



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE I CIVILE

Riunita in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

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

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. **R.G.** promossa in grado d'appello con citazione notificata il 13.01.2020 da:

..... (C.F.), elettivamente domiciliata in Torino, Via presso lo studio degli avv.ti (.....) ed

(.....) che la rappresentano e difendono, anche disgiuntamente fra loro, giusta delega in data 11.2.2016, in atti, conferita espressamente anche per la fase di appello, dichiarando di voler ricevere le comunicazioni e/o notifiche relative al presente procedimento ai sopra indicati indirizzi di PEC ovvero al n. di fax 011/531321;

- APPELLANTE -

contro

(SUCCESSORE DI

.....) (C.F.) rappresentato e difeso, in forza di procura in calce alla comparsa di costituzione in appello, dagli Avvocati (.....) e (.....)

), ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. in Torino,) (nel prosieguo,

- APPELLATO -

OGGETTO: bancari

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Voglia la Corte di Appello adita, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, previe le declaratorie del caso e d in parziale modifica dell'impugnata sentenza ed in accoglimento dell'appello:

- previo occorrendo ordine alla parte appellata di esibire in giudizio, ex art. 210 cpc, tutta la documentazione relativa agli intercorsi rapporti contrattuali, come descritti in atti ed oggetto del presente giudizio;
- previa ammissione delle prove come dedotte in citazione sub nn. da 1 a 33 e di quelle dedotte nella memoria istruttoria 1.9.2016 e 21.9.2016 da intendersi qui integralmente riformulate;
- previa convocazione del CTU a chiarimenti sugli aspetti trattati nelle osservazioni del consulente tecnico di parte odierna appellante, allegate all'elaborato peritale in data 20.9.2017 e richiamate all'udienza del 15.11.2017, sotto il profilo: a) della mancanza di causa concreta in relazione al derivato IRS SWAP oggetto di causa; b) del valore negativo del *mark to market* e della conseguente segnalazione dell'attore presso la centrale rischi; c) della prevedibilità, da parte della Banca convenuta, del calo dei tassi di interesse; d) del costo complessivo dell'operazione in derivati per cui si discute;
- accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1418 c.c. e per i motivi in atti, la nullità del contratto IRS Swap "Tasso fisso" del 24.3.2009 in ragione della mancata indicazione del valore del *mark to market*, ovvero, in via di subordine, per mancanza di causa e/o per violazione dell'art. 21 Dlgs. 24.2.1998 n. 58 nonché degli artt. 27, 28 e 29 regolamento Consob n. 11522/1998 e in ogni caso per violazione delle regole e dei principi in materia di intermediazione finanziaria, nonché per mancanza di correlazione fra contratto di swap e i due rapporti di mutuo stipulati dall'attrice, di cui in atti; per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare la convenuta, anche a titolo di

ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c., a rimborsare alla conchiudente tutti gli importi alla stessa corrisposti, per le causali in atti, alla data del 28.6.2019 (pari, alla data del 28.6.2019, a complessivi € 1.092.694,63), oltre all'importo di € 40.227,25 per il differenziale al 31.12.2019 ed € 232.988,00 corrisposti dalla conchiudente alla chiusura del derivato IRS Swap oggetto di giudizio, ovvero nella misura che verrà determinata in corso di causa, oltre rivalutazione monetaria ed interessi.

- accertata e dichiarata l'applicazione al contratto di mutuo stipulato in data 13.9.2007 di interessi oltre la soglia prevista ai fini dell'usura, in applicazione del disposto di cui all'art. 1815 comma 2 c.c. dichiarare che nulla è dovuto dalla conchiudente a titolo di interessi, con conseguente rideterminazione del saldo debitore in capo all'attrice avuto riguardo alla sola sorte capitale, con condanna della convenuta alla restituzione in favore della conchiudente delle somme tutte ad oggi indebitamente percepite a titolo di interessi oltre a quelle eventualmente a tale titolo corrisposte nelle more del giudizio, nella misura che verrà determinata in corso di causa, oltre interessi legali sino al soddisfo e rivalutazione monetaria;

- accertata e dichiarata, per le ragioni esposte in atti, l'indeterminatezza e/o indeterminabilità del tasso di interesse nel contratto di mutuo 29.9.2009:

a) in applicazione del disposto di cui all'art. 117 TUB, rideterminare il saldo contrattuale a debito della conchiudente e, per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare la convenuta al rimborso delle somme indebitamente percepite come risultanti dalla differenza fra il saldo contrattuale ed il saldo così ricalcolato, tenuto conto dei piani di ammortamento allegati;

b) ovvero e in ogni caso, in applicazione del disposto di cui all'art. 1284 terzo comma c.c., rideterminare il saldo contrattuale a debito della conchiudente e, per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare la convenuta al rimborso delle somme indebitamente percepite come risultanti dalla differenza fra il saldo contrattuale ed il saldo così ricalcolato, tenuto conto dei piani di ammortamento allegati; conseguentemente, sul saldo debitore residuo come ricalcolato, sostituire il tasso contrattuale con il tasso legale vigente, tenuto conto delle sue eventuali variazioni ed in ogni caso entro il limite percentuale del tasso indicato in contratto.

- accertata e dichiarata l'applicazione, nell'ambito dei rapporti di conto

corrente n. 0070/701007 e n. 0070/022315 di interessi usurari, in applicazione del disposto di cui all'art. 1815 comma 2 c.c. dichiarare che nulla è dovuto dalla conchiudente a titolo di interessi, con conseguente rideterminazione del saldo debitore in capo all'attrice e con condanna della convenuta alla restituzione in favore della conchiudente delle somme tutte ad oggi percepite a titolo di interessi oltre a quelle eventualmente a tale titolo corrisposte nelle more del giudizio, nella misura che verrà determinata in corso di causa, oltre interessi legali sino al soddisfo e rivalutazione monetaria;

Dichiarare nulla ovvero annullare la pattuizione delle commissioni di massimo scoperto in relazione al rapporto di conto corrente n. 0070/701007 per violazione degli artt. 1346 c.c. e art. 117 comma 4 TUB; per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare la convenuta al rimborso in favore della conchiudente delle somme versate a titolo di CMS e degli interessi passivi derivanti dall'addebito delle CMS medesime, nella misura che verrà determinata in corso di giudizio.

Con vittoria di competenze e spese, oltre IVA, CPA e rimborso spese generali nella misura pari al 15%, per entrambi i gradi di giudizio.

Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello adita, respinta ogni contraria istanza, eccezione e/ o deduzione, sia di merito sia istruttoria, in via principale nel merito, rigettare le domande avversarie formulate avverso la sentenza impugnata, in quanto infondate in fatto e in diritto; per l'effetto, confermare integralmente la sentenza n.4401/2019 del Tribunale di Torino, resa *inter partes* nell'ambito del giudizio R.G. 4906/2016, pubblicata in data 2 ottobre 2019, mandando comunque assolto _____, già _____

_____ da tutte le pretese *ex adverso* formulate;
in ogni caso, con vittoria delle spese di lite per il doppio grado di giudizio.

* * *

In via istruttoria, qualora codesta Ecc.ma Corte ritenesse di dover disporre ulteriori accertamenti istruttori, formula sin d'ora ogni più ampia riserva di deduzione.

MOTIVI DELLA DECISIONE
IN FATTO

1. Con atto di citazione ritualmente notificato la società conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Torino il . esponendo in fatto:
- che il 13.09.2007 aveva stipulato con la un contratto di mutuo a tasso variabile per la somma di euro 4.000.000 (doc.1) per la costruzione/ristrutturazione della struttura di accoglienza ed assistenza per anziani;
 - che, al fine di ampliare la ristrutturazione, in data 29.09.2009 aveva contratto un ulteriore contratto di mutuo per la somma di euro 500.000 (doc.6);
 - che in data 24.03.2009 aveva infine sottoscritto un contratto di Swap "Tasso Fisso" (doc.5) al fine di coprirsi dai rischi legati alle variazioni dei tassi di interesse in riferimento ai mutui contratti.

Assumeva che il contratto Swap del 24.03.2009 era nullo:

- per mancanza di oggetto per omessa indicazione della formula matematica per la determinazione del Mark to Market, sì da non consentire all'investitore di conoscere il grado di rischio assunto;
- per mancanza di causa in quanto, seppur stipulato con funzione di copertura, il contratto aveva assunto esclusivamente una funzione speculativa: infatti, essendo un contratto "non par", l'alea connaturata al rapporto contrattuale era stata riversata interamente sull'attore, avendo la Banca applicato al cliente un costo occulto di euro 150.165,07 senza riconoscere alcun *up-front* e senza specificare, nel contratto, le eventuali somme a titolo di commissioni;
- per violazione degli obblighi informativi in quanto la Banca non aveva dichiarato lo squilibrio iniziale del contratto e non aveva spiegato il meccanismo di funzionamento dello swap, con conseguente violazione degli artt. 21 del TUF e 27, 28 e 29 del Reg. Consob n. 11522/98 avendo la Banca omesso di indicare i costi reali del derivato, di compilare il questionario di profilatura del cliente e di consegnare i doc. dal n. 1 al n. 10 elencati alla lett. F, e avendo al contrario consegnato una scheda esemplificativa inidonea a specificare i rischi del contratto;

- per mancanza di correlazione tra contratto di swap e i due contratti di mutuo, avendo la Banca condizionato l'erogazione del secondo mutuo (di euro 500.000) alla sottoscrizione del contratto di swap; tuttavia, il contratto di swap, in quanto stipulato prima del secondo contratto di mutuo, era idoneo a svolgere una funzione di copertura in quanto la somma non era ancora stata erogata dalla Banca.

L'attrice allegava inoltre che il contratto di mutuo del 13.09.2007 (per euro 4.000.000) presentava profili di criticità in relazione alla determinazione del tasso di interesse debitore e di mora, configurando usura oggettiva pattizia (come da perizia econometrica di parte: doc.16); in particolare, il tasso di interesse pattuito era superiore al tasso soglia usura, con conseguente applicazione dell'art. 1815, comma 2 c.c.

Il contratto di mutuo del 29.09.2009 presentava profili di indeterminazione del tasso di interesse in quanto mancava l'indicazione del coefficiente "lettera" o "denaro" in riferimento all'Euribor e l'indicazione della base dei giorni sui quali era calcolato il tasso di interesse; inoltre, era applicato l'interesse composto anziché quello semplice, con conseguente nullità delle clausole determinative degli interessi.

Infine, parte attrice deduceva che i rapporti di conto corrente n. 0070/701007 e n. 1070/022315 presentavano entrambi profili di usurarietà poiché il TEG era, in diversi trimestri, superiore al tasso soglia, con richiesta di applicazione dell'art. 1815, comma 2, cc.

Con riferimento al solo conto corrente n. 1070/022315, si lamentava che la clausola di massimo scoperto fosse nulla per indeterminazione dell'oggetto in quanto era indicata unicamente la misura percentuale.

Parte attrice chiedeva pertanto di:

- accertare e dichiarare nullo il contratto di swap ex art. 1418 cc ovvero, in subordine, per mancanza di causa e/o violazione dell'art. 21 TUF, nonché degli artt. 27, 28 e 29 del Reg. Consob n. 11522/1998 e, per l'effetto, dichiarare tenuta e condannare la convenuta, anche a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 cc, a rimborsare tutti gli importi corrisposti;
- accertare e dichiarare l'applicazione di interessi oltre la soglia di usura al contratto di mutuo del 13/9/2007 e, in applicazione dell'art. 1815, co. 2, cc dichiarare che nulla è dovuto a titolo di interessi, con conseguente

rideterminazione del saldo debitore;

- accertare e dichiarare l'indeterminatezza e/o l'indeterminabilità del contratto di mutuo del 29/9/2009 e, in applicazione dell'art. 117 TUB ovvero dell'art. 1284, co. 3, cc rideterminare il saldo contrattuale dovuto;
- accertare e dichiarare l'applicazione, nell'ambito dei rapporti di conto corrente, di interessi usurari e, in applicazione dell'art. 1815, co. 2, cc, dichiarare che nulla è dovuto a titolo di interessi;
- dichiarare nulla ovvero annullare la pattuizione delle commissioni di massimo scoperto in relazione al rapporto di conto corrente n. 1070/022315 per violazione degli artt. 1346 cc e 117, co. 4, TUB e, per l'effetto, condannare la convenuta al rimborso delle somme versate a titolo di CMS e degli interessi passivi derivanti dall'addebito delle CMS.

2. Si **costituiva la Banca convenuta** contestando le domande.

In particolare, osservava:

- che l'obbligo di indicare il MtM era stato imposto dalla Comunicazione Consob n. 9019104/2009, emanata solo il mese precedente alla stipula del contratto e dunque nel periodo concesso dall'Autorità di Vigilanza per recepire la nuova regolamentazione; inoltre, il MtM non era espressione dell'oggetto del contratto, ma una mera proiezione finanziaria del valore di mercato del derivato in caso di risoluzione anticipata dello stesso;
- che erroneamente il contratto di swap era stato classificato dall'attore come "*non par*", atteso che in ogni operazione di swap esiste un margine lordo implicito a favore della Banca che non comporta alcun obbligo di esborso a favore del cliente;
- che, in relazione alla funzione del contratto, l'IRS "Tasso Fisso" appartiene alla categoria dei c.d. contratti a "copertura effettiva" e la perdita subita *ex post* da uno dei contraenti non determina il venir meno della funzione di copertura convenuta dalle parti in sede di stipula del contratto;
- che la Banca aveva condotto un'approfondita istruttoria sulla situazione economico-finanziaria della cliente, aveva constatato che i rappresentanti di erano in grado di comprendere il funzionamento del contratto, aveva messo a disposizione dell'attore le migliori risorse interne affidando la negoziazione a funzionari interni dotati di specifica esperienza e

aveva sottoposto all'attore l'operazione di copertura per soddisfare le sue esigenze operative e finanziarie;

- che era evidente la funzione di copertura dello Swap, atteso che il nozionale di euro 4.500.000 corrispondeva al complessivo capitale mutuato, il derivato veniva a scadenza al 31.12.2025 in coincidenza con la scadenza dell'ultima rata di rimborso del mutuo di euro 4.000.000 e il nozionale diminuiva con il diminuire del capitale dei finanziamenti, mentre la perizia di parte prodotta dall'attrice (doc.15) non aveva autonomo valore probatorio;
- che ai fini della verifica della usurarietà dei tassi pattuiti, non potevano essere sommati tasso convenzionale e tasso moratorio;
- che il contratto di mutuo del 29.09.2009 (con sistema di ammortamento alla francese) specificava perfettamente le condizioni economiche del rapporto, le modalità di determinazione del tasso d'interesse, della quota di interessi e della quota di rimborso del capitale mutuato, senza che fosse applicato alcun interesse usurario;
- che era inammissibile la domanda di ripetizione di indebito in relazione ad un conto corrente di corrispondenza in quanto ancora in essere;
- che i diritti relativi alla restituzione delle somme corrisposte e al risarcimento del presunto danno erano comunque prescritti ai sensi degli artt. 2946 e 2947 cc.
- che con riferimento ai conti correnti, la Banca aveva sempre rispettato le Istruzioni di Banca d'Italia applicabili sino al 31.12.2009, nelle quali era escluso che la CMS rientrasse nel calcolo del TEG.

Concludeva pertanto chiedendo il rigetto delle domande avversarie in quanto improcedibili, prescritte, inammissibili e comunque infondate in fatto e in diritto.

3. All'udienza del 29.03.2017 veniva conferito al CTU nominato il seguente incarico peritale:

1. RICOGNIZIONE DEI RAPPORTI OGGETTO DI INDAGINE:

Il C.T.U. letti gli atti ed esaminati i documenti prodotti, acquisito se del caso e nei limiti dell'art. 198 c.p.c. ogni altro documento contabile utile ai fini della ricostruzione del conteggio dei rapporti di dare e avere tra le parti, provveda nei termini di seguito indicati:

a) Per ogni rapporto il C.T.U. indichi: 1) la data di accensione; 2) la data di chiusura e il

relativo saldo di estinzione; per i rapporti ancora aperti, indichi l'ultimo saldo contabile rinvenuto nella documentazione agli atti; 3) le principali e rilevanti condizioni economiche del c/c e dell'apertura di credito sullo stesso appoggiata (su conto principale) o della linea di credito (su conto accessorio) e la loro variazione nel tempo, quali senza pretesa di completezza: tassi di interesse; c.m.s. e criteri di applicazione; spese e commissioni; periodicità della capitalizzazione di interessi; 4) i periodi coperti dagli e/c versati in atti da ambo le parti.

b) Il C.T.U. segnali in ogni caso gli e/c mancanti. Mantenga il saldo iniziale risultante dal primo e/c disponibile, sia a debito sia a credito del cliente. Se manca un e/c intermedio, mantenga il saldo iniziale del primo e/c successivo al "buco", senza procedere a rettifiche.

c) Ai fini della risposta ai quesiti il C.T.U. consideri affidato il c/c quando dalla documentazione in atti risulti l'esistenza di un fido in qualunque modo riconosciuto dalla banca (ad es. dagli estratti conto, dai riassunti scalari, dai report di Centrale rischi agli atti), anche se la concessione di credito non risulti formalizzata per iscritto.

2. CON RIFERIMENTO AL CONTRATTO DI SWAP DEL 24.3.2009:

a) Il CTU descriva le caratteristiche del contratto "swap tasso fisso" concluso fra le parti il 24.3.09 (doc. 5 attore); dica se tale contratto – tenuto conto della esposizione debitoria della società derivante dal mutuo in essere con la banca convenuta (e in prospettiva del mutuo che sarebbe stato stipulato il 29.9.2009), nonché delle modalità di suo funzionamento – assolvesse alla funzione di copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse.

b) In caso negativo, provveda a quantificare i flussi negativi addebitati all'attrice in esecuzione di tale contratto, maggiorati di interessi legali dalla data di ogni addebito al saldo.

3. CON RIFERIMENTO AL MUTUO DEL 13.9.2007:

a) Il C.T.U. verifichi il tasso di rendimento effettivo del mutuo, avuto riguardo a remunerazioni, commissioni, spese (collegate all'erogazione del credito) che:

a. sono dovute per effetto della conclusione del contratto, salvo sopravvenienza di vicende estintive;

b. pur essendo subordinate al verificarsi di eventi futuri (ritardo nell'adempimento del debitore, mancato esercizio da parte del creditore della facoltà di risolvere il mutuo, recesso del debitore con conseguente applicazione della penale di estinzione anticipata ecc.) meramente possibili al momento della conclusione del contratto, sono dovute per essersi verificato il relativo evento in corso di contratto;

b) dica se il TEG sia contenuto nei limiti del tasso soglia vigente al momento del contratto;

c) in caso di accertata usura, indichi l'ammontare delle remunerazioni ripetibili, secondo le due seguenti ipotesi:

a. nessuna applicazione di interessi

b. applicazione del tasso legale.

4. CON RIFERIMENTO AI RAPPORTI DI CONTO CORRENTE N. 0070/701007 e N. 1070/022315:

a) Il C.T.U. determini per ciascun trimestre il tasso effettivo globale (TEG) applicato dalla banca:

a. seguendo i criteri stabiliti dalla legge 7.3.1996 n. 108 e le Istruzioni della Banca d'Italia vigenti pro tempore, tenendo conto di tutti i costi e le remunerazioni comunque collegate all'erogazione del credito (compresi c.m.s. e premi di polizza soltanto per il periodo successivo all'agosto 2009 da qualificare come "onere"), ad eccezione di imposte e tasse.

b. Verifichi a seguire che il TEG rientri nei limiti dei tassi soglia previsti dai D.M. trimestrali emessi in base alla legge 7.3.1996 n. 108.

c. Nel caso in cui il TEG applicato ecceda il tasso soglia applicabile ratione temporis, provveda al ricalcolo del debito, eliminando ex art. 1815 co. 2 c.c. interessi, commissioni e ogni altra remunerazione collegata all'erogazione del credito per il solo trimestre interessato.

b) L'importo contabilmente a credito del correntista, risultante dal ricalcolo del saldo (c.s.), deve essere ridotto delle somme bensì indebitamente annotate, ma per le quali è prescritta l'azione di ripetizione, ossia è decorso oltre un decennio dalla notifica della citazione (salvi atti interruttivi anteriori). All'effetto della risposta al quesito si intendono pagate:

1) le somme annotate su conto in saldo attivo alla data di esecuzione, con prescrizione decorrente dalla data medesima;

2) le somme annotate a debito e pagate con rimessa successiva con funzione solutoria, ossia:

- su conto scoperto o affidato, ma in passivo oltre i limiti del fido;

- a seguito di riduzione del fido, nei limiti della differenza tra il maggiore e il minor fido concesso,

in entrambi i casi con prescrizione decorrente dalla data della rimessa solutoria.

Non si intendono pagamenti le rimesse su c/c eseguite a riduzione dell'utilizzo del fido, né quelle che abbiano comportato il passaggio in utile del saldo del c/c affidato."

Alla medesima udienza venivano escussi sui capitoli di prova orale dedotti da parte convenuta i testimoni _____ (funzionario del _____),

_____ (dipendente della _____ con mansioni di quadro direttivo – gestore direzione crediti) e _____ (socio della _____)

senza cariche sociali).

4. Depositata la relazione del CTU, con **sentenza n. 4401/2019 pubblicata il 2.10.2019 il Tribunale di Torino** respingeva le domande formulate da parte attrice in relazione al contratto di Swap, ai due contratti di mutuo e a uno dei due contratti di conto corrente; previo accertamento che, con riferimento al rapporto 0070/701007 il TEG applicato dalla Banca eccedeva il tasso soglia nel III trimestre 2011, nel II, III, IV trimestre 2013 e nel II e III trimestre 2014 per una somma complessiva calcolata dal CTU in euro 16.968,14, accertava e dichiarava che [redacted] era creditrice nei confronti del [redacted] di tale importo; compensava le spese di lite nella misura dell'80% e condannava parte convenuta a rimborsare alla parte attrice la rimanente misura del 20% delle spese di lite, liquidate per l'intero in euro 4.835,00, oltre i.v.a., c.p.a. e 15,00 % per spese generali.

5. Avverso tale sentenza, notificata il 13.12.2019, proponeva **appello** [redacted] con atto di citazione notificato il 13.01.2020 instando per l'accoglimento delle domande formulate in primo grado e respinte dal Tribunale.

In particolare, censurava la decisione di primo grado nella parte in cui: 1. ha respinto domanda nullità per mancata indicazione del *Mark to market*; 2. ha ritenuto che la mancata informazione sul *mark to market* rileva solo a fini informativi e quindi di risarcimento danni; 3. ha ritenuto irrilevante il mancato riconoscimento di un *up front* a favore del cliente; 4. ha respinto domanda nullità per difetto di causa non cogliendo che l'interesse corrisposto è 4,92% e non 3,82%; 5. ha negato nullità per difetto di causa per mancata correlazione tra swap e nozionale del mutuo; 6. ha ritenuto adempiuti gli obblighi informativi e comunque non comportanti la nullità del contratto; 7 e 8. ha respinto la domanda in relazione ai due contratti di mutuo; 9. ha respinto la domanda per uno dei due conti correnti e accolto solo parzialmente per l'altro conto corrente.

In via istruttoria, parte appellante instava per l'emissione di eventuale ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. e per l'ammissione delle prove orali (capitoli di prova da 1 a 33 dedotti in citazione di primo grado) e per la convocazione

CTU di primo grado a chiarimenti.

In data 12.05.2020 si costituiva il _____, instando per il rigetto dell'appello e riservando ogni ulteriore deduzione in caso di rinnovazione dell'istruttoria.

La prima udienza di comparizione del 19.05.2020 si svolgeva mediante trattazione scritta come da decreto 8.05.2020 in ossequio alla normativa emergenziale per la prevenzione della diffusione del Covid-19.

Con ordinanza 3.06.2020 la Corte fissava per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 30.03.2021 che si svolgeva anch'essa con trattazione scritta.

Con ordinanza 30.03.2021 la Corte assumeva la causa in decisione concedendo alle parti termine sino al 30.05.21 per il deposito delle comparse conclusionali e successivo termine di giorni 20 per il deposito delle memorie di replica.

IN DIRITTO

Il contratto di Swap "Tasso fisso" del 24.03.2009.

I. Il profilo della mancata indicazione del Mark to Market.

1. Il Tribunale riteneva che nessun rilievo assumesse la mancata indicazione in sede di contratto stipulato del *mark to market* al momento della stipula del contratto stesso o della formula attraverso la quale lo stesso valore poteva essere calcolato. Osservava infatti:

- che tale indicazione era stata imposta solo con la Comunicazione Consob 2.3.2009 n. 9019104 (con cui è stato raccomandato agli intermediari di *"effettuare la scomposizione (c.d. unbundling) delle diverse componenti che concernono al complessivo esborsi finanziario sostenuto dal cliente per l'assunzione della posizione nel prodotto illiquido, distinguendo fair value (con separata indicazione per l'eventuale componente derivativa) e costi – anche a manifestazione differita – che gravano, implicitamente o esplicitamente, sul cliente. A quest'ultimo è fornita indicazione del valore di smobilizzo dell'investimento nell'istante immediatamente successivo alla transazione, ipotizzando una situazione di invarianza delle condizioni di mercato"*), comunicazione di pochi giorni antecedente la stipula del contratto di swap, laddove era previsto nella stessa che gli intermediari avessero un termine ragionevole per

- adeguarsi alle previsioni ivi contenute;
- che in ogni caso la mancata indicazione non rilevava sul piano della validità del rapporto, ma su quello del difetto di una completa e corretta informazione (Cassazione n. 14059/2016; Corte App. Milano n. 5788 del 27.12.2018 e n. 2859 dell'11.06.2018);
 - che era ugualmente irrilevante che la Banca avesse applicato commissioni implicite non compensate con la previsione di *up front*; il CTU aveva accertato effettivamente l'esistenza di un *up front* negativo di euro 150 mila corrispondente tuttavia al margine di interesse che la banca ottiene in linea generale e secondo gli usi di mercato non solamente in IRS Swap ma su qualsiasi erogazione di mutuo di lungo periodo con ammortamento alla francese, *stand alone*, eseguita a beneficio di qualsiasi cliente appartenente alla categoria della clientela *retail*;
 - che nessuna norma impone, tanto più a pena di nullità per (asserita) carenza di causa, che lo swap debba avere valore di mercato pari a zero per cui i costi impliciti non snaturano la causa del contratto e non ne determinano la nullità, né comportano un obbligo per la banca di compensare il cliente con l'erogazione di un *up front*, comportando unicamente obblighi di trasparenza informativa.

2. Con i primi tre motivi di appello, censura le argomentazioni e conclusioni del Tribunale osservando che:

A. la Comunicazione Consob veniva emessa il 2.03.2009 sicché la Banca aveva a disposizione ben 22 giorni per adeguare il testo contrattuale alle disposizioni, tenuto anche conto del tempo che la Banca ha allegato di avere impiegato per istruire la pratica e deliberare l'apertura del derivato (il 19.03.2009) e per proporre alla società due versioni del contratto (doc. 5, 6, 7, 8, 9 Banca): *il termine "ragionevole" e comunque "più breve possibile" perché le banche possano adeguare i testi contrattuali alle nuove disposizioni della stessa Comunicazione, deve quindi essere ritenuto scaduto al momento della firma dell'IRS avvenuta il 24 marzo 2009, cioè ben 22 giorni dopo, in relazione ad una attività –appunto l'evidenziazione del MTM – che non comportava alcuna complessità della banca che ben conosceva tale dato. Nello specifico, con tutta evidenza, si sarebbe trattato unicamente di inserire soltanto un dato in*

più nel testo che la Banca, peraltro, ben conosce e che finanche segnala contestualmente al CRIF (doc. n. 26 fascicolo parte convenuta, primo grado: appunto, il valore del MTM) o la formula per il suo calcolo, anche ai fini della valutazione degli scenari probabilistici (pag. 9 appello);

B. in ogni caso, la Comunicazione Consob rappresentava soltanto la specificazione dei comuni e già vigenti obblighi informativi di cui all'art. 21 TUF e agli artt. 27, 28, 29 del Regolamento Consob 11522/98 per i prodotti finanziari;

C. il valore negativo del MtM (pari alla stipula a euro 150.165,07 importo "corretto" dal CTU Ascheri in euro 149.844,97 ma pur sempre riconosciuto come sussistente) non era contestato dalla Banca, che anzi senza alcuna informazione della cliente aveva provveduto ad evidenziare l'esposizione della stessa per l'importo del MtM presso la "Centrale Rischi" (doc. n. 26 della convenuta), a conferma che lo stesso corrispondeva ad una posizione debitoria a carico di _____ senza tuttavia che la stessa avesse ricevuto alcuna informazione in merito a tale evidenza; nel contratto di Swap non solo non era indicato il MtM ma vi era indicazione di "costo € 0,00" riferito a "commissioni e spese"; quindi, non solo era stato celato il valore negativo del MtM ma si era affermato che il prodotto non avrebbe dovuto comportare costi per il cliente, sviandone così completamente la percezione;

D. seppure non sia vietata la pattuizione di uno Swap *in par*, la mancata indicazione del MtM così ingente segnalato in Centrale Rischi come a debito del cliente a sua insaputa, rendeva evidente che non vi era stata alcuna contrattazione né palesamento dell'alea contrattuale al momento della stipulazione (*Peraltro, anche a voler denegatamente accettare la tesi del Tribunale sul punto, l'errore, in questo caso, è evidente perché il consenso si è formato su elementi non conosciuti né altrimenti conoscibili dall'odierna appellante, con le conseguenze restitutorie/risarcitorie avuto riguardo ai differenziali negativi tutti ad oggi addebitati dalla Banca. Ed infatti, la circostanza che il MTM non rientrasse nel contenuto degli accordi sottoscritti dalla cliente (contratto quadro e Swap) esclude in radice che la società oggi appellante abbia potuto concludere la "scommessa" conoscendo o potendo conoscere il grado di rischio assunto. Solo nel caso in cui tale valore fosse stato indicato, la volontà dell'esponente, cadendo su un dato preciso, avrebbe espresso una valutazione razionale, come*

tale, certamente meritevole di tutela anche nell'ottica del generale principio di auto responsabilità (pag. 19 atto di appello);

E. La presenza di cd. costi impliciti, cioè di uno squilibrio iniziale tra le parti non compensato da un adeguato *up front* e, soprattutto, non palesato nel contratto attesa l'affermazione dell'assenza di commissioni, determina un illegittimo squilibrio nel contratto che in alcuni casi viene risolto dalla giurisprudenza di merito attraverso la ripetizione e il riequilibrio *ex post* del contratto, ma che nel caso determinerebbero la nullità del contratto (*i costi impliciti, come già detto, determinano la nullità del contratto di interest rate swap alla luce della considerazione della sua causa concreta, dell'individuazione della sua natura come scommessa legalizzata e, più in generale, in collegamento con la necessaria tutela dell'interesse del cliente ex art. 21 T.U.F. e, pertanto, della necessità di non occultare il compenso contrattuale, indipendentemente dalla loro incidenza determinante o meno (e quale sarebbe, poi, la soglia di "tolleranza"?) nella struttura complessiva del contratto (pag. 25 atto di appello).*

3. Replica parte appellata: - che all'epoca della sottoscrizione del contratto (marzo 2009) non gravava sulla banca un obbligo di legge di fornire ai clienti informazioni analitiche su prezzi, costi e oneri del contratto, in pendenza di un congruo lasso di tempo per adeguarsi alla Comunicazione Consob del 2.03.2009, sicché doveva escludersi qualsivoglia obbligo in capo alla banca di indicare il valore *MtM*; - che comunque, in adempimento al generale obbligo di trasparenza, al contratto IRS era stato allegato il piano di ammortamento dei mutui su cui sarebbe stato applicato il tasso fisso IRS del 3,82% (doc. 9 fascicolo di primo grado, pag. 2) e, decorso il "termine" concesso dall'Autorità di Vigilanza per consentire agli intermediari di recepire le nuove direttive, la Banca aveva periodicamente trasmesso a le comunicazioni semestrali relative all'andamento del derivato, con specificazione del *fair value* del prodotto, dell'importo del nozionale e dei costi di *hedging* (doc. 12 fascicolo di primo grado); - che l'oggetto dell'IRS è costituito dai flussi finanziari corrisposti dalle parti alle scadenze contrattuali, sulla base dei parametri definiti in contratto, sicché l'esatta individuazione di nozionale, tasso pattuito, periodicità dell'indicizzazione dei tassi e durata del contratto (doc. 5, 6 e 7 fascicolo di primo grado) consente di ritenere

determinati e determinabili tutti gli elementi essenziali del contratto; - che invece il *Mark to Market* costituisce una mera proiezione finanziaria del valore di mercato del prodotto in caso di risoluzione anticipata dello stesso e quindi nulla ha a che vedere con l'oggetto del contratto e quindi la sua validità, visto che non determina il rischio a carico dei contraenti, rischio che dipende esclusivamente dal rapporto di scambio tra le prestazioni corrispettive sulla base delle oscillazioni dei parametri pattuiti; - che i costi che la società avrebbe sostenuto a titolo di *up-front* o "*commissioni implicite*" o margini, rappresentano una componente accessoria della negoziazione in strumenti finanziari, tale da non rappresentare un effettivo aggravio per il cliente; - che il valore iniziale del contratto incorpora necessariamente i costi e il rischio di credito che la banca sopporta concludendo l'operazione con un cliente *al dettaglio* anziché con un altro operatore professionale (c.d. *dealer*) e tale circostanza crea, rispetto al prezzo di mercato del prodotto (c.d. *mid-market*), un margine di intermediazione a favore della banca, quale corrispettivo del servizio reso.

II. La causa in concreto.

1. Il Tribunale, in merito al profilo causale, rilevava che lo stesso riguarda non solo la causa in astratto ma anche quella in concreto, costituita dallo "scopo pratico del negozio", dalla "sintesi ... degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato" (Cass. 23941/2009; nello stesso senso, Id. 65/2012 e Id. 10490/2006).

Ricordava che secondo tale giurisprudenza la causa in concreto consiste nell'idoneità del contratto derivato a conseguire lo scopo di copertura del rischio inerente l'oscillazione dei tassi relativi al rapporto sottostante (C. Appello Milano 27.12.2018 n. 5788), causa che era stata realizzata nel caso di specie, laddove il contratto era stato stipulato con la finalità di coprire la società attrice contro i rialzi del tasso variabile superiori al 3,82%, laddove - come già ritenuto in sede cautelare- i tassi *forward* relativi a Euribor 6 mesi al 24.03.2009 esprimevano valori superiori al 3,82% del derivato per scadenze dal dicembre 2013 in avanti, per cui l'attrice avrebbe potuto beneficiare del minor tasso fisso rispetto a quello variabile a nulla rilevando il fatto che in realtà quella prospettiva non si fosse avverata risultando l'Euribor più basso rispetto

alla soglia stabilita, trattandosi di conseguenza che rientra nell'alea connaturale allo stesso contratto.

2. Con il quarto motivo, l'appellante censura la decisione per non avere compreso che l'interesse concretamente corrisposto dall'attrice era stato del 4,92% e non del 3,82%.

Ricorda che la funzione di copertura che il derivato stipulato doveva avere era quella di garantire dalle variazioni del tasso di interesse applicato al mutuo, in modo da ridefinire il tutto nell'ambito di un contratto con tasso sostanzialmente fisso, determinato nel 3,82%.

La Banca, invece, non solo aveva imposto il tasso del 3,82 % ma aveva calcolato e incassato di fatto il tasso al 4,92%, aggiungendo lo *spread* dell'1,10% senza alcuna giustificazione, vendendo così un prodotto completamente diverso da quello che la stessa Banca diceva di aver pattuito con il cliente. L'operazione era stata realizzata dalla banca senza alcuna informazione del cliente ed anzi con suo sviamento visto che il documento contrattuale pur scarno (doc. n. 2 fascicolo di parte attrice) ricostruiva l'andamento dei versamenti a carico di con l'applicazione del solo tasso fisso del 3,82%, *certificando quindi in modo inveritiero che il valore del derivato era 3,82%, dato che sfuggiva alla capacità di verifica della cliente, fiduciosa del proprio interlocutore, mentre era padroneggiato pienamente dalla banca, parte professionale del rapporto.* (pag. 27 atto di appello).

3. Replica parte appellata che nel corso delle riunioni, i responsabili della Banca avevano illustrato nel dettaglio ai titolari di natura, funzionamento ed effetti economici dell'*Interest Rate Swap* spiegando, tra l'altro, che grazie all'*IRS*, il futuro andamento dei tassi sarebbe divenuto ininfluenza per la cliente, la quale, indipendentemente dal livello dell'Euribor, avrebbe dovuto corrispondere, sempre e comunque, un tasso di interesse pari al 3,82% annuo (oltre allo *spread*) (doc. 6 e 7 fascicolo di primo grado).

III. La correlazione tra Swap e nozionale del mutuo.

1. Il Tribunale respingeva questo profilo di doglianza di parte attrice osservando che la CTU aveva accertato che il contratto era stato chiaramente

posto in essere con la finalità di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente e in particolare il rischio di esposizione al tasso variabile della posizione oggetto di copertura ossia dei due mutui contratti da

che con riguardo alle caratteristiche tecniche di durata, di scadenze, di ammortamento e di nozionale dello Swap, rispetto alle medesime caratteristiche della posizione oggetto di copertura (due mutui), sussisteva senza alcun dubbio l'elevata correlazione richiesta dal punto 2 della definizione di strumento derivato di copertura di cui alla comunicazione CONSOB DI/99013791 del 26.2.1999; che in particolare, il consulente aveva evidenziato come la variazione dei flussi finanziari attualizzati dell'elemento coperto (flussi di interesse sul mutuo) e la variazione dei flussi finanziari attualizzati dello strumento di copertura (flussi di interesse dello IRS Swap gamba variabile) si collocava tra il 97,3% e il 97%, laddove la copertura era considerata efficace se il rapporto tra i differenziali dei due flussi complessivi attualizzati è compreso nell'intorno dell'80% - 125%; che inoltre era stato evidenziato che in merito al mutuo del 13.9.2007 era riscontrabile una corrispondenza perfetta tra le scadenze di pagamento del mutuo e le scadenze di *amortizing* dello Swap, così come vi era perfetta corrispondenza per quanto atteneva alla durata dei contratti e dei relativi piani di ammortamento; che con riferimento al mutuo 29.09.2009 non vi era perfetta corrispondenza tra le scadenze atteso che lo Swap entrava in ammortamento un semestre prima del mutuo e nel primo semestre di finanziamento dello Swap il nozionale era superiore di 510 mila euro rispetto all'esposizione sulle somme mutate per poi riallinearsi all'inizio del secondo semestre, ma tali disallineamenti dovevano considerarsi come di natura tecnica e insufficienti per affermare che non sussisteva la condizione richiesta dalla Consob (non già la corrispondenza perfetta bensì una elevata correlazione, come tale sufficiente a rendere valida l'operazione contrattuale).

2. Con il quinto motivo, l'appellante censura la sentenza ritenendo per nulla rispettate le caratteristiche descritte dalla Determinazione Consob 26.02.1999, che richiede: a) che le operazioni *“siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente”* mentre l'appellante, come risultava dai bilanci, non aveva alcun bisogno di stipulare lo *swap* perché aveva

sufficiente liquidità e solidità patrimoniale da sopportare i costi del primo mutuo; b) che *“sia elevata la correlazione tra le tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia ecc.) dell’oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tale fine”* mentre la correlazione nel caso di specie era sussistente soltanto in relazione al primo contratto di mutuo.

Assume parte appellante che nel caso di specie il contratto derivato non aveva funzione di copertura, tenuto anche conto che aveva operato nel periodo di preammortamento dei mutui (ossia quando il nozionale era sempre lo stesso perché si corrispondevano solo interessi passivi).

3. La Banca appellata chiede il rigetto del motivo condividendo le considerazioni del CTU il quale aveva constatato che: - tutti i rapporti erano indicizzati al medesimo tasso variabile, ossia all’Euribor 6 mesi; - *“si riscontra corrispondenza perfetta tra le scadenze di pagamento del predetto mutuo e le scadenze di amortizing dello IRS swap”*; - allo stesso modo, *“corrispondenza perfetta, si riscontra per quanto attiene alla durata dei due contratti e dei relativi piani di ammortamento”*; - *“confrontando il piano di ammortamento del mutuo 29.09.2009 (di euro 500.000,00) e il piano di amortizing dello IRS swap”* non vi era una *“corrispondenza perfetta .. con riferimento alla prima scadenza e, per ovvia conseguenza, all’ultima scadenza di pagamento”*, ma tali *“disallineamenti sono annoverabili tra quelli di natura tecnica e non paiono sufficienti .. per affermare che non sussista la condizione richiesta dalla CONSOB e, precisamente, non già la “corrispondenza perfetta”, bensì una “elevata correlazione” tra le caratteristiche tecnico-finanziarie di durata, scadenze, ammortamento e nozionale dell’oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine”*

Conclude parte appellata osservando che nei fatti il derivato consentiva a .. di escludere l’aleatorietà dei tassi, contenendo (sempre e comunque) gli oneri finanziari connessi alla propria esposizione debitoria a tasso variabile entro il tasso fisso pattuito del 3,82%.

III. La carenza di informazione.

1. Il Tribunale, in merito alla questione relativa alla carenza di informazioni circa il contenuto e il funzionamento del contratto, rilevava che per un verso tali eventuali carenze non comportavano l’invalidità del contratto stesso; aggiungeva che, comunque, come accertato dallo stesso CTU, le pattuizioni

erano estremamente semplici e chiare rispetto al tasso applicato e alle dinamiche di funzionamento del contratto, per cui nessuna mancanza di chiarezza poteva essere imputata alla banca; inoltre, l'istruttoria testimoniale aveva evidenziato come lo scopo dell'operazione e la dinamica del funzionamento della stessa fossero state spiegate ai sig.ri _____ alla banca, specificando che con lo strumento in essere la rata del mutuo veniva sostanzialmente trasformata in rata a tasso fisso senza possibilità per la durata dell'IRS di beneficiare di eventuali andamenti al ribasso dell'Euribor (teste _____).

2. Con il sesto motivo, l'appellante censura la sentenza osservando che le prove orali non erano rilevanti atteso che i testimoni sono stati generici e comunque hanno riferito di informazioni date al dott. _____, che tuttavia, oltre ad aver negato di aver mai ricevuto alcuna informazione, non aveva avuto alcun ruolo decisionale o rappresentativo nella società; ribadisce parte appellante che la Banca aveva omesso la profilatura prima della stipulazione; che dalla stessa delibera 19.03.2009 adottata dalla Banca emergeva come la società non avesse alcuna esigenza di stipulare il contratto per coprire una qualche rischiosità (visto che, come valutato dalla Banca, *era caratterizzata da apprezzabili capacità reddituali, operative e da una modestissima pressione finanziaria... con un eccellente livello di capitalizzazione, fattore che permette di mantenere ricorso al sistema entro livelli molto contenuti*).

3. La Banca appellata insiste per la conferma della sentenza con rigetto del motivo di appello ribadendo che in corso di causa si era dimostrata la diligenza di _____ che aveva condotto un'approfondita istruttoria sulla situazione economico-finanziaria della cliente, che era risultata dotata di ingenti disponibilità patrimoniali e notevoli potenzialità reddituali (doc. 1, 2, 5, 6 e 10 fascicolo di primo grado); aveva constatato che i rappresentanti di _____ erano senz'altro in grado di comprendere il funzionamento e gli effetti economici di un contratto derivato (doc. 6 e 10 fascicolo di primo grado); aveva messo a disposizione della cliente le proprie migliori risorse interne, affidando la strutturazione, la negoziazione e l'illustrazione dell'operazione ai funzionari interni dotati di specifica

esperienza e preparazione sugli strumenti finanziari in questione; aveva sottoposto alla cliente l'operazione di copertura per soddisfare le sue esigenze operative e finanziarie, così che la società potesse tutelarsi dall'atteso andamento sfavorevole dei mercati finanziari (doc. 13 e 14).

Ribadisce che in ogni caso la eventuale violazione di obblighi informativi non comporterebbe l'invalidità del contratto.

Parte appellante, in conseguenza della ritenuta radicale nullità del derivato IRS swap, in riforma della sentenza di primo grado, chiede la restituzione di tutti i flussi negativi addebitati dalla Banca in esecuzione del contratto. Rileva che alla data del 28.6.2019 il derivato aveva prodotto flussi negativi per l'odierna attrice pari a complessivi euro 1.092.694,63 cui andava aggiunto il valore di estinzione (il derivato era stato chiuso in data 27.12.2019) per complessivi euro 232.988,00 (doc. n. 1). Su tali conteggi e allegazioni non vi sono contestazioni da parte appellata.

IV La decisione della Corte.

1. Come si evince dai documenti prodotti dalle parti e dagli accertamenti svolti dal CTU in primo grado, in data 24.03.2009 srl sottoscriveva un contratto Swap "Tasso fisso" che prevedeva come data iniziale il 26.03.2009 e data di scadenza finale il 31.12.2025; come parametro Banca l'Euribor 6 mesi/360 e parametro cliente il tasso fisso pari al 3,82%; come date di pagamento il 30 giugno e il 31 dicembre di ogni anno; il nozionale era pari a euro 4.500.000 fino al 30.06.2010 e quindi decrescente.

Alla data di stipulazione del contratto di Swap era in corso il mutuo ipotecario fondiario del 13.09.2007 concesso per la somma di euro 4.000.000 di cui erogati euro 3.990.000 (gli ultimi 10.000 euro saranno erogati il 29.09.2009), avente durata fino al 31.12.2025 con un preammortamento (a seguito di proroghe) fino al 31.06.2011 e obbligo di restituzione in rate semestrali con un interesse al tasso variabile pari a 1,10 punti in più dell'Euribor 6 mesi.

In data 29.09.2009 veniva stipulato il secondo mutuo per euro 500.000 avente durata fino al 30.06.2026, in preammortamento fino al 30.06.2010 da restituire in rate semestrali con un interesse variabile pari a 1,10 punti in più dell'Euribor 6 mesi.

1.1. Confrontando tali dati, si ricava (vedi pag. 22 relazione del CTU) che tra i contratti di mutuo e il contratto Swap, non vi era perfetta correlazione atteso che: 1. nel primo semestre di funzionamento dello “*IRS swap*”, il *nozionale* di tale contratto è superiore di euro 510.000,00 rispetto all’esposizione sulle somme mutate da parte attrice (nozionale swap = 4.500.000,00 contro somme mutate = 3.990.000,00), per poi riallinearsi all’inizio del secondo semestre dove, sia il *nozionale*, sia le somme mutate, coincidono nell’importo di euro 4.500.000,00; 2. nel corso dell’esecuzione dello “*IRS swap*”, v’è una sfasatura di un semestre tra il valore residuo progressivo dell’esposizione sul mutuo 29.09.2009 e il valore residuo progressivo in *amortizing* del *nozionale* “*IRS swap*”, dovuto al fatto che tale mutuo entra in ammortamento un semestre dopo lo “*IRS swap*”. Successivamente - inoltre - risulterebbe che anche il mutuo 13.09.2007 sia entrato in ammortamento alla scadenza del 30.06.2011 e così con un’ulteriore proroga di 6 mesi del periodo di preammortamento, sicché entrambi i mutui sarebbero entrati in ammortamento un semestre dopo lo “*IRS swap*”.

1.2. Quanto alla funzione di copertura dello Swap, il CTU rilevava come non vi fosse dubbio che il contratto avesse avuto esplicitamente la funzione di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente (nella specie, l’esposizione del cliente al rischio di variabilità dei tassi di interesse sulle somme mutate, mediante la stipulazione di contratti concessi a tasso variabile Euribor 6mesi), atteso che il contratto “*IRS swap*” era così strutturato: *1. la banca pagava al cliente il tasso variabile Euribor 6 mesi sul nozionale in amortizing. 2. il cliente pagava alla Banca il tasso fisso del 3,82% sempre sul medesimo nozionale in amortizing. 3. restava naturalmente a carico del cliente lo spread dell’1,20% pattuito sui mutui da esso contratti. In sintesi, mediante la stipula, in data 24.03.2009, del contratto “TRS swap”, il Cliente ha trasformato (considerando il complesso dei due mutui - per comodità - come uno unico) un mutuo a tasso variabile Euribor 6 mesi in un mutuo a tasso fisso pari al 3,82% (oltre allo spread dell’1,20%, quest’ultimo pattuito sul mutuo). In altri termini, il cliente ha operato come se avesse stipulato un unico mutuo a tasso fisso pari al 3,82% + spread.* (pag. 27 relazione peritale).

Va in proposito osservato che, difformemente da quanto affermato dall’appellante, la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente è

concetto che fa riferimento non tanto al timore del cliente di non essere in grado di sopportare in futuro il costo delle operazioni di finanziamento, ma al rischio che detti costi -in quanto variabili- si rivelino eccessivi rispetto alla prospettazione e pianificazione economico patrimoniale del cliente.

Il meccanismo descritto dal CTU è correttamente riportato, salvo precisare che lo *spread* (pattuito nei mutui rispetto all'Euribor 6mesi) era pari all'1,10% e che pertanto la conclusione cui è pervenuto il CTU va intesa nel senso che è come se il _____ avesse stipulato il 24.03.2009 un contratto di mutuo a tasso fisso del 4,92% per un importo di euro 4.500.000,00 in preammortamento fino al 30.06.2010 (peraltro ricevendo soltanto a quella data la somma di euro 3.990.000,00).

Il combinato effetto dei due mutui e dello Swap, infatti, comportava che alla scadenza del semestre _____ corrispondesse alla Banca il tasso passivo dei mutui pari all'Euribor 6mesi + 1,10% e il parametro cliente dello Swap pari al 3,82% e la Banca corrispondesse a _____ (sullo stesso nozionale) l'Euribor 6mesi dello Swap che andava quindi a sterilizzare quello dei mutui. Ne consegue che non è vero che l'appellante abbia pattuito un interesse del 3,82% e corrisposto un interesse del 4,92% per effetto del solo Swap; la differenza è da riferire allo *spread* dei due mutui.

Peraltro, l'esistenza di uno *spread* pattuito rispetto all'Euribor 6 mesi nei due mutui fondiari risulta dimenticata (oltre che dal CTU) anche dalla Banca e sicuramente non riferita al cliente, atteso che il testimone dott. _____

dichiarava che *La finalità dell'operazione era quella di riportate a un tasso fisso i flussi debitori della società verso la banca, tenendo conto dei flussi in entrata della società medesima. Io non ero presente ai primi incontri, ma a quanto ricordo i sig.ri _____ ci chiesero come fosse contabilizzata la cifra derivante dal funzionamento dell'IRS. Noi rispondemmo che lo strumento finanziario era strettamente correlato al mutuo già in essere con la banca, nel senso che gli accrediti o addebiti sarebbero stati contabilizzati con la stessa periodicità del mutuo; che la spiegazione dello strumento finanziario che venne data ai sig.ri _____ fu quella per cui veniva previsto un tasso di interesse fisso, predeterminato e invariabile, rispetto al quale la società avrebbe dovuto farsi carico delle differenze negative e la banca di quelle in eccesso; che noi spiegammo ai sig.ri _____ che, grazie a questo strumento finanziario, la rata del mutuo veniva sostanzialmente "trasformata" in rata a tasso fisso e che quindi la società non si sarebbe dovuta più preoccupare dell'andamento*

dell'Euribor, dovendo solo corrispondente un tasso del 3,82%. Venne anche chiarito che la società non avrebbe potuto beneficiare, per tutta la durata dell'IRS, degli eventuali andamenti al ribasso dell'Euribor, perché questi avrebbero generato differenziali negativi (a carico della società) sull'IRS.

Va infatti precisato che il doc. 6 cui parte appellata fa riferimento per sostenere che l'informazione era stata corretta e che viene denominato "prima proposta" risulta rappresentare il medesimo contratto Swap poi stipulato (le condizioni sono identiche) con la sola differenza che nella riga relativa al parametro cliente compilata a macchina con l'indicazione del tasso fisso 3,82% compare nel doc. 6 un'aggiunta manoscritta "+SPREAD 1,10% = 4,92%" della quale si disconosce paternità e data di apposizione e che non vi è nel doc. 7.

Ancora, il doc. 12 cui fa riferimento parte appellata per dimostrare la corretta e completa informazione al cliente anche sull'andamento dello Swap e sui costi è irrilevante perché risale all'anno 2013.

1.3 Il CTU ha poi verificato la congruità del parametro cliente (tasso fisso del 3,82%) giungendo ad affermare (pag. 37/38) che l'operazione, per quanto attiene ai tassi di interesse applicati e in particolare al tasso fisso di contropartita dello Swap, era realizzata a tassi di mercato, avendo constatato che (pag. 37) *a fronte di una conversione dei mutui contratti da S.r.l. al tasso fisso del 3,82% tramite il contratto di "IRS swap", se avesse ritenuto di stipulare, direttamente, un mutuo a tasso fisso avrebbe ricevuto, nelle seguenti date, le seguenti offerte di tasso di interesse fisso passivo:*

13.09.2007: 4,64%

24.03.2009: 3,89%

29.09.2009: 3,87%

e cioè tassi, tutti, superiori al tasso del 3,82% che pagava per effetto della conversione del mutuo dal tasso variabile al tasso fisso per effetto della stipula dell'"IRS swap".

La conclusione non risulta corretta perché dimentica -come si è detto innanzi- che per effetto della stipulazione dello Swap, i due mutui fondiari a tasso variabile venivano ad essere "convertiti" in un mutuo per complessivi euro 4.500.000 a tasso fisso al 4,92% dovendo la società corrispondere ad ogni semestre il tasso fisso Swap del 3,82% e lo spread dell'1,10% per i due mutui,

essendo solo sterilizzato l'Euribor (previsto come tasso base dei mutui e come parametro Banca nello Swap). Quindi, il confronto al più avrebbe dovuto essere compiuto tra il tasso fisso di conversione per effetto della stipulazione dello Swap (4,92%) e il tasso fisso che sarebbe stato offerto sul mercato a se avesse voluto contrarre un mutuo fondiario con ammortamento alla francese a tasso fisso (sempre inferiore al 4,92%).

È stato poi ritenuto dal CTU che la dinamica di funzionamento *illustrata rappresentasse una copertura da un rischio concreto, all'epoca dei fatti, di rialzo del tasso Euribor 6 mesi. La Banca ha infatti prodotto sub 13 la curva dei tassi forward dell'Euribor 6 mesi che costituisce l'elaborazione tecnico-scientifica (in allora disponibile) della "potenziale" futura evoluzione del tasso in un determinato lasso di tempo; ebbene, dall'esame di tale documento sub 13 prodotto dalla Banca, si evince con chiarezza che l'andamento atteso dei tassi Euribor 6 mesi - alla data del 24.03.20097 (data di stipula del contratto "IRS swap") - avrebbe potuto comportare una situazione attesa favorevole alla Banca fino a circa il 2013, dopodiché la situazione sarebbe diventata favorevole per il Cliente. Significativi, poi, sono gli articoli prodotti dalla Banca sub 14, dai quali si desume come i tassi di interesse raggiunsero un massimo di lungo periodo nell'anno 2008, con notevoli incertezze sul futuro andamento dei medesimi, anche all'epoca della stipula dello "IRS swap" (come si desume, appunto, dalla curva dei tassi forward Euribor 6 mesi).*

Non risulta dal quadro probatorio in atti che l'andamento atteso dei tassi Euribor 6mesi fosse stato messo a disposizione del cliente e spiegato allo stesso in sede di stipulazione dello Swap per la "taratura" del parametro cliente.

1.4. Infine, il CTU riconosce che (pag. 33) *applicando un tasso fisso al cliente pari al 3,82%, l'attualizzazione dei flussi di interesse attesi è favorevole per la Banca - e in ciò consiste il cosiddetto up-front negativo - di un importo di euro 149.844,97, il tutto come si evince dal prospetto allegato (come correttamente rilevato, salvo arrotondamenti, dal CT di parte di .)* ma afferma che tale *up front* negativo corrisponde a

un margine di interesse che la banca, ottiene, in linea generale e secondo gli usi di mercato, non solamente su un "IRS swap" ma su qualsiasi erogazione di mutuo di lungo periodo con "ammortamento alla francese", *stand alone*, eseguita a beneficio di qualsiasi cliente appartenente alla categoria della "clientela retail".

2. A differenza di quanto sostenuto da parte appellata, il tema della definizione

e della “causa” dello Swap risulta affrontato (e definito) dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 8770 del 12.05.2020 che in primo luogo fornisce la definizione dell'IRS come un derivato cd. *over the counter* (OTC) ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è eteroregolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi, essendo elaborato in funzione delle specifiche esigenze del cliente (per questo, detto *bespoke*); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente.

Tenuto conto che l'IRS è il 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, gli elementi essenziali di un IRS 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.

Le Sezioni Unite precisano inoltre 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), costo che non deve essere occultato perché fornisce al cliente l'indicazione della partenza sbilanciata dell'operazione a suo svantaggio.

Poiché l'IRS può atteggiarsi ad operazione *non par* non solo in punto di

partenza, ma anche con il tempo e in un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto, assume rilievo il cd. *mark to market* (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti). Come spiega la Cassazione, il *mark to market* è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale.

Passando dalla descrizione delle caratteristiche dello Swap alla sua causa, le Sezioni Unite rilevano come 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 con immediatezza un primo problema, riguardante la validità dello strumento contrattuale che abbia al suo interno questo particolare atteggiarsi della causa dello swap e, in particolare, se tali tipi di contratti perseguano interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. e siano muniti di una valida causa in concreto.

In tale prospettiva, affermano le Sezioni Unite, è allora necessario verificare, ai fini della liceità dei contratti, se si è in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perchè 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 tale accordo non deve limitarsi al *mark to market*.

ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poichè il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso dovrebbe concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti.

Sotto tale ultimo profilo, rilevano le Sezioni Unite, deve sottolinearsi come le obbligazioni pecuniarie nascenti dal derivato non sono mere obbligazioni omogenee di dare somme di denaro fungibile, perchè in relazione alla loro quantificazione va data la giusta rilevanza ai parametri di calcolo delle stesse, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse (nell'IRS) e di cambio nel tempo. Sicchè l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili.

Conseguenza dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte è che la carenza dell'indicazione degli "scenari probabilistici", del valore del derivato stesso (espresso dal *mark to market* ad una determinata data) e degli eventuali costi occulti integra motivo di nullità del contratto per difetto di causa: il cliente potrà pertanto ottenere la restituzione di tutti i differenziali negativi pagati, al netto di quelli positivi ricevuti, con la precisazione che la nullità potrà essere fatta valere solo dal cliente, trattandosi di nullità di protezione.

3. Nella fattispecie in esame, dalla documentazione prodotta e dai testimoni escussi emerge che, al più, la Banca ha spiegato al cliente il funzionamento basilare del contratto Swap, ma ha omesso di informarlo del costo implicito che aveva l'operazione (anzi, indicando che non vi erano commissioni a carico del cliente) e di fornirgli gli elementi di calcolo idonei a calcolare il *mark to market* e, più in generale, a determinare la misura dell'alea contrattuale in presenza dei diversi scenari probabilistici ipotizzabili; anzi, gli ha prospettato una conversione dei mutui a tasso variabile in finanziamenti a tasso fisso con un meccanismo diverso da quello scaturente dal combinato funzionamento dei due mutui con l'IRS.

Tale carenza -secondo l'orientamento giurisprudenziale di legittimità sopra richiamato- non comporta solo un *deficit* informativo, ma incide anche sulla validità del contratto, che deve pertanto ritenersi nullo per difetto di causa, non essendo in esso esplicitati gli elementi necessari al fine di identificare l'alea

assunta dalla parte contrattuale, che ha stipulato una “scommessa finanziaria differenziale” senza avere consapevolezza né degli scenari probabilistici, né della posizione di proprio svantaggio iniziale, sicché non può ritenersi che si sia stati in presenza di “*un accordo tra intermediario e investitore sulla misura dell’alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi*” che rende lo Swap meritevole di tutela giuridica.

Tale considerazione si pone a monte rispetto all’esame sulla concreta finalità di copertura del contratto Swap in esame (tenuto conto dei disallineamenti temporali e di sottostante evidenziati dal CTU), esame dal quale si può pertanto prescindere.

Ne consegue la nullità del contratto Swap del 24.03.2009 con diritto del cliente alla restituzione dei differenziali negativi corrisposti alla Banca pari a euro 1.092.694,63 (sulla cui quantificazione non sono state sollevate contestazioni da parte dell’appellata) e del valore di estinzione corrisposto per la chiusura anticipata al 27.12.2019 (euro 232.988,00), oltre interessi legali dalla domanda al saldo effettivo (ai sensi dell’art. 2033 c.c. non essendo neppure allegata la mala fede dell’*accipiente*).

Il contratto di mutuo del 13.09.2007.

1. Il Tribunale respingeva la domanda diretta all’applicazione dell’art. 1815 comma 2 c.c. in ragione dell’usurarietà dei tassi d’interesse pattuiti con conseguente restituzione degli importi versati a tale titolo e rideterminazione del saldo del rapporto. Osservava che il CTU aveva accertato che il tasso di rendimento interno del mutuo calcolato sulla base degli atti di causa era pari a 5,86542% mentre il tasso soglia al momento della stipula del contratto era pari all’8,37%, sicché il TEG applicato risultava significativamente inferiore al tasso soglia per l’usura, a nulla rilevando *eventi meramente potenziali e in concreto non verificatisi attinenti ipotesi di inadempimento del cliente con conseguente addebito di interessi e oneri di mora e non essendo rilevante ai fini del raffronto con il tasso soglia la sommatoria del tasso corrispettivo e del tasso di mora atteso che l’usurarietà deve essere valutata singolarmente per ciascuna categoria di interessi, dal momento che, nel caso di inadempimento del debitore e conseguente decorrenza degli interessi moratori, questi si sostituiscono e non si aggiungono agli interessi corrispettivi* (Trib. Milano 16.2.2017 n.

1906).

2. Con il settimo motivo, l'appellante censura la sentenza evidenziando l'errore in cui sarebbe incorso il Tribunale condividendo le non corrette conclusioni del CTU; precisa, infatti, che il costo del mutuo e quindi il suo TAEG non deve mai superare il tasso soglia di riferimento qualunque sia il decorso del rapporto con il mutuatario e, quindi, considerando tra i costi anche la commissione di estinzione anticipata e il tasso di mora (Cassazione n. 350/2013); inoltre, secondo gli accertamenti svolti dal CT di parte, il tasso soglia era superato per effetto della capitalizzazione degli interessi corrispettivi compresi nelle rate per effetto dell'applicazione degli interessi moratori sulla rata comprensiva della quota di interessi; infine, risulterebbe superato il tasso soglia anche secondo le seguenti metodologie di calcolo, sulle quali nulla il Tribunale avrebbe argomentato:

- *TIR dei flussi di cassa considerando i potenziali interessi di mora cumulati = 11,022% con periodicità annua;*
- *TIR dei flussi di cassa considerando i potenziali interessi di mora progressivi = 15,441% con periodicità annua;*
- *TIR dei flussi di cassa considerando all'ultima scadenza i potenziali interessi di mora progressivi = 9,154% con periodicità annua;*
- *Tasso complessivo considerando interessi corrispettivi, interessi di mora potenziali, commissioni e spese = 8,987% con periodicità annua*

3. La Banca appellata richiama gli accertamenti del CTU per confermare la correttezza della decisione di primo grado sul punto.

4. Il motivo è infondato.

Quanto all'inserimento della commissione di estinzione anticipata del mutuo nei costi connessi al credito e quindi nel TAEG, la Corte intende dare seguito alla propria giurisprudenza (vedi da ultimo Corte appello Torino, sez. I, 23.07.2020 n. 741) secondo cui tale commissione resta estranea al tema dell'usura. Infatti, la possibilità di recedere anticipatamente dal contratto va ricondotta alla facoltà di recesso di cui all'art. 1373 c.c., ed il relativo compenso costituisce il corrispettivo previsto dal terzo comma di tale articolo.

La facoltà in esame attribuisce al mutuatario la possibilità di terminare unilateralmente il contratto altrimenti non consentita: non è pertanto un costo che debba sopportare per accedere all'operazione né una remunerazione del mutuo, ma è il costo di una utilità (*solutio ante diem*) che, determinando una perdita economica per l'istituto mutuante, viene monetizzata. La c.d. penale, di fatto, sostituisce dal punto di vista economico gli interessi corrispettivi che, a seguito del recesso, non dovranno essere più corrisposti alla banca: in altri termini, si tratta di un compenso corrispettivo della rinuncia da parte del creditore al potere consentitogli dall'art. 1815 c.c., compenso che riequilibra il sinallagma altrimenti alterato dal recesso.

Quanto agli interessi di mora (ai quali sono connesse le diverse metodologie proposte dal CT di parte attrice appellante che fanno riferimento ai potenziali scenari di loro calcolo), la Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 19597 del 18.09.2020) ha affermato che la disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori pattuiti nel contratto, a prescindere dalla circostanza che gli stessi siano poi effettivamente applicati oppure no e, quindi, a prescindere dal fatto che il rapporto abbia avuto regolare esecuzione da parte del mutuatario, come nel caso di specie.

Tuttavia, quanto alla metodologia di calcolo degli stessi e di confronto con il tasso soglia usura, la Cassazione non ha adottato il criterio del *worst case* (seguito da parte della giurisprudenza di merito, secondo cui la verifica sul tasso di mora deve essere effettuata con riferimento alla data della pattuizione e avere ad oggetto non il rapporto fra interessi di mora e ammontare della rata scaduta o del capitale insoluto alla scadenza, ma il tasso effettivo annuo del credito erogato -tasso di rendimento finanziario dell'operazione creditizia-, da verificarsi ex ante, sia nello scenario di un pieno rispetto del piano di ammortamento convenuto, sia in ogni possibile scenario nel quale, a seguito dell'inadempimento ad una o più scadenze, con l'applicazione del maggior interesse di mora e il mutamento che conseguentemente si produce nel piano di rimborso/ammortamento, si modifica il tasso effettivo annuo del credito erogato); ha invece affermato che la mancata ricomprensione degli interessi di mora nell'ambito del Tasso effettivo globale medio (TEGM) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui all'art. 2, comma 1, della l. n. 108

del 1996, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali sicché, in questo caso, il tasso-soglia sarà dato dal TEGM incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dal quarto comma dell'art. 2 sopra citato, mentre invece, laddove i decreti ministeriali non rechino l'indicazione della suddetta maggiorazione media, la comparazione andrà effettuata tra il Tasso effettivo globale (TEG) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il TEGM così come rilevato nei suddetti decreti.

Ha altresì stabilito che, dall'accertamento dell'usurarietà discende l'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c., di modo che gli interessi moratori non sono dovuti nella misura (usuraria) pattuita, bensì in quella dei corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224, comma 1, c.c.

Nel caso di specie, in cui il finanziamento in oggetto era stipulato il 13.09.2007, il decreto ministeriale (di rilevazione dei tassi effettivi globali medi di cui all'art. 2 comma 1 legge n. 108/1996) all'art. 3 comma 4 prevedeva, appunto, che *I tassi effettivi globali medi di cui all'art. 1, comma 1, del presente decreto non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento. L'indagine statistica condotta a fini conoscitivi dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio italiano dei cambi ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali.*

Ne consegue che l'eccezione di nullità per usurarietà del mutuo del 13.09.2007 non può essere accolta perché si fonda su presupposti logico-giuridici non corretti.

Il contratto di mutuo del 29.09.2009.

1. Il Tribunale respingeva la domanda di nullità degli interessi pattuiti nel mutuo del 29.09.2009 osservando che la presunta indeterminatezza del tasso di interesse in relazione al riferimento all'Euribor era priva di fondamento, atteso che la clausola contrattuale che richiamava l'Euribor non si poneva in

contrasto con l'art. 117 comma 6 del T.U.B.

Il parametro di riferimento e il criterio di determinazione erano infatti ricostruibili con sufficiente precisione e non dipendenti da una decisione arbitraria.

2. Con l'ottavo motivo di appello, si censura la sentenza per non avere colto l'esatto oggetto della censura.

Osserva l'appellante che, come emerge dalla documentazione in atti, il mutuo aveva durata di 186 mesi e prevedeva il rimborso della somma erogata in n. 31 rate semestrali posticipate, calcolate secondo il metodo dell'ammortamento (progressivo francese), comprensive di importo capitale e di interessi (tasso base 2,237% oltre spese di istruttorie per euro 500,00 e commissione di incasso rate per euro 2,75). Il parametro di indicizzazione era pari a "...1,10 punti in più dell'Euribor 6 mesi, media percentuale mese precedente...", con valore dell'indice di riferimento iniziale pari a 1.137%.

Precisa l'appellante che, difformemente da quanto deciso dal Tribunale, aveva inteso contestare l'indeterminatezza del tasso di interesse (richiamando la relazione econometrica di parte predisposta dal dott. Lombardi, in atti), a causa della mancata indicazione del coefficiente "lettera" o "denaro" in riferimento all'Euribor e della mancata indicazione della base dei giorni sui quali è calcolato il tasso di interesse dedotto in contratto.

Nella perizia di parte allegata (pag. 230 delle produzioni di primo grado dell'appellante) l'indeterminatezza del tasso d'interesse risulta collegato sostanzialmente alla circostanza che nel contratto non è indicato se l'Euribor 6 mesi sia quello calcolato su 360 giorni oppure su 365 giorni, il che determinerebbe l'incertezza del parametro con violazione dell'art. 1284 comma 3 c.c. (con citazione della sentenza della Cassazione civile, sez. III, 29/01/2013 n. 2072 che peraltro si limita ad affermare che *In tema di contratti di mutuo, affinché una convenzione relativa agli interessi ultralegali sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, comma 3, c.c., che è norma imperativa, deve avere forma scritta e contenere l'indicazione della percentuale del tasso di interesse in ragione di un periodo predeterminato; tale condizione - che, nel regime anteriore all'entrata in vigore della l. 17 febbraio 1992 n. 154, può ritenersi soddisfatta anche per relationem, attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obbiettivamente individuabili, funzionali*

alla concreta determinazione del saggio di interesse - si realizza anche quando il tasso di interesse è desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante, perché individuato per relationem mediante rinvio al tasso vigente, alla data di stipulazione del contratto medesimo, per il tipo di operazione di credito agrario che ne è oggetto, effettuata dalla sezione agraria di quel determinato istituto mutuante).

Inoltre, assume l'appellante che nel caso di contratto di mutuo con un piano di ammortamento "alla francese" sono nulle le clausole determinative degli interessi che si risolvono in enunciati non danti luogo ad una univoca applicazione ma richiedenti la necessità di una scelta applicativa tra più alternative possibili, ciascuna delle quali comportante l'applicazione di tassi di interessi diversi.

3. Il motivo è infondato.

3.1. L'omessa precisazione del divisore del tasso Euribor (se 360 o 365 giorni) non rende indeterminata la clausola relativa agli interessi corrispettivi del mutuo laddove la stessa precisa il valore di detto tasso alla data di stipula del contratto (1,137%), indica chiaramente il tipo di piano di ammortamento adottato (alla francese) e il relativo regime di capitalizzazione, elementi tutti che rendono non solo determinata la pattuizione, ma escludono che la Banca unilateralmente nel corso del rapporto possa variare i criteri di quantificazione del tasso d'interesse applicato.

3.2. Quanto all'ammortamento alla francese la doglianza risulta connessa non tanto all'applicazione dell'interesse composto in sé, ma alla conseguente incertezza che tale regime comporterebbe nella individuazione del costo del finanziamento.

La tesi è infondata.

È noto che con il sistema di ammortamento all'italiana, il mutuatario restituisce l'importo ottenuto in prestito mediante versamento di rate variabili composte da una quota capitale sempre uguale e una quota interessi variabile (più alta inizialmente perché calcolati su tutta la quota capitale da restituire); quindi, posto che la quota capitale della rata non cambia, ma quella degli interessi sì, la rata periodica avrà importo variabile.

Nel sistema di ammortamento "alla francese", invece, le rate di restituzione del mutuo hanno importo costante e sono composte da una quota variabile di

capitale e interessi. Ciò che cambia è dunque la modalità di restituzione e di calcolo e imputazione degli interessi corrisposti.

Il piano di ammortamento a rata costante (“francese”) prevede che il debitore rimborsi alla fine di ogni anno (o con altra periodicità) e per tutta la durata dell'ammortamento una rata costante posticipata tale che al termine del periodo stabilito di ammortamento il debito sia completamente estinto, sia in linea capitale sia per interessi. Ogni rata costante si compone di una quota interessi e di una quota capitale: dal punto di vista del mutuatario, la quota interessi rappresenta il corrispettivo dell'uso del denaro, mentre la quota capitale rappresenta la somma destinata al rimborso del capitale erogato.

In ogni rata, la quota interessi è calcolata tramite il prodotto fra tasso di interesse e debito residuo al termine di ciascun periodo di ammortamento e la quota capitale rimborsata per differenza tra l'ammontare della rata e gli interessi di periodo; il calcolo degli interessi sul capitale residuo comporta che gli interessi si riducano progressivamente di rata in rata in ragione dell'ammortamento del debito capitale, che – nella invarianza della rata – viene rimborsato per quote capitali crescenti.

Ciò premesso, il metodo di ammortamento “francese” comporta l'applicazione di interessi composti (in quanto la composizione della rata evidenzia il meccanismo dell'interesse composto -interesse liquidato sul capitale in scadenza-), ma non conduce affatto alla violazione del precetto di cui all'art. 1283 c.c.; come già affermato da questa Corte, l'art. 1283 c.c. vieta, infatti, la produzione di interessi su interessi scaduti ed è questa l'unica fattispecie ivi regolata. In altri termini, si ha anatocismo per gli effetti dell'art. 1283 c.c. soltanto se gli interessi maturati sul debito nel periodo X si aggiungono al capitale, andando così a costituire la base di calcolo produttiva di interessi del periodo X+1 e così via ricorsivamente. Il metodo “alla francese” comporta invece che gli interessi vengano comunque calcolati unicamente sulla quota capitale via via decrescente e per il periodo corrispondente a quello di ciascuna rata e non anche sugli interessi pregressi. In altri termini, nel sistema progressivo ciascuna rata comporta la liquidazione ed il pagamento di tutti (ed unicamente de) gli interessi dovuti per il periodo cui la rata stessa si riferisce. Tale importo viene quindi integralmente pagato con la rata, laddove la residua quota di essa va ad estinguere il capitale. Ciò

non comporta tuttavia capitalizzazione degli interessi, atteso che gli interessi conglobati nella rata successiva sono a loro volta calcolati unicamente sulla residua quota di capitale, ovverosia sul capitale originario detratto l'importo già pagato con la rata o le rate precedenti. In tale prospettiva, l'applicazione dell'interesse composto non provoca comunque alcun fenomeno anatocistico nel conteggio degli interessi contenuti in ogni singola rata.

La capitalizzazione composta nei contratti di credito è quindi del tutto eterogenea rispetto all'anatocismo ed è solo un modo per calcolare la somma dovuta da una parte all'altra in esecuzione del contratto concluso tra loro; è, in altre parole, una forma di quantificazione di una prestazione o una modalità di espressione del tasso di interesse applicabile a un capitale dato. (vedi Corte appello Torino sez. I, 17/09/2020, n.905); nel caso di specie non solo era indicato il tipo di ammortamento, ma era anche allegato il relativo piano con le rate costanti.

3.3. Quanto alla maggiore onerosità del mutuo per effetto del tipo di ammortamento pattuito, la tesi è infondata atteso che - anche in concreto - non si verifica la situazione di pregiudizio che in via preminente fonda il divieto di anatocismo, ossia il rischio di crescita indefinita e incalcolabile ex ante del debito d'interessi dal lato del debitore: gli interessi corrispettivi sono infatti conosciuti o conoscibili ex ante sulla base degli elementi contenuti nel contratto e non sono esposti a una crescita indefinita, poiché la loro produzione cessa alla scadenza del periodo di ammortamento. Questo rende il debito per interessi perfettamente determinato, salva l'eventuale variabilità del parametro.

Va quindi respinta la tesi circa la nullità della clausola contrattuale determinativa degli interessi passivi o delle modalità di restituzione della somma mutuata sulla scorta della mera affermazione della maggiore gravosità del piano di ammortamento "alla francese" conseguente al fatto che gli interessi sono esigibili via via che maturano nel corso dell'ammortamento del mutuo e non al momento della sua estinzione. Tale fenomeno, infatti, costituisce una conseguenza naturale delle modalità determinate in contratto per l'adempimento dell'obbligazione del mutuatario, non sussistendo alcun divieto di prevedere l'esigibilità immediata degli interessi maturati nel corso dell'ammortamento, come si desume anche dalle disposizioni del codice civile

che dettano una disciplina specifica dell'obbligazione di pagamento degli interessi.

Da ultimo, la censura risulta infondata anche sotto il profilo del mancato rispetto dell'art. 821 c.c., norma che si limita a prevedere che gli interessi-frutti civili "si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto": la disposizione si limita a prevedere che i frutti crescano con progressione giornaliera e non prescrive affatto che tale progressione sia aritmetica (interesse semplice) anziché geometrica (interesse composto). Neppure da questa norma, in definitiva, può ricavarsi un divieto di utilizzo della formula dell'interesse composto e neppure una "preferenza" legislativa per il metodo dell'interesse semplice.

I conti correnti.

1. Quanto alla domanda di rideterminazione del saldo dei due conti correnti previa dichiarazione di usurarietà degli interessi passivi, il Tribunale rilevava che la CTU eseguita in corso di causa aveva consentito di accertare che con riferimento al rapporto 0070/022315 il Teg applicato non eccedeva mai il tasso soglia, in alcun trimestre mentre con riferimento al rapporto 0070/701007 il Teg applicato dalla banca eccedeva il tasso soglia nel III trimestre 2011, nel II, III, IV trimestre 2013 e nel II e III trimestre 2014 per un importo di euro 16.968,14; riteneva inoltre ammissibile la domanda di rettifica del saldo a conto aperto, anche se in dispositivo accertava in realtà non il saldo del conto corrente 701007, ma l'esistenza di un credito di

Riteneva invece infondata la doglianza attorea relativa ai profili di applicabilità della CMS nel rapporto n. 22315 atteso che dal prospetto effettuato dal CTU non risultava essere stata applicata alcuna CMS nell'ambito di tale rapporto.

2. Con il nono motivo l'appellante censura la sentenza di primo grado (e gli accertamenti svolti dal CTU) deducendo, in sostanza, che nel calcolo del TEG doveva essere anche considerato l'anatocismo (anche se legittimo) in quanto rappresentativo di un costo per il correntista (ed un lucro per la banca), collegato all'erogazione del credito; conseguentemente, i Numeri Debitori dovevano essere considerati al netto dell'anatocismo.

Perciò, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale (e dal CTU), sulla scorta degli accertamenti svolti dal CT di parte (doc. 20 e 21 fascicolo attoreo di primo grado):

- A) nel contratto n. 0070/701007 si avrebbe superamento del tasso soglia in n. 23 trimestri, per un importo di euro 38.730,29
- B) nel contratto n. 1070/022315 si avrebbe superamento del tasso soglia in n. 8 trimestri, per un importo di euro 39.478,61
- C) nel contratto n. 0070/701007 (e non nel contratto 1070/022315 al quale invece erroneamente fa riferimento il Tribunale) sarebbero infine riscontrabili profili di criticità in merito alla pattuizione ed applicazione delle CMS (doc. n. 20 fascicolo attoreo di primo grado), non essendo esse state oggetto di espressa contrattazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 117 TUB e non essendo, in ogni caso, determinato o altrimenti determinabile il criterio di calcolo, in violazione delle disposizioni di cui all'art. 1346 c.c. e art. 117 comma 4 TUB

3. Il motivo è infondato.

3.1. Quanto all'inclusione nel TEG dell'impatto conseguente alla capitalizzazione trimestrale, la Corte ritiene di escluderla. Mediante tale capitalizzazione il debito da interesse passivo viene conglobato nel capitale, così mutando di regime giuridico da obbligazione accessoria di interessi a obbligazione principale per sorte capitale; conseguentemente, l'interesse capitalizzato non può essere computato, come tale, nel tasso di interesse usurario seppure nella dizione onnicomprensiva di cui all'art. 644 c.p. L'assorbimento dell'interesse passivo nel capitale esclude la computabilità dello stesso fra le voci di costo periodico del finanziamento per il periodo successivo all'intervenuta capitalizzazione, appunto perché, una volta capitalizzato, l'interesse non è più tale e, stante il suo conglobamento nel denominatore della formula di calcolo del TEG, non può più essere da questo espunto. Avuto riguardo alla formula di computo del TEG, sostenere che nel calcolo del tasso soglia occorra depurare il capitale dall'effetto della capitalizzazione degli interessi è incongruo: infatti, così come gli interessi sugli interessi maturati nei trimestri precedenti devono essere ricompresi nel numeratore, del pari gli interessi maturati nei trimestri precedenti non possono

essere espunti dal denominatore; né si potrebbe sostenere che il denominatore debba essere depurato degli interessi maturati nei trimestri precedenti così da includere soltanto il capitale originario atteso che in tale caso si raffronterebbero dati non omogenei fra loro (il numeratore ricomprenderebbe gli interessi sugli interessi mentre il denominatore non li ricomprenderebbe); inoltre, il denominatore depurato degli interessi maturati nei trimestri precedenti risulterebbe non comparabile con il tasso soglia che viene determinato sulla base di un tasso globale effettivo medio che ricomprende nel denominatore gli interessi maturati nei trimestri precedenti.

3.2. Quanto alla nullità della CMS per indeterminatezza, si evidenzia: che nell'atto di citazione di primo grado (vedi pag. 32 punto 4.C) si assumeva che *Nel contratto n. 1070/022315 sono infine riscontrabili profili di criticità in merito alla pattuizione ed applicazione delle CMS* come emergente dalla perizia econometrica di parte di cui al doc. 21 che (secondo l'elenco in calce all'atto introduttivo del primo grado) era appunto la perizia relativa al c/c 022315 (mentre quella relativa al c/c n. 701007 era prodotta sub 20); da tale perizia emergeva un credito di euro 6.796,66 addebitato a titolo di CMS in detto conto corrente, accertamento che risulta superato dalla CTU senza censure sul punto.

Quindi il riferimento di cui in sentenza al conto corrente n. 22315 è corretto e conforme alla domanda formulata da parte attrice.

Per quanto possa rilevare, va inoltre osservato che i documenti da 19 a 26 allegati all'atto di citazione di primo grado in formato analogico non risultano depositati dall'appellante in appello; in data 12.05.2020 l'appellante veniva autorizzata dal Presidente di sezione a ritirare il fascicolo cartaceo depositato unitamente all'atto di impugnazione al fine di poter adempiere alla richiesta contenuta nel decreto di trattazione scritta del 7.05.2020 di deposito all'interno del PCT degli atti e documenti già versati in cartaceo; peraltro il deposito telematico non veniva compiuto per i documenti sopra indicati, atteso che in data 19.05.2020 venivano depositate buste con i documenti da 1 a 17, il fascicolo atti, il doc. 18 seconda e terza parte, i documenti da 27 a 40, i documenti da 41 a 50, il fascicolo atti di appello e documenti prodotti in appello; in data 19.05.2020 ore 18:02 si dava atto di depositare busta telematica con i documenti di primo grado da 19 a 50 (*Si procede al deposito telematico della seguente documentazione: 1) segue fascicolo documenti primo grado*

(documenti da 19 a 50) senza che tuttavia fossero, appunto, inseriti i documenti 18 prima parte, da 19 a 26.

Spese

Il giudice di appello, allorché riformi in tutto o in parte la sentenza impugnata, deve procedere d'ufficio, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, ad un nuovo regolamento delle spese processuali, il cui onere va attribuito e ripartito tenendo presente l'esito complessivo della lite poiché la valutazione della soccombenza opera, ai fini della liquidazione delle spese, in base ad un criterio unitario e globale, mentre, in caso di conferma della sentenza impugnata, la decisione sulle spese può essere modificata soltanto se il relativo capo della sentenza abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione. (vedi Cassazione civile sez. 3 ord. n. 9064 del 12.04.2018; sez. 1, ord n. 21139 del 2.10.2020)

Tenuto conto che è risultato soccombente rispetto
alle domande di nullità formulate in relazione ai contratti di mutuo e ai conti correnti (con accoglimento parziale soltanto per euro 16.968,14) e vittoriosa rispetto alla domanda di nullità del contratto Swap, le spese di lite dei due gradi vengono compensate per un quarto e poste a carico del
per i residui tre quarti.

Tenuto conto delle tariffe vigenti, del valore della controversia (euro 1.325.682,63 pari alla somma riconosciuta in sentenza), dell'attività difensiva svolta nei due gradi e della media complessità delle questioni trattate, le spese si liquidano nel seguente modo:

-per il primo grado: euro 5.704,00 per la fase di studio, euro 3.764,00 per la fase introduttiva, euro 16.757,00 per la fase istruttoria ed euro 9.920,00 per la fase decisoria, per complessivi euro 36.145,00;

-per il secondo grado: euro 7.064,00 per la fase di studio, euro 4.107,00 per la fase introduttiva ed euro 11.746,00 per la fase decisoria, per complessivi euro 22.917,00, oltre euro 2.529,00 per esborsi (CU e bollo).

dovrà quindi rimborsare alla controparte i $\frac{3}{4}$ delle spese sopra liquidate, pari a euro 27.108,75 per il primo grado ed euro 17.187,75 per compensi ed euro 1.896,75 per esborsi per il secondo grado, oltre spese generali al 15%, CPA e IVA di legge.

Nella medesima proporzione sono poste definitivamente a carico delle parti le spese di CTU come già liquidate in primo grado.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa civile DI APPELLO iscritta al n. 88/2020 R.G. promossa da _____ nei confronti di _____ (già _____) ogni diversa istanza, eccezione e deduzione reiette, così decide:

- 1) In parziale accoglimento dell'appello e in parziale riforma della sentenza n. 4401/2019 pubblicata il 2.10.2019 del Tribunale di Torino, accerta e dichiara la nullità del contratto Swap "Tasso fisso" stipulato tra le parti il 24.03.2009 e per l'effetto dichiara tenuto e condanna _____ al pagamento, in favore di _____, della somma di euro 1.325.682,63 oltre interessi nella misura legale dalla domanda al saldo effettivo;
- 2) Dichiara compensate per $\frac{1}{4}$ le spese dei due gradi di giudizio e
- 3) Condanna _____ al rimborso, in favore di _____, dei residui $\frac{3}{4}$ di spese di lite dei due gradi che liquida in euro 27.108,75 quanto al primo grado ed euro 17.187,75 per compensi ed euro 1.896,75 per esborsi quanto al grado di appello;
- 4) Pone definitivamente le spese della CTU di primo grado per $\frac{1}{4}$ a carico di _____ e per i residui $\frac{3}{4}$ a carico di _____

Così deciso nella Camera di Consiglio della I Sezione Civile in data 09/07/2021

Il Consigliere estensore
dott. Roberta Bonaudi

Il Presidente
dott. Renata Silva

