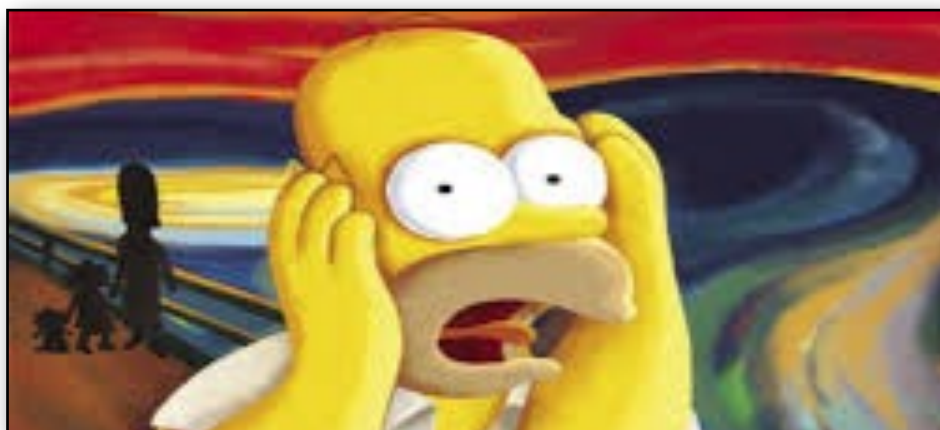


NEWS

LO JUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI



Non si è ritenuto a tal fine adeguato, quindi, inidoneo a soddisfare i requisiti di **determinatezza e verificabilità** impliciti nella previsione di cui all'art. 118 TUB i riferimenti relativi:

- all' **"andamento del mercato dei tassi"** (Collegio di Roma, dec. n. 2202/2013; Collegio di Roma, dec. n. 1837/2011);

- agli **"effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria"** (Collegio di Milano dec. 2419/2011; Collegio di Milano, dec. n. 5972/2014);

- al **"peggioramento del contesto economico globale avvenuto negli ultimi mesi nonché della forte riduzione della forbice dei tassi, a seguito di una riduzione del costo della raccolta non proporzionale a quanto avvenuto per i prestiti concessi, che ha determinato la perdita di sostenibilità economica della operazione di finanziamento"**

(Collegio di Milano, dec. n. 798/2010)

- all' **"incremento del rischio creditizio correlato al**

deteriorarsi dello scenario macroeconomico"

(Collegio di Milano, dec. n. 249/2010)

- alla **"variazione delle condizioni di mercato"** (Collegio di Milano, dec. n. 2434/2014);

- al **"peggioramento delle condizioni generali di mercato con conseguente incremento dei costi sostenuti dalla banca per la messa a disposizione dei fondi utilizzati a fronte di finanziamenti concessi"** (Collegio di Milano, dec. n. 1719/2014).

Si ribadisce l'insufficienza di un generico richiamo alla **"diminuzione dei principali tassi di riferimento"**, ma è necessario indicare e provare, almeno, *"la misura dei principali tassi di riferimento per il mercato bancario al tempo della conclusione del contratto, la misura dei tassi delle operazioni di raccolta, sì da poter apprezzare che rapporto vi fosse tra queste due serie di tassi e il tasso previsto per il contratto de quo, nonché la misura in cui quei principali tassi di riferimento sono venuti a diminuire"* (Collegio di Milano, dec. n. 1705/2011).

L'ABF

Il Collegio di coordinamento dell' **Arbitro Bancario Finanziario (ABF)** con la recente decisione n. 1889 del 26 febbraio 2016 fa il punto della situazione sulla **variazione unilaterale dei tassi applicati** dalle Banche ai propri clienti.

Nell'ambito dell'art. 118 TUB (**Testo unico bancario**) affronta la tematica della *"Proposta di modifica unilaterale del contratto"* di un deposito a risparmio richiamando la disciplina legislativa in merito ed le precedenti decisioni espresse sull'argomento dai vari Collegi arbitrali.

Si affrontano gli aspetti connessi alla **congruità della modifica rispetto alla motivazione ed al giustificato motivo** e vengono ribaditi alcuni principi:

- *"con la comunicazione al cliente i 'giustificati motivi' assolvono alla loro funzione di mettere il cliente stesso in condizione di valutare se le ragioni addotte dalla banca siano non solo serie, ma anche di carattere generale o particolare";*

- *"l'esatta e puntuale esplicazione del 'giustificato motivo' che non può, dunque, essere generico, ma deve riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario poi riferibili alla categoria di contratti oggetto delle modifiche";*



LO JUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI

Si è ritenuto, invece, **conforme** alle previsioni di cui all'art. 118 TUB il riferimento ***“alle variazioni dei tassi di mercato e, più specificamente, del tasso Euribor a 3 mesi”*** (Collegio Milano, dec. n. 177/2010) indicazioni sicuramente sintetiche, ***“ma non tali 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”*** (Collegio Milano, dec. n. 98/2010 e n. 177/2010).

Sulla nozione di **“giustificato motivo”**, non vi è perfetta uniformità nelle decisioni dei collegi ABF e le fonti legali e sublegali forniscono indicazioni preziose, ma non dettagliate, il **Collegio di coordinamento** del Febbraio 2016 ritiene, comunque, di ribadire l'orientamento già espresso in base al quale ***“la comunicazione della modifica unilaterale deve infatti avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa”*** (Collegio Milano, 1719/2014).

In sintesi, la comunicazione ex art. 118 TUB non deve essere analitica a tal punto da abbracciare anche il profilo quantitativo, ma può limitarsi ad una **indicazione delle ragioni** che hanno determinato le modifiche prospettate, che, seppur sintetica, sia in ogni caso idonea a consentire al cliente una verifica in termini di congruità.

Il **giustificato motivo**, inoltre, può assumere caratteristiche **soggettive** od **oggettive**.

Le prime, attengono le variazioni di **singoli rapporti contrattuali** purché derivanti da una chiara e congrua motivazione. Le motivazioni, ad esempio, per le modifiche contrattuali attinenti il rischio del credito per sopravvenuta inaffidabilità del cliente sono valide **solo se specificate e indicando gli elementi posti a fondamento** (es.: ipoteche, problemi finanziari non transitori, etc. che riducono le garanzie patrimoniali e finanziarie del cliente). Il tutto consentito, al **comma 2 dell'art. 1844 c.c.**: *“Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto”* e **dall'art. 1186 c.c.**: *“Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore (1184), il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse”*

Le variazioni **oggettive**, invece, non potranno avvalersi di motivazioni come quella del mantenimento o del miglioramento del profitto bancario a differenza, ad esempio, del tasso di sconto perché si basa su reali oscillazioni dell'economia monetaria (Circolare MISE 21/02/2007).

Sono sorti dubbi interpretativi, nella distinzione posta dal 1° comma dell'art. 118 TUB tra **i contratti a tempo indeterminato e quelli di durata**, ove nei primi *“può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo.”* mentre nei secondi *“la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.”*

L'anomalia deriva dal mancato adeguamento normativo previsto dall'**art. 33 della Legge 7 luglio 2009, n. 88** (*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008*), da parte del nostro legislatore che non ha completato le dovute modifiche e integrazioni previste dalla UE.

I **contratti di credito fondiario, di mutuo immobiliare e credito al consumo**, invece, sono esclusi dall'applicazione di detto art. 118 TUB poiché regolamentati rispettivamente dagli artt.

40 *“Estinzione anticipata e risoluzione del contratto”*, **120-ter** *“Estinzione anticipata dei mutui immobiliari”* e **125-ter** *“Recesso del consumatore”* - **125 quater** *“Contratti a tempo indeterminato”* del TUB.



LO JUS VARIANDI NEI CONTRATTI BANCARI

Per quanto concerne la **comunicazione della modifica unilaterale**, quale atto recettizio ex artt. 1334 e 1335 c.c., così come espresso dal Collegio ABF di coordinamento n. 3499 del 2012, la Banca deve provare l'avvenuta ricezione (forma scritta od altro supporto durevole) da parte del cliente e quindi contestabile da quest'ultimo.

Per la **Corte di Cassazione sez. II, 13/04/2006, n. 8649**, può esservi presunzione di prova ex art. 1335 c.c.: *"La produzione in giudizio della lettera raccomandata o del telegramma con la relativa ricevuta di spedizione attuata dall'ufficio postale - anche in mancanza dell'avviso di ricevimento - costituisce prova certa della spedizione e da essa consegue la presunzione, fondata sulle univoche e concludenti circostanze della spedizione e dell'ordinaria regolarità del servizio postale e telegrafico, di arrivo dell'atto al destinatario e della sua conoscenza ex art. 1335 c.c. dello stesso. Tale presunzione è superabile dal destinatario attraverso elementi di prova contrari."* (Cass. 22 febbraio 2006 n. 3873; Cass. 16 gennaio 2006 n. 758.)

Infine le modifiche di cui all'118 TUB, come da Circolare MISE del 21.02.2007 e disposizioni in materia di trasparenza della Banca d'Italia) non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo.

"Articolo 118 TUB (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali)

1. *Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.*

2. *Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: 'Proposta di modifica unilaterale del contratto', con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.*

2-bis. *Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto.*

3. *Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.*

4. *Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditorî, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.*

Infine, la **Cassazione Civile sez. I con sentenza del 5 aprile 2001 n. 5052** in tema di nullità del contratto per **sopravvenuta normativa**, afferma che: *"In ipotesi di nullità derivante da 'ius superveniens', a rapporto validamente instaurato, la norma sopravvenuta, in luogo di incidere sulla validità del contratto, priva il rapporto della capacità di produrre effetti ulteriori; pertanto, l'invalidità successiva può incidere su negozi che ancora non hanno iniziato a produrre effetti, mentre per gli altri resta priva di rilievo (se tutti gli effetti si sono esauriti) ovvero si traduce in una perdita di ulteriore efficacia e cioè in un arresto della funzione negoziale dell'atto."*

