



COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) SANTONI	Presidente
(MI) BONGINI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) FAUSTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) FERRETTI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) DI NELLA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore PIER LUIGI FAUSTI

Seduta del 19/07/2018

FATTO

Il ricorrente ha affermato:

- di aver sottoscritto nell'anno 2006 un contratto di mutuo in euro indicizzati in franchi svizzeri con l'intermediario resistente per l'importo di € 160.000,00;
- volendo procedere all'estinzione anticipata del mutuo, il cliente ha appreso che l'ammontare complessivo da restituire ammontava ad una cifra inaspettatamente alta;
- Il meccanismo di "doppia conversione" previsto in contratto non è esposto in maniera trasparente;
- Inoltre, tale meccanismo ha di fatto limitato la possibilità del cliente di estinguere anticipatamente il mutuo e, conseguentemente, la clausola che lo prevede è da ritenersi vessatoria in quanto crea uno squilibrio a favore della banca.

Chiede, quindi, di poter procedere al rimborso anticipato del mutuo mediante la restituzione della differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle somme già restituite senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 7 del contratto di mutuo.

L'intermediario anzitutto in via pregiudiziale ha eccepito l'incompetenza temporale poiché le doglianze sulla validità del contratto attengono ad un periodo antecedente a quello di competenza dell'ABF.



In subordine e nel merito, l'intermediario:

- ha richiamato l'art. 4 del contratto che dispone che l'erogazione e il rimborso sono regolati in euro, mentre la valuta di riferimento ai fini del calcolo delle rate è il franco svizzero;
- ha illustrato, altresì, il meccanismo di funzionamento del contratto in esame;
- ha sostenuto che non vi poteva essere alcun margine di incertezza sulla modalità di calcolo da adottare e di averne compiutamente informato il cliente, in quanto:
 - il cliente aveva ricevuto adeguata e sufficiente informativa in fase precontrattuale;
 - il foglio informativo riportava chiaramente le caratteristiche tipiche del mutuo indicizzato;
 - nell'esecuzione del contratto, la banca aveva riepilogato le principali caratteristiche, con note dell'1/03/2013 e del 26/03/2015;
 - non vi era alcun significativo squilibrio tale da determinare la vessatorietà della clausola poiché l'andamento del franco svizzero poteva concretizzarsi sia in uno svantaggio che in vantaggio per il cliente; in ogni caso l'asserita vessatorietà doveva essere valutata al momento della stipula e, pertanto, fuori dalla competenza del Collegio.

Quindi chiede il rigetto del ricorso perché infondato.

DIRITTO

Il Collegio anzitutto, verificato che il ricorrente, pur avendo barrato la casella "altre categorie" dichiarando così di agire come non consumatore, ha stipulato il mutuo *de quo* per l'acquisto della prima casa e lamenta la violazione del Codice del Consumo. Alla luce di tali elementi il Collegio, ritenuta all'unanimità la qualità di "consumatore" del ricorrente, ha proceduto all'esame del ricorso nella composizione adeguata all'effettiva qualifica.

Il Collegio quindi ritiene di dover respingere l'eccezione di incompetenza temporale sollevata dall'intermediario in via pregiudiziale, in quanto – come già precisato in altre occasioni – pur essendo la competenza arbitrale circoscritta ai ricorsi aventi ad oggetto operazioni o comportamenti successivi al 1° gennaio 2009, nel caso di specie, la domanda proposta dal ricorrente è occasionata dalla richiesta di estinzione anticipata del mutuo effettuata il 26 ottobre 2015: estinzione non perfezionata evidentemente per la sua onerosità. Onde, trattandosi di operazioni o comportamenti successivi al 1° gennaio 2009, va affermata la competenza del Collegio arbitrale, come chiarito, in fattispecie aventi ad oggetto la medesima questione di merito, anche dal Collegio di Coordinamento di questo Arbitro (decisioni n. 4135/2015 e n. 5866/2015); decisioni che sono state seguite, sempre nella medesima questione, tra l'altro, da: Collegio di Roma, decisioni n. 901/10, n. 1276/10, n. 1302/10; Collegio di Milano, decisioni n. 341/11, n. 520/11, n. 719/11, n. 2451/2017, n. 4917/2017; Collegio di Napoli, decisioni n. 766/11, n. 810/11, n. 809/2016, n.10091/2016, n. 6625/2017.

Passando infine al merito, posto che l'oggetto del ricorso riguarda l'accertamento della legittimità del metodo di calcolo per l'anticipata estinzione contemplato dall'art. 7 del contratto predisposto dall'intermediario e, conseguentemente, la validità e l'efficacia della clausola stessa che rappresenta la base normativa del suddetto calcolo, sarebbe sufficiente richiamare il costante orientamento di questo Arbitro per accogliere il ricorso (cfr., Collegio di Coordinamento n. 4135/2015, nonché le successive n. 5855/2015, n.



5866/2015 e n. 5874/2015, tutte conformi e tutte relative a clausole contrattuali del tutto analoghe a quella di cui al ricorso; nonché, solo tra le ultime: Collegio di Milano n. 2451/2017, 4917/2017, 5487/2017; Collegio Roma n. 5091/2017; Collegio Napoli 6625/2017).

La disposizione contrattuale in esame prevede, in termini sicuramente poco chiari (come di difficile comprensione è l'intero contratto, solo a volerlo leggere; al punto che l'intermediario ritiene di dover impiegare numerose pagine delle sue controdeduzioni per spiegarne il meccanismo), che per i casi di estinzione anticipata del finanziamento l'importo del capitale residuo vada prima convertito in franchi svizzeri al tasso di cambio convenzionalmente fissato nel contratto e successivamente riconvertito in euro al cambio franco/svizzero rilevato al giorno del rimborso.

Orbene, come affermato dal Collegio di Coordinamento, non pare che l'articolo in esame esponga in maniera trasparente, chiara e comprensibile il funzionamento concreto del meccanismo di doppia conversione della valuta, nonché il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo; cosicché esso, secondo quanto ritenuto dalla Corte di giustizia dell'Unione nella sentenza del 30 aprile 2014, nella causa C-26/13, si pone in contrasto con l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE (ovvero con l'art. 34, 2° comma, cod. cons.), oltre che con l'orientamento della Corte di Cassazione (cfr., *ex plurimis*, Cass. Sez. III, 8 agosto 2011, n. 17351).

In particolare con la decisione n. 5866/2015 è stata evidenziata, alla stregua dell'orientamento in materia della Corte di Cassazione, non solo "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", ma è stato anche osservato che la clausola in esame (identica a quella oggetto della decisione cui ci si riferisce) non espone "in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera", né "il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo. 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". Il Collegio di Coordinamento ha quindi ritenuto sussistente la violazione della fondamentale regola della trasparenza e cioè della obiettivamente agevole comprensibilità, con la conseguente nullità della clausola. Nullità da ravvisarsi anche nella fattispecie.

Quanto alle conseguenze della nullità, il Collegio di Coordinamento ha richiamato la più volte menzionata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea secondo cui: «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». E così, in linea anche con la Corte di Cassazione (n. 20686/2013), secondo cui l'accertata nullità della clausola in quel caso concernente le modalità del calcolo degli interessi non travolge il contratto, ma impone al giudice un nuovo calcolo degli stessi, si aggiunge che 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 (n. 3995/2014). Norma che, tenuto conto della materia del contendere, è stata individuata nell'art. 125-sexies, 1° comma, T.U.B.. (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) per la quale "Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore". Tutto ciò con l'effetto che, accertata 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, c.c., l'intermediario dovrà effettuare il conteggio dell'anticipata estinzione del finanziamento senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 7 di cui è stata dichiarata la nullità.

Non è inutile ricordare come recentemente anche la giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 16 novembre 2015, ord.) abbia avuto modo di pronunciarsi – sempre nella stessa direzione e sempre nei confronti dell'odierno intermediario resistente, per di più dichiarando espressamente di condividere gli orientamenti di quest'Arbitro - sul tema qui affrontato, concludendo che:

"quanto alla clausola di cui all'art. 7.5 dei contratti *de quibus*, se ne ravvisa il contrasto con l'art. 35, I comma del Codice del Consumo non in relazione al meccanismo di conversione, ma in rapporto alla terminologia impiegata come sopra precisato", sulla base della seguente argomentazione: "Ciò posto in ordine al meccanismo, è, però, da sottolinearsi che la terminologia impiegata in detta disposizione poteva dare adito a dubbi interpretativi, come, peraltro, condivisibilmente già osservato in alcune decisioni dell'ABF prodotte da parte ricorrente. In particolare, il problema si pone per la dicitura "capitale restituito" contenuta nell'art. 7.5: ed, invero, posto che l'indicizzazione riguardava, nell'ipotesi di estinzione anticipata, il capitale da rimborsare, l'adeguamento avrebbe dovuto riguardare certamente il capitale residuo e non già quello restituito sino alla data della richiesta di estinzione. Una simile inesattezza poteva avere come conseguenza quella di focalizzare l'attenzione del consumatore sul capitale restituito e non su quello da restituire, con le conseguenti inesattezze in punto di valutazione economica dell'operazione. Né vale considerare il meccanismo utilizzato per i conguagli semestrali in base al quale, una volta operato il conguaglio, nessuna rivalutazione delle somme rimborsate da parte del mutuatario poteva più essere disposta; ciò in quanto non è esigibile, da parte del consumatore, un ragionamento logico – giuridico volto a supportare un'interpretazione sistematica delle clausole contrattuali per giungere ad una corretta conclusione metodologica in ordine al calcolo e, prima ancora, per compiere una corretta e realistica valutazione delle somme ancora dovute in caso di estinzione anticipata. In sostanza, quindi, una simile inesattezza ben potrebbe essere fonte di non corrette valutazioni economiche da parte dei consumatori e, per ciò stesso, contravviene a quei doveri di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, che sono maggiormente avvertite in ambito consumeristico ed impongono all'operatore professionale un onere di diligenza particolarmente stringente ed idoneo a colmare la normale asimmetria informativa nel rapporto con il cliente".

Analogamente il Tribunale di Roma, 3 gennaio 2017 (confermato dalla Corte d'appello del 19 ottobre 2017), respingendo la domanda del qui convenuto intermediario e condividendo gli orientamenti di quest'Arbitro, ha ribadito la contrarietà della clausola ora in questione rispetto alle regole di trasparenza poste dagli artt. 115 e 116, T.u.b., nonché dagli artt. 33 e seguenti del Codice del Consumo.

Nel medesimo senso, sempre di recente, il Tribunale di Busto Arsizio, 8 marzo 2017, sempre pronunciandosi contro il medesimo intermediario qui convenuto, ha disposto che il debito in linea capitale da restituire in caso di anticipata estinzione è l'importo residuo



indicato nel piano di ammortamento in euro, in corrispondenza dell'ultima rata pagata dal mutuatario.

No sfugge al Collegio che vi sono anche sentenze dei Tribunali di merito sfavorevoli al ricorrente (Trib. Milano sentenze nn. 6520 del 9 giugno 2017 e 12332 del 6 dicembre 2017; Trib. Napoli ordinanze del 9 ottobre 2017 e del 27 dicembre 2017; Trib. Torre Annunziata, n. 382 del 13 febbraio 2018).

Tuttavia neanche sfugge che i contratti di mutuo c.d. multi divisa hanno causato problemi economici a consumatori di tutta Europa, con le conseguenti controversie giuridiche che appaiono risolte in senso favorevole ai consumatori medesimi: ad es. Appello Madrid del 23 novembre 2016, pronunciandosi contro il medesimo intermediario qui convenuto, sempre sulla base della mancanza di trasparenza delle clausole e sulla considerazione che il mutuo multi divisa costituisca in realtà uno strumento finanziario, non essendo stata effettuata la profilatura del cliente ai sensi della direttiva Mifid. In termini addirittura draconiani la sentenza del Tribunale di primo grado di Atene n. 334/2016, in accoglimento di una *class action*. Sul punto è di nuovo intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 20 settembre 2017, causa C-186/2016, precisando che il requisito di chiarezza e comprensibilità di una clausola deve verificarsi non solo sul piano formale e grammaticale, ma altresì in relazione alla sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, possa non solo essere a conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il prestito è stato contratto, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari.

Ed infine il medesimo fondamento, per la medesima soluzione della nullità della clausola per violazione dell'art. 35 Cod. Cons., viene rintracciato dalla recentissima ed esaustiva delibera dell'AGCM pubblicata sul relativo bollettino n.26 del 9 luglio 2018.

Il Collegio non trova quindi motivo per discostarsi dal suo orientamento.

Ma forse si può aggiungere ancora qualcosa.

Se anche è vero, infatti, che la sopravvenienza negativa per il mutuatario non è tecnicamente imputabile ad una clausola penale, tuttavia non è dubbio che l'effetto della clausola contenuta nell'art. 7 del contratto in esame è esattamente analogo a quello che il legislatore ha inteso impedire con l'art. 120 *ter* TUB che dispone la nullità delle clausole con le quali si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o altra prestazione per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui. Tale norma, insieme a quella del successivo art. 120 *quater* (surrogazione), ed a quelle in tema di rinegoziazione, hanno inteso favorire la possibilità di una gestione negoziale delle sopravvenienze: gestione che è assolutamente impedita dalla clausola del contratto in oggetto che rende il mutuatario praticamente prigioniero dell'intermediario, contrariamente ad ogni principio di concorrenza.

E' pure vero, come sembra alludere l'intermediario nelle controdeduzioni, che la sopravvenienza negativa per il mutuatario non è tecnicamente imputabile ad un debito di interessi, trattandosi di una rivalutazione del capitale; e tuttavia neppure è dubbio che il carico finanziario addossato al mutuatario per effetto della clausola multi valuta assume un aspetto di eccesso tale che potrebbe assumere rilevanza giuridica in base ad altre norme di legge.

Ma ancor di più, appare inadeguato proprio lo strumento proposto al mutuatario: sulla base del contratto in oggetto il tasso contrattuale appare inizialmente fissato nel 3,64%. Orbene nello stesso periodo di stipulazione (gennaio 2006), i tassi contrattuali di normali mutui variabili in euro senza clausola multi valuta, venivano pattuiti tra il 3% ed il 4% (TEGM=3,85%); per cui non si capisce quale potesse essere la convenienza per il



mutuatario di sottoscrivere un contratto di mutuo multi valuta per l'acquisto della propria abitazione ad un tasso del tutto paragonabile a quelli in commercio, ma in più con il rischio valutario. Considerando che il mutuo multi valuta appare distribuito esclusivamente (o quasi esclusivamente) dall'intermediario, sembra che il collocamento di tali prodotti sia stato lo strumento per una politica di penetrazione commerciale per avvantaggiarsi sui concorrenti, ma a forte rischio per i consumatori.

Né si può convenire con la presunta impossibilità per la Banca di fare una previsione di mercato dell'andamento dei parametri di indicizzazione: si tratta di asserzione improbabile in quanto negli anni immediatamente precedenti il collocamento dei mutui in CHF, la realtà dei contratti bancari aveva conosciuto il caso, drammatico in senso del tutto analogo, dei mutui in ECU, le cui conseguenze disastrose in quanto professionista la Banca non poteva ignorare; come probabilmente non ignorava che i mutui in ECU non furono sanzionati a livello giurisprudenziale.

La discussione principale relativa a mutui in ECU prima, e ai mutui indicizzati al CHF poi, si è orientata sul concetto di aleatorietà in maniera molto ambigua. Per un certo orientamento si ritiene che questi prodotti siano contratti giuridicamente aleatori e come tali sottratti alla risoluzione per eccessiva onerosità ai sensi dell'art. 1469 c.c. Per un altro, più convincente, orientamento le oscillazioni dovute al mercato degli indici di riferimento negoziati in contratto, non colorano né qualificano lo schema causale dell'contratto di mutuo che di per sé è e rimane non aleatorio. Le predette oscillazioni rientrano invece nell'alea economica del contratto, per la conseguenza che, se ritenute regolari o comunque normalmente prevedibili, di nuovo deve escludersi la risoluzione per eccessiva onerosità ma ai sensi dell'art. 1467, comma 2 c.c.

In realtà già la dottrina più recente ha avvertito l'esigenza di approfondire la distinzione tradizionale tra alea giuridica ed economica. Un Autore, partendo dalla riflessione sui contratti di borsa, giunge alla definizione di "contratti ad alea normale illimitata", come quelli in cui "l'oscillazione di valore delle prestazioni, per le particolarità proprie di certi tipi di contratti e per quelle dell'ambiente in cui sono posti in essere, può giungere sino all'infinito senza che, per questo, i contratti medesimi divengano aleatori".

Tale inquadramento astratto non può, però, restare privo di una concreta reazione giuridica: reazione che se, a termini di codice civile, rimane impedita tra l'art. 1469 c.c. e l'art 1467, secondo comma c.c., e quindi non riesce ad apportare alcuna tutela, sulla base invece della più recente produzione normativa e giurisprudenziale in tema di clausole abusive, trasparenza finanziaria e trasparenza bancaria, riesce a raggiungere soluzioni più eque e dotate di buon senso. Ed ecco che, pertanto, anche ad argomentare in termini di aleatorietà, emerge il concetto che l'alea debba essere razionale e come tale calcolabile (Trib. Bologna, 3 luglio 2018, n. 2042); che il rischio è certo ammissibile, se accettato dal cliente, ma deve essere necessariamente *ex ante* ben definito e conosciuto con certezza dal cliente, anche al fine di pervenire all'esternalizzazione di un consenso informato (App. Bologna, 11 settembre 2014, n. 734). Se il cliente non è messo in condizione di conoscere il grado di rischio assunto, la sanzione di nullità merita accoglimento (cfr. anche App. Trieste a proposito della farraginosità dei calcoli e dell'irragionevole svantaggio, in un operazione di *leasing* con clausola di rischio cambio).

In definitiva, anche nel caso di specie, così come in altre posizioni decise da questo Arbitro in relazione alla medesima clausola oggetto di contestazione (cfr. decisione 5874/2015), la controversia trova la sua soluzione nel dato contrattuale, epurato della clausola nulla, con l'effetto che in esito alla richiesta di estinzione anticipata del mutuo, il capitale residuo che parte ricorrente dovrà restituire sarà pari alla differenza tra la somma inizialmente mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite senza



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

praticare la duplice conversione prevista dalla clausola di cui è stata dichiarata la nullità (cfr. decisione Collegio di Milano n. 4501/2016).

Resta fermo il dovere dell'intermediario di ricalcolare le somme eventualmente addebitate in eccesso alla parte ricorrente per effetto della dichiarata nullità della clausola, poiché tale nullità non può che esplicitare i propri effetti *ex tunc* (cfr. decisione Collegio Milano n. 5487 del 17 maggio 2017).

P.Q.M.

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, accerta la nullità della clausola contestata e dispone che l'intermediario predisponga il conteggio di anticipata estinzione del mutuo ai sensi di cui in motivazione.

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 alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE SANTONI