

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) CARRIERO	Presidente
(NA) FEDERICO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) LIACE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) GENOVESE	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(NA) PALMIERI	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ANDREA GENOVESE

Seduta del 07/04/2021

FATTO

Con ricorso presentato in data 25.11.2020, i ricorrenti riferiscono:

- i)* di aver sottoscritto in data 14.11.2002 con l'istituto bancario, poi incorporato dall'intermediario convenuto, un contratto di mutuo assistito da garanzia ipotecaria per la durata ventennale finalizzato all'acquisto di un immobile;
- ii)* che il contratto di mutuo veniva concluso per l'importo di euro 185.000,00 ed indicizzato al franco svizzero con durata di venti anni;
- iii)* che al contratto era stato allegato un piano di ammortamento con riferimento ad un tasso di interesse stabilito nella misura dello 0,286668% mensile e quindi del 3,44% annuale, ma che, in realtà, si trattava solo di un tasso "di facciata", poiché il vero tasso d'interesse sarebbe stato costituito dal Libor sei mesi del franco svizzero maggiorato di uno spread di 1,60%;
- iv)* che il tasso reale nominale iniziale del mutuo era pari al 4,55750%, notevolmente più alto rispetto al tasso indicato nel contratto (3,44%);
- v)* che il tasso di cambio franco svizzero/euro veniva determinato convenzionalmente in franchi svizzeri 1,485 per Euro;
- vi)* che il contratto contiene una serie di clausole abusive a tutto danno del mutuatario, con particolare riferimento agli artt. 3, 4 e 9 dello stesso;
- vii)* di aver richiesto in data 05.08.2020 all'intermediario i conteggi per l'estinzione anticipata del contratto di mutuo, chiedendo, nello specifico, di non applicare la duplice conversione indicata dall'art. 9 del contratto.
- viii)* che, in seguito alla richiesta di estinzione anticipata del mutuo, in data 07.08.2020 la banca inviava il conteggio estintivo calcolando, oltre al capitale residuo, pari ad euro

27.688,77, anche ulteriori importi e più specificamente € 916,22 di indicizzazione valutaria, € 126,72 di indicizzazione finanziaria, € 10.528,37 per rivalutazione, € 1.1501,55 per rateizzazione conguaglio CHF, nonché € 5,16 per certificazione interessi ed € 0,77 invio e/c.

ix) che i detti importi risultavano notevolmente superiori a quelli indicati nel piano di ammortamento del mutuo, allegato al contratto.

x) di aver proposto reclamo avverso i prospetti di estinzione in data 27.10.2020, al quale la banca rispondeva con una comunicazione in cui veniva allegata una proposta di “opzioni commerciali”.

Alla luce di quanto esposto, i ricorrenti contestano la legittimità della clausola di cui all'art. 9 del contratto di mutuo, ritenendola penalizzante per il mutuatario, vessatoria, atipica e non meritevole di tutela in quanto contraria ai caratteri di correttezza, equità e trasparenza previsti dagli artt. 115 e 116 TUB nonché dagli art. 33 e ss. del Codice del Consumo.

Parte ricorrente, insoddisfatta dell'interlocuzione occorsa con l'intermediario nella fase prodromica del reclamo, si rivolgono a questo Collegio al quale chiedono la declaratoria di nullità della clausola di cui all'art. 9 del proprio contratto di mutuo e conseguentemente il ricalcolo dell'importo dovuto per l'anticipata estinzione del contratto di mutuo, nella misura pari alla differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote capitale già restituite, senza applicazione della duplice conversione indicata dall'art. 9 del contratto; chiedono inoltre il pagamento delle spese di assistenza difensiva.

Costituitosi, l'intermediario si oppone alle pretese dei ricorrenti, deducendo:

xi) che in data 14.11.2002 i ricorrenti avevano sottoscritto un contratto di mutuo indicizzato al Franco Svizzero, per l'importo capitale di € 185.000,00 e per la durata di anni venti;

xii) che con nota del 28.10.2020 parte ricorrente presentava formale reclamo nei confronti dell'intermediario contestando l'asserita opacità dell'art. 9 del contratto di mutuo nella esposizione delle clausole contrattuali determinative della indicizzazione e rivalutazione finanziaria;

xiii) di aver riscontrato tale reclamo confermando la piena liceità del meccanismo di rivalutazione propri del contratto di mutuo sottoscritto e fornendo ai ricorrenti gli opportuni chiarimenti sul suo concreto funzionamento;

xiv) che la particolarità del prodotto di mutuo sottoscritto dai ricorrenti consiste nel fatto che la banca si è procurata, al tasso di cambio in essere al tempo della stipula, l'equivalente in Franchi Svizzeri del capitale preso a prestito e che, pertanto, il cliente riceve una somma in Euro che, per effetto dell'indicizzazione, è l'equivalente di un determinato importo in Franchi svizzeri, convertito sulla base del tasso convenzionale di cambio fissato alla data della stipula del contratto (il cd. “cambio convenzionale o storico”). Ciò con la conseguenza che, in caso di estinzione anticipata, il capitale residuo deve necessariamente essere convertito in Euro al tasso di cambio CHF/EUR rilevato al momento dell'estinzione.

xv) che, infatti, nel conteggio estintivo emesso in data 07.08.2020 alla voce “rivalutazione” è stata evidenziata la differenza fra il valore del capitale da restituire secondo il piano di ammortamento originario e il valore in Euro dello stesso capitale al momento dell'estinzione, frutto del meccanismo di rivalutazione sopra descritto.

xvi) che il piano di ammortamento è stato elaborato sulla base di un capitale calcolato, in un primo momento, in Franchi Svizzeri e, successivamente, convertito in Euro sulla base di un tasso di interesse e un tasso cambio CHF / EUR determinato convenzionalmente;

xvi) che, per detto meccanismo, l'erogazione e il rimborso della somma mutuata sono regolati in Euro, nonostante la valuta di riferimento ai fini del calcolo delle rate sia il Franco Svizzero, con l'effetto che l'importo delle rate dipende dall'andamento del tasso di cambio tra Euro e Franco svizzero, secondo un meccanismo di conguaglio semestrale. Infatti,

semestralmente, il tasso di cambio convenzionale viene confrontato con il tasso LIBOR CHF rilevato a sei mesi, con conseguenti conguagli a debito o a credito.

xvii) che, invece, l'ammontare del capitale dovuto in occasione dell'estinzione anticipata ha come unica variabile il tasso di cambio CHF/EUR rilevato al momento in cui sopraggiunge la richiesta di estinzione, con la conseguenza che, qualora il tasso di cambio CHF/EUR vigente in quel momento sia sfavorevole rispetto al "tasso di cambio convenzionale" contrattualmente pattuito al momento della stipula, il capitale residuo da rimborsare in Euro sarà maggiore dell'equivalente in Euro previsto dal piano di ammortamento come avvenuto nel caso in esame. Analogamente e in modo del tutto speculare, qualora il tasso di cambio CHF/EUR vigente al momento dell'estinzione sia favorevole rispetto al "tasso di cambio convenzionale" pattuito al momento di erogazione del capitale, il capitale residuo da rimborsare in Euro sarà invece inferiore all'equivalente in Euro previsto dal piano di ammortamento.

xviii) che, laddove fosse ricorsa quest'ultima ipotesi nel caso in esame, i ricorrenti non avrebbero mai contestato il meccanismo di estinzione anticipatamente;

xix) che quanto contestato da parte ricorrente non è altro che la conseguenza, propria del contratto sottoscritto, che deriva dal momento storico in cui viene chiesta l'estinzione e dovuta a fattori vari, quale quello dei valori dei tassi correnti, che esulano dalla volontà delle parti, richiamando sul punto una recente decisione del Collegio ABF di Milano, secondo cui *"Il risultato sfavorevole per il cliente –che pare essere l'unico motivo di doglianza- è stato determinato unicamente dal fatto che, al momento dell'estinzione anticipata, il tasso di cambio di periodo (1,07340) rilevava un sensibile apprezzamento del Franco svizzero sull'Euro, rispetto al tasso storico (1,29150)"*.

xx) con riferimento all'asserita l'opacità informativa in ordine al meccanismo sopra descritto, che i ricorrenti erano ben consapevoli della natura del mutuo indicizzato a valuta estera, avendo potuto conoscere tale fatto non solo dalle illustrazioni che hanno preceduto la stipula del contratto, ma anche dalle stesse clausole contrattuali, molto chiare e precise nel descrivere tutte le caratteristiche del prodotto;

xxi) che i ricorrenti, a riprova del fatto di aver ben letto e compreso il prodotto in ogni sua caratteristica, hanno consapevolmente sottoscritto il contratto in ogni suo foglio dinnanzi ad un notaio;

xxii) che la documentazione trasmessa ai ricorrenti durante lo svolgimento del rapporto, quali le comunicazioni riepilogative, chiariscono le principali caratteristiche del mutuo, con particolare riferimento al meccanismo di rivalutazione applicato in caso di estinzione anticipata;

xxiii) che lo stesso Collegio di Milano, con specifico riferimento ad un mutuo CHF erogato sempre dal medesimo intermediario, ha già statuito che *"il metodo di calcolo utilizzato dall'intermediario nel conteggio estintivo (indicato nelle comunicazioni periodiche) può senz'altro considerarsi impiegabile nel silenzio del contratto, in quanto congruo con il meccanismo di calcolo individuato per la determinazione della rata, nonché con meccanismi di funzionamento tipici dei contratti di mutuo indicizzati, che prevedono che il capitale non ancora rimborsato alla data dell'estinzione, venga determinato in funzione della rivalutazione del tasso di cambio CHF/EUR rilevato per valuta il giorno lavorativo precedente alla data fissata per la estinzione (al netto del saldo esistente sul conto deposito)"* (Decisione n. 14649 del 21.08.2020);

xxiv) che, nonostante l'omessa esplicitazione del detto meccanismo nel documento contrattuale, il Collegio di Milano ha comunque ritenuto legittimo il suo impiego in quanto analogo al meccanismo di calcolo della rata, nonché tipico dei contratti indicizzati e che, a maggior ragione, tale meccanismo deve ritenersi legittimo nel caso in esame poiché descritto e previsto contrattualmente.

Parte resistente, pertanto, chiede il rigetto del ricorso poiché infondato.

In sede di repliche, parte ricorrente si oppone alle osservazioni di controparte, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

DIRITTO

La controversia sottoposta al Collegio ha ad oggetto la contestazione delle modalità di calcolo contrattualmente previste per il conteggio di anticipata estinzione di un mutuo indicizzato in Franchi Svizzeri. In particolare, sulla scorta del vizio di opacità rilevato nel contratto in questione, il cliente chiede accertarsi la nullità della clausola che prevede il meccanismo della doppia conversione, mentre la resistente si oppone e chiede il rigetto del ricorso.

Letti gli atti e visti i documenti, in via pregiudiziale e con riferimento alla competenza temporale dell'Arbitro, si rileva che le contestazioni dei ricorrenti riguardano sostanzialmente le disposizioni contrattuali relative alle modalità di calcolo del conteggio per l'estinzione anticipata. Posto che il contratto, oggetto di controversia, è stato stipulato prima del gennaio 2009 e che l'intermediario – su richiesta del cliente – abbia emesso un conteggio informativo per l'estinzione nell'agosto 2020, si osserva che l'orientamento consolidato dell'Arbitro è nel senso di affermare la propria competenza – anche in presenza della sola richiesta di estinzione/surroga del mutuo, in ragione di un'interpretazione della materia del contendere come vertente su una condotta tenuta dall'intermediario in pendenza del rapporto di mutuo, e non, invece, sull'interpretazione *ab origine* di una clausola negoziale dello stesso.

Nel merito, si rileva che l'estinzione anticipata trova la propria disciplina nell'art. 9 del contratto di mutuo, mentre l'art. 8 regola la *“conversione del tasso riferito al Franco in uno riferito all'Euro”* su opzione della parte mutuataria, con la precisazione al comma 5 che l'operazione descritta viene eseguita *“dopo avere decurtato il saldo eventualmente esistente sul rapporto di deposito fruttifero”* collegato al mutuo.

In tal modo, il cliente dovrebbe subire la doppia alea della duplice conversione del capitale residuo, prima in Franchi Svizzeri al tasso convenzionale e poi in Euro al tasso corrente. La giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato (*ex multis*, Cass. sentenza 08.08.2011, 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.

Alla luce di quanto già chiarito dal Collegio di Coordinamento con la decisione n. 5866/2015, 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 del 30.04.2014, n. 26, 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 contro il predetto orientamento della Corte di Cassazione.

Infatti, la 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, di fatto, non espone le operazioni aritmetiche che debbano essere eseguite al fine di realizzare tale duplice conversione da una valuta all'altra (e viceversa).

Considerato quanto già statuito dalla Corte di giustizia con la sentenza citata, la violazione del principio di trasparenza di cui all'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE fa sì che questa clausola vada qualificata come abusiva ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della direttiva, laddove determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. Com'è noto, l'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE è stato attuato nell'ordinamento giuridico italiano mediante l'art. 33, 1° comma, Cod. Cons.

La clausola contrattuale di cui si tratta è pertanto suscettibile di essere dichiarata *ex officio* nulla, ai sensi dell'art. 36 Cod. Cons. (corrispondente all'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CE). Allo stesso modo, secondo il menzionato orientamento della Corte Suprema la violazione della fondamentale regola della trasparenza comporta la nullità della clausola. Tra l'altro, si osserva che l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato con il Provvedimento n. 27214, pubblicato sul Bollettino n. 26 del 9 luglio 2018, esaminato il medesimo contratto di mutuo dell'intermediario convenuto, ha già rilevato la vessatorietà degli art. 8 e 9 del contratto, ritenendoli contrari all'art. 35, comma 1 del Codice del Consumo.

Alla luce del quadro normativo e degli orientamenti giurisprudenziali richiamati e considerato l'orientamento già condiviso da questo Collegio (cfr. Collegio di Napoli decisione n. 22916/2020) si precisa, infine, che la nullità rilevata, atteggiandosi come nullità necessariamente parziale, non travolge l'intero contratto, ma impone l'applicazione *"della norma di diritto dispositivo alla quale il predisponente aveva inteso derogare a proprio vantaggio"* (Coll. Coord. n. 5866/15), con la conseguenza che l'intermediario dovrà calcolare il capitale residuo da restituire in sede di estinzione anticipata come differenza tra la somma mutuata e l'ammontare complessivo delle quote già restituite senza praticare la duplice conversione indicata dall'art. 9, come confermato di recente dalla giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 16 novembre 2015).

In merito alla richiesta della ricorrente del rimborso delle spese legali, è orientamento di questo Collegio (cfr. Collegio di Napoli decisioni n. 22916/2020 e 3498/2012) che, laddove sia dimostrato che la parte ricorrente si sia avvalsa, nell'intero snodo procedimentale che va dal reclamo al ricorso, dell'ausilio di un difensore sopportandone il relativo costo, quest'ultimo possa e debba prendersi in considerazione, in caso di accoglimento del ricorso che si concluda con l'accertamento di un diritto risarcitorio, non già quale autonoma voce di rimborso non prevista dal regolamento ABF, bensì quale componente del più ampio pregiudizio patito dalla parte ricorrente, che questo Collegio liquida equitativamente in euro 200,00.

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso, il Collegio, accertata la nullità della clausola contrattuale, dichiara l'intermediario tenuto alla determinazione degli interessi nei sensi di cui in motivazione.

Il Collegio dispone altresì il ristoro delle spese di assistenza legale nella misura equitativamente determinata in € 200,00.

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



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 11097 del 29 aprile 2021

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO