

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) GAMBARO	Presidente
(MI) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) CONTINO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SANTARELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GIRINO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore GIRINO

Nella seduta del 02/05/2013 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione della Segreteria tecnica

FATTO

L'odierna lite verte in merito ad asseritamente errati conteggi effettuati dall'intermediario resistente per la determinazione del valore periodico del canone di locazione, soggetto ad indicizzazione di tasso e ad ancoraggio valutario.

In data 8 luglio 2008 la società ricorrente sottoscriveva con il resistente un contratto di locazione finanziaria per l'acquisto di un bene strumentale, i cui canoni erano indicizzati al Libor JPY 3 mesi preso a base 0,90% con cambio di riferimento euro/JPY 154,13 e tasso di leasing del 3,227%, con correlato ancoraggio del valore all'andamento del cambio euro/yen.

Il 18 ottobre 2012, la ricorrente, tramite legale, lamentava alcune anomalie dell'accordo contrattuale emerse a seguito di indagine contabile e riferibili in particolare sia al "notevole" scostamento tra quanto addebitato a titolo di indicizzazione e/o di rischio cambio, e quanto effettivamente dovuto, sia al superamento della soglia di usura. Siffatto maggior addebito/minor accredito veniva quantificato in € 14.860,33 oltre IVA di cui la ricorrente domandava pronto ristoro.

Nella replica del 16 novembre successivo, il resistente precisava che era stata la manifesta volontà della ricorrente a propendere per l'indicizzazione dei canoni in funzione



dell'andamento del Libor JPY 3 mesi oltre che per la variabilità dei corrispettivi parametrati all'andamento dello Yen giapponese, accollandosi così la ricorrente/utilizzatrice i rischi di cambio e tasso. Tuttavia, con precipuo riferimento all'andamento della divisa straniera quale indice di calcolo dei corrispettivi, il piano di ammortamento del contratto era stato sviluppato sulla base di un tasso e di un cambio di riferimento, la cui formula di calcolo, riportata nell'allegato sottoscritto dalle parti, era stata erroneamente trascritta. Tale mero errore materiale consisteva nell'aver riportato nel contratto la formula che si applicava prima dell'avvento dell'euro, in vigore, dunque, della lira. Peraltro, né la formula originaria né quella emendata (a fattori invertiti) costituivano errore sostanziale in quanto coerenti la prima con le quotazioni dei cambi espresse in lire, la seconda con quelle espresse in euro. A dimostrazione di tale assunto, il resistente sosteneva di essere giunto alla medesima risultante da ambedue le formule con riguardo al canone in scadenza il 26 maggio 2012. Pertanto respingeva fermamente le richieste restitutorie della ricorrente vuoi a titolo di errata indicizzazione, vuoi per l'asserito superamento del tasso di usura, fattispecie che, in virtù della vigente normativa in tema di usura sopravvenuta, non si era in alcun modo verificata.

In data 27 novembre 2012 la ricorrente presentava ricorso in cui, con dovizia di particolari matematico-finanziari come più approfonditamente trattati nella pedissequa motivazione in diritto, ribadiva l'erroneità dei calcoli effettuati dal resistente sulla base della formula originaria contenuta nel contratto, sia riguardo all'indicizzazione alla variazione del Libor JPY, sia riguardo al rischio cambio. Secondo i conteggi della ricorrente e del consulente all'uopo incaricato, la corretta applicazione della formula avrebbe generato importi a debito della società minori di quelli effettivamente addebitati dall'intermediario con conseguente insorgenza di un corrispondente credito restitutorio. Inoltre, considerando la sola remunerazione del contratto risultante dalla somma del canone, dell'indicizzazione e del rischio cambio, ed escludendo tutte le altre voci che componevano il TAEG in quanto non disponibili, il tasso applicato dal resistente aveva superato abbondantemente quello usurario. La ricorrente chiedeva quindi al Collegio, innanzitutto, l'applicazione per il calcolo del rischio cambio della formula originaria rigettando l'interpretazione dell'intermediario resistente, ed il conseguente rimborso di € 4.984,48 a tale titolo, oltre alla restituzione di € 9.875,85 indebitamente trattenuti dal resistente quali interessi usurari.

Il 14 gennaio 2013 il resistente depositava le controdeduzioni in cui preliminarmente sollevava un'eccezione di irricevibilità del ricorso per indeterminatezza del *petitum* e per il fatto che la domanda si sarebbe tradotta nella richiesta di un accertamento contabile, dunque di un'attività preclusa al Collegio. Nel merito, ribadiva come la formula dell'indicizzazione dei canoni riportata nell'allegato 1 al contratto di finanziamento riguardasse una divisa non più esistente (la lira) e fosse stata inserita nell'accordo per mero errore materiale. Osservava inoltre come la società ricorrente avesse deliberatamente scelto, da un lato, di indicizzare i canoni al più volte citato Libor 3 mesi JPY in quanto più conveniente, dall'altro di pagare i conguagli in euro, accollandosi in tal modo integralmente il rischio di cambio. Conseguentemente, il resistente aveva sottoscritto un accordo di finanziamento in yen giapponesi con altro intermediario. In vigore del contratto di leasing, la valuta giapponese si era sensibilmente apprezzata sull'euro a discapito della ricorrente ed a suo cosciente rischio, non potendo la medesima pretendere di indebitarsi a tassi pressoché nulli, quali il Libor JPY e riversare sull'intermediario il rischio di cambio. Quanto all'asserito superamento del tasso di usura, il resistente sottolineava come, all'epoca della stipula del contratto, il tasso di leasing espressamente indicato fosse pari a 3,227%, ben al di sotto del tasso usurario del 10,63% di pari data. Quanto supposto dalla ricorrente nulla aveva a che vedere con il meccanismo



di indicizzazione, il quale era invece frutto dell'automatica applicazione di parametri già individuati in contratto e, quindi, predeterminati. Il resistente domandava dunque al Collegio, il rigetto del ricorso sulla base della citata preliminare eccezione di irricevibilità e, nel merito, per le ragioni anzidette. Concludeva il resistente osservando come, anche qualora la ricorrente non avesse compreso la variazione del sistema di calcolo dei rapporti di cambio, sarebbe risultata evidente l'oscillazione del cambio euro/yen in sfavore della ricorrente cosicché, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, il rischio di cambio sarebbe ricaduto sul resistente in aperta contraddizione con quanto sottoscritto dalle parti.

DIRITTO

L'odierno litigio investe, essenzialmente, un ripetuto errore di conteggio che la società ricorrente ritiene che l'intermediario resistente abbia compiuto in occasione del calcolo periodico del canone di un contratto di locazione finanziaria (ad oggi esaurito) avente ad oggetto un bene strumentale.

Siffatto contratto prevedeva, infatti, un complesso meccanismo di indicizzazione del canone rapportato al Libor Yen a 3 mesi e ancorato al cambio euro/yen. Le domande della ricorrente si articolano, per un verso, nella richiesta di restituzione dell'importo di euro 4.984,48, a suo dire frutto dell'erronea applicazione di una formula di calcolo diversa da quella contemplata nel contratto e, per altro verso, nella richiesta di restituzione dell'importo di euro 9.875,85 in quanto importo eccedente la soglia di usura di cui, sempre in tesi della ricorrente, l'applicazione del complesso meccanismo di indicizzazione e ancoraggio avrebbe comportato lo sfioramento.

Il resistente ha *in primis* eccepito l'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza e genericità del *petitum* e per il fatto che il medesimo implicherebbe un accertamento di tipo contabile e l'assolvimento di un sostanziale ruolo consulenziale alieno alle competenze di questo Arbitro.

L'eccezione non persuade sotto entrambi i profili. Non persuade il riferimento alla genericità del ricorso, posto che le domande della ricorrente sono inequivoche nella loro tensione alla restituzione dei precisi importi sopra menzionati. Ma neppure persuade l'argomentazione relativa alla funzione consulenziale cui il Collegio sarebbe chiamato: è indubbio che la ricorrente non ha affatto richiesto a questo Arbitro una valutazione dei suoi conteggi, adottati a supporto delle domande, quindi semmai si verterà in tema di sufficienza o meno della prova e non già in sé dell'inammissibilità del ricorso per asserita pretesa di assolvimento, da parte del Collegio, di un ruolo consulenziale non richiestogli dalla ricorrente.

Il ricorso deve pertanto dichiararsi certamente procedibile.

Preliminare ad ogni apprezzamento nel merito è la ricostruzione della natura effettiva del contratto di leasing in parola nella sua peculiare conformazione. Come entrambe le parti convengono e come risulta pacificamente dalle condizioni particolari (all. 1 controd.), il contratto prevedeva che il tasso di interesse venisse periodicamente aggiornato in funzione dell'andamento del Libor Yen 3M e che, in parallelo, il canone venisse altresì ancorato alle variazioni del cambio euro/yen con conseguente addossamento al cliente del correlato rischio di cambio. Tanto avrebbe assicurato al cliente, al momento della stipula, il beneficio di un tasso di interesse ridotto rispetto a quello ordinario, dato l'allora rapporto di debolezza relativa dello yen rispetto all'euro.



In realtà, la strutturazione del contratto è tale da rivelare come il meccanismo suddetto non fosse affatto esclusivamente mirato alla determinazione di un tasso di interesse favorevole al cliente e non implicasse una mera indicizzazione del tasso stesso, includendo altresì, grazie al meccanismo di ancoraggio al cambio euro/yen, una evidente componente derivativa all'interno dello stesso accordo, verosimilmente riconducibile al modello di una *quantity-adjusting option* (o in breve, nel gergo dei mercati, *quanto option*). Si tratta di un'opzione il cui regolamento ha luogo in una valuta diversa da quella in cui è denominata l'attività fondamentale e gli operatori di norma se ne avvalgono quando nutrano timori circa la stabilità della valuta di denominazione. La *quanto option* è un derivato altamente speculativo per la parte concedente, il cui rischio è direttamente correlato alla probabilità di oscillazione del cambio, e di norma il suo rilascio è compensato attraverso un premio particolarmente elevato. Nello specifico, l'addossamento del rischio di cambio alla ricorrente comportava, nella sostanza, la vendita da parte della medesima alla banca di una *quanto option* sul cambio euro/yen. Di fatto, insomma, il contratto di leasing per l'acquisto di un bene strumentale andava ad incorporare uno strumento derivato valutario il cui oggetto (produzione di differenziali sui corsi delle valute assunte a fondamentale) avrebbe potuto condurre anche a sensibili dilatazioni (*quantity adjusting* per l'appunto) del valore dei canoni periodici.

Esula vuoi dall'oggetto del ricorso vuoi dalla competenza per materia di questo Arbitro esprimersi circa l'adeguatezza dello strumento finanziario, il corretto pricing dell'opzione e la sua coerenza alle specifiche esigenze della cliente odierna ricorrente né rileva, ai fini odierni, chiarire se il prodotto sia stato spontaneamente prescelto dal cliente (come sostiene parte resistente a pag. 9 controded.) ovvero se sia stata la banca a costruire il prodotto e a proporlo alla ricorrente (profilo peraltro non dedotto da quest'ultima).

La corretta qualificazione (o meglio: la corretta scomposizione dei segmenti costitutivi) del prodotto complesso in parola è invece essenziale al fine di escludere l'accoglimento della seconda domanda formulata dalla ricorrente e tesa, si è detto, ad ottenere la restituzione delle quote di canone eccedenti le soglie usurarie. Tale domanda non può essere accolta, non solo e non tanto in ragione del fatto che la natura usuraria del saggio di interesse deve apprezzarsi in relazione al momento della pattuizione ma, anche e piuttosto, perché la levitazione del canone dovuta agli esiti del derivato contestualmente stipulato esclude che il differenziale (futuro e incerto ancorché poi rivelatosi) negativo maturato sulla componente derivativa possa assurgere ad elemento di integrazione del tasso applicato al finanziamento (almeno in linea di principio e fatto salvo un approfondimento tecnico circa l'eventuale riconfigurazione del prodotto derivato alla stregua di prodotto di mero finanziamento, nel momento in cui si dimostrasse che la sua strutturazione fosse tale, *ex ante*, da deprivare di alea lo strumento sin dalla sua stipulazione: indagine questa che esula dai compiti e dai poteri di questo Arbitro). Si tratta insomma di una componente di rischio aggiuntiva ed esogena alla formazione del tasso di interesse in quanto promanante dal risultato di un'operazione derivativa su cambi scindibile dal contratto di base, ancorché ancillare a quest'ultimo e in esso incorporata sul piano formale.

La seconda domanda del ricorrente non può dunque trovare accoglimento.

Diversa la valutazione da svolgersi sulla prima domanda, mirata alla semplice corretta applicazione della formula di calcolo del differenziale derivativo ("variazione per ancoraggio alla divisa" nel linguaggio negoziale impiegato dalle parti: cfr. pag. 4 dell'all. 1 controded.).

E' incontrovertibile che tale formula per il calcolo della variazione fosse espressa, nelle condizioni particolari del contratto, secondo la seguente declinazione:

$$(Imp + CI) \times (Va - Vs)$$



Vs

dove la prima parentesi al numeratore (Imp + CI) indica la base di calcolo, ossia l'importo dovuto (Imp) maggiorato del conguaglio per indicizzazione del tasso (CI), mentre le abbreviazioni Va e Vs stanno rispettivamente per valore attuale e valore storico, il primo riferibile al cambio che la divisa di riferimento assume di tempo in tempo nel corso della vigenza del (della componente derivativa del) contratto, il secondo coincidendo con il cambio della stessa divisa alla data della stipulazione.

Ad avviso della resistente, invece la formula indicata nel contratto sarebbe il frutto di, a suo dire, palese errore materiale, dovendosi la predetta formula in realtà così declinarsi:

$$(Imp + CI) \times (Vs - Va)$$

Va

con evidente inversione dei fattori, più precisamente con l'apposizione, al denominatore, del valore attuale in luogo del valore storico.

In effetti, la resistente, con lucida dimostrazione matematica, ha chiarito alla pag. 2 della risposta al reclamo formulata il 16.11.2012, come l'applicazione della formula in questione, nella versione asseritamente corretta, alla rata 45 del contratto avrebbe giustappunto condotto al risultato addebitato al cliente. Atteso infatti che, alla data di riferimento per il calcolo della rata in questione, il cambio euro/yen quotava a 97,66 a fronte di un cambio storico, indicato in contratto in 154,13, l'applicazione della formula indicata dalla resistente avrebbe condotto al seguente risultato

$$\frac{(Imp + CI = 1413,73) \times (Vs = 154,13 - Va = 97,66)}{Va = 97,66} = 817,46$$

Va = 97,66

Applicando gli stessi valori sulla formula invece effettivamente contenuta nel contratto per cui è lite si perviene a

$$\frac{(Imp + CI = 1413,73) \times (Va = 97,66 - Vs = 154,13)}{Vs = 154,13} = 517,96$$

Vs = 154,13

ossia esattamente gli stessi valori indicati nel rigo riferito alla rata 45 delle tabelle prodotte dalla ricorrente (con la precisazione peraltro che la componente effettiva addebitata viene epurata della quota afferente all'indicizzazione: nella specie 11,94 il che conduce al valore di 817,46 – 11,94 = 805,52: cfr. tabella e rigo citt.).

Ora, la giustificazione addotta dalla resistente circa l'asserito errore materiale che avrebbe portato la ricorrente stessa ad indicare una formula sbagliata nel contratto in parola non persuade questo Collegio. Per plurime ragioni.

In primo luogo, la resistente afferma (pag. 13 controded.) che la formula asseritamente inserita per errore nel documento contrattuale corrisponderebbe a quella in uso nel momento in cui era in vigore la lira, mentre la formula da adottarsi a seguito dell'entrata in vigore dell'euro sarebbe quella a fattori invertiti. Una simile giustificazione potrebbe, in



astratto, prendersi in considerazione (comunque con molta cautela tenuto conto dell'elevata statura professionale dell'intermediario coinvolto) là dove il contratto fosse stato stipulato a ridosso del passaggio fra l'una e l'altra moneta avvenuto formalmente, come noto, dal 1 gennaio 2002: si sarebbe potuto in astratto ritenere che nel periodo di transizione l'errore di impiego di una vecchia formula potesse anche suonare come comprensibile. Non altrettanto invece può supporre, neppure in via meramente astratta, se si considera che il contratto per cui è lite è stato stipulato l'8 luglio 2008, ossia in un'epoca in cui l'euro era una realtà consolidata e gli intermediari erano già ampiamente "attrezzati" di conseguenza con nuove formule da tempo collaudate.

Tuttavia, quel che non convince nella giustificazione addotta dalla resistente è la motivazione di siffatto asserito errore materiale. Scrive infatti la resistente, alla cit. p. 13 controded., che la formula indicata nel contratto "*è compatibile con l'espressione del cambio che si utilizzava quando c'era la lira, in altre parole indicava quante Lire occorre per poter comprare uno yen*", per poi aggiungere che "*dall'entrata in vigore dell'Euro, i rapporti di cambio sono calcolati secondo il rapporto Euro/Yen (in altre parole indicano quanti euro occorrono per poter comprare uno yen)*". Per la verità le due proposizioni sembrano affermare lo stesso concetto, ossia la costruzione della formula sulla base di un cambio c.d. incerto per certo, che appunto stima quale sia la quantità (incerta) di valuta occorrente per l'acquisto di una quantità (certa), di una diversa valuta, il che dunque esclude, per stessa ammissione della resistente, che la formula dovesse concepirsi in un modo piuttosto che nell'altro a seguito del passaggio dalla lira all'euro.

Per vero, la strutturazione della formula non si deve affatto all'impiego dell'una piuttosto che dell'altra divisa bensì all'intento di costruire un prodotto più o meno aggressivo sul piano della sua portata speculativa. E' evidente infatti che porre al numeratore della formula il valore storico, ossia una cifra fissa nel tempo, invece che il valore attuale, per definizione variabile nel tempo, conferisce al contratto, nel primo caso, una stabilità maggiore di quella conferitagli nel secondo: nel senso che nel primo caso, un valore fisso al denominatore tenderà ad attenuare le conseguenze per il venditore dell'opzione nel caso in cui il differenziale fra valore storico e valore attuale sia positivo, mentre nel secondo caso, a parità di condizioni, tenderà ad esasperare il risultato. Non è dunque che la formula vari in funzione della valuta adottata, bensì essa varia in funzione del tipo di prodotto che si intende fabbricare.

In secondo luogo, non è chi non veda come la formula, tanto nell'una quanto nell'altra versione, come dianzi dimostrato, produca comunque un esborso a carico della ricorrente, sicché perde di rilievo l'ulteriore argomentazione della resistente per cui la formula indicata nel contratto addosserebbe il rischio di cambio alla banca invece che al cliente. Basta esaminare la tabella che confronta i due metodi di calcolo per appurare come in ogni caso la ricorrente sarebbe stata tenuta ad un esborso in caso di rafforzamento dello yen, minore con la formula asseritamente errata, maggiore con quella asseritamente corretta. Dunque non può invocarsi un presunto errore materiale posto che ciò che viene definito errore in realtà è una diversa formula di calcolo concepita per una diversa versione della stessa tipologia di prodotto.

In terzo luogo, il presunto errore materiale si tradurrebbe in un errore di calcolo, il quale, a norma dell'art. 1430 c.c., per assumere rilevanza ai fini della rettifica del contratto deve risultare di palese evidenza, essere cioè rilevabile *ictu oculi*. Per quanto precede tale rilevabilità non era affatto possibile vuoi perché la formula non è di immediata comprensione, vuoi perché le fatture di addebito si limitavano ad esporre le due quotazioni dello yen senza rappresentare il calcolo effettuato e dunque non rendevano immediatamente percepibile l'inversione dei fattori. Né siffatta rilevabilità immediata potrebbe desumersi, come afferma la resistente, dal fatto che il cliente avrebbe



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

giustappunto rilevato l'errore come dimostrato dalla presentazione del reclamo e quindi del ricorso, pacifico essendo che tale rilevamento si è reso possibile solo a seguito di un intervento peritale che ha proceduto all'intero ricalcolo.

Nondimeno, la tesi dell'errore materiale non convince per la buona ragione che il calcolo errato presuppone che, rispetto ad una data pattuizione, sia stato effettuato un diverso conteggio, mentre l'eccezione della resistente sostiene l'opposto, sostiene cioè che il calcolo sarebbe stato effettuato correttamente, mentre l'errore avrebbe investito la formulazione della pattuizione. Nel qual caso si ricadrebbe nella nozione di errore *tout court*, un cui essenziale requisito è (peraltro ai fini di una, non formulata, domanda di annullamento del negozio) la riconoscibilità dell'errore che, per le stesse ragioni in fatto poc'anzi menzionate, deve comunque escludersi.

Né ha maggior pregio obiettare, come la ricorrente obietta, che la formula così ristrutturata non sarebbe sufficiente a ristorare il danno valutario che la banca avrebbe subito in ragione del rafforzamento dello yen rispetto al valore storico, al quale la provvista era stata procurata. Prescindendo dalla circostanza che la resistente non ha dato prova alcuna di aver effettuato tale provvista, neppure è stata allegata in atti una convincente rappresentazione dei conteggi che avrebbero espresso l'asserito risultato deficitario, a fronte - ripetersi - di un contratto che, se correttamente adempiuto, avrebbe esposto la ricorrente (come di fatto l'ha esposta) a minori, ma comunque significativi, esborsi verso la resistente nel periodo considerato.

In conclusione, il calcolo operato dalla resistente, ponendosi in dichiarato e palese contrasto con il contenuto dell'accordo, ha prodotto un indebito oggettivo con conseguente obbligo della resistente di restituire alla ricorrente gli eccessi indebitamente percetti, così equitativamente determinati.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla ricorrente la somma di € 4.984,48.

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

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO