



COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) MINNECI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) ACHILLE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) MANENTE	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore DAVIDE ACHILLE

Seduta del 19/11/2020

FATTO

Con ricorso presentato in data 16 luglio 2020, la parte ricorrente, dopo aver premesso di aver stipulato in data 29 gennaio 2008 un contratto di mutuo indicizzato al franco svizzero con l'intermediario resistente, chiede l'accertamento della nullità/abusività degli artt. 4, 7 e 7-bis del contratto e per l'effetto, in via principale, la condanna l'intermediario resistente alla concessione dell'estinzione anticipata del finanziamento in misura pari alla differenza tra somma mutuata e ammontare complessivo delle quote capitale già restituite e, in via subordinata, condannare l'intermediario resistente alla concessione dell'estinzione anticipata considerando il capitale residuo da restituire in misura pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite calcolando queste ultime secondo l'indicizzazione contrattuale mal Franco svizzero, senza praticare la duplice conversione prevista dalla clausola contrattuale nulla, in ogni caso con condanna alla refusione delle spese di assistenza professionale. Deduce a tal fine che: i) il 29 gennaio 2008 ha sottoscritto un contratto di mutuo ipotecario indicizzato al franco svizzero di € 205.000,00 finalizzato all'acquisto della prima casa; ii) il contratto era accompagnato da un documento di sintesi recante informazioni generiche e vaghe sul funzionamento del meccanismo di indicizzazione alla valuta estera; iii) l'intermediario forniva, in seguito ad espressa richiesta, il conteggio informativo di estinzione anticipata del mutuo secondo cui al capitale residuo al 31 dicembre 2019 (pari ad € 139.859,14) andava aggiunto l'importo di € 71.836,62 a titolo di rivalutazione; iv) l'opacità delle clausole relative all'indicizzazione degli interessi e all'estinzione anticipata, viola l'art. 35 c. cons. e ne determina la nullità ai



sensi del successivo art. 36, come osservato dall'AGCM e ribadito dalla Corte di Giustizia in numerose pronunce; v) in considerazione della nullità delle clausole contrattuali che prevedono l'indicizzazione al franco svizzero, deve riconoscersi il diritto ad ottenere la ripetizione di tutte le somme indebitamente corrisposte in favore dell'intermediario; vi) la clausola che prevede l'indicizzazione del mutuo al franco svizzero configura un "prodotto finanziario" ai sensi dell'art. 1, lett. u), TUF e il meccanismo dell'indicizzazione in valuta estera dell'importo oggetto di rimborso appare configurare un contratto derivato, con la conseguenza che tali clausole sono nulle in quanto la loro sottoscrizione non è stata preceduta dagli adempimenti previsti dalla legge; vii) sussiste la competenza temporale dell'Arbitro atteso che la domanda principale riguarda il conteggio di anticipata estinzione predisposto dall'intermediario nel 2019.

Con le proprie controdeduzioni, l'intermediario resistente ha chiesto il rigetto del ricorso. Deduce a tal fine che: i) ha stipulato in data 29 gennaio 2008 con la parte ricorrente il contratto di mutuo indicizzato al franco svizzero per l'importo capitale di € 205.000,00, da restituire in 25 anni; ii) il 7 novembre 2020 i clienti contestavano l'asserita opacità del contratto di mutuo nella esposizione delle clausole contrattuali determinative della rivalutazione e di aver riscontrato cui seguivano, in data 15 luglio 2020, opportuni chiarimenti sulle corrette modalità di emissione dei conteggi e sul funzionamento del meccanismo di indicizzazione; iii) al fine di erogare il mutuo ai clienti, ha dovuto procurarsi, al tasso di cambio in essere al tempo della stipula, l'equivalente in Franchi Svizzeri dell'importo corrispondente al capitale preso a prestito che, di conseguenza, in caso di estinzione anticipata, dovrà necessariamente essere restituito, convertendone in Euro la parte residua al tasso di cambio vigente al momento dell'estinzione; iv) è proprio l'esatta natura della quota di rivalutazione riportata nel conteggio informativo emesso in data 19 maggio 2020 a mettere in luce che la somma riportata nel conteggio contestato altro non è se non "la differenza fra il valore del capitale da restituire secondo il piano di ammortamento originariamente convenuto e il valore in Euro dello stesso capitale al momento della estinzione"; v) nell'operazione di estinzione la sola variabile presa in considerazione è il tasso di cambio franco svizzero/euro, non rileva invece il tasso d'interesse; vi) "attesa l'indicizzazione del capitale al Franco Svizzero, [...] nel caso in cui il Franco Svizzero si sia nel frattempo apprezzato sull'Euro, l'equivalente in Euro del capitale residuo da rimborsare sarà maggiore dell'equivalente in Euro previsto dal piano di ammortamento (come è concretamente avvenuto nel caso che ci occupa). Analogamente [...], qualora [...] l'Euro si sia apprezzato sul Franco Svizzero, l'equivalente in Euro del capitale residuo da rimborsare sarà invece inferiore all'equivalente in Euro previsto dal piano di ammortamento"; vii) anche la giurisprudenza di merito "appare pacificamente concorde sulla piena comprensibilità delle clausole contrattuali inserite negli artt. 4 e 7 anche ad opera di soggetti non professionisti"; viii) il contratto di mutuo indicizzato è strutturalmente diverso da un contratto derivato: mancano due posizioni debitorie reciproche che vengono scambiate, essendo solo il mutuatario tenuto alla restituzione del capitale, degli interessi e della rivalutazione; inoltre la stessa Consob, nella comunicazione n. DIN/82717 del 17 novembre 2000, ha affermato che il "mutuo non può neppure farsi rientrare tra i prodotti finanziari di cui all'art. 1, comma 1°, lett. u) del d. lgs. n. 58/1998". Con le repliche alle controdeduzioni, la parte ricorrente ribadisce che le informazioni fornite dall'intermediario in sede di stipula erano inadeguate ed eccepisce che per estinguere un mutuo di € 205.000,00, dopo aver pagato le rate per 12 anni, dovrebbero versare circa € 201.000,00.

DIRITTO



In primo luogo, tenuto conto che il contratto di finanziamento è stato stipulato dalle parti del presente procedimento in data 29 gennaio 2008, vale a dire in epoca precedente rispetto alla data del 1° gennaio 2009 che fissa la decorrenza della competenza temporale dell'ABF, occorre precisare che nel caso di specie questo Collegio non è competente con riguardo alle doglianze che si riferiscono a caratteristiche genetiche del contratto, mentre senz'altro ammissibile è invece la domanda della parte ricorrente volta a domandare l'accertamento dell'invalidità del meccanismo di indicizzazione e rivalutazione del capitale previsto dal contratto per gli effetti che le clausole contrattuali hanno prodotto per il periodo successivo al 1° gennaio 2009. Sul punto è sufficiente richiamare il consolidato orientamento di questo Arbitro, il quale in numerosi casi analoghi a quello oggetto del presente ricorso ha statuito che rientra nella propria competenza temporale la domanda volta a contestare i conteggi estintivi di mutui indicizzati in franchi svizzeri qualora detto conteggio sia stato predisposto dopo il 1° gennaio 2009, a tal fine essendo necessario verificare la legittimità e l'efficacia della clausola contrattuale che prevede la disciplina applicabile all'estinzione anticipata anche quanto il contratto sia stato stipulato prima del suddetto termine di competenza (in particolare, ABF – Coll. Coord. n. 5874 del 2015).

Ciò posto, il ricorso, nella parte in cui si chiede l'accertamento dell'abusività e della nullità delle clausole di cui agli artt. 4, 7 e 7-bis del contratto con le conseguenti statuizioni per quanto concerne il conteggio di estinzione anticipata, è fondato e deve trovare parziale accoglimento per le ragioni e nei limiti di seguito precisati.

Al riguardo si può rilevare che la tematica dei mutui indicizzati al franco svizzero stipulati dall'intermediario resistente è già stata oggetto di numerose controversie portate all'attenzione di questo Arbitro (vd., per tutte, Coll. Coord. nn. 4135 del 2015, 5855 del 2015, 5866 del 2015, 5874 del 2015), in particolare per quanto concerne la clausola di cui all'art. 7 del contratto che regola i profili della "estinzione anticipata" del finanziamento e la quale prevede che:

«E' facoltà della "Parte mutuataria" effettuare rimborsi parziali ed estinguere anticipatamente il mutuo, a condizione che: a) siano saldati gli eventuali arretrati che fossero dovuti, le eventuali spese giudiziali, anche irripetibili e quant'altro dovuto a qualsiasi titolo dalla parte mutuataria; b) siano versati gli interessi a qualunque titolo maturati sino al giorno dell'estinzione. La parte mutuataria dichiara che intende beneficiare del regime fiscale agevolato previsto dal D.P.R. n. 601 del 1973. Quanto sopra fermo restando quanto disposto dall'art. 40, primo comma del T.U.B., e senza che la suddetta dichiarazione costituisca rinuncia alcuna ai diritti previsti da disposizioni inderogabili di legge. La Parte mutuataria dovrà inoltrare richiesta scritta tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento che dovrà pervenire alla Banca almeno 60 giorni prima della scadenza della rata in cui la Parte mutuataria intende effettuare la restituzione parziale o totale. 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 convenzionale", 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. Il rimborso, sia parziale che totale, dovrà essere perfezionato contestualmente alla scadenza di una rata. Nelle more del preavviso, rimane invariato l'obbligo della Parte mutuataria di pagare le rate del piano di rimborso frattanto in scadenza compresa quella in scadenza nella data prevista per l'estinzione, in caso di rimborso totale. In caso di rimborso parziale, si pattuisce espressamente che la somma restituita sarà in ogni caso di esclusivo utilizzo, anche parziale, del saldo recato dal rapporto di deposito fruttifero. La somma restituita dalla "Parte mutuataria" al netto di quanto sopra e di quant'altro dovuto a qualsiasi titolo



dalla Parte mutuataria alla Banca determinerà la quota di capitale estinto sulla base della quale verrà calcolata la quota di capitale residuo».

Pertanto, circa la pattuizione contenuta nell'art. 7 del contratto e a cui si è fatto da ultimo riferimento, il Collegio non ha motivo di disattendere il consolidato orientamento già espresso nei propri precedenti laddove si è accertato che non rispetta i requisiti di chiarezza e comprensibilità la clausola contrattuale che prevede, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il meccanismo della c.d. doppia indicizzazione in valuta straniera ed euro. In particolare, il Collegio di Coordinamento (decisione n. 5866 del 2015), ha ritenuto che la clausola contenuta nell'art. 7 non sembra «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 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 l'orientamento della giurisprudenza di legittimità nella parte in cui ha affermato 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 (cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. III, 8 agosto 2011, n. 17351). Infatti, la clausola contrattuale che nel caso di specie regola l'estinzione anticipata del finanziamento 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) e neppure consente, pur prescindendo dal riferimento a specifiche operazioni aritmetiche, di comprendere il concreto rischio finanziario che il consumatore ha assunto con la stipula del contratto.

Analoga conclusione ritiene il Collegio sia da affermare per quanto riguarda le pattuizioni dedicata al computo degli "interessi" e alla "conversione" (in questo senso, proprio con riguardo a tali clausole, già ABF – Coll. Milano n. 2383 del 13 febbraio 2020), le quali risultano nel caso di specie così formulate:

- *«art. 4) INTERESSI: Le parti convengono che il presente mutuo è in EURO indicizzato al FRANCO SVIZZERO, secondo le modalità di seguito indicate e che il piano di ammortamento allegato è stato predisposto con riferimento a un tasso di interesse stabilito nella misura iniziale dello 0,437% (zero virgola quattrocentotrentasette per cento) mensile, pari a un dodicesimo del tasso nominale annuo del 5,240% (cinque virgola duecentoquaranta per cento) ("tasso di interesse convenzionale"). Si pattuisce espressamente che il tasso di cambio Franco Svizzero/Euro è stato determinato convenzionalmente in Franchi Svizzeri 1,6131 (uno e seimilacentotrentuno centesimi) per un Euro ("tasso di cambio convenzionale"). Le parti convengono che per il periodo di preammortamento, intercorrente dalla data di stipula alla data di decorrenza del piano di ammortamento, sarà applicato il tasso di interesse convenzionale come sopra indicato. Gli interessi di preammortamento, pari a Euro 117,72 (centodiciassette e settantadue centesimi), verranno addebitati sulla prima rata. Fermo restando il piano di ammortamento, nel corso dei mesi di giugno e di dicembre la Banca determinerà: A) per il primo semestre, o frazione, scadente il 31 maggio o il 30 novembre: a1) - l'eventuale differenza tra gli interessi calcolati al "tasso di interesse convenzionale" e gli interessi effettivamente dovuti in base al tasso LIBOR (London Interbank Offered Rate) FRANCO SVIZZERO SEI MESI rilevato per valuta ultimo giorno lavorativo del mese di erogazione, sulla pagina LIBOR2 del circuito Reuter e*



- pubblicato su "Il Sole 24 ore", maggiorato di 1,500 (uno virgola cinquecento) punti percentuali; a2) - l'eventuale differenza tra il "tasso di cambio convenzionale" Franco Svizzero / Euro e quello rilevato per valuta, rispettivamente il 31 maggio o il 30 novembre, sulla pagina FXBK del circuito Reuter e pubblicato su "Il Sole 24 Ore"; ove tali date dovessero cadere in giorno festivo si farà riferimento al cambio rilevato per valuta il primo giorno lavorativo bancario antecedente. La differenza così determinata sarà applicata all'equivalente in Franchi Svizzeri (calcolato al "tasso di cambio convenzionale") di quanto liquidato alla parte mutuataria in linea capitale e interessi nel corso dei sei mesi o frazione che precedono le date del primo giugno e del primo dicembre; B) per i semestri successivi sino alla scadenza del contratto di mutuo: b1) - l'eventuale differenza tra gli interessi calcolati nel semestre precedente in base al "tasso di interesse convenzionale" e gli interessi effettivamente dovuti in base al tasso LIBOR (London Interbank Offered Rate) FRANCO SVIZZERO SEI MESI per valuta 31 maggio relativamente al semestre 1° giugno - 30 novembre e per valuta 30 novembre relativamente al semestre 1° dicembre - 31 maggio, rilevato sulla pagina LIBOR 02 del circuito Reuter e pubblicato su "Il Sole 24 ore", maggiorato di 1,500 (uno virgola cinquecento) punti percentuali; b2) - l'eventuale differenza tra il "tasso di cambio convenzionale" Franco Svizzero/Euro e quello rilevato per valuta, il 31 maggio per il semestre scadente a tale data o il 30 novembre per il semestre scadente a tale data, rilevato sulla pagina FXBK del circuito Reuter e pubblicato su "Il Sole 24 Ore"; ove tali date dovessero cadere in giorno festivo si farà riferimento al cambio rilevato per valuta il primo giorno lavorativo bancario antecedente. La differenza così determinata sarà applicata all'equivalente in Franchi Svizzeri (calcolato al "tasso di cambio convenzionale") di quanto liquidato alla "Parte mutuataria" in linea capitale e interessi nel corso dei sei mesi che precedono le date del 1° giugno e del 1° dicembre. Ad ogni scadenza 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 rapporto di deposito fruttifero appositamente acceso presso la Banca a nome della stessa parte mutuataria con le modalità previste al successivo articolo 4 bis; 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 deposito fruttifero di cui sopra e con le stesse valute di cui sopra, sino alla concorrenza del saldo eventualmente disponibile e, per il resto, sulla prima rata utile dopo il 1° dicembre e il 1° giugno. In ottemperanza a quanto previsto dalla delibera C.I.C.R. del 4/3/2003 e relative disposizioni di attuazione si precisa che l'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) relativo al presente mutuo è pari al 4,561% (quattro virgola cinquecentosessantuno per cento). Qualora il tasso di interesse configuri una violazione di quanto disposto dalla Legge 7 marzo 1996 n. 108 e successive modifiche e integrazioni, esso si intenderà automaticamente sostituito dal tasso di volta in volta corrispondente al limite massimo consentito dalla legge»;*
- *«art. 7-bis) CONVERSIONE: La Parte mutuataria potrà ottenere la conversione del tasso riferito al Franco Svizzero in uno riferito all'Euro. Nell'esercizio di tale opzione la Parte mutuataria dovrà indicare il nuovo meccanismo di determinazione del tasso scelto tra quelli previsti nei diversi prodotti di mutuo offerti dalla Banca al momento della conversione. Tale richiesta dovrà essere formulata tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, che dovrà pervenire alla Banca almeno 60*



giorni prima della data indicata per la conversione; tale data dovrà coincidere con la scadenza di una delle rate previste nel piano di ammortamento allegato al presente atto. La parte mutuataria si impegna fin da ora a sottoscrivere gli atti o documenti necessari allo scopo, che la Banca indicherà, dando atto che in caso contrario l'operazione non potrà aver luogo. Il giorno fissato per la conversione la Banca provvederà a determinare l'eventuale variazione tra il "tasso di cambio convenzionale" Franco Svizzero/Euro e quello per valuta giorno lavorativo precedente rilevato sulla pagina FXBK del circuito Reuter e pubblicato su "Il Sole 24 ore", determinando l'incidenza di natura economica di tale variazione sul debito residuo, decurtato del saldo eventualmente esistente sul rapporto di deposito fruttifero. L'importo così determinato sarà preso a base di calcolo per il nuovo piano di ammortamento che conserverà, di norma, la scadenza originariamente stabilita contrattualmente. Per l'esercizio delle facoltà sopra descritte la Parte mutuataria dovrà aver adempiuto con regolarità e puntualità a tutte le obbligazioni, anche accessorie, derivanti dal presente contratto. In caso contrario, la Banca potrà non accogliere la richiesta di conversione. Le ulteriori pattuizioni eventualmente necessarie per la completa regolamentazione dei reciproci impegni in relazione alla conversione saranno definite all'atto della formalizzazione dell'operazione in base a quanto previsto per il prodotto cui si farà riferimento per la conversione stessa».

Tali clausole, infatti, non risultano trasparenti, essendo evidente il deficit di chiarezza e comprensibilità che le pone in contrasto con l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE (ovvero con l'art. 34, 2° comma, cod. cons.), dovendosi a tal fine ricordare che secondo il recente chiarimento della giurisprudenza europea proprio in tema di mutui indicizzati in valuta estera "l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere formulata in modo chiaro e comprensibile obbliga gli istituti finanziari a fornire ai mutuatari informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di adottare le proprie decisioni con prudenza e piena cognizione di causa. A tal riguardo, siffatto requisito implica che una clausola relativa al rischio di cambio sia compresa dal consumatore sia sul piano formale e grammaticale, ma anche per quanto riguarda la sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, possa non solo essere consapevole della possibilità di deprezzamento della valuta nazionale rispetto alla valuta estera in cui il mutuo è stato espresso, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari" (CGUE, 20 settembre 2018, C-51/17, § 78).

Quanto da ultimo rilevato consente di disattendere la contrastante opinione della giurisprudenza ordinaria che in alcune occasioni, cui fa riferimento nella presente controversia l'intermediario resistente, ha ritenuto non abusive le clausole dinnanzi richiamate, ed in particolare, per quanto in questa sede rileva, gli artt. 4 e 7-bis, oltre che l'art. 7. È infatti erroneo escludere che una clausola non sia abusiva per il solo fatto che la stessa "risulta pienamente coerente col meccanismo di indicizzazione e [...] con il rischio tipico di tale contratto di mutuo, gravante su entrambe le parti e accettato consapevolmente anche dai contrenti consumatori" (così Trib. Roma n. 1514 del 22 gennaio 2019), posto che come chiarito anche dalla giurisprudenza europea cui si è dinnanzi fatto riferimento, ed a cui si deve riconoscere efficacia vincolante in ragione dovere di interpretazione conforme cui è soggetto il giudice nazionale, ciò che nel caso di specie deve sussistere per escludere l'abusività di una clausola riguardante l'oggetto del contratto o il corrispettivo è che la stessa permetta al consumatore di "valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari".



Proprio tenendo presente tale ultimo ineludibile parametro di valutazione dell'abusività ed applicando lo stesso alle clausole contrattuali in precedenza richiamate, vale a dire gli artt. 4 e 7-*bis*, oltre che l'art. 7, il Collegio ritiene che la semplice lettura degli stessi conduca ad affermare che tali pattuizioni non soddisfino il requisito di chiarezza e comprensibilità di all'art. 34, 2° comma, cod. cons., introdotto al fine di dare attuazione all'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13/CEE.

In tale prospettiva, non è superfluo ricordare che in conformità a tale conclusione si è altresì espressa, da ultimo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, con il provvedimento del 13 giugno 2018 n. 271214, in Boll. 26/2018, oltre ad avvallare la posizione di questo Arbitro con riferimento all'art. 7 in tema di estinzione anticipata, ha affermato che l'art. 4 in questione viola il principio di trasparenza, in quanto non redatto in maniera chiara e comprensibile, laddove non informa "il cliente che il piano di ammortamento costruito sulla base del tasso iniziale è solo indicativo, in quanto cambia nel tempo per effetto dei conguagli dovuti all'indicizzazione finanziaria e valutaria" con la conseguenza che si "impedisce al consumatore di comprendere e valutare, sulla base di criteri precisi ed intellegibili, le conseguenze economiche che derivano dalle clausole e di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa e, di conseguenza, fare delle scelte consapevoli e corrette" (§ 48), mentre la clausola di cui all'art. 7-*bis* "relativa all'ipotesi di conversione del tasso riferito al Franco Svizzero (CHF) ad un tasso d'interesse riferito all'Euro, non è redatta in modo chiaro, nel senso di intelligibile non solo su un piano di comprensibilità linguistica, ma anche sul piano informativo nel senso che il consumatore sia posto in grado di comprendere e valutare, come sopra rilevato per la precedente clausola, sul fondamento di criteri precisi ed intellegibili, gli effetti che la stessa produce sul piano economico e di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa e, di conseguenza, fare delle scelte consapevoli e corrette" (§ 52).

A tale ultimo riguardo, pare opportuno precisare che l'accertamento compiuto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) cui si è da ultimo fatto riferimento, nel concludere per la contrarietà delle suddette clausole con l'art. 35, co. 1, cod. cons. è stato reso in un procedimento di indubbia peculiarità, vale a dire quello di accertamento amministrativo dell'abusività delle clausole nei contratti dei consumatori (*ex art. 37-bis* cod. cons., introdotto dall'art. 5 della l. 24 gennaio 2012, n. 1, c.d. decreto liberalizzazioni, nonché la relativa normativa regolamentare contenuta negli artt. 23 s. della Delibera AGCM del 1° aprile 2015, n. 25411), in riferimento al quale non si può condividere la singolare impostazione offerta di recente dalla giurisprudenza ordinaria la quale proprio con riguardo al caso di specie ha ritenuto che "la violazione dell'art. 35 comma I porta a due possibili conseguenze – che non sono quelle invocate di nullità [...] -, e cioè da una parte l'obbligo per l'intermediario, pro futuro, di redigere in modo più chiaro le clausole contrattuali, e dall'altra l'interpretazione della clausola nel senso più favorevole al consumatore, ai sensi del secondo comma dell'art. 35" (così C. App. Milano n. 459 del 1° febbraio 2019). È infatti un dato ampiamente acquisito in dottrina che le clausole abusive, tali perché importano un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti o perché non trasparenti, sono nulle, risultando quindi priva di fondamento normativo la tesi che alla mancanza di trasparenza, quindi di chiarezza e comprensibilità, fa conseguire differenti effetti. In tale contesto, seppure occorre riconoscere che il procedimento per la declaratoria di vessatorietà delle clausole contrattuali nel procedimento di tutela amministrativa dinnanzi all'AGCM non impedisce di per sé, in caso di accertamento positivo, l'utilizzo della clausola e quindi non ne implica l'invalidità, si deve in ogni caso ritenere che lo stesso costituisca una preliminare valutazione astratta che costituisce un imprescindibile riferimento per l'accertamento che in concreto è tenuto a compiere il



giudice circa l'abusività della specifica clausola inserita nel contratto, laddove – ai sensi dell'art. 34 cod. cons. – questi è tenuto a valutare l'abusività “tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro contratto legato o da cui dipende”.

Non sembra invece possibile convenire con la tesi della parte ricorrente laddove sostiene che le clausole in questione inducono a qualificare il contratto stipulato alla stregua di un prodotto finanziario, cui si connette la lamentata violazione della disciplina di settore ed in particolare dell'art. 39 Regolamento Consob del 29 ottobre 2007 n. 16190 e dell'art. 21, co. 1. lett. a) e b) del d.lgs. 58/1998. La tesi – che, peraltro, qualora meritevole di accoglimento comporterebbe l'incompetenza per materia di questo Arbitro – è in ogni caso priva di pregio, posto che in contrasto con essa si pone già solo la valutazione in concreto degli interessi che le parti hanno inteso soddisfare con il contratto in questione, vale a dire la causa concreta dello stesso, da intendere quale elemento imprescindibile che l'interprete è tenuto a considerare al fine di qualificare e interpretare il contratto. Ciò posto, alla luce di tale ultimo criterio metodologico, qualificatorio ed ermeneutico, il Collegio ritiene che la previsione di meccanismi di indicizzazione in valuta estera come quelli previsti nel contratto stipulato dalla parte ricorrente non consenta per ciò solo di ritenere il rapporto alla stregua di un prodotto finanziario o di un derivato implicito, laddove in ragione dell'interesse che l'operazione contrattuale è in concreto diretta a realizzare si deve ritenere che il contratto stipulato dalla parte ricorrente sia sempre e comunque connotato da una causa concreta di finanziamento, la quale costituisce la ragione pratica che ha indotto le parti a concludere il contratto.

Tutto quanto dinnanzi considerato, accertata incidentalmente la nullità delle clausole contrattuali di cui agli artt. 4, 7 e 7-bis, in parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dispone che l'intermediario resistente predisponga il conteggio dell'anticipata estinzione del finanziamento di cui si tratta senza praticare la duplice conversione prevista dalla clausola contrattuale dichiarata nulla, con la conseguenza che il capitale residuo che la parte ricorrente dovrà restituire sarà pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite (queste ultime calcolate secondo la previsione contrattuale di indicizzazione al Franco Svizzero).

Non può invece trovare accoglimento la domanda di condanna al pagamento di spese di assistenza professionale, considerato che: (i) le “*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*” che regolano il presente procedimento non contemplano alcuna espressa previsione al riguardo, considerata la natura alternativa del procedimento instaurabile – e di norma instaurato – senza il ministero di un difensore; (ii) le spese di assistenza professionale non hanno carattere di accessorietà rispetto alla domanda principale e, conseguentemente, non sono automaticamente rimborsabili nel caso di accoglimento della medesima (cfr. ABF – Coll. Coord. n. 4618 del 19 maggio 2016); (iii) al fine di un loro eventuale riconoscimento, occorre verificare la funzionalità dell'intervento del professionista coinvolto ai fini della decisione; (iv) infine, l'orientamento consolidato di quest'Arbitro in *subiecta materia* e la sua agevole conoscibilità non paiono rendere indispensabile l'assistenza di un professionista (cfr., pur con riguardo alla mera richiesta di rimborso di oneri pagati e non goduti in relazione a contratti di cessione del quinto dello stipendio, o rimborsabili mediante delegazione di pagamento, ABF – Coll. Roma. n. 11244 del 21 dicembre 2016).

PER QUESTI MOTIVI



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso 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
FLAVIO LAPERTOSA