

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|------------------------------|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente |
| - Avv. Valerio Sangiovanni | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Diana V. Cerini | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Vittorio Santoro | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |
| - Prof. Avv. Andrea Tina | Membro designato dal C.N.C.U.
(Estensore) |

nella seduta del 16 ottobre 2012, dopo aver esaminato

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

FATTO

In data 02.09.2009 il ricorrente ha rinegoziato con l'intermediario un mutuo ipotecario, modificando il tasso fisso originario con un tasso variabile ed affiancando il contratto di mutuo con un contratto derivato OTC, a copertura del rischio rappresentato dalle possibili successive variazioni del tasso di interesse.

Soltanto in un secondo momento il ricorrente avrebbe appreso la reale natura del contratto derivato sottoscritto, allorquando l'intermediario avrebbe richiesto per l'estinzione anticipata dello stesso (al 31.01.2012) il versamento dell'importo di Euro 2.400,00

Con reclamo del 31.01.2012, il ricorrente ha, infatti, lamentato:

- che il 02.09.2009, era stato *"ricontrattato"* un mutuo, originariamente a tasso fisso, con contestuale stipula di un contratto *"che è stato definito dal promoter di assicurazione sul mutuo, ma (...) null'altro era che un derivato"*;
- che l'intermediario non ha consegnato *"il capitolato del mutuo così come ridefinito a tasso variabile"*, né copia del contratto derivato, *"né il suo prospetto informativo"*;
- di essere comunque venuto in possesso della documentazione sopra riportata, dove veniva tra l'altro riportato che *"il diritto di recesso è previsto senza alcun onere ma al lato pratico, viene legato dalla banca al controvalore dello strumento al momento del recesso"*;
- che nel contratto è presente una clausola che prevede *"la rinuncia esplicita a ottenere informazioni sul prodotto e sul contratto"*;
- che sono previsti dei diritti (in materia di penali) a favore della banca, ma non sono previsti diritti equivalenti per il cliente;
- che quando ha ritenuto di recedere dal contratto *"si è riscontrata una perdita ponderale sul prodotto"* e la banca ha *"contravvenuto al dovere di informazione sulle perdite ponderali"*.

Alla luce di quanto sopra, nel medesimo reclamo il ricorrente ha, quindi, chiesto all'intermediario copia del contratto di mutuo e del contratto derivato, nonché il *"prospetto*



analitico di risoluzione contrattuale”, facendo, inoltre, presente che all'allegato 2 del contratto in suo possesso *“è esplicitamente prevista una soglia di perdite pari a “0”*.

Insoddisfatto del riscontro dell'intermediario, il ricorrente ha presentato ricorso all'ABF, con il quale – ribadito *i)* che l'intermediario non ha spiegato che si trattasse di un contratto derivato; *ii)* di non essere stato contattato *“neppure all'entrata in vigore della MIFID”*; *iii)* *“che a richiesta di estinguere tale prodotto sono state chieste € 5.000 senza motivazioni”* – ha chiesto all'ABF *“il risarcimento di ogni danno provocato dall'assenza di chiarimento sul prodotto che non avrei sottoscritto se avessi saputo essere un derivato”*.

Nelle proprie controdeduzioni, l'intermediario ha precisato che:

- il 26.08.2009 il ricorrente ha sottoscritto un contratto di consulenza e negoziazione, ricevendo altresì l'informativa precontrattuale ai sensi della disciplina CONSOB;
- il 31.08.2009, il ricorrente ha chiesto la variazione delle condizioni di un mutuo ipotecario da tasso fisso a tasso variabile;
- il successivo 02.09.2009, il ricorrente ha sottoscritto un contratto derivato OTC *“a copertura delle successive variazioni di tasso”*. In tale contratto il cliente si era *“dichiarato pienamente informato delle caratteristiche delle operazioni”* e *“non ha indicato alcuna soglia di perdita oltre la quale essere avvisato”*;
- il 02.09.2009, il cliente aveva stipulato *“un contratto di apertura di credito”* di Euro 9.500,00 *“destinato a “Derivati su Tassi di copertura””*.

In particolare, l'intermediario ha dichiarato di aver riscontrato il reclamo del ricorrente in data 07.03.2012, *“fornendo i chiarimenti del caso e la documentazione contrattuale richiesta, regolarmente sottoscritta dal cliente”*, e ha confermato di avere adempiuto a tutti gli obblighi di informativa precontrattuale previsti dalle disposizioni di settore e che il contratto derivato OTC sottoscritto dal ricorrente era *“funzionale alla richiesta di riduzione del tasso sul mutuo (...) accolta dalla banca con diminuzione del tasso dal 6,250% (tasso fisso) al 2,95% (tasso variabile)”*. Grazie al contratto così sottoscritto, il cliente ha, infatti, potuto fruire di un *“risparmio effettivo dal 2/9/2009 (data sottoscrizione OTC) al 9/4/2012”* pari a Euro 7.041,62 e di un risparmio ipotetico fino alla scadenza del mutuo pari a Euro 54.000,00 (comprensivo del risparmio effettivo sopra riportato e calcolato *“alle condizioni attuali”*).

L'intermediario ha infine precisato:

- che l'importo *“di circa € 5.000,00”* richiesto per estinguere il derivato *“corrisponde al valore di realizzo presunto al 16/2/2012”*;
- di aver regolarmente comunicato trimestralmente *“il valore aggiornato del derivato”*, ancora in essere;
- che il ricorrente, per compensare il valore del derivato, ha ottenuto un'apertura di credito utilizzata per Euro 4.751,00;
- che il prezzo finale richiesto di Euro 5.000,00 *“scaturisce dall'aggregato delle componenti “Fair Value”, “Costo di Hedging” e “Mark up”, come risulta dalla scheda prodotto “derivati OTC”*

Alla luce delle precedenti considerazioni, l'intermediario ha chiesto al Collegio di respingere il ricorso in quanto ritiene *“di aver correttamente ottemperato ai suoi impegni”* e che *“il cliente non abbia subito alcun danno, peraltro dallo stesso non documentato”*.

Con successive note di replica, il ricorrente ha contestato le difese dell'intermediario, sottolineando come la sottoscrizione del contratto non sia coerente con la disciplina a tutela del consumatore, evidenziando come la stipulazione del contratto sia stata imposta dalla banca per trasformare il mutuo da tasso fisso a variabile e quindi *“all'atto pratico (...) l'operazione (...) non ha prodotto un beneficio al cliente (mera riduzione del costo delle rate) bensì un aggravio dei costi per effetto della forte riduzione del valore del prodotto “derivato””*.



Il ricorrente ha, quindi, concluso chiedendo all'ABF di “*dichiarare nullo tale contratto che era stato dichiarato dalla banca come una formula assicurativa*”.

DIRITTO

La complessa vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio riguarda le eventuali responsabilità precontrattuali dell'intermediario nella fase precedente la sottoscrizione di un contratto derivato OTC da parte del ricorrente, collegato alla rinegoziazione di un mutuo ipotecario, contratto con lo stesso intermediario, da tasso fisso a tasso variabile. La richiesta di risarcimento danni formulata dal ricorrente è, infatti, collegata “*all'assenza di chiarimento sul prodotto che non [avrebbe] sottoscritto se avess[e] saputo essere un derivato*”. Inoltre, la domanda volta all'accertamento della nullità del contratto derivato – oltre ad essere stata presentata per la prima volta in sede di replica e a non essere stata, quindi, oggetto neppure del precedente reclamo (in violazione di quanto previsto dalle “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”, sez. VI, par. 1) – risulta comunque collegata unicamente ad un lamentato difetto di preventiva informazione sulla effettiva natura del contratto, possibile fonte unicamente di una eventuale responsabilità precontrattuale dell'intermediario e non di una invalidità del contratto, come confermato dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725).

Ciò chiarito, è possibile rilevare come nel caso in esame *i)* il ricorrente lamenti di non essere stato adeguatamente informato sulla effettiva natura del contratto derivato sottoscritto e, in particolare, sull'eventuale costo di sostituzione dello stesso derivato in caso di estinzione anticipata del contratto; *ii)* e come il danno, di cui il ricorrente ha richiesto il risarcimento, si risolva unicamente nel costo di sostituzione del contratto derivato.

Dalla documentazione prodotta dalle parti, risulta che il ricorrente ha regolarmente sottoscritto, nell'ambito di un contratto di consulenza finanziaria, un contratto (c.d. quadro) di negoziazione di prodotti derivati, accompagnato dalla documentazione informativa prevista dalla normativa vigente che risulta, tra l'altro, debitamente sottoscritta dal ricorrente. Le parti non hanno, tuttavia, prodotto copia del contratto derivato sottoscritto dal ricorrente, con la conseguenza che non è possibile verificare se l'intermediario abbia effettivamente informato o meno il ricorrente (non sulla natura del contratto, ma piuttosto) sugli elementi essenziali del contratto derivato così sottoscritto. In particolare, è solo il caso di segnalare come non siano, comunque, decisive al riguardo le considerazioni del ricorrente circa la presunta inadeguatezza/inappropriatezza del contratto derivato al proprio profilo di rischio tracciato dall'intermediario, posto che l'eventuale giudizio di inadeguatezza/inappropriatezza non avrebbe comunque comportato un divieto di sottoscrizione del prodotto, ma soltanto una possibile fonte di responsabilità (precontrattuale) dell'intermediario.

Indipendentemente dai profili ora segnalati, astrattamente idonei ad evidenziare una condotta dell'intermediario non del tutto conforme al parametro della dovuta diligenza, appare assorbente, ai fini del non accoglimento della domanda di risarcimento danni formulata dal ricorrente, la considerazione per cui il danno dallo stesso lamentato non è attuale e definitivo, ma soltanto futuro e, soprattutto, del tutto incerto. Come noto, il costo di sostituzione di un prodotto derivato OTC (c.d. *mark to market*) non costituisce un costo (o, a seconda dei casi, un vantaggio) attuale per il titolare del derivato, fin tanto che lo stesso non proceda alla sua effettiva sostituzione; tanto più che il valore associato al *mark*



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

to market è suscettibile di variazioni, in aumento come in diminuzione, nel corso del tempo, fino alla naturale scadenza del contratto derivato. Finché il contratto derivato non è estinto, rinegoziato o risolto, il pregiudizio (o il vantaggio) associato al costo di sostituzione è solo potenziale, con la conseguenza che manca quell'elemento di "*rilevante probabilità*", alla luce del quale la giurisprudenza della Corte di Cassazione riconosce la risarcibilità dei danni futuri: "*il rischio concreto di pregiudizio è configurabile come danno futuro ogni volta che l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocamente sintomatici di quella probabilità secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto*" (Cass., 27 aprile 2010, n. 10072). A ciò si aggiunga che, nel caso in esame, la valutazione sull'effettiva consistenza del danno subito dal ricorrente dovrebbe tenere, inoltre, conto del risparmio ottenuto dal ricorrente con la rinegoziazione del tasso di interesse del mutuo contratto con l'intermediario, modificato da un tasso fisso del 6,25% ad un tasso variabile; risparmio, al 9 aprile 2012, quantificato dall'intermediario in Euro 7.041,62.

In definitiva, indipendentemente dall'accertamento di un eventuale profilo di irregolarità e responsabilità nella condotta tenuta dall'intermediario, per le ragioni sopra segnalate, nel caso in esame non è dato rinvenire un danno risarcibile attuale o futuro (nei termini sopra delineati) effettivamente subito dal ricorrente.

P.Q.M.

il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO