



## COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) CARRIERO	Presidente
(NA) SANTAGATA DE CASTRO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) LIACE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) SICA	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(NA) SBORDONE	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore SANTAGATA DE CASTRO RENATO

Seduta del 26/09/2018

### FATTO

I ricorrenti espongono che, in data 31.3.2000, sottoscrivevano un mutuo fondiario a tasso fisso, per l'importo di lire 220.000.000, da restituire in n. 240 rate mensili al TAN del 3,89%; all'art. 4 del contratto veniva previsto "un complesso meccanismo di conguaglio semestrale, che rendeva il contratto atipico e aleatorio, senza che [i clienti] ricevessero adeguata informazione sul contratto che stavano sottoscrivendo... anche il tasso contrattuale diveniva indeterminato perché il tasso applicato non era solo quello pattuito in contratto per le rate mensili ma quello da applicare per il conguaglio semestrale che atteneva al rischio di fluttuazione del tasso di cambio delle valute". Gli istanti richiedevano, quindi, all'intermediario convenuto il conteggio estintivo del mutuo per realizzare un'operazione di surroga e, in tale occasione, la resistente quantificava il capitale residuo in euro 59.297,46 in applicazione dell'art. 10 del contratto (clausola di indicizzazione al franco svizzero); tale somma risultava però notevolmente superiore a quella indicata nel piano di ammortamento del mutuo.

Ciò posto, riscontrato negativamente il reclamo, i ricorrenti hanno adito l'Arbitro, al quale hanno chiesto la rideterminazione del capitale residuo nell'importo risultante dal piano di ammortamento allegato al contratto di mutuo alla data della scadenza della rata nel momento della richiesta; con riserva di richiedere tutte le somme indebitamente corrisposte in virtù del contratto di mutuo e l'eventuale risarcimento del danno.

Costitutosi ritualmente, l'intermediario convenuto ha chiesto all'Arbitro di dichiarare, in via preliminare, il ricorso inammissibile, eccependo l'irricevibilità del ricorso per incompetenza



temporale dell'ABF, in quanto la contestazione sarebbe relativa a un vizio genetico del contratto, stipulato nell'anno 2000; in subordine, ha chiesto di respingerlo nel merito perché infondato. L'intermediario convenuto ha osservato, nel merito, che i ricorrenti non hanno dato luogo all'estinzione anticipata del mutuo e, quindi, la clausola controversa non è stata concretamente applicata; ha illustrato, quindi, le caratteristiche del contratto in questione e, in particolare, quanto stabilito nelle clausole relative al meccanismo di indicizzazione al Franco Svizzero e al calcolo del capitale residuo nel caso di rimborso anticipato (cfr. artt. 3, 4 e – per l'estinzione anticipata – art. 10 del contratto di mutuo), ritenendo insussistenti i profili di vessatorietà denunciati dai ricorrenti e precisando che i clienti hanno avuto adeguata e sufficiente informativa circa il contratto di mutuo e la sua tipologia già in fase precontrattuale e, successivamente, in sede di stipula del mutuo e in costanza di rapporto.

## DIRITTO

La questione sottoposta alla cognizione dell'Arbitro riguarda la correttezza di un conteggio di estinzione richiesto dai ricorrenti, titolari di un mutuo indicizzato al franco svizzero, al fine di perfezionare un'operazione di surroga.

Il Collegio deve, in via preliminare, respingere l'eccezione d'incompetenza *ratione temporis* sollevata dalla resistente.

Giova ricordare che, secondo le "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" emanate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009, e succ. mod., "non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009" (sez. I, par. 4). A tal proposito, l'Arbitro ha chiarito che l'eccezione di incompetenza temporale sollevata dalla parte convenuta deve essere vagliata alla luce del *petitum*, nella prospettazione offerta dal ricorrente, onde appurare se l'oggetto della domanda si basi su comportamenti o effetti del contratto prodotti nel periodo di svolgimento dello stesso successivo al 1° gennaio 2009, sussistendo in tal caso la competenza.

Ebbene, nella fattispecie in esame, la doglianza del ricorrente è imperniata sulla illegittimità del conteggio di estinzione predisposto dal resistente in data 28 febbraio 2015; sicché, trattandosi di operazioni e comportamenti successivi al 1° gennaio 2009, la competenza dell'Arbitro va sicuramente affermata (cfr. Coll. Coord., nn. 5855/2015, 5866/2015; ABF Napoli, nn. 17790/2018; 4039/2016, 809/2016; ABF Roma, n. 12706/2017).

Acquisita la procedibilità del ricorso, il Collegio è chiamato a pronunciarsi sulla regolarità del metodo di calcolo adottato dall'intermediario in forza del comb. disp. degli artt. 10, 3 e 4 del contratto de quo che disciplinano, rispettivamente, l'estinzione anticipata, la "clausola di indicizzazione" del capitale ed il meccanismo dei conguagli: "E' facoltà della parte mutuataria rimborsare il mutuo in anticipo rispetto alla scadenza concordata, sia totalmente sia parzialmente, mediante richiesta scritta con lettera raccomandata con avviso di ricevimento e che dovrà pervenire alla 'Banca' almeno 60 giorni prima della data in cui la parte mutuataria intende effettuare la restituzione; tale data dovrà coincidere con la scadenza di una delle rate previste dal piano di ammortamento allegato al presente atto. Ai fini del rimborso anticipato, il capitale restituito, nonché gli eventuali arretrati che fossero dovuti, verranno calcolati in FRANCHI SVIZZERI in base al tasso di cambio contrattualmente previsto, 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 di rimborso



(...)” (art. 10); “Le parti convengono che il presente mutuo è in LIRE indicizzato al FRANCO SVIZZERO, secondo le modalità esposte più avanti e che il piano di ammortamento allegato è stato predisposto con riferimento ad un tasso di interesse stabilito nella misura iniziale dello 0,324168 mensile pari ad un dodicesimo del tasso nominale annuo del 3,89% (tre virgola ottantanove per cento)” (art. 3); “Ad ogni scadenza semestrale l’importo globale determinato dalla somma algebrica delle cifre rinvenienti dalle operazioni sopra descritte, costituirà il conguaglio positivo o negativo e sarà regolato come segue: - in caso di conguaglio positivo in favore della parte mutuataria l’importo sarà accreditato in uno speciale conto fruttifero appositamente acceso presso la Banca al nome della stessa parte mutuataria con le modalità previste al successivo art. 5; all’operazione di accredito sarà applicata valuta 1° gennaio successivo per il conguaglio riferito al 1° dicembre e 1° luglio successivo per il conguaglio riferito al 1° giugno; - in caso di conguaglio negativo per la parte mutuataria, l’importo sarà addebitato sul rapporto di cui sopra, con le stesse valute, sino alla concorrenza del saldo eventualmente disponibile e, per il resto, sulla prima rata utile dopo il 1° dicembre ed il 1° giugno che, di regola e salvo impedimenti, sarà quella dell’1.1. e dell’1.7. rispettivamente”.

In ordine alla legittimità della clausola contenuta nell’art. 10, sopra richiamato, in fattispecie analoga a quella oggetto del presente procedimento si è pronunciato il Collegio di Coordinamento dell’Arbitro il quale, tenuto conto dell’insegnamento della Corte di Cassazione – secondo cui le clausole contrattuali e i comportamenti delle parti contraenti devono essere conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità, sicché la violazione dei suddetti principi comporta la nullità delle clausole contrattuali che non li rispettano (cfr. ex plurimis, Cass. Sez. III, 8 agosto 2011, n. 17351) – ha ritenuto che la clausola in esame non “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”; la disposizione negoziale si limita infatti a prospettare che gli importi già restituiti o ancora dovuti dal mutuatario siano dapprima convertiti in franchi svizzeri al “tasso di cambio convenzionale” e che l’importo così ottenuto sia poi riconvertito in euro al tasso di cambio corrente, senza esplicitare le modalità di computo da seguire al fine di realizzare tale duplice conversione da una valuta all’altra e viceversa; cosicché essa, secondo quanto parimenti ritenuto dalla Corte di Giustizia dell’Unione, 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 il predetto orientamento della Corte di Cassazione, e deve pertanto ritenersi nulla.

In linea con il percorso argomentativo testé richiamato, anche una giurisprudenza di merito più recente (App. Roma, ord. 19 ottobre 2017) ha ravvisato, quale profilo di maggiore criticità nella formulazione di siffatta clausola di indicizzazione la “mancata esplicita segnalazione che, attraverso il meccanismo dell’indicizzazione/conversione secondo l’andamento della quotazione del Franco svizzero, l’anticipata restituzione del mutuo potesse comportare per il mutuatario pesanti perdite economiche come quelle che di fatto si sono verificate. Nella sostanza il consumatore/muatario si trova esposto, senza che ne abbia avuto alcuna informazione, ad essere assoggettato ad un rischio imprevedibile ed imprevedibile”. È stato inoltre osservato che la bilateralità del rischio valutario – astrattamente presente anche in capo all’intermediario mutuante – non consente comunque di superare la carenza informativa sul funzionamento concreto della clausola: la disciplina in materia di trasparenza dettata dal Codice del consumo (artt. 34 comma 2 e 35, comma 1) impone infatti che il consumatore sia posto nelle condizioni di valutare in maniera consapevole i rischi economici che assume. Il giudice di seconde cure ha quindi rigettato l’istanza formulata dall’appellante, richiamando anche un precedente conforme della Corte di giustizia dell’Unione europea (cfr. Sentenza 20 settembre 2017, nella causa



C-186/16), ove si evidenzia che il sistema di tutela istituito dalla direttiva CEE/1993/13 in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori è fondato sull'idea che il consumatore si trovi, quantomeno sul piano informativo, in una situazione di inferiorità rispetto al professionista; l'obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali deve essere pertanto interpretato in maniera estensiva, non essendo sufficiente la comprensibilità delle stesse sul piano formale e grammaticale, ma occorrendo una chiara esposizione del concreto funzionamento della clausola.

In tale contesto si è pronunciata, da ultimo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, con Provvedimento n. 27214 assunto nell'adunanza del 13 giugno 2018, ha affermato che "La clausola in esame non espone in maniera intellegibile il funzionamento di tale meccanismo di conversione della valuta estera in quanto non indica le operazioni aritmetiche da eseguire per realizzare la descritta duplice conversione e non evidenzia il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole al prodotto di mutuo de quo, di modo che il consumatore sia in grado di comprendere e valutare, sulla base di criteri precisi ed intellegibili, le conseguenze economiche che da essa derivano e di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa e, di conseguenza, fare delle scelte consapevoli e corrette". L'AGCM ha pertanto definito anche la clausola di cui all'art. 10 del contratto di mutuo oggetto di attenzione quale fattispecie contraria all'art. 35, comma 1, del Codice del Consumo.

Mette conto anche rammentare che altro Collegio di questo Arbitro (ABF Palermo, n. 12908/2018) si è da ultimo pronunciato sul c.d. meccanismo dei conguagli, previsto nel contratto in esame, e – movendo dal presupposto che "la clausola relativa all'estinzione anticipata del mutuo ed al meccanismo di sua conversione, non soltanto non risulta sia stata oggetto di preliminare informazione ed adeguata preventiva illustrazione, ma appare violare il principio di trasparenza. Infatti, non contiene l'illustrazione esemplificativa del procedimento per calcolare il capitale rivalutato da rimborsare per effetto del cambio. Pertanto, al consumatore mutuatario è richiesta una somma da rimborsare diversa da quella esposta nel piano di ammortamento allegato al contratto" – ha ritenuto che "la metodologia di calcolo applicata porterebbe a sfiorare l'ammontare dell'equo indennizzo previsto dall'art. 125 sexies", sicché sono "ingiustificati gli addebiti tutti conseguenti all'applicazione del calcolo di cambio in franchi. La nullità della clausola di conversione del cambio comporta la nullità dei conguagli effettuati alle varie scadenze e la nullità dell'indicizzazione valutaria e della rivalutazione conseguente alla differenza di cambio all'epoca dell'estinzione anticipata".

Per i motivi che precedono, il Collegio, in coerenza con i sopra riferiti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, di merito ed arbitrale, nonché con i principi ermeneutici e con il Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato richiamati, accerta la nullità della clausola contenuta nell'art. 10 del contratto stipulato tra le parti del presente giudizio; per l'effetto, dichiara la banca resistente tenuta a effettuare il conteggio propedeutico all'anticipata estinzione del finanziamento controverso, determinando il capitale residuo che i mutuatari dovranno restituire quale differenza tra la somma mutuata (di lire 220.000.000 pari ad euro 113.620,40) e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite (queste ultime calcolate secondo la contrattuale indicizzazione al Franco Svizzero), senza praticare la duplice conversione prevista dalla clausola dichiarata nulla.

Per quanto concerne, infine, la richiesta del ricorrente di risarcimento dei danni, tale domanda va respinta per difetto di prova dei pretesi danni asseritamente subiti. Ciò anche alla stregua del consolidato indirizzo della Suprema Corte secondo cui, "l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 cod. civ., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo" (Cass., 7 maggio 2015, n. 9201; v. anche Cass., 10 ottobre 2007, n. 21140).

### **P.Q.M.**

**In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio, accertata la nullità della clausola contrattuale, dichiara l'intermediario tenuto alla rideterminazione degli interessi nei sensi e per gli effetti 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 al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO