N. 1537/19 Sent.
N. 9955/16 Reg. Gen.
N. 5776/19 Cron.
N. 3472/19 Rep.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Padova

SEZIONE SECONDA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice unico Dott. Nicoletta Lolli

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 9955/2016 R.G. promossa da:

MOTOSERVICE SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA (C.F. 02439970282) con il patrocinio dell'avv. BREDA SABRINA, con elezione di domicilio in VIA G.B. RICCI, 6 35121 PADOVA presso avv. BREDA SABRINA;

ATTRICE

contro:

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., (C.F. 00884060526) con il patrocinio degli avv. SARZI SARTORI STEFANO e , con elezione di domicilio in VIA G. CHIASSI 42 46100 MANTOVA, presso e nello studio dell'avv. SARZI SARTORI STEFANO;

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati

SABRINA BREDA
Avvocato
Via G. B. Ricci 6/sc A- 35131 PADOVA
Tel 049-651880- fax 049-2951930

TRIBUNALE DI PADOVA

Nella causa civile R.G. n. 9955/2016 – G.I. dott.ssa Lolli – con prossima udienza fissata al 06.02.2019 - promossa da

MOTOSERVICE S.r.l con L'Avv. Sabrina Breda

- attrice -

contro

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.p.A., con l'avv. Stefano Sarzi Sartori

- convenuta -

La difesa della parte attrice dimette e scambia il seguente

FOGLIO DI PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI

Piaccia all'On. Tribunale adito, *contrariis rejectis*:

NEL MERITO:

– accertarsi e dichiararsi in relazione al contratto di mutuo oggetto di causa, la nullità del contratto e della clausola che prevede la pattuizione degli interessi debitori, ed in ogni caso l'indeterminatezza delle condizioni contrattuali per i motivi di cui in narrativa con ricalcolo del mutuo senza applicazione di interessi ex art. 1815 c.c. e/o con l'applicazione dei soli interessi ex art. 117 TUB;

– accertarsi e dichiararsi l'inadempimento da parte della banca convenuta agli obblighi di buona fede, contrattuali e di legge di cui in narrativa ed agli obblighi di cui al mutuo oggetto di giudizio, in particolare l'applicazione di interessi indeterminati e/o usurari, in violazione degli accordi pattuiti fra le parti nel contratto de quo ed in violazione della normativa prevista in materia (Legge n. 108/96) per un totale di € 127.424,27 o per la maggiore o diversa somma che emergerà dall'istruttoria;

– accertarsi e dichiararsi, in relazione al contratto in strumenti derivati oggetto di giudizio, la nullità del contratto per mancanza di forma scritta ed inoltre accertarsi e dichiararsi che BANCA MONTE DEI PASCHI DISIENA S.p.A., si è resa inadempiente alla

normativa di cui all'art. 21 - 26 – 27 – 28 - 29 – 30 e 31 del D.Lgs n. 58/98 e art. 28 Reg. CONSOB n. 11522/98, anche ex artt. 1218, 1228, 1710, 1712, 1856 c..c nonché ex artt. 1175 e 1176 2° comma, oltre che all'art. 1337 c.c. e comunque alla normativa prevista in materia;

– accertarsi e dichiararsi la nullità ex art. 1418 c.c., in tutto od in parte, del contratto Swap sottoscritto dalle parti e di cui in giudizio, in quanto contrari alle norme imperative che disciplinano i medesimi contratti Swap, per difetto genetico di causa dovuto alla incapacità dello schema negoziale di realizzare la copertura del rischio, e comunque per tutte le motivazioni di cui in narrativa;

– accertarsi e dichiararsi la effettiva natura del contratto Swap sottoscritto dalle parti e di cui è giudizio in particolare la natura speculativa dello stesso in correlazione con la qualifica di operatore non qualificato della odierna attrice e per mancanza dei requisiti previsti per legge e di cui in narrativa;

– conseguentemente condannarsi la banca convenuta alla restituzione ex art. 2033 c.c. di quanto indebitamente pagato dalla odierna attrice in esecuzione ed in conseguenza del contratto Swap oggetto di giudizio, oltre che al risarcimento di tutti i danni patiti dalla odierna attrice conseguenti agli inadempimenti della medesima banca convenuta, che si quantifica in € 69.637,98 o nella maggiore o minor somma che risulterà in corso di giudizio, oltre agli interessi dalla domanda fino al saldo, oltre alla rivalutazione monetaria;

– compensarsi le somme, che nel corso del giudizio verranno accertate a credito della odierna attrice, con eventuali somme che nel corso del giudizio fossero accertate a debito sempre della odierna attrice ed a credito della banca convenuta;

– in ogni caso ordinarsi alla banca convenuta, qualora non vi avesse già provveduto spontaneamente, di effettuare la corretta segnalazione del presente procedimento in Centrale dei Rischi sotto la voce "stato del rapporto" contestato, ai sensi del 13° e 14° aggiornamento della Circolare Banca D'Italia 11.02.91 n. 139 e successive modifiche ed integrazioni;

– infine, ove previsto, condannare la banca convenuta al versamento all'entrata del

bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio ex art. ex art. 8, comma 4-bis Legge n. 98/13 oltre alla rifusione delle spese sostenute da parte attrice per attivare il tentativo obbligatorio di mediazione.

IN VIA ISTRUTTORIA:

– si chiede fin d'ora ammissione di Consulenza Tecnica d'Ufficio contabile volta a verificare l'applicazione sui rapporti bancari oggetto di giudizio di interessi di natura usuraria superiori al tasso di soglia di cui ai decreti ministeriali della Legge n. 108/96 nonché di condizioni contrattuali indeterminate, con conseguente quantificazione del danno subito dalla società attrice;

– si chiede inoltre ammissione di Consulenza Tecnica d'Ufficio contabile volta a verificare le anomalie, irregolarità ed illeciti in relazione al contratto derivato di cui è causa con conseguente quantificazione del danno subito dalla società attrice;

– si chiede ammissione di prova per interpello e testi sulle circostanze capitolate in narrativa nella parte in fatto con riserva di meglio capitolarle e di indicarne i testi;

In ogni caso:

- con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa oltre IVA e CPA

La difesa di parte attrice dichiara di non accettare il contraddittorio su eventuali domande nuove formulate da controparte

Padova, li 04 febbraio 2019

Avv. Sabrina Breda

1. 3

Sentenza n. 1537/2019 pubbl. il 17/09/2019
RG n. 9955/2016
Repert. n. 3472/2019 del 17/09/2019

STUDIO LEGALE
SARZI SARTORI

Via G. Cantoni n. 42 - 46100 Mantova
Tel. 0376 223955 - Fax 0376 289259
www.studiosarzisartori.it

TRIBUNALE DI PADOVA

Nella causa civile n. 9955/2016 di R.G. promossa con atto di citazione notificato da:

MOTOSERVICE SRL

con l'Avv. Sabrina Breda del Foro di Padova

CONTRO

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a.

con l'Avv. Stefano Sarzi Sartori del Foro di Mantova

FOGLIO DI PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI

per Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

Voglia l'Onorevole Tribunale di Padova, rigettata ogni contraria domanda, eccezione e deduzione, così giudicare:

Nel merito

In via principale, respingere le domande tutte avversarie perché infondate in fatto e in diritto.

In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande avversarie, accertare il concorso di responsabilità dell'attrice ex art. 1227, 1° comma, c.c., con conseguente riduzione del danno.

In ogni caso

Con condanna alla rifusione delle spese di lite.

Mantova, 5 febbraio 2019

Avv. Stefano Sarzi Sartori

1.4

Firmato Da: SARZI SARTORI STEFANO Emesso Da: ArubaPEC S.p.A. NG CA 3 Serial#: 71e9ecc9c3c2b613f6574738a04ba7fd

MOTIVI DELLA DECISIONE

Motservice s.r.l. cita Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. premettendo che:

- il 3/1/2008 Motoservice stipulava con Monte Paschi un mutuo ipotecario a tasso variabile per euro 1.080.000, con scadenza prima rata 10/2/2008 e ultima rata 10/1/2021;
- il 20/9/2007 l'attrice sottoscriveva, sempre con la convenuta, un contratto derivato Capped Floater, con data iniziale 10/10/2007 e data finale 10/10/2020;

Ciò premesso, espone quanto al mutuo:

- il mutuo presentava un tasso di interesse nominale del 5,45% oltre a un tasso di mora del 7,45% a fronte di un tasso soglia del periodo pari all'8,63%; ISC contrattuale indicato nel 5,6%;
- il contratto prevedeva che il tasso di mora si calcolasse sull'intera rata, comprensiva di capitale e interessi;
- l'art. 7 del contratto prevedeva una commissione per estinzione anticipata dell'1% sul capitale residuo e tale commissione deve essere ricompresa nel TAEG;
- non è chiaro allora perché la banca abbia indicato la penale per estinzione anticipata in una cifra corrispondente al 2% del capitale residuo, come risulta dal doc. 4; ne deriva l'indeterminatezza delle condizioni contrattuali;
- i costi connessi al mutuo erano euro 200,00 per erogazione finanziamento, euro 12, 36 per premio annuo assicurazione infortuni e euro 20,00 per duplicato certificazione interessi;
- l'attrice ha poi stipulato un'assicurazione contro l'incendio con premio di euro 17.918,65, con polizza vincolata alla banca;
- ha infine sostenuto euro 2.600,00 per spese notarili, e euro 700,00 per il consenso alla cancellazione di ipoteca;
- pur non pattuito, la banca ha introdotto il metodo di ammortamento alla francese, che determina maggiori oneri;

- fatta eseguire una perizia tecnico, è emerso che è stato versato un maggior importo di euro 3.440,84 per il metodo di ammortamento applicato dopo il pagamento di 82 rate su 156, e euro 127.424,27 per interessi nel caso si accerti l'usurarietà del mutuo;
- il tasso effettivo di mora, poi, può superare la soglia di usura qualora applicato, ad esempio, alla prima rata di mutuo con 29 giorni di ritardo;
- inoltre il TAEG contrattuale, considerando spese e commissioni, giunge all'8,328%, senza nemmeno contare la commissione per estinzione anticipata, e dunque molto superiore al TAEG indicato in contratto.

Quanto al contratto derivato espone:

- il derivato è stato sottoscritto oltre tre mesi prima della sottoscrizione del mutuo e pertanto non poteva essere un derivato di copertura;
- la conclusione è corroborata dalla diversa scadenza del derivato rispetto a quella del mutuo;
- il contratto porta solo la firma del cliente e non anche quella della banca, cosicchè il contratto è nullo per mancanza della forma scritta ad substantiam;
- il contratto non è comunque in grado di svolgere un'efficace funzione di copertura dal rischio della variazione di interesse in quanto al momento della sottoscrizione il derivato aveva un valore negativo per la società per euro 10.031,49, non compensato da alcun Up Front;
- la banca ha omesso di indicare il mark to market del derivato e la cliente non ha le competenze tecniche per poterlo calcolare autonomamente;
- non viene quantificata dalla banca la perdita dell'attrice in caso si verifichi lo scenario peggiore, cioè la riduzione dei tassi rispetto alle aspettative, né in termini di flussi di cassa negativi da pagare, né in termini di valore negativo del mark to market del derivato;

- la banca non ha fornito alla propria cliente le informazioni necessarie per poter valutare le conseguenze economiche e finanziarie derivanti dalla sottoscrizione di tale contratto aleatorio;
- manca la qualità di investitore qualificato da parte del firmatario del contratto;
- il derivato ha prodotto ad oggi un danno di euro 69.637,88 quale differenza tra flussi attivi e flussi passivi.

Ritiene l'attrice che, quanto al mutuo, i tassi vadano sostituiti ex art. 117 TUB in relazione alla loro indeterminatezza e, ove il tasso di mora superi il tasso soglia, il mutuo sia gratuito ex art. 1815 c.c..

Quanto al derivato, ritiene che il contratto sia nullo per mancanza di forma scritta e per i motivi esposti, con condanna della banca a restituire i flussi percepiti, oltre al mark to market per poter estinguere il prodotto speculativo.

Chiede pertanto, previe le declaratorie del caso, la condanna della banca alla restituzione di euro 127.424,27 in relazione al mutuo e dichiararne la gratuità; quanto al contratto derivato, previa declaratoria di nullità o di inadempimento della banca agli obblighi informativi, condannare la banca alla restituzione di euro 69.637,98 e porre le somme in compensazione con eventuali somme a debito; chiede inoltre che sia ordinata la corretta segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

Si costituisce Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., eccependo, con riguardo al mutuo, quanto segue:

- il TAEG/ISC è stato correttamente determinato;
- la commissione per estinzione anticipata non è mai stata applicata poiché l'attrice non ha mai chiesto di estinguere il mutuo;
- le descritte condizioni di ammortamento, rate posticipate costanti, integrano l'ammortamento alla francese, che è stato dunque esplicitato;
- tale tipo di ammortamento non genera anatocismo; il calcolo degli interessi, infatti, avviene esclusivamente sul solo capitale residuo; una volta che la rata, comprensiva di quota capitale e di quota

interessi, viene corrisposta, il capitale viene ad evolvere depurato da qualsiasi effetto anatocistico , nonché ridotto per effetto della restituzione di una parte dello stesso per effetto del pagamento della rata;

- il tasso soglia utilizzato per verificare se il tasso di mora è rispettoso della soglia è errato; il tasso soglia rilevato è quello corrispettivo, e confrontarlo con il tasso moratorio comporta confrontare entità disomogenee;
- la Corte di Cassazione ha riconosciuto la validità delle istruzioni della Banca d'Italia (Cass. 22270/2016 e 12965/2016) e dunque i tassi moratori non vanno confrontati con i tassi soglia corrispettivi;
- in subordine vanno applicati i chiarimenti della Banca d'Italia del luglio 2013, in cui si rileva che la maggiorazione moratoria media è del 2,1%;
- in ogni caso il tasso di mora non può essere considerato un costo del finanziamento, avendo un'autonoma funzione di penalità per il fatto del ritardato pagamento, cosicchè la sua incidenza va rapportata alla gravità dell'inadempienza anziché a quella della remunerazione;
- anche l'estinzione anticipata non può essere considerata un costo del finanziamento, essendo esclusa dalle rilevazioni della Banca d'Italia ed essendo eventuale e volontaria;
- quanto al tasso effettivo di mora, la cliente effettua un calcolo errato, atteso che il tasso moratorio deve essere calcolato sulla base del capitale effettivamente goduto dal cliente nei giorni di ritardo;
- nell'esempio della cliente, nei 29 giorni di ritardo il cliente ha usufruito di un capitale pari all'importo originario del mutuo e non pari alla singola rata.

Con riguardo al contratto derivato la banca eccepisce quanto segue:

- il contratto è stato sottoscritto anche dalla banca e dunque non sussiste la nullità per mancanza di forma scritta;

- in ogni caso, trattandosi di nullità di protezione del contraente debole, la sottoscrizione della banca non può essere considerata essenziale ai fini della validità del contratto;
- l'operazione era stata richiesta da Motoservice, operatore qualificato assistito da un professionista del settore, che decise di concludere il contratto a mero fine di copertura del rischio di incremento dei tassi di interesse relativi al finanziamento che sarebbe stato erogato con contratto di mutuo fondiario;
- sebbene vi sia una sfasatura temporale, è evidente che l'operazione era unitaria e che il ritardo nella stipula del mutuo era dovuta alle lungaggini burocratiche necessari per la stipula stessa;
- quanto agli obblighi informativi, Motoservice si è dichiarato operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 reg. Consob 11522/21998; la qualifica in esame, poi, si desume dal contenuto delle lettere scambiate; in ogni caso l'attrice era stata assistita da un consulente esperto nel settore;
- il mark to market non era indicato pari a zero nel contratto e non esiste un obbligo giuridico di contrattare un mark to market pari a zero;
- l'eventuale differenza negativa per l'attrice del mark to market alla stipula non si era tradotto in un'erogazione finanziaria a favore della banca;
- le parti non hanno mai negoziato il mark to market; essendo entrambi operatori qualificati, essi erano in grado di valutare i parametri contrattuali dell'operazione;
- non è vero che l'operazione era priva di causa, essendo invece essa di copertura; non è vero che la banca poteva con certezza stabilire che un rialzo dei tassi era impossibile sulla base delle curve dei tassi; i tassi, infatti, possono variare rispetto alle previsioni e quindi queste ultime non possono avere dignità di prova;

- l'aleatorietà dei contratti derivati IRS (Interest rate swap) non è, per definizione, unilaterale, e il contratto quadro riporta che le parti hanno dato espressamente atto dell'aleatorietà dei contratti.

Chiede pertanto la convenuta il rigetto della domanda.

In memoria ex art. 183 n. 1 c.p.c. l'attrice contesta che il proprio legale rappresentante fosse esperto di strumenti finanziari e contesta altresì lo scambio di mail da cui si desumerebbe che vi siano esperti in tale tema, indicando che il firmatario delle mail, Nicola Piasentin, è un direttore amministrativo e non un legale rappresentante. Inoltre le mail fanno riferimento a tassi fissi, che non è chiaro cosa abbiano a che fare con i temi odierni. L'attrice, poi, invoca la diversa classificazione dei clienti in base al reg. CONSON 16190/2007.

In ogni caso l'attrice richiama le comunicazioni CONSOB DI 99013791 del 26/2/1999 e DEM/1026875 dell'11/4/2001 che individuano quali debbano essere le caratteristiche dei derivati di copertura, cioè che le relative operazioni 1) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, eccc…) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tale fine c) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente.

La banca, a sua volta, evidenzia che nella relazione al bilancio al 31/12/2006 la cliente evidenzia la finalità di copertura del derivato e dà atto che non ha portato vantaggio per la volatilità dei tassi.

La causa, istruita documentalmente e mediante CTU, passa ora in decisione.

Mutuo

Previsione di ammortamento alla francese

Il contratto doc. 1 attrice, senza indicare che il metodo di ammortamento è quello francese, all'art.. 4 enuncia che il rimborso del finanziamento avverrà a mezzo di 156 rate mensili posticipate, ciascuna inizialmente di euro

9.677,58, comprensive di capitale e interessi al tasso di cui al successivo art. 5.

Tale descrizione integra esattamente il metodo di ammortamento alla francese che, come noto, comporta il rimborso del capitale in rate costanti (a parità di tasso), composte da una quota di interessi corrispondente a tutto l'interesse maturato nel periodo indicato (in questo caso un mese) sul capitale residuo da rimborsare e da una quota capitale determinata in base al tempo dell'ammortamento e del capitale residuo da rimborsare.

Consegue che non vi è alcuna indeterminatezza della pattuizione sul punto.

Questa stessa descrizione comporta che il metodo di ammortamento non comporta alcun effetto anatocistico.

L'anatocismo è il meccanismo per cui gli interessi scaduti producono a loro volta interessi.

Nel caso in cui il mutuo con metodo francese sia in regolare ammortamento è evidente che non si verifica nessun effetto anatocistico, atteso che la rata paga integralmente tutti gli interessi maturati, che quindi non possono a loro volta produrre interessi.

Tale metodo di ammortamento, poi, appare conforme ai dettami di cui all'art. 1194 c.c..

Determinazione del tasso ai fini dell'usura – determinazione del tasso soglia

Le doglianze dell'attrice si fondano, sul punto, principalmente sull'usurarietà degli interessi moratori.

Il contratto doc. 1 attrice enuncia che il tasso moratorio è formato dal tasso corrispettivo e da una maggiorazione del 2%.

Alla data di sottoscrizione del contratto, dunque, il tasso moratorio pattuito era del 7,45%, essendo il tasso corrispettivo nominale il 5,45%.

Va innanzi tutto evidenziato che la penale, espressamente indicata nel contratto all'art. 7 co. 4 nell'1% per estinzione anticipata, si applica esclusivamente al caso in cui il cliente estingua anticipatamente il finanziamento e non al caso di inadempimento e dunque non si atteggia a

costo del denaro ma a corrispettivo della banca per avere accordato al cliente il diritto di recesso anticipato.

Consegue che di essa non si deve tenere conto per il calcolo del tasso.

Quanto al fatto che la pattuizione moratoria comporterebbe una forma di anatocismo in quanto il tasso moratorio si applica alla rata, comprensiva della quota di capitale e di interessi, la circostanza è espressamente consentita dalla delibera CICR 9/2/2000 e della delibera CICR 6/8/2016, attuative del testo dell'art. 120 TUB vigente pro tempore.

Il contratto de quo è stato stipulato nella vigenza della delibera CICR9/2/2000.

Essa prevede possibilità della capitalizzazione degli interessi oltre i ristretti termini dell'art. 1283 c.c..

Il legislatore, in definitiva, ha voluto che, qualora previsto, gli interessi scaduti possano divenire capitale, e perdere così la natura di costo del denaro.

Anche a voler altrimenti argomentare, va osservato che la valutazione sull'usurarietà ab origine dell'interesse moratorio deve essere effettuata sulla base della previsione contrattuale e, dunque, ritenendo che il tasso moratorio possa sostituire il tasso corrispettivo. Ciò in quanto, al momento della pattuizione, non si sono verificati quei fatti che consentono di stabilire, in concreto, quale incidenza devono avere i tassi moratori, considerata eventualmente anche la (legittima) componente anatocistica, in rapporto all'intero capitale dovuto e e non alla singola rata.

Peraltro va considerato che, secondo quanto sancito da Cass. SU 24675/2017, l'usura si ha quando è presente una pattuizione che determini un tasso superiore a quello soglia, mentre il superamento della soglia per effetto dell'abbassamento della soglia in assenza di variazioni di provenienza bancaria non ha effetto sulla debenza del tasso.

Ci si dovrebbe allora chiedere se l'eventuale superamento della soglia per effetto del mancato pagamento del mutuo ad un certo punto dello stesso, e dunque un fatto non riferibile alla volontà della banca ma alla condotta

inadempiente del cliente, non consista in una usura non pattuita e dunque non rilevante in termini civilistici.

In ogni caso quanto invocato dalla banca, cioè l'applicazione della maggiorazione moratoria del 2,1% al fine di determinare la soglia usuraria moratoria, deve essere condiviso.

I decreti trimestrali del Ministero dell'Economia e delle Finanze Dipartimento del Tesoro a partire dal 25/3/2003 enunciano all'art. 3 co. 4 che la rilevazione statistica dei tassi di mora ha portato ad una maggiorazione media del 2,1% (di recente modificato in aliquote diverse).

La Banca d'Italia, nei chiarimenti resi in data 3/7/2013 evidenzia che nel calcolo dei tegm non vengono considerati gli interessi di mora; tuttavia, enuncia la Banca d'Italia, poiché è pacifico che tali interessi devono essere considerati ai fini dell'usura, per evitare confronti fra tassi disomogenei, cioè i tegm relativi ai tassi corrispettivi con quelli di mora previsti o applicati, i Decreti trimestrali riportano i risultati di un'indagine per cui la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali; stabilisce dunque la banca d'Italia con il chiarimento suddetto che il calcolo della soglia usuraria dell'interesse di mora debba avvenire con TEGM+2,1 e su quello calcolare gli aumenti.

Tale chiarimento della Banca d'Italia, sebbene non vincolante, deve essere condiviso: è pacifico che i rilevamenti trimestrali effettuati dalla Banca d'Italia riguardano esclusivamente interessi corrispettivi ed è altrettanto pacifico che i tassi moratori sono di regola più alti dei corrispettivi; utilizzare la soglia di usura dei tassi corrispettivi per verificare l'usurarietà di tassi moratori contrattuali comporta un confronto tra due entità sicuramente disomogenee; poiché esiste una rilevazione ufficiale esposta nei decreti trimestrali del Ministro dell'Economia e delle Finanze riguardante la maggiorazione media dei tassi moratori rispetto ai corrispettivi, non si ravvisa alcuna ragione per escludere dalla determinazione della soglia di usura tale maggiorazione (cfr. Tribunale Milano 14394 del 3/12/2014 Tribunale di Trieste 695 del 23/9/2015, Tribunale di Bologna N. 516/2016).

Diverse opzioni interpretative non possono essere condivise. In particolare non si può condividere l'argomentazione per cui, se la Banca d'Italia effettua rilievi solo sui tassi corrispettivi per stabilire la soglia di usura, il problema riguarda la Banca d'Italia e non il giudice, che deve considerare l'unica soglia di usura prevista dalla legge e fornita dalla Banca d'Italia, cioè quella dei tassi corrispettivi.

Va infatti innanzi tutto evidenziato che la legge non ha affatto indicato quali tassi devono essere rilevati (se corrispettivi o moratori) e non è la Banca d'Italia ma il Ministero che, sentita la Banca d'Italia, pubblica i decreti trimestrali per i tassi soglia. Nei suddetti decreti, come si è detto, l'indicazione di qual è la maggiorazione media per i tassi moratori è contenuta fin dal 2003. Conseguentemente non si tratta di rideterminare arbitrariamente una nuova soglia usuraria in base a dati non ufficiali, ma di applicare dati ufficiali che distinguono due diverse realtà.

Se poi, nel passato, le istituzioni non hanno aggiornato i dati relativi ai tassi di mora, il problema non riguarda il giudice, che deve svolgere le sue indagini in base ai parametri che gli vengono forniti.

C'è chi ritiene che una rilevazione separata di tassi moratori sarebbe contro la legge in quanto eleverebbe a categoria di operazione quella che invece è una manifestazione patologica del rapporto ed inoltre la soglia usuraria deve essere unica e omnicomprensiva.

Tuttavia, una volta che è stabilito che il tasso di mora deve essere considerato all'interno del fenomeno dell'usura, sembra incongruo stabilire la soglia corrispettiva e ignorare la soglia moratoria, atteso che i tassi moratori sono una ricorrenza sistematica in ambito creditizio, in quanto vengono regolarmente previsti e applicati qualora ne ricorrano le condizioni.

Quanto al fatto che la legge prevede un unico tasso soglia, ciò è vero in relazione a categorie di operazioni, il che evidenzia l'intento del legislatore di confrontare valore omogenei; allora, in base a una interpretazione del concetto di categoria di operazione, estensiva ma rispettosa della ratio della normativa antiusura, si deve ritenere che i tassi moratori possano legittimamente rappresentare una categoria omogenea.

Come si è detto, le rilevazioni delle maggiorazioni moratorie medie sono state aggiornate a partire dal gennaio 2018 laddove viene indicato che la maggiorazione media per i mutui ultraquinquennali è dell'1,9%, per i leasing del 4,1% e del 3,1% per gli altri tipi di prestiti.

Conseguentemente, al fine di calcolare quale sia la soglia usuraria prevista dai decreti è necessario seguire le istruzioni della banca d'Italia, cioè confrontare il tasso effettivo moratorio il tasso moratorio soglia formato da tegm+2,1 (o, a seconda del periodo, da tegm+1,9% se si tratta di mutui) con le moltiplicazioni/ addizioni del caso.

Nel caso di specie il tasso moratorio pattuito è già rispettoso finanche della soglia corrispettiva, cosicchè non si ravvisa alcuna questione di usura riferita al tasso moratorio.

Quanto al tasso corrispettivo, esso è indicato in un taeg del 5,60% (come si vedrà i tasso effettivo è il 5,64%), e dunque, considerata la soglia usuraria del periodo nell'8,63%, non vi sono elementi per ritenere il superamento della soglia.

Peraltro, con riguardo ai tassi corrispettivi, l'attrice ha affermato che il tasso effettivo contrattuale, senza nemmeno contare la penale per estinzione anticipata, giunge all'8,328%. Considerato che, come si è detto, la penale per estinzione anticipata non è un costo del finanziamento, secondo la stessa prospettazione attorea il tasso non è usurario, essendo la soglia fissata nel periodo all'8,63%.

Isc errato

Quanto all'ISC (indicatore sintetico di costo), effettivamente l'ISC contrattuale è stato indicato in misura inferiore al tasso effettivamente applicato, come accertato dalla disposta CTU. E' stato infatti accertato che, a fronte di un ISC indicato in contratto del 5,60%, è emerso che il tasso effettivamente applicato è del 5,64%.

E' ora necessario effettuare alcune riflessioni alla discrasia rilevata.

L'ISC è uno degli elementi minimi del contratto ai fini della trasparenza.

Ciò deriva dalla formulazione dell'art. 117 TUB, dalla delibera CICR 4/3/2003 e dalle istruzioni sulla trasparenza della Banca d'Italia 25/7/2003.

L'art. 117 TUB già dal testo originario prevedeva che la Banca d'Italia potesse indicare un contenuto specifico per alcune categorie di contratti.

L'art. 122 TUB, che all'epoca della sottoscrizione dei contratti definiva il TAEG, mandava al CICR per le modalità d calcolo.

La delibera del CICR del 4/3/2003 art. 9 prevede che la Banca d'Italia individui le operazioni e i servizi per i quali gli intermediari sono obbligati a rendere noto l'indicatore sintetico di costo (ISC), comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia medesima.

Sua volta la circolare della Banca d'Italia 25/7/2003, al titolo X, sez. II par. 9, nel recepire la delibera CICR 4/3/2003, prevede che l'ISC debba essere calcolato con le stesse modalità del TAEG e vada inserito in vari contratti, tra cui quello di mutuo.

L'art. 117 TUB sancisce la nullità del contratto mancante del contenuto minimo.

Ma nel caso di specie l'ISC è presente ma errato. Va allora stabilito quali sono le conseguenze in questo caso.

Sicuramente non si può condividere l'opzione interpretativa per cui si tratta di un dato irrilevante. Se l'ISC è elemento minimo del contratto, è ben difficile che un ISC errato possa essere del tutto senza conseguenze, a pena di aggirare la normativa sulla trasparenza.

Va però evidenziato che solo con la riforma del credito al consumo entrata in vigore il 18/9/2010 è stata introdotta la definizione di clausola nulla che ricomprende l'errata o la mancata inclusione delle spese nel TAEG (art 125 bis co. 6 TUB "Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124. La nullita' della clausola non comporta la nullita' del contratto.");

Di fatto, dunque, le conseguenze della nullità dell'ISC per essere stato determinato non tenendo conto di alcuna delle spese, comporta la nullità

solo per alcuni tipi di contratti, cioè quelli di credito al consumo sottoscritti a partire dal 18/9/2010.

Se ciò è vero, va escluso che le delibere 4/3/2003 e le istruzioni della Banca d'Italia portino allo stesso risultato, atteso che tale indicazione non è stabilita da alcuna norma di legge.

Inoltre va evidenziato che, qualora il legislatore avesse voluto estendere l'effetto dell'erronea indicazione del TAEG a tutti i contratti, avrebbe potuto stabilirlo quanto meno al momento dell'introduzione della nuova disciplina del consumatore in vigore dal 18/9/2010. Il legislatore, invece, ha espressamente limitato previsto le conseguenze dell'ISC erroneo solo ai contratti di credito al consumo.

Ritenere che i principi del credito al consumo siano estensibili a tutti i contratti comporterebbe l'assenza di particolare tutela per il consumatore, a fronte di un capo introdotto appositamente per tutelare proprio quest'ultimo.

Considerato che l'ISC è elemento minimo del contratto e dunque il consenso delle parti si è formato su un ISC specifico, la conseguenza, al di fuori dei contratti per i quali l'errore dà luogo a nullità, è che il tasso di interesse effettivo è dovuto nella misura dell'ISC contenuto nel contratto.

Sulla base dell'applicazione di tali principi l'attrice ha diritto alla restituzione della somma di euro 2.300,61 (come calcolato dalla CTU).

Indeterminatezza delle clausole

Tale affermazione è infondata. Le clausole contrattuali sono chiare e bene specificate. Il metodo di ammortamento francese e i termini della penale per estinzione anticipata sono chiaramente indicati nel contratto.

L'ISC non corrispondente a quello contrattuale non porta all'indeterminatezza ma alla necessità di restituire le somme ricevute in più rispetto a quelle pattuite.

Derivato

L'accordo quadro relativo al derivato in esame è stato sottoscritto in data 20/9/2007, e il contratto derivato è stato sottoscritto l'1/10/2007, nella vigenza cioè del regolamento CONSOB 11522/1998.

Le vicende del derivato vanno decise sulla base della questione più liquida.

Il punto di merito che va esaminato, dunque, è la nullità dei contratti derivati per mancanza di causa.

Sul punto deve essere evidenziato che la causa concreta di tale tipo di contratti si ricava dal combinato disposto degli artt. 1322 c.c., 21 TUF, 26 reg. CONSOB 11522/1998 e della deliberazione CONSOB 26/2/1999 DI/99013791.

Quanto all'art. 1322 c.c., si fa riferimento alla necessità della meritevolezza degli interessi al fine della validità del contratto atipico.

Quanto agli artt. 21 TUF e 26 reg. Consob 11522/98, che non vengono esclusi dal fatto che il cliente ha dichiarato di essere operatore qualificato, si fa riferimento all'obbligo per l'intermediario finanziario di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse del cliente e l'integrità del mercato e a regolare la sua operatività in modo coerente con i principi e le regole generali del Testo Unico e nel prevalente interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare. Questi principi inquadrano la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti nel concludere contratti atipici.

Per andare al caso più specifico, essendo noto che i prodotti derivati possono essere conclusi con funzione di copertura oppure con funzione speculativa, la deliberazione CONSOB 26/2/1999 enuncia le caratteristiche necessarie affinchè un'operazione in strumenti finanziari possa essere considerata di copertura. Viene in particolare enunciato che 1) le operazioni siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; 2) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia, ecc..) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tale fine; 3) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente.

Tali principi sono stati enunciati dalla sentenza Cass. 19013/2017 nella parte motiva, in cui così si esprime: "*Ora, posto che la detta determinazione Consob si inquadra nell'ambito delle misure di attuazione del TUF e del Regolamento Consob, si deve ritenere che la necessaria cura dell'interesse*

oggettivo del cliente- che la normativa dei citati artt. 21 e 26 va a inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritta dall'art. 1322 cod. civ. – si traduca, in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, nel rispetto delle sopra elencate condizioni.

Con la ulteriore conseguenza che l'interesse oggettivo del cliente, come sussistente per il compimento di operazioni di effettiva copertura, non potrà ritenersi soddisfatto quando l'operazione in concreto intervenuta non rispetti realmente le condizioni sopra richiamate."

Per tornare al caso di specie, va evidenziato che il derivato in esame è stato sottoscritto l'1/10/2007 e non fa alcuna menzione di finalità di copertura.

Secondo la banca lo strumento finanziario era finalizzato a tutelare la cliente dal rischio del rialzo dei tassi in relazione al contratto di mutuo.

Il contratto di mutuo, tuttavia, è stato sottoscritto oltre tre mesi dopo.

Inoltre, mentre il capitale nozionale del derivato era di euro 1.200.000, il capitale mutuato era di euro 1.080.000.

E' stata poi disposta CTU per la verifica, tra l'altro, dell'effettiva funzione di copertura dei derivati sottoscritti, con il seguente quesito: "*Letti gli atti e i documenti di causa, il CTU, con riguardo al derivato:*

- *descriva l'esatto meccanismo del contratto derivato oggetto di causa;*
- *verifichi se, ad una valutazione riportata alla data di sottoscrizione del contratto, esso abbia l'effettiva funzione di sterilizzare il rischio dell'aumento dei tassi su mutuo;*
- *indichi se vi è elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza tasso di interesse, tipologiaecc...) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario derivato utilizzato a tale fine;*
- *descriva in che cosa il contratto derivato in esame possa dirsi aleatorio e in particolare dica che percentuali di aleatorietà essi presentano per il cliente e per la banca;*

- *calcoli il mark to market alla data della sottoscrizione; dica se per il calcolo del mark to market vi sia una sola univoca formula o ve ne siano diverse, che portano a risultati diversi e, in caso di questa seconda possibilità, se il contratto chiarisce con modalità inequivocabili come determinare il mark to market;*
- *determini i flussi di cassa generati dal derivato oggetto di causa.*

Il CTU ha evidenziato che la struttura del derivato, in astratto considerata, aveva effettivamente funzione di copertura, atteso che il suo meccanismo consentiva di trasformare un tasso variabile in un tasso fisso, così da sterilizzare il rischio per la cliente dell'innalzamento dei tassi.

Il CTU ha però verificato che non vi è una elevata correlazione tra il derivato e il finanziamento per il quale il derivato avrebbe avuto funzione di copertura.

Oltre alla data di sottoscrizione del derivato e del mutuo e dei diversi capitali di riferimento , il CTU ha evidenziato che:

- sia il mutuo sia il derivato sono indicizzati all'Euribor tre mesi, anche se la rilevazione del parametro differisce nei due contratti;
- la scadenza del derivato è anteriore di tre mesi alla scadenza del mutuo, che l'indicizzazione parte per il mutuo dall'11/3/2008, mentre per i primi due mesi è presente un tasso fisso, mentre per il derivato la variazione del tasso comincia fin dal 10/10/2007;
- le rate vengono pagate con scadenze diverse; mensili per il mutuo e trimestrali per il derivato;
- il nozionale di riferimento per il calcolo di ogni rata è differente; per il mutuo è previsto un ammortamento alla francese con rata costante e quota capitale crescente, mentre per il derivato il capitale viene ammortizzato in modo costante.

Sulla base di questi parametri il CTU conclude che la correlazione tra derivato e mutuo è presente ma non elevata.

Tale valutazione deve essere condivisa.

Sebbene l'espressione "elevata correlazione" non possa essere ritenuta sinonimo di "identità dei parametri", è tuttavia necessario che taluni elementi siano uguali per entrambi i contratti.

In particolare va rilevato che il contratto derivato ha preceduto di circa tre mesi il mutuo.

E' allora provato per tabulas che, all'epoca della sottoscrizione del derivato, esso non potesse avere alcuna finalità di copertura.

La banca afferma che il derivato è precedente in quanto la stipula del mutuo è stata ritardata per ragioni di recupero della documentazione necessaria per il rogito.

La circostanza, quand'anche confermata, non fa comunque sorgere finalità di copertura, in quanto, in assenza di un finanziamento con tasso variabile, il derivato non poteva avere alcun effetto di sterilizzare il rischio di aumento dei tassi.

Inoltre la sua effettiva finalità di copertura non è iniziata prima di cinque mesi, in quanto nei primi due mesi il tasso del mutuo era fisso, cosicchè non vi era alcuna necessità di sterilizzare il rischio dell'innalzamento dei tassi.

Si deve quindi concludere che per cinque mesi della sua vita il derivato non abbia avuto alcuna finalità di copertura, particolarmente quando è stato sottoscritto.

Altro elemento che esclude una elevata correlazione è il capitale di riferimento. Il mutuo era stato concesso per euro 1.080.000 mentre il capitale nozionale del derivato era di euro 1.200.000.

E' quindi evidente che oltre il 10% del capitale nozionale del derivato non aveva alcuna finalità di copertura.

A parere di questo giudicante l'elevata correlazione deve riguardare quanto meno la durata dei contratti e l'identità del capitale di riferimento. Quanto a quest'ultimo punto, poi, il fatto che il capitale nozionale fosse addirittura maggiore del capitale mutuato esclude la finalità di copertura per la differenza.

Si deve quindi concludere che la correlazione tra i due contratti non sia tale da poter definire "di copertura" il derivato, atteso che le differenze sopra

evidenziato segnalano l'esistenza di una finalità anche speculativa del derivato stesso.

Gli ulteriori elementi valorizzati dal CTU, da soli, non avrebbero escluso una elevata correlazione tra i due strumenti, escludendo solo l'identità di parametri. Unitamente alla diversa decorrenza e alla differenza di capitale di riferimento, invece, essi non fanno che diminuire ulteriormente la correlazione del derivato e del mutuo.

Consegue che, alla luce della la deliberazione CONSOB 26/2/1999 e dell'art. 1322 c.c., il derivato in oggetto non supera la valutazione di merivolezza, "*Con la ulteriore conseguenza che l'interesse oggettivo del cliente, come sussistente per il compimento di operazioni di effettiva copertura, non potrà ritenersi soddisfatto quando l'operazione in concreto intervenuta non rispetti realmente le condizioni sopra richiamate*."

Il contratto derivato deve pertanto essere dichiarato nullo e il saldo tra i flussi positivi e i flussi negativi deve essere restituito al cliente.

Il CTU ha determinato che i flussi netti negativi al 10/10/2018 erano di euro 68.073,56.

Tale importo deve essere restituito.

Per concludere

Con riguardo al mutuo, la banca deve restituire la somma di euro 2.300,61 con riguardo alla differenza tra ISC contrattuale e il tasso effettivamente applicato.

Tutte le altre domande vanno respinte.

Il CTU ha risposto adeguatamente alle osservazioni dei CCTTPP e pertanto la domanda di rimessione in istruttoria proposta dall'attrice va respinta.

Quanto al derivato, ne va dichiarata la nullità per mancanza di causa concreta e la banca va condannata alla restituzione dei flussi netti negativi pari a euro 68.073,56.

La banca va poi condannata al pagamento degli interessi legali dalla domanda per le somme addebitate precedentemente alla citazione e dai singoli addebiti per quelle maturate successivamente. Nulla sulla rivalutazione in mancanza di allegazioni.

Le spese di causa seguono la soccombenza e vanno liquidate nella misura media del DM 55/2014 in base alle somma riconosciuta. Le spese di CTU vanno poste definitivamente a carico di parte convenuta.

PER QUESTI MOTIVI

Il tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa

CONDANNA

Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. al pagamento a favore di Motoservice s.r.l. della somma di euro 2.300,61 oltre interessi legali dalla domanda per le somme addebitate precedentemente alla citazione e dai singoli addebiti per quelle maturate successivamente

DICHIARA

La nullità del contratto derivato per cui è causa, sottoscritto tra Motoservice s.r.l. e Banca Monte dei Paschi di Siena e, per l'effetto,

CONDANNA

Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. al pagamento a favore di Motoservice s.r.l. della somma di euro 68.073,56 oltre interessi legali dalla domanda per le somme addebitate precedentemente alla citazione e dai singoli addebiti per quelle maturate successivamente

RIGETTA

Le restanti domande di Motoservice s.r.l.

CONDANNA

Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. al pagamento delle spese processuali sostenute da Motoservice s.r.l., spese liquidate in euro 13.430,00 per compensi e euro 786,00 per anticipazioni, oltre IVA e CPA come per legge

PONE

Le spese di CTU definitivamente a carico di Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

Padova, 19/8/2019

Il giudice

(Nicoletta Lolli)

Il Funzionario Giudiziario
Chiara Sigismondi

LA PRESENTE SENTENZA E' STATA DEPOSITATA IN CANCELLERIA ADDÌ

17 SET. 2019 IL CANCELLIERE

Il Funzionario Giudiziario
Chiara Sigismondi