

N. R.G. 74230/2014



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA SEZIONE CIVILE

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 74230/2014

tra

ATTORE

e

SPA

CONVENUTO

Oggi **22 dicembre 2015** ad ore 10,10 innanzi al dott. Antonella Cozzi, sono comparsi:

Per [redacted] l'avv. STRACUZZI
LETTERIO, oggi sostituito dall'avv. MICHELE CESPA

Per [redacted] SPA l'avv. GRASSI MANUELA, oggi sostituito dall'avv. MATTEO
BATTISTON

Le parti hanno concluso come segue:

Per [redacted]

Voglia l'On. le Tribunale adito respinta ogni altra contraria istanza, eccezione e difesa così giudicare:
Piaccia al Tribunale illustrissimo, *contrariis reiectis* e previa ogni opportuna declaratoria, così
giudicare:

A – in relazione al contratto di mutuo n. 9743238 del 11.06.2007

1. accertare e dichiarare *ex art.* 1815 co. 2 c.c. la nullità delle clausole del contratto di mutuo che pattuiscono interessi a tassi usurari e di conseguenza convertire i contratti di mutuo da onerosi a gratuiti e per l'effetto, dichiarare la società attrice obbligata alla restituzione della sola somma capitale con esclusione degli interessi di qualsiasi natura;
2. in subordine, accertare e dichiarare la nullità delle clausole del contratto di mutuo determinative degli interessi perché poste in violazione degli artt. 1346, 1418 e 1419 c.c., nonché incompatibili con i principi di inderogabilità in tema di determinabilità dell'oggetto nei contratti formali e per violazione degli artt. 1283 e 1284 c.c.;
3. compensare all'occorrenza in via legale o giudiziale il credito ancora eventualmente dovuto dall'attrice alla convenuta in linea capitale, con le somme indebitamente percepite dal convenuto a titolo di interessi usurari, nella misura che sarà determinata all'esito della espletanda ctu contabile,
4. condannare la convenuta a restituire *ex art.* 2033 c.c. all'attrice la somma che eventualmente residui a seguito della avvenuta compensazione, insieme con gli interessi legali dal giorno della conclusione del contratto al saldo effettivo, se risulti la mala fede o, in subordine, dal giorno della domanda al saldo effettivo.



5. condannare la convenuta a risarcire all'attrice i danni patrimoniali subiti da quest'ultima nell'ammontare che sarà determinato in corso di causa anche in via di liquidazione equitativa.

B – in relazione al contratto di Interest Rate Swap n. 706110308 del 11.06.2007

6. accertare e dichiarare la nullità del contratto di Interest Rate Swap ovvero annullarlo e/o risolverlo per tutti i motivi esposti in narrativa;

7. condannare la Banca a rifondere in favore dell'attrice la somma di Euro 100.477,31, o la maggiore somma accertanda in corso di causa, oltre interessi di legge dal giorno di ogni singolo addebito sino alla data di effettivo saldo, oltre rivalutazione monetaria;

8. condannare la Banca a risarcire all'attrice i danni patrimoniali da essa subiti a causa delle somme addebitate in conto corrente da parte della banca, nella misura che sarà provata in corso di causa o liquidata in via equitativa.

II - In via istruttoria:

9. ammettere Consulenza Tecnica d'Ufficio contabile sul contratto di mutuo n. 9743238 del 11.06.2007 e sul contratto di Interest Rate Swap n. 706110308 del 11.06.2007.

III – In ogni caso: con vittoria di spese, diritti e onorari di causa oltre IVA e CPA.

Per ██████████ SPA

Voglia il Tribunale Ill.mo, contrariis rejectis

= nel merito, per le ragioni esposte in narrativa:

- in accoglimento delle difese e delle eccezioni della Banca convenuta, incluse quelle preliminari di prescrizione, rigettare tutte le domande proposte dalla società attrice;

- in via subordinata e salvo gravame, nella denegata ipotesi in cui dovessero essere accolte, in tutto o in parte, le domande della società attrice, ridurre le pretese avversarie tenuto conto di tutte le difese ed eccezioni della Banca convenuta, inclusa quella di compensazione e anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225, 1227 e 1458 c.c.;

= in via istruttoria, respingere le istanze avversarie;

= in via istruttoria, in subordine, ammettere la Banca alla prova testimoniale sui capitoli formulati nella sua memoria ex art. 183, comma 6, n. 2 c.p.c., § 22, con il testimone ivi indicato;

= in via istruttoria, sempre in subordine, nella denegata ipotesi in cui si dia ingresso a una consulenza tecnica d'ufficio, estendere i temi d'indagine ai punti indicati dalla Banca convenuta nella sua memoria ex art. 183, comma 6, n. 2 c.p.c., § 21 e nella sua memoria ex art. 183, comma 6, n. 3 c.p.c., § 4;

= in ogni caso, con il favore delle competenze e spese di lite, oltre agli accessori di legge e alle spese generali.

Dopo breve discussione orale, il Giudice pronuncia sentenza *ex art. 281 sexies c.p.c.* dandone lettura.

Il Giudice

dott. Antonella Cozzi



In particolare risulta documentalmente che il tasso di interesse corrispettivo è previsto dall'art. 3 del contratto di mutuo (ed è pari al 4,90 % per il semestre in corso ed è determinabile per i semestri successivi in relazione ai parametri indicati nella stessa clausola); il piano di ammortamento prevede il pagamento di 20 semestralità, comprensive, sia di quote di interesse, sia di quote di capitale; il piano di ammortamento indica la quota capitale in percentuale, prevede che gli interessi siano calcolati per ciascun periodo applicando i criteri pattuiti e riporta il capitale residuo.

Il tasso moratorio è previsto dall'art. 5 del contratto di mutuo (nella misura dell'9,60 % nominale annuo...) e si applica su *“ogni somma dovuta per qualsiasi titolo in dipendenza del presente contratto e non pagata, ... dal giorno della scadenza”*. La clausola esclude la capitalizzazione periodica degli interessi moratori.

Secondo la prospettazione della parte attrice *“l'anatocismo si configura nel fatto che gli interessi di mora vengono applicati sul totale della rata scaduta generando così un calcolo anche sulla quota di interesse propria del piano di ammortamento. Gli interessi così calcolati diverranno base di calcolo per le rate successive incrementando di fatto l'anatocismo.”* (perizia di parte Blu Line Consulting). L'anatocismo è quindi contestato in relazione al momento in cui vengono applicati gli interessi di mora, in quanto calcolati sull'intera rata scaduta, comprensiva della quota di capitale e della quota di interesse corrispettivo, come suesposto.

Nel caso in esame, occorre, innanzitutto, rilevare che non risulta che siano stati applicati interessi di mora, non essendo state indicate rate scadute e non pagate.

Inoltre, l'art. 120 II comma T.U.B., come modificato dall'art. 25, d. lgs. 342/99 e dall'art. 3 della delibera CICR del 09/02/2000, consente di derogare all'art. 1283 cod. civ., come affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, che si condivide (*“nel nuovo panorama normativo, la deroga al disposto dell'art. 1283 c.c. è consentita in relazione a tutti i contratti di mutuo bancario, ma solo in base ad apposita pattuizione anteriore al sorgere del credito per interessi”* Cass. Civ. Sez. I, sent. n. 11400 del 22/05/2014; sentenza del Tribunale di Milano di questa sezione del 10/04/2014 Giudice Dott. Stefani *“...va ricordato che l'art. 3 della delibera CICR 9/2/2000 consente espressamente alle parti di convenire l'applicazione degli interessi di mora, in caso di inadempimento, sull'intera rata scaduta, quindi anche sulla quota interessi”* e del 05/05/2014 n. 5733 Dott.ssa Cosentini *“escluso qualunque anatocismo nelle rate a scadenza periodica, diverso è il caso in cui non venga rispettata, da parte del soggetto mutuatario, la scadenza del pagamento rateale e vengano computati su tali rate impagate gli interessi di mora. In tal caso è il dettato normativo che consente l'anatocismo (art. 3 delibera CICR)...il previsto conteggio dell'interesse di mora sull'intero importo delle rate impagate comporterà quindi che tale interesse venga a maturare anche sulla parte di interessi in esso compresa. Il chè certamente dà luogo ad un effetto anatocistico (prodursi di interessi sugli interessi) ma ciò è consentito per legge e si produce limitatamente alle rate impagate”*).

Quanto al superamento del tasso di interesse usurario, la contestazione dell'attrice di cui all'atto di citazione si fonda sulla sommatoria del tasso di interesse corrispettivo e del tasso di interesse moratorio pattuito, che non ha alcun fondamento.

In particolare si osserva la sentenza della Corte di Cassazione n. 350/13 richiamata dall'attrice, contrariamente a quanto sostiene la predetta parte, non afferma che gli interessi corrispettivi debbano essere sommati agli interessi moratori al fine di determinare il tasso contrattuale, ma statuisce che: *“ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, II comma, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori”*.

Sul punto la giurisprudenza di merito, anche di questo Tribunale, si è già più volte pronunciata escludendo l'interpretazione invocata dall'attrice, ossia che la valutazione del superamento del tasso usurario possa avvenire sommando il tasso pattuito per gli interessi corrispettivi e per gli interessi moratori, considerando la diversa natura funzionale ed ontologica dell'interesse corrispettivo, che si applica sul capitale a scadere e che costituisce la remunerazione per il mutuante per il capitale erogato



ed il corrispettivo del diritto del mutuatario a godere della somma capitale, rispetto all'interesse moratorio, la cui applicazione è eventuale, si applica sul debito scaduto e costituisce una penale per l'inadempimento del mutuatario.

Si richiamano le pronunce di questo Tribunale ordinanze del 18/07/2014 e del 28/01/2014: "...la circostanza che poi, nella fattispecie all'esame della Corte (la nota sent. 350/13) il tasso di mora fosse stato pattuito in termini di maggiorazione percentuale del tasso corrispettivo, non equivale di certo ad affermare che tasso corrispettivo e tasso di mora vadano comunque e sempre cumulati, al fine della verifica del rispetto del tasso soglia, essendo palese che la maggiorazione cui si riferisce la Corte riguardava unicamente la modalità di pattuizione di quel tasso di mora che, così calcolato, risultava usurario"; Trib. Milano, VI sez. civ. sentenza del 10/04/2014: "invero il reiterato riferimento ad entrambi i tassi fa pensare che parte attrice abbia semplicemente operato la somma della misura percentuale del tasso corrispettivo (6,3%) e della percentuale di quello moratorio (9,1%), derivandone il superamento del tasso soglia fissato al 9,12%, ma tale operazione è errata sotto il profilo matematico. Infatti, ai fini della determinazione della misura del tasso così effettivamente applicato, occorre sommare gli importi assoluti addebitati a titolo di interessi corrispettivi e gli interessi di mora e rapportare la somma così ottenuta alla quota capitale dovuta. La palese erroneità dell'operazione posta alla base della doglianza attorea e la mancanza di qualsiasi conteggio attendibile in ordine al superamento del tasso soglia, precludono l'esperibilità di una CTU, che in queste condizioni avrebbe natura meramente esplorativa"; nonché, tra le altre, Tribunale di Torino 17/09/2014; Tribunale di Roma 16/09/2014.

Il superamento dei tassi soglia deve quindi essere valutato considerando distintamente il tasso corrispettivo ed il tasso moratorio, così aderendo all'orientamento effettivamente espresso dalla sentenza della Cassazione n 350/13, secondo cui anche la pattuizione relativa al saggio degli interessi moratori deve essere oggetto di valutazione in ordine al superamento del tasso soglia.

Nella specie, l'usurarietà del tasso di interesse corrispettivo va esclusa considerando le indicazioni riportate dalla stessa parte attrice (che indica il tasso contrattuale del 4,90% ed il tasso soglia del 9,65%) parimenti va esclusa l'usurarietà del tasso di interesse di mora pattuito (9,60%), nonché considerando la clausola contrattuale "di salvaguardia" (art. 5 del contratto) secondo cui il tasso di mora pattuito nella misura del 9,60% "...sarà stabilito trimestralmente... aumentando del 50% e arrotondando il risultato allo 0,05 inferiore, il tasso effettivo globale medio degli interessi corrispettivi pubblicato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi della legge 108/96... Ove per qualsiasi motivo i sopracitati tassi non fossero pubblicati, o fossero pubblicati in ritardo, il tasso di mora sarà stabilito nella stessa misura prevista nell'ultima pubblicazione disponibile".

Le domande proposte dall'attrice in relazione al contratto di mutuo devono quindi essere respinte, in quanto infondate.

Il contratto derivato IRS n 706110308

La parte attrice chiede che sia dichiarata la nullità del contratto derivato IRS n 706110308 per mancanza della causa, assumendo che il contratto derivato ha "una causa di scommessa", che l'alea deve essere "razionale" ossia "scientificamente misurabile" e che "la Banca e l'investitore, già al momento della stipula, devono mettersi d'accordo su un requisito essenziale del contratto che è, appunto, la misura dell'alea (ovvero gli scenari probabilistici)" giungendo ad affermare che "vanno indicati nel contratto, al momento della conclusione, il mark to market iniziale, la remunerazione dell'intermediario (...) e gli scenari probabili" e che "la mancata indicazione di questi tre requisiti rende nullo il contratto".

A sostegno della domanda di nullità, l'attrice richiama la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 18.9.2013.

La parte attrice chiede anche che sia dichiarata la nullità del contratto derivato IRS n 706110308 per difetto della causa in concreto, richiamando altra giurisprudenza, per mancanza della funzione di



copertura, nonché per indeterminatezza dell'oggetto perché *“i criteri di determinazione del mark to market sono da ricondurre ad un cieco arbitrio e a prassi finanziarie generatrici di spese ed oneri occulti non esplicitate nei contratti, che integrano un illegittimo rinvio agli usi, proscritti nei contratti finanziari”*.

In subordine chiede di annullare il contratto per dolo e/o errore.

In ulteriore subordine chiede di dichiarare la risoluzione del contratto per inadempimento degli obblighi di cui all'art. 21 TUF, non essendo l'attrice un operatore qualificato, e degli artt. 27, 28 e 29 reg. Consob n 11522/1998 in quanto la banca ha proposto *“un'operazione inadeguata per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione”*, ha agito in conflitto di interessi, non ha assolto all'obbligo informativo attivo e passivo.

Di conseguenza chiede la ripetizione dell'indebito ex art. 2033 cod. civ., consistente nei differenziali negativi prodotti dal contratto pari a € 177.936,54, oltre rivalutazione ed interessi.

“Per scrupolo difensivo” rappresenta i danni che deriverebbero alla società nel caso di un'eventuale segnalazione in sofferenza alla centrale rischi della Banca d'Italia e nelle conclusioni chiede la condanna della convenuta al risarcimento del danno.

Prima di esaminare le domande dell'attrice, deve rilevarsi che le varie tesi prospettate riportano parti di sentenze di merito e di legittimità senza specifici riferimenti al caso concreto, e si fondano sulla perizia di parte (prodotta sub doc. n 6) che è composta da oltre sessanta pagine, contenente, per la maggior parte considerazioni generali, oltre a tesi al di fuori del *thema decidendum* – quelle sull'usura – in quanto non richiamate nell'atto di citazione, con valutazioni prive di riscontro - il contratto derivato è definito speculativo senza aver neppure considerato il contratto di mutuo, di cui lo stesso perito auspica l'acquisizione -, e perviene a conclusioni contestate – in particolare il calcolo del *“valore contratto per cliente € - 17.876,79”* e l'affermazione secondo cui *“La Banca avrebbe dovuto corrispondere al Cliente la somma di € 17.876,79 euro al momento della stipula del contratto a titolo di ricompensa per la perdita attesa, qualora il contratto fosse stato venduto in condizioni di equilibrio.”*.

La genericità delle contestazioni attoree non può ritenersi superata dalla perizia di parte e ciò rende inammissibile la c.t.u. richiesta dall'attrice, in quanto esplorativa.

Nel merito, è opportuno chiarire che il contratto derivato *Interest Rate Swap* è un contratto in cui le parti si accordano per scambiarsi flussi finanziari futuri, che sono prodotti sulla base del parametro variabile del tasso di interesse, secondo una formula prestabilita, in riferimento al capitale nozionale indicato nel contratto.

Il contratto derivato ha quindi ad oggetto il differenziale prodotto secondo le regole stabilite nel medesimo contratto e la sua causa è ravvisabile nello scambio dei flussi prodotti dal contratto.

L'alea del contratto derivato *Interest Rate Swap* è un'alea bilaterale, che è data dall'elemento variabile del tasso di interesse, la cui fluttuazione futura non è conosciuta dalle parti al momento della sottoscrizione del contratto e che rende incerto il sacrificio o il guadagno che le parti conseguiranno.

L'alea rientra quindi nella causa del contratto derivato, nel senso che se manca l'alea viene meno la giustificazione dello scambio del differenziale, e la mancanza di alea comporta la nullità del contratto ex art. 1418 II comma cod. civ., in relazione all'art. 1325 cod. civ..

L'alea manca quando il contratto derivato è strutturato in modo tale da rendere certo il sacrificio di una parte ed il guadagno dell'altra, ossia quando, secondo lo scenario probabilistico che si presenta alle parti al momento della sottoscrizione del contratto, la possibilità che si realizzi l'evento favorevole ad una parte e sfavorevole all'altra, è talmente basso da doversi ragionevolmente considerare nullo.

Ed ancora, l'alea bilaterale non richiede che il rischio sia equilibrato, ossia che le parti abbiano la stessa probabilità che si verifichi l'evento a sé favorevole, ma sussiste l'alea bilaterale anche quando il rischio è sopportato in misura diversa dai contraenti.

Il contratto derivato *Interest Rate Swap* per cui è causa, è un contratto che prevede lo scambio dei differenziali prodotti, con periodicità semestrale, per la società attrice dal tasso fisso del 4,85% e, per la banca dal tasso variabile pari all'euribor 6 mesi, con riferimento al capitale nozionale di € 800.000,00,



in progressiva riduzione secondo il piano di ammortamento del mutuo, come risulta chiaramente nel contratto n 706110308 e nelle note inviate dalla convenuta alla società attrice (doc. 3, 3 bis e 3 ter fasc. conv.).

Ciò premesso devono essere ora esaminate nello specifico le domande dell'attrice.

La domanda di nullità del contratto per carenza di causa e indeterminazione dell'oggetto.

Il contratto derivato *de quo* ha quindi un oggetto determinato, che è lo scambio dei differenziali prodotti secondo i termini stabiliti nel contratto, nonché una causa, data dai flussi finanziari derivati dalla fluttuazione del tasso di interesse variabile (ossia dall'*euribor* a sei mesi).

L'alea del contratto è, inoltre, bilaterale e razionale, non essendovi elementi che facciano ritenere che, al momento della sottoscrizione del contratto (11.6.2007), fosse prevedibile, con ragionevole certezza, che l'andamento futuro dell'*euribor* sarebbe stato al ribasso ed inferiore al 4,85%, con la conseguenza che la società attrice avrebbe dovuto sempre pagare.

Al contrario, la parte convenuta ha provato che l'*euribor*, nel 2008, era in rialzo ed in particolare l'*euribor* a sei mesi aveva superato il 5% (il 26 settembre 2008 il Corriere.it Economia riporta che l'*euribor* a sei mesi “cala di pochissimo dal 5,296% al 5,290 %, dopo aver ripetutamente toccato il record storico in settimana” = doc. n 10), con la conseguenza che il derivato ha prodotto inizialmente flussi positivi per la società attrice.

La domanda di nullità del contratto per carenza di causa e indeterminazione dell'oggetto deve quindi essere respinta.

Parimenti infondata è **la domanda di nullità del contratto per difetto della causa concreta**, ossia della funzione di copertura del contratto di *Interest Rate Swap* per cui è causa.

Occorre premettere che la funzione di copertura rientra nella causa concreta del contratto derivato, intesa quale funzione economica individuale del contratto stipulato dalle parti, quando fa parte della pattuizione ed in tal caso la mancanza della funzione di copertura comporta la nullità del contratto ex art. 1418 II comma cod. civ. per illiceità della causa, ex art. 1343 cod. civ., sotto il profilo della non meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti.

Nella specie, è circostanza pacifica in causa che il contratto di *Interest Rate Swap* n 706110308 dell'11.6.2007 è stato stipulato con funzione di copertura rispetto alla posizione debitoria della società attrice di cui al contratto di mutuo agrario n 9743238.

Il contratto di mutuo prevede l'obbligazione restitutoria, nel termine di dieci anni, della somma capitale erogata di € 800.000,00 e degli interessi corrispettivi al tasso iniziale del 4,90 % annuo, ed in seguito ad un tasso semestrale composto variabile.

Il contratto IRS prevede per la società attrice pagamenti, con periodicità semestrale, al tasso fisso del 4,85% e per la banca al tasso variabile pari all'*euribor* 6 mesi, con riferimento al capitale nozionale di € 800.000,00, in progressiva riduzione secondo il piano di ammortamento del mutuo.

La struttura del contratto derivato ed in particolare la corrispondenza della durata decennale, della periodicità di pagamento semestrale e del capitale nozionale, rende evidente che il contratto derivato stipulato tra le parti rispondeva alla funzione di copertura rispetto al contratto di mutuo.

La valutazione della causa del contratto va, infatti, effettuata con un giudizio prognostico, ossia al momento della stipulazione del contratto e non *ex post*, sulla base dell'andamento del mercato, con la conseguenza che la funzione di copertura non può essere esclusa se, dopo la stipulazione del contratto, non si è realizzata la previsione che una parte si aspettava, in quanto detta evenienza rientra nell'alea del contratto.

Nella specie, l'attrice ha ottenuto con il derivato la conversione del tasso variabile del proprio mutuo agrario n. 9743238 in un tasso fisso inferiore a quello iniziale del mutuo (4,85% contro 4,90% = doc. 1 e doc. da 3 a 3 ter fasc. Banca), con la conseguenza che il derivato era idoneo alla copertura dal rischio di tasso, che è stata realizzata con la conversione del tasso da variabile a fisso, in correlazione col debito sottostante.

Ancora la domanda di nullità e la domanda di risoluzione del contratto derivato



L'attrice assume anche che il contratto derivato *Interest Rate Swap* n. 706110308 aveva un valore negativo per la società attrice già al momento della sua sottoscrizione, pari a € 17.876,79 (come calcolato dalla perizia di parte) e sostiene che ciò incida sulla causa del contratto, determinando uno squilibrio dell'alea.

La convenuta ha contestato il valore negativo del derivato indicato dall'attrice, che non può ritenersi provato sulla base della perizia di parte attrice, che non esplicita chiaramente nel suindicato importo il *mark to market* del contratto derivato al momento della sua sottoscrizione, ma riporta l'espressione "valore contratto per cliente € - 17.876,79" con la precisazione: "La Banca avrebbe dovuto corrispondere al cliente la somma di € 17.876,79 al momento della stipula del contratto a titolo di ricompensa per la perdita attesa, qualora il contratto fosse stato venduto in condizioni di equilibrio = pag. 34).

In ogni caso, anche ipotizzando che il contratto derivato avesse una posizione negativa di € 17.876,79, deve escludersi che detto elemento incida sulla causa del contratto e ne compori la nullità.

Infatti, il *mark to market* rappresenta il valore del derivato in un dato momento, secondo una proiezione fondata sulle aspettative del mercato ed è quindi un elemento variabile e non essenziale del contratto, che può rilevare sul piano dell'informativa che l'intermediario deve dare al cliente, ma che non appartiene alla causa del contratto.

L'esistenza di una posizione negativa non esplicitata alla società attrice, è quindi riconducibile all'obbligo informativo previsto dall'art. 21 Tuf a carico dell'intermediario, la cui violazione, secondo l'insegnamento della nota giurisprudenza di legittimità (Cass. Sezioni Unite sentenza n. 26724 e 26725/2007) non comporta la nullità del contratto, ma può essere fonte di responsabilità e può comportare la risoluzione del contratto, con i conseguenti effetti risarcitori e restitutori.

L'art. 21 del TUF pone, infatti, a carico dell'intermediario l'obbligo di agire con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse del cliente e per l'integrità dei mercati, e prevede l'obbligo dell'intermediario di operare in modo che il cliente sia adeguatamente informato, in modo tale che possa effettuare una scelta consapevole.

Nella specie, la conclusione del contratto derivato IRS per cui è causa ha quale presupposto la sottoscrizione del contratto quadro dell'11.6.2007 (doc. n. 2 fasc. conv.) – con la conseguenza che la violazione dell'obbligo informativo, se sussistente, sarebbe riconducibile ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale dell'intermediario, contrariamente a quanto sostenuto dalla convenuta - che contiene, nella parte normativa, una informativa completa degli *Interest Rate Swap* (nella sezione intitolata "contratti quadro derivati Over The Counter (OTC) su tassi di interessi", in particolare vedi l'art. 5 "aleatorietà del contratto" e l'art. 6 "calcolo degli importi ed effettuazione dei pagamenti").

Inoltre, la proposta inviata dalla banca all'attrice riporta in modo chiaro tutti i termini dell'operazione, che attengono ad un contratto parametrato ad un nozionale di € 800.000,00 (doc. n. 3, 3 bis e 3 ter fasc. conv.).

Si deve quindi ritenere che la banca abbia assolto all'obbligo informativo in relazione al contratto derivato oggetto di causa e che anche ipotizzando l'omessa informativa sulla "posizione negativa" di € 17.876,79 – che non risulta provata dalla perizia di parte attrice-, comunque essa ricade su un elemento marginale nell'economia del derivato, e, come tale, è inidonea ad integrare un inadempimento grave dell'intermediario.

Parimenti non risulta provato il nesso causale tra il preteso inadempimento ed il danno derivante dalla conclusione del contratto derivato, considerato che la bassa incidenza della "posizione negativa" sull'economia del contratto derivato fa ritenere che comunque non avrebbe influito sulle scelte dell'attrice.

Quanto alla violazione delle norme regolamentari in materia di inadeguatezza dell'operazione e di conflitto di interessi, deve rilevarsi che trattandosi di norme comportamentali generali dettate dal TUF comunque la loro violazione non comporterebbe la nullità del contratto derivato (Cass. S.U. 19.12.2007 n. 26724 e n. 26725) e che la genericità delle contestazioni della parte attrice, che si limita a riportare il



dettato normativo, senza indicare il profilo di inadeguatezza specifico del derivato e l'interesse diverso ed ulteriore che l'intermediario avrebbe perseguito, non consente di accertare l'inadempimento dell'intermediario (tra le altre: Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 3056/09).

Deve quindi essere respinta anche la domanda di risoluzione del contratto derivato.

Parimenti infondata è la **domanda di annullamento del contratto derivato per errore e dolo**, considerato che non è provato un errore essenziale e riconoscibile, né il dolo che avrebbe indotto in errore l'attrice, dovendosi escludere, sia che fosse noto alla convenuta l'andamento futuro dei tassi di interessi, sia che l'eventuale omessa informativa sul *mark to market* comporti un errore sull'oggetto del contratto e considerato che *“L'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto non incide sull'identità o qualità della cosa, ma attiene alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un certo accordo ed al rischio che il contraente si assume, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, per effetto delle proprie personali valutazioni sull'utilità economica dell'affare.* (Cass. Sez. 2, **Sentenza n. 20148** del 03/09/2013).

L'eccezione di prescrizione dell'azione di annullamento sollevata dalla convenuta non viene esaminata, stante l'infondatezza nel merito della domanda come suesposta, secondo il principio della c.d. “ragione più liquida” (*“Il principio della "ragione più liquida", imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 cod. proc. civ., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre”* (Cass. Sez. 6 - L, Sentenza n. 12002 del 28/05/2014).

La domanda di ripetizione

L'attrice, avendo agito anche in ripetizione, avrebbe dovuto provare tanto l'inesistenza di una *causa debendi* quanto l'avvenuto pagamento in relazione al contratto di mutuo ed al contratto derivato (in punto di elementi costitutivi dell'azione di ripetizione vedi, tra le altre, Cass. n.7501/2012).

L'unica elemento fornito dall'attrice per provare di aver effettuato dei pagamenti relativamente al contratto derivato, è l'elenco di differenziali (prodotto *sub* doc. 7), di cui la convenuta ha disconosciuto la riferibilità a sé, e la cui provenienza non risulta dal documento, che è una stampa di un file informatico, non firmata, né datata.

L'onere probatorio non è quindi stato assolto, pertanto la domanda di ripetizione deve essere rigettata non essendo stati provati gli avvenuti pagamenti.

La domanda di risarcimento del danno

Va infine respinta la domanda di risarcimento del danno, che è stata proposta dall'attrice in modo generico, violando l'onere assertivo prima ancora dell'onere probatorio, che grava sulla parte che agisce in giudizio.

Spese processuali.

Le spese di lite vanno poste a carico della parte attrice, in quanto soccombente, e sono liquidate come da dispositivo *ex* D.M. 55 del 2014. Stante il valore indeterminato della causa, ai sensi dell'art. 5, comma VI del suddetto decreto, il valore della presente controversia deve essere considerato non inferiore ad € 26.000 e non superiore ad € 260.000,00; pare corretto ricondurre la presente causa nella fascia tra 52.001,00 e 260.000,00, per il numero delle questioni sollevate, operando una riduzione dei valori medi per la fase istruttoria e per la fase decisionale, stante la natura documentale della causa e la decisione con discussione orale.



Sentenza n. 14622/2015 pubbl. il 22/12/2015

RG n. 74230/2014

P.Q.M. Repert. n. 12532/2015 del 22/12/2015

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) Rigetta le domande di parte attrice;
- 2) Condanna la parte attrice alla rifusione delle spese di lite in favore della parte convenuta, che si liquidano in € 8705,00 per compenso, oltre 15 % per spese forfetarie, c.p.a. e i.v.a..

Sentenza resa *ex* articolo 281 *sexies* c.p.c., pubblicata mediante lettura alle parti presenti ed allegazione al verbale.

Milano, 22 dicembre 2015

Il Giudice

dott. Antonella Cozzi

