

NOTE

Il mutuo in euro con doppia conversione in franco svizzero. Una storia (forse) esemplare

Aldo Angelo Dolmetta

già Consigliere della Corte di Cassazione

Luca Serafino Lentini

dottorando di ricerca in diritto commerciale

Università Cattolica del Sacro Cuore

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri, Filippo Sartori,
Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella,
Dott. Luca Lentini

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Dott. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo,
Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Dott. Giovanni Maria Berti De
Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro,
Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio
Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini, Dott. Ernesto Bagarotto

Criteri di Revisione

I contributi inviati per la pubblicazione sui Dialoghi di Diritto dell'Economia – editoriali, articoli, note – sono sottoposti a una procedura di valutazione scientifica.

Dopo un primo vaglio della Direzione scientifica, ogni contributo è sottoposto ad uno o più revisori sulla base delle indicazioni dei Direttori d'Area.

La revisione viene effettuata con il sistema dell'anonimato: il Revisore non conosce l'identità dell'Autore, né l'Autore quella del Revisore.

Nel caso di giudizio positivo subordinato a modifiche o integrazioni suggerite dal Revisore, l'autore provvederà ad effettuare le correzioni entro quindici giorni.

L'accettazione dello scritto ai fini della pubblicazione sulla Rivista vincola l'Autore a non pubblicare altrove il contributo senza il consenso scritto dell'Editore.

Sede della Redazione

Università degli Studi di Trento – Facoltà di Giurisprudenza

Via Verdi, n. 53, 38122 TRENTO

Sommario: I. Il fatto nel mercato. – 1. La sua attualità. – II. Le letture del diritto vivente. – 2. L'evoluzione delle decisioni dell'ABF. – 2.1. Premessa. – 2.2. Fase iniziale. – 2.3. Fase intermedia. – 2.4. Fase finale. – 3. La giurisprudenza di merito. – 4. L'intervento dell'AGCM. – 5. Qualche osservazione di sintesi. – III. I problemi. – 6. In margine all'errore di compilazione (e di traduzione) nei contratti predisposti. – 7. Formazione del contratto e *interpretatio contra stipulatorem*. – 8. Meccanismo di cambio «convenzionale» e aleatorietà del contratto. 8.1 Generalità. – 8.2. La speculazione asimmetrica. – 9. Mutuo con doppia conversione e causa concreta.

I. Il fatto nel mercato. – 1. La sua attualità

Nei primi anni duemila, una nota banca europea commercializza nel mercato italiano un'operazione di mutuo in euro indicizzato al tasso Libor, con doppia conversione in franco svizzero: fissato in euro il capitale, lo stesso viene rapportato al franco svizzero; la somma così ricavata è poi ritradotta nella valuta europea, secondo i termini predeterminati dalla clausola di c.d. «cambio convenzionale»; non diversamente avviene per gli interessi. I movimenti di denaro sono tutti in euro, cioè; la moneta svizzera funge da parametro di commisurazione delle relative prestazioni, secondo le modalità indicate da questa clausola.

L'operazione, tendenzialmente destinata al comparto del mercato rappresentato dai mutui casa, è presentata come assai conveniente per i clienti in ragione della stabilità del danaro elvetico. Alla conta dei fatti il prodotto manifesta invece una prospettiva diversa e di tratto per così dire «rovesciato», il successivo apprezzamento del franco rispetto all'euro determinando fortissimi incrementi nei costi di rimborso del finanziamento, con picchi fino al 30% del capitale residuo.

Senonché una clausola, contenuta nel regolamento contrattuale predisposto dall'impresa mutuante, consente – sembra consentire – un *exit* anticipato dagli obblighi restitutori e corrispettivi particolarmente favorevole per i clienti; di sapore e spessore quasi riequilibratori, verrebbe da dire.

Nei fatti, si tratta di un errore di traduzione, la versione italiana tradendo appunto l'originale inglese. Da questa circostanza, comunque, viene a promanare un sostanzioso contenzioso: che incontra il suo sbocco – non esclusivo, ma certamente – più fitto nel contesto dell'Arbitro bancario finanziario.

Nel corso del 2010, per la verità, l'impresa mutuante ha cessato di proporre al mercato il prodotto in

questione. Secondo quanto pare, poi, l'operatività ancor oggi in essere raccoglie numeri sostanzialmente modesti; la stessa, del resto, va naturalmente in esaurimento. E non diverso, si potrebbe ragionevolmente anche prevedere, dovrebbe accadere per il relativo strascico di contenzioso.

Un'esperienza tutto sommato conclusa, dunque. E tuttavia non per questo da mettere senz'altro nel dimenticatoio, a noi pare. Ma, al contrario, da raccontare e ricordare.

Perché se certo non mancano nell'attuale del mercato, prassi d'impresa connotate dall'utilizzo di meccanismi di doppia conversione di sostanza analoga (cfr., alla rinfusa, leasing e finanziamenti altri, conti correnti ...), la storia del mutuo in euro con doppia conversione in franco svizzero propone una traiettoria in sé stessa davvero peculiare: forse esemplare, anzi. Né manca di porre – di mettere in particolare risalto, meglio – problematiche proprie di questo tipo di operatività (con doppia conversione di valute, appunto).

Il raggio aperto dal compasso di questa operazione si presenta, pertanto, assai ampio. Nel prosieguo dell'esposizione, si cercherà, dapprima, di dare conto dei termini espressi in materia dal diritto vivente, con segnato (ma sempre non esclusivo) riferimento all'evoluzione che ha caratterizzato le decisioni dell'ABF (cfr. n. 2 ss.). Di poi, si dedicherà qualche partita osservazione nei confronti di talune delle principali problematiche che l'operatività in discorso viene nel concreto a innescare (cfr. n. 6 ss.).

II. Le letture del diritto vivente. – 2. L'evoluzione delle decisioni dell'ABF – 2.1. Premessa

Una clausola contrattuale, si accennava, parrebbe offrire al cliente una via per liberarsi del sopravvenuto peso economico dell'operazione. Nella traduzione italiana del testo, che l'impresa mutuante ha provveduto ad approntare, la regola n. 7 prevede che, nel caso di estinzione anticipata, i conteggi del dovuto siano riferiti al «capitale restituito» e non già al «capitale residuo», come invece previsto nell'originale.

Nei casi in cui il «capitale restituito» risulta nel concreto meno elevato di quello ancora «residuo» – che sono casi frequenti, posto pure che la restituzione del mutuo in discorso si dipana secondo le regole dell'ammortamento alla francese – l'exit dal contratto si manifesta allora favorevole al mutuatario. Alle conseguenti richieste, peraltro, la banca oppone una strenua difesa, e ostinata, che (senza ammettere l'errore di traduzione, pur oggettivo) assume che, in sé, il significato della clausola è inequivocabile.

All'avvio delle contestazioni dei clienti – che coincide con l'inizio dell'attività dell'ABF –, l'intermediario decide di ritirare il prodotto dal mercato. Presumibilmente, si tratta di semplici coincidenze. Secondo

quanto più volte dichiarato da quest'ultimo, perlomeno, la scelta dismissiva è dovuta al mutamento dello scenario di mercato, «che ha messo in dubbio *pro futuro* la convenienza economica per la clientela». L'operazione, cioè, è diventata proprio improponibile al mercato.

[OMISSIS...]

III. I problemi. – 6. In margine all'errore di compilazione (e di traduzione) nei contratti predisposti

Un primo aspetto, che viene sollecitato dalla fattispecie tipo del mutuo con doppia conversione in franco svizzero e che possiede una (più) ampia dimensione (inerendo al tema delle clausole contrattuali predisposte da uno dei contraenti), muove dal più volte rilevato errore di conformazione della clausola n. 7 in tema di estinzione anticipata («capitale restituito» o «capitale residuo»?). Il diritto vivente del mutuo in discorso – si è visto sopra (cfr. il n. 2.2.) – ha avvertito (per un certo periodo di tempo) un diffuso procedere nel senso di inserire e leggere l'errore nel contesto dei comuni canoni dell'interpretazione (in particolare, secondo la comune intenzione dei contraenti ex art. 1362 c.c.). Con la conseguenza di venire, nella sostanza, a sterilizzare il segno e il contenuto testuale della clausola (per l'appunto ancorati alla manifestata idea del «capitale restituito»).

Pare a noi, tuttavia, che, così facendo si vengano a porre sullo stesso piano il contratto che risulta dalla contrattazione tra le parti con quello che è invece frutto formato – e in via per così dire istituzionale (v. nel n. 6.2.) – dall'opera di uno solo dei contraenti. Meglio: a sostituire alla fattispecie della predisposizione unilaterale di cui all' art. 1341 c.c. quella – c.d. comune (tale considerata, cioè, dalla tradizionale letteratura giuridica) – della contrattazione fra le parti.

Certo, anche in questa ultima ipotesi la riserva mentale tende a trovare pochi spazi di apertura (con difficoltà). Che tuttavia non vengono a mancare del tutto: in effetti, quello della «comune intenzione» dei contraenti appare, per sé, schema adatto a ricomprendere anche una simile eventualità, nel limite (ma pure nel segno, però) della sua percezione/percepibilità da parte dell'altro contraente (e non diversa struttura concettuale nel fondo ripete, a ben vedere anche la materia dell'errore; come anche quella della presupposizione).

Diversamente stanno le cose – almeno così sembra a noi – per l'ipotesi della predisposizione unilaterale del contratto: alla quale appare istituzionalmente estraneo, appunto, ogni riferimento a una «comune» intenzione delle parti.

Sul piano del fatto si ha, in questo caso, un testo contrattuale che viene formato in termini esclusivi da uno solo dei (due) contraenti: e questa dinamica è secondata, e poi governata, dal sistema vigente nel segno del riconoscimento di un simile potere (con le conseguenze che propriamente ne derivano). Tant'è che la norma del comma 1 dell'art. 1341 c.c. ferma la partecipazione del contraente non predisponente al livello della semplice conoscenza, ovvero conoscibilità, delle clausole formate dall'altro contraente (quale appunto è quella n. 7). «Conoscibilità» e «intenzione» si muovono – come sembra evidente – su piani diversi.

Al riconoscimento normativo di tale potere unilaterale segue, naturalmente, che l'effettivo esercizio del medesimo risponde a un onere esclusivo del predisponente, per via del nesso (inscindibile) che corre tra potere e (relativa) responsabilità. Per formulare quest'idea in termini consentanei al tradizionale lessico della materia contrattuale: qui la conformazione del testo delle clausole esprime l'intenzione (l'intendimento, cioè) del predisponente, come percepibile dagli altri soggetti, ricompresi gli aderenti.

Come si vede, la prospettiva si manifesta ben diversa rispetto a quella data dal contratto c.d. ordinario, se non proprio rovesciata. Posto questo aspetto strutturale, l'errore di traduzione della clausola non può rimanere, perciò, che all'interno dell'ambito dell'attività di predisposizione compiuta dal predisponente.

Nel caso da cui abbiamo preso le mosse, si tratta (secondo quanto frequentissimo nella materia delle condizioni generali di contratto) di contratto predisposto dall'impresa e per l'esercizio della sua attività: l'onere, di cui si sta parlando, viene quindi a ricadere direttamente nell'ambito del rischio connesso a tale esercizio e, pertanto anche alla predisposizione – e immissione nel mercato – dei prodotti che tale attività innervano.

Ne segue ancora – non sembra inopportuno esplicitare anche quest'ulteriore passaggio – che il vero «punto sensibile» della tematica in esame si annida nell'attività di *compliance*, che è interna all'impresa predisponente: nel suo positivo operare per l'efficienza per l'impresa. Secondo un modulo che nella specie non sembra proprio avere funzionato: se è vero, come rileva l'AGCM, che nell'arco quasi decennale di commercializzazione del prodotto, si sono succedute diverse versioni della clausola di estinzione anticipata, che pure non hanno eliminato l'errore di traduzione.

7. Formazione del contratto e *interpretatio contra stipulatorem*

Molte decisioni dell'ABF, relative al primo periodo di interessamento alla clausola n. 7, facevano inten-

dere che, esaminando per bene l'operazione di mutuo in questione e il contesto complessivo dell'articolo che lo conformava, si poteva anche capire che la detta clausola conteneva un errore di traduzione (cfr. sopra nei nn. 2.2. e 2.3.). Quantomeno un dubbio, infine, non poteva non insinuarsi nella mente dei mutuatari.

Per la verità, di fronte ad un simile ordine di rilievi la norma generale dell'*interpretatio contra stipulatorem*, di cui all'art. 1370 c.c. (e all'art. 35 comma 2 cod. cons.) viene a erigere un muro non distruttibile. Comunque, visto il tenore letterale della clausola («capitale restituito»), oltre il livello del dubbio ragionevole non si sarebbe potuto andare. Né v'è ragione – ci pare – di ridurre la portata normativa della regola dell'interpretazione più favorevole all'aderente alle sole ipotesi in cui l'«ambiguità» è volutamente creata dal predisponente. Quella dell'art. 1370 c.c. è norma che appartiene al novero delle disposizioni a cui preme solo il risultato oggettivo, per così dire esterno: nella specie, dell'oggettiva chiarezza del testo prodotto per il mercato. Nel contesto dell'*interpretatio contra stipulatorem* non vi è spazio per elementi diversi.

Altro è, però, il punto che qui preme sottolineare. L'impostazione qui criticata (del primo periodo delle decisioni ABF) appare affetta, a noi sembra, da un vero e proprio strabismo prospettico.

La nozione di aderente (a un contratto predisposto) risponde all'idea di una massa indeterminata di soggetti. Come si può predicare – rispetto a questo dato – una competenza specifica, una perizia anche solo del buon padre di famiglia? La domanda di beni sul mercato non ha, per sé, nome. E ancor meno (se possibile) lo ha quando un prodotto si rivolge – tendenzialmente – a una domanda di consumatori. A volere assegnare a questa nozione un senso specifico e pregnante, la stessa viene naturalmente a fermarsi su quella di soggetti compiutamente a digiuno delle tecnicità proprie dell'operazione che vanno a fare: si tratti, poi, di tecnicità di alto o di basso livello.

Di fronte a un contratto predisposto l'unico dato oggettivamente sicuro risponde all'identità del predisponente. Nel caso di contratto predisposto da un'impresa bancaria, autorizzata e vigilata dall'Autorità, la professionalità dovrebbe essere – secondo il sistema vigente – di primissimo livello.

[OMISSIS...]