Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI BOLOGNA

composto dai signori:

(BO) MARINARI	Presidente
(BO) BERTI ARNOALDI VELI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) MARTINO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) SOLDATI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) PETRAZZINI	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore NICOLA SOLDATI

Seduta del 13/03/2018

FATTO

Il ricorrente afferma di avere stipulato in data 12.3.2007 con l'intermediario un contratto di mutuo fondiario indicizzato in franchi svizzeri a tasso variabile, per la durata di 360 mesi, con ISC al 4,009%, in forza del quale veniva erogata la somma di 120.000,00 euro; la clausola n. 7 di tale contratto ("estinzione anticipata") recitava: "…il capitale restituito, nonché gli eventuali arretrati che fossero dovuti, verranno calcolati in franchi svizzeri in base al tasso convenzionale 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 del rimborso…"; in data 19.1.2017 inviava richiesta di estinzione anticipata, alla quale l'intermediario dava riscontro in data 1.2.2017, allegando il relativo conteggio, secondo il quale erano dovuti 51.024,45 euro per rivalutazione, ai sensi della citata clausola n. 7 del contratto.

Del pari, il ricorrente sostiene che: a) la clausola citata, "oltre a rendere eccessivamente oneroso il contratto di mutuo", viola gli artt. 116 e 117 TUB in materia di pubblicità e trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con il cliente, "atteso che, in sede di stipula del contratto, tale possibile aggravamento delle condizioni non veniva prospettata allo scrivente o quantomeno compresa, atteso che, l'elevato tecnicismo del meccanismo di indicizzazione adottato e l'assenza, nel contesto contrattuale, di una chiara illustrazione delle sue modalità operative rendevano non agevole, per una persona non particolarmente

esperta della materia, come il ricorrente, la percezione dell'erroneità e/o del significato di tale indicazione": essa può dunque ritenersi nulla ai sensi dell'art. 36 del Codice del Consumo (Collegio di Roma, decisione n. 6558/17); b) la predetta clausola, inoltre, non espone le operazioni aritmetiche da eseguire per realizzare la duplice conversione di valuta, risultando così nulla ai sensi del combinato disposto degli artt. 33, comma 1, 34, comma 2, e 36 del Codice del Consumo (ovvero degli artt. 3, par. 1, 4, par. 2, e 6, par. 1, dir. 99/137CEE): di conseguenza, in caso di richiesta di estinzione anticipata, "il 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. 7".

Il ricorrente chiede, quindi, di dichiarare la nullità dell'art. 7 del contratto e per l'effetto di dichiarare che il capitale residuo dovuto dal ricorrente, a titolo di estinzione anticipata, è pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote di capitale già restituite.

Costituitosi ritualmente l'intermediario eccepiva che: 1) in via pregiudiziale, l'incompetenza ratione temporis del Collegio ABF, atteso che: a) il contratto è stato stipulato nel 2007 ed i ricorrenti non hanno mai dato luogo all'estinzione del prestito (cfr. all. 2 alle controdeduzioni); b) invero, non essendosi perfezionata l'estinzione, non è neppure stata concretamente applicata la clausola controversa, non configurandosi o concretandosi quelle operazioni o comportamenti successivi al gennaio 2009 che la controparte vorrebbe addurre a dimostrazione della competenza temporale del Collegio adito ed afferendo la domanda dei ricorrente esclusivamente al momento genetico del contratto, stipulato nel 2007; 2) nel merito, la legittimità dei contratti in valuta. Infatti: a) il mutuo di cui si controverte è indicizzato al franco svizzero (cfr. art. 4 del contratto, "le parti convengono che il presente mutuo è in euro indicizzato al franco svizzero, secondo le modalità di seguito indicate …"); b) il "mutuo fondiario in valuta estera", caratterizzato dall'inserimento del rischio della indicizzazione nel rapporto giuridico, è legittimo dalla consolidata giurisprudenza (cfr. Cass., 29.5.2012, n. 8548; Cass. 17.7.2003, n. 11200; decisione ABF n. 2374 del 3.11.2011, resa nei confronti dello stesso intermediario e con riferimento ad un mutuo identico a quello di cui si controverte, ha ritenuto che "il previsto meccanismo di indicizzazione valutaria, come qualsiasi meccanismo del genere, viene a innestare nel contratto un elemento di aleatorietà … per ambedue i contraenti, la stipulazione di contratti del tipo di quello qui in esame essendo reputata o meno più conveniente dai mutuatari sulla base della fiducia nell'andamento della propria valuta"); 3) la legittimità dei meccanismi di indicizzazione per il calcolo delle rate (conguagli semestrali): a) il meccanismo di indicizzazione del mutuo risulta dagli artt. 3 e 4, illustrativi del piano di ammortamento, comprensivo di quote capitale e quote interessi, da versare alla banca in rate mensili per la durata stabilita e fatti salvi i "conguagli semestrali"; b) il meccanismo dei conguagli semestrali è esplicitato nell'art. 3 cit., mentre, una volta fissati i tassi convenzionali, l'art. 4 prevede che per tutta la durata del mutuo, al termine di ogni semestre, "la banca determinerà" la differenza tra detti tassi convenzionali ed i tassi reali rilevati sul mercato l'ultimo giorno di ogni semestre. Le eventuali differenze così calcolate danno luogo ad un "conguaglio positivo o negativo" da accreditare o addebitare sullo "speciale rapporto di deposito fruttifero appositamente acceso presso la Banca a nome della stessa parte mutuataria" (cfr. art. 4); 4) la legittimità dei meccanismi di indicizzazione per l'ipotesi di estinzione anticipata (rivalutazione): a) in tutti in casi che interessano il valore del capitale da restituire (i.e. conversione ed estinzione anticipata), per il fatto stesso che quest'ultimo, sebbene indicizzato al franco svizzero, resta denominato in euro, "non può non realizzarsi quella attualizzazione che, in costanza di rapporto, è praticata

attraverso l'indicizzazione valutaria e, all'atto della conversione o della estinzione anticipata, deve necessariamente concretarsi nella contestata rivalutazione al tasso di cambio corrente di tutto il debito ancora non restituito". Questa operazione, "non può che effettuarsi riportando il capitale residuo al valore in Franchi Svizzeri espresso dal tasso di cambio convenzionale e, successivamente, convertendo in euro tale importo al tasso di cambio corrente al momento dell'estinzione"; b) l'ipotesi di estinzione anticipata viene, per questa ragione, esplicitamente contemplata dall'art. 7 del contratto, dal quale si evince che il procedimento previsto per il calcolo del capitale da rimborsare nel caso di estinzione del mutuo si articola in due fasi: 1) conversione in franchi svizzeri del capitale residuo in euro, con applicazione del tasso di cambio convenzionale adottato al momento della stipula; 2) riconversione in euro il capitale residuo, come sopra calcolato, adottando il tasso di cambio esistente al momento della conversione (c.d. "tasso di periodo"), a tale fine dividendo l'importo del capitale residuo in franchi svizzeri per tale tasso di periodo; c) "nell'operazione di estinzione la sola variabile che viene presa in considerazione è il tasso di cambio franco svizzero/euro (non rilevando invece il tasso di interesse), giacché si tratta di un'operazione relativa al solo capitale trattandosi, appunto, di un conteggio di mero rimborso del capitale residuo mutuato, che non considera gli interessi"; d) qualora il mutuatario intendesse poi estinguere il mutuo, l'importo da corrispondere alla banca dovrebbe essere calcolato "seguendo due semplici passaggi logici: - in un primo momento, il capitale residuo espresso in euro nel piano di ammortamento allegato al mutuo viene convertito in franchi svizzeri, applicando il tasso di cambio convenzionale adottato al momento della stipula; - in un secondo momento, per calcolare la somma che il mutuatario deve in concreto corrispondere alla banca – somma che evidentemente dovrà essere restituita in euro – si deve riconvertire in euro il capitale residuo, come sopra calcolato in franchi svizzeri, adottando il tasso di cambio attuale esistente al momento dell'estinzione"; e) "non si comprende pertanto come si potrebbe sostenere che la clausola in parola non sia interpretabile, posto che, come già detto, non vi è (né vi potrebbe essere) alcun margine di incertezza circa i due unici passaggi logici da seguire per calcolare l'importo da corrispondere alla banca, essendo il dato testuale alquanto chiaro ed esaustivo al riguardo"; 5) la non "opacità" della clausola determinativa delle modalità di estinzione anticipata: a) la clausola in questione "è assolutamente chiara nell'esplicitare i due semplici passaggi logici, che corrispondono a loro volta a due semplici operazioni matematiche, seguendo i quali è possibile in ogni momento calcolare il capitale residuo dovuto dal mutuatario in caso di estinzione anticipata del prestito". Tali passaggi logici sono chiari "non solo perché estremamente semplici, ma anche perché sono gli unici possibili giacchè non vi sono ipotesi o interpretazioni alternative, che possano in qualche modo generare dubbi sulle operazioni corrette da seguire"; b) nel caso di specie, il concetto essenziale che deve essere esplicitato nel contratto è la natura indicizzata del prestito, circostanza ribadita in più punti sia nel testo contrattuale sia nel documento di sintesi allegato al contratto; 6) la trasparenza precontrattuale e la buona fede nella esecuzione del contratto: a) l'intermediario, oltre alla consueta informativa precontrattuale e nel rispetto del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ha riepilogato le principali caratteristiche del mutuo, con particolare riferimento ai meccanismi di indicizzazione e di rivalutazione in caso di estinzione anticipata con la nota datata 1.3.2013 e, più in là, con la nota del 26.3.2015 (cfr. all. 4 alle controdeduzioni) le quali hanno peraltro, recepito con largo anticipo quelli che sarebbero stati i contenuti della giurisprudenza del Collegio di Coordinamento (i.e. decisione n. 7727 del 20.11.2014, decisione n. 4135 del 20.5.2015), ulteriormente chiarendo le concrete applicazioni del meccanismo di rivalutazione; b) tali note di chiarimenti, infatti, contengono: i) le operazioni aritmetiche da eseguirsi al fine di realizzare la duplice conversione da una valuta all'altra

(e viceversa) (cfr. Collegio di Coordinamento n. 4135 del 20.5.2015); ii) l'esatto significato della clausola determinativa della rivalutazione "evitando così che la parte mutuataria, "non avendo consapevolezza del costo reale dell'operazione, potesse indursi a chiedere l'estinzione anticipata del mutuo in un momento in cui tale operazione sarebbe risultata particolarmente onerosa"" (cfr. Collegio di Coordinamento n. 7727 del 20.11.2014); c) ben prima che la parte ricorrente chiedesse il conteggio informativo per l'estinzione, quindi, la banca aveva già inviato la nota di trasparenza datata 1.3.2013 con la quale ha nuovamente riepilogato e illustrato la formula da utilizzare per effettuare una "stima dell'effetto della rivalutazione del capitale residuo in caso di estinzione o conversione del mutuo in euro"; d) nella fase precontrattuale, i ricorrenti hanno inoltre ricevuto adeguata e sufficiente informativa circa il contratto di mutuo e la sua tipologia. Prima della stipulazione del contratto di mutuo la banca ha inoltre consegnato il "foglio informativo"; e) anche la normativa contrattuale risulta essere chiara e comprensibile, indicando all'art. 4 l'indicizzazione del mutuo con il Franco Svizzero (cfr. Collegio di Milano decisione n. 2975/2012); 7) la non vessatorietà della clausola determinativa delle modalità di estinzione anticipata: a) la clausola in contestazione non determina alcun significativo squilibrio "normativo" tra le parti in quanto l'andamento del franco svizzero può concretizzarsi anche in un vantaggio per il cliente; b) la vessatorietà di una clausola dovrebbe inoltre essere valutata con riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto (art. 34, comma 1, cod. cons.), fatto che rafforza l'eccezione d'incompetenza temporale del Collegio ABF; c) con riguardo alla giurisprudenza del Collegio di Coordinamento (decisione n. 4135 del 20.5.2015), l'intermediario contesta i contenuti di tale pronuncia, non ritenendo pertinente neppure il richiamo alla decisione della Corte di Giustizia (cfr. all. 6 alle controdeduzioni), resa con riferimento ad un caso diverso.

In ragione di tali eccezioni, l'intermediario chiedeva all'ABF di dichiarare, in via principale, il ricorso inammissibile e, in via subordinata, respingerlo nel merito.

DIRITTO

La controversia sottoposta all'esame del Collegio attiene all'accertamento del corretto metodo di calcolo previsto dall'art. 7 del contratto stipulato tra le parti, predisposto dall'intermediario e contestato dalla ricorrente.

In via preliminare, il Collegio rileva che risulta non contestata la circostanza che il contratto sia stato stipulato in data 13.3.2007. 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, decisione n. 11336/16). 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.

La norma contrattuale in esame prevede, in caso di richiesta di estinzione anticipata, che l'importo del capitale residuo vada prima convertito in franchi svizzeri al tasso di cambio

convenzionale fissato nel contratto e successivamente riconvertito in euro al cambio franco svizzero/euro rilevato il giorno del rimborso.

La giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato (Cass., 8 agosto 2011, n. 17351) la necessità che le clausole contrattuali e i comportamenti delle parti contraenti siano conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità e che la violazione dei suddetti principi comporta la nullità delle clausole contrattuali che non li rispettano.

Come già chiarito dal Collegio di Coordinamento "Non sembra che la clausola in esame "esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera», nonché «il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo", cosicché essa, secondo quanto ritenuto dalla Corte di giustizia dell'Unione nella sentenza che è già stata più volte menzionata, sembra porsi in contrasto con l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE (ovvero con l'art. 34, 2° comma, cod. cons.), oltre che contro il predetto orientamento della Corte di Cassazione. Infatti, come si detto, detta clausola contrattuale si limita a prospettare che gli importi già restituiti o ancora dovuti dal mutuatario siano dapprima convertiti in franchi svizzeri al "tasso di cambio convenzionale", e l'importo così ottenuto sia poi riconvertito in euro al tasso di cambio corrente, ma non espone affatto le operazioni aritmetiche che debbano essere eseguite al fine di realizzare tale duplice conversione da una valuta all'altra (e viceversa). […] 6- Parimenti, secondo il menzionato orientamento della Corte Suprema la violazione della fondamentale regola della trasparenza, quindi della obiettivamente agevole comprensibilità, comporta la nullità della clausola" (decisione n. 5866/2015).

Ciò posto, prosegue ancora il Collegio di Coordinamento "è peraltro necessario stabilire quali conseguenze produca nel rapporto contrattuale tra le parti del presente giudizio la nullità della clausola che è stata sopra esaminata, dal momento che il suddetto rapporto deve comunque essere regolato. Per quanto qui rileva, la menzionata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha così deciso: "L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, […] ove un contratto concluso tra un professionista e un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta a una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva". Peraltro, e sia pure con specifico riguardo alla manifesta eccessività degli interessi moratori, il Collegio di coordinamento di questo Arbitro ha chiarito che, tenuto anche conto della Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, alla nullità di una clausola abusiva ai sensi dell'art. 36 cod. cons. consegue l'applicazione della norma di diritto dispositivo alla quale il predisponente aveva inteso derogare a proprio vantaggio (sentenza n. 3995 del 24 giugno 2014)" (Collegio di coordinamento, decisione n. 5866/2015).

Nel caso di specie, il già menzionato art. 125 sexies, comma 1, TUB (corrispondente all'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE) così statuisce: "Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore".

In armonia con la Corte di Giustizia si pone l'insegnamento della Suprema Corte, secondo cui (confronta Cass. Sez. I 10 settembre 2013, n. 20686) l'accertata nullità della clausola concernente le modalità del calcolo degli interessi non travolge il contratto, ma impone al giudice un nuovo calcolo degli stessi.

Il caso di specie va, dunque, deciso alla stregua dei principi sopra esposti.

Pertanto, ribadita la nullità della clausola contenuta nell'art. 7 del contratto stipulato tra le parti del presente giudizio e tenuto conto del principio nominalistico di cui all'art. 1277, 1 comma 1, c.c., l'intermediario dovrà effettuare il conteggio dell'anticipata estinzione del finanziamento di cui si tratta applicando i principi sopra enunciati.

In particolare, posto che il calcolo proposto dal ricorrente non risulta tecnicamente corretto, il capitale residuo che egli dovrà restituire sarà pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite (queste ultime calcolate secondo la contrattuale indicizzazione al Franco Svizzero), senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 7 di cui è stata dichiarata la nullità.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione.

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
MARCELLO MARINARI