

Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Report. n. 417/2020 del 22/04/2020



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE I CIVILE

Riunita in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

Dott.	Renata Silva	Presidente
Dott.	Tiziana Maccarrone	Consigliere
Dott.	Roberta Bonaudi	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. **1786 /2018 R.G.** promossa in grado d'appello con citazione notificata il 13.09.2018 da:

██████████ (C.F. ██████████), rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Elia, cf ██████████ (fax 011/5635194 – p.e.c.: studiolegaleelia@legalmail.it), nonché congiuntamente e disgiuntamente dall'avv. Luca Fazzini, cf ██████████ (lucafazzini@pec.ordineavvocatorino.it), in forza di procura in calce all'atto di citazione in appello ed elettivamente domiciliata presso lo studio in Torino, C.so Matteotti 3 bis;

- APPELLANTE -

contro

██████████, rappresentata e difesa dall'avv. ██████████ per procura generale alle liti del 22.10.2007, elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore in ██████████

- APPELLATA -

OGGETTO: CONTRATTI BANCARI



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

CONCLUSIONI DELLE PARTI

██████████ srl

Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione

Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello di Torino

in integrale riforma della sentenza n. 1127/2018, pronunciata dal Tribunale di Torino, sezione I, in persona del Dott. Edoardo Di Capua, in data 08/03/2018, depositata presso la Cancelleria del Tribunale di Torino in data 09/03/2018.

nel merito:

- dichiarare la nullità del contratto normativo nonché del contratto *swap* sottoscritto in data 18/07/2007, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 cc 1325 cc e per violazione delle norme contenute nell'art. 30 T.U.F. e negli articoli 6 - 21 del dlgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 23-24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative, nonché per l'art. 1709 cc, e per l'effetto
- dichiarare tenuta e condannare la convenuta al pagamento della somma di euro ██████████ oltre interessi e rivalutazione, o la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa;
- dichiarare la nullità della clausola relativa agli interessi del contratto di mutuo per le ragioni esposte in narrativa e per l'effetto,
- dichiarare tenuta e condannare la convenuta alla restituzione / pagamento di quanto corrisposto a titolo di interessi e spese del mutuo, ad oggi pari ad euro ██████████ o la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa;

In via di subordine:

- annullare il contratto normativo nonché il contratto *swap* sottoscritto in data 18/07/2007, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1427, 1428, 1429 cc e 1433, 1439 cc e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del dlgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative e per l'effetto
- dichiarare tenuta e condannare la convenuta al pagamento della somma di euro ██████████ oltre interessi e rivalutazione, o la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa;

In via di graduato subordine:



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

- dichiarare la risoluzione per inadempimento da parte dell'istituto di credito del contratto normativo nonché del contratto *swap* sottoscritto in data 18/07/2007, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 cc 1325 cc e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative e per l'effetto

- dichiarare tenuta e condannare la convenuta al pagamento della somma di euro [redacted] oltre interessi e rivalutazione, o la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa;

In via di ulteriore subordine:

- attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito convenuto, al risarcimento del danno per le ragioni di cui in narrativa a favore della società [redacted] srl e per l'effetto

- dichiarare tenuta e condannare la convenuta al pagamento della somma di euro [redacted] oltre interessi e rivalutazione, o la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa;

- dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito convenuto a rifondere alla società [redacted] srl la somma complessiva di euro [redacted] (quali commissioni implicite e interessi passivi), con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

In ogni caso:

- Il tutto col favore degli onorari e delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

Si insiste per l'ammissione delle prove orali dedotte e non ammesse in primo grado:

1) la [redacted] srl è una società che ha per oggetto sociale e svolge l'attività di acquisto, ristrutturazione, vendita e locazione di immobili;

2) la società [redacted] srl nei quattro anni antecedenti alla stipula del contratto *swap* per cui è causa (avvenuta in data 18/07/2007) ha sempre operato tramite i conti correnti n. 2430 acceso presso la [redacted] filiale di Torino, via [redacted] n. [redacted] acceso presso la banca [redacted] acceso presso la [redacted] eseguendo esclusivamente operazioni quali versamenti, bonifici, pagamenti o giroconti (cfr. doc. 6 e 14 fascicolo di primo grado [redacted] srl che si rammostrano al testimone);



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

- 3) le Sig.re [REDACTED] collaboratrici della [REDACTED] srl, si occupano anche della gestione dei rapporti bancari (a titolo esemplificativo: controllo estratto conto, disposizione di pagamenti dietro autorizzazione del legale rappresentante, predisposizione della contabilità) e affiancano il legale rappresentante nell'ambito dei colloqui con gli addetti della Banca (a titolo esemplificativo: apertura conti correnti, verifica dei costi applicati dalla banca, richieste di rientro dagli affidamenti concessi, richiesta di offerte di mutuo o finanziamento);
- 4) nel mese di maggio 2007, la [REDACTED] srl, nella persona del proprio legale rappresentante pro tempore, Sig. [REDACTED] unitamente al padre, Sig. [REDACTED] e alle collaboratrici, richiedeva alla [REDACTED] un'offerta per la concessione di un finanziamento di euro 600.000,00 a tasso fisso;
- 5) nell'ambito delle predette trattative – avvenute fra giugno e inizio luglio 2007 – il funzionario della [REDACTED] rappresentava alla [REDACTED] srl nella persona del proprio legale rappresentante pro tempore, Sig. [REDACTED] unitamente al padre, Sig. [REDACTED] e alle collaboratrici, la possibilità di concludere un contratto di mutuo a tasso fisso;
- 6) nei primi giorni di luglio 2007 il legale rappresentante pro tempore della [REDACTED] srl, Sig. [REDACTED] riteneva l'offerta di cui al capo 5 che precede soddisfacente e chiedeva al funzionario della [REDACTED] di fissare l'appuntamento per la formalizzazione del contratto;
- 7) l'appuntamento di cui al precedente capo 6) veniva fissato dal funzionario della [REDACTED] il giorno 18/07/2007 presso la filiale della [REDACTED] di Torino, Via [REDACTED] e lo stesso provvedeva a convocare il Notaio, Dott. [REDACTED];
- 8) in data 18/07/2007 presso la sede della [REDACTED] di Torino, [REDACTED] per la prima volta, il funzionario della [REDACTED] comunicava alla [REDACTED] srl, nella persona del legale rappresentante pro tempore, Sig. [REDACTED] che il contratto da sottoscrivere sarebbe stato un finanziamento a tasso variabile, oltre a un contratto finanziario denominato Interest Rate Swap;
- 9) il funzionario della [REDACTED] nella medesima occasione, assicurava alla [REDACTED] srl, nella persona del legale rappresentante pro tempore, Sig. [REDACTED] che il contratto finanziario proposto era di mera copertura dal possibile rialzo dei tassi di interesse e che non avrebbe comportato per la società alcun rischio, costo o commissione;



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

10) il Sig. Andrea Faccio in tale occasione eccepiva al funzionario della [redacted] che vedeva per la prima volta in tale sede il contratto di finanziamento proposto, ivi compreso il contratto finanziario derivato, e il Notaio ne dava atto all'art. 6, comma 5, del medesimo (cfr. doc. 3 fascicolo di primo grado [redacted] srl, contratto di mutuo del 18/07/2007, art. 6, comma 5);

11) al momento della sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Reg. Consob del 18/07/2007, il legale rappresentante della società [redacted] srl, nonché i dipendenti della stessa, avevano conoscenze contabili ed amministrative, ma nessuna conoscenza specifica o esperienza in materia di operazioni finanziarie in strumenti derivati;

12) alla data della sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Reg. Consob del 18/07/2007, il contratto swap avente pari data è stata la prima operazione finanziaria in finanza strutturata della società [redacted] srl;

Si indicano quali nominativi dei testimoni da sentire su tutte le capitazioni formulate, nonché in contropartita rispetto a quelle ex adverso prodotte:

[redacted] presso [redacted] srl;

[redacted] presso [redacted] srl;

[redacted] presso [redacted] srl;

[redacted] presso lo studio in Torino, [redacted] 8;

[redacted]
[redacted]

Ci si oppone infine all'ammissione dei capitoli di prova dedotti dalla controparte nella II memoria 183 c.p., e nella denegata e non creduta ipotesi di ammissione dei predetti capi si chiede di essere comunque ammessi anche in prova contraria. In particolare ci si oppone: ai capi II-III in quanto inammissibili perché generici e in ogni caso formulati in aperta violazione dell'art. 2722 c.c., ai capi IV-V in quanto generici e valutativi nella loro formulazione che non consentono la contestualizzazione delle circostanze dedotte e come tali pregiudizievoli all'esercizio del diritto della controparte, ai capi: VII-VIII-IX-X -XIXII-XIII-XIV-XV-XVI-XVII-XVIII-XIX-XX-XXI-XXII-XXIII-XXIV-XXV-XXVIXXXVII-XXVIII-XXIX-XXX-XXXI, in quanto valutativi poiché si chiede al teste di esprimere un giudizio, oltre che generici e in ogni caso formulati in violazione dell'art. 2721 c.c.



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

██████████ spa

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Torino, disattesa ogni contraria istanza eccezione e deduzione

In via principale, salvo gravame, respingere l'appello confermando la sentenza di primo grado;

In via istruttoria:

nel denegato caso di rimessione in istruttoria della causa si insiste per l'ammissione dell'interrogatorio formale delle parti e per l'ammissione delle prove testimoniali sui seguenti capi già indicati in primo grado nella memoria n.2 ex art.183VI comma cpc che qui si ritrascrivono:

- 1) "Vero che la ██████████ Srl, è una società sorta nel 1989 tutt'ora attiva e gestita dal Dott. ██████████ attuale amministratore della società".
- 2) "Vero che il Dott. ██████████ è sempre stato, sia prima sia dopo la stipula dei contratti IRS e del contratto di mutuo oggetto di causa, l'effettivo interlocutore dei gestori della ██████████ con i quali trattava direttamente o per il tramite della Sig.ra ██████████".
- 3) "Vero che il Dott. ██████████ è sempre stato l'effettivo interlocutore della ██████████ anche in relazione ai contratti di cui è causa, nonostante che nel 2007 risultasse formalmente in carica (quale amministratore della ██████████ srl), il figlio ██████████ sottoscrittore dei contratti in questione".
- 4) "Vero che nel contratto Quadro per Operazioni su strumenti finanziari derivati sottoscritto il 18/7/2007 dal Sig. ██████████ quella che viene indicata per le comunicazioni inerenti il suddetto contratto come la mail personale del Sig. ██████████ è, o era al tempo del contratto, effettivamente la mail personale del sig. ██████████ (si rammostri al teste il doc.1 art.13 pag.3)".
- 5) "Vero che il Sig. ██████████ dimostrò in più colloqui svoltisi con i funzionari ██████████ di avere le conoscenze tecniche e finanziarie idonee a fargli comprendere perfettamente la portata, gli effetti e i rischi del contratto IRS sottoscritto dalla ██████████".
- 6) "Vero che il ██████████ pochi giorni dopo la sottoscrizione dei contratti oggetto di causa (esattamente il 26/7/2007, ovvero 9 giorni dopo) provvedeva ad accendere un dossier titoli per conto della ██████████ srl presso ██████████ utilizzando procura ad





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

negotia rilasciata dalla [redacted] a suo nome e dichiarando di essere un operatore qualificato (si rammostrino al teste i doc 2 e 3 citati)"

7) "Vero che il Dott. [redacted] è un operatore qualificato ai sensi dell'art. 31, comma 2, Regolamento CONSOB 11522/1998, come dal medesimo dichiarato e sottoscritto nel CUF - Contratto Unico per la prestazione di servizi Finanziari ed Accessori (doc. 3 da rammostrarsi al teste), per aver dimostrato nelle conversazioni intrattenute con i funzionari di [redacted] prima e dopo la stipula del contratto IRS in contestazione, la propria approfondita conoscenza dei prodotti di finanza derivata (si rammostrino al teste altresì la MIFID dallo stesso compilata e sottoscritta doc. 21)".

8) "Vero che in relazione al contratto di finanziamento industriale sottoscritto in data 18/7/2007 la [redacted] srl aveva richiesto alla [redacted] l'importo di € 600.000,00 destinato al reintegro del circolante aziendale ed aveva chiesto che a detto finanziamento venisse applicato un tasso di interesse fisso".

9) "Vero che per ottenere un tasso fisso più basso rispetto a quello che la Banca poteva contrattualmente offrire secondo le condizioni di mercato dell'epoca, venne concordato tra le parti contraenti di applicare al contratto di mutuo un tasso sintetico (di fatto creativo di un tasso fisso) pari al 5,10% ottenuto attraverso la stipula di un contratto di finanziamento a tasso variabile (Euribor 3 mesi + 0,15 punti + lo 0,85% di spread), più l'acquisto del prodotto IRS (che prevedeva lo scambio del tasso all'Euribor a 3 mesi con un IRS fisso al 5,10%). Il termine tecnico corretto utilizzato nel sistema bancario e che si è proceduto alla costruzione di un tasso sintetico nella misura concordata".

10) "Vero che il Sig. [redacted] al momento della stipula del contratto di mutuo erano a conoscenza di quanto concordato al punto 9 (da leggersi al teste in caso di mancata ammissione del suddetto capo) in quanto frutto di contrattazione specifica tra la Banca e la [redacted] srl".

11) "Vero che il Sig. [redacted] atto, per iscritto e sotto la propria personale responsabilità di aver già prima effettuato in maniera ricorrente operazioni di investimento in strumenti finanziari e di avere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari così come richiesto dall'art.31 del Regolamento Consob n.11522/1998 applicabile ratione temporis (cfr. doc.1 cit. ultima pagina).



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

12) "Vero che l'IRS di cui è causa, ovvero il contratto in strumenti finanziari stipulato, appartiene alla categoria cosiddetta "plain vanilla" privo di intenti speculativi ed adatto a qualsiasi tipo di investitore".

13) "Vero che l'IRS di cui è causa è lo strumento finanziario più semplice in assoluto sul mercato finanziario e che quindi può essere venduto a qualsiasi tipologia di clientela in quanto non richiede appunto conoscenze particolari nell'ambito finanziario".

14) " Vero che il contratto IRS di cui è causa prevede lo scambio di un tasso variabile (Euribor) contenuto in un prodotto (mutuo) con un tasso fisso (IRS) al fine di consentire al cliente di mettersi al riparo dalle eventuali oscillazioni dei tassi di interesse, ovvero ha funzione di copertura.

15) "Vero che con riferimento alla stipula del contratto di mutuo e del contratto IRS la [REDACTED] decise di volersi tutelare dalle oscillazioni dei tassi di interesse che avrebbero potuto verificarsi anche tenuto conto dell'importo elevato del finanziamento sottostante (nel caso di specie €600.000,00) e stante l'operazione di lungo periodo che andava a sottoscrivere (durata 12 anni)"

16) "Vero che il contratto IRS stipulato (si rammostri al teste il doc.1) è un contratto di sola copertura e non speculativo che non produce nè guadagni nè causa perdite e che ha esclusivamente scopo di copertura dei tassi di interesse con la finalità di creare un tasso sintetico fisso nella misura concordata tra le parti".

17) "Vero che in assenza di sottoscrizione del contratto IRS, la [REDACTED] avrebbe dovuto versare a [REDACTED] interessi sul mutuo al tasso fisso secondo il mercato dell'epoca e pari circa al 6,50% e pertanto una somma maggiore rispetto ai differenziali addebitati "

18) "Vero che la natura di copertura del contratto di IRS si evince anche dal semplice affiancamento della voce interessi sul debito e flussi del derivato che mostrano l'effetto compensativo dell'operazione".

19) " Vero che, per andare incontro a tutte le esigenze del cliente, il finanziamento era stato deliberato con due anni di preammortamento. E vero che successivamente, dopo il pagamento di una sola rata intera, è stata concessa la moratoria con la sospensione della quota capitale per 12 mesi che ha portato un modesto disallineamento fra il piano di ammortamento del debito e quello del derivato (si rammostri al teste il doc.16)".



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

20) " Vero che nel 2013 è stata richiesta dalla [REDACTED] una seconda moratoria a seguito della quale il disallineamento del contratto di mutuo e dell'IRS si è ulteriormente accentuato influenzando sul rimborso del debito e sull'allungamento della scadenza, e che ha rallentato ulteriormente il piano di ammortamento del mutuo (si rammostri al teste il doc.16)"

21) "Vero che finchè il debito residuo si è mantenuto costante (primi due anni) anche gli oneri finanziari complessivi sopportati dal cliente (interessi sul debito + differenziali del derivato) si sono mantenuti su di un livello pressochè costante indipendentemente da quanto veniva di volta in volta generato dal derivato come flussi differenziali ".

22) "Vero che la [REDACTED] con il Dott. [REDACTED] successivamente al contratto IRS contestato stipulò con [REDACTED] pochi anni dopo altri due contratti IRS precisamente in data 26/06/2009 e 29/7/2011 si rammostriano i doc. 7 e 8 citati e 17 e 18".

23) "Vero che la [REDACTED] con il Dott. [REDACTED] poco dopo la stipula del contratto IRS in questa sede contestato, chiese alla [REDACTED] di predisporre un contratto IRS a copertura di un mutuo a tasso variabile sottoscritto con Unicredit (si rammostri al teste il doc.4 cit.) ed un altro a copertura di un mutuo sottoscritto con BCC Casalgrasso (si rammostri al teste doc.19).".

24) "Vero che il tasso fisso di mercato all'epoca della stipula per il contratto di mutuo era superiore al tasso sintetico pattuito con l'IRS pari al 5,10 % . "

25) "Vero che, con riferimento al contratto IRS contestato, la circostanza del verificarsi di flussi negativi è unicamente dovuta alla discesa dei tassi di interesse a breve termine, che ha parallelamente comportato una riduzione degli oneri finanziari per interessi pagati sul debito sottostante e vero che con l'operazione de quo il cliente ha pagato esattamente quanto previsto dal contratto sottoscritto ovvero il 5,10 % sulle rate di mutuo scadute".

26) "Vero che lo scambio Euribor /IRS dipende unicamente dall'andamento generale del mercato dei tassi delle operazioni finanziarie e che in ciò solo consiste l'aleatorietà del contratto in questione"

27) "Vero che, con riferimento al contratto IRS contestato, il margine di intermediazione è perfettamente legittimo e privo di squilibrio contrattuale".

28) "Vero che l'introduzione della disclosure del prezzo per i contratti derivati, è avvenuta con la Comunicazione n. 9019104 del 2 marzo 2009, successiva quindi al contratto di cui è





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

causa".

29) "vero che il margine di intermediazione, altrimenti detto mark-up, è del tutto fisiologico, anzi indispensabile per la funzionalità stessa del mercato e, sino alla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009, era semplicemente ricompreso nel prezzo".

30) "Vero che l'importo di €13.362,06, indicato da controparte quale costo occulto, è un mero valore teorico che non ha mai assunto il carattere di somma che la [REDACTED] abbia corrisposto o che dovesse corrispondere".

31) "Vero che la [REDACTED] Srl in questi anni ha sempre e solo pagato il tasso fisso sintetico concordato del 5,10%"

Si indicano a testi anche a prova contraria sui capi di parte avversa, i signori:

- Verde Stefania, nata a Torino il 4.4.1977, , domiciliata per la carica in Via Deruta, 19 – 20132 Milano;
- Isoardi Franco, nato a Torino il 15.4.1962, domiciliato per la carica in Via Vittorio Alfieri, 5 – 10121 Torino;
- Perretta Angelo, nato a Vico Equense il 9.6.1978, domiciliato per la carica in Via Mercurino di Gattinara, 8 – 13100 Vercelli;
- Inaudi Roberto, nato a Torino il 31.7.1953, residente in C.so Duca degli Abruzzi 37 – 1029 Torino;
- Gatto Gabriele Donato, nato a Novi Ligure il 27.4.1974, , residente in Via Giuseppe Saragat 53 – 15067 Novi Ligure;
- Miglia Carlo, nato a Torino il 18.1.1947, residente in Via Canonico G. Allamano 59 D – 10136 Torino.

Si chiede altresì respingersi le prove testimoniali avversarie in quanto inammissibili, inconferenti ed irrilevanti ed infatti il capo 1) è inammissibile in quanto circostanza non contestata; il capo 2) è inammissibile in quanto irrilevante e comunque trattasi di circostanza già smentita dai documenti 14) di controparte e 19) di parte [REDACTED]; il capo 3) è irrilevante; il capo 4) è inammissibile perchè inconferente; i capi 5,6 e 7) sono inammissibili in quanto generici, essendo omesso il nominativo del funzionario di [REDACTED] nonchè i termini dell'offerta contrattuale su cui i testi sono chiamati a rendere testimonianza; i capi 8 e 9)



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

sono inammissibili in quanto generici essendo omesso il nominativo del funzionario di [REDACTED] a cui si riferisce il fatto oltre che tendenziosi in quanto suggeriscono la risposta; il capo 10) è inammissibile perchè documentale; il capo 11) è inammissibile perchè negativo nonchè contrario a quanto espressamente dichiarato e sottoscritto in contratto; il capo 12) è inammissibile in quanto è irrilevante al fine del decidere la circostanza che per la [REDACTED] il contratto di swap oggetto di causa fosse il primo sottoscritto. Il sottoscrittore può averne sottoscritti altri in precedenza per altre società.

Nella non creduta ipotesi di ammissione dei predetti capi si chiede di essere ammessi anche in prova contraria con i medesimi testi già ut supra indicati dalla Banca.

Con vittoria di spese diritti e onorari dei due gradi di giudizio».

MOTIVI DELLA DECISIONE

IN FATTO

1. Con atto di citazione notificato il 27.05.2015 la società [REDACTED] srl conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Torino la [REDACTED] spa e, premesso che in data 18.07.2007 aveva sottoscritto un Contratto quadro per operazioni in strumenti finanziari derivati, un Contratto di Interest Rate Swap e un Finanziamento ai sensi degli artt. 10 e 38 e seguenti del TUB per l'importo di euro 600.000, chiedeva che il Tribunale dichiarasse la nullità del contratto normativo e del contratto *swap* ai sensi degli artt. 1418 cc 1325 cc e per violazione delle norme contenute nell'art. 30 T.U.F. e negli articoli 6 - 21 del d.lgs 58/98 (segnatamente per gli articoli 23-24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB) nonchè per l'art. 1709 cc, e per l'effetto condannasse la convenuta al pagamento della somma di euro 151.862,56 oltre interessi e rivalutazione; in via subordinata dichiarasse la nullità della clausola relativa agli interessi del contratto di mutuo con condanna della convenuta alla restituzione / pagamento di quanto corrisposto a titolo di interessi e spese del mutuo; in via ulteriormente subordinata che annullasse il contratto normativo e il contratto *swap* per gli effetti degli articoli 1427, 1428, 1429 cc e 1433, 1439 cc e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 (segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB) con condanna della convenuta al pagamento della somma di euro



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Report. n. 417/2020 del 22/04/2020

151.862,56 oltre interessi e rivalutazione, in via di ulteriore subordine che dichiarasse la risoluzione per inadempimento del contratto normativo e del contratto *swap* per gli effetti degli art. 1418 cc 1325 cc e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 (segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB) con conseguente condanna della Banca al pagamento della somma di euro 151.862,56 oltre interessi e rivalutazione, in via di ulteriore subordine, condannasse la Banca convenuta al risarcimento dei danni per mancata osservanza degli obblighi di informazione.

Si costituiva la [redacted] spa chiedendo il rigetto delle domande.

Con ordinanza in data 26.04.2016 il Tribunale respingeva le istanze di prova orale formulate dalle parti e disponeva CTU conferendo il seguente incarico:

I) Risponda ai seguenti quesiti proposti dalla parte attrice:

I.1) Ricostruisca le operazioni finanziarie di investimento del legale rappresentante della società [redacted] S.R.L. sino all'anno 2007 e all'esito della verifica di tutte le operazioni di investimento reperite sugli estratti conto depositati, illustrando se la società [redacted] S.R.L., il suo legale rappresentante pro tempore Dr. [redacted] presentassero all'epoca dei fatti (luglio 2007), esperienza in materia finanziaria.

*I.2) Descriva le caratteristiche del contratto *swap* concluso tra le parti in data 18/07/2007 e, tenuto conto della situazione finanziaria della società [redacted] S.R.L., riferisca se tale contratto presentasse commissioni implicite, fosse all'epoca della sua conclusione in una situazione c.d. par e compatibile con la finalità di copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse legato all'apertura di credito.*

*I.3) Ricalcoli l'ISC del contratto di mutuo tenendo conto dei costi e degli addebiti derivanti dal contratto di *swap* e calcoli l'effettivo tasso di interesse convenuto e / o applicato ai fini della verifica del superamento del tasso soglia individuato nel periodo di riferimento da Banca d'Italia (doc. 15).*

II) Risponda ai seguenti quesiti proposti dalla parte convenuta:

II.1) Dica il CTU se al momento della sottoscrizione il derivato si presentava compatibile con l'obiettivo di riduzione del rischio di tasso d'interesse del finanziamento a tasso variabile contratto con [redacted] oppure, come sostiene controparte, ha esposto il cliente ad un rischio superiore a quello originario.

*II.2) Dica il CTU, date le caratteristiche tecniche dell'operazione di *swap*, quale delle due controparti sia teoricamente esposta al rischio di pagamenti potenzialmente illimitati di differenziali.*

*II.3) Dica il CTU se i pagamenti dei differenziali sostenuti dal cliente nello *swap* abbiano trovato*



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

compensazione nei minori flussi per interessi corrisposti sul debito sottostante.

II.4) Ricostruisca il CTU quale sia stato, per ogni scadenza contrattuale, il totale complessivamente corrisposto dal cliente come somma di interessi sul debito e differenziali del derivato, e quale sia il tasso di interesse implicito corrispondente ad ogni singola somma.

II.5) Confronti il CTU i livelli di tasso complessivamente corrisposti dal cliente così determinati, con il livello di tasso fisso ragionevolmente ottenibile all'epoca per un mutuo a tasso fisso avente caratteristiche di ammontare e durata analoghe al mutuo in esame.

II.6) Dica il CTU se l'operazione in esame rientri nell'ambito della "negoziazione in conto proprio".

II.7) Dica il CTU se il cliente abbia subito addebiti di qualsiasi tipo che siano andati ad aggiungere ulteriori aggravii economici rispetto alle condizioni contrattualmente pattuite.

III) Con riferimento alle seguenti circostanze di natura tecnico-valutativa dedotte dalla parte convenuta in memoria ex art. 183, 6° comma, n. 2), c.p.c. datata 12.03.2016:

12) Accerti se sia vero o meno che l'IRS di cui è causa, ovvero il contratto in strumenti finanziari stipulato, appartiene alla categoria cosiddetta "plain vanilla" privo di intenti speculativi ed adatto a qualsiasi tipo di investitore.

13) Accerti se sia vero o meno che l'IRS di cui è causa è lo strumento finanziario più semplice in assoluto sul mercato finanziario e che quindi può essere venduto a qualsiasi tipologia di clientela in quanto non richiede appunto conoscenze particolari nell'ambito finanziario.

14) Accerti se sia vero o meno che il contratto IRS di cui è causa prevede lo scambio di un tasso variabile (Euribor) contenuto in un prodotto (mutuo) con un tasso fisso (IRS) al fine di consentire al cliente di mettersi al riparo dalle eventuali oscillazioni dei tassi di interesse, ovvero ha funzione di copertura.

16) Accerti se sia vero o meno che il contratto IRS stipulato (doc.1) è un contratto di sola copertura e non speculativo che non produce né guadagni né causa perdite e che ha esclusivamente scopo di copertura dei tassi di interesse con la finalità di creare un tasso sintetico fisso nella misura concordata tra le parti.

17) Accerti se sia vero o meno che in assenza di sottoscrizione del contratto IRS, la [REDACTED] avrebbe dovuto versare a [REDACTED] interessi sul mutuo al tasso fisso secondo il mercato dell'epoca e pari circa al 6,50% e pertanto una somma maggiore rispetto ai differenziali addebitati.

18) Accerti se sia vero o meno che la natura di copertura del contratto di IRS si evince anche dal semplice affiancamento della voce interessi sul debito e flussi del derivato che mostrano l'effetto compensativo dell'operazione.



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repart. n. 417/2020 del 22/04/2020

19) Accerti se sia vero o meno che, per andare incontro a tutte le esigenze del cliente, il finanziamento era stato deliberato con due anni di preammortamento. E Accerti se sia vero o meno che successivamente, dopo il pagamento di una sola rata intera, è stata concessa la moratoria con la sospensione della quota capitale per 12 mesi che ha portato un modesto disallineamento fra il piano di ammortamento del debito e quello del derivato (doc.16).

20) Accerti se sia vero o meno che nel 2013 è stata richiesta dalla [REDACTED] una seconda moratoria a seguito della quale il disallineamento del contratto di mutuo e dell'IRS si è ulteriormente accentuato influenzando sul rimborso del debito e sull'allungamento della scadenza, e che ha rallentato ulteriormente il piano di ammortamento del mutuo (doc.16).

21) Accerti se sia vero o meno che, finché il debito residuo si è mantenuto costante (primi due anni), anche gli oneri finanziari complessivi sopportati dal cliente (interessi sul debito + differenziali del derivato) si sono mantenuti su di un livello pressoché costante indipendentemente da quanto veniva di volta in volta generato dal derivato come flussi differenziali.

24) Accerti se sia vero o meno che il tasso fisso di mercato all'epoca della stipula per il contratto di mutuo era superiore al tasso sintetico pattuito con l'IRS pari al 5,10 %.

25) Accerti se sia vero o meno che, con riferimento al contratto IRS contestato, la circostanza del verificarsi di flussi negativi è unicamente dovuta alla discesa dei tassi di interesse a breve termine, che ha parallelamente comportato una riduzione degli oneri finanziari per interessi pagati sul debito sottostante e Accerti se sia vero o meno che con l'operazione de quo il cliente ha pagato esattamente quanto previsto dal contratto sottoscritto ovvero il 5,10 % sulle rate di mutuo scadute.

26) Accerti se sia vero o meno che lo scambio Euribor /IRS dipende unicamente dall'andamento generale del mercato dei tassi delle operazioni finanziarie e che in ciò solo consiste l'aleatorietà del contratto in questione.

27) Accerti se sia vero o meno che, con riferimento al contratto IRS contestato, il margine di intermediazione è perfettamente legittimo e privo di squilibrio contrattuale.

28) Accerti se sia vero o meno che l'introduzione della disclosure del prezzo per i contratti derivati, è avvenuta con la Comunicazione n. 9019104 del 2 marzo 2009, successiva quindi al contratto di cui è causa.

29) Accerti se sia vero o meno che il margine di intermediazione, altrimenti detto mark-up, è del tutto fisiologico, anzi indispensabile per la funzionalità stessa del mercato e, sino alla Comunicazione Consob n.





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

9019104 del 2 marzo 2009, era semplicemente ricompreso nel prezzo.

30) Accerti se sia vero o meno che l'importo di € 13.362,06, indicato da controparte quale costo occulto, è un mero valore teorico che non ha mai assunto il carattere di somma che la [REDACTED] abbia corrisposto o che dovesse corrispondere.

31) Accerti se sia vero o meno che la [REDACTED] in questi anni ha sempre e solo pagato il tasso fisso sintetico concordato del 5,10%

2. In esito alla espletata CTU, con sentenza n. 1127/2018 pubblicata il 9.03.2018 il Tribunale rigettava tutte le domande proposte dalla società [REDACTED] srl che condannava al rimborso delle spese processuali della controparte e al pagamento in via definitiva delle spese di CTU.

Sinteticamente, il Tribunale riteneva:

- che [REDACTED] srl aveva sottoscritto il contratto swap come operatore qualificato, con conseguente esenzione dall'applicazione degli artt. 27 e seguenti del Regolamento Consob;
- che il contratto swap stipulato contestualmente al contratto di finanziamento svolgeva correttamente la sua funzione di copertura dal rischio di oscillazione dei tassi e quindi non era un mero strumento speculativo, essendo concluso in presenza di passività esistenti in linea con il deposito e con la sua durata (causa in astratto);
- che anche in concreto l'operazione era adeguata, anche se secondo il CTU l'indicazione del tasso sintetico fisso applicato pari al 5,10% superava di mezzo punto quello che avrebbe reso adeguata l'operazione;
- che era infondata la domanda di annullamento per errore essenziale, atteso che la società aveva ottenuto esattamente quanto voluto, ossia un tasso sintetico fisso operando sulla oscillazione dei tassi di interesse di mutuo e swap;
- che era infondata la domanda di risoluzione per inadempimento contrattuale e precontrattuale per violazione degli obblighi informativi;
- che il contratto di mutuo non contemplava interessi usurari.

3. Con atto di citazione notificato il 13.09.2018 [REDACTED] srl proponeva appello chiedendo l'integrale riforma della sentenza impugnata con accoglimento delle conclusioni rassegnate



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

in primo grado ed insistendo nelle istanze di istruttoria orale già formulate in primo grado e respinte dal Tribunale.

Si costituiva la Banca appellata chiedendo il rigetto dell'impugnazione e reiterando anch'essa le istanze istruttorie respinte dal Tribunale.

All'udienza del 15.01.2019 la Corte fissava per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 24.09.2019 nella quale le parti richiamavano le conclusioni di cui ai rispettivi atti introduttivi e la Corte assumeva la causa in decisione concedendo alle parti termine di giorni 60 per il deposito di comparsa conclusionale e di successivi giorni 20 per il deposito di memoria di replica.

INDIRITTO

Nullità dell'operazione swap. Primo motivo di appello.

1. Domande della [REDACTED] srl

Nell'atto di citazione [REDACTED] srl lamentava che il contratto di IRS, pacificamente qualificabile come strumento finanziario derivato destinato ad investitori qualificati ed avente finalità speculativa, era nullo per mancanza di equilibrio finanziario all'atto di sottoscrizione e per assenza di valida causa.

In particolare, l'operazione di swap -anche laddove fosse risultata nello specifico caso finalizzata in concreto a svolgere funzione di copertura (hedging) rispetto all'esposizione finanziaria della società- di fatto era risultata assolutamente inidonea a coprire l'attrice dal rischio di variazione dei tassi di interesse e ciò per tre ordini di ragioni, così riassunte dall'attrice: a) presentava un tasso fisso maggiore rispetto ai tassi di mercato vigenti alla sua data di stipulazione; b) era strutturato in modo tale che [REDACTED] srl aveva dovuto corrispondere flussi negativi complessivi di oltre [REDACTED] euro; c) non era stato stipulato *par*, ma gravato da costi impliciti complessivi di oltre 13.000.

Il contratto era pertanto nullo sia perché privo della causa di copertura (causa in concreto) sia perché concluso in violazione dell'art. 1709 c.c. laddove non indicava il *mark to market* ed applicava di fatto un costo non esplicitato e non compensato con il riconoscimento dell'*sp front* a favore del cliente.



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

2. La sentenza di primo grado.

2.1. Il Tribunale respingeva la domanda di nullità escludendo preliminarmente che fossero invocabili gli artt. 27 e seguenti del Regolamento Consob, atteso che:

a) il contratto di swap era stato stipulato in persona del legale rappresentante [REDACTED] che aveva sottoscritto contestualmente anche la dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Regolamento Consob;

b) la trattativa si era svolta con l'assistenza del dott. [REDACTED] procuratore speciale della società, che era operatore qualificato, come dichiarato da lui nel Contratto Unico per la prestazione di servizi finanziari e accessori sottoscritto il 26.07.2007 (doc. 3 convenuta) e come emergente dallo scambio di comunicazione mail aventi ad oggetto contratti di IRS a copertura di finanziamenti di mutui a tasso variabile contratti con altri istituti di credito (doc. 4, 5, 6 convenuta);

c) a fronte di tale dichiarazione, era necessario fornire la prova della non corrispondenza al vero delle circostanze ivi dichiarate e nel caso specifico tale prova non era stata raggiunta perché la [REDACTED] nel 2009 e nel 2011 aveva sottoscritto altri due swap analoghi, salvo poi contestare anche quelli; quanto osservato dal CTU (ossia che dai documenti non risultava in capo alla società un'operatività in derivati, ma solo in conto corrente ordinario come società immobiliare) era irrilevante non solo in base alle considerazioni prima svolte, ma anche perché la Centrale Rischi era inutilizzabile in quanto prodotta nella terza memoria autorizzata ex art. 183 c.p.c. e perché l'andamento del conto corrente non era significativo e nulla escludeva che dal 1994 (data di costituzione della società) al 2004 (primi estratti conto) la società avesse operato con derivati.

2.2. Quanto al profilo di nullità per carenza di causa, il Tribunale riteneva che lo swap, stipulato contestualmente al contratto di mutuo, svolgesse correttamente la sua funzione di copertura dal rischio di oscillazione dei tassi e quindi non fosse un mero strumento speculativo, essendo stipulato in presenza di passività esistenti in linea con il debito e con la sua durata.

Riteneva poi che l'operazione fosse strutturata in modo adeguato a tale finalità di copertura, anche se secondo il CTU l'indicazione del tasso sintetico fisso applicato (5,10%) superava



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

di mezzo punto quello che avrebbe reso il contratto adeguato. Il Tribunale prendeva atto che il CTU -a seguito di una ricostruzione delle linee probabilistiche di rialzo dei tassi- aveva indicato che la previsione di rialzo dei tassi sarebbe stata limitata ad un massimo raggiungibile tra il 4,65% ed il 5,0 % (concludendo quindi che il tasso del 5,10% posizionato dalla Banca rendeva, in concreto, non adeguata l'operazione allo scopo di copertura, superando di 0,50 punti percentuali il tasso che secondo lui avrebbe potuto far considerare l'operazione viceversa adeguata); tuttavia, non condivideva tale conclusione osservando che, *come correttamente evidenziato dal CT della parte convenuta Dott. ANTOLINI Roberto, il livello del tasso fisso dell'INTEREST RATE SWAP (che rappresenta anche il livello della copertura definita dal cliente) non viene fissato liberamente dalla Banca ma dipende dal livello presente sul mercato al momento della conclusione dell'operazione; su tale livello, ovviamente, la banca deve applicare un margine per la remunerazione della propria attività.*

Aggiungeva che la differenza tra il tasso applicato (5,10%) e la maggior parte di quelli rilevati (tra i 4,85% ed il 4,92% se non il 5%) portava ad una differenza più bassa tra lo 0,25, lo 0,18% e lo 0,10%, percentuale che doveva abbassarsi ulteriormente in quanto dalla stessa doveva detrarsi il margine di guadagno della Banca che la componeva, concludendo che il "livello 5,10%" applicato in contratto ed individuato dal mercato all'epoca della stipula (mercato da cui la Banca non poteva discostarsi), comprensivo del margine di guadagno della Banca, fosse in linea con i valori espressi dal mercato in quel dato momento storico della stipula del contratto, non soltanto a livello teorico come già accertato dal CTU, bensì anche in concreto.

In ogni caso, osservava che lo squilibrio sarebbe stato comunque minimo e quindi non idoneo a rendere nullo il contratto, né a risolverlo, non essendo giuridicamente rilevante, posto che, anche a voler seguire il ragionamento e le risultanze della CTU, a fronte di una perdita causata dall'applicazione di un tasso fisso sintetico del 5,10 (perdita quantificata dal CTU in Euro 17.353,40 -cfr. la relazione scritta a pag. 62 -) vi era stato un guadagno in termini di risparmio rispetto al mutuo a tasso fisso di mercato del 5,92% (risparmio quantificato dal CTU in Euro 24.237,86 -cfr. la relazione scritta a pag. 63-).

Pertanto, se la società [REDACTED] S.r.l. avesse chiesto un mutuo a tasso fisso, lo stesso gli sarebbe stato concesso ad un tasso di mercato del 5,92%, sicché la stipula del contratto IRS





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

avrebbe prodotto a favore della società [REDACTED] S.r.l. un risparmio di euro 6.884,46, dato dalla differenza tra il risparmio rispetto al mutuo a tasso fisso (euro 24.237,86) e la perdita di euro 17.353,40.

Considerava, infine, che la sconvenienza dello swap giudicata a posteriori non era motivo per dichiararne la nullità o pronunciarne la risoluzione in quanto ogni valutazione doveva essere operata *ex ante*.

3. L'appello.

3.1. Censurando il complessivo ragionamento seguito dal Tribunale, l'appellante ricorda preliminarmente che lo swap sottoscritto dalla [REDACTED] srl, sebbene basilico (*plain Vanilla*), era comunque da qualificare come contratto derivato complesso non adatto a tutti gli investitori ed altamente aleatorio, come peraltro spiegato anche dal CTU nella parte descrittiva della sua relazione.

3.2. L'appellante lamenta poi che il Tribunale abbia superato la doglianza di nullità del contratto sulla base del carattere elementare del prodotto e della presunta esperienza finanziaria della cliente, che doveva ritenersi invece assolutamente inesistente.

Osserva che, anche in presenza di una dichiarazione ai sensi dell'art. 31 del Regolamento Consob, era stata fornita la prova contraria, considerato che il legale rappresentante [REDACTED]

[REDACTED] all'epoca della stipulazione aveva soltanto 22 anni, che gli altri due IRS erano stati sottoscritti in epoca ampiamente successiva al luglio 2007 ed erano stati tutti e tre impugnati nel 2014 con la medesima istanza di mediazione; che l'assenza di operatività in altri prodotti derivati era documentata dalla Centrale Rischio che era stata prodotta in prova contraria e quindi tempestivamente; che dagli estratti conto prodotti non emergeva operatività in strumenti derivati, così come confermato dallo stesso CTU; che la dichiarazione di operatore qualificato del procuratore speciale [REDACTED] e lo scambio di corrispondenza mail erano successive alla sottoscrizione dell'IRS in oggetto; che in ogni caso, non era stato neppure consentito alla società di ponderare l'operazione in via preventiva, atteso che durante le trattative era stato proposto dalla Banca un mutuo a tasso fisso e solo in sede di conclusione degli accordi era stato sottoposto per la firma un contratto di mutuo a tasso variabile associato ad uno swap.





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repart. n. 417/2020 del 22/04/2020

3.3. In relazione alla struttura dello specifico contratto swap stipulato dalle parti, l'appellante ribadisce poi in questo grado –in forma anche ridondante- tutti profili di nullità già esposti avanti al Tribunale.

Si duole dell'assenza di alea in capo alla Banca, atteso che lo swap partiva non *par*, ma *impar* (ossia già a svantaggio del cliente per un importo quantificato dal CTU in euro 9.710,39) senza che ciò fosse reso noto e senza che alla [REDACTED] si fosse quindi riconosciuto alcun *up front*. In relazione all'incidenza dello squilibrio iniziale dello swap sulla sua validità per difetto di causa, l'appellante cita la sentenza n. 654/2016 del 22.04.2016 di questa Corte d'Appello secondo cui *anche a prescindere dagli ulteriori profili concernenti le violazioni dei doveri informativi e di trasparenza bancaria e dei doveri connessi all'indispensabile adeguatezza delle operazioni poste in essere, violazioni, queste, pur sussistenti agli effetti risarcitori - che è inscindibile, in vista del riscontro di una causa concreta, la consapevolezza di tutte le connotazioni dello swap in capo al cliente. Incide sulla causa concreta sottostante al negozio giuridico l'occultamento di un valore negativo per il cliente stesso; la "causale" del contratto risulta falsata a livello obiettivo, in quanto comporta uno squilibrio, squilibrio non conosciuto e quindi rapportabile ad una falsa cognizione in capo al cliente della funzione stessa del contratto specifico.*

Si duole inoltre dell'assenza di accordo sui costi dell'operazione, sempre considerando il carattere *impar* dello swap al momento della sua stipulazione, evidenzia che neppure era prevista pattiziamente una commissione, laddove anzi nel contratto il punto "Commissioni" non era compilato e quindi doveva ritenersi senza costi iniziali per il cliente. L'addebito occulto di costi sarebbe gravemente illegittimo, anche analizzando la disciplina codicistica del mandato e in particolare l'art. 1709 c.c., sicché la mancata determinazione e pattuizione del compenso renderebbe nullo il contratto.

L'appellante insiste poi a rilevare l'assenza di causa in concreto.

Anche ritenendo che lo swap fosse stato sottoscritto con finalità di copertura del rischio connesso alla stipulazione di un finanziamento a tasso variabile e anche ammettendo che come tipo negoziale fosse stato correttamente scelto, di fatto poi lo stesso non aveva svolto la sua causa concreta perché il tasso indicato nell'operazione (il tasso cliente che sostanzialmente trasformava il tasso variabile del mutuo in tasso fisso) era tarato in modo eccessivamente alto perché la società potesse anche solo in prospettiva confidare nella



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

finalità di copertura, essendo inadeguato rispetto alle previsioni ed esponendo quindi il cliente ad una perdita certa, smentendo quindi la natura di aleatorietà reciproca propria del contratto.

Infine, censura l'erronea prospettiva del cd tasso sintetico: si contesta che il mutuo a tasso fisso all'epoca fosse stipulabile con un interesse del 5,92% atteso che tale circostanza non era stata provata dalla Banca. Si osserva che, comunque, il confronto avrebbe dovuto essere fatto tra il costo di un eventuale mutuo a tasso fisso e il costo della complessiva operazione finanziaria costituita dal mutuo a tasso variabile e dello swap (costo complessivo sicuramente superiore al 5,10% erroneamente indicato in sentenza). Inoltre, la stipulazione di un contratto di mutuo a tasso fisso, anche se con costo superiore, avrebbe comunque avuto il vantaggio di essere eventualmente portabile, a differenza dell'operazione complessiva conclusa con la [REDACTED]

4. La valutazione della Corte

4.1. In generale.

Il contratto IRS oggetto di giudizio è un contratto mediante il quale due parti (il cliente e la controparte bancaria) si impegnano a scambiarsi, a date fissate e per un arco temporale prestabilito, somme di denaro, quantificate applicando ad un dato importo di riferimento ("nozionale"), due diverse tipologie di tassi di interesse.

Quello in oggetto fa parte della più diffusa forma di IRS denominata *plain vanilla swap* che si caratterizza per il fatto che uno dei due flussi di pagamenti è basato su un tasso di interesse fisso, mentre l'altro è indicizzato a un tasso di interesse variabile. Le variazioni del tasso variabile, rispetto ai livelli ipotizzati al momento della conclusione del contratto, determinano il profilo di rischio/rendimento del prodotto. In particolare, se il tasso variabile risulta superiore alle aspettative, chi è obbligato a pagare il tasso fisso matura un profitto (in quanto, fermo restando i pagamenti a tasso fisso cui è obbligato, riceverà pagamenti a tasso variabile di importo superiore a quanto previsto). Il contrario se il tasso variabile scende.

Gli elementi fondamentali che devono essere pattuiti e stabiliti in sede di stipulazione sono 1) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); 2) il capitale di riferimento, detto





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

“nozionale” (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; 3) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi; 4) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; 5) le date di pagamento (*payment dates*), e cioè le date in cui vengono scambiati i flussi di interessi; 6) il livello del tasso fisso, pagato dalla controparte che intende tutelarsi dal rischio di rialzo del saggio di interesse (██████████ sì); 7) il tasso variabile di riferimento e la relativa data di rilevazione (c.d. *fixing date*).

Ancora in via generale, l'IRS è tipicamente un derivato c.d. *over the counter*: i suoi aspetti fondamentali sono definiti dalle parti, il suo contenuto non è etero regolamentato (come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi) ed è uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente.

4.2. Funzione astratta di copertura

Quanto in particolare allo *swap* oggetto di giudizio, è pacifica la sua finalità di copertura. La Consob ha stabilito tre specifici criteri in forza dei quali il derivato possa ritenersi avere finalità di copertura (Comunicazione Consob n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 e Comunicazione Consob n. DEM/1026875 dell'11 aprile 2001): deve essere stato sottoscritto esplicitamente al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; deve esserci un'oggettiva correlazione delle caratteristiche tecnico-finanziarie tra il rapporto preesistente oggetto della copertura e il derivato sottoscritto; la banca deve aver adottato procedure di controllo interno idonee per assicurare l'effettivo rispetto delle due condizioni suesposte.

Dall'esame unitario del contratto di finanziamento (e relativo piano di ammortamento) e dell'accessorio contratto di IRS, emerge che (come confermato dallo stesso CTU alla pag. 60 della relazione) il derivato in questione aveva sicuramente finalità di copertura in quanto ha un sottostante di cui protegge il tasso di interesse per livelli superiori al 5,10%; ha un piano di ammortamento identico a quello del mutuo sottostante; affiancando la voce interessi sul debito e flussi del derivato ne emerge inequivocabilmente l'effetto teoricamente compensativo dell'operazione.

Il contratto di mutuo prevedeva un capitale finanziato di euro 600.000 da restituire in rate



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

trimestrali posticipate con l'applicazione di un interesse pari all'Euribor 3 mesi + 0,15% e uno spread di 0,85%; in sostanza, quindi, l'interesse passivo da corrispondere da parte di [redacted] srl era pari all'Euribor 3mesi + 1%; il contratto prevedeva che il capitale finanziato iniziasse ad essere rimborsato dalla rata scadente al 30.09.2009 con versamenti costanti di euro 15.000 mentre per il periodo anteriore era pattuito il pagamento dei soli interessi sul capitale finanziato (vedi piano di ammortamento pag. 46 e seguenti della relazione).

Lo swap era strutturato in modo che il nozionale corrispondeva al capitale finanziato (quindi pari a euro 600.000 per le prime 8 rate e con progressiva riduzione di euro 15.000 per ciascuna delle successive 40 rate come nel piano di ammortamento del mutuo) e prevedeva il "tasso parametro banca" pari all'Euribor 3 mesi e "il tasso parametro cliente" pari al 5,10% sul nozionale, sicché alle scadenze prefissate era pattuito che la Banca pagasse l'Euribor 3 mesi e il cliente pagasse il 5,10% sul medesimo nozionale.

In tal modo, in astratto, in forza della combinazione dei due contratti, l'Euribor veniva sostanzialmente compensato (sul medesimo nozionale l'Euribor pagato dal cliente per il finanziamento veniva compensato con l'Euribor pagato dalla Banca per lo swap) e il cliente pagava complessivamente il tasso fisso del 6,10% (di cui 5,10% per lo swap e l'1% per lo spread del finanziamento), così come confermato dal CTU alla pag. 44 terzo capoverso, alla pag. 51 terzo capoverso, alla pag. 61 primo capoverso.

Può pertanto affermarsi che lo swap in oggetto aveva idoneità a coprire il rischio dell'innalzamento dei tassi del mutuo stipulato a tasso variabile, trasformandolo in mutuo a tasso fisso al 6,10% per effetto della combinazione con il derivato.

Risulta pertanto fondata la doglianza di parte appellante sull'erroneità dell'asserzione contenuta in sentenza sull'assenza di pregiudizio per la [redacted] laddove il Tribunale osservava che: *l'adeguatezza del contratto e la sussistenza di una valida causa dello stesso la si evince dalla provata convenienza in termini di risparmio del contratto stesso ovvero dal fatto che, come accertato dal CTU, comparando i costi di un contratto di mutuo all'epoca dei fatti di causa (individuato dal CTU nel 5,92%) con il tasso fisso sintetico ricavato dall'INTEREST RATE SWAP (5,10%), è risultato che l'operazione ha comportato un risparmio per la società [redacted] S.r.l. di Euro 24.237,86, ben superiore, tra l'altro, al costo occulto (margine di guadagno) della [redacted]*



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

██████████ accertato dal CTU Euro 9.710,00. (vedi pag. 26 sentenza).

È, infatti, evidente che il confronto dovrebbe al più essere fatto tra i costi di un contratto di mutuo a tasso fisso (ipoteticamente pari ad un interesse del 5,92% come individuato dal CTU) e i costi del mutuo (a tasso variabile) e del derivato associato, costi pari al 6,10% (mutuo a tasso variabile + swap con tasso parametro cliente 5,10%), come peraltro esposto nella relazione peritale a pag. 68 (*Come illustrato al paragrafo n. 5.3.3.3 e al paragrafo n. 5.3.7, il tasso fisso che la banca avrebbe potuto ragionevolmente applicare al cliente era pari al 5,92%, per tanto superiore al tasso sintetico pattuito con l'Irs e pari al 5,10%. Se invece per tasso sintetico si vuole esprimere la sommatoria dei tassi fissi pagati dal cliente sull'intera operazione finanziaria (in quanto i flussi variabili si annullano), allora dalla tabella esposta al paragrafo n. 5.3.3.3 risulta che la società attrice, per i primi due anni dalla sottoscrizione del contratto di swap, ha sempre pagato il tasso sintetico del 6,10% dato dalla seguente sommatoria: Tasso fisso del contratto di swap: 5,10%; Sommatoria degli "spread" contenuti nel contratto di mutuo, come descritto al paragrafo n. 5.3.4: 0,85%+0,15%. In tale caso il tasso fisso che la banca avrebbe potuto ragionevolmente applicare al cliente era pari al 5,92%, per tanto lievemente inferiore al tasso sintetico pattuito con l'intera operazione finanziaria pari al 6,10%*).

Neppure appare congruo il confronto tra i costi del mutuo a tasso fisso che ██████████ avrebbe ipoteticamente potuto stipulare (al 5,92%) e il tasso corrispondente ai flussi effettivamente pagati dalla società appellante (tabella pag. 53 della relazione), atteso che il paragone deve essere compiuto tra unità omogenee e quindi sulla scorta delle astratte pattuizioni e non del concreto svolgimento del rapporto; e ciò anche perché, nel caso di specie, lo stesso ha avuto un andamento anomalo a causa del disallineamento dei nozionali. Il CTU ha, infatti, rilevato che dalla documentazione versata agli atti risultava che la società si era resa morosa nel pagamento della rata del 31.12.2009 (pagata solo per la quota di interessi) e nelle tre successive, ██████████ srl aveva chiesto ed ottenuto una moratoria sul debito sottostante, che ha portato un modesto disallineamento fra il piano di ammortamento del debito e quello del derivato; successivamente è stata concessa una nuova moratoria, sicché con la rata scadente il 30.09.2013 è stata pagata una rata inferiore a quella dovuta in quanto il capitale versato è stato di euro 10.500 anziché di euro 15.000. Le successive tre rate non sono state pagate e quindi, a far data dal 31.12.2014, la quota di rimborso del capitale è stata ridotta ad euro 10.500. Inevitabilmente il piano di



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

ammortamento è stato allungato di 20 rate e pertanto la scadenza, inizialmente fissata per il 30 Giugno 2019, è stata fissata al 30 Giugno 2024.

E' evidente che il mancato rispetto del piano di ammortamento e le richieste di moratoria con contestuale allungamento del periodo di ammortamento del debito, hanno creato un disallineamento con l'ammortamento del contratto derivato e hanno fatto sì che il nozionale di riferimento per il mutuo e per lo swap fossero via via diversi, con conseguente effetto che il cliente, di fatto e a causa di ciò, ha pagato un tasso sintetico inferiore a 6,10% (pari al 5,987%, vedi pag. 66 relazione: *L'effetto di quanto sopra descritto ha pertanto determinato che il cliente, anziché pagare il tasso sintetico del 6,10% ha pagato un tasso minore e più precisamente pari al 5,987%. La ragione della riduzione del tasso per il cliente è data dal fatto che il minor importo del nozionale rispetto al debito residuo determina un minor costo dell'operazione finanziaria da imputarsi prevalentemente alla parte fissa del derivato*).

Tale situazione comporta che il risparmio di euro 24.237,86 a favore del cliente (quale minore costo sopportato dal cliente rispetto al caso di stipulazione del mutuo a tasso fisso) è dato non rilevante e non significativo di fatto, perché confronta i flussi effettivamente corrisposti dalla [REDACTED] srl (anche per effetto di quel disallineamento) e il costo di un mutuo a tasso fisso al 5,92%.

4.3. Il Mark to market

I contratti derivati possono essere suddivisi tra contratti *par* e contratti *non par*. Il derivato si definisce *par* quando il valore di partenza del contratto è nullo, e cioè non è né positivo e né negativo per entrambe le parti. Se ciò non avviene, il contratto si definisce *non par*, e presenterà, già nel momento iniziale, un valore di mercato negativo per una delle due parti; ciò accade poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato. Nei contratti *non par* l'equilibrio contrattuale viene ristabilito attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti. Tale pagamento, definito *up front*, corrisponde al valore di mercato negativo del contratto.

Nel caso in esame, dalla lettura del contratto emerge che manca una clausola relativa all'addebito di commissioni implicite (o meglio, lo spazio relativo all'ammontare delle Commissioni è sbarrato) e non è presente nessuna informazione in merito all'indicazione





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

del *Mark to Market* alla stipula, alle relative modalità di calcolo, ai costi impliciti e agli scenari probabilistici che sottendono l'operazione; anzi, nel contratto è indicata la dicitura "*Commissioni: ==*"; apparentemente, quindi, non erano pattuiti costi a carico del cliente e lo swap era trattato come "par".

Il CTU, incaricato di accertare l'esistenza e consistenza di eventuali costi impliciti, operava nel seguente modo: individuava la curva dei tassi Eurirs al momento della sottoscrizione del contratto, a partire dalla quale, applicando la matematica finanziaria, calcolava i tassi *forward* Euribor per ciascuna delle date rilevanti ai fini della determinazione dei flussi di cassa; calcolava quindi i flussi di cassa nell'ipotesi in cui i tassi Euribor in futuro fossero uguali ai tassi *forward* calcolati secondo il punto precedente, nonché considerando opportunamente le condizioni contrattuali pattuite, di volta in volta, tra le parti; successivamente, determinava la differenza dei flussi di cassa a carico della banca rispetto a quelli a carico della società, il c.d. "pay off" determinato per ciascun periodo di maturazione degli interessi, come specificato nel contratto di sottoscrizione dell'IRS e quindi determinava il valore corrente al momento della sottoscrizione dell'IRS calcolando il valore attuale dei flussi di cassa come precedentemente determinati, addivenendo alla quantificazione di un costo implicito per il cliente pari a euro 9.710,39.

È dunque pacifico che nel caso di specie il contratto swap non era *par*; comportava quindi al momento della stipulazione un *mark to market* negativo per il cliente senza riconoscimento di un *up front* da parte della Banca e, anzi, prevedeva espressamente che non vi erano commissioni applicate.

Ciò chiarito in fatto, in diritto va escluso che l'indicazione del *mark to market* sia elemento essenziale del contratto e, conseguentemente, che la sua mancanza in sé ne determini automaticamente la nullità.

Il valore negativo dello swap al momento della stipulazione, corrispondente ad un valore di mercato (*mark to market*, appunto) negativo per il cliente a tale data, senza riconoscimento di un corrispondente premio (*up front*) costituisce –per argomentazione stessa dell'appellante– una commissione/costo implicito che in sé non è affatto né illegale né idoneo a determinare una nullità per difetto di causa, atteso che l'oggetto del contratto non è certo identificato nel *fair value* iniziale, ma è costituito dallo scambio di differenziali



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

calcolati su un capitale nozionale di riferimento, con un'alea che non è alterata dalla stipulazione di un contratto IRS *non par* (vedi in motivazione Cassazione civile sentenza n. 18781 del 28.07.2017: *Orbene, va premesso che la individuazione della causa concreta del contratto, e cioè degli interessi perseguiti dalle parti con la specifica stipulazione negoziale, costituisce accertamento di fatto riservato al giudice del merito. Non è quindi possibile affermare, a priori e in astratto, che tutti i contratti atipici dei quali in qualche modo si predichi la riconducibilità alla tipologia cd. "Interest Risk Swap" con up front siano di per sé nulli, essendo necessario verificare caso per caso se il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti sia lecito e persegua o meno interessi meritevoli di tutela (e ciò a prescindere dalla teorica qualificazione della tipologia contrattuale dello swap come commutativa o aleatoria, ovvero come scommessa legalmente autorizzata, qualificazione che evidentemente in quest'ottica non rileva affatto). Nella specie, la corte di appello ha accertato in fatto che nei concreti rapporti negoziali stipulati tra le parti non vi era alcuna effettiva commistione tra la causa aleatoria del contratto di "Interest Risk Swap" e la causa del sottostante rapporto di finanziamento (cd. up front), che tali due cause negoziali concrete rimanevano autonome e distinte, senza essere in alcun modo snaturate dal collegamento tra i due rapporti, e senza alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale (cfr. pag. 14 della sentenza impugnata). La corte di appello ha cioè accertato in concreto la validità della causa dei contratti stipulati dalle parti, non limitandosi a considerazioni di carattere generale e astratto.)*

Le parti ben possono pattuire margini o commissioni in favore della Banca, ma devono convenirlo espressamente e l'applicazione di commissioni deve essere anche espressamente indicata in contratto. In sé, tuttavia, la mancata indicazione della commissione è fattore che –in sé e per sé considerato– attiene non tanto alla nullità/validità del contratto quanto al profilo informativo, pur essendo chiaro indice di uno sbilanciamento dello swap in senso negativo per il cliente, verificatosi nel caso di specie, alla luce di quanto si va ad argomentare

4.4. Causa in concreto.

Qualunque sia la finalità per il quale viene stipulato (di copertura o speculativo), il contratto *swap* ha natura aleatoria, posto che le prestazioni reciproche, individuate nel regolamento contrattuale, dipendono da un parametro che è per sua natura variabile (nel caso specifico, il tasso di interesse); il rischio deve essere misurabile da entrambe le parti sulla scorta dei



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

criteri e dei modelli che il regolamento contrattuale richiami e indichi, e deve essere valutato *ex ante* e non *ex post* (vedi Cassazione civile sentenza n. 18724 del 13.07.2018: *premesso che il contratto di swap non è certo in sé immeritevole — e ritenere il contrario costituirebbe del resto una grottesca compressione dell'autonomia negoziale —, nel quadro di applicazione del secondo comma dell'articolo 1322 c.c. (v. p. es. Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, la quale sostiene che, in caso di swap con funzione di «copertura» occorre che vi sia una correlazione tra l'operazione ed il rischio da coprire, v. pure Cass. 18 luglio 2017, n. 18781) [...] nel caso di specie l'immeritevolezza è fatta discendere non già dall'intrinseca conformazione del rapporto, ma dagli esiti economici prodottisi ex post, peraltro sulla base di valutazioni di parte come tali prive di qualunque efficacia probatoria. Ora, è facile ritenere «pressoché impossibile» l'aumento dei tassi di interesse, quando, alla scadenza del periodo di riferimento, un incremento non vi sia stato: ben più difficile è preannunciare in anticipo ciò che accadrà, per il che — per l'appunto — viene stipulato il contratto IRS con funzione di copertura delle possibili oscillazioni dei tassi di interesse, oscillazioni che, nella comune esperienza, non sono affatto né impossibili, né necessariamente lievi. Sicché, in definitiva, il sostenere in una fattispecie come quella considerata la tesi della nullità del contratto per mancanza di causa, in conseguenza della mancanza di alea, possiede in sé — e cioè se l'assenza di causa non emerga alla stregua del testo contrattuale valutato *ex ante* — la stessa fondatezza che avrebbe la tesi della nullità del contratto di assicurazione per il rischio di incendio o di terremoto, che costituiscono normalmente eventualità remote alquanto, una volta che l'incendio o il terremoto non abbiano avuto luogo. Insomma, i contratti aleatori sono previsti dall'ordinamento e non vanno certo incontro in se stessi ad un giudizio di immeritevolezza. È fortemente opinabile, poi, se il giudizio di meritevolezza possa essere impiegato a fini di riequilibrio equitativo del contratto, ma certo — ammesso che ciò sia possibile — l'operazione va almeno compiuta secondo una valutazione operata *ex ante*, non *ex post*, sì da giudicare meritevoli i contratti di swap in cui l'investitore ha guadagnato e immeritevoli quelli in cui ha perso).*

Conseguentemente, a poco rileva in sé la constatazione che nel corso di esecuzione del contratto [redacted] srl abbia dovuto sempre pagare differenziali a sé sfavorevoli, atteso che la sussistenza di una causa concreta dello specifico contratto deve essere valutata sulla base della struttura e del contenuto del contratto derivato all'atto della sua stipulazione.

Se è vero che il derivato in questione, essendo contratto aleatorio, risulta per sua natura soggetto ad un'apprezzabile componente di rischio e che in astratto, come si è visto, lo strumento derivato risultava effettivamente idoneo a realizzare la finalità di copertura dal



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

rischio dell'innalzamento dei tassi di interesse (pattuiti in misura variabile nel collegato contratto di mutuo), è altrettanto vero che l'esistenza in concreto di tale causa (che rende il contratto meritevole di tutela giuridica) dipende dalle specifiche pattuizioni concordate tra le parti e, in particolare, dalla indicazione di un "tasso parametro cliente" tarato in modo tale da rendere bilaterale l'alea contrattuale in funzione prospettica. Solo se entrambe le posizioni contrattuali risultano effettivamente soggette a un'apprezzabile componente di rischio, il contratto, nella sua struttura specifica e individuale, supera il vaglio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c. Diversamente, ove l'incertezza circa l'andamento del differenziale viene in concreto a gravare soltanto sul cliente, il contratto è nullo per difetto di causa in concreto.

Va dunque valutato se il contratto oggetto di causa, stipulato con pacifica funzione di copertura (causa in astratto), contenesse parametri idonei anche in concreto a perseguire tale risultato, seppure con l'alea propria dello strumento derivato, essendo evidente che la causa concreta sarebbe insussistente laddove, con valutazione *ex ante* riferita al momento della sua stipulazione, fosse strutturato in modo tale da non comportare alcun rischio per la Banca e differenziali sempre negativi per il cliente.

Tale impostazione, poi, prescinde dalla qualifica del cliente come "operatore qualificato" ai sensi dell'art. 31 Regolamento Consob, che è profilo che attiene agli obblighi informativi previsti a carico della Banca e non alla causa del negozio, la cui sussistenza –con particolare riferimento al derivato avente funzione di copertura- deve essere valutata nell'ottica della idoneità a svolgere detta funzione in base alle specifiche condizioni contrattuali convenute. Diversamente detto, soltanto laddove si accertasse che *ex ante* e in concreto il contratto oggetto di causa fosse sostenuto da valida causa, si porrebbe il problema della corretta informazione precontrattuale fornita al cliente da parte della Banca in prospettiva della domanda di risoluzione per inadempimento e risarcimento del conseguente danno.

Il CTU accertava che nel caso di specie i tassi d'interesse *overnight* a termine nell'area dell'euro impliciti nei tassi swap previsti dal mercato nel periodo in cui il contratto di mutuo ed il contratto derivato esplicavano i suoi flussi ed erano stati stipulati, erano compresi fra il 4,1% ed il 4,9%, e che l'Eurirs per le varie scadenze temporali era compreso fra il 4,65% (circa) ed il 5,00% (circa), sicché posizionare il tasso fisso al 5,10%, a suo





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

avviso, non era adeguato allo scopo di copertura che il contratto doveva avere. In sintesi la Banca ha chiesto al cliente il pagamento di un tasso che, seppur apparentemente in linea con le previsioni del mercato, in realtà ne era superiore di mezzo punto percentuale. Infatti, il tasso del 5,10% pagato dal cliente era posizionato ad un livello che non era previsto come raggiungibile nel periodo attenzionato, e quindi ha esposto il cliente ad una perdita certa (pag. 44 – pag. 49 relazione).

Specificamente rispondendo al quesito sulla funzione di copertura dello swap, il CTU ribadiva che “il contratto derivato di cui è causa prevede lo scambio del tasso variabile (Euribor), utilizzato anche per calcolare le rate di interesse del mutuo sottostante all’operazione di copertura, con il tasso fisso del 5,10%. Il fine dell’operazione, come già ampiamente illustrato in precedenza, non è quello di consentire al cliente di mettersi al riparo dalle eventuali oscillazioni dei tassi di interesse, ma è quello di mettersi al riparo del rialzo del tasso di interesse (Euribor) al di sopra del 5,10%, evento che però era assai improbabile che si verificasse, come illustrato al paragrafo n. 5.3.3.4. In ogni caso il contratto derivato aveva una funzione di copertura, anche se probabilisticamente irrealizzabile”.

In replica alle osservazioni svolte dal CT della Banca, il CTU confermava le proprie conclusioni (vedi pag. 81) rilevando che: “con riferimento al paragrafo n. 5.3.3.4 il consulente sottolinea che lo scrivente ha citato il tasso di interesse “overnight” ripreso dai bollettini della Banca Centrale Europea. Lo scopo della citazione – peraltro utilizzata in molte altre perizie e mai contestata – è quello di fare vedere sulla base di una fonte ufficiale la curva prevista dei tassi. E’ vero che l’“overnight” è un tasso particolare in quanto è il tasso al quale le banche prestano denaro per la durata massima di 24 ore ma è comunque un indicatore utilizzato a livello europeo. Peraltro la nota in calce alla figura n. 1 illustra quanto segue: “... *La curva dei tassi a termini impliciti, che è derivata dalla struttura per scadenza dei tassi di interesse di mercato osservati, riflette le aspettative del mercato riguarda i futuri livelli dei tassi di interesse a breve termine...*”. Lo scrivente pertanto conferma quanto illustrato nella relazione. Sempre con riferimento al paragrafo n. 5.3.3.4 il consulente osserva che lo scrivente ha ritenuto non corretto il tasso fisso del 5,10% applicato dalla banca che sarebbe stato “... *superiore di almeno mezzo punto percentuale ...*” rispetto al mercato. In effetti, sulla base



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

dell'andamento dei tassi lo scrivente ha potuto verificare che la frase non è corretta laddove l'avverbio "almeno" deve essere espunto. Per quanto riguarda la quantificazione della correttezza del tasso del 5,10% lo scrivente ritiene di confermare la propria tesi. Infatti, mentre il consulente di parte utilizza per sostenere la corretta quantificazione del tasso di riferimento la parte più remota della curva dei tassi illustrata nel paragrafo, quella che evidenzia tassi compresi fra il 4,85% ed il 4,92%, lo scrivente ha basato la propria determinazione mediando i tassi di tutto il periodo e comunque in considerazione che la vita media del prestito era di 6,875 anni. Sarebbe come dire che la copertura avviene solo nell'ultimo periodo mentre in tutti quelli precedenti il differenziale fra il tasso fisso e quello variabile (inferiore) rimane a carico del cliente, quindi non realizzando nessuna copertura. Infine a sostegno della bontà della tesi il consulente della banca ricorda che il tasso incorpora anche il compenso della banca. Ma ciò non muta le conclusioni dello scrivente".

Le considerazioni svolte dal CTU appaiono condivisibili e, anzi, l'allegazione della necessaria previsione di un legittimo compenso per la Banca è la migliore dimostrazione che la taratura del tasso parametro cliente era stata individuata più elevata proprio per consentire alla Banca di conseguire comunque un margine di guadagno anche in corso di esecuzione del contratto, laddove al contrario l'unica commissione legittimamente applicabile dall'intermediario è quella iniziale (qui pari a euro 9.710,39 peraltro non dichiarata e anzi negata esplicitamente nel contratto) mentre in fase esecutiva la Banca svolge esclusivamente il ruolo di intermediario che scambia flussi di interesse.

Ne consegue la nullità del contratto swap per difetto di causa in concreto, con obbligo per la Banca appellata di restituire alla [REDACTED] srl i differenziali effettivamente corrisposti, come emergenti dalle contabili dei flussi prodotti in primo grado fino al 31.12.2016 e quindi in grado di appello ai doc. 3 e 4 per il periodo successivo fino al trimestre di giugno 2019, pari a complessivi euro [REDACTED] (calcolati tenendo conto dell'importo dei differenziali di euro 130.837,95 calcolati nella CT di parte attrice -all. 19 alla relazione peritale- alla data del 31.12.2015 corrispondenti a quelli di cui alla tabella a pag. 52 della CTU, aggiungendo quelli del 2016 indicati dal CTU in detta tabella, nonché quelli documentati per il periodo successivo con i doc. 3 e 4 di parte appellante).

Su detta somma spettano gli interessi nella misura legale dalla domanda al saldo per i





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repart. n. 417/2020 del 22/04/2020

differenziali corrisposti fino alla data di notifica dell'atto di citazione di primo grado e dai singoli addebiti al saldo effettivo per i differenziali corrisposti nel corso del giudizio.

Sono assorbiti gli altri motivi di appello e le altre domande relative al contratto derivato (annullabilità e risoluzione, risarcimento dei danni).

Contratto di mutuo. Quinto motivo di appello.

1. Il Tribunale rilevava che, come accertato dal CTU, alla data di stipulazione del contratto di mutuo e del contratto derivato il TEGM applicabile *ratione temporis* al mutuo era pari al 5,58%, che determinava un tasso soglia dell'8,37% nettamente superiore ai tassi pattuiti in contratto e ciò avuto riguardo sia all'ISC del 5,368% ricalcolato dal CTU e perfettamente coincidente con quello indicato in contratto, sia con l'ISC del 5,66% ricalcolato tenendo conto dei costi occulti generati dall'IRS. Escludeva pertanto che la clausola determinativa degli interessi debitori fosse nulla ex art. 1815 comma 2 c.c.

Quanto alla doglianza circa l'errata indicazione dell'ISC nel mutuo, osservava che, *anche ammesso che si fosse in presenza di due contratti uniti da un collegamento negoziale, non era corretto congiungere (al fine del calcolo del assertedo tasso di usura) i tassi di interessi (pattuiti con il contratto di mutuo) e il differenziale pagato nell'ambito del contratto swap; si tratta invece di due categorie del tutto differenti, per altro sorte nell'ambito di due operazioni contrattuali che (sebbene collegate) sono chiaramente distinte: l'una volta alla remunerazione della sovvenzione di credito effettuata, l'altra finalizzata alla "copertura" e disciplina del rischio di oscillazione del tasso variabile prescelto (Euribor); tale disomogeneità non consente di assimilare due valori ai fini del calcolo dell'usura. Il differenziale maturato nell'ambito del contratto swap non è invece un costo del credito ricevuto, ma solo il risultato di una pattuizione finanziaria collaterale intervenuta tra le parti.*

2. L'appellante censura tale punto della decisione ribadendo che l'indicazione dell'ISC nel contratto di mutuo doveva comprendere anche il costo dello swap e quindi l'effetto dei differenziali.

Al di là della reiterazione delle allegazioni difensive già esposte in primo grado, l'argomento non appare sviluppato in modo critico rispetto alla sentenza.

La circostanza che il derivato sia stato sottoscritto con l'evidente funzione di copertura del



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

contratto di mutuo a tasso variabile coevo comporta che i due contratti erano collegati, ma non implica affatto che il finanziamento in sé avesse un costo superiore a quello indicato (correttamente comprensivo soltanto del costo complessivo di quella operazione comprensivo delle spese, delle commissioni e degli interessi che accedevano alla stessa).

Il collaterale swap non è un "ulteriore costo" accessorio del finanziamento, ma è stato stipulato con la funzione di rendere fisso il tasso variabile del mutuo, dal quale rimane peraltro separato quanto a condizioni, effetti e costi.

Risulta pertanto infondata la pretesa di parte appellante di gratuità del mutuo o di rideterminazione degli interessi debitori del finanziamento nella misura legale di cui all'art. 117 TUB.

Va peraltro osservato che –nelle conclusioni definitive rassegnate dall'appellante– l'importo oggetto della richiesta di restituzione è il medesimo, sia in relazione alla domanda di nullità dello swap sia in relazione alla richiesta di gratuità del mutuo, laddove invece ciascuno dei due contratti ha determinato ovviamente addebiti distinti (vedi tabella pag. 52 relazione peritale, nella quale sono indicate in separate colonne i differenziali dello swap e gli interessi del mutuo).

Il rigetto delle domande relative al contratto di finanziamento va dunque confermato.

Spese

È noto che il giudice di appello, allorché riformi in tutto o in parte la sentenza impugnata, deve procedere d'ufficio, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, ad un nuovo regolamento delle spese processuali, il cui onere va attribuito e ripartito tenendo presente l'esito complessivo della lite poiché la valutazione della soccombenza opera, ai fini della liquidazione delle spese, in base ad un criterio unitario e globale, mentre, in caso di conferma della sentenza impugnata, la decisione sulle spese può essere modificata soltanto se il relativo capo della sentenza abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione. (vedi Cassazione civile sez. 3 ord. n. 9064 del 12.04.2018).

Tenuto conto che [redacted] si è risultata complessivamente vittoriosa rispetto alla domanda di nullità del contratto di swap, le spese di entrambi i gradi di giudizio sono a carico di parte convenuta appellata.

Tenuto conto delle tariffe vigenti, dello scaglione di valore della controversia (euro

Firmato Da: SILVA RENATA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 5cd6573caacd542ae54e61badf128b3
Firmato Da: BONAUDI ROBERTA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6b6d1600934890466aeeeb4bb4c6bf
Firmato Da: VICARI IMARIA ROSA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 4531e65d671a56d2223d86c5498084



Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

██████████, dell'attività difensiva svolta nei due gradi, della media complessità delle questioni trattate, della nota spese depositata dall'attrice in primo grado, le spese poste a carico di ██████████ spa si liquidano nel seguente modo:

- per il primo grado: euro ██████████ per la fase di studio, euro ██████████ per la fase introduttiva, euro ██████████ per la fase istruttoria ed euro ██████████ per la fase decisoria, per complessivi euro ██████████ per compensi, oltre euro ██████████ per esborsi (CU, marca e costo notifica),
- per il secondo grado: euro ██████████ per la fase di studio, euro ██████████ per la fase introduttiva ed euro ██████████ per la fase decisoria, per complessivi euro ██████████ per compensi oltre euro ██████████ per esborsi (CU e marca), oltre spese generali al 15%, CPA e IVA di legge

Le spese di CTU di primo grado sono definitivamente poste a carico di parte convenuta appellata.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa civile DI APPELLO iscritta al n. 1786/18 R.G. promossa da ██████████ srl nei confronti della ██████████ ogni diversa istanza, eccezione e deduzione reiette, così decide:

- 1) In parziale accoglimento dell'appello e in parziale riforma della sentenza n. 1127/2018 pubblicata il 9.03.2018 dal Tribunale di Torino, dichiara la nullità del contratto derivato swap stipulato dalle parti in data 18.07.2007 per difetto di causa e per l'effetto dichiara tenuta e condanna ██████████ alla restituzione in favore di ██████████ srl dei differenziali corrisposti in esecuzione di detto contratto, pari alla somma di euro ██████████ alla data del giugno 2019, oltre interessi legali dalla domanda per i differenziali corrisposti fino alla notifica dell'atto di citazione e dai singoli addebiti per i differenziali maturati successivamente;
- 2) Condanna la ██████████ al rimborso delle spese di lite in favore di ██████████ srl che si liquidano: per il primo grado in complessivi euro ██████████ per compensi, oltre euro ██████████ per esborsi e per il secondo grado in complessivi euro ██████████ per compensi oltre euro ██████████ per esborsi, oltre spese generali al 15%, CPA e IVA di legge.





Sentenza n. 383/2020 pubbl. il 22/04/2020

RG n. 1786/2018

Repert. n. 417/2020 del 22/04/2020

- 3) Pone definitivamente a carico di [REDACTED] le competenze della CTU svolta in primo grado.

Così deciso nella Camera di Consiglio della I Sezione Civile in data 14/02/2020

Il Consigliere estensore

dott. Roberta Bonaudi

Il Presidente

dott. Renata Silva

