

## COLLEGIO DI BOLOGNA

composto dai signori:

(BO) MARINARI	Presidente
(BO) BERTI ARNOALDI VELI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) LONGOBUCCO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) SOLDATI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) D ATRI	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore NICOLA SOLDATI

Seduta del 02/04/2019

### FATTO

La parte ricorrente riferiva di avere stipulato in data 14.12.2006 con l'intermediario un contratto di mutuo fondiario in euro indicizzato al franco svizzero, assistito da garanzia ipotecaria per l'importo di euro 230.000,00, da restituirsi entro quindici anni in n. 180 rate mensili. L'art. 7 del detto contratto prevedeva la possibilità di estinguere parzialmente o totalmente il mutuo in via anticipata. In data 17.7.2017, avanzava richiesta di conteggio per l'estinzione anticipata del mutuo, ricevendo in risposta, in data 17.8.2017, un conteggio ove veniva indicato, quale capitale residuo, l'ingente somma di euro 116.556,95, di cui euro 34.052,28 a titolo di "rivalutazione". In data 1.9.2017 tale contratto veniva estinto (dalla figlia del mutuatario ricorrente, in nome e per conto del padre) sulla base del detto conteggio, corrispondendo alla banca la somma di euro 116.556,95 a mezzo bonifico, con riserva di ripetizione. Il successivo 6.9.2017 la banca inviava a mezzo mail il conteggio estintivo "definitivo" riferito al contratto di mutuo, chiedendo al mutuatario il pagamento estintivo di euro 115.559,16, di cui euro 33.099,27 a titolo di "rivalutazione". In data 15.9.2017 la banca trasmetteva al ricorrente la quietanza liberatoria con cui confermava la avvenuta ricezione del pagamento ad estinzione del mutuo, dichiarando di non aver più nulla a pretendere in dipendenza di tale contratto.

Estinto il mutuo, poiché da parte del mutuatario era stata pagata la somma di euro 1.007,79 in eccedenza rispetto al dovuto, parte ricorrente (per il tramite della figlia)



effettuava una richiesta di restituzione della somma di euro 1.007,79 erroneamente versata, e detto importo veniva restituito dalla banca in data 13.10.2017 a mezzo bonifico. Successivamente il ricorrente chiedeva alla banca “una serie di documenti inerenti il mutuo fondiario estinto tra cui il piano di ammortamento, le comunicazioni annuali con evidenziati i dettagli di quota capitale, quota interessi, spese, indicizzazione finanziaria, indicizzazione valutaria”. Una volta raccolta tutta la documentazione, il ricorrente domandava una perizia sul mutuo estinto, “da cui emergeva che egli aveva corrisposto alla Banca la somma totale, illegittima e non dovuta, di € 77.459,76 così suddivisa: € 44.360,49 a titolo di indicizzazioni valutarie ed € 33.099,77 a titolo di rivalutazione”. In data 12.6.2018 inoltrava reclamo alla banca, chiedendo la restituzione del detto importo e, a causa dell’insoddisfacente esito del reclamo si vedeva costretto a rivolgersi all’ABF. In diritto, la parte ricorrente contestava, che il contratto di mutuo di che trattasi, sulla base del costante orientamento dell’Arbitro, deve essere dichiarato nullo – per contrasto con gli artt. 33 e ss. del Codice del Consumo e degli artt. 115 e 116 TUB -, nella parte in cui prevede una clausola (art. 7), relativa al rimborso anticipato, poco chiara e trasparente, che riferisce l’indicizzazione, per il caso di estinzione anticipata, al capitale “restituito” anziché a quello “residuo”. La nullità della clausola di cui all’art. 7 del contratto discende in particolare dalla violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e correttezza stabiliti dagli artt. 4 e 5 della Direttiva 93/13/CEE, dal Regolamento Consob n. 16190/2007, dagli artt. 115, 116 e 120 ter del TUB, nonché dagli artt. 33, 24, 35 e 36 del codice del consumo.

L’art. 120 ter del TUB prevede in particolare la nullità di qualunque patto o clausola con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l’ipotesi di estinzione anticipata. La nullità dell’art. 7 comporta, dunque, che nulla sia dovuto a titolo di rivalutazione del capitale residuo e l’intermediario debba procedere al rimborso dell’importo per l’estinzione anticipata già indebitamente corrisposto dal ricorrente.

La parte ricorrente chiede all’Ill.mo Arbitro bancario Finanziario adito di accertare la vessatorietà della clausola 7 del contratto di mutuo fondiario intercorso tra le parti e per l’effetto dichiarare nulla detta clausola e di condannare l’intermediario al pagamento in favore della somma di € 77.459,76 (così calcolata: € 44.360,00 a titolo di indicizzazioni valutarie ed € 33.099,77 a titolo di rivalutazione del capitale per estinzione anticipata, contabilizzata alla data del 07/09/2017), o a quella diversa somma maggiore o minore che dovesse risultare dall’istruttoria.

L’intermediario, confermati i fatti, precisava che:

- 1) La parte ricorrente ha ricevuto una comunicazione riepilogativa delle principali caratteristiche del mutuo, con particolare riferimento ai meccanismi di indicizzazione e di rivalutazione in caso di conversione ed estinzione anticipata con le note datate 1 marzo 2013 e 25 marzo 2015 (cfr. all. 2);
- 2) il mutuo di cui si controverte è indicizzato al Franco Svizzero (cfr. art. 4 del contratto stesso, a tenore del quale “le parti convengono che il presente mutuo è in EURO indicizzato al FRANCO SVIZZERO, secondo le modalità di seguito indicate ...”);
- 3) la banca ha effettuato all’uopo alcune simulazioni contabili dalle quali emerge come, proprio grazie al meccanismo di cambio previsto, “la parte ricorrente, avrebbe tratto maggior beneficio qualora avesse temporeggiato nell’estinzione del contratto. Inoltre, da tale simulazione si rileva come controparte abbia tratto giovamento pagando interessi corrispettivi sulle singole rate mensili in misura inferiore rispetto quelli che avrebbe pagato



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

ove gli interessi fossero stati agganciati all'Euro”;

4) nelle ipotesi contrattuali che prevedono l'applicazione della rivalutazione, il mutuatario, al pari della banca, è esposto al rischio di apprezzamento della valuta elvetica. “Una pattuizione siffatta non distribuisce l'alea di fluttuazione del cambio in modo unilaterale, giacché il mutuatario, così come è esposto al rischio di maggiori esborsi in relazione all'aumento del tasso euro/franco svizzero – come verificatosi con i conteggi presi in esame – potrebbe essere altresì possibile beneficiario di un risparmio nell'ipotesi di una sua diminuzione”;

5) per concludere, a supporto della validità delle tesi esposte in merito alla legittimità del prodotto sottoscritto dal ricorrente, si richiamano alcune sentenze emesse dalla giurisprudenza ordinaria, presso la quale si va sempre più consolidando un orientamento a favore sia della aleatorietà dei tassi, insita nella natura del prodotto stesso, sia in merito alla trasparenza del contratto di mutuo, in particolare all'art. 7 – che disciplina l'estinzione anticipata -, il quale risulta essere “del tutto chiaro e facilmente comprensibile per un operatore medio (...)” (cfr. Tribunale di Milano, sentenza n. 6520/2017 del 9.6.2017; sentenza n. 12332/2017 del 6.12.2017; Tribunale di Napoli, n. 11090/2017 del 9.1.2018; Tribunale di Monza dell'11.1.2018).

Alla luce di quanto esposto, l'intermediario chiede all'ABF di respingere il ricorso nel merito perché infondato.

## DIRITTO

La controversia sottoposta all'esame del Collegio attiene all'accertamento del corretto metodo di calcolo previsto dall'art. 7 del contratto stipulato tra le parti, predisposto dall'intermediario e contestato dalla ricorrente.

In via preliminare, il Collegio rileva che risulta non contestata la circostanza che il contratto sia stato stipulato in data 14.12.2006. Tale circostanza, pur tuttavia, non esclude la competenza temporale di questo Collegio a decidere sul merito del ricorso presentato, in quanto, sebbene si discuta della nullità della clausola e, dunque, di un vizio genetico del contratto, ciò che assume rilievo è esclusivamente il momento del conteggio estintivo che viene predisposto in un momento successivo alla conclusione del contratto dall'intermediario.

Il Collegio, infatti, è stato chiamato a valutare la clausola non in sé, ma “nella sua applicazione nel rapporto contrattuale, considerando in particolare il comportamento dell'intermediario nella fase di conteggio estintivo che deve comunque essere improntato al principio di correttezza” (Collegio Roma, decisione n. 11336/16).

Al riguardo si segnala che già il Collegio di Coordinamento con decisione n. 5866 del 29 luglio 2015, in questa materia si è pronunciato affermando la nullità della clausola contrattuale sebbene il contratto fosse stato concluso nel 2007.

La norma contrattuale in esame prevede, in caso di richiesta di estinzione anticipata, che l'importo del capitale residuo vada prima convertito in franchi svizzeri al tasso di cambio convenzionale fissato nel contratto e successivamente riconvertito in euro al cambio franco svizzero/euro rilevato il giorno del rimborso.

La giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato (Cass., 8 agosto 2011, n. 17351) 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.

Come già chiarito dal Collegio di Coordinamento “Non sembra che la clausola in esame 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, cosicché essa, secondo quanto ritenuto dalla Corte di giustizia dell'Unione nella sentenza che è già stata più volte menzionata, sembra porsi in contrasto con l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE (ovvero con l'art. 34, 2° comma, cod. cons.), oltre che contro il predetto orientamento della Corte di Cassazione. 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). [...] Parimenti, secondo il menzionato orientamento della Corte Suprema la violazione della fondamentale regola della trasparenza, quindi della obiettivamente agevole comprensibilità, comporta la nullità della clausola” (decisione n. 5866/2015).

Ciò posto, prosegue ancora il Collegio di Coordinamento “è peraltro necessario stabilire quali conseguenze produca nel rapporto contrattuale tra le parti del presente giudizio la nullità della clausola che è stata sopra esaminata, dal momento che il suddetto rapporto deve comunque essere regolato. Per quanto qui rileva, la menzionata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha così deciso: “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”. Peraltro, e sia pure con specifico riguardo alla manifesta eccessività degli interessi moratori, il Collegio di coordinamento di questo Arbitro ha chiarito che, tenuto anche conto della Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 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 (sentenza n. 3995 del 24 giugno 2014)” (Collegio di coordinamento, decisione n. 5866/2015).

Nel caso di specie, il già menzionato art. 125 sexies, comma 1, TUB (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) così statuisce: “Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore”.

In armonia con la Corte di Giustizia si pone l'insegnamento della Suprema Corte, secondo cui (confronta Cass. Sez. I 10 settembre 2013, n. 20686) l'accertata nullità della clausola concernente le modalità del calcolo degli interessi non travolge il contratto, ma impone al giudice un nuovo calcolo degli stessi.

Il caso di specie va, dunque, deciso alla stregua dei principi sopra esposti.

Pertanto, ribadita 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, comma 1, c.c., l'intermediario dovrà effettuare il conteggio dell'anticipata estinzione del finanziamento di cui si tratta applicando i principi sopra enunciati.



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Al ricorrente, quindi, dovrà essere restituito l'importo pagato in eccedenza rispetto a ciò che effettivamente sarebbe stato dovuto, in assenza della clausola considerata vessatoria (art. 7).

Precisamente, ad estinzione del contratto, in assenza della detta clausola, il ricorrente avrebbe dovuto restituire la differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite (queste ultime calcolate secondo l'indicizzazione contrattuale al Franco svizzero), senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 7.

### **PER QUESTI MOTIVI**

**Il Collegio accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione.**

**Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla parte ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
MARCELLO MARINARI