

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

(RM) MASSERA	Presidente
(RM) GRECO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) POZZOLO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) RUPERTO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(RM) RABITTI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore GRECO FERNANDO

Nella seduta del 02/02/2017 dopo aver esaminato:

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

FATTO

La controversia verte sulla validità ed efficacia del finanziamento erogato dalla resistente per l'acquisto di un prodotto derivato a copertura del rischio di rialzo del tasso in connessione con un mutuo ipotecario a tasso variabile.

I ricorrenti evidenziano che in data 19 marzo 2010, stipulavano con Banca Nuova spa, poi assorbita dall'odierna resistente, un mutuo ipotecario a tasso variabile; detto mutuo, in data 8 luglio 2015, veniva trasferito con surrogazione ad altra banca, previa estinzione del contratto originario.

In data 17 febbraio 2011 – affermano i ricorrenti - convinti dalla banca mutuante dell'utilità di costituire una forma di garanzia contro eventuali oscillazioni del tasso di interesse del mutuo, sottoscrivevano altresì un contratto concernente un prodotto denominato "derivato OTC" (derivati over the counter).

Detto contratto, aveva come dichiarato presupposto e fine esclusivo quello di "cautelarsi contro gli eventuali effetti delle variazioni dell'indice di riferimento (EURIBOR 3 MESI+ 0,10 x 360/365) che potrebbero intervenire nel corso dell'ammortamento" del mutuo. La struttura del contratto era costruita sulla base di uno stretto collegamento negoziale con il contratto di mutuo, con particolare riguardo alla sua durata, legata indissolubilmente a

quella del mutuo stesso: nel contratto – sottolineano i ricorrenti - si legge che la sua durata è convenuta "fino alla scadenza del termine finale del piano di ammortamento del mutuo" (v. lettera "f" della premessa), con la precisazione che: "qualora il mutuo di cui in premessa fosse estinto totalmente in via anticipata (...) il presente contratto e le operazioni poste in essere in base allo stesso si intenderanno automaticamente estinti per il venire meno dell'oggetto della copertura" (cfr. Art. 11.7.1).

L'estinzione immediata e automatica è confermata ulteriormente nell'art. 11.14 del medesimo contratto in cui si legge che "il contratto avrà durata pari a quella del finanziamento di cui in premessa" (par. 1) e che "resta espressamente inteso e stabilito che, in caso di scioglimento, per qualsiasi ragione o causa intervenuta, del contratto unico titoli, del contratto di mutuo e/o del contratto di conto corrente, il contratto si intenderà , in ogni caso, risolto con effetto immediato e la banca dovrà darne comunicazione al cliente". Pertanto, i ricorrenti, dopo l'estinzione anticipata del mutuo, chiedevano alla banca di dichiarare estinto ogni rapporto e revocavano l'autorizzazione a procedere a ulteriori addebiti in c/c. La banca tuttavia non procedeva a dichiarare l'estinzione del contratto OTC e affermava l'esistenza di un contratto di finanziamento (quindi di un terzo contratto) con il quale sarebbero stati erogati a favore dei ricorrenti 25.610,00 euro, importo tramite il quale la medesima banca avrebbe "pagato in data 18/2/2011 il premio unico corrisposto in via anticipata inerente al CAP oggetto di doglianza".

Alla conseguente richiesta dei ricorrenti di ottenere copia di tale contratto nonché copia dell'estratto del c/c riportante l'asserito accredito, la banca replicava facendo presente di non aver rinvenuto il contratto, producendo una copia standard del "Documento di sintesi n.1 del contratto di finanziamento" nonché copia dell'estratto conto. Seguiva il reclamo, al quale la banca dava riscontro dichiarando di accogliere la richiesta di estinzione del predetto contratto OTC, insistendo tuttavia sull'ulteriore pretesa relativa all'asserito finanziamento.

I ricorrenti precisano, altresì, di aver prudenzialmente continuato a pagare le rate mensili per evitare la segnalazione in sistemi informativi creditizi come cattivi pagatori così come paventato dalla convenuta.

Concludono i ricorrenti chiedendo all'Arbitro di:

a) accertare e dichiarare l'inesistenza di alcuna ragione di credito della convenuta nei confronti dei ricorrenti per i seguenti motivi, anche alternativi:

1. nullità del contratto di finanziamento e mancanza di somme effettivamente utilizzate dai ricorrenti soggette a restituzione ai sensi e per gli effetti di cui all'art.125-bis, comma 9, del t.u.b.;

2. estinzione del contratto di finanziamento per effetto dell'estinzione dei collegati contratti di mutuo e OTC, e comunque per sopravvenuto difetto di giustificazione causale del premio;

b) condannare la banca al rimborso, in favore dei ricorrenti, delle rate corrisposte successivamente alla data di estinzione del mutuo, oltre interessi legali fino all'effettivo soddisfo;

c) in subordine, nella denegata ipotesi in cui si ritenga comunque sussistente il contratto di finanziamento:

1. dichiarare nulla la clausola sul diritto di ritenzione del premio in quanto vessatoria;

2. condannare la resistente per violazione dei principi di buona fede e correttezza nella fase delle trattative al risarcimento del danno pari all'asserito residuo credito vantato per il periodo successivo alla data di estinzione del mutuo, con conseguente estinzione del correlato debito dei ricorrenti, condannandola altresì al rimborso a favore di questi ultimi delle rate corrisposte dopo l'estinzione del mutuo, oltre interessi legali fino all'effettivo soddisfo.

d) in ulteriore subordine, nella denegata ipotesi in cui si ritenga comunque sussistente il diritto della banca alla restituzione di somme, si chiede che sia disposta la restituzione, a norma dell'art.125 bis, comma 9, t.u.b., solo in linea capitale e secondo la rateazione prevista nel contratto (quale indicata nel "documento di sintesi" prodotto dalla convenuta), con obbligo di restituire ai ricorrenti gli interessi percepiti indebitamente fin dall'origine del rapporto.

La resistente nelle sue controdeduzioni riporta, innanzitutto, di aver provveduto all'estinzione dell' Interest Rate Option con accredito sul conto corrente dei ricorrenti della somma di euro 400,00, corrispondente al valore del derivato alla data del 08/07/2015. In ordine alla richiesta di restituzione delle rate percepite successivamente all'estinzione del mutuo, sottolinea che il contratto derivato prevedeva la corresponsione di un premio *una tantum* al momento della stipula, come riportato chiaramente nell'art. 1.3 del Contratto Quadro Derivati OTC regolarmente sottoscritto dai ricorrenti; che nel "modulo d'ordine relativo ad operazioni in derivati OTC" anche questo regolarmente sottoscritto, è esplicitamente indicato che il premio è pari ad euro 25.610,00, analogamente a quanto previsto altresì nella successiva conferma di esecuzione dell'ordine, che pure reca in calce le sottoscrizioni dei clienti; che tale premio risulta essere stato pagato dai ricorrenti mediante utilizzo di un finanziamento erogato dalla resistente e che, dunque, in relazione al suddetto contratto derivato nessuna "rata" è stata mai addebitata; nel Contratto Quadro non è prevista la restituzione del premio per il caso di estinzione anticipata del derivato (il premio rimane acquisito dalla banca nella qualità di venditore dell'opzione): al riguardo, si afferma, che non è conferente il riferimento al diritto richiamato in sede di reclamo, al rimborso della quota parte non goduta del "premio versato", in quanto un simile diritto è previsto dal nostro ordinamento solo in relazione alle polizze assicurative connesse ai mutui ed ai finanziamenti nei quali, a fronte del pagamento del premio di polizza, l'impresa assicurativa rende disponibili determinate coperture del rischio, fattispecie del tutto differenti da quella in oggetto. Per l'intermediario infatti, l'Interest Rate Option di tipo CAP stipulato dai ricorrenti è un contratto finanziario che permette alla clientela titolare di un mutuo ipotecario a tasso variabile di fissare per un determinato periodo di tempo un limite massimo alla variabilità del parametro di indicizzazione del tasso dello stesso mutuo e non è un contratto assicurativo, né un'assicurazione sul mutuo. Quanto alla contestazione relativa alla mancata informativa preventiva la banca fa presente che: con la sottoscrizione sia del contratto di deposito titoli che del contratto quadro derivati OTC) i ricorrenti hanno dichiarato di "aver ricevuto, preso visione e compreso l'informativa precontrattuale sui servizi ed attività di investimento prevista dal Regolamento Intermediari Consob (disponibile altresì sul sito internet della Banca)"; che i medesimi hanno inoltre sottoscritto il "pre-ordine su prodotti e servizi finanziari" nel quale si indicava che l'operazione risultava adeguata, veniva conferito espresso incarico alla banca a darne esecuzione, e si dava atto che "le caratteristiche relative al prodotto finanziario sono descritte nell'informativa consegnata e condivisa preliminarmente all'operazione"; che risulta altresì firmato dai clienti apposito modulo con il quale dichiarano "di aver ricevuto dalla banca il servizio di consulenza in materia di investimenti" e "di aver ricevuto e preso visione dell'esito della valutazione di adeguatezza sui prodotti finanziari oggetto della valutazione di cui sopra", confermando "di voler dar seguito all'ordine, descritto nel 'modulo di pre-ordine su prodotti e servizi finanziari', in relazione ai seguenti prodotti finanziari: CAPMUTUI". Emerge, per l'intermediario, il pieno rispetto delle disposizioni normative poste a tutela degli investitori, essendo stati regolarmente esposti i rischi connessi alle operazioni ed essendo state fornite tutte le informazioni necessarie per comprendere le caratteristiche degli strumenti finanziari acquistati. In relazione alle contestazioni relative al finanziamento di euro 25.610,00 sottolinea la resistente che: a) il suddetto finanziamento è stato erogato al fine

di finanziare il pagamento del premio dell'Interest Rate Option, ed infatti, come si evince dall'estratto conto al 28 febbraio 2011 - regolarmente trasmesso ai clienti e mai oggetto di alcuna contestazione - detto premio è stato pagato in data 18/02/2011 con causale pagamento "Addebito per operazioni derivati OTC"; che tale addebito è avvenuto esattamente il giorno successivo all'accredito, nel medesimo conto corrente, della somma di euro 25.610,00 con causale "erogazione finanziamenti e mutui. Erogazione finanziamento numero 040 06081953"; che l'accredito dell'importo di cui a tale finanziamento, dunque, non può in alcun modo ritenersi fittizio, in quanto non solo chiaramente eseguito e contabilizzato in conto corrente con ingente esborso contabile da parte della banca, ma evidentemente finalizzato (ed effettivamente utilizzato) per il pagamento dell'importo di euro 25.610,00 dovuto dai clienti a titolo di premio dell'Interest Rate Option – CAP; che la banca peraltro trasmetteva regolarmente una volta l'anno ai ricorrenti il documento di sintesi ed il rendiconto relativi al contratto di finanziamento: detti documenti venivano trasmessi allo stesso indirizzo al quale sono stati inviati anche gli estratti conto e non risulta mai essere stata avanzata alcuna lamentela in merito alla mancata ricezione degli stessi, né in relazione a quanto ivi riportato; che inoltre, a far data dal 28/02/2011, nel conto corrente n. 95884 è stata addebitata mensilmente la rata del finanziamento con causale "rimborso finanziamenti finanz. num. 040 06081953 pagamento automatico rata sc. 28/02/11" senza che mai sia stato eccepito alcunché; che, pertanto, appare inverosimile che i ricorrenti non conoscessero l'esistenza del finanziamento la cui rata mensilmente veniva addebitata sul conto corrente degli stessi ed in ordine al quale ricevevano la documentazione periodica trasmessa ai sensi della normativa di trasparenza.

Quanto alla dedotta nullità del contratto di finanziamento, in ragione della asserita mancata sottoscrizione dello stesso, la banca osserva infine che un'eventuale pronuncia in tal senso avrebbe comunque quale immediata conseguenza il sorgere dell'obbligo a carico dei ricorrenti di restituire, ai sensi dell'art.2033 c.c., l'importo erogato dalla banca, al netto degli importi già corrisposti a titolo di ammortamento del capitale. Viene poi precisato in merito che tale finanziamento presenta alla data odierna un debito residuo pari ad euro 21.534,59 e risultano tutte pagate in conto le n. 65 rate maturate dal 28/02/2011 al 30/06/2016. La resistente conclude per il rigetto del ricorso sul presupposto che l'accredito dell'importo di euro 25.610,00 di cui al finanziamento non possa ritenersi fittizio in quanto chiaramente eseguito e contabilizzato in conto corrente e finalizzato al pagamento del premio *una tantum* del Contratto Quadro Derivati Over The Counter; che detta somma è stata solo parzialmente restituita alla banca, in quanto il finanziamento oggetto di doglianza presenta un debito residuo pari ad euro 21.534,59.

In sede di replica, i ricorrenti ribadiscono le argomentazioni già avanzate, specificando in particolare che il contratto di finanziamento non era mai stato sottoposto alla loro firma e che del contenuto di tale contratto i medesimi hanno avuto notizia solo attraverso il documento di sintesi prodotto dalla banca in allegato alla lettera del 22/12/2015.

DIRITTO

Occorre preliminarmente valutare l'ammissibilità del ricorso dato che la vicenda controversa ha ad oggetto una operazione negoziale complessa costituita da vari rapporti funzionalmente interconnessi, in parte aventi natura spiccatamente bancaria, in parte riguardanti attività di investimento in prodotti finanziari e, dunque, la disciplina dell'intermediazione finanziaria.



Sul presupposto che l'ambito cognitorio dell'Arbitro è limitato alle sole controversie concernenti i "servizi bancari e finanziari", occorre innanzitutto delimitare il *thema decidendum* sul quale il Collegio può essere chiamato concretamente a pronunciarsi nel caso di specie. L'operazione presenta – nel suo complesso - una prevalente finalità di finanziamento (e non di investimento). Invero, l'acquisto di strumenti finanziari è difatti finalizzato esclusivamente ad assicurare ai clienti la copertura dal rischio di rialzo del tasso. Tutto ciò denota inequivocabilmente una imprescindibile connessione con il rapporto principale di mutuo ipotecario a tasso variabile. Tale aspetto appare, ad avviso di questo Collegio, dirimente alla luce del criterio della "prevalenza della finalità" utilizzato dai Collegi per delimitare il proprio ambito di competenza nei casi controversi.

Ciò premesso, il ricorso in esame ha ad oggetto in particolare l'ultimo segmento negoziale sopra indicato (il finanziamento dell'importo utilizzato per l'acquisto del prodotto finanziario): trattasi di un rapporto che, di per sé considerato, presenta natura certamente "bancaria" (nei documenti agli atti esso è difatti inquadrato quale prestito personale a consumatori), finalizzato tuttavia all'acquisto di prodotti finanziari nell'ambito di un contratto quadro preventivamente stipulato.

Rileva il Collegio come l'operazione nella sua complessità presenti alcuni profili di illegittimità.

Preliminarmente è circostanza pacifica la mancanza di un contratto di finanziamento debitamente sottoscritto. Al riguardo viene evidenziato, da parte dei ricorrenti, che la fattispecie in esame è caratterizzata dal fatto che la banca in realtà non ha erogato alcun importo a favore dei clienti, in quanto ha proceduto ad un accredito e contestuale riaddebito dell'importo in contestazione, incamerandolo come "premio" del servizio prestato.

Ora è indubitabile che l'erogazione del finanziamento di euro 25.610,00 ci sia stata - pur in assenza del relativo contratto - così come è altrettanto pacifico che detto importo è stato utilizzato per il pagamento del derivato OTC a copertura. Il problema attiene piuttosto all'operazione nel suo complesso dato che dalla documentazione versata in atti emerge la violazione della disciplina in materia di informazione in favore dei ricorrenti sul derivato sottoscritto. E' indubbio che i derivati siano strumenti di difficile comprensione. Nel caso specifico la Banca – attraverso il derivato – ha abbinato un contratto per la copertura da possibile rialzo dei tassi ed il cui collocamento impone la tutela dei profili di trasparenza e di correttezza del comportamento degli intermediari, a maggior ragione nell'ipotesi in cui i contraenti rivestano, come in questo caso, la qualità di consumatori.

A tal proposito gli intermediari hanno l'obbligo di verificare che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta (art. 42 Reg. Consob 16190/2007).

Ad avviso di questo Collegio la consegna al cliente del contratto quadro per operazioni sugli strumenti finanziari OTC non può considerarsi sufficiente per il corretto adempimento dell'obbligo informativo ex art. 21 Tuf. Non può infatti ritenersi che un'informazione generale delle caratteristiche delle componenti derivate elementari sia sufficiente senza una dettagliata e puntuale informazione in merito al rischio, alla liquidità del prodotto, alla volatilità del prezzo, tutte componenti che devono essere analizzate tenendo conto della specificità dello strumento, non essendo ammissibile l'utilizzo di moduli informativi prestampati e standardizzati.

Peraltro, non emerge in alcun modo che l'intermediario abbia illustrato e prodotto ai clienti un'analisi dello scenario da condursi mediante simulazioni effettuate con metodologie oggettive. Senza informazioni specifiche sul profilo di rischio, ricostruito anche attraverso il ricorso agli scenari probabilistici, l'investitore non è stato in grado di formulare un giudizio di convenienza economica del derivato di copertura offerto con riferimento al contratto di

mutuo. Tali argomentazioni consentono di desumere che se la Banca avesse correttamente rappresentato tutti gli aspetti rilevanti in merito allo strumento finanziario, i ricorrenti sarebbero stati messi nelle condizioni di valutare con la indispensabile consapevolezza la convenienza dell'operazione economica (Appello Milano 2069/2016). In altri termini al consumatore può consentirsi di scommettere conoscendo il grado di rischio assunto, laddove per contro l'intermediario ha perfetta conoscenza del proprio rischio, avendolo presumibilmente misurato e su di esso predisposto lo strumento finanziario a copertura.

E' fuor di dubbio che informare non è solo determinante ma anche propedeutico all'obbligo di verificare la conformità dell'operazione al profilo soggettivo del singolo cliente. Consentire decisioni in materia di investimenti "con cognizione di causa" rientra tra le prestazioni che l'intermediario finanziario deve garantire. L'informazione assume un ruolo pedagogico finalizzato ad accrescere la volontà dell'investitore soprattutto laddove rivesta la qualità di consumatore.

A ciò si aggiunga che la mancanza del contratto di finanziamento nonché dell' informativa sul credito ai consumatori denotano una evidente mancanza di chiarezza sull'intera operazione. Ed invero dai documenti agli atti si rileva che né nell'ordine di acquisto, né nel contratto quadro si fa espresso riferimento al fatto che il premio dovuto fosse stato oggetto di finanziamento; tale aspetto, congiuntamente alla mancanza della documentazione contrattuale relativa al finanziamento, rappresentano un'ulteriore conferma del fatto che i clienti non siano stati di fatto posti nelle condizioni di comprendere appieno le modalità concrete di realizzazione dell'operazione e, quindi, la portata dell'impegno restitutorio sugli stessi gravante. Ciò appare peraltro aggravato dal fatto che nella documentazione relativa al rapporto di copertura non vi sia alcun riferimento agli effetti restitutori di una eventuale estinzione anticipata, né alle modalità di calcolo del controvalore del prodotto finanziario.

Le considerazioni innanzi esposte inducono il Collegio ad evidenziare come l'intermediario abbia violato – nella complessa operazione in esame – diverse norme a tutela del cliente-risparmiatore sia con riferimento alla disciplina del testo unico bancario che con riferimento alla disciplina del testo unico finanziario.

E' il caso di ricordare che l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale non deve essere circoscritto alle ipotesi in cui il comportamento non in buona fede abbia impedito la conclusione di un contratto o abbia determinato la conclusione di un contratto invalido ovvero originariamente inefficace, bensì anche in caso di contratto validamente concluso. L'art. 1337 c.c. oltrepassa l'ipotesi di una rottura ingiustificata delle trattative ed assume il valore di clausola generale che implica un dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti reticenti.

Il fondamento della responsabilità è l'affidamento che il comportamento della parte obbligata ha prodotto in altri, tale da provocare di riflesso corrispondenti comportamenti ed iniziative nei destinatari. La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo anche quando il contratto stipulato sia risultato pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto.

Ad avviso di questo Collegio ove i ricorrenti fossero stati correttamente informati non avrebbero sottoscritto l'operazione di acquisto in derivato OTC e non avrebbero concluso il contratto di finanziamento funzionale alla sottoscrizione del derivato di copertura. Conseguenza delle violazioni connesse è che l'intermediario tenga indenne il cliente risparmiatore dal maggior aggravio economico determinato dal suo comportamento.



Decisione N. 2441 del 09 marzo 2017

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente tutte le rate versate successivamente alla data di estinzione del mutuo; dispone altresì che nulla sia dovuto dai ricorrenti a titolo restitutorio in ordine al contratto di finanziamento.

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

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MAURIZIO MASSERA