

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|--|---|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof.ssa Cristiana Maria Schena | Membro designato dalla Banca d'Italia
(Estensore) |
| - Dott. Mario Blandini | Membro designato dal Conciliatore Bancario
Finanziario |
| - Dott.ssa Anna Bartolini | Membro designato dal C.N.C.U. |

nella seduta del 9 settembre 2010 dopo aver esaminato

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

FATTO

Il ricorrente, con lettera raccomandata datata 11.12.2009 aveva inviato un reclamo alla banca resistente richiedendo la risoluzione, senza alcuna penale, di un contratto stipulato presso la filiale di suo riferimento, motivando tale richiesta affermando di sentirsi truffato non avendo ricevuto adeguata informativa in merito a tale contratto.

Non avendo ricevuto alcun riscontro dalla banca, il soggetto ha presentato ricorso all'ABF, pervenuto in data 23.3.2010. Nel modulo relativo al ricorso il cliente sostiene:

- "*di essere stato spinto*" dall'intermediario a sottoscrivere un investimento senza esser stato informato sulle sue reali caratteristiche ed implicazioni;
- di aver ricevuto molto in ritardo la documentazione relativa al contratto, il che ha comportato l'impossibilità di rendersi conto della sua effettiva natura;
- di non aver potuto recedere da tale contratto.

Pertanto, il ricorrente chiede che la banca resistente risolva il contratto non addebitandogli le somme contabilizzate per un importo pari ad € 3.265,23.

Il ricorso comprende la seguente documentazione:

- a) il reclamo inviato all'intermediario in data 11.12.2009 e gli allegati a quest'ultimo acclusi, ovvero:
 - la conferma di un'operazione, sottoscritta dal cliente in data 5.9.2008, di Interest Rate Swap tipo liability (*in seguito IRS*), che il ricorrente definisce



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

“foglio” e che sostiene di aver ricevuto - dopo reiterate richieste alla banca - solo in data 11.9.2009;

- la copia del relativo contratto di IRS, che a detta del ricorrente sarebbe stato fornito solo nel successivo mese di ottobre;
- b) n. 3 contabili riportanti gli addebiti/accrediti maturati in data 9.3.2009, 9.9.2009 e 9.3.2010 a fronte di contratti derivati, il cui saldo netto corrisponde alla somma di cui il ricorrente richiede il rimborso quale conseguenza della risoluzione del contratto, oggetto del ricorso.

Dalla lettera di reclamo, in cui il ricorrente riepiloga l'accaduto, emerge che il ricorrente aveva stipulato nel 2005 un mutuo trentennale a tasso variabile, a fronte del quale nell'agosto 2008 si trovava a pagare una rata di € 700. Avendo appreso che la nuova normativa (art. 3 del D.L. 93/2008, convertito con L. 24 luglio 2008 n. 126) consentiva di rinegoziare il mutuo per ottenere una rata inferiore, aveva chiesto informazioni alla banca, dapprima per il tramite della moglie e poi personalmente. A detta del ricorrente, l'allora direttrice della filiale di riferimento aveva sconsigliato tale soluzione, adducendo che essa avrebbe comportato la riduzione della rata, ma anche l'allungamento della scadenza; al contempo, venne proposta un'altra soluzione *“all'apparenza vantaggiosa e cioè quella di passare ad un tasso fisso, allora pari al 4,85%, per tre anni e alla scadenza”* si sarebbero presentate due alternative: ritornare al tasso variabile oppure rinegoziare altri tre anni a tasso fisso. A fronte della richiesta di chiarimenti da parte della moglie del ricorrente in merito ai costi comportati dal passaggio al tasso fisso ed all'eventuale previsione di penali in caso di estinzione anticipata del mutuo (che era previsto dai coniugi entro tempi brevi per poter stipulare un mutuo di importo superiore a fronte dell'acquisto di altro immobile), la direttrice della filiale aveva precisato *“che non ci sarebbero stati né costi né penali”*.

Successivamente, quando lo stesso ricorrente si era recato in banca per approfondire personalmente la questione, la *“consulente .. [gli] rispiegò le stesse cose dette [alla] ... moglie, [gli fece firmare] un foglio senza rilasciar[gliene] una copia ...[e gli fece] anche una certa fretta dicendo[gli] che il tasso si sarebbe rialzato e non sarebbe stato più vantaggioso ...[e precisandogli] che era necessaria la sua firma ... poiché [lui era l'unico intestatario del mutuo]”*.

Nel seguito del proprio resoconto il ricorrente chiarisce che “i primi problemi” sono sorti a maggio 2009, quando decise di estinguere il suddetto mutuo per stipularne uno nuovo; in tale occasione, la nuova direttrice della filiale di riferimento, gli spiegò (con riguardo all’*“Interest Rate Swap”*) *“che non era possibile cessare tale contratto poiché si trattava di un investimento che .. assicurava un capitale pari al vecchio mutuo al tasso del 4,85% per la durata di tre anni indipendentemente che il mutuo continuasse o fosse chiuso”*. Il ricorrente sottolinea anche che a settembre 2009 le perdite derivanti da tale contratto avrebbero raggiunto € 1.522,00.

A tali puntualizzazioni, il ricorrente aggiunge, da un lato, che la banca sostiene che non sia possibile *“bloccare”* l'investimento e, dall'altro, che la decisione di presentare il reclamo deriva dal fatto che, all'atto della stipula del contratto di IRS, non gli era stato chiarito *“che tale operazione non avrebbe seguito il mutuo”*.

Nelle controdeduzioni, pervenute in data 7.5.2010, la banca resistente ha chiesto all'Arbitro Bancario Finanziario di voler dichiarare irricevibile il ricorso per difetto di competenza o, in subordine, di non accogliere l'istanza, tenuto conto che l'operazione sarebbe stata regolarmente stipulata.

Le ragioni addotte dall'intermediario a sostegno della richiesta di rigetto del ricorso sono le seguenti.

- Sarebbe prassi dei propri operatori illustrare correttamente le caratteristiche delle operazioni, provvedendo a consegnare copia di tutta la documentazione prevista



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

dalla vigente normativa Mifid. A comprova di ciò, l'intermediario produce copia dei seguenti documenti:

1. moduli di conferma della banca e del cliente dell'operazione effettuata, datati 5.9.2008;
 2. contratto quadro e relativa ricevuta di consegna al cliente. Con riferimento a quest'ultimo documento (titolato "Ricevuta dell'allegato A del contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati") va evidenziato che il ricorrente – preso atto delle dichiarazioni fornite dall'intermediario in sede di controdeduzioni – ha dichiarato di non averlo né ricevuto, né firmato;
 3. stralcio del contratto di negoziazione di strumenti finanziari;
 4. questionario di profilatura del cliente. Anche con riferimento a questo documento il ricorrente – preso atto delle dichiarazioni fornite dall'intermediario in sede di controdeduzioni – ha dichiarato che il questionario non gli è mai stato sottoposto e che le risposte indicate nello stesso non sono corrette.
- Lo stesso cliente nel proprio reclamo *"ammette che le prime informazioni in merito ad una possibile soluzione onde evitare l'aumento del tasso del mutuo sono state fornite"* sia alla moglie, sia allo stesso ricorrente;
 - L'operazione derivata posta in essere sarebbe *"della tipologia più semplice"* e *"idonea ad operazioni di copertura di indebitamenti sottostanti"*, giacché consiste nel pagare un tasso fisso del 4,85% e nell'incasso del tasso variabile Euribor a 6 mesi; la differenza tra i due tassi determina poi l'addebito o l'accredito sul conto del cliente.

Inoltre, la resistente evidenzia che la possibilità di recedere anticipatamente dal contratto derivato è prevista dall'art. 21 dell'articolato, *"previa corresponsione dell'eventuale Mark-to-Market necessario alla cancellazione dell'operazione sul mercato"*.

DIRITTO

Il Collegio ha valutato in senso positivo la questione preliminare della competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario, valutando la funzione del contratto di IRS - specifico oggetto del ricorso - rispetto al mutuo (copertura) e alla causa del complesso assetto contrattuale realizzato dalle parti (finanziamento).

Si tratta, infatti, di un'operazione in strumenti derivati "a fini di copertura", stipulata a fronte di un preesistente contratto di finanziamento.

Essendo evidente la natura di "contratto collegato" a quello di mutuo, l'oggetto del ricorso rientra a pieno titolo nella competenza dell'ABF, in base al "criterio di prevalenza delle finalità" (di investimento o meno) utilizzato dalle "Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" e specificamente richiamato dalle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" emanate dalla Banca d'Italia il 18.6.09 e successivamente modificate, Sezione I, par. 4 (Ambito di applicazione oggettivo).

Si ricorda, inoltre, che le "Disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" del 29.07.09, sez. 1, par. 1.1. si applicano, in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento, all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.).

A pieno supporto della valutazione del Collegio si richiama che, sebbene né il cliente né la convenuta abbiano prodotto il contratto di mutuo e la documentazione predisposta nella fase delle trattative precedente al momento della stipula del contratto derivato, l'esistenza



del contratto di mutuo è pacifica tra le parti. Inoltre, la stessa banca resistente, in sede di controdeduzioni, ha affermato esplicitamente che l'operazione fu esaminata *"onde evitare l'aumento del tasso del mutuo"*, ritenendo altresì *"l'operazione in derivati in questioneidonea ad operazioni di copertura di indebitamenti sottostanti"*.

Il Collegio ha, poi, rilevato che, dal contenuto del ricorso e del precedente reclamo inoltrato alla banca sembra emergere la scarsa conoscenza e consapevolezza del ricorrente in merito alle caratteristiche ed alle clausole del contratto di IRS stipulato; ciò emerge in particolar modo dal fatto che le considerazioni che egli formula non sono coerenti con il contenuto contrattuale, ma appaiono condizionate dalle informazioni che dichiara di aver ricevuto dalla banca e che lo hanno portato a ritenere, dapprima, di poter sciogliere il contratto di IRS contestualmente al contratto di mutuo e, successivamente, di non poter risolvere il contratto di IRS, in quanto rappresentativo di un *"investimento che ...assicura un capitale"* indipendentemente dalla eventuale scelta di estinzione del mutuo. Questi convincimenti sono, d'altronde, alla base del suo ricorso, nel quale, più che lamentare l'onerosità del contratto, sottolinea l'inadeguatezza dell'informativa fornitagli e l'impossibilità di risolvere il contratto di IRS contestualmente alla estinzione del mutuo.

A chiarimento, giova ricordare l'esatta natura economica del contratto di IRS, che costituisce un accordo in base al quale due parti si scambiano reciprocamente, per un periodo di tempo predefinito al momento della stipula, pagamenti sulla base di tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale. Nel caso di specie, il cliente - acquirente dello *swap* - si obbliga ad effettuare pagamenti sulla base di un tasso fisso, in cambio di pagamenti calcolati in base ad un tasso variabile. Ne deriva, dunque, che questo tipo di operazione non è volta ad *"assicurare un capitale"*, bensì ad assumere una posizione in base all'andamento dei tassi; nel caso specifico, il ricorrente avrebbe potuto lucrare in caso di ulteriore rialzo dei tassi e subire perdite in caso di riduzione dei tassi (come, in effetti accaduto).

Va anche sottolineato che, sul piano economico le operazioni *"di copertura"* hanno ragion d'essere sin quando sussiste il contratto ad esse naturalmente collegato, che nel caso di specie è costituito dal mutuo.

Ciò chiarisce che, sebbene un contratto di IRS a fini di copertura non possa essere ritenuto nullo ove correttamente stipulato, sul piano economico non dovrebbero sussistere ragioni ostative alla sua risoluzione in via contestuale all'estinzione del contratto ad esso collegato.

Nel caso di specie, anche sul piano giuridico non sussistono impedimenti al recesso anticipato dal contratto derivato, dato che tale facoltà è esplicitamente prevista dall'art. 21 dell'articolato contrattuale.

Di ciò è ben consapevole la banca in sede di controdeduzioni, sebbene la stessa non abbia fornito analogo riscontro al reclamo presentato dal cliente in data 11.12.2009; anzi - in base alle dichiarazioni del ricorrente - al momento della richiesta di estinzione del mutuo, che risale a maggio 2009, la filiale di riferimento aveva fornito indicazioni non coerenti con il citato art. 21 del contratto di IRS.

Nel complesso, il Collegio non ha elementi sufficienti per valutare la qualità e la correttezza delle informazioni fornite al cliente tanto al momento della stipula del contratto di IRS, quanto al momento della richiesta di estinzione del mutuo e del contratto IRS ad esso collegato. Al contempo, non possono essere posti in dubbio gli obblighi assunti dal cliente a seguito della stipula del contratto di IRS, ivi comprese le condizioni economiche alle quali diviene possibile recedere dal contratto (come detto *"previa corresponsione dell'eventuale Mark-to-Market necessario alla cancellazione dell'operazione sul mercato"*). Ciò anche in considerazione del fatto che, quand'anche risultassero violati i doveri di



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

informazione posti a carico degli intermediari nei confronti della clientela, tale violazione non darebbe luogo alla nullità del contratto.

Tuttavia, è altrettanto evidente che, ove il cliente fosse stato pienamente informato delle possibilità di recesso, quantomeno a seguito del suo reclamo, gli sarebbe stato possibile procedere in tal senso, limitando gli effetti economici del contratto derivato a quelli prodotti dall'andamento dei tassi di mercato sino al semestre in corso al momento della risoluzione.

Va notato, inoltre, che la banca, in sede di controdeduzioni, non ha fornito elementi atti a confutare in modo evidente i dubbi sollevati dal ricorrente in merito all'effettivo e pieno rispetto degli obblighi esistenti in capo agli intermediari finanziari e, in particolare:

- degli obblighi di buona fede, che impongono anche in fase prenegoziale il "*dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto*" (cfr. Cass. civ., sez. III, 08-10-2008, n. 24795; ABF Ricorso 315299/2009);
- gli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, che riguardano ogni fase del rapporto con la clientela, avrebbero potuto indurre la banca, anche in assenza del reclamo, ad informare il cliente della sopravvenuta onerosità del contratto e della possibilità di recesso.

Il complessivo comportamento tenuto dalla banca - sia in fase precontrattuale, sia successivamente - non può essere ritenuto esente da censura anche sulla base di ulteriori elementi, che emergono dalla documentazione prodotta dalle parti e che il Collegio ritiene opportuno evidenziare potendo costituire elementi utili nell'ottica del miglioramento delle relazioni con la clientela. In particolare:

- a) la modulistica relativa al contratto-quadro ISDA e all'attività di copertura è stata stipulata in occasione della vicenda oggetto della controversia;
- b) dalla documentazione fornita non risulta che il ricorrente avesse effettuato in precedenza operazioni in derivati, né tanto meno che fosse un investitore "speculativo";
- c) nonostante questo, non emerge agli atti che sia stata fornita un'informativa comparata sui differenti effetti economici che nel tempo avrebbero potuto prodursi a fronte di un'eventuale rinegoziazione del mutuo per bloccare il tasso, rispetto a quelli producibili dall'operazione di IRS effettivamente posta in essere.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario rimborsi al ricorrente la somma di € 500,00 equitativamente determinata.

Il Collegio dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e al ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO