

Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI BENEVENTO

Il Giudice dott. Rocco Abbondandolo,  
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nei giudizi riuniti iscritti ai nn. n. 1955/2017 n. 3011/2017 e 338/2013

Promossi da

-  SRL con sede legale in   
in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore   
, con Avv.ti Bistolfi Riccardo e Mazzeo Ornella  
-  con Avv.ti Bistolfi Riccardo e Primarosa Domenico e Lucio Russo;  
- , Commissario Liquidatore società a responsabilità limitata   
con sede legale in  con   
Avv.ti Bistolfi Riccardo e Primarosa Domenico e Lucio Russo  
 attori

Banca

convenuta

Banca

convenuta – opposta

Banca

convenuta – opposta

Agenzia delle Entrate Riscossione

convenuta opposta

Avente ad

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 62c6312cc6b5d63574512709b15d1a8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

OGGETTO: nullità contratti - risarcimento danni- opposizione a cartelle esattoriali

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La sentenza ha ad oggetto i seguenti giudizi riuniti:

Giudizio n. R.G. 338/2013- Introdotto davanti al Tribunale di Ariano Irpino, ora accorpato a questo Tribunale.

Con l'atto introduttivo del giudizio iscritto al n. 338 del 2013, la società a responsabilità limitata con sede legale

in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore nonché

nella qualità di garanti- fideiussori della S.r.l.

verso il citavano in giudizio la predetta banca ed esponevano:

-La società per l'esercizio della propria attività commerciale, a decorrere dall' 8 maggio 2007 aveva intrattenuto con l'allora

della Banca (oggi a seguito della incorporazione), il rapporto di conto corrente contraddistinto con il numero 21237T;

a decorrere dal 18 marzo 2008, sempre per l'esercizio della propria attività commerciale, la società aveva intrattenuto con la Filiale di della il rapporto di conto corrente contraddistinto con il numero 127.16.

Ciò premesso, asserivano che tali rapporti bancari, erano stati gestiti dalla Banca oggi convenuta in modo del tutto anomalo, non solo perché la stessa aveva applicato tassi di interessi passivi ultra-legali, maggiori di quelli originariamente pattuiti, con addebito e capitalizzazione di commissioni di massimo scoperto nonché di spese, per altro anch'esse variate in senso sfavorevole al cliente senza alcuna pattuizione né comunicazione preventiva.

Così facendo la Banca non solo aveva lucrato competenze ben maggiori di quelle consentite ad un ordinario sviluppo di rapporto bancario, ma altresì, aveva costruito un rapporto fiduciario solo apparentemente paritario ponendosi in una condizione di superiorità schiacciante nei confronti dell'impresa cliente, non fornendo documentazione alcuna delle operazioni eseguite e delle linee di credito erogate ed

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f7709b1 sda8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

infine con la possibilità di revocarle proprio per la situazione di fatto che la stessa aveva volutamente creato.

Aggiungevano che in data 25 giugno 2010, su sollecitazione della

, la società , in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, dott. , aveva stipulato il contratto di mutuo fondiario (rogito del dottor , notaio in , Repertorio nr. , Raccolta nr. ), di euro 1.300.000,00 (un milione trecento mila euro virgola zero centesimi), da rimborsarsi in quindici anni, maggiorata degli interessi computati al tasso Euribor 6M, aumentato 2,75 % (T.A.E.G. dichiarato dalla Banca pari al 3,72%). In base all'art. 5 del rogito citato, a garanzia della puntuale restituzione del capitale mutuato e dell'esatto adempimento di tutte le obbligazioni assunte dal mutuatario, la società concedeva in favore della

, ipoteca sull'immobile ove è ubicata la propria sede legale in , ipoteca iscritta presso la competente Conservatoria dei RR.II.

In data 13 luglio 2010 era stato accreditato l'importo di euro 1.288.433,55 (con valuta 13 luglio 2010), ma in pari data la Banca aveva dato disposizione di bonificare a proprio favore pari importo per "coprire" i saldi negativi dei finanziamenti, del conto corrente ordinario e del portafoglio commerciale anticipato. Sempre in data 29 luglio 2010, la sollecitava il dottor , amministratore unico della società a sottoscrivere un'opzione "CAP", che avrebbe avuto la finalità di cautelare l'azienda contro il rischio di aumenti del tasso di interesse applicato al contratto di mutuo fondiario appena stipulato.

Per l'esecuzione di tale operazione la società sosteneva un costo iniziale complessivo di euro 62.000,00.

Tutto ciò premesso deducevano la nullità del mutuo fondiario per difetto di causa. Asserivano che "la descritta operazione di mutuo posta in essere dalle parti, deve essere esaminata sotto il profilo causale utilizzando la nozione di causa concreta del contratto, intesa quale funzione economico individuale del contratto, o "causa in concreto" consistente nella: "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato).

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - NG CA 3 Serial#: 62c6512ccba5df635745f709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

Il mutuo è un contratto il cui interesse sociale perseguito, è quello di finanziare mentre nel caso di specie, la società risultava già debitrice del e la somma mutuata era stata utilizzata dal

non già per concedere un finanziamento, ma per coprire una preesistente passività oltre che costituire un'ipoteca a garanzia di un debito precedente.

Aggiungeva che per tali motivi, anche la garanzia era viziata sotto il profilo causale, in quanto causa concreta di garanzia pare incompatibile con il tipo legale del mutuo, con conseguente nullità ex art. 1418 cod. civ.

Il rapporto di garanzia è legato da un nesso di interdipendenza unilaterale a quello principale di cui segue la sorte.

In particolare, l'accessorietà dell'ipoteca, rispetto al debito, ne determina l'estinzione a seguito del venir meno di quest'ultimo."

Eccepivano ancora, in via subordinata, la società, unitamente ai suoi fideiussori, la nullità del mutuo fondiario stipulato con il in data 25 giugno 2010 (rogito del dottor, notaro in, Repertorio nr., Raccolta nr.) per violazione della legge Antitrust. Giudizio R.G. n.

Attori:

Convenuti:

Con l'atto introduttivo del giudizio R.G. n. 3011/2017, gli attori convenivano dinanzi all'Intestato Tribunale la al fine di sentir dichiarare la nullità dei due contratti di finanziamento stipulati dalla Banca convenuta con la S.r.l. rispettivamente, in data 25 luglio 2007 ed in data 25 giugno 2010, e dei contratti con i quali venivano sottoscritti dall'amministratore della società, dei prodotti finanziari (contratto "Fix to Floater" stipulato in data 27 luglio 2007, il contratto di interest rate swap stipulato in data 29 luglio 2010, il contratto di opzione finanziaria CAP stipulato in data 29 luglio 2010 dalla S.r.l. ex art. 23 d.Lgs. nr. 58 del 1998) al dichiarato scopo di neutralizzare i rischi scaturenti dalla fluttuazione dei tassi d'interesse applicati ai finanziamenti fondiari appena stipulati. Parte attrice esponeva che i due contratti di finanziamento fossero da ritenersi nulli in quanto la Banca mutuante aveva applicato un costo complessivo

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512cc6a5d635745f709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

del credito (Indicatore Sintetico di Costo – I.S.C.) inferiore rispetto a quello comunicato al momento della sottoscrizione ed aveva applicato un tasso di interesse superiore al tasso soglia usura vigente al momento della loro stipula.

Per quanto concerne in particolare il contratto di finanziamento ipotecario stipulato in data 27 luglio 2007 parte attrice sollevava un ulteriore profilo di nullità dello stesso per indeterminatezza relativa al tasso di base di riferimento Euribor per il conteggio degli interessi e per contrarietà dell'oggetto del contratto all'ordine pubblico ed economico. Chiedeva quindi, una volta accertata la nullità dei contratti di finanziamento, di dichiarare la nullità dell'ipoteca e delle garanzie fideiussorie prestate a garanzia dei suddetti finanziamenti e condannare la Banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite e al risarcimento dei danni.

Esponeva inoltre più di un motivo di nullità anche rispetto ai contratti di conto corrente contraddistinti con i numeri 21237T e 127.16, per aver applicato dei tassi passivi di interesse superiori rispetto a quelli legali, per aver accreditato delle somme a titolo di "commissioni di massimo scoperto" e a titolo di "nuove commissioni sull'accordato" da reputarsi illegittime per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto conseguentemente dichiarare non dovuti gli interessi e gli altri accessori conseguenti all'accredito di tali somme. Si costituiva la Banca

contestando l'avverso dedotto ed eccependo in via preliminare la litispendenza del presente giudizio con altro avente lo stesso oggetto e pendente dinanzi allo stesso Tribunale. Sempre in via preliminare la Banca eccepeva la improcedibilità della domanda per essere vigente un lodo arbitrale irrituale a tacitazione della controversia relativa ai medesimi rapporti contrattuali tra la banca e la società. Nel merito eccepeva poi l'infondatezza e l'illegittimità delle avverse deduzioni ed eccezioni.

Giudizio R.G. n. 1955/2017

Attori:

Convenuti:

Oggetto: opposizione all'esecuzione delle cartelle esattoriali per il pagamento di 340.000,00 Euro (giudizio instaurato in origine dinanzi al Tribunale di Roma che ha dichiarato la propria incompetenza in favore del Tribunale di Benevento).

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f709b1 fda8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

Con atto di citazione ritualmente notificato e  
riassumevano il giudizio di opposizione avverso le due cartelle esattoriali di  
Equitalia Sud Spa di 360.001,88 Euro, irritualmente instaurato dinanzi al Tribunale di  
Roma. Tempestivamente riassunto il giudizio dinanzi al Tribunale territorialmente  
competente a conoscere della suddetta opposizione all'esecuzione, gli opposenti  
assumevano di essere soci e garanti fideiussori della società in concordato  
preventivo S.r.l. la quale, in data 31/03/2011 aveva sottoscritto con la  
Banca un contratto di finanziamento a medio lungo  
termine per la somma di 430.000,00 Euro, garantito, oltre che dalle due fideiussioni  
personali prestate dai due soci opposenti, dal Fondo per le Piccole e Medie Imprese  
della nella misura dell'80% dell'importo erogato. A  
fronte dell'inadempimento della S.r.l., nel settembre del 2012,  
provvedeva ad escutere immediatamente la garanzia prestata dal Fondo  
della nella misura garantita di 344.000,00 Euro. Il  
attivava pertanto la procedura esecutiva nei confronti della  
società garantita, che nel frattempo era stata ammessa al concordato preventivo con  
decreto di omologa del Tribunale di Benevento del 2/12/2014, e dei soci garanti ed  
odierni opposenti per il recupero coattivo di tale somma, mediante l'iscrizione al  
ruolo escussione della somma in questione. Da qui, la notifica delle cartelle di  
pagamento n. 01220150009450635001 e n. 01220150009450635001 oggetto della  
presente opposizione, con le quali intimava a  
in data 4/08/2015 e a in data 14/08/2015, in qualità di  
garanti fideiussori della S.r.l., di pagare entro il termine di 60 giorni la  
somma complessiva di 360.001,88 Euro. Nel merito gli opposenti eccepivano la  
nullità del contratto di finanziamento stipulato in data 31/03/2011 e per il quale  
avevano prestato garanzia fideiussoria, per difetto di causa assumendo che la  
somma mutuata di 430.000,00 Euro non era mai entrata concretamente nella  
disponibilità della S.r.l. e che la stessa serviva esclusivamente a coprire  
il saldo negativo di una serie di posizioni contrattuali già in essere con la stessa  
rispetto alle quali la società aveva maturato una consistente  
posizione debitoria. A tal fine, la difesa di e ripercorreva  
schematicamente il lungo e travagliato rapporto contrattuale intercorso tra la

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f7709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

e la Banca dal 2007 al 2013, contraddistinto dal continuo susseguirsi di aperture/chiusure di conti corrente, stipula di contratti di finanziamento, sottoscrizione contratti di derivati finanziari "fix to floater" e di "interest swap" ecc. Ebbene, secondo la prospettazione di parte opponente le somme intimate con le cartelle esattoriali opposte sarebbero illegittime perché derivanti di un contratto di finanziamento, quello del 31/03/2011, nullo per difetto assoluto di causa perché l'effettivo scopo del suddetto mutuo trascenderebbe quello del finanziamento e sarebbe esclusivamente quello della creazione di un'obbligazione virtuale per ottenere garanzie fideiussorie o ipotecarie a copertura di esposizioni negative derivanti da precedenti posizioni contrattuali intrattenute dalla con quali il contratto di mutuo fondiario di 4 mln di Euro stipulato in data 25/07/2007, il contratto di mutuo di 1.300.00,00 Euro del 25/06/2010 ed una serie di contratti di conto corrente, rispetto ai quali gli opposenti ponevano in evidenza una serie di profili di nullità.

Si costituiva la Banca la quale, in rito, eccepiva la nullità della domanda per inesistenza del petitum e della causa petendi e nel merito l'infondatezza delle contestazioni sollevate da parte opponente relative a tutti i rapporti con la elencati nell'avverso atto di citazione. In particolare, sull'eccezione di nullità del contratto di finanziamento del 31/03/2011 per difetto di causa, faceva rilevare che le parti avevano espressamente previsto che lo stesso avrebbe avuto lo scopo di ripianare le passività a breve delle esposizioni che la aveva con la Banca. In ordine alle contestazioni mosse alla debitoria derivante dal contratto di mutuo del 25/06/2010, la Banca rilevava che anche rispetto a tale contratto l'eccezione di nullità per mancanza di causa fosse del tutto pretestuosa atteso che lo stesso era stato stipulato dalle parti al dichiarato fine di perseguire quella specifica funzione economico-individuale di coprire pregresse esposizioni debitorie portate dalla società nei confronti della stessa Banca e ad ogni modo eccepiva, rispetto alle sollevate questioni di legittimità e validità di tale contratto di mutuo, la litispendenza di altro giudizio, dinanzi allo stesso Tribunale di Benevento, avente numero di R.G. 338/2013. La Banca convenuta contestava poi specificamente nel merito tutte le avverse eccezioni relative alla previsione di tassi usurari e di tassi di interesse indeterminati o

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

indeterminabili, alla previsione di un tasso di riferimento Euribor illegittimo, all'applicazione ai contratti di conto corrente di una commissione di massimo scoperto illegittima, concludendo per il rigetto di tutte le domande di parte opponente con vittoria di spese.

Si costituiva anche la Banca \_\_\_\_\_ eccependo anzitutto l'irritualità della domanda così come introdotta dagli attori atteso che la stessa più correttamente avrebbe dovuto essere instaurata nelle forme della opposizione all'esecuzione e/o della revocazione del credito ammesso. Rilevava poi il proprio difetto di legittimazione passiva, per essere la controversia tutta incentrata sulla validità ed efficacia dei rapporti contrattuali intercorrenti tra la \_\_\_\_\_ S.r.l. e la Banca \_\_\_\_\_ e non specificamente incentrato sulla validità del contratto di finanziamento del 31/03/2011 assistito dalla garanzia del Fondo della stessa Banca \_\_\_\_\_.

Ad ogni modo faceva rilevare come il suddetto contratto di mutuo avesse causa lecita richiamando a tal fine delle pronunce della giurisprudenza di merito che in casi analoghi hanno riconosciuto come aventi causa lecita dei finanziamenti, concessi dietro garanzia fideiussoria, che perseguono uno specifico scopo soggettivo, incluso quello di sanare debiti pregressi verso la medesima banca mutuante. Infine, facendo leva sulla natura "autonoma" della garanzia prestata in favore del finanziamento di cui è causa, assumeva l'inopponibilità nei suoi confronti di eventuali profili di nullità del rapporto giuridico fondamentale garantito. Concludeva pertanto per la dichiarazione di inammissibilità ed improcedibilità della domanda ed il rigetto nel merito di tutte le richieste avanzate ex adverso.

I giudizi venivano riuniti e veniva disposta ctu contabile, anche ad integrazione di quella già disposta nel giudizio preventivamente introdotto nel 2013.

All'esito, sulle conclusioni delle parti come da verbale in atti e dopo che le parti stesse hanno depositato memorie difensive, a seguito di discussione, la causa è stata assegnata a sentenza e deve essere decisa.

#### Motivi della decisione

Nella decisione della causa va premesso, sotto il profilo procedurale, che:

- non sussiste litispendenza tra il giudizio arbitrale, già conclusosi con la pronuncia del lodo, tra le medesime parti e qualcuno dei giudizi in questa sede trattati, non

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - NG CA 3 Serial#: 62c6512cc8a5df637457709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

rilevandosi l'identità del petitum e della causa petendi, che servono ad integrare la litispendenza, unitamente all'identità delle personae;

- non può ritenersi inammissibile il giudizio di opposizione alle cartelle esattoriali emesse da Equitalia (cui è succeduta Agenzia Entrate riscossione ope legis e quindi senza interruzione del giudizio) per il recupero del credito vantato da

per le causali di cui appresso, così come eccepito da parte opposta, che ha sostenuto che la parte avrebbe dovuto proporre opposizione all'esecuzione od agli atti esecutivi. Ed infatti, la cartella non attiene propriamente alla fase esecutiva, dovendosi la stessa equiparare ad un atto di precetto, per cui avverso la stessa possono essere fatti valere, con un giudizio ordinario, da proporsi innanzi al Giudice competente ed avente giurisdizione in relazione alla natura del credito ( ed in questo caso il Tribunale ordinario), tutte le questioni di merito, relative alla sussistenza del credito, e quindi all'inesistenza del diritto fatto valere, così come in questo caso.

- Infine, va confermata la disposta riunione dei giudizi, stante la connessione oggettiva e soggettiva e tanto anche con riferimento al giudizio iscritto al n. 1955/2017, attesa la evidente connessione, in relazione alla contestazione del credito da parte degli opposenti e considerata la natura accessoria e dipendente del credito stesso, derivante da un rapporto di garanzia, e considerato che negli altri giudizi riuniti si controverte del rapporto principale cui accede quello di garanzia.

In ogni caso la riunione dei giudizi attiene ad un aspetto puramente organizzativo del processo e non incide sull'eventuale autonomia delle singole domande.

---Ciò premesso in rito, nel merito della controversia, osserva questo Giudice quanto segue.

Costituiscono oggetto dei giudizi riuniti , una serie di rapporti di conto corrente bancario, di finanziamento da parte della \_\_\_\_\_ alla \_\_\_\_\_ con la garanzia, ipotecaria o fidejussoria di \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ e dei contratti collegati di "derivati".

**I contratti di mutuo che vengono in esame sono i seguenti:**

1 Atto 25 luglio 2007 a rogito del dottor \_\_\_\_\_ Notaio in \_\_\_\_\_  
(Repertorio nr. \_\_\_\_\_ Raccolta nr. \_\_\_\_\_ ) dell'importo di 4.000.00 di euro.

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - NG CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 sdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

2- Atto 25 giugno 2010 a rogito del dottor \_\_\_\_\_ Notaio in  
(Repertorio nr. \_\_\_\_\_ Raccolta nr. \_\_\_\_\_) dell'importo di 1.300.000,00 euro.

3- Mutuo fondiario con proroga del periodo di ammortamento (rep. 157953/23815 del  
07.07.2010).

4- Contratto in data 31/03/2011 dell'importo di 430.000,00 euro di finanziamento a  
medio lungo termine.

**I contratti di "derivati" che costituiscono oggetto del giudizio sono i seguenti:**

1- Operazione finanziaria "Fix floater Amm." (Str. 1301)

In data 02.08.2007 la Società sottoscriveva con Banca \_\_\_\_\_  
l'operazione finanziaria "Fix floater Amm."

2- Operazione finanziaria di "Cap" (n° 95752 9053 30/07/2010-1) in data 30.07.2010.

3- Operazione finanziaria di "Interest Rate Swap" (n° 95753 9053 30/07/2010-1)

**Ricostruzione cronologica dei rapporti.**

-La Società, in data 25.07.2007, con atto per Notaio \_\_\_\_\_  
sottoscriveva con la Banca \_\_\_\_\_ un contratto di mutuo fondiario a  
tasso indicizzato Euribor con ammortamento graduale del capitale;

-Contratto di mutuo fondiario \_\_\_\_\_ in data 25 giugno 2010 (rogito del dott.  
\_\_\_\_\_ notaio in \_\_\_\_\_ rep. n. 157890, Racc. n. 23769) di €. 1.300.000,00, con  
garanzia ipotecaria prestata da \_\_\_\_\_ con tasso  
indicizzato Euribor con ammortamento graduale del capitale.

- Mutuo fondiario con proroga del periodo di ammortamento (rep. 157953/23815 del  
07.07.2010).

Nell'anno 2010, la parte mutuataria Società Panfharma chiedeva alla Banca \_\_\_\_\_  
di prorogare la durata dell'ammortamento del  
mutuo fondiario sottoscritto il 25 luglio 2007 fino al 10 ottobre 2024. A seguito  
dell'accoglimento della domanda da parte della Banca, con deliberazione del 27  
maggio 2010, la durata dell'ammortamento del mutuo originario fu prorogata, per  
cui il periodo di ammortamento del mutuo, iniziato il 10 ottobre 2007, sarebbe  
scaduto il 10 ottobre 2024; la Società si obbligava a rimborsare il capitale del  
mutuo, quale residuo alla data del 10 ottobre 2009 pari a € 3.355.195,80, in n. 30  
rate semestrali posticipate alle scadenze del 10 aprile e del 10 ottobre di ogni anno  
ad iniziare dal 10 aprile 2010.

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fda8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

-In data 31/03/2011 stipulava con la Banca un contratto di finanziamento a medio lungo termine per la somma di 430.000,00 Euro, garantito, oltre che dalle due fidejussioni personali prestate dai due soci oppONENTI, dal Fondo per le Piccole e Medie Imprese della nella misura dell'80% dell'importo erogato.

Collegati ai contratti di mutuo erano dei contratti di derivati sopra riportati.

I movimenti dare ed avere confluivano sui conti correnti contraddistinti dai numeri 127.16 e 21237T.

**IL MUTUO DEL 2007-** Nella decisione della causa occorre muovere dal contratto originario di mutuo, dell'importo di euro 4.000.000,00 stipulato nel 2007, mutuo fondiario a tasso indicizzato Euribor (Repertorio n° 152348).

Si trattava di un finanziamento a medio – lungo termine (superiore ai 18 mesi) il cui rimborso, garantito da ipoteca concessa dalla sui beni immobili di pertinenza, doveva avvenire mediante pagamento di rate periodiche comprensive di capitale e interessi, secondo un piano di ammortamento definito al momento della stipula del contratto. Rispetto al tasso iniziale, il tasso di interesse poteva variare, con scadenze prestabilite, secondo l'andamento del parametro di indicizzazione fissato nel contratto. L'importo concesso dalla Banca alla Società era di € 4.000.000,00. Quest'ultima si obbligava per sé, successori aventi causa, in via solidale ed indivisibile fra tutti, a rimborsare il finanziamento con il pagamento di n. 20 rate di ammortamento semestrali posticipate ciascuna inizialmente di € 262.686,92, comprensive di capitale ed interessi a tasso indicizzato Euribor 3 mesi, aventi scadenza, in funzione della rateizzazione, il 10 aprile ed il 10 ottobre di ogni anno. La scadenza della prima rata era fissata al 10.04.2008 e l'ultima il 10.10.2017. L'importo del mutuo venne erogato sul c/c 21237 T in data 25.07.2007 con l'accredito della somma di euro 4 mln in data 26.07.2007; tale somma trattenuta inizialmente dalla banca a titolo di deposito cauzionale, in data 14.08.2007, veniva accreditata sul conto corrente n. 21237 T.

Il tasso d'interesse, sia per il periodo di preammortamento che per quello di ammortamento, veniva determinato come segue:

a) inizialmente fu stabilito ed accettato nella misura del 5,50% nominale annuo. Tale tasso d'ingresso si sarebbe trasformato a regime nel tasso nominale di cui al

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba5df635745f7709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

successivo punto b) non prima che fosse trascorso un periodo di almeno due mesi solari dalla data di erogazione del finanziamento, a partire dal giorno 11 immediatamente successivo alla scadenza di tale periodo;

b) a regime, il tasso d'interesse nominale annuo sarebbe stato pari all' Euribor a 3 mesi lettera così come rilevato dall' Euribor Panel Steering Committee l'ultimo giorno lavorativo bancario di ciascun mese solare aumentato di uno spread di 1,10 punti percentuali ed arrotondato allo 0,05 superiore. Il tasso così rilevato sarebbe stato applicato a partire dal giorno 11 di ciascun mese successivo a quello della rilevazione e sino al giorno 10 del mese seguente.

Riguardo alle condizioni ed oneri, la parte finanziata (la Società) si impegnò a corrispondere alla Banca le spese di seguito indicate: € 2.500,00 per l'erogazione del finanziamento; € 2,00 per incasso singola rata; € 10.000 (0,25% del capitale mutuato), quale imposta dovuta ai sensi del D.P.R. 29/9/1973 n. 601, Legge n. 101 del 30/07/2004, di conversione del D.L. n. 168/2004 e loro successive modificazioni ed integrazioni; € 12,36 a titolo di premio annuo, alla scadenza della prima rata dell'anno, per "assicurazione infortuni", preventivamente richiesta con riferimento il suddetto finanziamento; € 20,00 per duplicato certificazione interessi; le spese di ogni genere dipendenti ed occasionate dalla domanda di finanziamento.

Tenendo conto delle spese che, secondo le allora vigenti disposizioni in materia, concorrono al calcolo, il TAEG (Tasso annuo effettivo globale- o ISC -Indicatore sintetico di costo-) risultava essere, all'epoca di sottoscrizione, pari al 5,45%.

Le rate pagate complessivamente ammontano ad euro 1.180.979,89.

Il TAEG indicato nel contratto di mutuo era del 5,45%.

Il ctu, includendo tra i costi dell'operazione, ai fini della determinazione del TAEG o ISC anche quelli relativi al contratto di derivati collegato e considerati gli interessi moratori, ha accertato che il tasso di mora inizialmente pattuito alla data del 25.07.2007 era pari a due (2) punti in più rispetto al tasso applicato al finanziamento. Il tasso d'interesse annuo inizialmente pattuito era del 5,50% annuo e pertanto il tasso di mora inizialmente pattuito era del 7,50% annuo.

L'indagine effettuata e richiamata nella perizia del 25.02.2017 ha evidenziato che il tasso annuo effettivo globale dell'operazione complessiva relativa al mutuo ipotecario rep. 152348/19733 del 25.07.2007 (mutuo + derivato), all'atto della

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6b112ccba fdf6357457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

sottoscrizione del contratto era pari al 5,63% (in quel momento il tasso soglia previsto per i mutui a tasso variabile dal D.M. attuativo della L. 108/1996 era pari all'8,370%). Sicchè l'operazione rientra nel tasso soglia, a prescindere dal computo o meno, e per cui è controversia, del costo del derivato.

È stata eccepita da parte attrice l'erronea indicazione nel contratto, perchè inferiore a quella effettiva, del TAEG.

Relativamente alla omessa od erronea indicazione del TAEG/ISC, va premesso che la disciplina di riferimento è prevista dagli artt. 116 e 117 D.P.R. n. 385 del 1993, che impongono alle Banche di pubblicizzare in modo chiaro le condizioni economiche applicate nei rapporti con i clienti e l'art. 116, comma 3 T.U.B. demanda il compito di individuare più specificamente gli obblighi informativi in capo agli istituti di credito al CICR, che, con Delib. del 4 marzo 2003, ha demandato alla Banca d'Italia l'individuazione dei contratti per i quali gli istituti di credito devono riportare espressamente l'indicatore sintetico di costo ed indicarne il contenuto ed i parametri di calcolo.

La Banca d'Italia, dando esecuzione alla citata normativa, ha disciplinato l'ISC nel Titolo X delle proprie Istruzioni di vigilanza ed ha emanato le disposizioni sulla "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" il 29 luglio 2009, successivamente integrate il 9 febbraio 2011), secondo cui i finanziamenti (intesi come operazioni di mutuo, anticipazioni bancarie, aperture di credito in conto corrente, nonché i prestiti personali e i prestiti c.d. "finalizzati") devono riportare nel foglio illustrativo e nel documento di sintesi l'ISC, calcolato secondo la formula prevista dalla Banca d'Italia per il TAEG.

Ciò posto, va osservato che si sono diffusi vari orientamenti sulle conseguenze della difformità tra l'ISC indicato in contratto e quello concretamente applicato: secondo l'orientamento, condiviso in questa sede, l'indicazione nel contratto di un ISC inferiore rispetto al TAEG costituisce una violazione dell'art. 117, comma VI, del TUB, secondo cui sono da ritenersi nulle quelle clausole che prevedono per i clienti condizioni economiche più sfavorevoli di quelle pubblicizzate, con conseguente nullità della clausola relativa agli interessi e, conseguentemente, la necessità di applicare - in sostituzione del tasso dichiarato nullo - il tasso nominale dei buoni ordinari del tesoro ai sensi dell'art. 117, comma 7 TUB (v. Trib. Chieti, n. 230 del 23

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf6357457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

aprile 2015). In senso conforme Tribunale Roma Sentenza n. 18189 del 26 settembre 2018, nella quale però si fa derivare, quale effetto, la restituzione o il non addebito di quelle spese non indicate ed eccedenti il TAEG effettivamente indicato, sempre sul presupposto, anch'esso condivisibile, che le disposizioni, previste espressamente per i contratti conclusi dai consumatori siano applicabili a qualsiasi contratto di mutuo o finanziamento.

Tenuto conto che il TAEG indicato nel contratto differisce dal TAEG effettivo, viene effettuato il ricalcolo del debito residuo alla data del 07.07.2010 applicando gli interessi sostitutivi ex art. 117 co. 7 TUB. Il capitale residuo alla data del 07.07.2010 era pari ad euro 2.954.254,29. (anziché di 3.083.333,86 alla data del 07.07.2010).

**CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO CON PROROGA DI AMMORTAMENTO REP. 157953/23815 DEL 07.07.2010.**

Nell'anno 2010, la parte mutuataria (la Società) chiedeva alla Banca

di prorogare la durata dell'ammortamento del mutuo fondiario sottoscritto il 25 luglio 2007 fino al 10 ottobre 2024. In virtù dell'accoglimento, da parte della Banca, con deliberazione del 27 maggio 2010, della suddetta domanda:

la durata dell'ammortamento del mutuo originario fu prorogata, per cui il periodo di ammortamento del mutuo, iniziato il 10 ottobre 2007, avrebbe avuto nuova scadenza al 10 ottobre 2024;

la parte mutuataria (la Società) si obbligava a rimborsare il capitale del mutuo, quale residuo alla data del 10 ottobre 2009 pari a € 3.355.195,80 in n. 30 rate semestrali posticipate alle scadenze del 10 aprile e del 10 ottobre di ogni anno ad iniziare dal 10 aprile 2010, come da piano di ammortamento.

Dagli atti risulta che nessuna rata è stata pagata del secondo mutuo proroga del primo. Il TAEG non risulta indicato in contratto essendo una proroga del solo piano di ammortamento.

L'indagine compiuta dal ctu ha evidenziato che il tasso annuo effettivo globale dell'operazione complessiva del mutuo rep. 157953/23815 del 07.07.2010 (mutuo + derivato), all'atto della sottoscrizione del contratto era pari al 5,77% (in quel momento il tasso soglia previsto per i mutui a tasso variabile dal D.M. attuativo della L. 108/1996 era pari al 3,84%).

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - NG CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fda8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

In questo caso, superandosi il tasso soglia, va applicata la sanzione della gratuità (art. 1815 c.c.), per cui l'importo residuo per sorta capitale sul mutuo in esame alla data del 06.11.2012 (data decorrenza degli effetti della domanda di concordato preventivo della S.r.l.) era pari ad euro 2.954.254,29.

Nell'accertamento degli oneri che concorrono alla determinazione del tasso soglia si è tenuto conto anche del costo del contratto di derivati collegato. Nell'affrontare la problematica è necessario richiamare da un lato le disposizioni che individuano gli elementi rilevanti ai fini del TAEG e della soglia antiusura e dall'altro quelle che disciplinano gli strumenti finanziari derivati.

L'art. 1, comma 2, lett. e d, e, f, g e j, e comma 3, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (il "Testo Unico della Finanza"), prevede gli "strumenti finanziari" e gli "strumenti finanziari derivati".

I derivati sono contratti da cui trae origine uno strumento finanziario.

Essi si basano su di un sottostante (ed. underlying) da cui deriva il loro valore (o meglio la loro base di valorizzazione) e da cui tuttavia si affrancano, in quanto contratti dotati di una propria ed assoluta individualità ed autonomia.

Il contratto di swap su tassi di interessi - denominato anche interest rate swap o IRS- si configura allorché le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare (detto capitale 'nozionale', che non è oggetto di effettivo scambio tra le parti) per tutta la durata del contratto. Con tale contratto, le parti si impegnano a versare e a riscuotere a date prestabilite importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi (ad esempio, il differenziale tra un tasso fisso ed uno variabile). La forma più semplice di IRS è quella denominata Plain vanilla (o fixed to floating interest rate swap). Nel plain vanilla le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro, applicando al nozionale rispettivamente un tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest'ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi.

A partire dagli anni '90 accanto ai plain vanilla le banche hanno introdotto dei nuovi strumenti derivati, detti strutturati, che combinano il classico plain vanilla con opzioni di tipo 'cap' o 'floor'. L'opzione 'cap' (letteralmente 'cappello') è un'opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione 'floor' (letteralmente 'pavimento'), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi. La composizione tra l'acquisto di un'opzione 'cap' e la vendita di un'opzione 'floor' genera un contratto 'collar' (letteralmente 'colletto'), mediante il quale viene fissata una fascia di oscillazione del tasso variabile individuato.

Attraverso tale strumento/contratto, le parti - una banca o un'impresa d'investimento, da un lato, ed un operatore economico, dall'altro lato - si impegnano, sulla base di uno schema convenuto, a scambiarsi flussi di cassa , esigibili a determinate scadenze periodiche e calcolati applicando due diversi tassi d'interesse (fisso e variabile) ad un capitale di riferimento, detto valore nozionale . Nella prassi, è sovente la previsione di una clausola di compensazione (ed. nettine;) in forza della quale i contraenti si obbligano ad effettuare in pari data i rispettivi pagamenti (tasso fisso vs variabile); tuttavia, lo scambio avviene attraverso un'unica prestazione liquidata per differenze e cioè, si determina il saldo residuo netto delle contrapposte posizioni compensando le reciproche partite di credito e debito.

La causa della struttura contrattuale risiede nell'alternativa tra una finalità di copertura da un rischio finanziario attuale (ed. hedging) e una finalità meramente speculativa (ed. trading).

Nel primo caso, i contraenti sono esposti a rischi opposti quanto all'evoluzione dei tassi e, pertanto, la parte che è indebitata a tasso variabile inverte la sua condizione d' indebitamento corrispondendo alla controparte un tasso fisso, mentre quella indebitata a tasso fisso sostituisce a quest'ultimo uno variabile.

Ciascun contraente, pertanto, non modifica il rapporto con il creditore originario, ma ottiene dall'altro la provvista necessaria per annullare il rischio finanziario di aggravio dell'onere degli interessi.

La giurisprudenza di merito, richiamando la direttiva Consob n. 9901391/99, ha elaborato degli indici che consentono di verificare se al contratto di swap su tassi d'interesse possa essere attribuita un'autentica finalità di copertura. A tal riguardo si richiedono strette correlazioni tra alcuni elementi, quali: il nozionale del contratto derivato ed il debito oggetto di copertura; il tasso applicato all'importo finanziato e

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba 5df635745f7709b1 5da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

quello utilizzato nel contratto IRS; le scadenze dei pagamenti del debito e le rate dello swap; infine, la durata del debito e la durata del derivato medesimo. A tali indici di elaborazione giurisprudenziale, si è aggiunto recentemente il dato normativo: l'art 2426 c.c., nella versione post decreto legislativo n. 139/ 2015, qualifica come aventi causa "di copertura" quegli strumenti che abbiano "una stretta e documentata correlazione tra le caratteristiche dello strumento o dell'operazione coperti e quelle dello strumento di copertura".

Diversamente, qualora i contraenti, o almeno uno di essi, non abbiano alcuna preesistente posizione finanziaria aperta, la funzione del derivato IRS è classificata in via residuale di carattere speculativo. Sicchè i detti contratti sono stati ricondotti ai contratti consensuali, ad effetti obbligatori, a prestazioni corrispettive e di durata. Discussa è, invece, la sua natura, aleatoria o commutativa.

La tesi che ne afferma la natura commutativa poggia sull'assunto secondo cui le prestazioni che devono essere eseguite dalle parti sono certe e che l'entità delle stesse è determinata, o comunque determinabile, in base a parametri di riferimento certi.

Il contratto di swap stipulato al fine di perseguire una finalità di copertura tende ad eliminare o almeno contenere il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse in relazione ad un sottostante impegno finanziari).

Il descritto strumento finanziario è, quindi, sostanzialmente assimilabile ad un'assicurazione ed in tal modo è stato prospettato nei diversi giudizi promossi ed aventi ad oggetto tali strumenti finanziari.

Quanto alla rilevanza delle spese di assicurazione e quindi dello strumento di copertura derivato, ai fini della determinazione del TEG, la normativa di divieto dei rapporti usurari - così come in radice espressa [dall'art. 644 cod. pen.](#), nella versione introdotta dalla [L. n. 108 del 1996](#), nel suo art. 1 - considera rilevanti tutte le voci del carico economico che si trovino applicate nel contesto dei rapporti di credito. Secondo quanto in effetti dispone la norma del comma 5 dell'art. 644, "per la determinazione del tasso di interessi si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito". Del resto, non avrebbe neppure senso opinare diversamente nella prospettiva della repressione del fenomeno usurario, l'esclusione

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fda8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

di talune delle voci per sé rilevanti comportando naturalmente il risultato di spostare - al livello di operatività della pratica - la sostanza del peso economico del negozio di credito dalle voci incluse verso le voci escluse. Pure da stimare sicuro è che detto carattere "onnicomprensivo" per la rilevanza delle voci economiche - nel limite esclusivo del loro collegamento all'operazione di credito - vale non diversamente per la considerazione penale e per quella civile del fenomeno usurario.

L'unitarietà della regolamentazione - così come la centralità sistematica della norma dell'art. 644 per la definizione della fattispecie usuraria sotto il profilo oggettivo, che qui specificamente interessa - si trova sottolineata, del resto, dallo stesso fatto che la [L. n. 108 del 1996](#) viene a considerare pari passo entrambi questi aspetti (cfr., in particolare, la disposizione dell'art. 4). La centralità sistematica della norma dell'art. 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia.

Con riferimento alle spese di assicurazione, le istruzioni stabiliscono che "ai sensi della legge il calcolo del tasso deve tenere conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito. In particolare, sono inclusi ... le spese per le assicurazioni o garanzie, imposte dal creditore, intese ad assicurare al creditore il rimborso totale o parziale del credito".

Del resto, sono le stesse istruzioni emanate nel 2001 dalla Banca d'Italia a suggerire un'interpretazione di piena conformità del relativo dettato al principio espresso nella norma dell'art. 644: non certo a caso il loro incipit si sostanzia nella riproduzione del testo del comma 5 della norma appena richiamata.

Anche le istruzioni successivamente emanate in materia dalla medesima Banca vengono indirettamente a confermare l'interpretazione appena sopra delibata. Durante il corso del 2009, in effetti, nel procedere a una revisione generale delle

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf6357457709b1 sdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

medesime Banca d'Italia ha tra l'altro precisato che restano incluse nel conto di usurarietà "le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ..., se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo è contestuale alla concessione del finanziamento".

La contestualità tra credito e assicurazione integra una presunzione di "collegamento" tra questi elementi come richiesto dal comma 5 dell'art. 644 c.p..

La Suprema Corte ha affermato, infatti, il seguente principio di diritto: "In relazione alla ricomprensione di una spesa di assicurazione nell'ambito delle voci economiche rilevanti per il riscontro dell'eventuale usurarietà di un contratto di credito, è necessario e sufficiente che la detta spesa risulti collegata all'operazione di credito. La sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di contestualità tra la spesa e l'erogazione" (cfr. Cass. civ. n. 8806 del 05/04/2017).

Sicché si deve concludere che le operazioni di derivati, aventi la finalità di garanzia o copertura del credito, come quelle assicurative, comportano delle spese o costi valutabili ai fini del Taeg.

*Le domande relative ai mutui del 25/6/2010 e del 2011.*

Il mutuo del 2010.

s.r.l., stipulavano con la Banca un contratto di mutuo fondiario in data 25 giugno 2010 (rogito del dott. notaio in rep. n. 157890, Racc. n. 23769) di €. 1.300.000,00, con garanzia ipotecaria. Giudizio iscritto al n. 338 del 2013- A fondamento della domanda, la ed i suoi garanti deducevano la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c. per mancanza di causa, atteso che il contratto non era stato stipulato per lo scopo indicato nello stesso, di attribuire disponibilità finanziarie alla società, "da destinare ad investimenti per procurare le provviste aziendali", bensì per ripianare passività preesistenti della società nei confronti della stessa banca, tant'è che le somme, dopo l'accreditamento e quindi dopo il solo passaggio formale e detratte le spese, venivano acquisite dalla banca a copertura della preesistente esposizione debitoria della società derivante da altri rapporti contrattuali.

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba 6df635745f709b1 5da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

Deducevano, ancora, la violazione della normativa antitrust (legge 10.10.1990), art. 2, per la illecita determinazione del tasso Euribor perché in violazione delle norme sulla concorrenza.

Infine, asserivano la nullità per il collegamento negoziale a contratti di derivati.

Instauratosi il contraddittorio la Banca costituitasi tempestivamente e ritualmente, contestava l'avverso dedotto e chiedeva il rigetto della domanda ed anzi, in via riconvenzionale, ma subordinata all'accoglimento della domanda principale, chiedeva la condanna della società attrice al pagamento delle rate di mutuo, atteso che fino a quella data nessuna rata era stata pagata.

In corso di causa la società veniva ammessa a concordato preventivo e si costituivano i commissari liquidatori, che facevano proprie le domande e difese della società in concordato, anche con ulteriori motivi ed eccezioni.

Contratto di mutuo del 2011- Come già innanzi precisato, in data 31/03/2011 la società aveva sottoscritto con la Banca un contratto di finanziamento a medio lungo termine per la somma di 430.000,00 Euro, garantito, oltre che dalle due fidejussioni personali prestate dai due soci opposenti, dal Fondo per le Piccole e Medie Imprese della nella misura dell'80% dell'importo erogato. A fronte dell'inadempimento della S.r.l., nel Settembre del 2012, provvedeva ad escutere immediatamente la garanzia prestata dal Fondo della nella misura garantita di 344.000,00 Euro. Il attivava pertanto la procedura esecutiva nei confronti della società garantita, che nel frattempo era stata ammessa al concordato preventivo con decreto di omologa del Tribunale di Benevento del 2/12/2014, e dei soci garanti ed odierni opposenti per il recupero coattivo di tale somma, mediante l'iscrizione al ruolo escussione della somma in questione. Da qui, la notifica delle cartelle di pagamento n. 01220150009450635001 e n. 01220150009450635001 oggetto della presente opposizione, con le quali Equitalia Sud Italia Spa intimava a in data 4/08/2015 e a in data 14/08/2015, in qualità di garanti fideiussori della Srl, di pagare entro il termine di 60 giorni la somma complessiva di 360.001,88 Euro ( oggetto del giudizio iscritto al n. 1955/2017 ).

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f7709b1 sda8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

Con riferimento ai detti contratti, l'elemento comune è rappresentato dall'essere stati stipulati non per finanziare l'impresa, bensì per ripianare pregresse passività.

La domanda è fondata e merita accoglimento, nei termini di seguito esposti.

Ai sensi dell'art. 1813 c.c. "Il mutuo è il contratto col 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" .

Nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale il mutuo previsto dalla richiamata norma viene differenziato, anche sotto il profilo causale, oltre che strutturale, dal "mutuo di scopo". Ha precisato la Sc di Cassazione, in molteplici sentenze, che il contratto di finanziamento o mutuo di scopo (legale o convenzionale) - autonomo e distinto dal mutuo in senso proprio - è un contratto consensuale, oneroso e atipico che assolve (analogamente all'apertura di credito) funzione creditizia. In particolare, il finanziamento legale - dove sono già individuati i soggetti erogatori ed i soggetti che possono beneficiare del finanziamento - è pacificamente riconosciuto come contratto obbligatorio e consensuale (Cass. 5805/94, 3752/81) con l'effetto che la somma da corrispondere, rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione, a differenza di quanto si verifica nel mutuo regolato dal codice civile, nel quale la consegna di una determinata quantità di danaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore anziché elemento costitutivo del contratto. (Cass. civ. Sez. III, 09/05/2003, n. 7773. Cass. civ. Sez. III Sent., 03-12-2007, n. 25180 (rv. 600805). Cass. civ. Sez. III, 21-12-1990, n. 12123)

Di particolare importanza, al fine della verifica della validità del mutuo di scopo, è la decisione della Cass. civ. Sez. I Ord., 19/10/2017, n. 24699 nella quale si è affermato che " nei soli mutui di scopo, tutte le volte in cui le somme somministrate al cliente non vengono impiegate per lo scopo concordato, ma per coprire o ripianare precedenti esposizioni debitorie contratte con il medesimo Istituto di credito erogante il mutuo, questo sarà affetto da nullità e il debitore, non dovrà più rimborsare le somme avute in prestito."

La Corte attraverso un complesso e molto elaborato ragionamento ha evidenziato che è solo se la diversa destinazione delle somme, anche convenuta dalle parti, rispetto allo scopo convenzionale dichiarato, soddisfa l'interesse del mutuante, si

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf6357457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

può ritenere nullo il contratto con le già esposte conseguenze della irripetibilità delle somme da parte della banca.

Ha precisato la Corte che il mutuo di scopo è preordinato alla realizzazione di una finalità convenzionale necessaria, tale da contrassegnare la funzione consistente nel procurare al mutuatario i mezzi economici destinati a un'utilizzazione vincolata (v. Cass. n. 12123-90);

l'elemento caratterizzante è che una somma di danaro viene concessa al mutuatario esclusivamente per raggiungere una determinata finalità, la quale in tal modo entra a far parte del sinallagma contrattuale (cfr. Cass. n. 317-01 e prima ancora Cass. n. 2876-88); per tale ragione il mutuo di scopo si differenzia dallo schema tipico del contratto di mutuo: dal punto di vista strutturale, visto che il sovvenuto si obbliga non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata; e dal punto di vista funzionale, poichè nel sinallagma assume rilievo essenziale anche quest'ultima prestazione, in termini corrispettivi dell'ottenimento della somma erogata (e v. Cass. n. 5805-94; Cass. n. 7116-98);

essendo la disponibilità finanziaria concessa in vista della sua utilizzazione esclusiva per lo scopo convenuto, è esclusa ogni diversa volontaria destinazione delle somme, ivi compresa, in particolare, quella della estinzione di pregresse passività del mutuatario (v. Cass. n. 317-01; Cass. n. 2796-72); sicchè il mutuo di scopo è nullo, e la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, quando sia stato stipulato con l'accordo, tra l'istituto di credito e il mutuatario, della utilizzazione della provvista per una diversa finalità, ivi compresa quella di estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso lo stesso istituto mutuante;

il punto centrale del discorso è questo: che in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo convenzionale (come nella specie) è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata incida sulla causa del contratto, finendo per coinvolgere direttamente anche l'interesse dell'istituto finanziatore: qualora venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate per esclusivo interesse del mutuatario, si realizzerebbe infatti semplicemente una esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sè non

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f7709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

comportante una modifica del tipo contrattuale; e in tal caso non si può parlare di mutuo di scopo (sebbene uno scopo, in senso lato, vi sia ovviamente per il sovvenuto), poichè la mera indicazione dei motivi, non accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione, non è di per sè idonea a modificare il tipo negoziale;

proprio per ciò è stato più volte affermato che il mutuo (o il finanziamento) fondiario non è un mutuo di scopo, non risultando per la relativa validità previsto che la somma erogata dall'istituto mutuante debba essere necessariamente destinata a una specifica finalità che il mutuatario sia tenuto a perseguire; né l'istituto mutuante deve controllare l'utilizzazione che viene fatta della somma erogata, risultando piuttosto connotato, quel mutuo, dalla possibilità di prestazione da parte del proprietario di immobili (rustici o urbani) a garanzia ipotecaria (cfr. Cass. n. 9511-07; Cass. n. 4792-12);

invece, giustappunto in quanto caratterizzato nel senso sopra detto, il mutuo di scopo convenzionale è un contratto consensuale parzialmente diverso dal mutuo ex art. 1813 cod. civ. (v. per utili riferimenti Cass. n. 25180-07), attesa la sua diversa funzione e atteso che il requisito per tale sua classificazione è l'esistenza di un interesse (anche) del mutuante alla destinazione delle somme (v. per il credito agevolato Cass. n. 1369-16);

per cui in definitiva: (a) ove manchi un interesse del mutuante, sul mutuatario non grava uno specifico obbligo di destinazione delle somme erogate; (b) la deviazione dal tipo contrattuale di cui all'art. 1813 cod. civ. si può affermare quando vi sia la prova di un obbligo specifico del mutuatario nei confronti del mutuante, in ragione dell'interesse di quest'ultimo - diretto o indiretto - alla specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo; (c) negli altri casi, ove cioè la prova di consimile situazione non sia fornita, l'inosservanza della destinazione indicata in contratto non rileva ai fini della validità o meno del contratto stesso.

Sulla base delle poste premesse in fatto e cioè che le parti da un lato e dall'altro, ( prestavano invece garanzia) , stipulavano i predetti contratti di mutuo con finalità di ripianamento delle pregresse passività della società, come ammesso dalla stessa banca e come emergente dagli atti, atteso che l'erogazione del mutuo si concretizzava in una

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba 5df6357457709b1 5da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

operazione meramente formale, essendo state le somme stesse destinate a ripianare il passivo della società, peraltro con l'acquisizione di garanzie personali nel mutuo del 2011 e reali nel mutuo del 2010, ed aggiunto che sussisteva un interesse diretto della banca mutuataria alla realizzazione dello scopo (riplanatorio e di garanzia), e quindi non essendo stato rispettato lo scopo convenzionale del finanziamento all'impresa, si deve ritenere la nullità dei detti contratti.

La declaratoria di nullità dei contratti incide nel modo predetto, individuato dalla richiamata pronuncia del 19/10/2017, n. 24699 e cioè che il mutuatario non deve restituire le somme ricevute, ed anzi, la Banca deve rimborsare le somme eventualmente percepite nell'esecuzione del contratto ed in particolare per il contratto del 2011, deve restituire le spese trattenute e gravanti sul mutuatario ed ammontanti ad euro 62.000,00. In vero con riferimento ai richiamati contratti sono state sollevate anche altre eccezioni di nullità ed in particolare si è eccepita la natura usuraria degli interessi pattuiti, affrontandosi anche la questione della cumulabilità degli interessi moratori a quelli corrispettivi ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, ma tale ultima questione non appare rilevante in questo caso, perchè non risultano pagate le rate e quindi gli interessi sono stati solo pattuiti, sicchè nessuna conseguenza può derivare dalla predetta nullità.

La nullità sussiste certamente e per entrambi i contratti ed anche con riferimento al contratto del 2011. Con quest'ultimo contratto le parti convenivano l'erogazione della somma per il "consolidamento delle passività a breve", ma la detta finalità non è individuabile con il ripianamento o l'estinzione della debitoria nei confronti della stessa banca mutuante, quanto piuttosto nel mettere a disposizione dell'impresa delle risorse da destinare alla gestione della stessa. La diversa conclusione che le somme sarebbero state erogate al fine di estinguere le pregresse passività nei confronti della banca contrasta con il tenore letterale della pattuizione e con la stessa finalità, apparendo evidente che, diversamente, le parti avrebbero fatto ricorso ad una diversa tipologia negoziale, come già avevano fatto con il contratto del 2010 di proroga del periodo di ammortamento.

La dichiarata nullità dei contratti incide nei rapporti tra la società e la Banca nel senso della riduzione del credito della stessa, che dovrà essere ridotto dei predetti importi di euro 1.300.000,00 ed euro 430.000,00.

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f7709b1 fda9ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

La dichiarata nullità del contratto incide naturalmente anche sulle garanzie, che vengono meno, siano esse personali che reali.

Sicché va dichiarata la nullità della garanzia personale prestata per il contratto del 2011 dagli attori e per il contratto del 2011, la garanzia ipotecaria dai medesimi prestata, con il conseguente ordine al Conservatore dei RR.II di procedere alla cancellazione dell'ipoteca, ad intervenuta irrevocabilità della sentenza che ne accerta la nullità.

La dichiarata nullità del contratto di mutuo del 2011 incide anche sui rapporti tra

**L'opposizione alle cartelle esattoriali-** Come già innanzi precisato, in data 31/03/2011 la società aveva sottoscritto con la Banca un contratto di finanziamento a medio lungo termine per la somma di 430.000,00 Euro, garantito, oltre che dalle fideiussioni dei soci opposenti, dal Fondo per le Piccole e Medie Imprese della nella misura dell'80% dell'importo erogato. A fronte dell'inadempimento della Srl, nel Settembre del 2012, provvedeva ad escutere immediatamente la garanzia prestata dal Fondo nella misura garantita di 344.000,00 Euro. Il attivava pertanto la procedura esecutiva nei confronti della società garantita, che nel frattempo era stata ammessa al concordato preventivo con decreto di omologa del Tribunale di Benevento del 2/12/2014, e dei soci garanti ed odierni opposenti per il recupero coattivo di tale somma, mediante l'iscrizione al ruolo escussione della somma in questione. Da qui, la notifica delle cartelle di pagamento n. 01220150009450635001 e n. 01220150009450635001 oggetto della presente opposizione, con le quali Equitalia Sud Italia Spa intimava a in data 4/08/2015 e a in data 14/08/2015, in qualità di garanti fideiussori della Srl, di pagare entro il termine di 60 giorni la somma complessiva di 360.001,88 Euro e la controversia è oggetto del giudizio iscritto al n. 1955/2017 . Appare evidente che la dichiarata nullità del contratto di finanziamento e delle relative garanzie, incide anche sul rapporto da un lato e dall'altro.

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f7709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

Ed infatti, per effetto della declaratoria di nullità del contratto la [redacted] non può ripetere le dette somme e conseguentemente sono nulle anche le garanzie tutte, sia quelle degli attori-opponenti [redacted] sia quella del [redacted] con la conseguenza che il garante che ha provveduto al pagamento può ripetere la somma pagata. Ma tanto non costituisce oggetto del presente giudizio, ed attiene ai rapporti tra [redacted] e [redacted] mentre costituisce oggetto del giudizio, la non esperibilità dell'azione di rivalsa del fideiussore che abbia provveduto al pagamento in favore del creditore, il quale non ha e non aveva, operando la declaratoria di nullità con effetto ex tunc, diritto di percepire le somme e avendole percepite le deve restituire. Con l'ulteriore conseguenza che l'opposizione proposta da [redacted] contro il [redacted], avverso le cartelle innanzi indicate, va accolta e vanno annullate le stesse contraddistinte ai n. 01220150009450635001 e n. 01220150009450635001.

#### I contratti di "derivati".

L'art. 1, comma 2, lett. e d, e, f, g e j, e comma 3, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (il "Testo Unico della Finanza"), prevede gli "strumenti finanziari" e gli "strumenti finanziari derivati".

I derivati sono contratti da cui trae origine uno strumento finanziario.

Essi si basano su di un sottostante (ed. underlying) da cui deriva il loro valore (o meglio la loro base di valorizzazione) e da cui tuttavia si affrancano, in quanto contratti dotati di una propria ed assoluta individualità ed autonomia.

Il contratto di swap su tassi di interessi - denominato anche interest rate swap o IRS- si configura allorché le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare (detto capitale "nozionale", che non è oggetto di effettivo scambio tra le parti) per tutta la durata del contratto. Con tale contratto, le parti si impegnano a versare e a riscuotere a date prestabilite importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi (ad esempio, il differenziale tra un tasso fisso ed uno variabile). La forma più semplice di IRS è quella denominata Plain vanilla (o fixed to floating interest rate swap). Nel plain vanilla le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro, applicando al nozionale rispettivamente un



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest'ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi.

A partire dagli anni '90 accanto ai plain vanilla le banche hanno introdotto dei nuovi strumenti derivati, detti strutturati, che combinano il classico plain vanilla con opzioni di tipo 'cap' o 'floor'. L'opzione 'cap' (letteralmente 'cappello') è un'opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione 'floor' (letteralmente 'pavimento'), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi. La composizione tra l'acquisto di un'opzione 'cap' e la vendita di un'opzione 'floor' genera un contratto 'collar' (letteralmente 'colletto'), mediante il quale viene fissata una fascia di oscillazione del tasso variabile individuato.

Attraverso tale strumento/contratto, le parti - una banca o un'impresa d'investimento, da un lato, ed un operatore economico, dall'altro lato - si impegnano, sulla base di uno schema convenuto, a scambiarsi flussi di cassa, esigibili a determinate scadenze periodiche e calcolati applicando due diversi tassi d'interesse (fisso e variabile) ad un capitale di riferimento, detto valore nominale. Nella prassi, è sovente la previsione di una clausola di compensazione (ed. netting) in forza della quale i contraenti si obbligano ad effettuare in pari data i rispettivi pagamenti (tasso fisso vs variabile); tuttavia, lo scambio avviene attraverso un'unica prestazione liquidata per differenze e cioè, si determina il saldo residuo netto delle contrapposte posizioni compensando le reciproche partite di credito e debito.

La causa della struttura contrattuale in commento risiede nell'alternativa tra una finalità di copertura da un rischio finanziario attuale (ed. hedging) e una finalità meramente speculativa (ed. trading).

Nel primo caso, i contraenti sono esposti a rischi opposti quanto all'evoluzione dei tassi e, pertanto, la parte che è indebitata a tasso variabile inverte la sua condizione d'indebitamento corrispondendo alla controparte un tasso fisso, mentre quella indebitata a tasso fisso sostituisce a quest'ultimo uno variabile.

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512cc8a5d6357457709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

Ciascun contraente, pertanto, non modifica il rapporto con il creditore originario, ma ottiene dall'altro la provvista necessaria per annullare il rischio finanziario di aggravio dell'onere degli interessi .

La giurisprudenza di merito, richiamando la direttiva Consob n. 9901391/99, ha elaborato degli indici che consentono di verificare se al contratto di swap su tassi d'interesse possa essere attribuita un'autentica finalità di copertura. A tal riguardo si richiedono strette correlazioni tra alcuni elementi, quali: il nozionale del contratto derivato ed il debito oggetto di copertura; il tasso applicato all'importo finanziato e quello utilizzato nel contratto IRS; le scadenze dei pagamenti del debito e le rate dello swap; infine, la durata del debito e la durata del derivato medesimo. A tali indici di elaborazione giurisprudenziale, si è aggiunto recentemente il dato normativo: l'art 2426 c.c., nella versione post decreto legislativo n. 139/ 2015, qualifica come aventi causa "di copertura" quegli strumenti che abbiano "una stretta e documentata correlazione tra le caratteristiche dello strumento o dell'operazione coperti e quelle dello strumento di copertura".

Diversamente, qualora i contraenti, o almeno uno di essi, non abbiano alcuna preesistente posizione finanziaria aperta, la funzione del derivato IRS è classificata in via residuale di carattere speculativo. Sicchè i detti contratti sono stati ricondotti ai contratti consensuali, ad effetti obbligatori, a prestazioni corrispettive e di durata. Discussa è, invece, la sua natura, aleatoria o commutativa.

La tesi che ne afferma la natura commutativa poggia sull'assunto secondo cui le prestazioni che devono essere eseguite dalle parti sono certe e che l'entità delle stesse è determinata, o comunque determinabile, in base a parametri di riferimento certi.

Il contratto di swap stipulato al fine di perseguire una finalità di copertura tende ad eliminare o almeno contenere il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse in relazione ad un sottostante impegno finanziari).

Di particolare e significativa importanza nella valutazione dei predetti strumenti finanziari, rispetto ai quali vi è stata ampia discussione e molteplici decisioni di segno opposto, è la sentenza n. 19013 del 31/07/2017 (Rv. 645173 - 01) della Corte di cassazione la quale ha stabilito che "in tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici ex art. 1322 c.c., in particolare per i contratti c.d. "

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512cc8a5df635745f709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

derivati", l'art. 21 TUF e l'art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa e inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato".

La Corte afferma che: "nel valutare, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato IRS, il giudice non può comunque prescindere dalle prescrizioni normative di cui all'art. 21 Tuf e all'art. 26 Reg. Consob n. 11522, nonché, per i contratti IRS con funzione di copertura, dalla verifica dell'effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla Consob con la Determinazione del 26 febbraio 1999" articolato come segue.

1) i contratti derivati interest rate swap sono operazioni contrattuali sprovviste di una apposita disciplina negoziale di fonte legislativa. Nei loro confronti, dunque, risulta necessaria una valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti, come previsto in via generale, dall'art. 1322 c.c.

2) Nell'operare la valutazione di meritevolezza devono trovare sicura applicazione, con un ruolo di fondamentale importanza, tanto la norma guida dell'art. 21 tuf, quanto la norma regolamentare dell'art. 26, Reg. Consob cit. che di tale regola viene a manifestarsi come applicazione primaria e di base. Si tratta, infatti, di disposizioni essenziali che vengono a trasfondere i principi di fondo della Direttiva n. 93/22 CE, tra le altre cose prescrivendo che gli intermediari si comportino "con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e l'integrità del mercato" (art. 21, comma 1, lettera a), tuf )e che l'intera loro operatività sia resa "coerente con i principi e le regole generali del testo unico, sempre nel prevalente interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare" [art. 26, comma 1, lettera a), Reg. Consob cit.].

3) I principi sin qui indicati e, segnatamente la preminenza, nello svolgimento del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., della clausola generale del "necessario operare nell'interesse del cliente investitore" veicolata dagli artt. 21 tuf e 26 Reg. Consob n. 11522/ 1998 devono trovare applicazione con riguardo a tutti i derivati in genere, a prescindere dalle peculiari conformazioni delle strutture e dalle specifiche funzioni assolte (speculativa o di copertura).

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba5df635745f7709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

4) Con particolare riferimento al derivato con funzione di copertura, precisa la Corte di cassazione, il giudizio di meritevolezza deve essere effettuato prendendo inoltre a riferimento la Determinazione Consob n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999, la quale indica le caratteristiche che un' "operazione in strumenti finanziari deve possedere per essere considerata di copertura".

Ai sensi di tale Determinazione, un'operazione finanziaria può essere considerata "di copertura" se concorrono le seguenti condizioni: a) che le operazioni "siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente"; b) che "sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine"; c) che "siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente".

In altre parole, la necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente – che la normativa dei citati artt. 21 tuf e 26 Reg. Consob va ad inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritta dall'art. 1322 c.c. – non può ritenersi soddisfatta quando il derivato IRS con funzione di copertura non rispetti realmente tutte e tre le condizioni sopra richiamate ( in tal senso già si era espressa parte della giurisprudenza di merito v. App. Torino 27 luglio 2016, App. Milano Sez. I, 18-09-2013).

Sicché la Corte supera la distinzione tra "regole di comportamento" e "regole di validità" fatta propria in precedenza ( sezioni unite nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007 secondo cui "la violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari non è di per sé sufficiente per determinare la nullità dei contratti conclusi con il risparmiatore"), dal momento che la violazione dei doveri "di comportamento" previsti dall'art. 21 tuf, pur in assenza di una espressa previsione normativa determina la nullità del contratto concluso con l'investitore ; nullità che discende non già dall'art. 1418, comma 1, c.c., come escluso dalle sezioni unite del 2007, bensì dalla immeritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322 c.c..

L'analisi dei singoli contratti di derivati da parte del ctu ha condotto ad una specifica e poi generale conclusione della insussistenza del requisito di cui alla lett b) della citata delibera, e cioè che "sia elevata la correlazione tra le caratteristiche

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine".

Si riportano le conclusioni della ctu, richiamandosi integralmente le valutazioni di natura prettamente tecnica che hanno condotto alle conclusioni stesse.

"Operazione finanziaria di "Cap" (n° 95752 9053 30/07/2010-1) .

Tale contratto non permette un'immunizzazione completa dal rischio tasso d'interesse sul debito, e la copertura offerta dal "Cap" può comunque considerarsi non soddisfacente. Concludendo, sulla base di tali evidenze si può ragionevolmente affermare che il derivato, così come strutturato all'epoca di sottoscrizione, non poteva assolvere in modo soddisfacente alla funzione di copertura del rischio di variabilità dei flussi finanziari da pagare in relazione all'esposizione debitoria, in quanto la funzione di copertura veniva offerta solamente per i primi 10 anni di validità del contratto di mutuo, mentre per gli ultimi cinque anni di durata del contratto di mutuo, il cliente era esposto al rischio di rialzo dei tassi in maniera illimitata."

"Operazione finanziaria "Fix floater Amm." (Str. 1301)

Tramite lo strumento derivato, la Società non sarebbe riuscita a immunizzarsi completamente dalle fluttuazioni del tasso variabile in relazione al contratto di finanziamento in quanto, in concreto, durante la durata contrattuale di quest'ultimo, il debito residuo sul quale sarebbero stati rideterminati, di volta in volta, gli importi della rata di ammortamento, della quota interesse (e quindi della quota capitale) sarebbe variato in relazione alle condizioni di mercato, risultando non ancorato al livello del capitale nozionale previsto per il derivato. Il derivato, così come strutturato all'epoca di sottoscrizione, avrebbe potuto garantire alla Società una copertura del rischio di variabilità dei flussi finanziari da pagare in relazione all'esposizione debitoria originata dalla sottoscrizione del contratto di mutuo non del tutto efficace."

"Operazione finanziaria di "Interest Rate Swap" (n° 95753 9053 30/07/2010-1).

Concludendo, sulla base di tali evidenze si può ragionevolmente affermare che il derivato, così come strutturato all'epoca di sottoscrizione, non poteva assolvere in modo efficace alla funzione di copertura del rischio di variabilità dei flussi finanziari

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf6357457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

da pagare in relazione all'esposizione debitoria per l'intero periodo di validità del contratto di mutuo.

Contratto di IRS n° 95753 9053 30/07/2010-1. L'analisi di tali contratti ha fatto emergere che l'area delle perdite potenziali per la srl era di gran lunga maggiore dell'area dei guadagni potenziali, e quindi un contratto derivato nella sostanza non adeguato ad assolvere alla funzione di copertura del cliente contro il rischio di variazioni sfavorevoli del tasso variabile del contratto di mutuo sottostante. Il secondo contratto derivato associato alla rinegoziazione del mutuo, del 25.06.2010 vede anch'esso un'area delle perdite di gran lunga maggiore dell'area dei guadagni potenziali e pertanto il contratto derivato non era in grado di assolvere in modo efficace alla funzione di copertura della srl contro il rischio di rialzi del tasso variabile del mutuo ipotecario di riferimento."

Ciò premesso, ed essendo emerso dalla espletata ctu che tutti i predetti strumenti finanziari sottoscritti dalla erano inidonei a coprire il rischio per motivi diversi ed individuati con riferimento ai singoli contratti, si deve trarre la conseguenza della nullità degli stessi, con il conseguente obbligo restitutorio da parte della Banca.

La restituzione riguarda il complessivo importo di euro 923.449,66 di cui euro 546.000,00 per credito insinuato alla procedura concorsuale ed euro 377.499,63 quale saldo a favore della srl, tra addebiti ed accrediti illegittimi, per un importo complessivo di euro 923.449,66 oltre interessi legali.

***I RAPPORTI DI CONTO CORRENTE.***

I rapporti di conto corrente sono stati analizzati in relazione alla lamentata applicazione di interessi anatocistici, usurari ed a spese e commissioni non previste o non dovute.

Il ctu, il cui elaborato si richiama integralmente, per gli accertamenti e le valutazioni esclusivamente tecniche, ha verificato l'addebito di commissioni e spese non previste in contratto o non dovute ed interessi eccedenti la soglia prevista in normativa di usura, con esclusione degli interessi ai sensi dell'art. 1815 c.c. limitatamente ai periodi in cui risulta superato il tasso soglia, ed ha concluso che non sono dovute alla banca le seguenti somme:

€ 86.142,99 derivanti dal ricalcolo del c/c n. 370.61 e conto n. 127.16;

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 sdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

€ 10.939,20, in cui sono comprese anche le differenze relative al conto corrente accessorio n. 21238 derivanti dal conto corrente ordinario n. 21237.

La domanda di risarcimento danni per "concessione abusiva del credito" è assorbita per effetto dell'accoglimento delle domanda nei termini innanzi esposti.

**CONCLUSIONI** - Per i motivi innanzi esposti e sulla base dei calcoli eseguiti dal ctu, risulta quanto segue:

- Il credito della banca sulla base del contratto del 2007 per capitale residuo alla data del 07.07.2010 era pari ad euro 2.954.254,29;

- l'importo residuo per sorta capitale del mutuo rep. 157953/23815 del 07.07.2010, stante il superamento del tasso soglia previsto dalla legge 108 del 1996 è pari ad euro 2.954.254,29;

- La banca ha trattenuto od addebitato alla correntista società e a e indebitamente le seguenti somme:

€ 86.142,99 derivanti dal ricalcolo del c/c n. 370.61 e conto n. 127.16,

€ 10.939,20 derivanti dal ricalcolo del conto corrente ordinario n. 21237,

-per un totale di € 97.082,19;

-la società ed i garanti non devono restituire le somme ricevute, al lordo delle spese, in esecuzione dei contratti di mutuo del 2010 e del 2011, rispettivamente di € 1.300.000,00 ed € 430.000,00- per un totale di euro 1.827.082,19;

- La banca deve restituire le somme percepite e non ha diritto al pagamento di quelle per le quali si è insinuata al passivo della procedura concorsuale, relative ai contratti di derivati dichiarati nulli, per complessivi euro 923.499,99, di cui € 546.000,00 per credito insinuato alla procedura concorsuale ed € 377.499,63 quale saldo a favore della srl e e , tra addebiti illegittimi ed accrediti e quindi da restituire;

Totale delle somme da restituire da parte della banca od alla medesima non dovute e quindi da compensare con il credito di cui al mutuo del 2007 e del 7.7.2010: € 2.750.581,66;

totale credito della banca € 2.954.254,29

differenza a favore della Banca: € 203.673,10 .

Considerato che la Banca comunque è creditrice, le somme che la medesima deve restituire o comunque le somme che alla medesima non devono essere restituite, per

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba5df6357457709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

le ragioni innanzi esposte, vanno compensate con quelle di cui risulta effettivamente creditrice. Per effetto della compensazione dei contrapposti crediti risulta pertanto un credito della di euro 203.673,10.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come di seguito, separatamente per ciascuno dei giudizi, considerata anche la costituzione in giudizio del commissario giudiziale per uno solo dei giudizi riuniti. La liquidazione a carico della parte soccombente è unica ed unitaria anche in presenza di una pluralità di difensori.

Giudizio n. 338/2013: la parte soccombente va condannata al pagamento delle spese processuali in favore della Srl e di . Il compenso viene liquidato in Euro 21.424,00 ed aumentato per la presenza di altre due parti, ad Euro 27.851,00.

Giudizio n. 3011/2017: le parti soccombenti, , vanno condannate al pagamento delle spese processuali in favore della Srl e di . Il compenso viene liquidato in Euro 16.481,00 già aumentato per la presenza di altre due parti.

Giudizio n. 1955/2017: la parte soccombente, , va condannata al pagamento delle spese processuali in favore della Srl e di , nonché del Commissario liquidatore. Il compenso viene liquidato in Euro 21.424,00 per il commissario liquidatore ed in Euro 21.424,00 in favore della Srl e di aumentato per la presenza di altre due parti, ad Euro 27.851,00.

La Banca va condannata al pagamento delle spese di ctu disposte in corso di causa e come liquidate con separati decreti del 17/03/2017 e del 16/10/2018.

PQM

Il Tribunale di Benevento, pronunciando sulle domande proposte da Panpharma Srl, in persona del legale rappresentante e commissario giudiziale del concordato preventivo , nonchè da , contro Banca , ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattese, così provvede:

Firmato Da: ABEONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. - NG CA 3 Serial#: 62c6512cc8a5df635745f7709b15da8ab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

accoglie le domande e l'opposizione alle cartelle esattoriali, per quanto di ragione e per l'effetto:

1) dichiara la nullità dei contratti :

A- di mutuo fondiario in data 25 giugno 2010 (rogito del dott. , notaio in rep. n. , Racc. n. ) di €. 1.300.000,00, con garanzia ipotecaria;

B- di finanziamento a medio lungo termine per la somma di 430.000,00 Euro, stipulato dalla Panpharma in data 31/03/2011 con la Banca garantito dalle fideiussioni prestate dai soci opposenti e e dal Fondo per le Piccole e Medie Imprese della ;

accerta e dichiara che il mutuatario non deve restituire le somme ricevute .

Dichiara la nullità della garanzia personale prestata per il contratto del 2011 dagli attori e dal ;

dichiara, per il contratto del 25.6.2010, la nullità della garanzia ipotecaria prestata da e , disponendosi che il Conservatore dei RR. Il proceda alla cancellazione dell'ipoteca, in conformità di legge;

2) accerta e dichiara che nel contratto in data 7.7.2010, il Taeg supera il tasso previsto dalla legge 108 del 1996 e dichiara non dovuti gli interessi, ai sensi dell'art. 1815 c.c.;

3) accerta e dichiara la nullità dei contratti derivati di cui in parte motiva e per l'effetto accerta e dichiara che non è dovuta da parte della e di , e deve essere restituita ai medesimi, per quanto percepita o trattenuta dalla banca la complessiva somma di euro 923.449,66 di cui euro 546.000,00 per credito insinuato alla procedura concorsuale ed euro 377.499,63 quale saldo a favore della srl, tra addebiti ed accrediti illegittimi e quindi da restituire;

4) accoglie la domanda relativa alla nullità per l'addebito di interessi ultralegali ed altri addebiti per spese o costi sui cc n. 127.16 e n. 21237 e per l'effetto accerta e dichiara non dovute e che devono essere restituite agli attori le somme di euro € 86.142,99 derivanti dal ricalcolo del c/c n. 370.61 e di € 10.939,20 derivanti dal

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf637457709b1 fdaabab



Sentenza n. 165/2018 pubbl. il 17/10/2018  
RG n. 338/2013

conto corrente ordinario n. 21237, con una differenza a favore della società  
correntista e degli attori di euro 97.082,19;

5) Pronunziando sull'opposizione proposta da  
contro il

avverso le cartelle

accoglie l'opposizione e per l'effetto annulla le stesse;

6) per effetto ed in conseguenza di quanto statuito innanzi, ai punti da 1 a 4,  
accerta e dichiara che il credito residuo della Banca nei confronti della  
, alla data della proposta della domanda di concordato ed all'attualità,  
ammonta ad euro 203.673,10; ogni altra domanda od eccezione è disattesa.

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese  
processuali in favore della Srl e di

liquidate in Euro 27.851,00, oltre iva, cassa avvocati e spese generali al  
15%, nonché spese borsuali e di contributo unificato (Giudizio n. 338/2013);

condanna le parti soccombenti,

al pagamento delle spese processuali in favore della

Srl e di

liquidate in Euro

16.481,00 oltre iva, cassa avvocati e spese generali al 15%, nonché spese borsuali  
e di contributo unificato (Giudizio n. 3011/2017);

condanna la parte soccombente, al pagamento delle spese  
processuali in favore della Srl e di

liquidate in Euro 27.851,00, oltre iva, cassa avvocati e spese generali al  
15%, nonché spese borsuali e di contributo unificato nonché in favore del  
Commissario liquidate in Euro 21.424,00, oltre iva, cassa avvocati e spese generali  
al 15%, nonché spese borsuali e di contributo unificato (Giudizio n. 1955/2017).

Condanna la Banca al pagamento delle spese di ctu disposte  
in corso di causa e come liquidate con separati decreti.

Così deciso in Benevento il 16.10.2018

Il Giudice

(dott. Rocco Abbondandolo )

Firmato Da: ABBONDANDOLO ROCCO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - ING CA 3 Serial#: 62c6512ccba fdf635745f709b1 fda8ab

