

RISERVATA AI CLIENTI E AI CORRISPONDENTI
DELLO STUDIO GHIDINI, GIRINO & ASSOCIATI

www.ghidini-associati.it

(N.B. La presente circolare è meramente informativa e non costituisce parere)

**Art. 118 Testo Unico Bancario e *ius variandi*:
le indicazioni della Vigilanza
sul giustificato motivo nelle modifiche unilaterali**

Nota Banca d'Italia 28 marzo 2017 – Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali

1. Premessa e precedenti ABF

Notoriamente l'art. 118 del d. lgs. 385/1993 (Testo Unico Bancario o in breve t.u.b.) subordina la facoltà delle banche e degli intermediari finanziari di modificare in via unilaterale le condizioni di un contratto bancario o finanziario al ricorrere di tre condizioni:

- a) una comunicazione personalizzata al cliente;
- b) la concessione di un preavviso minimo di due mesi per consentire al cliente di eventualmente recedere dal rapporto;
- c) la sussistenza di un giustificato motivo.

Su quest'ultimo ed essenziale requisito si è registrato, negli ultimi anni, un abbondante contenzioso, specie innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF). La valutazione dell'ABF, circa la sussistenza in concreto del giustificato motivo che legittimi la variazione unilaterale, si è rivelata molto chiara e molto severa. Fra le moltissime pronunce al riguardo, possono richiamarsi, per ampiezza e completezza di motivazione, una decisione del Collegio di Roma del 2012 (3981) e una del Collegio di Milano del 2013 (399) che hanno avuto poi amplissimo seguito.

Secondo la prima pronuncia, essendo “*lo ius variandi, istituto finalizzato a conservare l'equilibrio (sinallagmatico) tra le singole prestazioni contrattuali*” diviene determinante “*l'esatta indicazione del “giustificato motivo” ai fini della verifica della sussistenza della (unica) condizione dettata dal legislatore affinché possa essere modificato unilateralmente un negozio giuridico in regolare svolgimento. Il giustificato motivo non può, dunque, essere generico, ma deve riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario poi riferibili alla categoria di contratti oggetto delle modifiche*” (nel caso specifico si negò che il semplice aumento dell'inflazione, rilevato dall'Istat a dicembre 2010 rispetto a marzo 2009, determinasse di per sé un incremento dei costi operativi della Banca con effetto sul rapporto contrattuale).

La seconda pronuncia enuncia invece la ratio dell'articolo in questione, la quale “*richiede, come emerge dai precedenti sia dell'ABF che della giurisprudenza ordinaria, che il cliente venga messo*

in condizione di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che è alla base della proposta di modifica e che pertanto la motivazione debba essere sufficientemente chiara nello specificare fatti ed effetti degli eventi posti a base della stessa (pur nella estrema variabilità delle situazioni che di volta in volta possono determinare uno squilibrio sopravvenuto nel rapporto”.

Proprio sulla *sufficiente chiarezza* della motivazione a base della modifica si colloca il recente intervento della Vigilanza.

2. La Nota del 28.3.2017: a) quando non c'è il giustificato motivo

Nel richiamare i propri precedenti interventi del 2014, la Banca d'Italia ricorda di aver richiesto agli altri intermediari vigilati *“di adottare tutte le cautele necessarie a preservare le ragioni dei clienti, con presidi organizzativi e procedurali adeguati”* e in questa nuova sede torna a ribadire *“l'esigenza di adottare particolare cautela nell'esercizio del potere di modifica unilaterale dei contratti, con condotte trasparenti e corrette che consentano al cliente di conoscere i presupposti della variazione proposta e di assumere scelte consapevoli”*.

Alla dichiarazione di principio e al richiamo dei noti requisiti di forma (previsione di apposita clausola contrattuale nel contratto e relativa specifica approvazione, preavviso di legge, avvertenza sull'entrata in vigore in caso di mancato recesso, etc.) segue un elenco, esemplificativo e non esaustivo, di interventi modificativi che risultano incoerenti con i principi e le finalità alla base della disciplina.

In breve la Vigilanza esclude che ricorra il giustificato motivo ex art. 1118 t.u.b. nei seguenti casi:

Assenza di correlazione	modifiche prive di specifica correlazione tra le tipologie di contratti e le tariffe interessati dalle variazioni, da un lato, e l'incremento dei costi posto a base della modifica, dall'altro lato
Costi già sostenuti e con effetti esauriti	interventi sulle tariffe, <i>anche una tantum</i> , a fronte di costi allo stesso tempo già sostenuti, non ricorrenti e che hanno già esaurito i loro effetti ⁽¹⁾
Assenza di giustificazione di costo e sovradimensionamento	modifiche non giustificate da costi sopravvenuti alla stipula dei contratti interessati e non riguardanti la sola parte incrementale
Motivazioni plurime e scollegate	modifiche che fanno riferimento a una pluralità di motivazioni senza illustrare il legame fra i singoli presupposti delle modifiche e gli interventi su prezzi e condizioni
Discriminazioni	modifiche che esentano alcune tipologie di clienti facendo aumentare l'impatto della manovra sui clienti restanti, attraverso il recupero su di essi di una quota di costo supplementare

Le indicazioni così riassunte, che esprimono una sorta di *fotofinish* delle principali casistiche di inefficacia, si trasformano in altrettante indicazioni operative per gli intermediari. La regola di fondo è stabilire sempre una precisa correlazione fra maggior costo sostenuto dall'intermediario e inevitabile ripercussione sulla specifica tipologia di rapporto. La modifica deve dunque presupporre

¹ Qui si precisa che *“non si pone un problema di riequilibrio pro futuro e in via continuativa dei reciproci impegni delle parti rispetto a quanto originariamente convenuto. Inoltre, interventi una tantum si traducono di fatto in prelievi occasionali che, dal punto di vista del cliente, riducono l'incentivo a valutare l'opportunità del recesso, anche nei casi in cui sarebbe conveniente. Inoltre ripetute manovre una tantum possono dare luogo ad un effetto di lock in della clientela che contrasta con le finalità della disciplina in tema di ius variandi”*.

un costo specifico e il *rebate* modificativo deve essere aziendaliamente costruito in modo chiaro e, naturalmente, dimostrabile ex post in caso di contestazione.

3. La Nota del 28.3.2017: b) indicazioni di compliance

La Nota si premura anche di chiarire che, in caso di policy che rimettano la decisione di modifica il a strutture delegate, sia garantita un'adeguata informativa agli organi di vertice, cui sono riferibili le responsabilità ultime di gestione e controllo dell'intermediario.

4. La Nota del 28.3.2017: c) interventi sul progresso

Ma non è tutto. La Nota della Vigilanza impartisce anche un preciso segnale operativo sulle situazioni pregresse, stabilendo che gli intermediari:

- a) dispongano un riesame (coinvolgente gestione, controllo e compliance) delle modifiche proposte a decorrere dal **31 gennaio 2016**;
- b) provvedano, nei casi di modifiche non coerenti, a porre in essere le necessarie azioni di correzione;
- c) dispongano, fra tali azioni rimediali, anche la restituzione di somme già riscosse.

E' implicito che fra le azioni rimediali dovrà considerarsi anche la rimozione della modifica incoerente, facile da attuare attraverso una modifica eguale e contraria, la quale, essendo una variazione migliorativa, ha effetto immediato e non sconta alcuna formalità diversa dalla mera comunicazione al Cliente

I suddetti obblighi non sono programmatici, tant'è che la Banca d'Italia richiede agli intermediari di comunicare le iniziative rimediali **entro il 31 maggio 2017** a mezzo pec all'indirizzo: tca@pec.bancaditalia.it.

La nota si chiude con un monito agli intermediari, volto a rammentare che le modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali sono soggette a controllo ai sensi dell'art. 128 T.U.B. il che pare preludere, con ogni probabilità, ad una pianificata operazione di controllo mediante richiesta di informazioni, richieste documentali e atti ispettivi dalla seconda metà del 2017.

STUDIO GHIDINI, GIRINO E ASSOCIATI

Milano, 27 aprile 2017