

COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai signori:

(CO) MASSERA	Presidente
(NA) MAUGERI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(CO) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) FERRETTI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) SARZANA DI S. IPPOLITO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore MAURIZIO MASSERA

Seduta del 17/10/2018

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai signori:

(CO) MASSERA	Presidente
(NA) MAUGERI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(CO) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) FERRETTI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) SARZANA DI S. IPPOLITO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore MAURIZIO MASSERA

Seduta del 17/10/2018

SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA

.1.1 - In data 29/09/2008, la ricorrente stipulò con un intermediario successivamente incorporato nella resistente, un contratto di finanziamento alle condizioni riservate al personale dipendente: il tasso degli interessi corrispettivi venne fissato al tasso Euribor a un mese, diminuito di 0,875 punti percentuali.

1.2 - Il contratto originario non prevede alcuna clausola *floor*. Ciononostante, con lettera inviata nel luglio 2009, l'intermediario comunicò alla cliente la modifica unilaterale del regolamento contrattuale e l'introduzione di un tasso *floor* incidente sull'alea contrattuale.

.2- Esperito con esito negativo il prescritto reclamo, la cliente presentò ricorso all'ABF contestando la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali e chiedendo, dunque, l'applicazione delle condizioni economiche originariamente pattuite per le rate future, nonché la restituzione degli interessi eventualmente corrisposti in eccedenza.

.3.1 – L'intermediario, con le proprie controdeduzioni, affermò che l'applicazione di un tasso di interesse particolarmente agevolato parametrato al tasso Euribor 1 mese con uno spread negativo del -0,875% rientrava tra i benefits riconosciuti ai dipendenti di una terza banca, successivamente incorporata dalla resistente.

.3.2 - Spiegò che, a seguito dell'anomala discesa del tasso Euribor, aveva introdotto dei limiti all'applicazione del tasso originariamente previsto, mediante l'introduzione di un tasso minimo (*floor*) e di un tasso massimo (*cap*), nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, allo scopo di: a) ridurre la disparità di trattamento nei confronti degli altri dipendenti dell'intermediario non provenienti dalla banca incorporata; b) mantenere una sia pur minima onerosità del contratto di mutuo, che è per sua stessa natura contratto oneroso; c) realizzare, di fatto un "interpretazione (correttiva) del contratto", sussistendo tra le parti una "presupposizione" in merito al fatto che l'Euribor non avrebbe mai potuto diventare negativo.

.3.3 – Aggiunse che la suddetta modifica del regolamento contrattuale era stata comunicata alla cliente tramite il servizio postel e che la spontanea esecuzione del contratto senza alcuna contestazione per un periodo di otto anni aveva ingenerato un affidamento qualificato in capo all'intermediario circa l'accettazione dell'intervento correttivo apportato sui prestiti a fronte dell'andamento negativo del tasso Euribor.

.4 – Pertanto, la resistente chiese al Collegio di dichiarare il ricorso inammissibile stante la sua natura consulenziale o, in subordine di rigettarlo.

.5.1 – Il Collegio ABF di Milano, territorialmente competente, respinse l'eccezione d'inammissibilità sollevata dall'intermediario e affermò l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 118 T.U.B.; rilevò che un primo orientamento reputa che, fissato un tasso variabile, la sua fluttuazione non incontrerebbe alcun limite giuridico, poiché non si darebbe nessun divieto normativo di convenire un algoritmo di calcolo suscettibile di fluttuazioni anche negative, ossia di condurre alla fissazione di tassi di interesse negativi per la banca e positivi per il cliente, ma che un diverso orientamento ritiene che la struttura causale del mutuo escluda la configurabilità di tassi negativi, poiché, qualificandosi come frutto civile, l'interesse costituirebbe il corrispettivo del godimento del denaro tratto dal mutuatario (art. 820 cod. civ.); affermò che il vero cuore del problema consisteva nello stabilire se la clausola di indicizzazione senza limiti intrinseci potesse produrre un'obbligazione ulteriore e diversa che vedesse la banca debitrice di somme in favore del mutuatario e se la dinamica negativa dei tassi potesse generare un debito a carico della



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

banca, in mancanza di una pattuizione espressa che lo prevedesse; spiegò che altro è la clausola di interessi; altro, il criterio di determinazione della prestazione di interessi.

.5.2 – Quindi, sviluppate ulteriori considerazioni, il Collegio di Milano, considerati la notevole gravità del problema e il non sicuro orientamento dei Collegi territoriali, ritenne opportuno rimettere la decisione al Collegio di Coordinamento.

MOTIVI DELLA DECISIONE

.1.- La decisione del ricorso non può prescindere dalla valutazione del caso concreto.

All'origine della controversia vi è un contratto di mutuo fondiario "per dipendenti", stipulato dalla cliente in data 29 settembre 2008 per l'importo complessivo di € 163.000,00.

L'art. 5 del contratto prevede un tasso variabile determinato come segue:



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Art. 5 - Interessi

1. Il tasso d'interesse è determinato come segue:

- per il periodo di preammortamento viene stabilito ed accettato nella misura del 3,675% (tre virgola seicentoseventantacinque per cento) nominale annuo. Tale tasso si trasformerà a regime nel tasso di interesse nominale di cui al successivo punto b) a partire dal giorno 1 (uno) ottobre 2008 (duemilaotto) coincidente con l'inizio del periodo di ammortamento;

- a regime il tasso di interesse nominale annuo sarà pari all'Euribor (Euro Interbank Offered Rate - tasso interbancario per i depositi in Euro) ad un mese lettera, base 365 (trecentosessantacinque), così come rilevato dall'Euribor Panel Steering Committee alle date del 30 (trenta) giugno e 31 (trentuno) dicembre (o se non rilevabile a tali date, al giorno lavorativo bancario immediatamente precedente) e pubblicato di norma sul quotidiano finanziario "Il Sole 24 Ore" o altro quotidiano finanziario il giorno successivo alla data di rilevazione e che, alla data dell'ultimo aggiornamento era pari al 4,55% (quattro virgola cinquantacinque per cento), e diminuito di uno spread di

0,875 (zero virgola ottocentoseventantacinque) punti percentuali ed arrotondato allo 0,05 (zero virgola zero cinque) superiore. Il tasso rilevato alla data del 30 (trenta) giugno verrà applicato dal giorno 1 (uno) luglio sino al 31 (trentuno) dicembre e quello rilevato alla data del 31 (trentuno) dicembre dal giorno 1 (uno) gennaio al 30 (trenta) giugno. Qualora il suddetto parametro dovesse cessare di esistere o comunque non dovesse essere sostituito come parametro di indicizzazione, lo stesso si riterrà sostituito in conformità alle leggi o ai regolamenti a quel momento vigenti, dal parametro che il mercato, sul quale era rilevato, adotterà in sostituzione di esso.

2. Il tasso in questione viene come sopra determinato esclusivamente in funzione del rapporto di lavoro oggi esistente tra la Banca e la parte finanziata e in considerazione, quindi, della qualità di dipendente rivestita dalla parte finanziata medesima.

Il successivo art. 8 stabilisce quanto segue in ordine allo jus variandi dell'intermediario:



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Art. 8 - Facoltà di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali

1. Nel caso di applicazione al finanziamento delle condizioni economiche previste dall'articolo 7 punto 1, la Banca si riserva la facoltà di modificare unilateralmente le stesse (salvo il tasso d'interesse e la mora) qualora sussista un giustificato motivo. In tal caso le modifiche unilaterali

9

sono comunicate espressamente alla parte finanziata, con le modalità ed il preavviso di cui all'art. 118 Decreto Legislativo 1 settembre 1993 n. 385 tempo per tempo vigente, ferma la facoltà della stessa parte finanziata di recedere, procedendo all'estinzione anticipata del finanziamento, nei termini e con le modalità previste dal medesimo articolo.

2. In relazione alle modalità di determinazione del tasso di interesse previste dall'articolo 5, la parte finanziata accetta specificamente le variazioni, anche in senso sfavorevole ad essa parte finanziata, del tasso di interesse applicato al finanziamento, ivi compreso quello applicabile nei casi di cessazione del rapporto di lavoro o accollo del mutuo, le variazioni del tasso di interesse eventualmente intervenute mese per mese, comporteranno automaticamente la variazione delle rate non ancora scadute.

3. La parte finanziata prende atto che, per effetto dell'art. 117, comma 1 del T.U., la copia autentica del presente contratto sarà alla stessa fornita a cura di me Notaio.

.2.1 – La norma di riferimento è, dunque, l'art. 118 T.U.B., come correttamente indicato dal Collegio rimettente, il quale, però, sembra non aver considerato che occorre fare riferimento non al testo attuale (frutto delle modifiche introdotte dall'art. 4, comma 2 D. Lgs



13 agosto 2010, n. 141), ma a quello in vigore nel luglio del 2009, epoca in cui l'intermediario comunicò alla cliente la modifica della regolamentazione contrattuale.

.2.2 – Il testo della norma applicabile alla fattispecie (l'art. 10 del d.l. 4 luglio n.2006, n. 223 ha modificato quello originario) è il seguente:

Articolo 118 (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali)

1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile.
2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: «Proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.
3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.
4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente».
5. In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura.

.3.1 – Il 23 luglio 2009 l'originario mutuante, incorporato dall'intermediario resistente, inviò alla cliente, che ammette di averla ricevuta, la seguente comunicazione:



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Oggetto: Mutuo n. 000777005976

Egr. Sig.ra/Sig.re,

gli avvenimenti recenti hanno prodotto una situazione di estrema volatilità dei tassi di interesse.

Le politiche monetarie adottate dalla Banca Centrale Europea e i provvedimenti presi dai vari Stati e Organismi Internazionali hanno comportato una forte riduzione dei tassi di interesse, a cui fanno riferimento taluni dei mutui a suo tempo perfezionati da Banca Antonveneta con propri dipendenti, recanti particolari forme di indicizzazione ancorate all'Euribor.

In tale scenario, per i mutui in questione (tra cui quello in oggetto) si è resa necessaria, al fine di rispettare il principio della "naturale onerosità" dei mutui stessi, una ridefinizione delle modalità di calcolo della rata che, d'altra parte, possa comunque risultare anche cautelativa per i mutuatari in caso di futuri aumenti dei tassi d'interesse.

Alla luce di quanto precede, si segnala che, a partire dalla prima rata in scadenza successivamente al 30 giugno 2009, al contratto cui la medesima inerisce verrà applicato:

- un tasso minimo "floor" dell'1,50%
- ed un tasso massimo "cap" differenziato sul residuo periodo di ammortamento secondo la seguente modulazione:
 - 2,50% per i prossimi dieci anni di ammortamento
 - 2,85% dall'undicesimo al ventesimo anno di ammortamento (ove l'ipotesi ricorra nel caso concreto)
 - 3,15% dal ventunesimo al trentesimo anno di ammortamento (ove l'ipotesi ricorra nel caso concreto).

I valori del "cap" come sopra esposto sono stati determinati in coerenza rispetto al sistema delle agevolazioni creditizie riservate al personale, con specifico riferimento ai tassi praticati per le operazioni di "Piano Case per il Personale", secondo i criteri attualmente vigenti per tale tipo di interventi.

Ovviamente, all'interno dei suddetti valori ("floor" e "cap"), il tasso continuerà ad essere applicato secondo gli originari criteri previsti in contratto.

L'applicazione del meccanismo sopra descritto consentirà (mediante l'introduzione del "cap") di bilanciare in modo equilibrato - come sopra evidenziato - gli interessi delle parti contrattuali, contemperando il principio di "naturale onerosità" sopra citato con quello di cautelare il mutuatario nel caso di futuri aumenti dei tassi d'interesse.

Distinti saluti.

.3.2 – La norma in vigore all'epoca dei fatti consentiva la modificazione unilaterale anche dei tassi d'interesse. Tuttavia la comunicazione sopra trascritta non può essere ritenuta valido esercizio dello jus variandi quanto meno perché priva della prescritta formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto" e non rispettosa del preavviso minimo di trenta giorni.

.3.3 – Tuttavia tale affermazione non risolve la controversia perché occorre prendere in considerazione la tesi dell'intermediario, il quale nega di avere esercitato lo jus variandi; sostiene, invece, di avere confermato il meccanismo di determinazione del tasso d'interesse previsto dal contratto e di essersi limitato ad introdurre dei limiti alla sua applicazione rappresentati da un tasso minimo (*floor*) e da un tasso massimo (*cap*). Questa – sempre secondo l'intermediario – non sarebbe una manovra di modifica unilaterale dei tassi inquadrabile nell'ambito della disciplina dell'art. 118 T.U.B. in quanto venivano semplicemente indicate delle condizioni al verificarsi delle quali si sarebbero applicati limiti che, da un lato, erano favorevoli al mutuatario (*cap*). In buona sostanza, si tratterebbe di un'interpretazione del contratto piuttosto che di una modifica del medesimo, tanto più che si deve ritenere che vi fosse nelle parti una "presupposizione", a suo tempo consapevolmente, assunta, che l'Euribor non avrebbe mai potuto diventare negativo.

.3.4 – Questa tesi non appare corretta per la condivisibile ragione già indicata dal Collegio rimettente: la giurisprudenza arbitrale ritiene che l'applicazione di clausole *floor* e *cap*, non

previste da idonea clausola contrattuale, comporti sostanziale modifica del tasso contrattualmente stabilito poiché esse introducono un limite non pattuito alla prevista dinamica.

.4.1 – Ma a questo punto il problema si sposta e consiste nello stabilire se il nostro sistema consenta o meno l'applicabilità di tassi di segno negativo per l'intermediario.

.4.2 – Il Collegio ritiene acquisito che l'eventuale verificarsi di tassi d'interesse negativi non possa in nessun caso comportare la diminuzione del capitale mutuato. Tale affermazione è imposta dalla lettera e dalla ratio dell'art. 1813 cod. civ.; esso descrive il mutuo come il contratto con il quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire *altrettante* cose della stessa specie e qualità.

Se, dunque, il mutuatario deve restituire *altrettanto* della stessa specie e qualità rispetto a ciò che aveva in precedenza ricevuto, appare di tutta evidenza che, nell'ipotesi consueta in cui oggetto del mutuo sia una somma di danaro, la restituzione dovrà necessariamente riguardare una somma nominalmente identica a quella mutuata.

.5.1 – Più complesso è il tema relativo agli interessi pattuiti.

Il primo comma dell'art. 1815 cod. civ. stabilisce che, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante e il successivo art. 1820 prevede che, se il mutuatario non adempie l'obbligo di pagamento degli interessi, il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto.

In altri termini: il mutuo si presume oneroso, a meno che le parti non si siano avvalse della facoltà di renderlo gratuito.

.5.2 – Nella specie è pacifico che il contratto inter partes preveda la corresponsione di interessi che – come si è visto – sono stati pattuiti al tasso Euribor a un mese, diminuito di 0,875 punti percentuali.

La questione che si pone è stabilire se sia configurabile, allorché venga pattuito un interesse a tasso variabile che, anche per effetto dello spread contrattuale, il tasso possa assumere valore negativo per l'intermediario.

5.3 – Dal punto di vista economico, considerata la dinamica delle scelte di portafoglio di una banca, la stipula di un contratto di mutuo è una delle numerose possibili allocazioni delle poste all'attivo. La sua convenienza, dal punto di vista della banca, è pertanto strettamente legata all'andamento dei rendimenti delle possibili allocazioni alternative. In questo periodo storico, alcune allocazioni, quali ad esempio i depositi presso la BCE, offrono tassi di interesse negativi. La stessa cosa può accadere anche nel rapporto con i

clienti. Il motivo per cui le banche possono essere disposte a impiegare dei fondi ottenendo un interesse negativo è che, accanto al beneficio che la banca offre al mutuatario concedendogli il prestito, essa ottiene a sua volta un beneficio implicito dal servizio di "custodia" dei propri fondi da parte del mutuatario. In condizioni normali il primo ha un valore superiore al secondo, e i tassi di interesse sui prestiti sono pertanto positivi, perché chi ha il beneficio maggiore, il mutuatario, remunera chi ha quello minore, la banca. In questo periodo storico accade il contrario, e i tassi di alcune tipologie di impiego dell'attivo possono essere negativi.

.5.4 – Anche se economicamente corretta, l'argomentazione risulta priva del necessario supporto giuridico. Nella pratica quotidiana le parti stipulano un solo contratto: quello di mutuo; esso ha lo scopo di trasferire una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili da un soggetto ad un altro, che ne diviene proprietario con obbligo di restituzione, normalmente corrispondendo un certo interesse.

La causa (concetto diverso dal motivo soggettivo proprio di ciascuno dei contraenti) del mutuo oneroso, che è un contratto tipico, consiste nello scambio tra la possibilità di utilizzo di un bene fungibile e il pagamento degli interessi concordati; in altri termini, la causa del contratto di mutuo è il finanziamento.

Il servizio di custodia dei fondi da parte del mutuatario, non risultando contrattualmente stabilito, rimane estraneo alla causa – che deve essere presente nel momento della conclusione del contratto e che rimane immutata per tutta la sua durata - oltre che all'oggetto del contratto e, semmai, ne costituisce un mero effetto collaterale.

.5.5 – E' nozione di comune esperienza che nella consueta pratica bancaria, sussiste il presupposto oggettivo, avuto ben presente da entrambe le parti al momento della conclusione del contratto, relativo al carattere oneroso del mutuo. E non potrebbe essere diversamente, essendo noto a tutti che la banca è un'istituzione che agisce a fine di lucro.

.6.1 – La tesi prospettata trova ulteriore sostegno normativo nell'art. 1173 cod. civ. Gli interessi, una volta che sono stati pattuiti, costituiscono un'obbligazione del mutuatario nei confronti del mutuante. L'articolo sopra citato stabilisce che le obbligazioni derivano (oltre che da fatto illecito o da ogni altro atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico) da contratto. E i contratti di mutuo stipulati con le banche prevedono, appunto, la corresponsione di interessi solo in favore del mutuante.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

.6.2 – La conseguenza di ciò è che il carattere oneroso del mutuo rende incompatibile la configurabilità di un interesse negativo. Quindi la previsione di un tasso d'interesse variabile, nella ipotesi più favorevole al cliente e peggiore per l'intermediario potrà determinare la gratuità del mutuo, ma, considerata la volontà delle parti, il mutuo non potrà mai concettualmente divenire remunerativo per il mutuatario.

.7.1 – L'ultima questione da esaminare è la seguente: una volta affermata la non configurabilità di un interesse negativo occorre accertare se l'interesse non possa mai divenire negativo o se, invece, nell'arco della durata del contratto possa risultare talvolta negativo purché non lo sia nel suo complesso. In altri termini, come rilevato nell'ordinanza di rimessione, occorre stabilire se il finanziamento divenga gratuito considerando lo svolgimento dell'intero piano di ammortamento al fine di calcolare la complessiva prestazione feneratizia e così verificare se alla fine del rapporto la banca abbia ricevuto o meno interessi, nessun interesse o addirittura abbia essa pagato interessi.

.7.2 – La soluzione è offerta dal combinato disposto degli art. 820 e 821 cod. civ. Il terzo comma dell'art. 820, così recita: "Sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi dei capitali, i canoni enfiteutici, le rendite vitalizie e ogni altra rendita, il corrispettivo delle locazioni". Il terzo comma dell'art. 821 stabilisce che "I frutti civili si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto".

.7.3 – Se, dunque, gli interessi sul capitale mutuato sono frutti civili che il mutuante acquista giorno per giorno, si rivela del tutto evidente che in nessun momento della durata del contratto gli interessi potranno assumere valore negativo. La normalità è che i frutti abbiano valore positivo. Si può verificare – analogamente a quanto accade con i frutti naturali - che il capitale non generi frutti, ma non è razionalmente prima che giuridicamente concepibile che un frutto - naturale o civile che sia – cagioni il depauperamento del soggetto che ha diritto di percepirlo.

.8 - Pertanto il Collegio enuncia il seguente principio di diritto:

"Nel contratto di mutuo non è giuridicamente configurabile un tasso di interesse negativo che incida sul capitale mutuato. Conseguentemente, quando il tasso d'interesse sia stato



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

pattuito in misura variabile, esso non può assumere valore negativo in alcun momento della durata del contratto”.

.9 – In virtù delle considerazioni che precedono il ricorso merita accoglimento. La clausola *floor* è inefficace, per cui la ricorrente ha diritto all'applicazione delle condizioni economiche originariamente pattuite per le rate future, nonché la restituzione dei maggiori interessi eventualmente corrisposti in eccedenza, senza tuttavia considerare eventuali valori negativi degli interessi.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio dichiara l'inefficacia della clausola *floor* e per l'effetto dispone che il tasso di interesse applicato sia quello calcolato secondo la formula prevista dal contratto di mutuo, fermo restando che tale tasso non potrà in alcun momento essere negativo. Dispone altresì che l'intermediario restituisca alla parte ricorrente l'eccedenza percepita.

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 al ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MAURIZIO MASSERA