

BANCHE

Contratti

bancari

INTERESSI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Brescia, sezione seconda civile, nella persona del giudice unico dott. Luciano Ambrosoli

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. 12366/2014 Ruolo Generale promossa

DA

P. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Bistolfi del foro di Alessandria e domiciliato presso l'avv. Sergio Ferrari del foro di Brescia per procura a margine dell'atto di citazione

ATTORE

contro

B.N. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Stefanini del foro di Bergamo per mandato generale alle liti 19.10.2007 allegato alla comparsa di costituzione

CONVENUTO

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 24 giugno 2014 la S.r.l. P. ha convenuto in giudizio la S.p.A. B.N., e ha svolto deduzioni che, assai diffusamente argomentate, così si riassumono nei dati essenziali:

- il 23 settembre 2003 P. ha stipulato con B.N., per il finanziamento dell'attività costruttiva di un complesso edilizio, contratto di mutuo fondiario di Euro 700.000,00 da erogarsi per stati di avanzamento lavori (doc. 2) e in effetti corrisposto in più soluzioni tra il 2003 e il 2008 con erogazione finale del 26 maggio 2008 (doc. 3, 4, 5);

- alla stessa data del 26 maggio 2008 le parti hanno concordato il rimborso del finanziamento di Euro 700.000,00 in 20 anni (da 31 dicembre 2008 al 30 giugno 2028), mediante versamenti semestrali a tasso annuo variabile (Euribor 6 mesi + 1,250, per un tasso iniziale del 6,10%) e tasso di mora pari al tasso soglia antiusura per operazioni della categoria mutui, e dunque 9,00% alla stipula; ISC 6,00%: v. doc. 2 e 5);

- nel frattempo, in data 30 aprile-2 maggio 2008, P. sottoscrive anche un contratto di interest rate swap (IRS) del tipo plain vanilla, suggerito da B.N. allo scopo di coprire il rischio per il mutuatario degli effetti

delle oscillazioni del tasso di interesse variabile previsto dal contratto di mutuo fondiario ventennale (v. doc. 6-9);

- il contratto IRS prevede il reciproco impegno di P. e B.N. a scambiarsi, a scadenze semestrali per la durata di 20 anni, i flussi di cassa risultanti dalla moltiplicazione del medesimo valore nozionale (Euro 700.000,00) per parametro differente per i due contrenti, costituito in questo dall'interesse fisso del 4,85% a carico di P. e dall'interesse variabile Euribor 6 mesi per B.N.;

- l'esecuzione del contratto finanziario ha determinato al 30 dicembre 2014 addebito a carico di P., regolato su conto corrente, di Euro 115.962,40;

- il contratto di mutuo fondiario a tasso variabile e il contratto finanziario IRS sono entrambi per plurimi profili affetti da vizi che determinano la nullità parziale del mutuo (e per l'effetto la rideterminazione del piano di rimborso del finanziamento limitato al solo capitale, escluso ogni addebito per interessi, o con ricalcolo di questi al tasso legale ex artt. 117 TUB o 1284 c.c., e con compensazione del controcredito per quanto ad oggi versato in eccesso) e la nullità per difetto di causa del contratto derivato, con condanna di B.N. alla restituzione di quanto incassato in esecuzione dello stesso e al risarcimento dei danni, inclusi quelli conseguenti alla illegittima segnalazione della posizione debitoria alla Centrale Rischi.

La convenuta B.N. S.p.A., costituitasi con comparsa depositata il 19 novembre 2014, ha eccepito preliminarmente la nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza delle allegazioni, e nel merito ha contestato le domande attrici in quanto infondate e ne ha chiesto il rigetto.

Autorizzato il deposito di memorie ex art. 183 comma 6 c.p.c., la causa è stata istruita mediante produzione di documenti ed espletamento di CTU descrittiva del prodotto finanziario e dell'andamento storico del rapporto ed è stata infine trattenuta in decisione, con termini per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica, sulle conclusioni riportate in epigrafe.

Motivi della decisione

Il contratto di mutuo fondiario a tasso variabile.

La società attrice agisce in primo luogo per l'accertamento della illiceità delle condizioni contrattuali del mutuo fondiario, deducendo che:

a) l'interesse pattuito è superiore a soglia usuraria e a ciò consegue, ai sensi dell'art. 1815 comma 2 c.p.c. ("Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi"), la gratuità del prestito e la rideterminazione del debito residuo (al netto della compensazione del controcredito del mutuatario per restituzione degli interessi non dovuti già versati) e dell'importo delle rate future dovute per restituzione del solo capitale.

b) è illegittima la previsione di piano di ammortamento cd. "alla francese" (a rate costanti), che determina una forma di anatocismo implicito in violazione dell'art. 1283 c.c. e maggiorazione dell'interesse rispetto quello concordato contraria all'art. 1284 c.c.: il piano di ammortamento va dunque ricalcolato al tasso legale e con esclusione di capitalizzazione;

c) l'Euribor, al quale il contratto fa riferimento come indice per la determinazione del tasso di interesse variabile a carico del mutuatario, è espressione di un accordo di cartello tra banche, e il recepimento di tale indice nel contratto di mutuo è dunque vietato ai sensi dell'art. 2 L. n. 287 del 1990, con conseguente nullità della relativa pattuizione e applicazione in sostituzione del tasso legale ex art. 1284 c.c.;

d) le indicazioni contrattuali del tasso annuo e del TAEG sono, secondo quanto si deduce in atto di citazione, errati (tasso annuo 6,125% e non, come indicato, 6,10%; TAEG 6,21879% anziché 6,16%): da ciò discende

in tesi indeterminatezza e nullità della pattuizione e sostituzione dunque, anche con riguardo detta violazione, con il saggio legale di interesse

La censura di illiceità per usurarietà del tasso originario e la tesi della gratuità del mutuo sono per più profili infondate.

L'atto 26 maggio 2008 (doc. 5) integrativo del contratto di mutuo prevede interesse corrispettivo variabile (Euribor 6 mesi + 1,25%), alla data del contratto determinato nel 6,10%, e tasso di mora del 9,00% (art. 9 contenente rinvio all'art. 4 del contratto di mutuo 23 settembre 2003), l'uno inferiore e l'altro pari al tasso soglia usurario dell'epoca, fissato appunto a quel tempo al 9,00%

Secondo l'attore il tasso di mora nominale concordato in misura pari al tasso soglia costituisce da sé prova della illiceità per violazione della L. n. 108 del 1996, in quanto, in primo luogo, la comparazione deve tenere conto non del solo tasso contrattuale di mora ma anche dell'incidenza degli ulteriori oneri (commissioni, remunerazioni e spese collegate all'erogazione del credito) che concorrono alla determinazione del TAEG/ISC e, dunque, al tasso di mora effettivo, superiore a quello nominale (e in concreto pari, deduce l'attore per rinvio alla "perizia econometrica" - doc. 14 - priva di indicazione di paternità e firma, al 9,595%), e, inoltre, in quanto la clausola contrattuale (art. 4 del contratto di mutuo richiamato dall'art. 9 del contratto integrativo) secondo cui gli interessi di mora sono applicati sull'intera rata scaduta (comprensiva di quota capitale e interessi) costituisce deroga all'art. 1283 c.c. che, pure ammessa dalla disciplina bancaria, non esime dal valutare in rapporto solo alla quota capitale l'incidenza percentuale dell'addebito per mora calcolato sia sul capitale che sull'interesse, con ovvio e spesso enorme scostamento del dato percentuale rispetto al tasso nominale (così l'attore e la sua "perizia econometrica", formulando l'ipotesi che il ritardo investa già la prima rata di ammortamento, che nei mutui a rata fissa è come di consueto costituita in prevalenza da addebito per interessi e in minima parte da restituzione di capitale, e calcolando l'addebito del 9% per ritardo di 31 giorni sull'intera rata e il valore percentuale di questo rispetto alla quota capitale, concludono che la mora effettiva che sarebbe in tal caso addebitata corrisponderebbe al 32,683%).

Secondo l'attore, al superamento come sopra individuato del tasso di mora rispetto alla soglia usuraria consegue nullità ex art. 1815 c.c. di ogni pattuizione sugli interessi (corrispettivi e moratori) e la gratuità del prestito, e il diritto dunque del mutuatario a pretendere la rideterminazione dell'importo delle rate future del mutuo per il solo capitale e previa compensazione con il proprio controcredito alla restituzione degli interessi già versati e non dovuti.

Al riguardo è sufficiente considerare che dall'applicazione del principio fissato dalla pronuncia delle Sezioni Unite 7-10 luglio 2020 n. 19597 (che a superamento del noto contrasto giurisprudenziale ha riconosciuto che la disciplina antiusura si applica anche agli interessi moratori "intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso") non discendono, quand'anche il tasso di mora (in sé considerato o perché applicato anche sugli interessi corrispettivi) sia superiore a soglia, le conseguenze che parte attrice ne trae sulla gratuità del mutuo e sul proprio diritto a restituire il solo capitale (frazionato secondo le rate e le scadenze del piano di rientro pattuito) e previa compensazione con il proprio credito alla restituzione degli interessi già versati: indiscussa nella fattispecie la conformità alla disciplina antiusura del tasso corrispettivo, la stessa pronuncia Sez. Unite n. 19597/2000 citata precisa infatti che l'art. 1815 c. 2 c.c. importa in tal caso nullità del solo interesse convenzionale di mora in ipotesi usurario; e che, in forza dell'art. 1224, comma 1, c.c., lo stesso diritto del mutuante a pretendere interessi di mora non è affatto escluso, essendo gli stessi comunque dovuti seppur nella minor misura degli interessi corrispettivi leciti.

La nullità - in ipotesi - del tasso di mora perché superiore a soglia non determina dunque, in primo luogo, la nullità ex art. 1815, comma 2, c.c. del tasso corrispettivo lecitamente determinato e l'azzeramento del costo del finanziamento.

E dunque: 1) cade il presupposto della tesi di parte attrice basato sull'interpretazione degli effetti della disciplina ex art. 1815 c.c. e sull'invocata estensione dell'azzeramento degli interessi anche a quelli corrispettivi lecitamente determinati e non solo a quelli moratori o risarcitori in ipotesi usurari: la diversa natura degli interessi corrispettivi e di quelli moratori e l'autonomia delle pattuizioni contrattuali relative agli uni e agli altri conducono alla conclusione che l'eventuale nullità della clausola relativa all'interesse di mora non si estende all'autonomia e lecita previsione relativa all'interesse corrispettivo, conformemente a logica e a lettera dell'art. 1815, comma 2, c.c. (che sanziona con la nullità la clausola con la quale siano convenuti interessi usurari e non ogni pattuizione contrattuale relativa a interessi o ad altra remunerazione del finanziamento), e che a titolo di mora sarà comunque dovuto ex art. 1224, comma 1, l'interesse corrispettivo lecitamente pattuito; 2) è onere dell'attore allegare specificamente, e provare, che nello

svolgimento del rapporto di mutuo sono stati addebitati interessi di mora o altri addebiti per ritardo, e per quali importi, e in mancanza non è dunque configurabile a favore del mutuatario alcun diritto alla ripetizione di interessi di mora o di penali per ritardo eccedenti la misura degli interessi corrispettivi, che (in assenza anche solo di allegazioni circa l'esistenza di ritardi e di pagamenti di interessi o penali effettuati a tale titolo) mai risulta avere versato.

Tanto basta dunque al rigetto della domanda - formulata sul presupposto invocato della usurarietà contrattuale - di dichiarazione di gratuità del mutuo e di conseguente rideterminazione del debito residuo per solo capitale e del piano di rientro al netto di inesistente credito restitutorio per interessi versati non dovuti (posto che gli interessi corrispettivi sono dovuti e quelli di mora convenzionali non si allega e non risulta comunque siano mai stati pagati). Potrebbe al più discutersi, in vista dell'interesse del mutuatario alla dichiarazione di inefficacia per il futuro svolgimento del rapporto, della nullità della specifica previsione del tasso di interesse di mora o della previsione di addebito dell'interesse moratorio medesimo sull'intera rata scaduta (inclusa la quota di interesse corrispettivo), ma non è stata al riguardo formulata domanda.

E peraltro, seppure superfluo ai fini della decisione, è il caso di aggiungere che:

- la stessa pronuncia delle Sezioni Unite 7-10 luglio 2020 n. 19597, che per un verso recepisce la tesi invocata dall'attore della soggezione dell'interesse di mora alla disciplina antiusura, non solo nettamente ne circoscrive gli effetti ai sensi dell'art. 1815 comma 2 c.c., come sopra precisati, ma fissa inoltre anche un diverso criterio di determinazione della soglia rilevante, che ulteriormente fa cadere la pretesa attrice: posto che i decreti ministeriali (a partire dal D.M. 25 marzo 2003) contengono anche una rilevazione statistica - a meri fini conoscitivi e a campione, senza inclusione nel TEGM - del tasso medio di mora praticato dagli operatori professionali, ai fini della comparazione di tassi di mora e tassi usurari la soglia determinata sulla base del TEGM va rideterminata, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite, assumendo a base del calcolo anche il tasso medio moratorio rilevato, secondo la formula "T.e.g.m., più maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto". Ne consegue che nel caso in esame, posto che il D.M. 18 marzo 2008 di rilevazione dei tassi per il trimestre d'interesse indicava maggiorazione media per mora del 2,1% (art. 3 comma 4), il tasso soglia per interessi di mora della categoria mutui a tasso variabile ipotecari andrebbe ulteriormente ricalcolato, secondo la formula sopra indicata, nella misura del 12,15% ($6,00 + 2,1 = 8,1 + 50\% = 12,15$), rispetto alla quale è manifestamente inferiore non solo il tasso contrattuale del 9,00% ma pure il tasso effettivo di mora del 9,595% evocato e ricostruito dall'attore e della perizia econometrica e pure a quello del 12,06% o del 12,118% rispettivamente proposti nelle memorie 183 comma 6 n. 2 e n. 3 c.p.c. quali nuovi (e differenti) risultati raggiunti inserendo nel calcolo la commissione per anticipata estinzione.

- la previsione contrattuale di applicazione dell'interesse moratorio, in caso di ritardato pagamento, sull'intera rata scaduta comprensiva di capitale e interessi e con esclusione di ogni capitalizzazione successiva, è conforme all'art. 3 Del.CICR 9 febbraio 2000 che legittima tale forma di anatocismo e, se il tasso di mora è stabilito in misura non superiore a soglia, è pienamente lecita, giacché, volta che il nuovo montante è legittimamente costituito dalla rata non pagata e l'addebito è dunque calcolato in percentuale su detto importo, la pretesa di rapportare poi lo stesso addebito alla sola quota capitale compresa in quella rata per calcolare la percentuale dell'interesse addebitato e desumerne così un preteso tasso di mora "effettivo" è priva di fondamento normativo e logicamente arbitraria (con simile ricalcolo, spesso proposto nel contenzioso bancario, anche l'applicazione a titolo di mora di tasso identico al TEGM sortirebbe prospettazioni di percentuali "effettive" tanto straordinariamente elevate da rivelare da sé l'inconsistenza della ricostruzione) oltre che fondata su elementi del tutto ipotetici e irrilevanti laddove si argomenta in ordine a tassi per mora che sarebbero in astratto addebitabili qualora fosse rimasta inadempita una scadenza che non si allega né altrimenti consta non essere stata puntualmente osservata, e che per quanto già esposto - indipendentemente da ogni altra considerazione - nessun riflesso possono avere sui tassi corrispettivi e sul piano di rientro di cui si chiede la modificazione.

È del pari infondata l'affermazione della illegittimità intrinseca, così come sostenuta in atto di citazione e nella perizia econometrica, del piano di ammortamento costante (c.d. alla francese), vuoi in quanto contrario al divieto di anatocismo vuoi in quanto causa di surrettizia maggiore onerosità e indeterminazione del tasso di interesse effettivo.

Il piano di ammortamento a rate costanti non importa indeterminazione del tasso né automatica e surrettizia capitalizzazione di interessi e non è perciò tout court in contrasto - come assume l'attore - con il divieto di anatocismo né con i doveri di trasparenza, trattandosi di meccanismo che prevede rate composte da una quota di capitale e una quota di interessi calcolata sul (solo) capitale residuo (e non sugli interessi già scaduti) di modo che, nel progredire dell'ammortamento, la quota capitale cresce

progressivamente mentre quella per interessi è via via decrescente (v. anche Cass. Sez. I, 22 maggio 2014, n 11400: "la formazione delle rate di rimborso, nella misura composita predeterminata di capitale ed interessi, attiene alle mere modalità di adempimento di due obbligazioni poste a carico del mutuatario - aventi ad oggetto l'una la restituzione della somma ricevuta in prestito e l'altra la corresponsione degli interessi per il suo godimento - che sono ontologicamente distinte e rispondono a finalità diverse. Il fatto che nella rata esse concorrano, allo scopo di consentire all'obbligato di adempiervi in via differita nel tempo, non è dunque sufficiente a mutarne la natura né ad eliminarne l'autonomia").

Quanto alla maggiore o minore convenienza, sotto il profilo del complessivo importo a titolo di interessi che sarà corrisposto dal mutuatario all'esito del rientro, di un piano di ammortamento a rate costanti rispetto a un piano a rate variabili, essa rientra fra le valutazioni discrezionali che orientano nella scelta fra i vari mutui offerti dal mercato (anche secondo il valore che ciascuno attribuisce all'utilità di assicurarsi rate mensili non soggette a vistose oscillazioni e nel primo periodo per lo più, con le rate costanti, meno onerose) e non dipende da surrettizio maggior costo rispetto a quello dichiarato per effetto di anatocismo implicito, ma unicamente dalla diversa e variabile composizione percentuale della quota di capitale e di interessi di ciascuna rata.

L'indice Euribor, al quale il contratto di mutuo fa riferimento per la determinazione del tasso corrispettivo variabile, secondo l'attore costituisce per sé stesso, in quanto rappresentativo della media ponderata dei tassi di interesse praticati nei rapporti di deposito tra banche dell'Unione Europea, espressione di un accordo di cartello tra le banche di riferimento che comunicano i dati sulla base della cui raccolta ed elaborazione vengono determinati gli indici comunicati e diffusi quotidianamente dalla Federazione B.E. (E.); e ne argomenta perciò la nullità per indeterminatezza del tasso e per violazione della normativa antitrust e in specie dell'art. 1 della L. n. 287 del 1990 (che vieta "le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti", tra le altre, "nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali").

L'eccezione è infondata.

La determinazione della media ponderata dei tassi praticati sui depositi interbancari dalle principali banche europee e internazionali in relazione alle variazioni del tasso ufficiale BCE è, appunto un dato matematico riassuntivo della situazione del mercato fornito come dato informativo a disposizione e liberamente utilizzabile da tutti gli operatori e non il frutto di un accordo per la limitazione della concorrenza, e se è vero che ciascuna delle singole banche i cui comportamenti sul mercato contribuiscono alla determinazione dell'Euribor di fatto ne influenzano l'ammontare, ciò non vale da sé a ricondurre ad intese tra le banche interessate la strumentale alterazione dell'indice attraverso la modifica concordata del tasso di deposito da ciascuna di esse applicato nei rapporti con altri istituti di credito, e la illiceità dunque intrinseca del riferimento.

E' al riguardo il caso di aggiungere che l'attore non deduce espressamente alcuna manipolazione concordata in funzione anticoncorrenziale né la partecipazione di B.N. all'intesa, ma assume la contrarietà alla normativa antitrust del meccanismo stesso di calcolo dell'Euribor sulla base dei quotidiani rilevamenti sul comportamento commerciale delle banche europee e internazionali, e che non invoca dunque né menziona le note decisioni della Commissione UE del 4 dicembre 2013 e del 7 dicembre 2016, che hanno accertato che un cartello tra diverse banche europee per la manipolazione del tasso Euribor è in effetti esistito, né il contenzioso che da ciò è sortito; in ogni caso, per quanto qui interessa, è sufficiente osservare, nella totale assenza di allegazioni dell'attore, che le condotte che furono così accertate dalla Commissione UE si riferivano al periodo dal 29 settembre 2005 al 30 maggio 2008, anteriore allo svolgersi del rapporto di mutuo a tasso variabile, e che B.N. non è tra le banche che furono ritenute partecipi e sanzionate.

La difformità del tasso corrispettivo contrattuale rispetto a quello applicato (6,125% anziché 6,10%) è meramente enunciata e in nessun modo argomentata; qualora provata non determinerebbe del resto, come da domanda attrice, la nullità del tasso convenzionale e la sostituzione del tasso legale, ma al più la (esigua) correzione del piano in conformità con il tasso validamente pattuito e in tesi non correttamente applicato.

Quanto alla dedotta difformità del TAEG - indicato dal contratto nel 6,16% e in tesi applicato in percentuale ricalcolata dalla perizia econometrica, tenuto conto dei costi diversi pattuiti, nel 6,21879% - si rileva comunque nel merito che - sia o meno corretto il calcolo del TAEG difforme - il contratto di mutuo contiene compiuta e puntuale indicazione dei criteri di determinazione dei tassi corrispettivi e di mora, di ogni altro costo, del numero e scadenze delle rate e del relativo importo secondo il tasso alla data della stipula, come da piano di ammortamento allegato E al contratto e sottoscritto, e dunque di tutti gli elementi essenziali secondo la previsione dell'art. 117 TUB.

Nel contratto 26 maggio 2008 e nel documento di sintesi (allegato F) è anche espressamente indicato il TAEG/ISC, nella percentuale del 6,16%, in tesi difforme da quello reale che sarebbe da determinarsi nel 6,21879. E peraltro, va evidenziato, il TAEG/ISC è di obbligatoria indicazione (a far tempo dalle istruzioni della B.D. 25 luglio 2003) ma non è un tasso di interesse né un onere o spesa a carico del mutuatario, bensì un indice sintetico informativo del costo complessivo dell'operazione, da calcolarsi sulla base delle prestazioni che il medesimo contratto prevede a carico del cliente.

Perciò la dedotta difformità del TAEG (sia o meno corretto il calcolo sulla base del quale la si assume) o (in ipotesi astratta) la sua stessa omissione non importano indeterminatezza del contratto ai sensi degli artt. 1346, 1418 e 1284 c.c. e neppure rientrano fra le cause di nullità ex art. 117 TUB: con ogni evidenza quanto alle ipotesi previste dai commi 3, 4 e 6 ricorrendo le quali deve farsi applicazione dei tassi sostitutivi previsti dal comma 7 dello stesso articolo; così pure quanto alla fattispecie prevista dal comma 8, in quanto l'ISC/TAEG non appartiene al contenuto tipico determinato prescritto a pena di nullità del contratto di mutuo (peraltro ove pure diversamente si opinasse la nullità è prevista per l'assenza di indicazione di elemento del contenuto tipico e a questa non è tout court assimilabile la difformità anche minima) e costituisce invece strumento di informazione del cliente la cui omessa o (apprezzabilmente) erronea indicazione può eventualmente costituire fonte di responsabilità civile della banca per inadempimento dell'obbligazione di trasparenza, ove il mutuatario allegghi e provi, ad esempio, che qualora l'ISC/TAEG fosse stato correttamente rappresentato egli non avrebbe stipulato il contratto o lo avrebbe stipulato altrove a più favorevoli condizioni. Orientamento che, già anteriormente manifestatosi, ha trovato sicura conferma almeno a far tempo dall'aggiornamento 29 luglio 2009 delle istruzioni della B.D. in modifica alla versione del 25 luglio 2003, secondo le quali i contratti bancari di mutuo, anticipi e simili devono contenere nel solo documento di sintesi e nel foglio informativo (non più nel contratto, del quale non può dunque costituire contenuto tipico determinato a pena di nullità ex art. 117 co. 8 TUB) l'indicazione del costo complessivo per il cliente, espresso in forma percentuale con l'acronimo ISC o TAEG, così confermando la finalità e valenza meramente informativa dell'indicazione, e l'insussistenza della dedotta causa di nullità parziale.

Esclusa dunque la causa di nullità per omissione o difformità del TAEG o ISC, l'eventuale responsabilità contrattuale della banca per violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza deve farsi valere dal cliente allegando e provando i danni che l'informazione in tesi errata, ferme e correttamente determinate tutte le condizioni contrattuali, abbia eventualmente cagionato.

Va solo aggiunto, a conferma della validità del contratto e dei limitati effetti dell'eventuale erronea indicazione dell'indice di costo, che l'indicazione del TAEG è in via generale prevista dall'art. 125 bis TUB per i contratti con i consumatori (qualifica che naturalmente non spetta a P. S.r.l.), e che la sanzione di nullità che in questo caso espressamente il legislatore prevede per il caso di erronea indicazione investe non i tassi di interesse o la generalità delle condizioni contrattuali da sostituirsi ex art. 1284 c.c. o ex art. 117 c. 7 TUB, ma i soli costi a carico del consumatore erroneamente non considerati nel calcolo dell'indicatore sintetico (ripetibili a domanda purché in concreto sostenuti e provati, mentre nel caso in esame manca ogni allegazione al riguardo): in ogni altra parte il contratto resta valido e gli interessi sono dovuti come concordati. Ciò che logicamente conferma, se tale è il circoscritto effetto della nullità espressamente prevista a tutela del consumatore dall'art. 125 bis, l'inesistenza di generale causa di nullità ex art. 117 per inesatta (o omessa) indicazione del TAEG/ISC.

Con riguardo al contratto di mutuo la CTU richiesta in atto di citazione e nelle successive memorie istruttorie e conclusionale è dunque superflua per la parte volta alla conferma delle deduzioni di usurarietà e illiceità sopra esaminate e del tutto esplorativa se diretta a verificare diversa violazione della disciplina in materia di usura e di contratti bancari, e le domande proposte dall'attore vanno rigettate in quanto infondate.

Il contratto di Interest Rate Swap (IRS)

La società attrice deduce che il contratto di Interest Rate Swap (IRS), proposto da B.N. con finalità di copertura per il cliente del rischio delle variazioni in aumento del tasso di interesse del mutuo fondiario, è stato concluso dall'intermediario finanziario violando gli obblighi di correttezza e trasparenza e di informazione prescritti dall'art. 21 D.Lgs. n. 58 del 1998 in quanto l'analisi matematico finanziaria del contratto rivela costi impliciti (mark to market iniziale negativo di Euro 10.497,10 non dichiarato) e squilibri dell'alea (in relazione agli scenari probabilistici sull'andamento dei tassi nel periodo di efficacia del rapporto) in danno del cliente sui quali la banca, intermediario e nel contempo diretta controparte del proprio cliente nel contratto derivato Over The Counter (OTC), non ha fornito informazioni e che in concreto distolgono il contratto dalla funzione propria di copertura del rischio correlato alla variabilità dei tassi del mutuo e producono effetto peggiorativo sugli interessi da pagare, e desume da tali premesse la nullità del contratto di IRS per difetto di causa o di causa meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., oltre che per mancanza di accordo su elementi essenziali del contratto (la commissione implicita), con conseguente condanna alla

restituzione di quanto versato in esecuzione dell'accordo, e in subordine la condanna comunque della banca al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento delle obbligazioni di correttezza e di informazione.

Prima di esaminare specificamente le criticità dedotte del contratto di Interest Rate Swap è opportuno richiamare il contenuto della sentenza n. 8770 del 12 luglio 2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, investita di questioni specifiche concernenti l'acquisto di prodotti derivati da parte di enti pubblici locali, ha svolto una generale ricostruzione del contratto finanziario derivato di Interest Rate Swap e dei principi che ne regolano l'applicazione anche nei rapporti tra privati, confermando e sviluppando al riguardo anche orientamenti già emersi nella giurisprudenza di merito e in alcune sentenze di legittimità.

La pronuncia delle Sezioni Unite, premessa definizione del contratto di interest rate swap ("contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo"), espone che "gli elementi essenziali di un interest rate swap sono stati individuati, dalla stessa giurisprudenza di merito, ne:

- a) la data di stipulazione del contratto (trade date);
- b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi;
- c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date);
- d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto;
- e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi;
- f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale"

Precisano di seguito le Sezioni Unite che "se lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo è chiamato upfront (e i contratti non par che non prevedano la clausola di upfront hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito)".

In ordine alla causa del negozio e alla meritevolezza degli interessi perseguiti, le Sezioni Unite reputano improprio il riferimento allo schema contrattuale della scommessa e della lotteria previste dagli artt. 1933 e 1935 c.c.: "Ciò che distingue l'IRS dalla comune scommessa è proprio la complessità della vicenda e la professionalità dei soggetti coinvolti, sicché l'impostazione più attenta rinviene la causa dell'IRS nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio, atteso che quello strumento contrattuale:

- si forma nel mercato finanziario, con regole sue proprie; di frequente consuetudinarie e tipiche della comunità degli investitori;
 - riguarda un rischio finanziario che può essere delle parti, ma può pure non appartenere loro;
 - concerne dei differenziali calcolati su dei flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo;
 - è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata;
 - è il risultato di una tradizione giuridica diversa dalla nostra.
- A fini puramente descrittivi e semplificativi, si potrebbe dire che l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto)".

Ponendosi quindi il problema preliminare della validità dello schema contrattuale, e cioè di verificare "se tali tipi di contratti perseguano interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. e siano muniti di una valida causa in concreto", la sentenza afferma che, al fine di valutare la validità della causa della negoziazione e monetizzazione del rischio finanziario, svolga essa in concreto funzione di speculazione o invece di copertura del rischio di altro prodotto, "occorre accertare (...) se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale delle scommesse razionali, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità", e precisa che "tale accordo non si può limitare al mark to market, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo". E conclude che "la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto" e che, "in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)".

Facendo applicazione di tali principi deve concludersi che - oltre alla necessaria corrispettività dello schema contrattuale che impone la bilateralità dell'alea e dunque che una componente di rischio, non necessariamente di pari entità, esista in concreto per entrambi i contraenti - la meritevolezza della causa del contratto di IRS, sia esso concluso a fini speculativi ovvero di copertura, discende dalla razionalità e misurabilità dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e condivisi di valutazione delle condizioni di mercato e degli scenari probabili che da essi potranno discendere.

Ed è dunque nullo, per difetto di causa in concreto ex art. 1322 c.c., il contratto di IRS che, stipulato per dichiarate finalità di copertura del rischio di altra operazione, non sia in effetti strutturato, ad opera dell'intermediario che confeziona il derivato OTC, in correlazione alla posizione di rischio del cliente e al suo bilanciamento (cfr., specifica sul punto, Cass. Sez. 1, 31 luglio 2017, n. 19013). E così pure è nullo il contratto che, pur coerente per correlazione strutturale con la copertura del rischio del diverso rapporto contrattuale, non contenga indicazione del valore del derivato espresso dal mark to market e degli eventuali costi occulti e così pure degli scenari probabilistici in relazione ai quali si determina la misura e la distribuzione dell'alea: se il riconoscimento di valida causa della scommessa finanziaria passa dalla razionalità e misurabilità dell'alea, la misura della quantità e qualità dell'alea e i criteri su cui la misurazione si fonda costituiscono essi stessi elementi essenziali dell'accordo dei quali il testo contrattuale deve recare indicazione a pena di nullità, prima ancora dunque di considerare il dovere dell'intermediario di informazione e trasparenza e le conseguenze risarcitorie dell'eventuale inosservanza.

Nel caso in esame il contratto di IRS soddisfa il requisito della stretta e originaria correlazione strutturale con l'operazione coperta (il mutuo a tasso variabile) che assicura coerenza con la dichiarata finalità di copertura: il capitale nozionale coincide con l'importo mutuato di Euro 700.000,00, e ne è previsto l'andamento decrescente ("amortizing") in aderenza con il piano di restituzione in linea capitale del finanziamento, secondo il piano di ammortamento allegato al contratto di mutuo; i due contratti hanno uguali durata (20 anni), decorrenza (dal 30 giugno 2008) e periodicità dei pagamenti (semestrali dal 31 dicembre e al 30 giugno di ogni anno); la gamba variabile dell'IRS a carico della banca (Euribor 6 mesi) va a compensare la quota variabile del mutuo a carico del cliente (determinata sullo stesso parametro), il quale resta obbligato al pagamento dello spread fisso del mutuo (1,25%) e della gamba fissa dell'IRS (4,85%), così che l'effetto congiunto dei due strumenti è quello di trasformare nella sostanza il mutuo a tasso variabile agganciato all'Euribor 6 mesi in un mutuo a tasso fisso del 6,10%.

Se dunque è confermato che il contratto di IRS è concepito in funzione della copertura del rischio per il cliente della variabilità in aumento dei tassi, altro tema è quello della razionalità della scommessa finanziaria e della misura quantitativa e qualitativa dell'alea assunta che, sia il rischio distribuito in modo uguale o disuguale (il contratto può essere validamente stipulato anche se non par), devono per quanto esposto desumersi dalla regolamentazione pattizia del derivato, nella quale - confermano le Sezioni Unite - devono trovare indicazione gli scenari probabilistici di andamento degli indici variabili e dei reciproci flussi alla data della negoziazione, il valore del derivato alla stessa data espresso dal mark to market con i criteri del relativo calcolo, gli eventuali costi impliciti.

Al riguardo la relazione del CTU dott. Fogliata evidenzia che, così come lamentato dall'attore, alla data della negoziazione il contratto di IRS presentava uno squilibrio dell'alea in favore della banca, desumibile dalle curve forward dell'Euribor 6 mesi alla data della negoziazione del contratto (2 maggio 2008), disponibili

sulla piattaforma Bloomberg, e calcola il valore del derivato alla stessa data, confrontando il valore attualizzato dei flussi attesi per pagamento secondo tasso fisso del 4,85% o secondo Euribor 6 mesi (forward), così determinando un mark to market negativo di Euro 12.067,00 a carico di P..

Esiste dunque uno squilibrio, del quale il contratto non fa menzione (il mark to market negativo non è indicato) e non prevede compensazione (per equilibrare il derivato e renderlo par andrebbe previsto e versato conguaglio di importo corrispondente, detto upfront, che il contratto non contempla e che non risulta accreditato in conto corrente né si allega essere stato corrisposto), e che costituisce in fatto un corrispettivo per commissione o margine lordo a favore della banca, che ben può essere legittimamente pattuito e che tuttavia non è dichiarato in alcun documento contrattuale.

Non solo. Secondo la relazione del CTU l'analisi degli scenari probabilistici degli esiti futuri dell'operazione, condotta sulla base delle curve forward delle grandezze finanziarie e elaborando la media ponderata di ciascuno degli scenari di probabilità, conferma lo squilibrio del derivato in danno del cliente (probabilità che il prodotto generi esiti favorevoli: 60,94% per B.N., 39,06% per P.; profitto realizzabile: Euro 41.053,44 per B.N., Euro 30.459,26 per P.).

L'indiscutibile assenza, nella documentazione che regola il rapporto tra intermediario e cliente, della indicazione del mark to market del derivato alla data di negoziazione (così come del corrispettivo implicito per commissione che, in assenza di upfront, ne risulta a favore della banca) e dell'analisi probabilistica degli scenari futuri delle grandezze finanziarie sulle quali è regolato il funzionamento del derivato e degli effetti che detti scenari potranno determinare sui flussi reciproci dei pagamenti tra le due parti produce, per quanto esposto, la nullità non già solo del corrispettivo non dichiarato di Euro 12.067,00 ma dello stesso contratto di IRS per difetto di causa, e il conseguente diritto del cliente alla restituzione dei pagamenti eseguiti nella misura dei differenziali negativi maturati a ciascuna scadenza (al netto di quelli eventuali positivi), come determinato dall'andamento storico dell'indice variabile di riferimento (rivelatosi per il cliente obbligato per tasso fisso del 4,85%, assai più pregiudizievole di quello ex ante probabile secondo le curve forward alla data della negoziazione, in relazione alle quali deve essere la valida formazione del consenso: il contratto risale all'epoca dei livelli massimi storici dell'Euribor, alla vigilia della crisi finanziaria mondiale dell'autunno 2008, a seguito della quale l'indice Euribor 6 mesi è rapidamente disceso a valori assai inferiori rispetto agli andamenti attesi).

Al riguardo il CTU, ricostruito all'ottava scadenza del 29 giugno 2012 differenziale negativo di Euro 75.758,50 corrispondente a quello risultante dagli estratti di conto corrente prodotti dall'attore (doc. 10), calcola gli importi differenziali anche per le scadenze contrattuali al 31 dicembre 2012 e al 28 giugno e 31 dicembre 2013, ossia quelle già maturate alla data della lettera 9 maggio 2014 (doc. 13) con la quale B.N., nel richiedere il rientro per varie posizioni debitorie estranee al presente giudizio, ha pure chiesto il "regolamento" degli "oneri relativi al contratto di finanza derivata/IRS ..." e comunicato la volontà di valersi della clausola di recesso anticipato come prevista dall'art. 8 del contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati firmato dalle parti (doc. 7); e calcola dunque il totale differenziale negativo, a tale data, di Euro 115.962,41.

Posto che parte attrice ha prodotto gli estratti conto che documentano l'addebito dei differenziali negativi sino al 30 settembre 2012 (8 scadenze semestrali), e che i dati ivi registrati coincidono con i calcoli sui flussi dei reciproci pagamenti ricostruiti dal CTU e ne confermano l'esecuzione in conformità con il contratto concluso, è provato il diritto del cliente alla restituzione dell'importo così determinato di Euro 75.758,50.

Per le scadenze seguenti, maturate dal 30 giugno 2012 al 30 giugno 2013 (successive alla prima contestazione sulla validità del contratto di IRS, inviata da P. a B.N. già il 15 giugno 2012, e anteriori alla lettera 9 maggio 2014 con cui B.N. comunica di voler recedere), la ritenuta nullità del contratto determina ovviamente la non debenza dei differenziali frattanto maturati a carico di P., negli importi calcolati dal CTU (i cui conteggi non sono contestati), ma non dimostra il diritto alla ripetizione ove l'attore, che è onerato della relativa prova non avendo la banca riconosciuto i relativi addebiti, non documenti l'esborso (ossia l'addebito in conto corrente dei nuovi differenziali negativi nonostante la contestazione di invalidità già mossa all'intermediario), del resto agevolmente documentabile con la produzione degli estratti del proprio conto corrente.

Per le scadenze successive il CTU, correttamente rispondendo nei termini del quesito posto, non ha quantificato perdite differenziali, giacché nulla è dato sapere (nulla avendo le parti allegato e tanto meno provato) in ordine all'estinzione anticipata o alla prosecuzione del rapporto successiva alla lettera 9 maggio 2014 di B.N. e ad eventuali addebiti finali di mark to market negativo alla data di estinzione o di nuovi differenziali scaduti nel rapporto ancora in atto.

La società attrice ha dunque diritto alla ripetizione della somma di Euro 75.758,50, esclusa rivalutazione trattandosi di debito di valuta e con interessi legali, ex art. 2033 c.c., dalla domanda (24 giugno 2014) al saldo.

La domanda di risarcimento dei danni da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi è rimasta del generica nelle allegazioni e sfornita di prova su ogni presupposto (avvenuta segnalazione, oggetto e contenuto della stessa, illegittimità in ogni sua parte, conseguenze in concreto sofferte dal debitore segnalato).

Le spese di lite, compensate in misura di 1/3 in relazione all'esito delle domande concernenti il mutuo, vanno poste a carico del convenuto soccombente per la restante quota che si liquida, in applicazione del D.M. n. 55 del 2014 e facendo riferimento agli importi medi per cause di valore compreso da 52.001,00 a 260.000,00 (secondo valore accertato in sentenza), in Euro 8.953,33 per compenso (valori medi x 2/3: fase studio Euro 1.620,00, fase introduttiva Euro 1.033,33, fase istruttoria Euro 3.600,00, fase decisoria Euro 2.700,00), oltre a spese generali ragione del 15%, CPA e IVA.

Le spese di CTU, disposta con esclusivo riguardo alla verifica delle doglianze concernenti il contratto derivato, vanno poste integralmente a carico della banca convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando,

- 1) dichiara la nullità del contratto di Interest Rate Swap stipulato in data 1-2 maggio 2008 tra P. S.r.l. e B.N. S.p.A.;
- 2) condanna la convenuta a pagare all'attrice la somma di Euro 75.758,50 oltre interessi legali dal 24 giugno 2014 al saldo;
- 3) rigetta le restanti domande attrici;
- 4) compensa in ragione di un terzo le spese di lite e condanna parte convenuta alla rifusione della restante quota, che liquida in Euro 8.953,33 per compensi, oltre a rimborso forfettario spese, CPA e IVA se dovuta
- 5) pone le spese di CTU, come liquidate con decreto in data 19 ottobre 2017, definitivamente a carico di parte convenuta.

Così deciso in Brescia, il 21 settembre 2021.

Depositata in Cancelleria il 24 settembre 2021.