

## SENTENZA

Corte appello sez. I - Milano, 28/07/2020, n. 2003

### Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO  
SEZIONE PRIMA CIVILE

nelle persone dei seguenti magistrati:  
dr. Massimo Meroni - Presidente rel.  
dr.ssa Cesira D'Anella - Consigliere  
dr.ssa Rossella Milone - Consigliere  
ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. OMISSIS promossa in grado d'appello da  
BANCA

APPELLANTE

contro

SOCIETA'

APPELLATA

OGGETTO: contratto di interest rate swap

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per l'appellante BANCA:

"Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello adita, contrariis reiectis e previe  
le declaratorie del caso:

Nel merito:

in accoglimento dell'appello proposto dall'appellante BANCA ed in  
integrale riforma dell'appellata sentenza, rigettare tutte le domande  
proposte da SOCIETA' nei confronti di BANCA e - per l'effetto -  
condannare SOCIETA' a restituire ad BANCA l'importo di Euro  
1.311.755,17, oltre interessi legali ex art. 1284, comma 4, c.c. dal  
31.01.2018 sino al saldo effettivo;

in via subordinata e salvo gravame, nella denegata ipotesi in cui  
dovessero essere accolte, in tutto o in parte, le domande di SOCIETA'  
ridurre le pretese avversarie, tenuto conto di tutte le difese ed  
eccezioni di BANCA, anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 12251227 e 1458 c.c..

In via istruttoria:

- rigettare tutte le istanze istruttorie avversarie e dichiarare la  
nullita' della testimonianza resa dalla teste OMISSIS all'udienza del

19.06.2019;

- in subordine, nell'ipotesi in cui la causa venisse ulteriormente rimessa in istruttoria:

- ammettere i capitoli di prova testimoniale formulati da BANCA al par. 2 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., con i testi ivi indicati;

- in caso di ammissione di alcuno dei residui capitoli di prova testimoniale proposti da SOCIETA', ammettere BANCA a prova contraria con i testi indicati al par. 2.1. della memoria ex art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c.

In ogni caso: con il favore delle competenze e spese di lite per entrambi i gradi di giudizio, oltre gli accessori di legge, ivi compreso il rimborso delle spese generali."

Per l'appellata SOCIETA' s.p.a.:

In via preliminare:

rigettare per tutte le ragioni sopra esposte l'appello proposto da BANCA spa e per l'effetto, confermare integralmente la sentenza n. 219/2018 del Tribunale di Milano resa nel procedimento n. 46194/2016 in data 11.01.18 e pubblicata in pari data, mandando integralmente assolta la SOCIETA' spa;

In subordine:

- dichiarare la nullità del contratto normativo del 24 settembre 2007 nonché del contratto swap concluso in data 22 ottobre 2007 ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art.30 T.U.F. e negli articoli 6 - 21 del d.lgs. 58/98 e segnatamente per gli articoli 23-24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative e per l'effetto condannare BANCA, a rifondere alla società la somma complessiva di euro 1.242.219,88.

In via preliminare di subordine:

- dichiarare l'annullabilità del contratto normativo del 24 settembre 2007 nonché del contratto swap concluso in data 22 ottobre 2007, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1427,1428,1429 c.c. e 1433, 1439 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative e per l'effetto condannare BANCA a rifondere alla SOCIETA' spa la somma complessiva di euro 1.242.219,88.

In via preliminare di graduato subordine:

- dichiarare la risoluzione per inadempimento da parte dell'istituto di credito del contratto normativo del 24 settembre 2007 nonché del contratto swap concluso in data 22 ottobre 2007, ai sensi e per gli effetti degli art. 1418 c.c. 1325 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art.21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli articoli 24-26-27-28-29-31-37 del Reg. CONSOB, da considerarsi quali norme imperative.

Nel merito:

- attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito BANCA al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore della SOCIETA' spa e per l'effetto

- dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito BANCA a rifondere alla SOCIETA' spa la somma complessiva di euro 1.242.219,88

quali commissioni implicite e interessi passivi, con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

- condannare l'istituto di credito BANCA, nell'ipotesi in cui il Giudice non ritenesse il contratto nullo, ma risolto per inadempimento, alla restituzione della somma di euro 1.242.219,88 alla SOCIETA' spa oltre che al risarcimento dei danni ex art 1453-1710 e 1711 c.c., danni di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.

- condannare l'istituto di credito BANCA a corrispondere a favore della SOCIETA' il tasso d'interesse legale maturato sulle somme erogate dalla stessa alla banca a titolo di differenziali negativi, commissioni implicite e interessi passivi rispettivamente dal giorno del perfezionamento del contratto swap in data 22 ottobre 2007 sino alla data dell'effettiva restituzione dell'intera somma versata.

- condannare infine l'istituto di credito BANCA al pagamento del doppio del valore del contributo unificato nonche' delle spese ex art 96 cpc non avendo aderito al tentativo di mediazione obbligatorio per legge avvenuto alla data del 13.06.2016.

- Il tutto col favore degli onorari e delle spese di giudizio.

In via istruttoria:

Si insta, anche alla luce delle testimonianze rese, a che la Corte autorizzi la nomina di un CTU al fine di:

a) descriva le caratteristiche del contratto swap concluso tra parti in data 22.10.2007 e tenuto conto della situazione finanziaria della SOCIETA' riferisca se tale contratto presentasse commissioni implicite /occulte e se fosse all'epoca della sua conclusione in una situazione c.d. par e compatibile con la finalita' di copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse legato all'apertura del contratto di leasing;

b) Individui e quantifichi i corrispettivi e o le commissioni percepite dalla Banca e il valore del mark to market esistente al momento della conclusione dello swap, e riferisca in quale misura l'alea gravava sulle parti e quali fossero gli scenari di probabilita' in termini percentuali, sulla base dei modelli matematici adottati dalla banca.

- Si chiede l'ulteriore ammissione, senza interversione dell'onere probatorio dei seguenti capitoli di prova, per interrogatorio e testi da intendersi preceduti dal suffisso di rito "Vero che":

1) il funzionario di BANCA nel mese di ottobre 2007, sollecitava la sottoscrizione del contratto derivato riferendo che l'operazione era priva di commissioni e costi e che aveva la sola finalita' del controllo e della gestione del rischio legato alla variazione dei tassi di interesse del contratto di leasing richiesto dalla SOCIETA';

2) il FUNZIONARIO, sempre nel mese di ottobre 2007, precisava che la sottoscrizione del contratto swap costituiva condizione necessaria per ottenere il finanziamento del leasing richiesto dalla societa' SOCIETA' alla BANCA;

4) al momento della stipula del contratto derivato, avvenuto alla data del 22.10.2007, il legale rappresentante della SOCIETA', non veniva informato che l'operazione in swap avrebbe generato dei costi, oltre che un corrispettivo a favore della banca, pari ad euro 42.269,00 (si chiede di rammostrare al teste la Centrale Rischi doc.7 fascicolo di primo grado pag.218);

5) il contratto "Interest rate swap" stipulato in data 22.10.2007 e' stata la prima ed unica operazione in strumenti finanziari derivati effettuata dal legale rappresentante della SOCIETA' (cfr. doc.7 fascicolo di primo grado).

- Si indicano quali nominativi dei testimoni da sentire su tutte le capitazioni formulate, nonche' in controprova rispetto a quelle ex adverso prodotte:

- OMISSIS presso SOCIETA';
- OMISSIS presso SOCIETA'."

## CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

### 1) Decisione oggetto dell'impugnazione

Sentenza n. 219 del Tribunale di Milano pubblicata il 11.1.2018.

### 2) Il fatto

Vengono di seguito esposti i fatti rilevanti per la decisione che sono pacifici tra le parti (in quanto allegati da una parte e non contestati dalle altre) o che sono indubitabilmente provati dalla documentazione prodotta nel giudizio di primo grado:

1) Il 19.9.2007 BANCA ha comunicato di aver deliberato la concessione del leasing richiesto da SOCIETA', avente ad oggetto un immobile da costruire (ultimazione dei lavori prevista per la fine del 2008), per la durata quindici anni e con indicizzazione dei canoni al tasso variabile Euribor 3M (doc. 2 appellante).

2) Il 24.09.2007, SOCIETA' (doc. 4 e 5 appellante):

ha compilato il questionario sugli obiettivi di investimento, dichiarando di conoscere "l'esistenza ed il funzionamento degli strumenti finanziari derivati di copertura per la gestione del rischio di tasso/cambio" e di essere esposta al rischio di "Tasso di interesse";

ha ricevuto e sottoscritto il "Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari";

ha sottoscritto il Contratto Quadro per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su titoli e strumenti finanziari nonche' relativo ai contratti derivati su tassi di interesse, con le condizioni generali e l'analitica descrizione del funzionamento e della struttura base delle varie tipologie di contratto, corredata anche di un glossario definitorio ed esplicativo.

3) Il 19.10.2007 SOCIETA' ha sottoscritto per accettazione la proposta di BANCA del 12.10.2009 per la concessione di un leasing per € 5.500.000 (IVA esclusa), da cui doveva pero' essere detratta la somma di € 999.999, a titolo di canone iniziale pagato al momento della conclusione del contratto, per cui era previsto l'obbligazione di pagamento di 179

canoni mensili pari a € 34.924,07 ciascuno, corrispondente ad un T.A.N. (tasso annuo nominale) del 4,81%, canoni indicizzati a Euribor 3M (doc. 2 appellata).

4) Tra il 22 e il 23.10.2007 tra le parti e' stato concluso un contratto di Interest Rate Swap, che prevedeva lo scambio del tasso fisso del 4,65%, a carico della societa', con il tasso variabile Euribor 3M, a carico della Banca, cosi' da produrre differenziali positivi per la societa' in caso di incremento del tasso variabile al di sopra del tasso fisso e differenziali negativi nell'ipotesi opposta, la data iniziale di efficacia del contratto veniva concordemente differita dalle parti al 31.12.2008 (doc. 6 e 7 appellante).

5) Alla data del 14.3.2017 il contratto di IRS aveva prodotto un differenziale negativo per SOCIETA' complessivamente pari a € 1.122.099,95.

3) Lo svolgimento del processo di primo grado.

Con atto di citazione, ritualmente notificato, SOCIETA' s.p.a. ha convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Milano BANCA s.p.a. per sentire dichiarare la nullita' o l'annullabilita' o la risoluzione del contratto quadro e del contratto di Interest Rate Swap, stipulato tra le parti, e, per conseguenza, sentir condannare BANCA s.p.a. alla restituzione della somma di € 1.122.099,95, dall'attrice pagati alla controparte a titolo di differenziali originati dal suddetto contratto di IRS, nonche' al risarcimento del danno per inosservanza da parte della banca degli obblighi informativi a sui carico.

La convenuta BANCA s.p.a, regolarmente costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto delle domande avversarie, sostenendone l'infondatezza.

Il Tribunale, senza ammettere le prove richieste dalle parti, ha deciso la causa pronunciando, ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., la sentenza oggetto della presente impugnazione.

4) La decisione del Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Milano ha cosi' deciso:

“1) dichiara la nullita' del contratto di swap concluso tra SOCIETA' s.p.a. ed BANCA s.p.a. il 22.10.2007 ai sensi dell'art. 30.7 del d.lgs. 58/1998;

2) condanna altresì BANCA s.p.a. al pagamento in favore di SOCIETA' s.p.a. di € 1.122.099,95 euro degli ulteriori importi versati dal 14.3.2017 in esecuzione del contratto specificato al punto 1), oltre interessi legali da ciascuno dei pagamenti eseguiti da SOCIETA' s.p.a. in esecuzione del contratto di swap sino al saldo effettivo;

3) condanna altresì BANCA s.p.a. a rimborsare in favore di SOCIETA' s.p.a. le spese di giudizio, che liquida in € 13.494,50 per compensi ed € 545,00 per spese esenti, oltre 15% per spese generali, CPA ed IVA;

4) condanna infine BANCA s.p.a. al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di € 2.204,00.

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

A sostegno della propria decisione il Tribunale ha esposto i motivi di seguito riassuntivamente riportati.

Dalla conferma dell'ordine d'acquisto del 22.10.2007 (doc. 3 attore) risulta che il contatto di swap, titolo delle domande attoree, venne concluso per telefono.

Nell'ambito della disciplina dell'offerta fuori sede, l'art. 32.2 TUF evidenzia che spetti alla Consob, sentita la Banca d'Italia, disciplinare con regolamento, in conformita' ai principi stabiliti all'art. 30 TUF, le attività di promozione e collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza, tra le quali rientra, a norma dell'art. 32.1 TUF anche la sollecitazione telefonica.

L'art. 72.4 del Regolamento Consob 11522/1998, disciplinando sul punto le attività di collocamento telefoniche, espressamente esclude che possa essere considerata come offerta fuori sede quella eseguita a mezzo telefono solo con riferimento agli operatori qualificati.

Nel caso oggetto di giudizio e' la stessa convenuta a riconoscere che l'attrice non sia operatore qualificato, ma sia stata qualificata e debba essere trattata, in corso di esecuzione del contratto quadro per la prestazione dei servizi di investimento, come operatore non qualificato.

Di conseguenza, all'attrice, come operatore non qualificato, devono essere riconosciute ed applicate le tutele previste dall'art. 30.6 TUF, siccome richiamato dall'art. 32.2 TUF e tenuto conto di come l'offerta telefonica non costituisca offerta fuori sede solo con riferimento agli operatori qualificati a norma dell'art. 72.4 del Reg. Consob 11522/1998, applicabile al contratto di derivati stipulato tra le parti in data 22.10.2007.

La convenuta BANCA ha contestato l'inapplicabilità dell'art. 30.6 TUF al caso di specie, ritenendo che le modificazioni dell'art. 30.6 TUB introdotte dall'art. 56 quater del d.l. 69/2013 debbano essere considerate norme di interpretazione autentica e, pertanto, ritenendo che il legislatore, quando ha previsto espressamente che certamente la disciplina del diritto di recesso prevista all'art. 30.6 TUB si applica ai contratti di

negoziatore in conto proprio, quale quello oggetto del presente giudizio, stipulati dopo l'1.9.2013, abbia implicitamente escluso l'applicabilità di tale disciplina ai contratti di negoziazione in conto proprio stipulati sino al 30.8.2013.

La possibilità di qualificare ed interpretare la novella legislativa come norma di interpretazione autentica è stata, tuttavia, esclusa espressamente dalla Cassazione con due sentenze (Cass. 7776/2014, confermata dalla Cass. 1368/2016).

Nell'esercizio della propria funzione di nomofilachia, la Cassazione ha motivatamente escluso la possibilità di ritenere l'art. 56 quater richiamato come norma di interpretazione autentica, evidenziando come a tale qualificazione osti una lettura costituzionalmente orientata della norma stessa con riferimento all'art. 47 Cost., comma 1, nella parte in cui introdurrebbe un regime di favore per gli istituti di credito i quali abbiano stipulato contratti di negoziazione titoli fuori sede prima del 1.9.2013. Tale motivazione merita di essere condivisa, anche al fine di garantire l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali e – quindi – certezza del diritto, tanto più tenuto conto di come tale interpretazione sia la medesima riconosciuta come espressamente valida dal legislatore a partire dall'1.9.2013 con la norma di legge richiamata e sia espressione dei principi già sanciti dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 13905/2013.

Parte convenuta non ha provato, d'altro canto, che il contratto di IRS concluso su sollecitazione telefonica della convenuta, sia stato effettivamente frutto di seria negoziazione tra le parti, offrendo sul punto solo il primo dei capitoli di prova articolati con la seconda memoria istruttoria, la cui genericità ha escluso la possibilità di ammissione della prova richiesta.

Di conseguenza, ai sensi dell'art. 30.7 TUF deve essere ritenuto integralmente nullo il contratto di IRS stipulato da BANCA con SOCIETÀ s.p.a.

La convenuta deve, quindi, essere condannata alla ripetizione di quanto corrisposto dalle parti in corso di esecuzione del contratto, pari ad € 1.122.099,95 sino al 10.2.2017 oltre interessi legali, così come richiesti, dalla data di addebito di ciascuno dei differenziali e sino al saldo effettivo, corrispondente all'ammontare dei flussi negativi pagati dalla attrice sino al 10.2.2017 al netto dell'addebito non pertinente di € 26.384,34, indicato nelle contabili prodotte dall'attrice, così come riconosciuto dalla stessa attrice.

I differenziali maturati dal 10.2.2017 e sino al 13.3.2017 non potranno essere restituiti all'attrice che non ne ha documentato, e quindi provato, l'ammontare nel termine per il deposito della seconda memoria istruttoria.

5) Le difese delle parti nel giudizio di appello

A) Nell'appello e nella comparsa conclusionale BANCA ha chiesto la riforma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Milano per i motivi di seguito esposti.

1) In ordine alla questione della nullità del contratto per mancata avvertimento della facoltà di recesso entro sette giorni per il contratto stipulato fuori sede.

1a) Omesso rilievo dell'intervenuta rinnovazione del contratto in forma scritta e dell'assenza di contestazioni specificatamente riferite alla stipula fuori sede.

Il contratto di IRS, oggetto della controversia, è stato rinnovato in forma scritta e, all'esito dell'istruttoria testimoniale, espletata nel giudizio d'appello, permane tuttora un'insanabile incertezza in ordine al luogo di sottoscrizione del contratto di cui è causa.

Infatti, le deposizioni dei testi escussi non sono state per nulla risolutive, pertanto non può dirsi raggiunta la prova dell'asserita stipulazione del contratto "fuori sede",

- La teste OMISSIS ha dichiarato di non essere stata presente "né in occasione della telefonata né in occasione della sottoscrizione del contratto a cui fa riferimento il capitolo di prova" e, comunque, la sua deposizione è nulla o comunque inutilizzabile, atteso che la teste in questione:

. è incapace a testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c.,

. essendosi limitata a riferire (inammissibilmente) presunte dichiarazioni autoreferenziali del legale rappresentante di SOCIETA', ha reso una testimonianza de relato actoris priva di alcun valore probatorio.

- La deposizione del teste OMISSIS (dipendente di SOCIETA' dal 1989) è priva di alcuna rilevanza probatoria, atteso che:

. il teste non è risultato informato sui fatti che rilevano in questa sede, in quanto ha dichiarato di non aver assistito alla sottoscrizione del contratto;

. si tratta di una deposizione molto dubitativa ed infarcita di valutazioni soggettive ictu oculi inammissibili

. non è credibile che il teste, a distanza di ben dodici anni dai fatti di causa e pur non avendo assistito alla sottoscrizione del contratto, né tantomeno partecipato alle relative trattative, possa ricordare l'esatta corrispondenza dei documenti, di cui avrebbe soltanto fatto una semplice fotocopia, con i documenti rammostrati in udienza, anziché con qualsiasi altro documento della società, fermo restando che, quand'anche così fosse, ciò non implicherebbe comunque la prova della stipulazione del contratto presso la sede della società, anziché presso la filiale della Banca;



. la deposizione del teste presenta anche diverse incongruenze che minano ancor di più' la sua attendibilità'.

1b) L'applicazione dell'art. 30 D.Lvo 58/1998 a tutte le negoziazioni di servizi finanziari fuori sede e la portata dell'art. 56 quater L. 98/2013.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, di CONSOB e del sistema finanziario la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, che esplicitamente si riferisce ai servizi di collocamento di strumenti finanziari, riguardava solo i servizi di collocamento di cui all'art. 1 c. 5 lett. c) e c bis), con esclusione quindi di quelli di negoziazione per conto proprio (menzionati nell'art. 1 c. 5 lett.a), tra cui rientra il contratto oggetto della controversia.

. Cass. SU n. 13905/2013 ha però' statuito che il termine servizio di collocamento era usato in senso atecnico e quindi si riferiva a qualunque contratto per servizi di investimento e quindi anche ai contratti di negoziazione per conto proprio;

. E' quindi intervenuta Legge n. 98 del 9 agosto 2013 di conversione del Decreto Legge 21 giugno 2013 n. 69, che ha introdotto l'art. 56-quater, con cui si e' stabilito che dal 1.9.2013 la disciplina dell'art. 30 c. 6 e 7 si applicava anche ai servizi di negoziazione per conto proprio mentre per il passato, con interpretazione autentica, tale disciplina restava applicabile solo ai servizi di collocamento in senso tecnico (di cui all'art. 1 c. 5 lett. c) e c) bis).

Pertanto la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 non e' applicabile al contratto in esame (pacificamente concernente un servizio di investimento in negoziazione propria), in quanto stipulato prima del 1.9.2013.

1c) Omesso rilievo dell'insussistenza delle condizioni richieste da Cass. SU 13905/2013 per l'applicabilità' dello ius poenitendi ex art.30 commi 6 -7 D.Lvo 58/1998.

Cass. SU 13905/2013 aveva anche statuito che poteva estendersi alle negoziazioni per conto proprio la medesima tutela prevista per il servizio di collocamento dall'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, solo se si ravvisava in concreto la medesima esigenza di tutela e se tale estensione non fosse risultata contraria alla buona fede, mentre nel caso in esame non vi e' stato nessun effetto sorpresa (il contratto IRS e' stato infatti sottoscritto un mese dopo il contratto quadro, il cliente ha ricevuto dettagliata scheda tecnica, il contratto non e' un prodotto standardizzato ma e' specifico per le esigenze del cliente, il collegio sindacale di SOCIETA' non ha mai sollevato obiezioni) e la contestazione della cliente e' contraria alla buona fede (SOCIETA' pretende infatti di far valere dieci anni dopo, un diritto di recesso, che avrebbe dovuto essere esercitato entro sette giorni dalla stipulazione del contratto, senza nemmeno spiegare le ragioni di un tale ritardo).

2) In ordine alla questione del mancato rispetto degli obblighi di informazione da parte della banca.

La banca ha correttamente adempiuto a tutti gli obblighi informativi posti a suo carico, in quanto:

a) SOCIETA' ha compilato il questionario sugli obiettivi di investimento, dichiarando di conoscere "l'esistenza ed il funzionamento degli strumenti finanziari derivati di copertura per la gestione del rischio di tasso/cambio" e di essere esposta al rischio di "Tasso di interesse" (cfr. doc. 4 appellante);

b) SOCIETA' ha ricevuto il "Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari" (cfr. l'"Appendice alla Sezione 2" del doc. 5 appellante e, in particolare, la "Parte B" riferita specificamente agli strumenti finanziari derivati);

c) SOCIETA' ha sottoscritto il Contratto Quadro, relativo ai contratti derivati su tassi di interesse, con le condizioni generali e l'analitica descrizione del funzionamento e della struttura base delle varie tipologie di contratto, corredata anche di un glossario definitorio ed esplicativo (cfr. "la Sezione 3" del doc. 5 appellante);

d) SOCIETA' ha sottoscritto ad abundantiam il Contratto Quadro per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su titoli e strumenti finanziari (cfr. la "Sezione 2" del doc. 5 appellante);

e) SOCIETA' ha ricevuto una scheda tecnica informativa relativa al contratto di IRS "Tasso Certo" con la descrizione del suo semplice meccanismo di funzionamento, l'analisi dell'operazione, nonché l'indicazione dei relativi "Rischi" e "Vantaggi" (cfr. doc. 6 appellante);

f) SOCIETA' ha sottoscritto la versione più semplice ed elementare di Interest Rate Swap, il cui meccanismo di funzionamento è di facile ed immediata comprensione, anche grazie al fatto che i termini e le locuzioni ivi impiegati rientrano tutti nel glossario del Contratto Quadro (cfr. doc. 7 appellante).

3) In ordine alla questione della nullità del contratto per assenza di causa di copertura.

A) L'assunto di controparte, secondo cui il contratto avrebbe natura speculativa e sarebbe privo della funzione di copertura, è infondato in quanto:

. la funzione del contratto oggetto di causa non è quella di garantire un lucro in termini di differenziali positivi, ma è quella di garantire costantemente alla società un tasso fisso, certo e predeterminato a prescindere dal futuro andamento del mercato dei tassi;

. i differenziali negativi, prodotti in caso di riduzione del tasso variabile al di sotto del tasso fisso, non sono qualificabili come una perdita economica in senso stretto, in quanto sono riequilibrati dagli speculari vantaggi conseguiti dal medesimo cliente per effetto della riduzione del tasso variabile, pagato sul proprio indebitamento sottostante (cioè il contratto di leasing).

Cio' e' provato dalle seguenti circostanze:

. entrambi i contratti sono stati stipulati nell'Ottobre 2007;

. entrambi i contratti hanno un capitale ammortizzato di € 4.500.000;

. entrambi i contratti sono indicizzati al tasso variabile Euribor 3 mesi;

. entrambi i contratti hanno una durata di 15 anni;

. la data iniziale del contratto di IRS "Tasso Certo" e' stata concordemente differita dalle parti al 31.12.2008, proprio in considerazione dei tempi tecnici necessari per il completamento dell'immobile oggetto del contratto di leasing;

. il tasso fisso di 4,65%, pagato dalla societa' attrice sulla base del contratto di IRS "Tasso Certo", in conversione del tasso variabile del leasing sottostante, e' addirittura più basso rispetto al tasso medio dei contratti di leasing, ufficialmente rilevato dalla Banca d'Italia e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel trimestre Ottobre-Dicembre 2007 (pari a 7,10% per i leasing di importo superiore ad € 50.000)

B) L'assunto di controparte, secondo cui il contratto presenterebbe un Mark to Market iniziale negativo (per € 37.780,91) non esplicitato, circostanza che comporterebbe un illegittimo squilibrio tra le prestazioni aleatorie sinallagmatiche o, comunque, l'applicazione di costi impliciti, e' infondato in quanto:

. al momento della stipulazione del contratto di cui e' causa, non esisteva alcun obbligo che imponesse l'indicazione del valore teorico del Mark to Market, in quanto tale indicazione e' stata suggerita in termini di mera "raccomandazione" con la Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 Marzo 2009;

. il Mark to Market non costituisce una componente essenziale del contratto di IRS oggetto di causa, ne' tantomeno ne integra l'oggetto, costituito invece dallo scambio del tasso fisso del 4,65% con il tasso variabile Euribor3M;

. l'eventuale sussistenza di un Mark to Market iniziale negativo alla data di stipulazione sarebbe pur sempre irrilevante, in quanto i differenziali periodici ex adverso contestati non sono causalmente connessi con il Mark to Market, in quanto lo stesso nel contratto di IRS "Tasso Certo" e' divenuto addirittura positivo per la societa' nel mese di Luglio 2008, quindi

i differenziali negativi sono stati determinati esclusivamente dal particolare andamento dei tassi di interesse nel periodo successivo;

. le condizioni del contratto risultano congrue e di favore per la società (anche in ragione del fatto che i tassi dedotti contrattualmente sono inferiori rispetto a tutti i tassi medi di mercato ufficialmente rilevati dalla Banca d'Italia e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per le principali e più diffuse operazioni bancarie), il che esclude di per sé qualsivoglia squilibrio a danno della stessa;

. l'eventuale squilibrio tra le reciproche prestazioni aleatorie di un contratto di Interest Rate Swap è comunque irrilevante, in quanto l'azione generale di rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 c.c. stabilisce che “non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori”, come appunto il contratto di IRS “Tasso Certo”;

. in ogni caso il danno da risarcire sarebbe pari al valore negativo del Mark to Market pari a € 37.780,91;

. il Mark to Market, essendo semplicemente la stima del valore di un prodotto finanziario ad una certa data, costituisce un valore puramente teorico ed astratto, con la conseguenza che non rappresenta un costo effettivo e reale di una intermediazione non contrattualmente pattuita;

. il Mark to Market non risulta causalmente connesso ai differenziali periodici di un contratto di Interest Rate Swap.

4) In ordine alla questione dell'annullabilità del contratto per errore essenziale.

La domanda di SOCIETA' è infondata:

. sia per l'accertata correttezza dell'operato della banca,

. sia perché controparte si è limitata soltanto a generiche asserzioni che rendono tale domanda di mero stile, non essendo riportata, prima ancora che provata, alcuna precisa circostanza di fatto che possa in qualche modo integrare gli estremi di un vizio del consenso.

In ogni caso il presunto errore, in cui sarebbe asseritamente incorsa l'odierna appellata, non è sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 1429 c.c., trattandosi unicamente di un errore sulla convenienza economica dell'affare, che non è mai causa di annullamento del contratto.

B) Nella comparsa di risposta e nella comparsa conclusionale SOCIETA' s.p.a hanno chiesto la conferma della sentenza del Tribunale di Milano per i motivi di seguito esposti.

1) Nullità del contratto per violazione della normativa sull'offerta fuori sede.

1a) Omesso rilievo dell'intervenuta rinnovazione del contratto in forma scritta e dell'assenza di contestazioni specificatamente riferite alla stipula fuori sede.

Il documento contrattuale sottoscritto dalle parti non è configurabile quale rinnovazione del contratto, dato che è una semplice “nota contenente i termini e le condizioni definitive – a titolo di conferma – del/i contratto/i derivati su tassi di interesse perfezionato/i, via telefono, in data odierna”; questo documento non ha, quindi, rinnovato alcunché, essendo semplicemente la nota riepilogativa del contratto già perfezionatosi via telefono.

In ogni caso anche questo documento è stato firmato presso la sede di SOCIETA' e come tale anch'esso rientra nella disciplina dell'art. 30 c. 6 D.Lvo 58/1998 per le operazioni “fuori sede”.

L'operazione swap è stata, infatti, eseguita telefonicamente nel mese di ottobre 2007, su espressa sollecitazione del funzionario della banca, che aveva posto la negoziazione del contratto derivato quale condizione necessaria per ottenere l'erogazione del leasing.

Dalle dichiarazioni dei testimoni, assunti nel procedimento d'appello, è emerso che:

. il contratto di swap si è perfezionato via telefono in data 22.10.2007;

. la sottoscrizione dei successivi documenti contrattuali è avvenuta fuori sede: infatti, SOCIETA' ha sottoscritto i documenti contrattuali presso la propria sede, mentre il funzionario della Banca ha apposto il proprio timbro e firma solo in un secondo momento, in data 9.11.2007, nell'ufficio della filiale di OMISSIS della Banca e non alla presenza del legale rappresentante della SOCIETA'.

La ricostruzione della vicenda è in linea con le disposizioni del contratto di master agreement (doc. 4 fascicolo di primo grado), in cui è previsto che:

. le modalità previste dalla Banca per la stipula dei contratti erano due: “stipulazione del contratto senza scambio di corrispondenza” e “stipulazione del contratto con scambio di corrispondenza”.

. laddove si optasse per la prima modalità, come avvenuti nel caso di specie, la stipulazione del contratto, come testualmente previsto nel contratto quadro, doveva avvenire tramite comunicazione telefonica, registrata dalla banca, nella quale sarebbero state concordate le condizioni del contratto;

dopo la stipulazione telefonica era previsto che la banca inviasse una comunicazione scritta, contenente le condizioni contrattuali, e il cliente dovesse restituire alla banca l'apposita parte della comunicazione, da lui controfirmata; infine era previsto che, in caso di

discordanza tra il contenuto della comunicazione telefonica e quello delle comunicazioni scritte, dovesse prevalere la prima.

1b) L'applicazione dell'art. 30 D.Lvo 58/1998 a tutte le negoziazioni di servizi finanziari fuori sede e la portata dell'art. 56 quater L. 98/2013.

La ratio dell'estensione dell'applicazione dell'art. 30 D.Lvo 58/1998 a tutte le negoziazioni di strumenti finanziari e servizi finanziari, negoziati fuori sede, e' costituita dall'esigenza di accordare il massimo grado di tutela all'investitore al dettaglio, quale e' SOCIETA', nel rispetto dei criteri generali previsti dall'art. 21 D.Lvo 58/1998 di diligenza, correttezza e trasparenza per servire: "al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrita' dei mercati".

Nell'ambito della collocazione di contratti swap over the counter, quale e' il caso in esame, l'intermediario negozia in conto proprio l'operazione swap e non si trova in una situazione neutrale rispetto al cliente, bensì come diretta controparte del contratto.

La natura di interpretazione autentica dell'art. 56 quater DL n.69/2013 conv. con L. 98/2013, che ha modificato l'art. 30 c. 6 D.Lvo 58/1998, prevedendo il diritto di recesso solo per le operazioni di negoziazione successive al 1 settembre 2013, e' stata esclusa da Cass. n. 7776/2014 e da Cass. n.13681/2016.

Nella sentenza n.7776/2014 la Corte di Cassazione ha chiarito che, dal punto di vista dell'interpretazione logica, l'art.56 quater DL n.69/2013 stabilisce che il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati dopo il 1.9.2013, ma non nega che il medesimo diritto si applichi anche a quelli stipulati in precedenza.

Se il legislatore avesse inteso escludere il diritto di recesso per i contratti conclusi prima di tale data, non avrebbe previsto che il diritto di recesso si applicava ai contratti stipulati dopo, bensì avrebbe sancito che siffatto diritto non si applicava ai contratti stipulati prima.

Sul piano dell'interpretazione finalistica la Corte di Cassazione ha evidenziato che il presupposto che legittima l'intervento del legislatore mediante una norma di interpretazione autentica e' una situazione di incertezza che si intende colmare, ma questa situazione di incertezza non solo non sussisteva quando e' stato promulgato il DL 69/2013, ma anzi era stata espressamente esclusa con l'intervento delle Sezioni Unite a cui l'Ordinamento giudiziario attribuisce proprio il compito di rimuovere le incertezze.

Inoltre la Corte Costituzionale, con la sentenza n.168 del 11.6.2014, ha chiarito che il legislatore puo' porre norme retroattive solo allorquando precisino il significato di altre preesistenti e purché siano compatibili con il tenore letterale del testo originario.

E' quindi evidente che alla norma in questione, indipendentemente dalla autodefinizione di norma autentica o meno, manca la retroattivit , limitandosi a stabilire il diritto di recesso solo per i contratti sottoscritti dal 1 settembre 2013.

1c) Omesso rilievo dell'insussistenza delle condizioni richieste dalle Sezioni Unite per l'applicabilit  dello ius poenitendi ex art.30 commi 6 -7 D.Lvo 58/1998.

Lo scopo della norma sullo ius poenitendi e' quella di evitare che il cliente possa trovarsi vincolato da contratti, sui quali non abbia potuto adeguatamente riflettere, presumendo che si possa ritenere adeguata la riflessione solo allorquando sia il cliente di propria iniziativa a recarsi nei locali della banca e non viceversa; una banale conversazione telefonica non puo', infatti, in alcun modo realizzare e garantire tutte le tutele previste dalla normativa primaria ex art. 21 D.Lvo 58/1998 e secondaria art. 26-27-28-29-30 Reg Consob 11522/1998, in termini di completa, corretta e adeguata informazione nei confronti del Cliente.

Anche il successivo invio della documentazione contrattuale non ha sopperito a tale carenza informativa, in quanto non vi e' alcun riferimento allo scenario dei tassi forward (il cui scopo e' quello di rappresentare le proiezioni future dei tassi osservati dal mercato e cos  stimare la perdita o l'utile atteso del contratto swap) ne' ai costi dell'operazione (il mark up della banca, il cost of hedging), ne' al valore del mark to market iniziale ne' alle modalit  di calcolo dello stesso, ne' soprattutto al fatto che lo stesso fosse negativo e "non par" al momento della stipula; proprio questo comportamento configura l'"effetto sorpresa" in danno del cliente.

Il fatto che SOCIETA' avrebbe potuto ricavare le informazioni necessarie dal contratto quadro del 24.9.2007 e' irrilevante, in quanto, in primo luogo, il contratto quadro non contiene le informazioni specifiche dello swap, che verra' stipulato, e, in secondo luogo, la presenza del contratto quadro non fa venire meno il rischio che il cliente venga colto di sorpresa, quando il singolo ordine sia frutto di una sollecitazione, posta in essere dall'intermediario fuori dalla propria sede; ed e' questo il rischio che giustifica l'esigenza della tutela supplementare, apprestata dal citato art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998.

2) Nullit  o risoluzione del contratto per violazione delle norme di condotta dell'intermediario nella fase della sua formazione.

Premesso che il cliente non aveva alcuna competenza ed esperienza in materia finanziaria, come risulta dalle risposte contenute nel modulo allegato (doc.6 fascicolo di primo grado) e quindi dovesse essere considerato con profilo di "operatore non qualificato" e, come tale, inadeguato all'operazione in swap;

- la banca ha violato la disciplina dell'art. 21 D.Lvo n. 58/998 in quanto:

. non ha preventivamente raccolto le informazioni necessarie atte a verificare la competenza e l'esperienza in materia di strumenti finanziari del legale rappresentante di SOCIETA', attraverso domande dirette e con la predisposizione di moduli contenenti informazioni sulle competenze, esperienze precedenti, propensione al rischio ecc., trattandosi di swap over the counter,

che, a differenza dei derivati negoziati sui mercati regolamentati, porta con se' un naturale stato di conflittualita' tra intermediario e cliente;

. non ha illustrato al cliente i rischi che un'operazione di questo tipo avrebbe comportato.

- la banca ha violato la disciplina prevista dall'art. 29 del Reg. Consob 11522/1998, in quanto l'operazione finanziaria di investimento proposta era inadeguata per tipologia e per dimensione (trattandosi di uno swap che realizza finalita' speculative o integra quella funzione come prodotto con finalita' di copertura) ad un cliente corporate;

- la banca ha violato la disciplina dell'art. 28 del Reg. Consob, 11522/1998, in quanto non si e' astenuta dal proporre tali prodotti anche mediante consulenza incidentale, avendo omesso di illustrare i rischi connessi all'investimento prospettato;

- la banca ha violato la disciplina dell'art. 28 c. 3 del Reg. Consob, 11522/1998, in quanto non ha tempestivamente informato per iscritto l'investitore non appena le operazioni in strumenti derivati abbiano generato una perdita effettiva o anche solo potenziale pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista per l'esecuzione dell'operazione di investimento;

- la banca ha violato la disciplina dell'art. 27 del Reg. Consob, 11522/1998, in quanto in nessun documento dalla stessa esibito compare l'espressa autorizzazione del cliente ad effettuare l'operazione in conflitto di interessi.

3) Nullita' del contratto per mancanza di equilibrio finanziario tra le controparti all'atto della sua sottoscrizione e per assenza di valida causa.

Consob ha precisato che possono essere considerate di copertura le operazioni su strumenti finanziari derivati quando ricorra una delle seguenti condizioni:

a) quando siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosita' delle altre posizioni;

b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine;

c) le condizioni di cui ai punti a-b siano documentate da evidenze interne da parte degli intermediari e siano approvate.



Il contratto in questione per le sue caratteristiche non risulta idoneo a coprire l'appellata dal rischio di variazione dei tassi di interesse per sette ordini di ragioni:

. inefficienza della finalita' della copertura dal rialzo dei tassi in quanto presenta un tasso fisso (tasso strike al 4,65%) maggiore rispetto ai tassi di mercato vigenti alla sua data di stipula;

. il contratto swap e' strutturato in modo tale che la societa' SOCIETA' ha corrisposto flussi di cassa negativi calcolati per un ammontare cumulativamente pari a € 1.242.219,88 sino alla data della sentenza e sarebbe stato destinato a produrne ulteriori nell'arco dei prossimi sette anni;

. la banca ha applicato costi di hedging e di mark up senza esplicitarli al cliente al momento della sottoscrizione del contratto;

. alla data di stipula del contratto la banca non ha messo in evidenza al cliente, attraverso la curva forward, le proiezioni e la perdita attesa nel contratto swap;

. non e' stato comunicato il mark to market iniziale al momento della sottoscrizione dello swap, ne' le modalita' di calcolo dello stesso;

. sulla base delle analisi effettuate attraverso l'elaborato tecnico (cfr. doc. 8 fascicolo di primo grado), al cliente e' stato applicato un costo occulto pari a euro 37.780,91, derivante dal costo di hedging e di mark up assegnato dalla banca nell'operazione in swap e rinvenibile dal diverso valore del mark to market iniziale delle due parti contraenti;

. l'operazione risulta essere stata negoziata non in equilibrio finanziario (par), essendo stato applicato un costo implicito pari a euro 37.780,91 senza il corrispondente versamento di un up front da parte della banca.

Il risultato ottenuto con l'operazione prospettata dalla banca e' stato quello di aver negoziato un prodotto finanziario con finalita' speculative, che ha esposto l'appellata a perdite difficilmente prevedibili.

4) Annullabilita' del contratto per errore essenziale.

Il contratto swap sottoscritto dall'appellata e' in ogni caso annullabile, in quanto affetto da errore essenziale nella sua formazione, dato che non solo si e' rivelato non avere le caratteristiche promesse dal funzionario della banca, ma non aveva neppure finalita' di copertura contro il rischio della variazione dei tassi di interesse, bensì l'opposto, ovvero quello di aumentare l'esposizione della societa' al rischio delle variazioni dei tassi e ad una maggiore esposizione finanziaria della stessa.

6) La decisione della Corte d'Appello sui punti controversi

La Corte d'appello ritiene di riformare l'impugnata sentenza del Tribunale di Milano.

1) In ordine all'asserita nullità del contratto di IRS per assenza dell'avvertimento della facoltà di recesso in contratto stipulato fuori sede.

Il Tribunale ha accolto la tesi dell'appellata, la quale ha sostenuto che il contratto di IRS, oggetto della controversia, è stato concluso a distanza (a mezzo telefono) e quindi allo stesso si applica la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, prevista per le proposte formulate e i contratti conclusi fuori sede, in considerazione del fatto che Consob (a cui l'art. 32 D.Lvo 58/1998 ha attribuito il potere di disciplinare la promozione e il collocamento, mediante tecniche di comunicazione a distanza, di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari in conformità dei principi di cui all'art. 30), con l'art. 72 c. 4 Reg. 11522/1998, ha stabilito che solo quella fatta nei confronti degli operatori qualificati non costituisce promozione e collocamento a distanza; pertanto, dato che SOCIETA' non era operatore qualificato, non essendo stata comunicata (come richiesto dall'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998) al cliente la facoltà di recedere entro sette giorni dalla stipulazione del contratto, tale contratto è affetto da nullità.

1a) Il luogo di conclusione del contratto.

Anche dopo l'attività istruttoria, disposta dalla Corte d'Appello, non è risultato provato con certezza in quale luogo possa ritenersi concluso il contratto di Interest Rate Swap, oggetto della presente controversia.

In giudizio risultano prodotti i seguenti documenti:

1) Documento n. 6 prodotto dall'appellante: si tratta di una nota redatta dalla banca e diretta a SOCIETA', recante la data del 22.10.2007, contenente "una ipotesi per la copertura del rischio di tasso di interesse derivante dalla vostra esposizione debitoria" (si tratta dell'IRS "Tasso Certo", con la descrizione del meccanismo di funzionamento, l'analisi dell'operazione e l'indicazione dei relativi "Rischi" e "Vantaggi", con la specifica avvertenza che "il Cliente paga un differenziale negativo nel caso in cui i tassi a breve termine espressi dal mercato risultino inferiori al Tasso Fisso previsto dall'operazione in oggetto" e che "il Cliente non beneficia di un eventuale ribasso dei tassi"), la nota non è firmata dalla banca, ma è firmata da SOCIETA' "per ricevuta" il 22.10.2007; sulla nota, in calce alla sottoscrizione di SOCIETA', risulta apposta la firma di OMISSIS (funzionario di BANCA) in data 9.11.2007 (cioè in data non contestuale all'emissione della nota e successiva alla firma per ricevuta di SOCIETA');

2) Documento 7 prodotto dall'appellante: si tratta di una nota redatta dalla banca e diretta a SOCIETA', recante anch'essa la data del 22.10.2007 "contenente i termini e le condizioni definitive – a titolo di conferma – del contratto di derivati su tassi di interesse perfezionato, via telefono, in data odierna. Seguirà la comunicazione definitiva del suddetto specifico

contratto prevista ai sensi e per gli effetti del contratto quadro da voi stipulato con la scrivente banca”; la nota non e' firmata dalla banca; in calce alla nota vi e' la seguente dichiarazione “con la ricezione e sottoscrizione della presente nota la societa' da' atto, per ogni ulteriore occorrenza, di aver richiesto l'elaborazione dell'operazione più' sopra illustrata e di averla conclusa sulla base di una propria autonoma decisione”; la dichiarazione e' firmata da SOCIETA', senza data, e, in calce a tale dichiarazione, vi e' apposta la firma di FUNZIONARIO in data 9.11.2007.

3) Sempre documento 7 prodotto dall'appellante: si tratta di un documento di sette pagine con intestazione BANCA, che reca la data 23.10.2007:

. le prime quattro pagine contengono una comunicazione della banca, firmata da tali omissis per BANCA, intestata “Contratto Interest Rate Swap n. OMISSIS”, diretta a SOCIETA', con cui la banca dichiara: “ai sensi di quanto stabilito nel contratto – quadro con voi stipulato, contenente la disciplina dei contratti specifici di IRS conclusi con voi, attestiamo i termini e le condizioni del contratto in oggetto con voi concluso tramite comunicazione telefonica in data 22.10.07”; e di seguito sono riportate le condizioni contrattuali (scambio del tasso fisso del 4,65%, a carico della societa', con il tasso variabile Euribor3M, a carico della Banca, così' da produrre differenziali positivi per la societa' in caso di incremento del tasso variabile al di sopra del tasso fisso e differenziali negativi nell'ipotesi opposta, la data iniziale di efficacia del contratto veniva concordemente differita dalle parti al 31.12.2008);

. le ultime tre pagine (che recano tutte in intestazione il timbro con firma di SOCIETA') contengono una comunicazione di SOCIETA', da questa sottoscritta, diretta alla banca, intestata “Contratto Interest Rate Swap n. OMISSIS” con cui la societa' dichiara: “ai sensi di quanto stabilito nel contratto – quadro con voi stipulato, contenente la disciplina dei contratti specifici di IRS conclusi con voi, e in relazione al contratto in oggetto con voi concluso tramite comunicazione telefonica, vi confermiamo, sia pure ad abbondanza, di aver preso nota dei seguenti termini e condizioni del contratto medesimo”; e di seguito sono riportate le medesime condizioni contrattuali.

Anche questo documento e' sottoscritto, in calce alla sottoscrizione di SOCIETA', da OMISSIS il 9.11.2007.

Nel corso del giudizio d'appello sono state assunte le seguenti testimonianze.

. Il teste dipendente di SOCIETA' ha dichiarato: “Mi risulta che tra la filiale di OMISSIS della banca e l'azienda vi e' stato un contatto telefonico, nel corso del quale, secondo me, e' stato concluso il contratto; dopo circa una ventina di giorni si sono presentati il direttore della filiale di OMISSIS della banca insieme ad altre persone, i quali hanno portato i documenti relativi al contratto che, secondo me, sono i documenti n. 6 e 7 dell'appellante,

che mi vengono mostrati, e in quell'occasione, quello stesso giorno tali documenti sono stati firmati dal legale rappresentante della SOCIETA' e restituiti al direttore della banca; di tali documenti io ho effettuato la fotocopia. Io non ho assistito all'apposizione della firma sui documenti che mi sono stati mostrati dal legale rappresentante della SOCIETA'; non ricordo se il timbro di protocollo della banca con la firma del direttore sia stato apposto quando questi e' venuto presso l'azienda ma ritengo di si'. Io ho visto i documenti in questione solo nell'occasione in cui sono stati portati dal direttore della banca e io ne ho fatto le fotocopie”

. Il teste direttore nel 2007 della filiale di OMISSIS di BANCA ha dichiarato: “Nulla so di specifico in ordine al caso concreto riguardante la conclusione del contratto IRS tra SOCIETA' e BANCA. ... Nel 2007 la filiale di OMISSIS non aveva un direttore ma dipendeva da Varese, di cui io ero direttore; comunque a OMISSIS vi era un team di funzionari che operavano autonomamente anche se formalmente dipendevano comunque da me”

. La teste funzionario di BANCA ha dichiarato: “... ho saputo che la collega che gestiva tale cliente nel 2007 era OMISSIS, tuttora dipendente di BANCA, la quale pero' in quel periodo era malata e quindi non si era occupata della vicenda. Le firme apposte sui documenti n. 6 e 7 dell'appellante appartengono a OMISSIS, tuttora dipendente di BANCA, il quale mi ha riferito che il suo unico compito e' stato quello di apporre la sua firma con il suo protocollo al fine di attestare la genuinita' della firma apposta sui contratti dal rappresentante di SOCIETA'; OMISSIS mi ha altresì riferito che lui non si era mai recato presso la sede o i locali di SOCIETA'”

. Il teste funzionario di BANCA ha dichiarato: “Riconosco come mie le firme apposte sui doc. 6 e 7 dell'appellante, che mi vengono mostrati; io ho sottoscritto i suddetti documenti nella data manoscritta apposta sugli stessi (cioe' il 9.11.2007) a nome della banca presso la filiale di OMISSIS; preciso che anche la data manoscritta del 9.11.2007 e' stata apposta da me; preciso altresì che il numero OMISSIS e' il mio numero di matricola ed e' stato apposto a mano da me sul documento; credo che il contratto fosse stato concluso in precedenza per telefono, come accadeva in quel periodo sempre per tutte le operazioni di questo tipo.

Quando io ho sottoscritto i documenti suddetti non era presente davanti a me il legale rappresentante di SOCIETA'”,

. La testimonianza di OMISSIS, a prescindere dalla sua capacita' di testimoniare a meno, e' irrilevante, in quanto la teste ha riferito notizie esclusivamente apprese dal legale rappresentante di SOCIETA', e il teste OMISSIS ha riferito di non avere alcuna conoscenza della vicenda.

Dagli elementi di prova acquisiti e sopra illustrati emergono le seguenti circostanze:

. Il documento di cui al punto 1), che risulta ricevuto da SOCIETA' in data 22.10.2007, non essendo sottoscritto dal soggetto a cui e' comunque riconducibile (cioe' la banca) non e' comunque una proposta di contratto (come, peraltro, chiaramente indicato in calce allo stesso documento), ma contiene un'ipotesi di lavoro avente funzione informativa in ordine alle modalita' e alle condizioni del contratto, di cui le parti stavano discutendo; dagli elementi a disposizione non e' possibile individuare se questo documento e' stato consegnato a SOCIETA' presso la sede della banca ovvero presso la sede della cliente, atteso che il teste OMISSIS ha riferito che il direttore della banca e' venuto una sola volta presso la sede di SOCIETA' (quindi potrebbe essere o il 22 o il 23 ottobre 2007, ma non gia' in entrambi i giorni; ne' potrebbe ritenersi, come dubitativamente riferito dal teste OMISSIS che, nella medesima giornata, sarebbero stati portati tutti i documenti scritti in questione, posto che tale testimonianza, cosi' intesa, sarebbe in contrasto con i documenti scritti e, quindi, come tale inammissibile)

. Il documento di cui al punto 2), anch'esso non firmato dalla banca, che pure lo ha redatto sempre nella medesima data del 22.10.2007, da un lato, contiene la dichiarazione (riconducibile alla banca, benché la dichiarazione non sia dalla stessa sottoscritta) che il contratto, di cui vengono riportati gli elementi essenziali, e' stato concluso a mezzo telefono in quella stessa giornata, dall'altro lato, contiene la dichiarazione sottoscritta da SOCIETA' di "aver richiesto l'elaborazione dell'operazione più sopra illustrata e di averla conclusa sulla base di una propria autonoma decisione"; anche di tale documento, per le medesime ragioni sopra esposte, non e' possibile individuare in quale luogo sia stato ricevuto e sottoscritto da SOCIETA'.

. Il documento di cui al punto 3, recante la data successiva del 23.10.2007, contiene palesemente la riproduzione in forma scritta del contratto, che si afferma essere stato concluso il precedente giorno 22.10.2007 a mezzo telefono; tale documento e' sottoscritto nella prima parte, che ha natura di proposta contrattuale, dai legali rappresentanti della banca, e nella seconda parte, che ha quindi natura di accettazione, dal legale rappresentante di SOCIETA'; questo documento potrebbe essere quello che il teste OMISSIS ha riferito essere stato portato dal direttore della banca presso la sede di SOCIETA', dove sarebbe stato sottoscritto dal suo legale rappresentante.

Non e' invece possibile individuare in quale luogo la banca, che palesemente e' autrice della proposta contrattuale, ha avuto conoscenza dell'accettazione da parte della cliente e quindi non e' possibile individuare in quale luogo tale contratto in forma scritta si sarebbe concluso, ai sensi dell'art. 1326 c.c.; se infatti fosse vero che il documento, come riferito dal teste OMISSIS (qualora si ritenga che la sua testimonianza si riferisca ai documenti recanti la data del 23 e non a quelli recanti la data del 22 ottobre 2007), era stato portato dal direttore della banca, questa, in persona del suo direttore di filiale, avrebbe avuto

conoscenza dell'accettazione in quello stesso momento e in quello stesso luogo, cioè presso la sede di SOCIETA'.

Tale conclusione contrasta però, in primo luogo, con il fatto che il teste OMISSIS ha dichiarato che il direttore della banca aveva portato i documenti contrattuali da firmare circa una ventina di giorni dopo la conclusione telefonica del contratto, mentre dai documenti emerge che la conclusione telefonica era avvenuta il 22 ottobre 2007 e la formalizzazione con documento scritto il giorno dopo, in secondo luogo, se effettivamente, in occasione della sottoscrizione del contratto da parte del legale rappresentante di SOCIETA' fosse stato presente il direttore della banca, non si comprende per quale ragione il documento sia stato successivamente sottoscritto per presa visione dal funzionario, presso la sede della banca (come da questi dichiarato nella sua testimonianza), peraltro proprio una ventina di giorni dopo la sua conclusione telefonica.

In conclusione dunque, fermo restando che il contratto in questione è stato dapprima concluso per telefono, quindi a distanza, non è stato possibile accertare se anche l'offerta, che ha preceduto la conclusione per telefono, è stata fatta dalla banca alla cliente fuori sede e se la rinnovazione della conclusione del contratto in forma scritta (rinnovazione certamente idonea a superare l'eventuale nullità del precedente contratto concluso a distanza) debba considerarsi avvenuta "fuori sede" oppure presso la sede della banca.

1b) La ratio della disposizione dell'art. 30 D.Lvo 58/1998, come individuata da Cass. SU 13905/2013.

Con la sentenza sopra menzionata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ritenuto che l'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 debba interpretarsi nel senso che l'intermediario è tenuto a avvertire il cliente, nei moduli e nelle proposte contrattuali formulate fuori dalla sua sede, della facoltà di recedere entro sette giorni dal contratto eventualmente stipulato non solo con riguardo ai servizi di collocamento in senso proprio ma anche con riguardo a qualsiasi servizio di investimento, quand'anche precedentemente previsto e disciplinato da apposito contratto quadro (quale certamente, pacificamente, è il contratto oggetto della presente controversia).

Nella sentenza la Corte di Cassazione ha però spiegato che l'estensione della disciplina prevista dall'art. 30 D.Lvo 58/1998 si giustificava per il fatto che, anche nei contratti per servizi di investimento diversi da quelli di collocamento in senso proprio, sussisteva l'esigenza di tutelare l'investitore dalla stipulazione di contratti senza adeguata ponderazione, per il fatto che la proposta di tali contratti, proprio perché portata al cliente direttamente al suo domicilio o comunque al di fuori della sede dell'intermediario, era tale da concretizzare un effetto sorpresa, potendosi presumere in tal caso che l'investimento attuato non fosse conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore,

bensi' il frutto di una sollecitazione del soggetto interessato a promuovere la conclusione di tali contratti.

Nella fattispecie in esame la ratio, come individuata nella sentenza suddetta, e' del tutto assente, a prescindere dal luogo in cui SOCIETA' abbia ricevuto la proposta contrattuale o dal luogo in cui risulti concluso il contratto di cui e' causa.

In primo luogo, come meglio verra' esposto in seguito, il contratto IRS in questione era negozialmente collegato con il contratto di leasing, stipulato da SOCIETA' con altra societa' del gruppo BANCA; anzi la stessa appellata ha affermato che la banca avrebbe subordinato la conclusione del contratto di leasing alla conclusione del contratto di Interest Rate Swap; come sopra detto, gia' il 19.9.2007 BANCA aveva comunicato a SOCIETA' di aver deliberato la concessione del contratto di leasing, da quella richiesto.

In secondo luogo in data 24.9.2007 SOCIETA' ha compilato il questionario sugli obiettivi di investimento, dichiarando di conoscere "l'esistenza ed il funzionamento degli strumenti finanziari derivati di copertura per la gestione del rischio di tasso/cambio" e di essere esposta al rischio di "Tasso di interesse" e ha ricevuto il "Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari".

In terzo luogo, sempre in data 24.9.2007, SOCIETA' ha sottoscritto il Contratto Quadro per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su titoli e strumenti finanziari nonche' relativo ai contratti derivati su tassi di interesse, con le condizioni generali e l'analitica descrizione del funzionamento e della struttura base delle varie tipologie di contratto, corredata anche di un glossario definitorio ed esplicativo, con indicazione altresì delle varie modalita' con cui avrebbe potuto essere successivamente concluso il contratto IRS.

In quarto luogo, il 19.10.2007 SOCIETA' ha sottoscritto per accettazione la proposta del leasing per € 5.500.000 (IVA esclusa), da cui doveva pero' essere detratta la somma di € 999.999, a titolo di canone iniziale pagato al momento della conclusione del contratto, per cui era previsto l'obbligazione di pagamento di 179 canoni mensili pari a € 34.924,07 ciascuno, corrispondente ad un T.A.N. (tasso annuo nominale) del 4,81%, canoni indicizzati a Euribor 3M.

In quinto luogo, il 22.10.2007, prima comunque della conclusione a mezzo telefono del contratto IRS, SOCIETA' ha ricevuto un documento informativo specifico, avente ad oggetto proprio le condizioni particolari, che avrebbero dovuto disciplinare il contratto IRS, che SOCIETA' era intenzionata a stipulare in collegamento con il contratto di leasing concluso qualche giorno prima.

In sesto luogo, dapprima il 22.10.2007 per telefono, quindi il 23.10.2007 in forma scritta, SOCIETA' ha sottoscritto il contratto IRS, oggetto della presente controversia.

Da quanto esposto emerge chiaramente come la stipulazione del contratto IRS (dovunque debba considerarsi giuridicamente avvenuta) non sia stata certamente frutto di una decisione non ponderata dell'investitore, dato che, come visto, si e' inserita come ultima operazione in una complessa attivita' negoziale protrattasi per oltre un mese, durante il quale e' ragionevole presumere che le parti abbiano mantenuti numerosi contatti (sia presso la sede della banca che presso la sede di SOCIETA', oppure a distanza mediante comunicazioni telefoniche) al fine di definire i rapporti oggetto della contrattazione; pertanto nella fattispecie in esame deve escludersi radicalmente che l'appellata abbia subito l'effetto sorpresa, dal quale ora (dopo dieci anni dalla stipulazione del contratto) pretenderebbe di essere tutelata.

1c) L'entrata in vigore dell'art. 56 quater L. 98/2013 di conversione del DL 68/2013.

Poco dopo la pubblicazione, avvenuta il 3.6.2013, della sentenza, sopra menzionata, della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, e' stata approvata il 9.8.2013 la legge n. 98/2013, che, nel convertire il decreto legge n. 68/2013, ha apportato, con il suo art. 56 quater, una modificazione all'art. 30 c. 6 D.Lvo 58/1998, aggiungendovi, dopo il secondo periodo, il seguente "Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)".

La Corte d'appello ritiene che una piena interpretazione della suddetta norma non possa che condurre a ritenere che per i servizi di investimento di cui all'art. 51 comma 5 lettera a) D.Lvo 58/1998, cioe' quelli aventi ad oggetto strumenti finanziari di negoziazione per conto proprio, vale a dire attivita' di acquisto e vendita di strumenti finanziari in contropartita diretta (tipologia a cui pacificamente appartiene il contratto IRS in questione), la disciplina prevista dall'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 cioe' l'obbligo, a pena di nullita' del contratto, a carico dell'intermediario di inserire nei moduli e nei formulari la menzione della facolta' per il cliente di recedere entro sette giorni, si applicava solo ai relativi contratti stipulati a decorrere dal 1.9.2013 e non si applicava invece a quelli stipulati prima di tale data.

La Corte d'Appello sul punto non ritiene condivisibile l'arresto, di cui alla sentenza n. 7776/2014 della Corte di Cassazione (richiamata per adesione anche dalla sentenza n. 13681/2016), secondo cui il suddetto art. 56 quater L. 98/2013, non avrebbe esplicitamente previsto che per i servizi di investimento in "negoziazione per conto proprio" la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 si applicasse solo ai contratti stipulati a partire dal 1.9.2013, dovendosi pertanto ritenere che tale disciplina si applicasse anche ai contratti stipulati prima di tale data.

In primo luogo nella sentenza suddetta si sostiene che, secondo l'interpretazione logica, la norma in questione stabilisce solo che ai servizi di investimento in negoziazione propria



attuati con contratti conclusi a partire dal 1.9.2013 si applica la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, ma non stabilisce affatto che tale disciplina non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data.

- In primo luogo nella sentenza suddetta si sostiene che, secondo l'interpretazione logica, la norma in questione stabilisce solo che ai servizi di investimento in negoziazione propria attuati con contratti conclusi a partire dal 1.9.2013 si applica la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, ma non stabilisce affatto che tale disciplina non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data.

Tale affermazione appare francamente erronea per almeno due motivi:

. da un punto di vista strettamente letterale la norma in questione prevede che la disciplina, di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, a decorrere dai contratti stipulati dal 1.9.2013 si applica "anche" a quelli per servizi di investimento in negoziazione propria; l'uso della congiunzione "anche", nella lingua italiana, indica chiaramente che quella determinata disciplina riguarda, a partire da un momento esplicitamente stabilito, una determinata fattispecie, che, prima di quel momento, ne era invece esclusa;

. da un punto di vista dell'intenzione del legislatore, qualora fosse corretta l'interpretazione di Cass. 7776/2014, non si comprende quale sia il significato del suddetto art. 56 quater L. 98/2013 ovvero per quale ragione il legislatore abbia ritenuto di approvare tale norma; secondo la sentenza suddetta infatti la disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 sarebbe stata applicabile in ogni caso, anche ai contratti per servizi di investimento in negoziazione diretta, stipulati sia prima che dopo il 1.9.2013 (sulla base dell'interpretazione di tale norma fornita da Cass. SU 13905/2013), ma, se e' cosi', qual sarebbe il senso della norma in esame, la quale non prevede altro che la modificazione in questione dell'art. 30 c. 6 D.Lvo 58/1998? in altre parole, se l'ambito di applicazione di questa norma, dopo la modificazione introdotta dall'art. 56 quater L. 98/2013, e' rimasto identico a quello precedente, quale obiettivo avrebbe perseguito il legislatore con la sua introduzione?

- In secondo luogo, nella sentenza suddetta si sostiene che, secondo l'interpretazione finalistica, la norma in questione non puo' essere ritenuta di interpretazione autentica, in quanto, proprio a seguito dell'intervento della sentenza Cass. SU n. 13905/2013, l'incertezza, che la norma di interpretazione autentica mira a risolvere, era gia' venuta meno.

Tale affermazione appare francamente erronea, a prescindere dal fatto che una norma potrebbe avere efficacia retroattiva (con esclusione delle materie in cui tale efficacia non e' consentita dalla Costituzione e sempre che la retroattivita' sia adeguatamente giustificata sul piano della ragionevolezza e non contrastante con altri valori e interessi costituzionalmente protetti), anche senza avere natura di interpretazione autentica.

Nella fattispecie in esame proprio l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite e' la conferma che un'incertezza interpretativa con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998, era effettivamente sussistente, di cui, tra l'altro, proprio tale sentenza da' atto, riportando i precedenti contrastanti delle Sezioni semplici, tra l'altro prevalentemente orientati in senso opposto a quello fatto proprio della sentenza n. 13905/2013.

La pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, infatti non accerta affatto l'inesistenza oggettiva dell'incertezza, ma, preso atto della sua sussistenza (certificata proprio dalle precedenti decisioni contrastanti delle Sezioni semplici), fornisce un'interpretazione della norma, che, in forza dell'autorevolezza dell'ufficio da cui promana, ha la funzione di indirizzare in modo uniforme le decisioni successive.

D'altro canto l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite, oltre a non avere un'efficacia giuridicamente vincolante, non ha neppure carattere di definitività, atteso che l'art. 374 c.p.c. esplicitamente prevede che una Sezione semplice possa non condividere l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite, prevedendo solo che, in tal caso, debba essere investita della decisione nuovamente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che quindi ben potrebbe adottare un'interpretazione differente da quella precedente.

Pertanto non vi e' dubbio che con l'introduzione dell'art. 56 quater L. 98/2013, il legislatore abbia inteso adeguare per il futuro, cioe' a decorrere dal 1.9.2013, l'ambito di applicazione dell'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 all'interpretazione adottata da Cass. SU n. 13905/2013, ma abbia invece ritenuto di mantenere, per i contratti gia' stipulati in precedenza, l'interpretazione dell'ambito di applicazione della norma suddetta fin a quel momento prevalente, anche per evitare che le parti si trovassero sottoposte ad una disciplina, ritenuta non applicabile nel momento in cui i contratti erano stati stipulati.

- In terzo luogo, nella sentenza suddetta si sostiene che, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata, se la norma in questione venisse considerata di interpretazione autentica (quindi retroattiva), sarebbe in contrasto con l'art. 47 c. 1 Cost. (in quanto introdurrebbe un regime di favore per gli intermediari, che hanno stipulato contratti fuori sede prima del 1.9.2013), con l'art. 3 Cost. (in quanto non sarebbe giustificato attribuire una tutela più' solida ai risparmiatori che hanno stipulato i contratti dopo una certa data) e con gli art. 101 e 104 Cost. (in quanto si vanificherebbe con effetto retroattivo una decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite).

Anche questa affermazione appare erronea.

Con riguardo al presunto contrasto con gli art. 47 c. 1 e 3 Cost. e' del tutto evidente che, ogni volta che si introduce una disciplina nuova per una determinata fattispecie, si determina una differenza di trattamento tra le fattispecie concretizzatesi prima e quelle

concretizzatesi dopo la data di introduzione della disciplina nuova, ma questa conseguenza non è di per se' motivo di incostituzionalità della norma.

Con riguardo al presunto contrasto con gli art. 101 e 104 Cost. non pare proprio che tali norme possano determinare l'illegittimità costituzionale di leggi, solo perché dirette a modificare altra legge, la cui interpretazione, adottata dalla Corte di Cassazione, è stata ritenuta non condivisibile dal legislatore.

In conclusione quindi, fermo restando che nella fattispecie in esame non è risultato provato con certezza che la proposta sia stata formulata ovvero il contratto di IRS sia stato concluso fuori dalla sede della banca e che la ratio, che giustificerebbe l'estensione della disciplina di cui all'art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998 anche alla tipologia di contratti quale quello in esame, certamente non sussiste con riguardo allo specifico contratto di IRS, oggetto della presente controversia, proprio tale disciplina non può in ogni caso ritenersi applicabile a questo contratto, in quanto stipulato prima del 1.9.2013.

2) In ordine all'asserita nullità o risoluzione del contratto per violazione delle norme di condotta dell'intermediario nella fase della sua formazione.

Dai documenti prodotti in giudizio risulta che BANCA, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellata, ha pienamente rispettato le norme di condotta, previste dall'art. 219 D.Lvo 58/1998 e dagli art. 1 e 2 e 29 del Regolamento Consob. 11522/1998, mentre nella fattispecie in esame non rilevano le norme di condotta di cui agli art. 2712 e 28 c. 3 del Regolamento Consob. 11522/1998.

In primo luogo, SOCIETA' ha compilato il questionario datato 24.9.2007, con il quale ha fornito, come richiestole correttamente dalla banca, tutte le informazioni necessarie al fine di valutare la tipologia del cliente (anche con riguardo alla sua competenza e alla sua esperienza in materia di prodotti finanziari e alla sua propensione al rischio), il quale è stato correttamente qualificato come "non consumatore" e come "operatore non qualificato" ed ha altresì precisato quali erano gli obiettivi perseguiti; in particolare, in tale questionario il cliente ha dichiarato:

. "che, ai sensi delle norme vigenti, la Banca gli ha chiesto notizie circa la sua propensione al rischio, i suoi obiettivi di investimento, la sua situazione finanziaria nonché la sua esperienza in materia di investimenti finanziari";

. "di avere effettuato operazioni commerciali o finanziarie dalle quali derivano posizioni creditorie o debitorie, in euro o in valuta, e di voler tutelare il proprio patrimonio dagli eventuali effetti delle variazioni del tasso di interesse che potrebbero intervenire prima della scadenza delle operazioni stesse, determinando fin da ora la propria posizione di rischio in relazione alle fluttuazioni del suddetto tasso di interesse";

. alla domanda “a quali tipologie di rischi e' esposta l'azienda ?”, ha risposto “Tasso di interesse”;

. alla domanda “quale tipologia di prodotto ha usato o usa abitualmente?” ha risposto “Prodotti derivati semplici (es. ...Interest Rate Swap ...)”.

In secondo luogo, SOCIETA' ha sottoscritto, sempre in data 24.9.2007 il “Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari”, in cui sono dettagliatamente esposti tutti i rischi collegati alle varie tipologie di strumenti finanziari e, in particolare, nella Parte B “La rischiosita' degli investimenti in strumenti finanziari derivati” e al punto 4 di tale Parte B le “Operazioni su strumenti derivati eseguite fuori dai mercati organizzati. Gli swap”.

In terzo luogo, ancor prima della stipulazione telefonica del contratto di IRS, la banca ha comunicato a SOCIETA' apposita nota informativa, in cui sono riassunte in modo semplice e chiaro tutte le condizioni essenziali del contratto, in particolare: il nozionale determinato sulla base del piano di ammortamento del contratto di leasing, la data iniziale e la data finale dell'operativita' del contratto, il tasso parametro a carico della banca e il tasso parametro a carico del cliente, il pagamento trimestrale dei differenziali, la modalita' con cui operava il contratto (“Alle Date di Pagamento viene regolato il differenziale fra Tasso Parametro Cliente e Tasso Parametro Banca, quindi: se tasso Parametro Banca e' - Tasso parametro Cliente, il Cliente incassa il differenziale; se Tasso Parametro Banca e' - Tasso Parametro Cliente, il Cliente paga il differenziale”); in tale nota sono inoltre sinteticamente ma esaustivamente indicati i vantaggi e i rischi del contratto (“Vantaggi: Il Cliente e' protetto da qualsiasi rialzo dei tassi di interesse; Il Cliente ha certezza degli oneri finanziari che paghera' sul proprio indebitamente. Rischi: Il Cliente paga un differenziale negativo nel caso in cui i tassi a breve termine espressi dal mercato risultino inferiori al Tasso Fisso previsto dall'operazione in oggetto; Il Cliente non beneficia di un eventuale ribasso dei tassi a breve termine”).

In quarto luogo non vi e' dubbio che il contratto di IRS concluso tra le parti, che, come si esporra' in seguito, realizzava pienamente proprio l'obiettivo di proteggere il cliente dal rischio del rialzo dei tassi di interessi, come da questi richiesto, e per di più' aveva una struttura assolutamente semplice, era del tutto adeguato, contrariamente a quanto erroneamente sostenuto dall'appellata, ad un cliente, classificato come “operatore non qualificato”, quale e' SOCIETA', tanto più' che questa nel questionario per la profilatura ha dichiarato, come visto, di avere già' usato prodotti derivati semplici (tra quali viene esemplificativamente menzionato proprio l'Interest Rate Swap).

In quinto luogo, a prescindere dal fatto che i differenziali negativi maturati nel corso del rapporto sono stati regolarmente addebitati sul conto di SOCIETA' e quindi alla stessa sempre comunicati, l'obbligo di comunicazione scritta delle perdite superiori al 50% del

capitale investito, di cui all'art. 28 c. 2 Reg. Consob 11522/1998, non sussiste per le operazioni di copertura, quale e' quella oggetto della presente controversia.

In sesto luogo, la semplice effettuazione di operazioni su strumenti finanziari in contropartita diretta con l'intermediario non integra alcuna ipotesi di conflitto di interessi, ma costituisce uno specifico servizio di investimento, espressamente disciplinato e tutelato dall'ordinamento, ovvero quello di "negoziazione per conto proprio".

Comunque, nella fattispecie in esame, l'obbligo informativo sarebbe comunque soddisfatto, atteso che nel punto n. 4 della "Parte B" del "Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari" e' esplicitamente previsto che: "Gli intermediari possono eseguire operazioni su strumenti derivati fuori da mercati organizzati. L'intermediario a cui si rivolge l'investitore potrebbe anche porsi in contropartita diretta del cliente (agire, cioe', in conto proprio)" e SOCIETA', con la sottoscrizione di tale documento, ha accettato tale eventualita' e cioe' che la controparte nel contratto da stipulare fosse la stessa banca proponente.

3) In ordine all'asserita nullita' del contratto per mancanza di equilibrio finanziario tra le controparti all'atto della sua sottoscrizione e per assenza di valida causa.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellata, il contratto di IRS, oggetto della controversia, per il modo in cui e' stato strutturato, assolveva pienamente la funzione di copertura dal rischio di un rialzo dei tassi di interesse, previsti a carico di SOCIETA' dal contratto di leasing, gia' stipulato con tasso di interesse variabile con altra societa' del gruppo BANCA.

Con la stipulazione del contratto di interest rate swap, le parti hanno attuato, infatti, la trasformazione del tasso di interesse variabile, pattuito nel contratto di leasing sottostante, in tasso di interesse fisso.

Infatti il contratto di leasing, stipulato tra SOCIETA' e BANCA, prevedeva che, a fronte di un finanziamento di € 4.500.000, da rimborsare mediante 179 canoni mensili per € 34.924,07 ciascuno, corrispondenti a un tasso di interesse del 4.81%, indicizzati pero' a Euribor 3M, con il contratto di IRS in questione, da un lato, BANCA si e' obbligata a pagare trimestralmente a SOCIETA' la differenza tra la somma calcolata applicando il tasso Euribor 3M sul capitale residuo, secondo il piano di ammortamento del leasing, e la somma calcolata applicando il tasso del 4,65% sul medesimo capitale, qualora la prima somma fosse superiore alla seconda, dall'altro lato, SOCIETA' si e' obbligata a pagare trimestralmente a BANCA la differenza tra la somma calcolata applicando il tasso del 4,65% sul capitale residuo, secondo il piano di ammortamento del leasing, e la somma calcolata applicando il tasso Euribor 3M sul medesimo capitale, qualora la prima somma fosse superiore alla seconda.

In definitiva dunque, con la conclusione dell'operazione negoziale complessa costituita dal contratto di leasing e dal contratto di Interest Rate Swap, SOCIETA' si e' obbligata a pagare, per tutto il periodo di quindici anni di durata del rapporto, un interesse corrispondente al tasso fisso nominale del 4,65%, annullando quindi il rischio di subire un rialzo dell'interesse variabile previsto per il contratto di leasing, ma, contemporaneamente, rinunciando ad usufruire del vantaggio eventualmente determinato da un ribasso del suddetto interesse variabile.

Infatti, nel caso in cui Euribor 3M fosse sceso sotto il tasso del 4,65%, il canone previsto per il leasing indicizzato a Euribor 3M sarebbe diminuito, ma contestualmente SOCIETA' avrebbe dovuto pagare a BANCA un differenziale corrispondente alla parte di canone risparmiato; viceversa, nel caso in cui Euribor 3M fosse salito oltre il tasso del 4,65%, il canone previsto per il leasing indicizzato a Euribor 3M sarebbe aumentato, ma contestualmente SOCIETA' avrebbe ricevuto da BANCA un differenziale corrispondente alla parte di canone pagato in aumento.

Secondo la Comunicazione Consob n. DI/99013791 del 26/2/1999 "Le operazioni su strumenti finanziari derivati, ordinate dai clienti, potranno essere considerate "di copertura" quando:

- a) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosita' di altre posizioni detenute dal cliente;
- b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine;
- c) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente."

Nella fattispecie in esame sussistono tutte le condizioni individuate da Consob, quali indici della funzione di copertura del contratto di IRS, in quanto:

- a) Il contratto risulta esplicitamente concluso al fine di evitare il rischio di rialzo del tasso di interesse riguardante altre posizioni detenute dal cliente; infatti nella nota informativa, consegnata dalla banca a SOCIETA', prima ancora della conclusione per telefono del contratto di IRS, viene esplicitamente indicata la finalita' di copertura quale causa del contratto in discussione tra le parti ("Egregi signori, con la presente Vi proponiamo una ipotesi per la copertura del rischio di tasso d'interesse derivante dalla Vostra esposizione debitoria"), a conferma di quanto richiesto dalla cliente nel questionario di profilatura, in cui questa aveva dichiarato "di avere effettuato operazioni commerciali o finanziarie dalle quali derivano posizioni creditorie o debitorie, in euro o in valuta, e di voler tutelare il proprio patrimonio dagli eventuali effetti delle variazioni del tasso di interesse che potrebbero

intervenire prima della scadenza delle operazioni stesse, determinando fin da ora la propria posizione di rischio in relazione alle fluttuazioni del suddetto tasso di interesse” e aveva precisato di essere esposta al rischio del “Tasso di interesse”.

b) Sussiste un'elevata correlazione tra l'indebitamento sottostante, oggetto della copertura (cioè il contratto di leasing) e lo strumento finanziario utilizzato per tale scopo (cioè il contratto di IRS), dato che il nozionale dell'IRS (cioè il capitale di riferimento per il calcolo dell'ammontare delle somme che dovevano essere pagate dalla banca e dal cliente secondo i rispettivi parametri) era corrispondente al capitale dovuto dal cliente alle varie scadenze secondo il piano di ammortamento previsto nel contratto di leasing, entrambi i contratti sono stati stipulati nell'ottobre 2007, la durata dell'IRS pari a quindici anni era identica a quella prevista per il contratto di leasing sottostante, il tasso pagato dalla banca nel contratto IRS, cioè Euribor 3M, era identico al tasso di interesse variabile posto a carico del cliente nei contratto di leasing sottostante;

c) Le suddette condizioni pacificamente erano effettivamente sussistenti.

Le altre obiezioni sollevate sul punto dall'appellata risultano infondate.

1) Pur non essendo circostanza rilevante al fine della sussistenza o meno della causa di copertura nel contratto di IRS, concluso tra le parti, si rileva che il tasso fisso del 4,65%, risultato a carico di SOCIETA' in seguito alla complessa operazione negoziale in questione, contrariamente a quanto affermato dall'appellata, è addirittura nettamente inferiore ai tassi medi praticati dagli operatori finanziari nell'ottobre del 2007 (cioè nel momento di conclusione dell'operazione) non solo per i contratti di leasing ma per qualunque genere di operazione di finanziamento; infatti nel Decreto Ministeriale del 18.3.2008, con cui sono stati rilevati i tassi medi del trimestre ottobre – dicembre 2007, al fine dell'individuazione del tasso limite per l'usura, il tasso medio rilevato per i contratti di leasing di importo superiore a € 50.000 risulta pari al 7,10% e in ogni caso per nessuna tipologia di operazione è stato rilevato un tasso medio inferiore al 6%.

2) Il fatto che il contratto di IRS abbia generato differenziali negativi per il cliente, per un ammontare cumulativamente pari a € 1.242.219,88 sino alla data della sentenza, non ha nulla a che vedere con la sussistenza o meno della causa di copertura del contratto.

Come già detto con il contratto di IRS con funzione di copertura (e come risultava chiaramente comunicato dalla banca alla cliente con il documento generale dei rischi e ancora con la nota informativa del 22.10.2007) il cliente si mette al riparo dal rischio del rialzo del tasso di interesse sulla sua posizione debitoria sottostante ma, nel contempo, rinuncia all'eventuale vantaggio che gli sarebbe derivato da eventuale un ribasso del suddetto tasso di interesse.

Pertanto nella fattispecie in esame SOCIETA' si e' assicurata la certezza di non dover pagare, per tutta la durata dell'operazione di finanziamento scadente nel 2023, un tasso di interesse nominale superiore al 4,65%, ma nel contempo ha rinunciato al vantaggio della riduzione del tasso dell'interesse variabile pagato per il finanziamento in leasing, riduzione che finora si e' concretamente verificata ma di cui SOCIETA' non ha potuto usufruire, dovendo pagare a BANCA il corrispondente differenziale maturato a suo carico.

L'appellata ha sostenuto altresì la nullità del contratto di IRS per il fatto che:

- . il valore iniziale del mark to market non era stato esplicitato nel contratto;
- . non erano stati indicati i criteri per determinarne il valore;
- . il valore iniziale era comunque negativo per il cliente, senza alcuna compensazione con un corrispondente up front.

Innanzitutto si evidenzia che il cd. mark to market non e' l'oggetto del contratto di Interest Rate Swap, posto che, palesemente, oggetto del contratto sono le reciproche obbligazioni delle due parti di pagare l'una all'altra, a seconda dei casi, a scadenze prestabilite, il differenziale sussistente tra due somme, calcolate su un medesimo capitale di riferimento, con applicazione di due determinati parametri differenti per le due parti.

Il mark to market e' invece il valore che, in ciascun momento della sua esistenza, assume il contratto di IRS, inteso quale costo che un terzo estraneo al contratto e' disposto a pagare o chiede di ricevere, a seconda dei casi, per subentrare nel contratto, ovvero quale costo che una delle due parti e' tenuta a pagare all'altra o pretende di ricevere da questa per chiudere anticipatamente il contratto.<sup>15</sup>

In altre parole il mark to market e' il valore monetario (variabile) teorico dell'IRS, in un qualunque dato momento, intercorrente tra la stipulazione del contratto e la sua scadenza, che esprime l'aspettativa sulla distribuzione futura delle perdite e dei guadagni tra le parti; tale valore puo' essere calcolato, in qualunque momento, determinando l'ammontare attualizzato dei flussi monetari, che, da quel momento alla conclusione del rapporto, ci si aspetta che dovranno essere complessivamente pagati da ciascuna delle due parti all'altra ed e' pari alla differenza tra i due flussi suddetti, differenza che puo', a seconda dei momenti, risultare a carico della banca ovvero a carico del cliente.

Tale valore teorico assume una rilevanza concreta nel caso di cessazione anticipata del rapporto; infatti nel caso in cui, secondo le previsioni contrattuali, venga legittimamente a cessare il rapporto anticipatamente rispetto alla data di scadenza pattuita, una parte dovra' corrispondere all'altra una somma corrispondente al valore del mark to market, calcolato a quella data.



Premesso quanto sopra esposto, le eccezioni sollevate dall'appellata sul punto sono infondate.

1) In primo luogo, il fatto che il mark to market iniziale, cioè il valore del contratto di IRS concluso tra le parti fosse “non par”, cioè negativo per il cliente, in assenza di un up front in compensazione in favore dello stesso, e' del tutto irrilevante, posto che un contratto di IRS, stipulato dalla banca per assicurare al cliente l'eliminazione del rischio di subire le conseguenze negative del rialzo dei tassi di interesse relativi alla sua posizione debitoria sottostante, non può che prevedere anche un costo a carico del cliente, costo che si concretizza appunto nel valore per questi negativo del mark to market.

2) In secondo luogo, il fatto che nel contratto non sia evidenziato il criterio per la determinazione del valore del mark to market (che come detto e' un valore del tutto teorico) e in particolare non siano indicate le curve forward e' irrilevante.

Gli elementi per il calcolo dell'entità dei flussi, necessario per la sua determinazione (cioè durata del contratto, date di pagamento, capitale di riferimento, tasso fisso pattuito, regola di computo degli interessi), sono esplicitamente indicati nel contratto di IRS.

Nel contratto non sono indicati i cd. dati di mercato (a cui occorre far riferimento), ovvero la curva dei fattori di sconto, impiegata per l'attualizzazione dei flussi monetari futuri attesi e per il calcolo dei tassi forward; tali dati sono però pubblicamente disponibili per mezzo di applicativi, quale l'applicativo Bloomberg.

Pertanto, da un lato, i dati necessari per la determinazione del valore del mark to market sono esplicitamente indicati nel contratto o reperibili con gli applicativi pubblicamente disponibili, dall'altro lato, il modello per effettuare la valutazione concreta di tale istituto e' standard, cioè l'unico di uso comune per la valutazione degli strumenti finanziari, oggetto di causa (cioè Interest rate swap del tipo Plain vanilla), non essendovi quindi alcuna necessità di un suo richiamo nel contratto.

In definitiva quindi l'elemento del mark to market risulta pienamente determinabile in via oggettiva, essendo del tutto irrilevante che un determinato contraente sia tecnicamente in grado oppure no (in quanto in possesso o meno delle necessarie conoscenze tecnico – scientifiche) di effettuare il calcolo, e tale conclusione e' confermata proprio dal fatto che, nella fattispecie in esame, il consulente dell'appellata e' stato pienamente in grado di determinare in € 37.780,91 il valore iniziale del mark to market del contratto in questione.

3) In terzo luogo, premesso che alla data di conclusione del contratto di IRS in esame, non era ancora vigente la Comunicazione Consob n. 9010910417 del 2.3.2009, che ha raccomandato di esplicitare nel contratto il valore del fair value, la mancata esplicita indicazione di tale valore non comporta alcuna nullità del contratto di IRS concluso, ma, rilevato che il valore negativo per il cliente costituisce, come detto, il costo della

commissione da questi pagata alla banca per la sua attivita' di assicurazione dal rischio del rialzo del tasso di interesse, potrebbe semmai determinare l'obbligo a carico della banca di restituire al cliente tale importo, in quanto non esplicitamente pattuito, sempre che non si ritenga che lo stesso debba comunque essere liquidato dal giudice, ai sensi dell'art. 1709 c.c., quale compenso spettante alla banca per il servizio fornito, in assenza di sua esplicita determinazione.

A prescindere, pero', dalla sussistenza o meno di tale diritto della banca, SOCIETA' non ha proposto alcuna domanda in tal senso.

4) In ordine all'asserita annullabilita' del contratto per errore essenziale.

Anche l'eccezione di annullabilita' del contratto per errore essenziale e' infondata.

Con riguardo all'asserita mancanza nel contratto delle caratteristiche promesse dal funzionario di banca, l'eccezione e' del tutto generica, in quanto l'appellata non ha indicato ne' quali siano le caratteristiche mancanti nel contratto ne' quali siano state le caratteristiche promesse dal funzionario della banca.

Con riguardo all'asserita assenza nel contratto della finalita' di copertura, l'eccezione e' infondata, atteso che, come esposto nel paragrafo n. 3) di questa sentenza, il contratto IRS in questione corrispondeva pienamente alla causa di proteggere il cliente dal rialzo del tasso di interesse gravante sulla sua posizione debitoria sottostante, come da questi esplicitamente richiesto, ma non aveva certamente la funzione inverosimile di consentire al cliente di lucrare in ogni caso dei guadagni finanziari dalla stipulazione del contratto.

In conclusione quindi il contratto di Interest Rate Swap concluso tra le parti e' pienamente valido, pertanto SOCIETA' e' obbligata a restituire a BANCA la somma di € 1.311.755,17, pacificamente da questa corrispostale (cf. doc. 1 e 2 fascicolo appello dell'appellante), in esecuzione della sentenza di primo grado, con interessi legali ai sensi dell'art. 1284 c. 4 c.c. dal 31.1.2018 (data del pagamento) sino al saldo effettivo.

Le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate secondo i valori medi dello scaglione da € 1.000.000 a € 2.000.000.

Anche il capo della sentenza, con cui il Tribunale ha condannato BANCA s.p.a. al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma di € 2.204, quale sanzione, ai sensi dell'art. 8 c. 4 bis D.Lvo 28/2010, per la mancata partecipazione, senza giustificato motivo, alla procedura di mediazione, deve essere revocato, atteso che la Banca ha invece specificamente documentato di aver trasmesso all'Organismo di Mediazione la propria lettera motivata di non adesione, (cfr. doc. 18 appellante), peraltro avanzando argomentazioni che sono ritenute fondate da questa Corte d'Appello.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, in riforma dell'impugnata sentenza n. 219/2018 del Tribunale di Milano, così dispone:

- 1) Respinge le domande proposte da SOCIETA' s.p.a. nei confronti di BANCA con l'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado.
- 2) Condanna SOCIETA' s.p.a. a restituire a BANCA la somma di € 1.311.755,17, con interessi legali ai sensi dell'art. 1284 c. 4 c.c. dal 31.1.2018 sino al saldo effettivo.
- 3) Condanna SOCIETA' s.p.a. a rifondere le spese di lite sostenute da BANCA che liquida, per il giudizio di primo grado in complessivi € 36.145 e, per il presente giudizio, in complessivi € 32.381, per entrambi i giudizi oltre spese generali del 15% e accessori di legge.
- 4) Revoca la condanna, di cui al capo 4) dell'impugnata sentenza del Tribunale di Milano, di BANCA s.p.a. al pagamento in favore dello Stato della somma di € 2.204.

Così deciso in Milano il 25.6.2020

Il Presidente est. Massimo Meroni

\*Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy

---