse derivare un peggioramento delle condizioni economiche applicate con specifico riferimento al ribaltamento delle spese postali”. Il ricorrente ha ribadito l'incongruità degli importi unitari applicati (€ 1,50) rispetto ai costi effettivi (€ 0,60), e ha affermato pertanto che si configura “la percezione di una componente commissionale subdolamente percepita in quanto non inequivocabilmente espressa”;

per quanto concerne le spese per il trasferimento dei titoli e della liquidità il ricorrente ha evidenziato che il corrispettivo pagato non afferiva ad un servizio aggiuntivo da lui richiesto, ma rappresentava una spesa connessa alla decisione unilaterale della controparte di recedere, peraltro, non suffragata da giusta causa. In considerazione di ciò, trovava diretta applicazione l'art. 10 della legge 248/06 (cd. Bersani), non potendo venire in rilievo quanto specificato dal Ministero dello Sviluppo Economico con la circolare del 21 febbraio 2007;

per quanto riguarda le spese di bollo, il ricorrente ha lamentato la mancata pronuncia, nonostante la questione fosse stata specificamente posta all'attenzione dell'organo decidente.

L'intermediario ha presentato le controdeduzioni con PEC tramite il Conciliatore Bancario il 12/04/2010.

L'intermediario, richiamando quanto già addotto all'Ombudsman – Giurì Bancario,



succintamente ha evidenziato quanto segue:

il recesso esercitato nei confronti del ricorrente è stato determinato dal venir meno del rapporto fiduciario e le spese a lui addebitate – eccetto quelle postali – sono “relative a disposizioni da questi date, seppur connesse alla chiusura del rapporto”. In particolare, le spese per il trasferimento dei titoli (€ 500,00) sono state addebitate in conformità del Decreto 223/06 (cd. Decreto Bersani) a parziale rimborso delle commissioni sostenute per l’intervento di un soggetto terzo (il depositario dei titoli);

per quanto riguarda l’addebito delle spese postali, la clientela è stata adeguatamente informata della variazione delle condizioni contrattuali con specifica comunicazione via posta;

con riferimento all’imposta di bollo, l’addebito è dovuto in quanto l’ordine di apertura del conto valutario è stato dato dal cliente mediante il canale telefonico il 26 gennaio 2009 ed è stato immediatamente eseguito, con operatività dal 28 gennaio 2009.

Tutto ciò considerato, la banca ha chiesto il rigetto del ricorso. Come richiesto, le controdeduzioni della Banca sono state trasmesse al ricorrente dalla Segreteria Tecnica con e-mail.

Ritenuto maturo il procedimento per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato nella riunione del 10 giugno 2010.

DIRITTO

Prima di entrare nel merito della vicenda, questo Collegio ritiene opportuno chiarire che le questioni sollevate con il ricorso in oggetto in relazione al contratto di deposito ed amministrazione di strumenti finanziari afferiscono tutte al sinallagma contrattuale e non coinvolgono l’attività relativa a servizi di investimento; elementi che inducono questo Collegio a ritenersi pienamente competente a decidere. Con riferimento alle diverse tipologie di spese addebitate e contestate dal ricorrente, la controversia relativa alle spese contestate coinvolge tre differenti profili:

1)l’addebito delle spese postali;

2)l’addebito delle spese di trasferimento dei titoli e della liquidità;



3)l'addebito di € 2,85 per bolli.

Le doglianze con riferimento all'addebito delle spese postali sono fondate per le seguenti ragioni.

Come è noto, la banca può riservarsi la facoltà di modificare unilateralmente - anche in senso sfavorevole alla controparte - tassi, prezzi e altre condizioni per mezzo di clausole sottoposte a specifica approvazione da parte del cliente ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 385/1993.

A questo proposito deve ricordarsi che, secondo un orientamento ormai consolidato, lo iusvariandi 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 iusvariandi e sulla nozione di giustificato motivo che deve accompagnarlo 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”.



Dall'esame della documentazione acclusa alle controdeduzioni dell'intermediario emerge che, nella "proposta di modifica delle condizioni contrattuali", la variazione relativa alle spese postali in questione veniva giustificata affermando che "La Banca applicherà le seguenti nuove condizioni economiche ai rapporti di conto corrente di corrispondenza e di custodia ed amministrazione titoli, al fine di coprire i costi sostenuti per adempiere agli obblighi informativi introdotti da recenti disposizioni normative: Spese postali proposte Euro 1,50 (per singolo documento)".

Tale giustificazione appare, invero, assai generica (soprattutto nella parte relativa agli obblighi informativi riferiti a non meglio specificate "recenti disposizioni normative") e, dunque, non tale da permettere al cliente di valutare la congruità rispetto alla motivazione che ne è alla base.

Vi è poi un'ulteriore argomentazione a sostegno della fondatezza delle ragioni del ricorrente; il meccanismo previsto dall'art. 118 TUB, infatti, presuppone necessariamente che la proposta di modifica unilaterale del contratto sia effettivamente ricevuta dal cliente, trattandosi di dichiarazione recettizia i cui effetti dipendono strettamente dal concreto recapito all'indirizzo del destinatario (art. 1335 cod. civ.). Ora, avendo il Ricorrente contestato di non aver mai ricevuto comunicazione di modifica unilaterale delle condizioni, sulla base di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale l'onere della prova circa l'invio della comunicazione in discorso graverebbe sulla Banca.

Ora, la Banca non ha fornito prova né dell'invio del citato documento al ricorrente – non avendo precisato, né dimostrato, le modalità con le quali la comunicazione sarebbe stata effettuata – né dell'effettiva ricezione del medesimo.

Dalla documentazione prodotta non è possibile quindi accertare la data in cui il cliente ha ricevuto tale comunicazione, anche ai fini del puntuale rispetto dei termini di preavviso previsti dall'art. 118 del TUB (30 giorni prima della decorrenza delle condizioni). Ne deriva che la Banca non ha assolto all'onere di provare l'effettiva comunicazione al cliente della variazione delle condizioni contrattuali, ragion per cui non si può che concludere che, tra le parti, continuano a produrre i loro effetti le condizioni contrattuali originariamente pattuite.

Venendo ora all'esame del diverso profili attinente alle doglianze riferite alle spese di trasferimento dei titoli e della liquidità, deve rilevarsi che il ricorrente chiede che alla fattispecie



venga applicato l'art. 10, comma 2, del D.L. n. 223/2006 (cd. decreto Bersani), convertito con legge n. 246/2006.

La disposizione di cui all'art. 10, comma 2, del D.L. n. 223/2006, come modificata in sede di conversione dalla legge n. 246/2006, prevede che, nei contratti di durata, il cliente ha - "in ogni caso" - sempre facoltà di recedere senza penalità e spese di chiusura. Nell'intento di risolvere talune dispute interpretative sorte sui limiti di applicabilità della norma, la circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007 ha precisato che il divieto di applicare spese di chiusura riguarda anche "quelle relative a servizi aggiuntivi richiesti dal cliente alla banca in occasione dell'estinzione del rapporto (es. trasferimento dei titoli presso altro intermediario). Non contrasta peraltro con il divieto in esame la richiesta ai clienti di un rimborso delle spese sostenute dall'intermediario in relazione ad un servizio aggiuntivo, qualora esso richieda l'intervento di un soggetto terzo e a condizione che tali spese siano documentate e riportate dal contratto e nella documentazione di trasparenza prevista dalla disciplina vigente (es. documento di sintesi)".

Ciò chiarito – e sottolineando altresì che, nel caso di specie, la scelta di interrompere il rapporto contrattuale è stata operata dall'intermediario resistente (e non dal cliente ricorrente) – rimane comunque da esaminare la correttezza dell'operato dell'intermediario in merito all'applicazione delle spese di trasferimento, ancorché reclamate da un terzo. A questo proposito è sufficiente rilevare che la banca convenuta non ha allegato alcuna documentazione comprovante gli addebiti richiesti dalla Banca Depositaria, con ciò non osservando quanto illustrato nella circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007 più sopra richiamata, laddove si precisa espressamente che l'intermediario può ripetere dal cliente le spese reclamate da terzi purché "tali spese siano documentate". Quanto, infine, all'addebito di € 2,85 per bolli la richiesta del ricorrente non appare supportata da sufficienti elementi probatori idonei a dimostrare che l'intermediario avesse promesso di farsi carico di tale onere, ragione che induce a rigettare la relativa istanza di rimborso.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario rimborsi al ricorrente la somma di € 97,00 per spese postali non dovute e di € 522,43 per spese di trasferimento titoli e di bonifico, oltre interessi legali dall'addebito al saldo. Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della



vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00 quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Antonio Gambaro