

N. R.G. 2277/2015



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Monza, Prima Sezione Civile, nella persona del Giudice monocratico, dott. Carlo Albanese, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. R.G. 2277/2015 promossa

DA

R.E.M. S.P.A. REVOLUTION ENERGY MAKER, già R.E.M. S.P.A., C.F. e P.I 03471310163, con sede in Coccaglio (BS), via E. Mattei, traversa III, n. 5, in persona del legale rapp.te *p.t.*, Giancarlo Ghidesi, elettivamente domiciliata in Busto Arsizio, via I° Maggio n. 10/B presso lo studio dell'Avv. Dario Minella che la rappresenta e difende come da procura posta in calce all'atto di citazione;

ATTRICE

NEI CONFRONTI DI

BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.P.A. o in forma contratta B.N.L. S.P.A., C.F. e P.I. 09339391006, con sede in Roma, via Vittorio veneto n. 119, in persona del legale rapp.te *p.t.*, elettivamente domiciliata in Milano, via G.B. Pirelli n. 30 presso lo studio dell'Avv. Francesco Pilato che la rappresenta e difende come da procura generale alle liti autenticata dal notaio Mario Liguori di Milano in data 30.10.2007, rep. n. 151274, racc. n. 33010;

CONVENUTA

Oggetto: nullità totale e parziale e/o annullabilità contrattuale, ripetizione dell'indebito e risarcimento del danno subito.

CONCLUSIONI

All'udienza del 26.6.2017 le parti hanno precisato le seguenti conclusioni:

PER L'ATTRICE R.E.M. S.P.A.

“Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis e previe le declaratorie del caso nel rito e nel merito, così giudicare Nel merito: 1. accertare e dichiarare la violazione da parte della Banca convenuta delle regole di buona fede e correttezza nell'esecuzione dei rapporti intrattenuti con la società attrice; 2. accertare e dichiarare la nullità del contratto n. 6132240 del 27.6.2011 per i motivi



esposti in narrativa ovvero in via subordinata, annullare il contratto n. 6132240 del 27.6.2011 ai sensi dell'art. 1427 cod. civ. per dolo della Banca convenuta ovvero, in via di ulteriore subordine, annullare il contratto n. 6132240 del 27.6.2011 ai sensi dell'art. 1427 cod. civ. per errore della R.E.M. S.r.l. REVOLUTION ENERGY MAKER; 3. per l'effetto, condannare la convenuta al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 23.318,18 per somme illegittimamente addebitate e/o riscosse alla data del 30.9.2013 in relazione al contratto n. 6132240 del 27.6.2011, oltre alle somme indebitamente riscosse successivamente alla data del 30.9.2013 (che si indicano in ulteriori € 32.760,53, per un importo complessivo pari a € 56.078,71, alla data del 29.06.2016), oltre agli interessi legali a far data dalla costituzione in mora sino al saldo e alla rivalutazione monetaria, in favore dell'istante società, salva la minore o maggiore somma accertata in corso di causa; 4. accertare e dichiarare la nullità e/o annullabilità e/o inefficacia, per violazione dell'art. 1283 c.c. e per tutti i motivi esposti in narrativa, della capitalizzazione trimestrale degli interessi effettuata sui rapporti n. 2585 del 28.6.2011, n. 282412 del 28.6.2011 e n. 242422 del 28.6.2011; 5. accertare e dichiarare la nullità per i motivi esposti in narrativa e/o la mancata pattuizione del tasso di interesse debitore in misura ultralegale, e, per l'effetto, dichiarare l'inefficacia degli addebiti effettuati sui predetti rapporti per interessi ultralegali e l'applicazione - anche al fine di determinare l'importo degli interessi a favore del correntista - del tasso di interesse sostitutivo pro tempore vigente ai sensi degli artt. 1284 c.c., 4 e 5 L. n. 154/1992 e 117 T.U.B.; 6. accertare e dichiarare la mancata pattuizione e/o la nullità ed inefficacia, per mancanza di giustificazione causale e per tutti i motivi esposti in narrativa, degli addebiti effettuati sui predetti rapporti per Commissioni di Massimo Scoperto - comunque denominate (Commissioni Trimestrali Disponibilità Fondi, Spesa Trimestrale di gestione sconfini, etc.); 7. accertare e dichiarare la nullità ed inefficacia e/o la mancata pattuizione delle spese e commissioni addebitate sui predetti rapporti; 8. accertare e dichiarare la mancata pattuizione e/o la nullità ed inefficacia, per mancanza di giustificazione causale e per tutti i motivi esposti in narrativa, degli addebiti applicati sui predetti rapporti sulla differenza in giorni - banca tra la data di effettuazione delle singole operazioni e la data della rispettiva valuta; 9. accertare e dichiarare la mancata pattuizione e/o la nullità ed inefficacia, per i motivi esposti in narrativa, della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali effettuata da parte dell'Istituto di Credito; 10. per effetto della declaratoria di nullità e/o inefficacia parziale delle condizioni contrattuali che regolano i rapporti, previa rettifica del saldo contabile dei rapporti n. 2585 del 28.6.2011, n. 282412 del 28.6.2011 e n. 242422 del 28.6.2011, accertare e dichiarare l'esatto dare/avere tra le parti alla data di proposizione della domanda sulla base della riclassificazione contabile dei medesimi in regime di saggio legale, senza capitalizzazioni, con eliminazione di non convenute commissioni e di interessi computati sulla differenza in giorni - banca tra la data di



effettuazione delle singole operazioni e la data della rispettiva valuta, e a seguito del ricalcolo degli interessi attivi sui saldi creditori così rideterminati; 11. determinare il Tasso Effettivo Globale del rapporto bancario; 12. accertare e dichiarare, previo accertamento del Tasso Effettivo Globale, la nullità e l'inefficacia di ogni e qualsivoglia pretesa della convenuta banca per interessi, spese, commissioni e competenze per contrarietà al disposto di cui alla L. n. 7.3.1996 n. 108, perché eccedente il cd. tasso soglia nel periodo trimestrale di riferimento; 13. per l'effetto delle suddette violazioni, accertato il reale saldo di dare/avere tra le parti, dichiarare la convenuta tenuta alla rettifica del saldo contabile dei rapporti n. 2585 del 28.6.2011, n. 282412 del 28.6.2011 e n. 242422 del 28.6.2011 e/o condannare la convenuta, al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 137.804,73 oltre alle somme illegittimamente addebitate successivamente al 25.7.2014 (data di redazione della perizia contabile), salva la minore o maggiore somma accertata in corso di causa oltre spese di CTP e di CTU, oltre gli interessi legali a far data dalla costituzione in mora sino al saldo; 14. condannare per le ragioni sopra esposte Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali patiti e patiendi dalla R.E.M. S.r.l. REVOLUTION ENERGY MAKER, da determinarsi in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., che si indicano in € 15.000,00 o altra somma che si riterrà di giustizia; Con vittoria di spese e competenze di causa. Si rinnovano le richieste istruttorie di prova testimoniale per come formulate ed indicate in sede di memoria ex art. 183, comma 6 n. 2 c.p.c. Con ogni più ampia riserva di ulteriormente allegare, eccepire, dedurre e contestare nei termini scanditi dal Tribunale”

PER LA CONVENUTA B.N.L. S.P.A.

“Voglia l'On.le Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così giudicare: in via preliminare, - ritenere e dichiarare, per le motivazioni esposte nella parte narrativa dell'atto di costituzione in giudizio e delle successive difese, l'inammissibilità e/o improponibilità e/o improcedibilità della domanda attorea di condanna al pagamento dell'assunto indebito e la maturata decadenza dalle eccezioni sollevate, con particolare riferimento alle domande inerenti il rapporto di conto corrente dedotto in giudizio al momento ancora in essere; nel merito, - ritenere e dichiarare che le domande di controparte sono integralmente infondate e prive di presupposti legittimanti, in fatto ed in diritto, per i motivi tutti esposti nella parte narrativa dell'atto di costituzione in giudizio e delle successive difese e, conseguentemente, rigettare le stesse in toto con qualunque statuizione; in via subordinata, - nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande svolte dall'attrice con riferimento al rapporto di conto corrente bancario n. 2585 intrattenuto presso l'Agenzia di Monza della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., applicare al rapporto in questione le norme previste dal Testo Unico Bancario (D.Lgs. n. 385/93) ed, in particolare, ritenere e dichiarare applicabile a tale rapporto l'art.



117, comma VII, del medesimo T.U.B. ed i tassi di interesse dallo stesso previsti, tenuto conto dell'entrata in vigore della Delibera CICR 09/02/2000 a decorrere dal 30/06/2000; - nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande svolte dall'attrice con riferimento all'operazione in strumenti finanziari derivati stipulata in data 27/06/2011, ritenere e dichiarare la non prevedibilità del danno lamentato e, conseguentemente, determinare equitativamente la somma oggetto di rimborso e/o risarcimento ex artt. 1225 c.c.; in via istruttoria, - ammettere prova testimoniale sui seguenti capitoli: 1) "vero che l'operazione in strumenti finanziari derivati per cui è causa è stata autonomamente e consapevolmente sottoscritta dal legale rappresentante pro-tempore della R.E.M. S.p.A."; 2) "vero che, al momento della sottoscrizione dell'operazione in strumenti finanziari derivati per cui è causa, sono state nuovamente illustrate in dettaglio al legale rappresentante pro-tempore della R.E.M. S.p.A. le caratteristiche della stessa ai fini della copertura dal rischio di rialzo dei tassi di interesse inerenti la quota corrispondente al nozionale della sottostante esposizione complessiva della Società"; 3) "vero che al legale rappresentante pro-tempore della R.E.M. S.p.A. è stata consegnata dai funzionari della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. la documentazione precontrattuale e contrattuale prevista dalle disposizioni allora vigenti in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati, ivi compresa quella informativa"; 4) "vero che, nel corso dei contatti periodici con il gestore di riferimento della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., il legale rappresentante pro-tempore della R.E.M. S.p.A. è stato sempre informato in ordine all'andamento dell'operazione finanziaria per cui è causa"; 5) "vero che il legale rappresentante pro-tempore della R.E.M. S.p.A., ottenute tutte le informazioni e spiegazioni del caso, si determinava a concludere l'operazione in strumenti finanziari derivati per cui è causa"; 6) "vero che il capitale nozionale sottostante lo strumento finanziario derivato per cui è causa è stato determinato concordemente con il legale rappresentante pro-tempore della R.E.M. S.p.A."; 7) "vero che i funzionari della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. mai hanno sollecitato la realizzazione dell'operazione finanziaria per cui è causa". Si indica quale teste il Dott. Antonio Ferragina, presso Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Direzione Territoriale Corporate Nord Ovest, con riserva di indicare ulteriori testi, anche in prova contraria rispetto a quanto eventualmente articolato dall'attrice. Con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio e con ogni e più ampia riserva di ulteriormente eccepire, produrre ed articolare".

IN FATTO

R.E.M. (originariamente Revolution Energy Maker) s.p.a., di seguito semplicemente REM, ha convenuto in giudizio la Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., di seguito BNL, al fine di far accertare l'invalidità sia sotto il profilo della nullità, rispettivamente totale e parziale, che dell'annullabilità di due distinti rapporti intrattenuti con BNL: da un lato, il contratto I.R.S. (acronimo di Interest Rate



Swap) denominato “cap sell dilazionato” n. 6132240 stipulato in data 27.6.2011 (cfr. in tal senso il documento n. 1) e, dall’altro, il contratto di conto corrente n. 2585 stipulato in data 28.6.2011 unitamente ai conti anticipi n. 282412 e n. 242422 stipulati contestualmente al rapporto principale (cfr. in tal senso i documenti n. 4, 5 e 6).

Quanto al primo, ne ha dedotto:

- la nullità per totale assenza di causa in quanto, a fronte della mancata erogazione di un “up front” iniziale in favore della parte svantaggiata dall’operazione contrattuale posta in essere al fine di annullare e rendere uguale a zero la somma algebrica attualizzata dei flussi positivi e negativi del valore delle opzioni scambiate, si era determinato un valore negativo a suo carico pari a complessivi € 52.203,59;
- la nullità per assenza di alea in capo all’istituto di credito convenuto il cui rischio, trattandosi di un contratto derivato aleatorio/speculativo, era sostanzialmente trascurabile al contrario di quello assunto dalla cliente a cui non erano stati correttamente rappresentati tutti gli elementi necessari per farle valutare la concreta rischiosità dell’affare;
- la nullità per indeterminatezza e/o indeterminabilità del valore di chiusura in assenza di una quotazione ufficiale del derivato;
- l’annullabilità del contratto ex artt. 1427 e 1429 n. 2 c.c..

Quanto al secondo, ne ha dedotto la nullità parziale sia per l’applicazione di spese ed oneri non dovuti o non regolarmente pattuiti, quali la CMS e la postergazione delle valute, sia per l’addebito sul conto corrente ordinario di interessi anatocistici maturati sul conto anticipi al fine di assoggettarli al disposto di cui alla delibera Ciscr. 9.2.2000 ed eludere così il disposto di cui all’art. 1283 c.c., sia, infine, per l’applicazione di tassi di interesse oggettivamente usurari.

In conseguenza di tutto quanto sopra esposto, previa condanna della convenuta alla restituzione in proprio favore della somma di € 23.318,18 già addebitata alla data del 30.9.2013 sulla scorta del contratto n. 6132240, ha chiesto rideterminarsi il saldo del rapporto di conto corrente e dei conti anticipi accessori con ulteriore condanna di BNL a corrisponderle la somma di € 137.804,73, o quella maggiore o minore accertata come dovuta in corso di causa, ed il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti quantificati in complessivi € 15.000,00.

Nel costituirsi quest’ultima ha eccepito, innanzitutto, l’inammissibilità delle domande restitutorie proposte dall’attrice con riferimento al rapporto di conto corrente ed ai conti anticipi trattandosi in entrambi i casi di rapporti ancora in essere e, nel merito, l’infondatezza delle censure di nullità ed annullabilità sollevate con riferimento a tutti i contratti stipulati non avendo la cliente mai contestato alcunché nel termine previsto dall’art. 119 comma III TUB sotto il profilo dell’indebita



capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, dell'usurarietà del tasso di interesse praticato e/o della mancata pattuizione delle ulteriori condizioni applicate.

Quanto al contratto di cap sell dilazionato, ha dedotto di avere rispettato tutto quanto previsto dal d. lgs. n. 58/1998 e dai successivi regolamenti attuativi emanati in materia tanto più in considerazione dell'adeguatezza del contratto sottoscritto dall'attrice, il cui nozionale era pari all'esposizione debitoria complessivamente maturata a quella data, a garantirla da un eventuale aumento dei tassi di interesse praticati sul mercato.

Acquisita la documentazione prodotta, disposta ed espletata una CTU al fine di valutare in concreto la natura e la tipologia del contratto derivato stipulato tra le parti e rigettate le ulteriori istanze istruttorie rispettivamente articolate nei termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c., all'udienza del 26.6.2017, previa precisazione delle conclusioni come in epigrafe e concessione alle parti dei termini di legge per il deposito degli scritti difensivi conclusionali, la causa è stata trattenuta in decisione.

IN DIRITTO

Come sommariamente esposto nella superiore premessa l'odierna attrice ha instaurato il presente giudizio al fine di far accertare la nullità, rispettivamente totale e parziale e, comunque per le diverse ragioni esposte in citazione, ovvero l'annullamento di due distinti rapporti intrattenuti con BNL: da un lato, il contratto I.R.S. denominato "cap sell dilazionato" n. 6132240 stipulato in data 27.6.2011 e, dall'altro, il contratto di conto corrente n. 2585 stipulato in data 28.6.2011 unitamente ai conti anticipi accessori n. 282412 e n. 242422 stipulati nel corso della medesima data.

Iniziando l'esame dalle prospettate ragioni di "invalidità" del contratto derivato stipulato in data 27.6.2011, in corso di causa è stata espletata una CTU a cura del dott. Daniele Tombesi che ha consentito di meglio chiarirne la natura e l'ambito applicativo, le funzioni e le caratteristiche tipiche soprattutto alla luce della domanda principale di nullità per assenza di causa in concreto proposta da REM che ha dedotto di avere stipulato, peraltro in spregio alla rigorosa disciplina informativa prevista dal T.U.F., uno strumento "aleatorio/speculativo" e non già - come avrebbe voluto e come prospettato dalla controparte - meramente "assicurativo/conservativo" - o di protezione - funzionale a metterla al riparo dal rischio concreto di un rialzo dei tassi d'interesse.

Nell'intento di fornire un'informazione quanto più possibile esauriente e completa in ordine allo strumento derivato stipulato il consulente ne ha, innanzitutto, sottolineato la differente natura, speculativa o assicurativa, che può assumere in concreto e, stante la logica attendibilità e la completezza delle risposte fornite alla luce della documentazione rispettivamente prodotta dalle parti nel corso del giudizio, quanto riportato in relazione - sebbene con gli opportuni adattamenti di cui a



breve si darà conto - sarà integralmente utilizzato i fini del decidere previo richiamo del medesimo schema esplicativo ivi riportato.

L'Interest Rate Swap (di seguito indicato col solo acronimo di IRS), di cui il cap sell dilazionato stipulato tra le parti è una delle varianti possibili al pari del più semplicistico "plain vanilla", non ricorrente però nel caso di specie, è una particolare tipologia negoziale "atipica" che consente alle parti *"di scambiarsi i flussi monetari corrispondenti agli interessi maturati sulla base di tipologie diverse di tasso e derivanti per un certo periodo di tempo e riferiti ad un importo negoziale prestabilito ma non scambiato, con l'aggiunta di una componente strutturata denominata Cap Sell Dilazionato. La sottoscrizione di un prodotto derivato è solitamente preceduta da un altro rapporto che è intercorso tra le parti per effetto del quale solitamente vi è una posizione debitoria di uno dei soggetti nel confronti dell'altro, o di un altro. Le tre funzioni di impiego dei contratti derivati sono di copertura (hedging), speculativa (trading) o di arbitraggio"*.

Tralasciando di approfondire tale ultima categoria in quanto non direttamente rilevante in questo giudizio e volendo sin da subito anticipare che, come meglio sarà sviluppato nel prosieguo della trattazione, nel caso di specie non v'è uno specifico rapporto negoziale a protezione del quale l'IRS è stato stipulato, a dire del CTU l'ambito *"speculativo si manifesta solo nel caso in cui, di comune accordo e con opposte aspettative, i contraenti desiderino rappresentarsi una reciproca ed opposta scommessa"* alla quale consegue *"un rischio complessivo non inferiore a quello iniziale mentre il contratto di copertura deve avere un rischio finale ridotto rispetto a quello iniziale (...). Quando non vi è coerenza tra le due quantità ci troviamo di fronte ad un contratto speculativo mentre di copertura quando la correlazione è proporzionale. L'oggettiva funzione di copertura va valutata nel rispetto della congruità della correlazione delle caratteristiche proprie dello strumento derivato sottoscritto e il suo sottostante. Se anche inconsapevolmente per una delle due parti sottoscrittrici il contratto si sproporzionasse, il rapporto sconfinerebbe in terreno speculativo. La scissione tra derivato di copertura e derivato speculativo deve essere, anche in ambito giuridico, nettissima. Deve essere rispettata la connotazione di aspettativa pratica illustrata in sede di sottoscrizione"* (cfr. in tal senso alle pagine 38 e 39 della CTU).

Riferendo della struttura tipica del contratto il CTU ha, poi, sottolineato come *"i pagamenti periodici degli interessi barattati o scambiati vengono individuati e calcolati sullo stesso importo - che non è mai oggetto di scambio - denominato capitale nozionale di riferimento o semplicemente nozionale. Questa valutazione avviene, e deve essere tutto normato in contratto, a scadenze prestabilite, per una durata predeterminata - in anni interi con una nota data di inizio e data di termine detta maturity o termination date. Il nozionale rimane sempre fisso e sono solo le cosiddette gambe a determinare i*



flussi. La gamba fissa è basata sul tasso fisso mentre la gamba variabile è indicizzata ad un tasso variabile” (cfr. in tal senso a pagina 40).

Per meglio chiarire i casi e le ragioni normalmente sottese alla stipulazione di un IRS avente finalità (che, però, è concetto diverso dalla struttura) assicurativa il CTU ha fatto ricorso all’ipotesi, normalmente ricorrente nella prassi, in cui il cliente, che abbia stipulato con la banca d’affari un precedente contratto di mutuo a tasso variabile, intenda cautelarsi da un eccessivo rialzo dei tassi di interesse i quali, in tal caso, causerebbero un corrispondente aumento del costo restitutorio del finanziamento contratto.

Avendo interesse, nell’ipotesi in cui sia prospettabile un progressivo aumento dei tassi, anche a trasformare la tipologia di debito assunta, cioè da variabile a fissa, cercherà *“una controparte con esigenze opposte. Alle date previste dal contratto le parti si scambiano solo il differenziale degli interessi, rapportato al capitale di riferimento. Nelle ipotesi più semplici il contratto di IRS (Plain vanilla) può essere così strutturato: si prevede che la società cliente si impegna a pagare un tasso fisso, ad esempio del 3,00% e la Banca si impegna a pagare un tasso variabile, ad esempio Euribor 6 mesi. In questo modo l’azienda si immunizza dal rischio che il tasso Euribor 6 mesi salga a livelli molto alti. Ad esempio se il tasso Euribor 6 mesi assume il valore del 5%, l’azienda cliente pagherà sempre e comunque il tasso fisso del 3,00% e riceverà dalla banca il tasso Euribor 6 mesi, riuscendo in questo modo a compensare con il flusso di cassa ricevuto dalla banca i maggiori oneri finanziari maturati sul debito finanziario sottostante (variabile). Se invece il tasso Euribor 6 mesi assume valori inferiori al 3,00% subirà un flusso di cassa negativo a causa del fatto che pagherà sempre il tasso fisso del 3,00% e riceverà un tasso variabile dalla banca che sarà più basso. Ad esempio se il tasso Euribor 6 mesi assume il valore del 1,00%, l’azienda cliente pagherà sempre il tasso fisso del 3,00% e riceverà dalla banca il tasso variabile del 1,00%, con un flusso di cassa differenziale netto negativo del 2,00%. In questo caso non beneficerà della situazione favorevole di riduzione dei tassi monetari e quindi non potrà beneficiare di minor oneri finanziari sul debito finanziario sottostante lo swap; pagherà alla fine sempre gli stessi oneri finanziari sul mutuo”* (cfr. in tal senso a pagina 42).

L’esemplificazione riportata dal CTU è particolarmente efficace perché chiarisce a dovere i casi in cui il cliente ha interesse a stipulare un IRS di copertura o assicurativo: è evidente, infatti, che in tal modo potrebbe efficacemente cautelarsi e mettersi al riparo da un prevedibile o, comunque, prospettabile aumento dei tassi di interesse, o meglio del tasso Euribor a cui, al netto dello *spread* concordato con l’istituto di credito erogante, è collegato l’aumento del tasso variabile pattuito in sede di stipulazione del contratto di finanziamento.



Tale contratto, insomma, che appartiene alla categoria degli strumenti finanziari derivati su tassi di interesse negoziati c.d. O.T.C. (acronimo di *over the counter*, ossia sul mercato non regolamentato con ovvie maggiori incertezze in ordine ad una sua plausibile quotazione di mercato), è normalmente utilizzato dagli operatori economici per assicurarsi contro il rischio di un aumento dei tassi di interesse a breve termine a fronte di un'esposizione debitoria a medio/lungo termine a tasso variabile. Ove sia, invece, utilizzato quale scommessa reciproca sul valore del tasso, in modo tale da consentire di ottenere un vantaggio economico nell'ipotesi in cui il valore del tasso corrisponda a quello ipotizzato, ha evidentemente mera natura speculativa.

Effettuata tale sintetica - ma opportuna - premessa, è opinione del Tribunale che l'IRS cap sell dilazionato stipulato in data 27.6.2011 sia effettivamente carente sotto il profilo causale o, meglio, della causa in concreto, essendo dagli atti emerse numerose aporie, contraddizioni e deficit informativi idonei a deviarlo in maniera consistente e sostanziale dallo schema tipico di un contratto (comunque aleatorio ma tendenzialmente) di copertura quali possono indicarsi, a titolo esemplificativo, il notevole squilibrio sinallagmatico generato a favore della banca nelle prestazioni rispettivamente assunte in sede di stipula che non è stato compensato, come sarebbe logico attendersi, dal riconoscimento di un up-front in favore del cliente, la mancata prospettazione di una valutazione ponderata delle conseguenze economico-finanziarie scaturenti dell'adozione di tale forma di copertura rispetto ad altre parimenti utilizzabili e la mancata dimostrazione di un collegamento esplicito - sempre qualora effettivamente sussistente, circostanza che neppure il CTU è stato in grado di accertare - tra il presente prodotto (asseritamente assicurativo/di protezione) e quello protetto.

Volendo entrare più nel dettaglio, l'IRS stipulato in data 27.6.2011 prevede che sul capitale nozionale di € 1.700.000,00, pari all'indebitamento complessivo dell'azienda cliente derivante dalle anticipazioni (come detto non meglio precisate) erogatele in conto corrente, la banca paghi un flusso legato all'andamento del tasso variabile Euribor a tre mesi mentre il cliente paghi a sua volta un flusso pari al tasso Euribor 3 mesi + 0,65% se quest'ultimo risulta essere inferiore al 3,75% ovvero pari al tasso fisso del 3,75% + 0,65% se l'Euribor a tre mesi risulta essere uguale o superiore al 3,75%.

Secondo quanto giustamente osservato dal CTU, quindi, solo nell'ipotesi in cui il tasso Euribor fosse stato pari al 4,40% il differenziale a credito o a debito sarebbe stato uguale a zero - o per così dire neutro - per entrambe le parti laddove, di contro, nell'ipotesi in cui l'Euribor a tre mesi fosse stato prossimo allo zero, il differenziale periodale a sfavore del cliente sarebbe stato pari ad € 2.762,00 circa mentre, nell'ipotesi in cui l'Euribor a tre mesi fosse stato prossimo al 5%, il differenziale periodale a favore del cliente sarebbe stato pari ad € 2.550,00 (cfr. in tal senso la tabella riportata a pagina 87 della CTU).



Date tali condizioni, verrebbe da dire di predominante (se non proprio di esclusivo) sfavore per la cliente stanti le previsioni attese all'epoca della stipulazione e di cui a breve si darà conto, era di fondamentale importanza che in sede pre-contrattuale le fossero fornite tutte quelle informazioni necessarie per consentirle di ponderare e valutare con attenzione l'effettiva convenienza economica dell'affare, tanto più in considerazione della pacifica finalità di copertura a cui, secondo quanto non contestato dalle parti in questo giudizio, mirava la stipulazione dell'IRS oggetto di causa.

Si trattava, innanzitutto e forse anzi principalmente, di un'adeguata informazione dei tassi "forward", ossia del valore dei tassi atteso dalla comunità finanziaria internazionale in ciascun momento di rilevazione del tasso "reset" contrattualmente pattuito, la cui immediata disponibilità in capo alla cliente le avrebbe consentito di verificare che proprio sulla base di queste aspettative - le quali, per inciso, non sono state presumibilmente trascurate dall'istituto di credito a proprio esclusivo vantaggio - *"le obbligazioni gravanti sulla banca risultavano sistematicamente inferiori a quelle relative alla gamba fissa assunta"* dalla controparte: *"la circostanza permette di constatare che nel determinare il tasso fisso a carico del cliente la banca è stata molto prudente perché ha accettato un tasso fisso gravante sulla controparte che, almeno stando alle aspettative del momento, sarebbe stato sempre superiore a quello gravante sulle proprie obbligazioni"* (cfr. in tal senso a pagina 84 della CTU).

Per avere un'idea di quanto appena riferito è bene riportare la tabella rappresentata a pagina 88 della CTU da cui si evince che, sulla base dei medesimi indici presuntivi presi in considerazione da BNL in sede di stipula, gli unici trimestri a vantaggio del cliente erano gli ultimi tre:

C.T.U. Causa n° 2277/2015 R.G. Tribunale di Monza Sez. I Civ.
R.E.M. S.p.A. // Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.

Da	A	Giorni	BNL		REM		Flussi Differenziali
			Variable Euribor 3M	Fisso 0,65%	Variable Euribor 3M	Cap K= 3,75%	
29/06/2011	29/09/2011	92	6.592,10	2.811,59	6.592,10	-	-2.811,59
29/09/2011	29/12/2011	91	7.210,78	2.768,10	7.210,78	-	-2.768,10
29/12/2011	29/03/2012	91	7.551,50	2.754,68	7.551,50	1,85	-2.752,83
29/03/2012	29/06/2012	92	7.782,96	2.770,97	7.782,96	14,95	-2.756,02
29/06/2012	28/09/2012	91	7.860,32	2.727,00	7.860,32	123,99	-2.603,01
28/09/2012	31/12/2012	94	8.319,52	2.801,68	8.319,52	236,58	-2.565,10
31/12/2012	28/03/2013	87	7.994,06	2.579,57	7.994,06	366,82	-2.212,75
28/03/2013	28/06/2013	92	8.733,61	2.712,40	8.733,61	563,99	-2.148,41
28/06/2013	30/09/2013	94	9.412,40	2.753,67	9.412,40	700,77	-2.052,90
30/09/2013	30/12/2013	91	9.845,06	2.648,65	9.845,06	973,54	-1.675,11
30/12/2013	31/03/2014	91	10.180,79	2.630,98	10.180,79	1.221,27	-1.409,71
31/03/2014	30/06/2014	91	10.501,30	2.612,80	10.501,30	1.382,71	-1.230,09
30/06/2014	29/09/2014	91	11.186,91	2.593,53	11.186,91	1.623,19	-970,34
29/09/2014	29/12/2014	91	11.523,06	2.573,73	11.523,06	1.903,75	-669,98
29/12/2014	30/03/2015	91	11.840,82	2.553,44	11.840,82	2.192,59	-360,85
30/03/2015	29/06/2015	91	12.140,15	2.532,68	12.140,15	2.258,86	-273,82
29/06/2015	29/09/2015	92	12.475,46	2.538,93	12.475,46	2.290,38	-248,55
29/09/2015	29/12/2015	91	12.596,72	2.489,82	12.596,72	2.522,88	33,06
29/12/2015	29/03/2016	91	12.834,39	2.467,04	12.834,39	2.780,86	312,92
29/03/2016	29/06/2016	92	13.199,13	2.472,35	13.199,13	2.893,88	421,53
TOTALE			199.781,04	-52.794,51	-199.781,04	24.052,86	-28.743,65

LXXXVIII



E se è vero che si trattava pur sempre solo di aspettative generali, assai diverse dalla certezza che i valori ipotizzati si sarebbero poi effettivamente concretizzati nei trimestri successivi, il che - per inciso - ha in realtà comportato un maggior vantaggio per l'istituto di credito rispetto a quello originariamente previsto, è altrettanto vero che le analisi probabilistiche di scenario rappresentano la modalità principale con cui la banca avrebbe dovuto illustrare all'azienda cliente i vantaggi (e allo stesso tempo gli svantaggi) dello strumento di copertura proposto, ovvero descrivere le conseguenze economiche e finanziarie scaturenti dall'adozione di uno swap, di un'opzione e/o di qualsivoglia altro (o anche di nessun altro) strumento di protezione.

Come si ricava da quanto riportato dallo stesso CTU, infatti, tali informazioni sono di fondamentale importanza perché un IRS *“basa la sua valutazione iniziale sulle aspettative di variazione dei tassi di interesse variabili in futuro e su queste valutazioni definisce qual è il tasso fisso per il quale è indifferente nel futuro pagare sempre per ogni scadenza un tasso fisso piuttosto che un tasso variabile aleatorio che può essere crescente o meno. Queste valutazioni non rappresentano ovviamente una certezza ma solo una probabilità, che in qualsiasi momento futuro possono essere smentite. Se la dinamica dei tassi di interesse variabili in futuro sarà diversa dalle valutazioni fatte in fase contrattuale, uno dei due contraenti otterrà un guadagno e l'altro una perdita”*. Ciò non di meno, **“Agli atti, al momento della redazione di questa relazione peritale, non risulta alcun riferimento agli scenari probabilistici di sviluppo futuro basato su dati statistici riferiti alla curva dei tassi forward”** (cfr. in tal senso a pagina 92 della CTU).

E siccome la validità stessa del contratto, come sostenuto da attenta dottrina, dipende dalla presenza di una distribuzione dell'alea proporzionata e coerente con le poste in gioco e al fatto che le regole del gioco siano realmente conosciute da entrambe le parti prima della sottoscrizione, l'investitore - a prescindere dal grado di conoscenza specifica concretamente acquisito in materia di investimenti finanziari - può scientemente e validamente accettare il rischio collegato all'operazione propositagli (lo si ripete nuovamente, a mera copertura del rischio e non già a titolo speculativo) solo se la banca non si sia limitata a fornirgli delle generiche informazioni sui contratti derivati o sul mercato finanziario in generale, ma abbia previamente condiviso tutte le informazioni relative al *pricing* dell'IRS proposto, all'eventuale *up front* che gli sarebbe spettato per annullare lo svantaggio previsto a suo carico, all'andamento storico dei tassi e degli indici, agli schemi finanziari e alle proiezioni probabilistiche relative a tutti gli indici idonei ad influire sulla quotazione dei valori oggetti di scambio.

Come sostenuto da attenta giurisprudenza di merito, **“proprio la rischiosità dell'investimento e la complessità del prodotto finanziario avrebbero richiesto una precisa e dettagliata spiegazione delle**



modalità di funzionamento del contratto, corredata da simulazioni e prospetti” (cfr. in tal senso Tribunale di Torino, sentenza n. 5928/2007).

Anzi, “*perché l’alea, che, come detto, costituisce l’oggetto del contratto, possa considerarsi “razionale” debbono essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza, gli scenari probabilistici e delle conseguenze del verificarsi degli eventi. In sostanza, tutti gli elementi dell’alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto*” (cfr. in tal senso Corte d’Appello di Milano 18.9.2013).

Quindi, tale grave omissione, già di per sé rilevante anche solo sotto il profilo informativo, è acuita dalla totale assenza di alea che è elemento intrinseco (e causale) di ogni IRS, a prescindere dalla funzione specifica per la quale è stato strutturato.

Non è, infatti, contestabile che i “*contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati*” abbiano tutti “*carattere intrinsecamente aleatorio*” (cfr. in tal senso Corte Costituzionale, 18 febbraio 2010, n. 52) in quanto la particolare dinamica contrattuale, la distribuzione delle prestazioni principali tra le parti contraenti e la determinazione del loro ammontare dipendono dal verificarsi di un evento futuro ed incerto nonché dalla fluttuazione di un valore di mercato: fattori, dunque, in nessun modo influenzabili dalle parti (“*I derivati sono strumenti finanziari il cui valore deriva dai prezzi di attività scambiate sui mercati, quali attività finanziarie (ad esempio, azioni, indici finanziari, valute, tassi d’interesse) ovvero attività reali (ad esempio, merci, materie prime); queste variabili sono chiamate “sottostante” del derivato*”: cfr. in tal senso Banca d’Italia, “*I prodotti derivati*”, sul suo sito Internet istituzionale).

L’entità e il valore delle reciproche prestazioni poste a carico dei contraenti (i c.d. “*differenziali*”) dipendono dal rischio che si verifichi (o meno) un evento futuro (cfr. in tal senso anche la definizione di contratto derivato estrapolata dallo standard contabile IAS 39 applicabile a partire dal 1° gennaio 2001).

Il valore di esse è postergato a data futura, con regolamento differito rispetto alla data di negoziazione, e può variare in relazione al mutamento di un tasso di interesse, di un prezzo di uno strumento finanziario, di un prezzo di una merce, di un tasso di cambio in valuta estera, di un indice di prezzi o di tassi, di un merito di credito (rating) o indici di credito o altra variabile prestabilita (alcune volte denominata “sottostante”).

Insomma, siccome in un IRS lo schema negoziale astratto consiste in uno scambio di flussi finanziari convenuto in funzione della variazione dei tassi di interesse, proprio in ciò si palesa l’intrinseca aleatorietà dello strumento, caratterizzata dalla dipendenza del valore del contratto da fattori esterni e mai certi per alcuna delle parti.



Se ciò è vero, e non v'è alcun motivo per dubitarvi, ai fini causali è sufficiente verificare l'effettiva sussistenza in concreto di un'alea bilaterale, ossia se al momento della conclusione del contratto (27.6.2011) sussistesse o meno tra le parti il requisito della "equivalenza del rischio", se, cioè, a quel momento fosse configurabile per il cliente (REM) e per la Banca (BNL) una uguale probabilità di guadagno o di perdita.

Il semplice dato della perdita subita *ex post* da uno dei contraenti - collegata alla mancata concretizzazione delle prospettive sull'andamento dei tassi di mercato attesi in sede di stipulazione del contratto - non può ovviamente essere indicativo né della mancanza di una condizione di alea equivalente o paritetica, né del venire meno della funzione di copertura convenuta originariamente dalle parti. Un evento sfavorevole non è idoneo, in mancanza di specifici elementi di prova, a dimostrare un originario squilibrio tra le obbligazioni a carico delle parti e la mancanza di pariteticità dell'alea del contratto in quanto le perdite patrimoniali eventualmente patite *ex post* dal cliente possono rientrare nella normale alea di tale tipologia di negozi in cui, come detto, le prestazioni pecuniarie assunte dipendono da un evento futuro ed incerto qual è la naturale ed intrinseca oscillazione dei parametri di riferimento.

Ma, a ben vedere, anche volendosi porre in un'ottica esclusivamente *ex ante* la situazione non è affatto dissimile anzi, come già sopra riferito, persino maggiormente benevola nei riguardi dell'istituto di credito.

E', infatti, sufficiente esaminare la tabella riportata a pagina 88 della CTU e 10 della presente decisione per avvedersi di come gli stessi scenari probabilistici presenti all'epoca della stipulazione del contratto prevedessero un flusso differenziale a carico di REM pari ad € 28.741,65 con esposizione debitoria sostanzialmente costante sino al 31.12.2012 e via via decrescente sino al 29.9.2015 in coincidenza con il prevedibile (sebbene solo all'epoca) aumento del tasso Euribor cosicché gli unici trimestri previsti con saldo positivo a favore di REM sono quelli compresi tra il 29.9.2015 ed il 29.6.2016 per gli "irrisori" importi, rispettivamente, di € 33,06 quanto al terzultimo trimestre, di 312,92 quanto al penultimo e di € 421,53 relativamente all'ultimo.

E' evidente, insomma, che in una tale situazione di profonda disparità, tanto più in considerazione nella finalità esclusivamente protezionistico-assicurativa dell'IRS in oggetto, l'effettiva sussistenza della bilateralità e/o reciprocità dell'alea è solo formale e meramente apparente tant'è che anche la durata del contratto sembrerebbe essere in linea con l'intento di evitare una (a quel punto) logica compensazione a seguito dell'incremento marginale del valore positivo per il cliente atteso solo a decorrere dall'anno 2006. Non può essere un caso, d'altronde, che l'efficacia del contratto cessi alla data 29.6.2016



allorquando il flusso positivo per REM è pari ad € 421,53 con presumibile ulteriore incremento marginale nei trimestri a seguire.

Il difetto di causa in concreto comporta la nullità di tale contratto ex art. 1325/1418 c.c. ed il diritto dell'attrice di vedersi restituite le somme corrisposte in esecuzione del negozio nullo che alla data del 29.6.2016 sono pari ad € 56.078,71 come si evince dal documento n. 23 depositato dall'attrice all'udienza del 26.10.2016 e certamente ammissibile in quanto relativo a pagamenti effettuati successivamente alla scadenza dei termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c..

Su tale somma dovranno essere corrisposti gli interessi nella misura legale maturati a decorrere dalla data di notifica dell'atto di citazione (20.2.2015) sino a quella del saldo effettivo.

La pronuncia di nullità assorbe tutti gli ulteriori profili di invalidità allegati con riferimento al contratto n. 6132240 stipulato in data 27.6.2011.

Non altrettanto fondate, di contro, sono le diverse eccezioni di nullità sollevate con riferimento al rapporto di conto corrente ed ai conti anticipi.

Iniziando dall'eccepita nullità della clausola negoziale relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi prevista nel contratto di conto corrente stipulato in data 28.6.2011 l'attrice, pur dando atto che con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 342/1999 il legislatore, nel modificare l'art. 120 T.U.B., *“ha demandato al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) le modalità e i criteri per la produzione di interessi su interessi sulle operazioni bancarie (cfr. art. 25 D. Lgs. n. 342/1999), in precedenza preclusi dall'art. 1283 cod. civ.”* e che con delibera del 9.2.2000 il CICR *“ha riconosciuto la possibilità di capitalizzazione degli interessi creditori e debitori su conto corrente per i contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore, a condizione di reciprocità”*, ha rimarcato come il principio di reciprocità *“non possa trovare applicazione al rapporto di apertura di credito che, sebbene concesso sul piano tecnico su c/c ordinario o conti separati da quello principale o ordinario (c.d. conti anticipi), in realtà costituisce un mero finanziamento nell'ambito del quale si registrano unicamente poste a debito del cliente”* (cfr. in tal senso da ultimo a pagina 19 della comparsa conclusionale).

La nullità della clausola, così almeno parrebbe di comprendere, deriverebbe, non già dal porsi in contrasto con la normativa generale di cui all'art. 1283 c.c. stante il rispetto di quanto previsto dall'art. 2 della delibera Cicr 9.2.2000, bensì dall'essere stata applicata su un diverso rapporto, ossia sull'apertura di credito, ove non sarebbe possibile alcuna reciprocità stante l'importo esclusivamente a debito maturato a carico del cliente.

In sostanza, quindi, la scelta di utilizzare il rapporto di conto corrente ovvero, come nel caso di specie, il conto anticipi quale mero “contenitore” ove riversare le poste debitorie derivanti da un rapporto di



finanziamento sarebbe *“finalizzata ad eludere il divieto di anatocismo posto dall’art. 1283 attraverso la creazione di un rapporto solo apparentemente disciplinato dall’art. 2 della Delibera CICR”*.

La contestazione, come arguibile senza particolari sforzi interpretativi, è però palesemente infondata se si considera che la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi è stata correttamente apposta al contratto di conto corrente con previsione generale ed astratta applicabile sia alle poste a debito che a quelle a credito a prescindere dalle modalità concrete di regolamentazione sul conto anticipi e/o su qualsivoglia altro conto di appoggio in quanto tutte le anticipazioni bancarie concesse in favore di REM avrebbero necessariamente dovuto essere veicolate sull’uno o sull’altro di quei rapporti, meri conti d’appoggio aventi natura accessoria al rapporto principale.

La medesima infondatezza investe la questione relativa alla natura usuraria dell’interesse pattuito avendo il CTU precisato come in nessuno dei trimestri esaminati, quand’anche si volesse seguire la teoria - recentemente negata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la sentenza n. 18325/2017 - dell’usura sopravvenuta, si sia determinato uno sfioramento del tasso soglia legalmente previsto (cfr. in tal senso a pagina 114 della CTU).

A tale riguardo, peraltro, va ulteriormente rimarcato come, nel determinare la misura del tasso concretamente applicato dall’istituto di credito, il consulente di parte attrice si sia discostato dalle modalità di calcolo del TEG di cui alle rilevazioni periodiche della Banca d’Italia escludendo dalla voce “numeri debitori” tutti gli addebiti relativi a competenze bancarie riferibili agli affidamenti concessi e sommando alle voci riferite agli “oneri” anche la commissione di massimo scoperto.

A tale riguardo l’art. 2 L. 106/1996 e successive modificazioni demanda al Ministro del tesoro, sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio italiano dei cambi, la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall’Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d’Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura, stabilendo altresì che anche la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell’oggetto, dell’importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

Ora, non risulta ammissibile ai fini della decisione un confronto tra il tasso soglia stabilito periodicamente dalla Banca d’Italia ed un tasso di interesse determinato in concreto con l’utilizzo di una formula di calcolo diversa, oltre che con dati differenti, tanto più che, in tal modo, verrebbero a



compararsi due grandezze non omogenee con conseguente incongruenza sotto un profilo logico e matematico prim'ancora che giuridico.

L'esattezza delle considerazioni che precedono risulta confermata dal recente orientamento della Suprema Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 22270/2016, nell'interpretare la normativa in materia di usura, ha ravvisato l'esigenza **“di assicurare che l'accertamento del carattere usurario degli interessi, dal quale dipende l'applicazione delle sanzioni civili e penali previste al riguardo, abbia luogo attraverso la comparazione di valori tra loro omogenei”**.

In proposito, la Corte ha ulteriormente affermato quanto segue: *“Poiché, infatti, ai fini della configurabilità della fattispecie dell'usura c.d. oggettiva, occorre verificare il superamento del tasso soglia, determinato mediante l'applicazione della maggiorazione prevista dall'art. 2, comma quarto, della legge n. 108 del 1996 al tasso effettivo globale medio trimestralmente fissato con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze in base alle rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia conformemente alle citate istruzioni, è necessario che il tasso effettivo globale applicabile al rapporto controverso, da porre a confronto con il tasso soglia, sia calcolato mediante la medesima metodologia”*.

Quanto sopra esposto è idoneo a comportare anche il rigetto dell'ulteriore contestazione relativa all'indeterminatezza del saggio legale degli interessi (artt. 1346 e 1284 c.c.).

A dire dell'attrice, in particolare (cfr. in tal senso a pagina 27 della comparsa conclusionale), il T.U.B., all'art. 117, commi 4 e 7, *“dispone che nel caso di mancata indicazione per iscritto del reale tasso di interesse e dei costi applicati dall'istituto di credito, debbano applicarsi al rapporto il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione (cd. tasso sostitutivo)”*.

Se, tuttavia, non può equipararsi la mancata indicazione del tasso prevista dalla norma sopra richiamata all'erronea applicazione di una clausola contrattuale (giustificandosi in tal caso una mera azione di ripetizione limitatamente alla maggior somma eventualmente corrisposta a tal fine), l'infondatezza delle censure di nullità richiamate con riferimento alla capitalizzazione, all'usura ed alla CMS, che tale a ben vedere neppure è stante l'avvenuta stipulazione del contratto successivamente alle disposizioni di cui al d. l. n. 185/2008, convertito in legge n. 2/2009, esclude in radice persino la sussistenza di una diversità tra gli oneri indicati e quelli effettivamente applicati.

Ma anche volendo prescindere da quanto sopra esposto, basti rilevare come la Suprema Corte di Cassazione (cfr. in tal senso Cass. Civ., Sez. Un., 2.12.2010 n. 24418) abbia affermato che *“l'azione di*



*ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, **giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del solvens con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'accipiens**".*

Tale distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie della provvista è stata affermata anche con riferimento alla ripetizione di indebito correlata all'illegittimo addebito di somme a titolo di commissione di massimo scoperto (cfr.: Cass., Sez. I, sentenza n. 4518 del 26 febbraio 2014) ed il medesimo criterio non può che valere per la ripetizione dell'interesse usurario.

Orbene, siccome i rapporti bancari oggetto di causa risultavano ancora in essere alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio, come d'altronde lo sono tuttora, l'azione di ripetizione dell'indebito presupponeva logicamente la positiva individuazione delle rimesse solutorie assertivamente non dovute.

Trattandosi di un elemento costitutivo della domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo consequenziale all'azione di nullità delle relative clausole negoziali, tale indicazione, qualora sia il debitore ad agire in ripetizione, come nel caso di specie, costituisce oggetto di uno specifico onere gravante sul quest'ultimo che, però, non è stato minimamente adempiuto se è vero che né dall'atto di citazione né, tanto meno, dalla perizia econometrica prodotta risulta alcunché in ordine ad una plausibile identificazione di tali rimesse solutorie.

E' evidente, insomma, che la mera annotazione in conto di una posta di interessi illegittimamente addebitati non si risolve per ciò stesso in un pagamento, presupposto indispensabile per l'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c., cosicché se il correntista non allega, indicandoli specificamente, l'esistenza di pagamenti e/o di rimesse solutorie (il tutto al più con la prima memoria ex art. 183 comma 6 n. 1 c.p.c. al fine di consentire alla controparte di potersi difendere), ogni indagine risulta superflua anche qualora non sia in contestazione, come nel caso in esame, l'esistenza di più aperture di credito regolate in conto corrente.



In una tale situazione le domande di nullità, in quanto presupposto indefettibile ai fini della successiva ripetizione, non possono che essere rigettate stante la carenza a monte di un interesse ad ottenere un mero accertamento fine a se stesso.

In definitiva, quindi, le domanda meritevole di accoglimento sono quelle relative alla nullità del contratto I.R.S. (acronimo di Interest Rate Swap) denominato “cap sell dilazionato” n. 6132240 stipulato in data 27.6.2011 ed alla restituzione delle somme indebitamente percepite dall’istituto di credito in conseguenza di ciò.

Null’altro può accogliersi, neppure le ulteriori domande risarcitorie avanzate sotto il profilo del danno patrimoniale e/o non patrimoniale subito dalla società in conseguenza di ciò in quanto non adeguatamente approfondite e persino sformite del ben che minimo supporto probatorio.

Le spese di lite seguono la soccombenza e paramtrate sulla base del *decisum* sulla base dei criteri di cui al D.M. n. 55/23014, vanno poste a carico di BNL s.p.a. unitamente ai costi di CTU separatamente liquidati nel corso del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Monza, Sezione I Civile, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- in parziale accoglimento delle domande proposte dichiara la nullità per difetto di causa del contratto I.R.S. denominato “cap sell dilazionato” n. 6132240 stipulato tra le parti in data 27.6.2011;
- per l’effetto, condanna B.N.L. s.p.a., in persona del legale rapp.te *p.t.*, a restituire a R.E.M. s.p.a. in persona del legale rapp.te *p.t.*, la complessiva somma di 56.078,71 oltre interessi nella misura legale maturati a decorrere dalla data del 20.2.2015 sino a quella del saldo effettivo;
- rigetta tutte le ulteriori domande proposte dall’attrice;
- in aderenza al principio di soccombenza, condanna B.N.L. s.p.a., in persona del legale rapp.te *p.t.*, a rifondere in favore di R.E.M. s.p.a. in persona del legale rapp.te *p.t.*, le spese di lite sostenute nell’ambito del presente giudizio che si liquidano in complessivi € 13.788,58, di cui 788,58 per spese e 13.000,00 per compensi, oltre 15% a titolo di spese generali forfettizzate, C.P.A. ed I.V.A., quest’ultima solo se ed in quanto dovuta, come per legge;
- pone definitivamente a carico di B.N.L. s.p.a. le spese di CTU separatamente liquidate nel corso del giudizio.

Così deciso in Monza in data 6 novembre 2017

Il Giudice
dott. Carlo Albanese

