



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

(RM) MASSERA	Presidente
(RM) GRECO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) RECINTO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) CARATELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(RM) CHERTI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore GRECO FERNANDO

Nella seduta del 28/09/2017 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Parte ricorrente ha rappresentato di aver sottoscritto con l'intermediario resistente, in data 16/6/2003, un contratto di mutuo fondiario in euro indicizzato al franco svizzero.

In data 06/05/2016, parte ricorrente ha chiesto il conteggio informativo per l'eventuale estinzione anticipata del mutuo. La banca rispondeva richiedendo circa 15.000,00 euro a titolo di rivalutazione, in aggiunta al capitale residuo e non indicava l'importo del capitale.

Ritenendo il calcolo elaborato dall'istituto di credito non coerente con il contenuto del contratto di mutuo, parte istante inoltra un reclamo al quale l'intermediario rispondeva in data 2/11/2016, con argomentazioni ritenute non soddisfacenti. In particolare, parte ricorrente ha evidenziato che nel riscontro fornito non veniva individuato il punto del contratto di mutuo in cui era prevista una "indicizzazione valutaria, finanziaria e rivalutazione", non chiariva in che modo fosse avvenuta al calcolo dell'importo anzidetto e non indicava la "posizione DEBITORIA IN CHF della banca in relazione al tuo contratto di mutuo".

Parte ricorrente, altresì, ha affermato di non aver firmato i fogli informativi e che essi non corrispondevano al contenuto del contratto di mutuo (ad es. nei fogli informativi il rapporto veniva definito "Mutuo in valuta", mentre il contratto sottoscritto riportava la dicitura



“Contratto di mutuo fondiario ai sensi degli articoli 38 e segg. del d.lgs. n. 385 del 01/09/1993”).

Parte ricorrente ha sostenuto di essere stato indotto a ritenere che il mutuo fosse in euro e non in franchi svizzeri in quanto: a) il contratto di mutuo, all'art. 3, rubricato “Termini e modalità di rimborso”, non riportava la dicitura “mutuo in valuta” o corrispettivi in franchi svizzeri; b) il contratto non riportava l'indicazione di somme in franchi svizzeri, ma solo in euro; c) allo stesso modo, nei piani di ammortamento erano indicate solo somme in euro.

In considerazione dei fatti esposti, parte ricorrente ha chiesto la condanna della banca a rispondere alle domande formulate nel reclamo e ad inviare i documenti informativi precontrattuali firmati. Ha, inoltre, chiesto che il Collegio proceda a verificare la corrispondenza tra il calcolo effettuato dalla banca e quanto previsto dal contratto di mutuo e che, accertato che la clausola contrattuale relativa all'estinzione contenuta nel contratto di mutuo non è redatta in modo chiaro e comprensibile, ne dichiari la nullità.

Nelle proprie controdeduzioni l'intermediario resistente ha rappresentato che, in data 16/6/2003, parte ricorrente a un aveva sottoscritto un contratto di mutuo indicizzato al franco svizzero, per l'importo capitale di euro 180.000,00 e per la durata originariamente prevista di quindici anni. Su richiesta di parte istante, il 9/5/2016, la banca emetteva un conteggio informativo per l'ipotesi di estinzione anticipata del mutuo.

Parte ricorrente, dunque, presentava reclamo con cui contestava l'opacità delle clausole del contratto di mutuo relative alla rivalutazione dovuta in caso di estinzione anticipata. Riscontrava la banca, con nota del 13/6/2016, illustrando il funzionamento del meccanismo di indicizzazione del contratto di mutuo e la sua incidenza sui calcoli contenuti nel conteggio estintivo. Tuttavia, in data 3/10/2016, parte ricorrente presentava un nuovo reclamo in cui chiedeva la documentazione precontrattuale. L'istituto riscontrava a tale secondo il 2.11.2016, fornendo a parte istante quanto richiesto.

Nonostante ciò, parte ricorrente non procedeva all'estinzione anticipata del rapporto e inoltrava ricorso a questo Arbitro, in merito al quale l'intermediario ha chiesto venisse dichiarata l'inammissibilità – per incompetenza *ratione temporis* – o, in subordine, il rigetto. L'intermediario ha, infatti, in primo luogo eccepito l'inammissibilità del ricorso, sostenendo che le contestazioni mosse circa la validità del contratto riguardino ad un periodo anteriore a quello della competenza dell'Arbitro. A tale proposito, l'intermediario ha rilevato come - non essendosi perfezionata l'estinzione - la clausola controversa non è stata applicata e, pertanto, per la determinazione della competenza temporale deve essere tenuto in considerazione esclusivamente il momento della stipulazione del contratto, risalente al 2003.

Inoltre, con nota del 07/12/2016, parte resistente ha comunicato che la contestazione di parte ricorrente era già stata portata all'attenzione di questo Arbitro, definita con decisione del Collegio di Roma n. 7026/2016. In merito, parte ricorrente ha replicato evidenziando che i due ricorsi – benché riferiti al medesimo contratto – riportavano un diverso oggetto.

Nel merito, la banca ha dedotto che il contratto stipulato con il ricorrente è un mutuo in euro indicizzato al franco svizzero; dunque, di un mutuo la cui erogazione e le cui rate di rimborso sono regolate in euro ma la cui valuta di riferimento ai fini del calcolo delle rate è il franco svizzero.

Il contratto, secondo quanto sostenuto nelle controdeduzioni, si caratterizzerebbe per un'indicizzazione delle rate di rimborso dipendente, oltre che dall'andamento del tasso di interesse convenzionale (LIBOR /FRANCO SVIZZERO SEI MESI) anche dal tasso di cambio franco svizzero/euro. Quindi nell'alea del contratto stesso rientrerebbero sia il rischio della fluttuazione del tasso di interesse (tipico di tutti i contratti di mutuo a tasso variabile) sia quello connesso alla fluttuazione del tasso di cambio franco svizzero/euro.



Quanto al meccanismo di indicizzazione previsto nel contratto di mutuo, lo stesso viene regolato mediante "conguagli semestrali". In particolare, mentre le rate mensili (in euro) rimangono costanti per tutto il periodo di ammortamento del prestito in applicazione di tale meccanismo, alla fine di ogni semestre viene calcolato il differenziale fra i tassi e l'importo ("positivo" o "negativo") rilevato, che genera un addebito o un accredito su un "conto di deposito fruttifero".

In fine, con riguardo alle modalità di calcolo delle somme dovute in caso di estinzione anticipata del mutuo, l'intermediario ha sostenuto che i conteggi rispecchiano fedelmente quanto riportato nelle condizioni contrattuali del rapporto in oggetto. Difatti, l'art. 9 del contratto dispone che "ai fini del rimborso anticipato, il capitale restituito, nonché gli eventuali arretrati che fossero dovuti, verranno calcolati in Franchi Svizzeri in base al 'tasso di cambio convenzionale' e successivamente convertiti in Euro in base alla quotazione del tasso di cambio Franco Svizzero / Euro rilevato ... e pubblicato su "Il Sole 24 Ore" nel giorno dell'operazione di rimborso". Secondo quanto ritenuto dall'intermediario resistente, occorrerebbe quindi procedere nella seguente maniera: 1) convertire in franchi svizzeri il capitale residuo, applicando il tasso di cambio convenzionale adottato al momento della stipula, moltiplicando tale capitale residuo per il tasso di cambio convenzionale; 2) per calcolare la somma che il mutuatario deve in concreto corrispondere alla banca, riconvertire in euro il capitale residuo, come sopra calcolato, adottando il tasso di cambio esistente al momento dell'estinzione (c.d. "tasso di periodo"); 3) per calcolare l'equivalente in euro (al cambio attuale) del capitale residuo in franchi svizzeri di cui al primo punto, dividere l'importo per il tasso di periodo.

La banca ha, dunque, sostenuto la piena legittimità della clausola in questione ritenendola assolutamente chiara nell'esplicitazione dei passaggi logici da seguire. In particolare, l'intermediario ha affermato che l'esplicitazione dei passaggi logici in termini discorsivi è senz'altro più chiara per il consumatore della formula matematica che li traduce. L'intermediario ha evidenziato come parte ricorrente fosse stata correttamente informata circa il meccanismo di funzionamento del mutuo nel caso di estinzione anticipata, non solo nella fase precontrattuale (foglio informativo) ma, persino, nella fase di esecuzione mediante l'invio di note esplicative e riepilogative del meccanismo di indicizzazione. Tali note, infatti, contenevano sia le operazioni aritmetiche da seguire per procedere alla duplice conversione sia la spiegazione dell'esatto significato della clausola determinativa della rivalutazione.

In merito alla disciplina applicabile, l'intermediario ha escluso che possa rinviarsi al disposto degli artt. 33 e 36 cod. cons. posto che le clausole contrattuali di indicizzazione possono avere effetti positivi o negativi per entrambe le parti. Ha ritenuto, inoltre, che il giudizio di vessatorietà debba avere ad oggetto, non già una sola clausola, ma l'intero contratto e che debba essere effettuato con riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del negozio.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio è chiamato ad esaminare le due eccezioni sollevate da parte resistente.

In merito alla supposta violazione del principio del ne bis in idem, deve rilevarsi come – conformemente a quanto sostenuto da parte ricorrente – il ricorso precedentemente esaminato e deciso da questo Collegio, pur riguardando il medesimo contratto, aveva un oggetto differente rispetto a quello odieramente esaminato. Nello specifico, pare di dover evidenziare che in precedenza parte ricorrente aveva contestato all'intermediario un contegno illegittimo, per non aver preventivamente avvisato circa l'ammontare degli



addebiti semestrali che erano stati effettuati nel corso dell'esecuzione del rapporto, chiedendo la condanna dell'istituto al risarcimento del danno non patrimoniale patito.

Appare di tutta evidenza, dunque, come non sussista alcuna sovrapposizione tra quanto in precedenza contestato e domandato a questo Arbitro e il contenuto del ricorso oggetto di attuale esame.

Quanto, invece, alla competenza temporale di questo Arbitro, risulta non contestata la circostanza che il contratto sia stato stipulato in data 16/06/2003. Tale circostanza, purtuttavia, non esclude la competenza temporale di questo Collegio a decidere sul merito del ricorso presentato, in quanto – sebbene si discuta della nullità della clausola e, dunque, di un vizio genetico del contratto – ciò che assume rilievo è esclusivamente il momento del conteggio estintivo che viene predisposto in un momento successivo alla conclusione del contratto dall'intermediario. Il Collegio, infatti, è stato chiamato a valutare la clausola non in sé, ma “nella sua applicazione nel rapporto contrattuale, considerando in particolare il comportamento dell'intermediario nella fase di conteggio estintivo che deve comunque essere improntato al principio di correttezza” (Collegio Roma, dec. 22/12/2016, n. 11336). Al riguardo si segnala che già il Collegio di Coordinamento con decisione n. 5866 del 29 luglio 2015, in questa materia si è pronunciato affermando la nullità della clausola contrattuale sebbene il contratto fosse stato concluso nel 2007.

Entrambe le eccezioni preliminari, dunque, devono dichiararsi infondate.

Procedendo ad esaminare nel merito il ricorso, il cliente ha chiesto che questo Arbitro condanni la resistente a rispondere alle domande formulate in sede di reclamo e a inviare i documenti informativi precontrattuali sottoscritti.

Come appare evidente, le domande del ricorrente sollecitano l'intervento dell'Arbitro nelle forme di una decisione a carattere costitutivo, che imponga all'intermediario resistente un fare, che, per sua natura, non può dirsi fungibile, in quanto avente a oggetto lo svolgimento di attività assunta - in ipotesi - come doverosa e che la parte rifiuta di porre in essere. Sotto questo rispetto, le domande si manifestano inammissibili, poiché incrociano, un tradizionale limite del nostro sistema di tutela giurisdizionale, che solo di recente è stato in parte superato, con l'introduzione del nuovo art. 614-bis c.p.c., per effetto della legge di riforma n. 69/2009. Più in particolare, l'inammissibilità di tali domande si manifesta perché costringono l'Arbitro a misurarsi con i limiti dei propri poteri cognitivi, ribaditi anche dal paragrafo 4, 2° comma, della sezione I, delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (cfr. Collegio di Milano, pronuncia n. 7139/17 del 22/6/2017).

Le ultime due domande formulate in sede di ricorso, stante la loro evidente connessione, meritano di essere esaminate congiuntamente.

Al riguardo, deve rilevarsi che nel contratto di mutuo oggetto del presente ricorso l'estinzione anticipata è regolata dall'art. 9, che prescrive che: “E' facoltà della parte mutuataria rimborsare il mutuo in anticipo rispetto alla scadenza concordata, sia totalmente sia parzialmente, mediante richiesta scritta [...]. Ai fini del rimborso anticipato, il capitale restituito, nonché gli eventuali arretrati che fossero dovuti, verranno calcolati in Franchi Svizzeri in base al tasso di cambio contrattualmente previsto, e successivamente verranno convertiti in Euro in base alla quotazione del tasso di cambio Franco Svizzero/Euro rilevato sulla pagina FXBK del circuito Reuter e pubblicato su “Il sole 24 ore” nel giorno dell'operazione di rimborso. [...] La somma restituita dalla parte mutuataria al netto di quanto sopra e di quanto dovuto a qualsiasi titolo dalla parte mutuataria alla banca, determinerà la quota di capitale estinto sulla base della quale verrà calcolata la quota di capitale residuo”.

Nel caso sottoposto a questo Collegio, dunque, le parti hanno sottoscritto un contratto di mutuo in euro indicizzato al Franco svizzero, ossia un mutuo la cui erogazione e le cui rate



di rimborso sono regolate in euro ma la cui valuta di riferimento ai fini del calcolo delle rate è il Franco svizzero. Esso si caratterizza per il fatto che l'indicizzazione delle rate di rimborso dipende, oltre che dall'andamento del tasso di interesse convenzionale, anche dal tasso di cambio Franco svizzero/Euro. Nell'alea del contratto rientrano, dunque, sia il rischio della fluttuazione del tasso di interesse (tipico di tutti i contratti di mutuo) sia quello connesso alla fluttuazione del citato tasso di cambio. Il meccanismo di indicizzazione previsto nel contratto di mutuo, cioè le modalità con le quali le variazioni dei tassi incidono sull'ammontare delle rate del mutuo, prevede "conguagli semestrali". In particolare, mentre le rate mensili (in euro) rimangono costanti per tutto il periodo di ammortamento del prestito, in applicazione di tale meccanismo alla fine di ogni semestre viene calcolato il differenziale fra i tassi; l'importo ("positivo" o "negativo") così rilevato genera un addebito o un accredito su un "conto di deposito fruttifero".

Il Collegio di Coordinamento, in due precedenti occasioni, ha avuto modo di trattare approfonditamente la questione e questo Collegio ritiene che non sussistano motivi, nel caso di specie, per disattendere l'orientamento già espresso.

In particolare, con la decisione n° 7727 del 20/11/014, il Collegio di Coordinamento ha stigmatizzato la condotta dell'intermediario convenuto, ritenendo che fosse contraria ai canoni di buona fede e correttezza. Mentre, nella decisione n° 5855 del 29/7/2015, il Collegio - richiamando una pronuncia della Corte di Giustizia Europea in tema di clausole abusive inserite in un contratto di mutuo indicizzato al franco svizzero - ha ritenuto che la clausola del contratto di mutuo relativa alle ipotesi di estinzione anticipata del rapporto fosse nulla, a causa dell'abusività della clausola di indicizzazione ed ha ordinato all'intermediario di calcolare il capitale residuo da restituire in sede di estinzione anticipata come differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote già restituite senza praticare la duplice conversione indicata nel testo contrattuale.

Nello stesso senso si è di recente orientato il Tribunale di Roma - con sentenza del 3/1/2017 - il quale ha fatto proprio l'orientamento del Collegio, condannando la resistente ad adempiere alla decisione resa da questo Arbitro, rilevando altresì la ricorrenza dei presupposti per una condanna per lite temeraria, ex art. 96 c.p.c.

Tanto premesso e in considerazione del tenore del riportato art. 9 del contratto sottoscritto, questo Collegio non può che rilevarne la nullità, in quanto il meccanismo c.d. "di doppia conversione" ivi previsto è contrario alle regole di trasparenza, correttezza ed equità, che presidono allo svolgimento del rapporto tra professionisti e consumatori e a cui questo Collegio si è pienamente conformato (cfr. Coll. Roma, dec. n. 6165/2016).

Ed infatti, questo Collegio non può far a meno di rilevare l'evidente l'oscurità che caratterizza la formulazione della clausola in contestazione, nella quale l'indicizzazione era riferita, per il caso di estinzione anticipata, al capitale "restituito" anziché a quello "residuo", come sarebbe stato richiesto dalla natura atipica e aleatoria del contratto posto in essere (Cass. 29 maggio 2012, n. 8548). L'elevato tecnicismo del meccanismo di indicizzazione adottato e l'assenza, nel testo contrattuale, di una chiara illustrazione delle sue modalità operative rendevano, tuttavia, non agevole per una persona non particolarmente esperta della materia, come il mutuatario, la percezione dell'erroneità di tale indicazione. Al contrario, in considerazione della diligenza qualificata richiesta all'intermediario nell'esercizio della propria attività, parte resistente non poteva non essere consapevole della grave inesattezza contenuta nella formulazione della clausola. In applicazione del principio di buona fede al quale le parti sono tenute ad adeguare il proprio comportamento nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), l'intermediario era, dunque, tenuto ad informarne tempestivamente la parte mutuataria onde evitare che, non avendo consapevolezza dell'effettiva entità della rivalutazione della somma da rimborsare, potesse essere indotta, come in effetti è avvenuto, a chiedere l'estinzione anticipata del



mutuo in un momento in cui, essendo l'ammontare del capitale "residuo" più elevato di quello del capitale "restituito", tale operazione sarebbe risultata per lei più onerosa. Inoltre, la clausola in discorso non espone affatto le operazioni aritmetiche che devono essere eseguite al fine di realizzare la duplice conversione da una valuta all'altra e viceversa.

In considerazione di tutto quanto innanzi, il Collegio ritiene che la clausola in contestazione debba qualificarsi come nulla, ai sensi del combinato disposto degli artt. 33, comma 1 e 34, comma 2, e 36 del Codice del consumo (ovvero degli artt. 3, par. 1, e 4, par. 2, e 6, par. 1, dir. 93/137CEE (cfr. Collegio di Roma, dec. 8471/2017; Collegio di Milano, dec. 2280/2017; Collegio di Roma, dec. 9866/2016).

Tale nullità non travolge l'intero contratto, ma si riverbera sulla determinazione del capitale residuo; quindi in caso di richiesta di estinzione anticipata la ricorrente dovrà restituire la differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite (queste ultime calcolate secondo l'indicizzazione contrattuale al Franco svizzero), senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 9 di cui è stata dichiarata la nullità.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio dichiara la nullità dell'art. 9 del contratto stipulato tra le parti e accerta che il capitale residuo dovuto dalla ricorrente, a titolo di estinzione anticipata, è pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite.

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