

IL COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

- | | |
|--|---|
| - Prof. Avv. Enrico Quadri | Presidente |
| - Dott. Comm. Leopoldo Varriale | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Ferruccio Auletta | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Nicola Rocco di Torrepadula | Membro designato dal Conciliatore Bancario |
| - Prof. Avv. Giuseppe Guizzi | Membro designato da Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato (estensore) |

nella seduta del 23 febbraio 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

La vicenda portata alla cognizione del Collegio attiene alla liceità della condotta di un intermediario che, in costanza di un rapporto di mutuo a tasso variabile, eserciti il *ius variandi* delle condizioni contrattuali modificando la misura dello *spread* originariamente concordato. Questi, in sintesi, i fatti di causa.

La società ricorrente stipulava con l'intermediario - in data 15 maggio 2008 - un contratto di mutuo ipotecario per un importo in linea capitale di € 300.000,00, da rimborsare in 15 anni con rate mensili. Il tasso d'interesse, variabile, era determinato nell'Euribor a 6 mesi lettera (media percentuale mese precedente) maggiorato di uno *spread* di 0,60 punti percentuali; alla data della stipula il tasso risultava così pari al 5,40% (Euribor 4,781 arrotondato allo 0,050 superiore + spread 0,6).

Dopo circa quindici mesi dalla conclusione del contratto, con nota datata 14 settembre 2009 (e ricevuta dal cliente il giorno 17) l'intermediario, invocando la clausola che prevede la facoltà di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, comunicava alla società ricorrente l'intenzione di apportare una variazione al tasso di interesse, applicando

un aumento dello *spread* da 0,6 a 3,75 punti percentuali. Tale proposta di variazione veniva giustificata alla luce delle decisioni di politica monetaria e delle conseguenti mutate condizioni di mercato.

Con comunicazione del 20 ottobre, la società ricorrente si opponeva a tale proposta, in particolare osservando che per esercitare la facoltà di modifica delle condizioni contrattuali è necessaria, ai sensi dell'art. 118 del Testo Unico bancario (D.Lgs. n. 385/93 – nel prosieguo semplicemente TUB) la sussistenza di un giustificato motivo, e che tale non poteva considerarsi quello allegato dall'intermediario, anche perché le circostanze richiamate non erano pertinenti rispetto ad una richiesta di variazione dello *spread*, dal momento che tale parametro, rappresentante il margine per l'intermediario sull'indice di riferimento, non era suscettibile di essere influenzato dalle mutate condizioni di mercato o dalle decisioni di politica monetaria.

Poiché l'intermediario, con nota del 2 novembre, respingeva come infondate le deduzioni della società, insistendo per l'applicazione delle nuove condizioni contrattuali, in data 12 novembre la società avviava la procedura di reclamo. In quella sede, nel ribadire quanto precedentemente argomentato circa il difetto della giusta causa per esercitare il *ius variandi*, la società manifestava la propria volontà di recedere dal contratto, divenuto per effetto della proposta modifica per essa eccessivamente oneroso, chiedendo all'intermediario la conservazione delle precedenti condizioni contrattuali fino alla cessazione del rapporto. Nel rispondere al reclamo in data 30 novembre, l'intermediario ribadiva la posizione già espressa in precedenza e, pur prendendo atto della volontà di recedere manifestata dal cliente, dichiarava di non poter soddisfare la richiesta di conservazione delle vecchie condizioni contrattuali fino alla cessazione effettiva del rapporto, in quanto era oramai decorso il termine di trenta giorni previsto dall'art. 118 TUF.

In data 15 dicembre 2009 la Società – contestualmente all'estinzione del mutuo residuo tramite bonifico da altra banca (e così dando seguito alla già manifestata volontà di recedere dal contratto) – si è rivolta all'Arbitro Bancario Finanziario. Dopo aver ripercorso lo sviluppo del rapporto e richiamato i fatti sopra descritti - e dopo aver segnalato che la richiesta di incremento formulata dall'intermediario non trovava alcun riscontro nella prassi corrente di mercato (il nuovo *spread* proposto risultava incrementato in misura del 625% rispetto a quello contrattualmente concordato) - la ricorrente concludeva chiedendo all'ABF di volere di dichiarare “la completa illegittimità della richiesta avanzata dall'intermediario “o, in subordine, comunque, “la macroscopica non congruità della richiesta stessa”.

L'intermediario ha replicato con controdeduzioni tempestivamente depositate, riproponendo le argomentazioni già sviluppate nello scambio di corrispondenza intervenuta tra le parti. In particolare, l'intermediario ha insistito sulla piena liceità e legittimità della propria richiesta, stante il tenore dell'art. 118 TUB, il cui quarto comma avrebbe tipizzato, come giusta causa di modifica delle condizioni contrattuali, il mutamento del quadro economico generale e le conseguenti decisioni di politica monetaria eventualmente assunte dalla Banca Centrale Europea. A tale ultimo proposito, l'intermediario ha anzi osservato che la richiesta d'incremento dello *spread* non avrebbe comportato alcun particolare aggravio per il cliente, dal momento che - stante la forte contrazione del tasso Euribor conseguente alla decisioni della BCE, oggi attestato intorno all'1% - anche con la modifica richiesta il tasso complessivo dell'operazione sarebbe stato comunque in linea, ed anzi inferiore, a quello esistente alla data di conclusione del contratto; ciò che allora dimostrerebbe la correttezza del comportamento dell'intermediario anche alla luce di quanto precisato dalla circolare del Ministero dello Sviluppo Economico sui limiti entro cui può essere esercitato il *ius variandi* allegando la motivazione di cui al quarto comma dell'art. 118.

Quanto al rifiuto opposto al cliente di mantenere le vecchie condizioni contrattuali fino all'estinzione conseguente al recesso, l'intermediario ha addotto, a giustificazione del proprio comportamento, che le nuove condizioni erano state applicate con decorrenza dal 1 dicembre, e dunque rispettando il termine di preavviso minimo di almeno trenta giorni dalla comunicazione della proposta. A questo proposito osserva, dunque, l'intermediario che se un comportamento non corretto vi è stato, questo sarebbe ascrivibile al cliente che nell'eseguire il bonifico per l'estinzione anticipata del mutuo ha proceduto non solo a ricalcolare la rata scadente a dicembre secondo le vecchie condizioni contrattuali, ma anche a detrarre dal capitale residuo, in quota parte proporzionale alla durata del contratto, le spese notarili di rogito, le spese di perizia e le imposte. Sul punto l'intermediario si è perciò riservato di agire in via monitoria nei confronti della Società.

Nelle proprie repliche alle controdeduzioni, il ricorrente ha insistito nelle argomentazioni svolte, in particolare ribadendo il proprio diritto a veder conservate le pregresse condizioni contrattuali anche in relazione alla rata di dicembre, atteso che la volontà di recedere era stata manifestata il 12 novembre, e dunque nel termine di 60 giorni indicato dall'art. 118 TUB.

DIRITTO

La domanda della ricorrente è fondata e pertanto meritevole di accoglimento, e per più ragioni.

In primo luogo deve osservarsi che rispetto ai rapporti di mutuo a tasso variabile, quale era appunto quello in essere tra le parti, e più in generale nei finanziamenti a tasso variabile - nei rapporti, cioè, in cui il tasso di remunerazione del capitale viene pattuito ancorandolo ad un parametro (come nel caso di specie l'Euribor a 6 mesi lettera) che per definizione è destinato a subire oscillazioni nel tempo, poi maggiorato di una componente fissa, appunto lo *spread*, liberamente determinata dalla banca - la modifica dell'andamento dei tassi di interesse conseguenti all'oscillazione del parametro di riferimento rappresenta un fatto assolutamente fisiologico, e che in un contratto a lungo termine, quale tipicamente è il mutuo, introduce sì un profilo di alea, la quale tuttavia è quella normale e immanente alla causa di questo tipo di operazione, e soprattutto è destinata – ed è questo, ad avviso del Collegio, il punto decisivo – a gravare in maniera pienamente equilibrata, ancorché speculare, su entrambe le parti contraenti.

Gli è, infatti, che nel momento in cui banca e cliente addivengono alla conclusione di un mutuo a tasso variabile, evidentemente entrambe le parti accettano, in maniera esattamente speculare, il rischio della variazione del saggio di interesse per variazione del parametro di riferimento: il cliente evidentemente assume il rischio del suo aumento, che porterà ad una crescita dell'interesse dovuto in corso del rapporto; la banca si accolla, invece, il rischio della sua diminuzione, che porterà ad una riduzione del ritorno atteso sul finanziamento. Ma le due posizioni sono sempre simmetricamente regolate, e trovano ragionevolmente il loro punto di equilibrio nella ampia proiezione temporale dell'operazione: nel senso, appunto, che su un arco di tempo sufficientemente lungo (come nel caso, in cui si trattava di mutuo a 15 anni), è evidente come il maggiore rischio che il cliente può assumere in ragione di una crescita di tassi, trovi adeguata contropartita nella possibilità che nell'ampio tempo del rapporto si assista anche ad una loro contrazione; e così il maggiore rischio che la banca assume (come appunto sarebbe stato nel caso) legato ad una contrazione del parametro assunto come termine di riferimento, trova già un concreto e sufficiente bilanciamento nella possibilità di un recupero dovuto ad un successivo incremento, nel tempo, del medesimo .

Orbene, se si tiene conto di queste premesse è inevitabile concludere – ad avviso del Collegio – che in operazioni così connotate non può considerarsi sussistente ai sensi dell'art. 118, e nemmeno nella prospettiva espressamente codificata dal quarto comma, un potere dell'intermediario di modificare in corso di rapporto lo *spread*; di variare cioè quella

che è la componente fissa che concorre, insieme al parametro variabile di riferimento, a determinare la misura complessiva dell'interesse dovuto dal cliente.

Questo potere non sussiste innanzitutto perché – come ha osservato la ricorrente - in realtà quell'elemento è sempre determinato liberamente dall'intermediario all'atto della stipula, e comunque come tale non è mai influenzato dall'andamento complessivo del mercato e dalle decisioni di politica economica, che possono incidere solo sul parametro, che però le parti, come detto, hanno accettato essere variabile.

Ma, più radicalmente, quel potere non sussiste perché se alla banca fosse consentito di modificare lo *spread* in funzione dell'andamento fluttuante del parametro sottostante, si finirebbe per accordarle il potere di alterare le modalità di distribuzione del rischio contrattuale come pianificate e volute dalle parti. Gli è, infatti, che mentre la banca sarebbe sempre potenzialmente in condizione di sottrarsi al rischio della diminuzione del tasso di riferimento, il cui decremento potrebbe essere appunto sempre neutralizzato attraverso la dilatazione dello *spread* - così quasi trasformando l'operazione, nella propria prospettiva, in un mutuo a tasso fisso (un tipo di operazione in cui la banca per definizione non corre il rischio della riduzione del tasso: e tra l'altro questo sembra essere stato proprio l'*animus* dell'intermediario nel caso di specie, come lasciano intendere le controdeduzioni là dove si sottolinea che nonostante l'aumento dello *spread* il livello complessivo del tasso sarebbe rimasto più o meno lo stesso esistente al momento della stipula) - ciò non sarebbe, invece, per il cliente. Questi, infatti, se da un lato finirebbe per essere privato della possibilità di beneficiare di eventuali riduzioni del parametro di riferimento su cui è costruito il tasso, che appunto potrebbero essere sterilizzate dall'intermediario con l'incremento unilaterale dello *spread*, dall'altro lato continuerebbe a correre l'alea dell'aumento del tasso di riferimento, ed anzi a sopportarla in maniera più intensa, perché una volta che quest'ultimo tornasse a crescere, lo *spread* resterebbe pur sempre quello nuovo, e oramai aumentato,.

Insomma, la circostanza che riconoscere alla banca il potere di modificare unilateralmente lo *spread* equivarrebbe all'attribuzione di un potere il cui esercizio finirebbe per incidere su profili che attengono alla struttura stessa dell'operazione economica come voluta dalle parti induce questo Collegio ad escludere che una simile variazione possa considerarsi consentita, o comunque coperta, dall'art. 118 TUB.

Quanto osservato basterebbe, dunque, per concludere nel senso dell'accoglimento della domanda della società ricorrente, appunto dovendosi escludere che l'intermediario avesse il potere di modificare lo *spread* fissato contrattualmente allegando, come giusta causa, le vicende attinenti all'andamento del mercato e la contrazione del tasso Euribor

preso come base di riferimento contrattuale per determinare il tasso di remunerazione del capitale. Solo per scrupolo di completezza preme, tuttavia, aggiungere che sempre alla medesima conclusione di accoglimento del ricorso si dovrebbe, nel caso concreto, pervenire anche se si ritenesse - come il Collegio, per le ragioni descritte, comunque non crede - che una particolare congiuntura di mercato ed un'accentuata contrazione dei tassi possa giustificare, in via eccezionale, un esercizio dell'*ius variandi* anche riferito allo *spread*. Anche, infatti, se si volesse accogliere l'idea che l'esercizio di un potere siffatto possa giustificarsi in presenza di circostanze non prevedibili, e quindi costituire uno strumento finalizzato alla conservazione di un contratto di cui altrimenti l'intermediario potrebbe chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta – e dunque giustificarsi in una logica non dissimile da quella dell'art. 1467, ultimo comma c.c., ancorché con la significativa differenza che qui la conservazione del contratto, riequilibrato nel suo contenuto, sarebbe consentita ad iniziativa della parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa – si dovrebbe, tuttavia, pur sempre riconoscere che l'esercizio di questo potere di variazione deve essere mantenuto nei limiti della buona fede, e che comunque non può essere esercitato in maniera tale da sovvertire le caratteristiche del contratto.

Ebbene ciò è invece, quanto può dirsi accaduto nel caso di specie, atteso che l'intermediario non si è limitato a fa valere il *ius variandi*, ma lo ha esercitato in maniera del tutto avulsa da qualsiasi criterio di ragionevolezza – emblematica è la circostanza che la proposta implicasse un incremento della misura dello *spread* del 625% - e (come lasciano intendere le controdeduzioni) con il solo obiettivo di riallineare il tasso di interesse a quello iniziale dell'operazione, così di fatto snaturando il criterio di distribuzione del rischio contrattuale, che in operazioni di finanziamento a tasso variabile implica che l'intermediario non possa completamente sottrarsi al rischio, accettato all'atto della stipula, della riduzione del tasso. Un comportamento, questo dell'intermediario, la cui contrarietà a buona fede nel caso concreto appare anche accentuata dalla considerazione che il contratto in parola metteva capo a un'operazione di finanziamento a lunghissimo termine, e che il rapporto era appena agli inizi – la durata residua del mutuo era ancora superiore a 13 anni – sicché l'aumento in misura abnorme dello *spread* avrebbe trascinato i suoi effetti anche in futuro, e dunque avrebbe finito per alterare in maniera non equilibrata il rapporto a vantaggio dell'intermediario e a danno della società ricorrente a partire dal momento - che si può considerare facilmente prevedibile in un rapporto di così lunga durata – in cui il tasso Euribor avesse ricominciato a crescere.

In conclusione deve, dunque, affermarsi che la richiesta dell'intermediario di variazione dello *spread* non era consentita alla luce del quadro normativo di riferimento, e comunque non era conforme a buona fede. Così come del resto non è stato normativamente giustificato il rifiuto opposto dall'intermediario di continuare ad applicare, nonostante l'intervenuto recesso, le vecchie condizioni contrattuali per la rata in scadenza a dicembre. A questo proposito deve, infatti, osservarsi, che il disposto dell'art. 118 TUB, terzo comma, è chiarissimo nel senso che l'accettazione tacita delle nuove condizioni, e dunque il potere della banca di applicarle, sussiste solo se il cliente non eserciti il recesso nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione. Orbene - anche a prescindere dall'osservazione che il cliente non ha mai accettato la proposta di modifica, essendosi ad essa opposto sin dalla sua prima comunicazione del 20 ottobre - poiché nel caso non è contestato, nemmeno dall'intermediario, che la ricorrente abbia esercitato tempestivamente il recesso con la dichiarazione del 12 novembre, tanto basta, secondo il dettato normativo, a fondare il diritto del cliente a vedersi applicate, in sede di liquidazione del rapporto, le vecchie condizioni contrattuali.

P.Q.M.

Il collegio accoglie il ricorso.

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
ENRICO QUADRI