

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 16575 del 30 dicembre 2022

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) CARRIERO	Presidente
(NA) DOLMETTA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) BALDINELLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) NERVI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(NA) GIGLIO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ALDO ANGELO LORENZO DOLMETTA

Seduta del 20/12/2022

FATTO

1.- Il ricorrente, titolare di un conto corrente con «pacchetto smart», contesta l'«aumento delle spese fisse di liquidazione trimestrale», che è stato stabilito dall'intermediario. Rappresenta, in proposito, che all'epoca della sottoscrizione del contratto, intervenuta nel marzo del 2015, l'intermediario pubblicizzava, sul proprio sito, il «pacchetto smart» nei termini di pacchetto «gratuito per sempre» («smart – pacchetto base – già tuo e gratuito per sempre»). Per contro, nello svolgimento del rapporto, quegli ha poi dichiarato che, salvo il caso di recesso del cliente nel termine fissato dalla legge, per il futuro richiederà «in via continuativa» per le spese fisse di liquidazione del conto la somma di € 7,50 per ogni trimestre.

2.- Più nel dettaglio, osserva che la Banca gli ha comunicato il nuovo costo con una comunicazione del 14 maggio 2021; che ha contestato tale decisione unilaterale con reclami del giugno e dell'ottobre 2021; che, con comunicazione datata 30 luglio 2022, la Banca lo ha informato che gli sarebbero state rimborsate le spese fisse di liquidazione che gli erano state addebitate a far tempo dalla primavera 2021 e che peraltro, salvo suo recesso (entro il termine di 30 giorni), da allora in poi avrebbe «riapplicato in maniera continuativa le spese fisse al mio pacchetto SMART dando seguito alla PMU del 14 maggio 2021 da me contestata».

3.- Posti questi rilievi, dichiarandosi non soddisfatto delle interlocuzioni avute con l'intermediario, il ricorrente chiede che gli siano «definitivamente annullate» le spese fisse

Pag. 2/7

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controverse

Decisione N. 16575 del 30 dicembre 2022

di liquidazione trimestrale e che «venga definitivamente riportata a zero la relativa voce di costo», così come in effetti stabilivano le pattuizioni originarie del contratto.

A sostegno del proprio assunto, il ricorrente richiama anche taluni precedenti di quest'Arbitro, che su fattispecie prossime si sono espresse a favore dei ricorrenti, segnalando, in particolare, le decisioni di Collegio Milano, n. 4882/2022; di Collegio Bologna, n. 7459/2022; di Collegio Bologna, n. 7495/2022).

4.- L'intermediario resiste, istando per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso ovvero, e comunque, per il rigetto del medesimo.

5.- In relazione al profilo dell'inammissibilità, si assume che il ricorso nel concreto presentato «non allega, né dimostra, sotto quale profilo e per quali motivi» l'intermediario «avrebbe violato la normativa di competenza» dell'ABF: «i profili di eventuale scorrettezza di pratiche commerciali» - si puntualizza al riguardo - «esulano dalle materie di competenza» di questo organismo»; senza contare che tali profili sono «stati risolti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con il provvedimento del 12 luglio 2022».

6.- Quanto al merito, a supporto della legittimità del proprio comportamento l'intermediario svolge più distinti argomenti, che possono essere riassunti nei termini che seguono.

7.- Da tenere in particolare conto è che nel contratto sottoscritto dal ricorrente, la «facoltà di modifica unilaterale è prevista dall'art. 14 ..., mentre non è scritto da nessuna parte che le spese di liquidazione del conto non possano essere mai modificate (o debbano restare "a zero")».

«Non si comprende sulla base di cosa possa sostenersi», quindi, «che [lo stesso intermediario] non avesse diritto di modificare la valorizzazione di tali spese».

8.- Nel maggio 2021 – si procede - è stata solo «modificata la valorizzazione delle spese mensili di liquidazione del conto corrente pacchetto/profilo SMART», posto che questo «elemento [era] già indicato nel relativo contratto sottoscritto dal ricorrente con valorizzazione "a zero"». Non è stata introdotta alcuna «nuova clausola», dunque: «le spese di liquidazione del conto corrente ... erano già indicate e previste nel contratto sottoscritto» dal ricorrente; «lo zero rientra pacificamente tra i simboli numerici rappresentativi di un "valore", di una "cifra", di una "misura"».

9.- Del resto – si aggiunge poi -, «a seguire l'assunto secondo il quale una spesa prevista in un contratto di conto corrente non può essere oggetto di *ius variandi* ex art. 118 TUB solo perché valorizzata "a zero", si giungerebbe all'assurda conclusione di poterla modificare se questa fosse stata invece valorizzata a 0,00001»: «il che non sembra esattamente un ragionamento lineare e fondato logicamente, ancora prima che dal punto di vista normativo».

10.- In realtà, la norma dell'«art. 118 TUB stabilisce che possono essere oggetto di modifica unilaterale "i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto", prevedendo esclusivamente che tali condizioni, per potere essere variate, devono essere "previste": «quindi, a prescindere da come siano state *ab origine* valorizzate».

Le decisioni richiamate ABF dal ricorrente non si sono mai poste «il problema della riconducibilità, o meno, di tale innalzamento [da «zero a un valore positivo»] alla fattispecie di cui all'art. 118 TUB»; né hanno ravvisato la violazione di tale norma». Ne deriva – sostiene ancora l'intermediario – l'implicito riconoscimento da parte dell'Organismo che l'innalzamento da «zero a un valore positivo» integra la semplice modificazione di una condizione contrattuale già esistente, non già l'introduzione di una nuova clausola contrattuale.

11.- A conferma della correttezza del proprio operato, l'intermediario adduce altresì lo «svolgimento del «procedimento istruttorio avviato dall'AGCM il 10 dicembre 2021». Tale

Pag. 3/7

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controverse

Decisione N. 16575 del 30 dicembre 2022

procedimento – si annota – si è concluso con provvedimento del 12 luglio 2022 n. 30239, senza alcuna sanzione per la resistente, l'AGCM ritenendo che gli impegni assunti dall'intermediario fossero idonei a sanare i «profili di possibile illegittimità».

E tali impegni (assunti in data 24 gennaio 2022) si sostanziano nel «mantenimento» della comunicazione modificativa «negli stessi termini di cui alla comunicazione del 14 maggio 2021, con assegnazione ai clienti che hanno sottoscritto un conto corrente pacchetto SMART nel periodo compreso tra l'11 febbraio 2015 e il 19 aprile 2016 di un termine di recesso decorrente dalla nuova comunicazione».

Gli stessi impegni, d'altra parte, sono stati «oggetto del parere preventivo reso dalla Banca d'Italia, la quale ha ritenuto che gli impegni presentati dalla resistente "non presentano profili di incoerenza rispetto a quanto previsto dalle vigenti Disposizioni in materia di trasparenza"».

DIRITTO

12.- Va esaminata, prima di ogni altra cosa, l'eccezione di incompetenza sollevata dall'intermediario, per cui la domanda proposta dal ricorrente sconfinerebbe dalla materia consegnata a questo Arbitro, per entrare nel territorio delle pratiche commerciali scorrette che il codice del consumo affida all'autorità dell'AGCM.

L'eccezione dev'essere respinta.

13.- La domanda svolta dal ricorrente si focalizza sugli effetti che le due comunicazioni di modifica unilaterale poste in essere dall'intermediario (il 14 maggio 2021 e il 30 luglio 2022) intenderebbero produrre rispetto al contenuto del rapporto di conto corrente («SMART») fissato *inter partes* con l'accordo contrattuale del 17 marzo 2015. Per chiedere che sia negato alle stesse ogni efficacia in proposito: e tanto in ragione, appunto, del tipo di accordi e impegni assunti *ab origine*.

La prospettiva adottata dal ricorrente è, come dunque si vede, propriamente endo-contrattuale, senza riflessi diretti in relazione al mercato di riferimento.

14.- Non varrebbe opporre – pare qui opportuno riscontrare ancora – che, a ben vedere, la richiesta presentata dal cliente sembrerebbe volgersi verso una richiesta di «definitivo» riporto a zero delle spese di liquidazione trimestrale del conto, così portandosi nella direzione della richiesta di un provvedimento impositivo di uno specifico *facere* infungibile.

Non v'è dubbio, infatti, che la richiesta del ricorrente si fermi – e si fermi prima di ogni altra cosa – sulle due comunicazioni di modifica unilaterale degli accordi iniziali, che nel concreto sono state poste in essere dall'intermediario. Come pure è sicuro, a guardare con l'attenzione dovuta, che rispetto a queste comunicazioni il ricorrente richieda - quali fatti materialmente già avvenuti – il positivo riscontro della loro inefficacia.

15.- Fermati questi punti, va ancora osservato - sempre in linea preliminare - che l'intermediario ha di propria iniziativa provveduto a che gli effetti immediati e propri della comunicazione inviata all'attuale ricorrente in data 14 maggio 2021 venissero meno.

L'iniziativa si è sostanzialmente in una comunicazione di «assunzione di impegni», che è stata trasmessa all'AGCM nel mese di gennaio del 2022. Il provvedimento dell'AGCM del 12 luglio 2022 ha poi reso «obbligatori» - cioè irrevocabili – gli impegni così assunti dall'intermediario.

L'inefficacia sul rapporto contrattuale in essere tra l'intermediario e l'attuale ricorrente può dunque ritenersi acquisita. Del resto, lo stesso intermediario ha già provveduto a riaccreditare sul conto del cliente le somme che aveva trattenuto per tale riguardo.

Ne segue allora che, in questa sede, viene in esame solo la comunicazione inviata al

Pag. 4/7

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 16575 del 30 dicembre 2022

ricorrente in data 30 luglio 2022 (per quanto questa «si appoggi», sotto il profilo del suo contenuto, alla precedente comunicazione del maggio 2021).

16.- Per risolvere in modo corretto la questione appena evidenziata, non appare conducente il richiamo che l'intermediario ritiene di compiere al procedimento svoltosi, tra la fine del 2021 e l'inizio del 2022, avanti all'AGCM e alle conclusioni che questo ha nel concreto avuto.

17.- Non può essere condiviso, in particolare, l'assunto dell'intermediario per cui il provvedimento dell'AGCM avrebbe assicurato il «mantenimento» della comunicazione modificativa del 14 maggio 2021 (cfr. sopra, n. 11).

In realtà, il provvedimento in questione si limita a deliberare la chiusura «del procedimento, senza accertare l'infrazione». E' ben noto, del resto, che il tema degli impegni proposti dal professionista (il c.d. «ravvedimento operoso» di questi) ha, nel contesto del procedimento antitrust, lo scopo tipico e caratteristico di evitare l'effettiva irrogazione delle sanzioni. Di certo, il giudizio di (eventuale) idoneità, che l'Autorità Garante è chiamata a svolgere in proposito, non ha – né potrebbe avere – riguardo, né incidenza sulla validità negoziale ed efficacia dei comportamenti tenuti dal professionista. Non su quelli passati, né, tanto meno, su quelli futuri.

18.- Inconferente rispetto all'oggetto della presente controversia si manifesta, altresì, il parere rilasciato dalla Banca d'Italia, che pure l'intermediario adduce a conforto della legittimità del comportamento che ha tenuto in data 30 luglio 2022.

Nei fatti, detto parere si limita a rilevare che gli «impegni presentati» non propongono «profili di incoerenza con la propria normativa in materia di trasparenza. Come si vede, tale valutazione concerne gli impegni come in sé stessi considerati: senza nessun rapporto, cioè, con il contesto contrattuale in cui questi si troveranno nel concreto a calarsi e a confrontarsi.

Senza nessun rapporto, perciò, con gli specifici contenuti propri del contratto di conto corrente che, nel marzo del 2015, hanno concluso gli attuali ricorrente e resistente.

19.- Assume poi l'intermediario che pure lo zero è un «valore», una «cifra», una «misura»; che, quindi, la clausola relativa alla «valorizzazione» delle spese era presente fin dall'origine nel contratto in questione; che comunque sarebbe assurdo trattare diversamente il caso in cui la previsione predisposta si pone sullo zero e quella in cui la previsione negoziale raggiunge il segno di 0,00001 (cfr. sopra, nn. 8, 9 e 10). Rispetto a questa somma di assunti è da rilevare quanto segue.

20.- Il Collegio non dubita, invero, che (pure) lo zero rappresenti una misura. Ritiene, tuttavia, che quello adottato dall'intermediario non possa, in realtà, aspirare a porsi come corretto ancoraggio per il tema in questione.

Anche quelle negative («-1», ad esempio) sono valorizzazioni, non c'è dubbio. Pure, il passaggio - in corso di contratto - da un valore negativo a un valore positivo cambia radicalmente il segno dell'attività, o servizio, che subisce il mutamento. E, per constatarlo, è sufficiente por mente alla «vicenda» dei c.d. tassi negativi.

21.- Nei sistemi di diritto continentale, lo «zero» è misura che in principio indica e rappresenta che ciò, a cui la cifra viene nel concreto riferita, è una attività, ovvero un servizio, di ordine gratuito, non già oneroso.

Non può essere dubbio, perciò, che l'adozione - in corso di contratto - di un valore positivo a fronte dello svolgimento di un'attività o di un servizio, che in precedenza era valorizzato a zero, comporti il transito da un'attività, o servizio, di natura gratuita a un'attività, o servizio, di natura per contro onerosa.

Non sembra revocabile in dubbio, di conseguenza, che il passaggio (in corso d'opera) di una attività, o servizio, dalla gratuità alla onerosità determini una forte e netta discontinuità

Pag. 5/7

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controverse

Decisione N. 16575 del 30 dicembre 2022

– una vera e propria frattura, più precisamente – nel contesto del contratto che tale attività, o servizio, accoglie e regola.

22.- L'eventualità (di logica astratta, più che altro) che un'attività, o un servizio, sia fatto passare da una valorizzazione «a zero» a una valorizzazione positiva con segno 0,00001 non cambia - è appena il caso di esplicitare - la natura del prestatore: l'attività, o il servizio, rimane gratuita.

Per constatarlo è sufficiente, in effetti, fare richiamo alla (notissima) figura della c.d. vendita *nummo uno*.

23.- Posta questa somma di rilievi, il Collegio non ha ragioni per discostarsi dal tradizionale orientamento di quest'Arbitro, per cui la facoltà di modificare in via unilaterale le clausole contrattuali di cui all'art. 118 TUB non può essere utilizzata per introdurre dei «contenuti nuovi» (cfr., di recente, il già citato Collegio Milano n. 4882/2022, che, tra le altre cose, richiama in proposito pure le Disposizioni di Trasparenza del 29 luglio 2009).

24.- Rimane da considerare l'ulteriore assunto dell'intermediario resistente, secondo cui nel contratto sottoscritto dal ricorrente, la «facoltà di modifica unilaterale è prevista dall'art. 14 ..., mentre non è scritto da nessuna parte che le spese di liquidazione del conto non possano essere mai modificate (o debbano restare "a zero")» (cfr. sopra, nel n. 7).

Ora, qui non si dubita certo del carattere imperativo e inderogabile del disposto dell'art. 118 TUB. Per la maggiore completezza dell'esposizione, peraltro, sembra opportuno svolgere un ordine di rilievi che si pone, per così dire, «a monte» di tale constatazione.

25.- Nel riservare alla Banca la «facoltà di modificare le condizioni economiche e contrattuali pattuite», il comma 2 dell'art. 145 del contratto del marzo 2015 (p. 34 di 78) fa espressamente «salvo» il caso di «quanto espressamente previsto per i singoli servizi» che pure entrano a fare parte del pacchetto contrattuale ivi considerato. Caso, quest'ultimo, che evidentemente si deve ritenere sia regolato in modo diverso da quello appunto disposto in via generale, della possibile modifica in via unilaterale, e, comunque, da questo per sé autonomo.

Sembra allora immediato collegare questa espressa disposizione contrattuale con quanto per l'appunto pubblicato – nel medesimo periodo temporale – sul sito dell'intermediario sempre a proposito del conto corrente SMART; e, dunque, collegare l'evidenziata «riserva» posta nel comma 2 dell'art. 14 con la dichiarazione pubblicata dall'intermediario, secondo cui «smart – pacchetto base – già tuo e gratuito per sempre».

26.- Ne segue, insomma, che il complesso del comportamento tenuto dall'intermediario nel marzo del 2015 (epoca – si ripete - di stipulazione del contratto qui in interesse) fa emergere come questi abbia già in via negoziale sottratto la materia della «valorizzazione» delle spese di liquidazione trimestrale del conto alla regola fissata (per effetto della clausola dell'art. 14) nel contratto come generale, della modificabilità unilaterale di patti e condizione.

In effetti, a un simile esito conducono (anche a non volere considerare la dichiarazione espressa sul sito in termini offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.) i noti principi della *interpretatio contra proferentem*, di cui sono espressione le norme degli artt. 1370 c.c. e 35 cod. consumo.

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso, il Collegio accerta l'inefficacia della modifica unilaterale nei sensi di cui in motivazione.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario

Pag. 6/7



Decisione N. 16575 del 30 dicembre 2022

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

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

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO