

N. R.G. 401/2023



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Sezione prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

Dott.ssa Carla Romana Raineri	Presidente
Dott.ssa Cesira D'Anella	Consigliere rel.
Dott.ssa Beatrice Siccardi	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio d'appello iscritto al numero di ruolo sopra riportato promosso da:

[REDACTED] (**[REDACTED]**), rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Dalmartello e Valentina Tiengo ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in via dell'Annunciata 23/4 Milano, giusta procura generale alle liti in atti

appellante

NEI CONFRONTI DI

[REDACTED], rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED] ed elettivamente domiciliata in Via [REDACTED], giusta procura speciale alle liti in atti

appellata

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per [REDACTED].

Si chiede che la Corte Eccellentissima:

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso,
- respinta ogni avversaria eccezione deduzione e difesa;

Nel merito:

- in accoglimento del presente appello reformi integralmente la sentenza impugnata del Tribunale di Milano n. [REDACTED] del [REDACTED], Giudice Dott.ssa Ambra Carla Tombesi, notificata in data 13.01.2023, ed in accoglimento, anche per gli effetti di cui all'art. 346 c.p.c., di tutte le domande eccezioni formulate con gli atti di primo grado da intendersi in ogni caso espressamente riproposte:

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso;
- respinta ogni contraria domanda, eccezione e deduzione;

In via preliminare:

- accertato il difetto di interesse ad agire attuale e concreto nelle domande di [REDACTED] [REDACTED], dichiarari le domande inammissibili e respinga così le domande promosse da [REDACTED] [REDACTED];

In via preliminare di merito:

- dichiarari intervenuta la prescrizione e respinga così le domande promosse da [REDACTED] [REDACTED] nei termini precisati in narrativa;

Nel merito:

- respinga nel miglior modo le domande tutte le domande promosse da [REDACTED] contro [REDACTED] a. assolvendola da ogni avversaria pretesa;

In via subordinata:

- in denegato caso di accoglimento parziale o integrale delle domande attoree con oggetto il contratto derivato, condanni [REDACTED] a. alla restituzione degli importi a qualunque titolo ricevuti in esecuzione del contratto stesso, nella somma minore o maggiore che dovesse risultare, oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo;

- in denegato caso di accoglimento della domanda di risarcimento del danno, accertata la colpa di cui all'art. 1227, comma 2°, c.c. in capo a [REDACTED], dichiarati il risarcimento non dovuto ovvero, accertata la colpa di cui all'art. 1227 comma 1°, c.c. in capo a [REDACTED], lo diminuisca;

In ogni caso:

- condanni la [REDACTED] a restituire ad [REDACTED] qualsivoglia importo pagato in esecuzione della sentenza impugnata, come da doc. n. 5;

- con vittoria di spese ed onorari di causa, di sentenza e successive occorrente maggiorate di CPA, IVA e 15 % quale contributo forfetario nelle spese generali, per entrambi i gradi di giudizio.

In via istruttoria:

- rigetti tutte le istanze istruttorie di [REDACTED] e segnatamente la richiesta di rinnovazione della CTU, per insussistenza ed infondatezza delle ragioni allegare a sostegno della richiesta.

Per [REDACTED]

Piaccia all'Ecc.ma Corte d'appello adita, *contrariis reiectis*:

NEL MERITO, IN VIA PRINCIPALE respingere l'appello avversario ed ogni motivo, domanda ed istanza ivi contenuta, siccome infondati in punto di fatto e di diritto

e **confermare** integralmente la sentenza impugnata, anche eventualmente con la diversa motivazione che sarà ritenuta di giustizia ed in eventuale accoglimento delle ulteriori domande dell'attrice / appellata ritenute assorbite in primo grado, da intendersi qui riproposte e coltivate, **rigettare** ogni domanda di restituzione delle somme oggetto di adempimento spontaneo rispetto a quanto statuito in primo grado;

NEL MERITO, ULTERIORMENTE respingere l'eccezione di prescrizione avversaria, siccome infondata in punto di fatto e di diritto; **accertare e dichiarare** la natura speculativa del contratto derivato sottoscritto dalle parti e di cui in narrativa, conseguentemente **dichiarare** il difetto di causa concreta del contratto derivato stipulato in data 30.01.2012 (v.si allegati 1, 2, 3 e 4) e, quindi, **dichiarare** la sua nullità ai sensi degli artt. 1418, 1322 e 1325 c.c., per tutti i motivi indicati nell'atto introduttivo e nei successivi scritti difensivi di parte attrice/appellata e **respingendo** ogni difesa, eccezione e deduzione avversaria, anche previamente **accertando e dichiarando** la nullità/annullabilità dell'atto di 'Malleva' allegato alla 'Richiesta di accensione di copertura Tassi', doc. n. 4 al fascicolo avversario; per l'effetto **dichiarare** che l'attrice nulla dovesse *ab origine* alla ██████████ in dipendenza del contratto derivato di che trattasi ed **operati i necessari ricalcoli**, depurando gli estratti conto trimestrali dagli addebiti in contestazione e da ogni ulteriore onere connesso agli importi addebitati / addebitandi in ragione della presunta vigenza del contratto derivato e da ogni altro onere *contra legem* anche eventualmente in esubero al tasso soglia di cui alla L. 108/98, **accertare** l'esatto saldo del conto corrente n. **IT68F0200803039000101764384** in essere

presso ██████████. Filiale di ██████████, ██████████ e confermare la **condanna** della Banca suddetta a restituire, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., tutte le somme indebitamente percepite pari ad € **195.629,57** (alla data del 20.09.2022, salvo successivo ed ulteriore incremento) ovvero le diverse somme che risulteranno di giustizia, a seguito dell'istruttoria. Ogni somma maggiorata degli interessi al saggio legale ex art. 1284, 4°

comma c.c. dalle date di ogni singolo pagamento sino al saldo, oltre al maggior danno ex art. 1224, secondo comma, cod. civ. nelle forme e nella misura indicata da Cass. Sez. Un., n. 19499/2008;

IN SUBORDINE, accertare e dichiarare, ai sensi dell'art. 2475-bis c.c., Il comma, l'assenza di pieni e validi poteri gestori in capo al Sig. [REDACTED] ai fini della stipula del contratto derivato, data l'estraneità dello stesso rispetto all'oggetto sociale di [REDACTED], e quindi **dichiarare** l'inefficacia/annullamento/nullità del contratto IRS OTC per estraneità all'oggetto sociale della [REDACTED]. anche in tal caso **reietta** ogni avversa difesa ed eccezione e, per l'effetto, **dichiarare** che l'attrice nulla debba alla Banca [REDACTED] in dipendenza del contratto derivato di che trattasi ed **operati i necessari ricalcoli**, depurando gli estratti conto trimestrali dagli addebiti in contestazione e da ogni ulteriore onere connesso agli importi addebitati / addebitandi in ragione delle presunta vigenza del contratto derivato e da ogni altro onere *contra legem* anche eventualmente in esubero al tasso soglia di cui alla L. 108/96, **accertare** l'esatto saldo del conto corrente n. **IT68F0200803039000101764384** in essere presso [REDACTED] S.p.a. Filiale di [REDACTED] e confermare la **condanna** della Banca suddetta a restituire, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., tutte le somme indebitamente percepite pari ad **€ 195.629,57** (alla data del 20.09.2022), salvo successivo incremento, ovvero le diverse somme che risulteranno di giustizia, a seguito dell'istruttoria. Ogni somma maggiorata degli interessi al saggio legale ex art. 1284, 4° comma c.c. dalle date di ogni singolo pagamento sino al saldo, oltre al maggior danno ex art. 1224, secondo comma, cod. civ., nelle forme e nella misura indicata da Cass. Sez. Un., n. 19499/2008;

- **IN ULTERIORE SUBORDINE** e sempre con riserva di impugnativa, **accertare e dichiarare** la risoluzione del contratto IRS per grave inadempimento di Banca [REDACTED], per avere detta Banca eseguito un investimento in evidente violazione degli obblighi informativi stabiliti *ex lege* (art. 21 TUF e art. 40 Reg. Consob 16190/2007 e art. 1375 cod. civ.) e, per l'effetto, **respinta** ogni eccezione e difesa avversaria,

dichiarare che l'attrice nulla debba alla Banca [REDACTED] in dipendenza del contratto derivato di che trattasi ed **operati i necessari ricalcoli**, depurando gli estratti conto trimestrali dagli addebiti in contestazione e da ogni ulteriore onere connesso agli importi addebitati / addebitandi in ragione delle presunta vigenza del contratto derivato e da ogni altro onere *contra legem* anche eventualmente in esubero al tasso soglia di cui alla L. 108/98, **accertare** l'esatto saldo del conto corrente n. **IT68F0200803039000101764384** in essere presso [REDACTED], Filiale di [REDACTED] e confermare la **condanna** della Banca suddetta a restituire a [REDACTED], ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., tutte le somme indebitamente percepite pari ad € **195.629,57** (alla data del 20.09.2022), salvo successivo incremento ovvero le diverse somme che risulteranno di giustizia a seguito dell'istruttoria. Ogni somma maggiorata degli interessi al saggio legale ex art. 1284, comma 4° c.c. dalle date di ogni singolo pagamento sino al saldo, oltre al maggior danno ex art. 1224, secondo comma, cod. civ. nelle forme e nella misura indicata da Cass. Sez. Un., n. 19499/2008;

IN ULTIMO E DENEGATO SUBORDINE, ovverosia nell'ipotesi denegata in cui la Corte d'appello ritenesse valido ed efficace il contratto di *swap* impugnato e sempre salvo impugnazione, **accertare e dichiarare** la violazione degli obblighi informativi stabiliti *ex lege* (art. 21 TUF e art. 40 Reg. Consob 16190/2007 e art. 1375 cod. civ.) e tenuto conto dell'inversione dell'onere della prova ex art. 23, comma 6°, TUF **accertare e dichiarare** la responsabilità risarcitoria (extracontrattuale ovvero contrattuale) della Banca convenuta **con integrale rigetto** delle difese ed eccezioni avversarie; conseguentemente **condannare** [REDACTED], a risarcire/rifondere alla società attrice tutti i danni conseguenti alla stipulazione dello *swap*, nella somma che risulterà di giustizia a seguito dell'istruttoria, da liquidarsi, se del caso, anche in via equitativa. Ogni somma maggiorata degli interessi al saggio legale ex art. 1284, 4° comma c.c. da singolo pagamento sino al saldo, oltre al maggior danno ex art. 1224, secondo comma, cod. civ., nelle forme e nella misura indicata da Cass. Sez. Un., n. 19499/2008;

IN RITO, IN SUBORDINE ED IN VIA ISTRUTTORIA disporre integrale rinnovo della esperita CTU, per tutto quanto indicato in narrativa e nelle osservazioni della CTP Dott.ssa Berellini da intendersi qui richiamate e, soprattutto, per la inattendibilità scientifica delle cc.dd. *curve forward* quale parametro di valutazione contrattuale impiegato dal precedente Ausiliario;

IN OGNI CASO con **vittoria** di spese e compensi di lite per entrambi i gradi di giudizio, ivi comprese le spese di mediazione, oltre al rimborso forfettario (15 %) come per legge, C.I. ed Iva e la **conferma** della **condanna** della convenuta/appellante al rimborso delle anticipazioni versate dall'attrice al CTU (pari ad € 3.804,02), ponendo a carico della stessa convenuta/appellante, definitivamente ed integralmente, i compensi dell'ausiliario.

Con riserva di agire in separata sede, per la declaratoria di inefficacia/nullità/annullamento del contratto di *leasing* sottostante.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. ██████████. agiva in giudizio davanti al Tribunale di Milano nei confronti di ██████████ ██████████ in relazione ad un contratto di *interest rate swap*, stipulato con la convenuta il 30.01.2012 per l'importo nozionale pari ad € 910.676,01 per la "*copertura tassi a fronte di leasing fotovoltaico FF 1346504 del 16.12.2011*".

Parte attrice chiedeva, in principalità, di dichiarare la nullità del contratto derivato per difetto di causa; in subordine formulava domanda di nullità del contratto per estraneità all'oggetto sociale, in quanto il rappresentante legale della società attrice non aveva il potere di stipulare il contratto; in ulteriore subordine domandava la risoluzione del contratto per violazione degli obblighi informativi, con la conseguente condanna della convenuta alla restituzione dei differenziali negativi corrisposti in esecuzione del contratto.

██████████, si costituiva in giudizio contestando le avverse domande e chiedendone il rigetto.

2. Il Giudice di prime cure, dopo aver istruito la causa mediante l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, con la pronuncia impugnata accoglieva la domanda di nullità del contratto di *interest rate swap* per difetto di causa e condannava la convenuta alla restituzione dei differenziali corrisposti in esecuzione del contratto, pari all'importo di euro 176.329,74 alla data del 12.05.2021, oltre agli interessi moratori dall'11.5.2020 al saldo e alla rifusione delle spese processuali.

3. Il Tribunale osservava in particolare che ██████████, al momento della stipulazione del contratto, oltre a fornire le informazioni generali sul funzionamento dell'*interest rate swap*, aveva fornito documentazione riassuntiva delle caratteristiche del derivato, dando evidenza specifica sia in termini percentuali che monetari dell'incidenza della remunerazione della banca e dei costi di copertura del c.d. rischio di mercato sul valore del *mark to market iniziale* il quale, tuttavia, non risultava specificato, così come non risultavano forniti al cliente i dati previsionali in forza dei quali era stato fissato il tasso parametro del cliente nella misura del 2,537%.

Rilevava inoltre che la causa concreta dell'acquisto del derivato, pacifica e comune alle parti, era quella di affiancare al contratto di *leasing* stipulato da ██████████ con ██████████ ██████████, uno strumento derivato che offrisse una copertura rispetto al rischio di variazione del tasso di interesse al quale era indicizzato il canone convenuto nel contratto di *leasing*, bilanciando quindi il rischio di variazione del tasso di indicizzazione con il rischio derivante dal funzionamento del derivato.

Ciò premesso, osservava che “*nonostante l'elevata correlazione tra lo swap ed il leasing (derivante dall'identica durata, dall'identico capitale di riferimento, dalla minima sfasatura del tasso di riferimento e della periodicità di esecuzione dei*

pagamenti relativi ai due contratti) e nonostante il derivato [avesse] finanziariamente una funzione di copertura rispetto al rischio correlato all'andamento di tasso di indicizzazione del leasing, la presenza di una clausola c.d. floor nel contratto di leasing consentisse di escludere sin dal momento della stipulazione del contratto, e quindi in astratto ed in un'ottica prognostica, la sussistenza di alcuna alea nello scenario di abbassamento del valore dell'euribor 3 mesi sotto lo 0,3%, preso come limite minimo di variazione al ribasso del tasso di indicizzazione per la determinazione del canone di leasing dall'art. 4 dell'all. 2 al contratto di leasing" (così pag. 8 sentenza di primo grado).

Riteneva pertanto che in questo scenario (le cui probabilità di verifica erano state stimate dalla c.t.u. nella percentuale media semplice non statisticamente irrilevante del 13,89%) la convenuta avesse la certezza contrattuale di incassare i differenziali negativi progressivamente sempre crescenti per la cliente, senza alcun correlato beneficio per la cliente stessa, derivante dalla riduzione del canone di *leasing* e senza che la cliente avesse alcuna esigenza di copertura in relazione al rischio di variazione del tasso di interesse, già interamente stabilizzato nell'ambito del contratto di *leasing*; sicché in tale evenienza non solo mancava completamente ed in astratto la sussistenza della causa concretamente perseguita dalle parti con la stipulazione del derivato di copertura rispetto alla variazione del tasso di indicizzazione, ma inoltre l'intermediario non aveva assunto alcun rischio rispetto alla determinazione del valore del differenziale di cui sarebbe risultato creditore.

Sulla base di tali presupposti il primo Giudice riteneva che la disciplina della clausola *floor* travolgesse la validità dell'intero contratto per mancanza della causa di copertura comune alle parti nonché per insussistenza in astratto dell'alea in relazione a tutte le variazioni del tasso parametro inferiori allo 0,3%.

4. ██████████. ha interposto appello avverso tale pronuncia per i motivi che saranno di seguito esaminati e ha concluso chiedendo, in sua integrale riforma, il rigetto delle domande proposte nei suoi confronti da ██████████. e la condanna della controparte alla restituzione di quanto pagato in esecuzione della sentenza impugnata.

Parte appellata si è costituita in giudizio insistendo per il rigetto dell'appello e riproponendo anche le domande dichiarate assorbite nella pronuncia di primo grado.

La causa è stata posta in decisione all'udienza collegiale del 20 marzo 2024 sulle conclusioni in epigrafe specificate, previa assegnazione alle parti dei termini di rito per il deposito degli scritti conclusionali.

MOTIVI DELLA DECISIONE

5. Con il primo motivo ██████████ lamenta l'errata individuazione da parte del Tribunale della causa concreta, che le parti avevano inteso attribuire al contratto.

Osserva a questo riguardo che, come si evince dall'esame del testo negoziale, al momento della stipulazione del contratto la Società aveva espressamente dichiarato alla Banca di non essere interessata ad una copertura in termini di perfetta sovrapposibilità del derivato al *leasing* sottostante, volendo esclusivamente la coincidenza tra il Tasso Variabile di indicizzazione del *Leasing* ed il Tasso Parametro Variabile di riferimento del derivato e tra le rispettive date di rilevazione.

Pertanto, l'individuazione della causa di copertura doveva essere condotta prendendo in considerazione la funzione specifica di copertura, così come individuata e condivisa dalle parti.

6. Con il secondo motivo l'appellante lamenta che la sentenza di primo grado abbia erroneamente interpretato le conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio, dalla quale

era emersa, contrariamente a quanto affermato dal primo Giudice, l'elevata correlazione dello *swap* con il *leasing* e la equilibrata distribuzione delle alee tra le parti.

7. Con il terzo motivo l'appellante ha censurato la pronuncia evidenziando che, secondo quanto previsto dalla Comunicazione Consob n. 99013791 del 26.2.1999, non può essere negata la funzione di copertura del derivato, allorché sussista un'elevata correlazione con il sottostante.

8. Con il quarto motivo ha censurato la pronuncia, nella parte in cui ha condannato l'Istituto di credito alla restituzione dei differenziali percepiti in corso di esecuzione del contratto, osservando che i flussi di addebito del derivato non possono essere considerati pagamenti ripetibili, ai sensi dell'art. 2033 c.c.

9. Con il quinto motivo l'appellante lamenta che la sentenza di primo grado, pur non avendo preso posizione sul tema dell'indicazione del *mark to market* iniziale, stante l'assorbimento della relativa domanda, abbia erroneamente affermato che il *mark to market* iniziale non risultasse specificato: osserva, in senso contrario, che nel documento contrattuale erano stati indicati i costi e gli oneri a carico del Cliente, che incidevano sul *mark to market* dell'operazione nella misura € 27.780,24 e la consulenza tecnica d'ufficio aveva riscontrato che non sussistevano costi occulti non esplicitati nel contratto.

10. Parte appellata ha contrastato le avverse argomentazioni evidenziando, in primo luogo, che il contratto stipulato dalle parti è privo di causa in concreto, in quanto l'attrice "*si era obbligata a pagare alla controparte (oltre agli interessi del contratto di leasing sottostante, pari al 5,92%) ulteriori interessi per l'applicazione di un tasso di interesse annuo pari alla differenza tra la 'gamba fissa' del derivato (2,69 %) e*

l'Euribor 3 mesi, ovvero sulla base di un parametro che nei mesi precedenti alla sottoscrizione del derivato si era sempre attestato al di sotto di tale valore” (così pag. 17 comparsa di risposta).

Di conseguenza, per rendere l'operazione "pair", la Banca avrebbe dovuto corrispondere all'attrice il c.d. *up front*, cioè una somma pari alla differenza di valore dei flussi esistente al momento della stipulazione del contratto, cosa pacificamente non avvenuta. Tale somma costituisce, quindi, ad avviso di parte appellata, un costo implicito dell'operazione, occultato da [REDACTED] al momento della stipulazione del contratto.

11. Rileva inoltre che, affinché l'alea possa considerarsi "razionale", debbono essere definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza, gli scenari probabilistici e le conseguenze contrattuali al verificarsi degli eventi. Ribadisce, pertanto, la domanda di nullità del contratto, perché al momento della sua conclusione non era stato indicato il *mark to market*.

12. L'appellata ha altresì rinnovato la domanda di nullità del contratto per mancanza di collegamento con l'oggetto sociale della società e dolo della controparte contrattuale [REDACTED], evidenziando che – come si evince dalla visura della società - la stipula del contratto derivato esula dall'oggetto sociale – e, quindi, dai poteri dell'amministratore unico.

13. Ha rinnovato, infine, la domanda di risoluzione del contratto per violazione degli obblighi informativi osservando che, per sottoscrivere un contratto derivato del tipo *Interest rate swap – OTC*, occorre essere classificati dalla propria Banca come clienti effettivamente dotati di alta esperienza in materia e con profilo di rischio alto; tale esperienza non era riscontrabile nel caso dell'amministratore di [REDACTED], [REDACTED]

██████████ in considerazione del fatto che lo stesso non aveva mai sottoscritto investimenti di siffatta tipologia.

14. In relazione alle doglianze svolte dall'appellante, la Corte osserva quanto segue.

La consulenza tecnica d'ufficio espletata nel giudizio di primo grado ha permesso di accertare che il contratto oggetto di causa è uno *swap* su tasso di interesse (*interest rate swap*) che rientra nella tipologia *plain vanilla*.

Il consulente tecnico d'ufficio ha evidenziato che con lo *swap* su tasso d'interesse le parti si impegnano a scambiarsi reciprocamente a frequenze prestabilite (in questo caso mensili) su un capitale predefinito (in questo caso in ammortamento) un flusso di interessi calcolati sul predetto capitale ad un tasso fisso (a carico del Cliente) e un flusso calcolato a tasso variabile (a carico della Banca), denominati nella stessa valuta (euro). Il funzionamento dell'IRS è il seguente: in corrispondenza di ogni data di regolazione dei flussi scambiati si calcolano gli interessi di entrambe le parti sul capitale di riferimento e si procede alla liquidazione della differenza tra i due flussi.

In particolare:

- se il tasso fisso (2,537%) risulterà superiore al valore del tasso variabile (euribor 3M) il contraente tenuto al pagamento del flusso a tasso fisso (Cliente) dovrà versare l'importo differenziale al contraente tenuto al pagamento del flusso al tasso variabile (Banca);
- se il tasso variabile (euribor 3M) risulterà superiore a quello fisso (2,537%) il contraente tenuto al pagamento del flusso a tasso fisso (Cliente) incasserà il differenziale dal contraente tenuto al pagamento del flusso a tasso variabile (Banca)" (così testualmente c.t.u. del 27.5.2022, p. 12).

Da un punto di vista finanziario "la modalità di funzionamento dell'IRS consente ad un soggetto indebitato a tasso variabile di fissare il costo del proprio debito, poiché i

differenziali scambiati tra Cliente e Banca compensano le variazioni degli interessi sul debito sottostante, purché sia rispettato il requisito della correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'indebitamento sottostante e quelle del derivato di copertura. Nel contempo l'acquirente dello swap (soggetto pagatore del tasso fisso), in scenari di tassi decrescenti, rinuncia a beneficiare di tassi d'interesse inferiori al tasso fisso dello swap (2,537% nell'IRS oggetto di causa) poiché i minori tassi versati sull'indebitamento vengono compensati dai differenziali che il Cliente versa alla Banca (così pagg. 12 e ss. CTU).

Quanto all'assolvimento della funzione di copertura, il CTU ha precisato che "affinché si realizzi tale effetto, il derivato deve essere atto a produrre una sostanziale compensazione tra le oscillazioni dei flussi connessi al debito e quelli del derivato, producendo l'effetto della stabilizzazione del tasso dell'indebitamento [...].

Il concetto di copertura è definito nel comunicato CONSOB del 26.01.1999, come riduzione della rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente.

Sussiste tale finalità quanto il contratto sia esplicitamente fatto a tale fine ed esista **elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico – finanziarie** (scadenza, tasso di interesse, tipologia etc.) **del debito e quelle del contratto IRS**" (così pag. 14 relazione peritale).

Il consulente tecnico d'ufficio ha poi rilevato che nel caso in esame le caratteristiche tecnico – finanziarie del contratto di leasing e dell'IRS "sono altamente correlate, benché sussistano delle fasature. La differenza tra i due contratti che incide negativamente sulla funzione di copertura è la presenza del *floor* nel contratto di leasing, che non è contemplata nell'IRS" (così pag. 20 relazione peritale).

In particolare, "per valori dell'euribor 3M pari o inferiori allo 0,3%, il tasso Parametro a cui sono indicizzate le rate del leasing (TP) diventa fisso a livello del floor 0,3% (linea

gialla costante); la presenza del floor nel leasing (0,3% livello minimo di TP) impedisce l'effetto di stabilizzazione del tasso per valori dell'euribor 3M pari o inferiori allo 0,3%”.

Sulla base di tali presupposti, il CTU ha concluso che “la presenza del floor nel leasing (0,3% livello minimo di TP), rompe la relazione di copertura ed impedisce l'effetto di stabilizzazione del tasso per valori dell'euribor 3M pari o inferiori allo 0,3%; la probabilità, implicita nelle quotazioni di mercato alla data di stipula dell'IRS (in ottica ex ante, previsionale), del verificarsi di valori del tasso euribor 3M inferiori allo 0,3% durante la vita dell'IRS è pari al 13,89% e può essere assunta come misura, ex ante, dell'inefficacia di copertura dell'IRS” (così pag. 27 relazione peritale).

Orbene, come si evince dall'esame della consulenza tecnica d'ufficio, l'*interest rate swap* stipulato dalle parti è un contratto con finalità di copertura, salvo che per valori dell'Euribor inferiori allo 0.3%.

Ciò non significa, peraltro, come invece ha affermato il Giudice di prime cure, che le modeste sfasature riscontrate dal CTU comportino l'assenza, *ex ante*, della funzione di copertura, in quanto lo stesso CTU ha accertato che i due contratti sono altamente correlati dal punto di vista tecnico-finanziario.¹

Tale condizione è sufficiente per ritenere soddisfatta la funzione di copertura, come affermato dalla Consob nella comunicazione n. 99013791 del 26.2.1999, richiamata anche dal CTU, la quale prevede che: “*le operazioni su strumenti finanziari derivati ordinate dai clienti potranno essere considerate "di copertura" quando ... 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*”.

¹ Come specificato dal CTU (v. pag. 15) la correlazione tra due variabili, nel significato statistico del termine, si verifica allorché una di esse tende a variare con approssimazione più o meno grande in funzione dell'altra.

Pertanto, in considerazione dei principi tecnico-finanziari richiamati dalla Consob nella Comunicazione del 26.2.1999, deve ritenersi che l'elevata correlazione tra il contratto derivato oggetto di causa e l'indebitamento sottostante, come riscontrato dal consulente tecnico d'ufficio, sia idonea a dimostrare che l'operazione posta in essere dalle parti assolva la funzione di copertura.

La stessa Corte di legittimità, del resto, ha precisato a questo riguardo che “nel valutare, ai sensi della norma dell'art. 1322 cod. civ., la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato IRS, il giudice non può comunque prescindere dalle prescrizioni normative di cui all'art. 21 TUF e all'art. 26 Regolamento Consob n. 11522, nonché, per i contratti IRS con funzione di copertura, dalla verifica dell'effettivo rispetto della condizioni stabilite dalla Consob con la Determinazione del 26 febbraio 1999” (così Cass. sentenza n. 19013/17).

Pertanto, nel caso di specie, le caratteristiche del derivato, valutate secondo i principi fissati dalla Consob con la Comunicazione n. 99013791 del 26.2.1999, consentono di affermare che il contratto di *interest rate swap* oggetto di causa persegue non solo la funzione di copertura (che non può essere intesa come sovrapposizione totale rispetto al rischio sotteso al contratto base), ma anche un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

15. Occorre poi considerare – come correttamente evidenziato da parte appellante - che al momento della conclusione del contratto [REDACTED] non si è limitata ad esprimere una generica volontà di stipulare un contratto derivato di copertura dal rischio di tasso del *leasing*, ma ha indicato espressamente le caratteristiche tecniche dell'operazione di *swap* che rispondevano al suo interesse negoziale, specificando, nella “richiesta accensione copertura tassi ammortamento” (v. doc. 4 fascicolo parte appellante) di non essere interessata ad una copertura in termini di perfetta sovrapposibilità del derivato al *leasing* sottostante, mirando esclusivamente alla coincidenza tra il Tasso Variabile di

indicizzazione del *Leasing* ed il Tasso Parametro Variabile di riferimento del derivato e tra le rispettive date di rilevazione.

Si legge, infatti, in tale documento quanto segue: “*siamo consapevoli che, in conseguenza di quanto sopra, la Copertura Tassi richiesta non raggiunga la perfetta sovrapposibilità al Leasing sottostante; tuttavia siamo certi che ne assicuri la quasi totalità. Pertanto ci riteniamo completamente soddisfatti nel nostro scopo di assicurarci dal Rischio di Tasso, accedendo la copertura Tassi nella forma e nei termini in richiesta*”.

Ciò significa, quindi, che la funzione di copertura era stata concordata in tali termini dalle parti che, nell’ambito della loro autonomia contrattuale, avevano inteso porre in essere un’operazione in derivati, nella consapevolezza di non poter raggiungere una perfetta sovrapposibilità al leasing sottostante.

Le considerazioni che precedono evidenziano, quindi, diversamente da quanto affermato dal Giudice di prime cure, la sussistenza della causa di copertura e la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti.

16. In relazione agli altri profili di nullità, riproposti dall’appellata in questo grado del giudizio, si osserva quanto segue.

L’omessa informativa in merito agli scenari probabilistici non assume rilevanza nel caso di specie, in quanto il contratto in derivati del quale si controverte è rappresentato da un’operazione *plain vanilla* di obiettiva semplicità, nella quale gli esiti attesi sono immediatamente verificabili (ad esempio, esaminando la tendenza dei tassi euribor, pubblicati su siti internet facilmente accessibili).

Con riguardo al *mark to market* del contratto, occorre considerare che al momento della conclusione del contratto di *interest rate swap* l’istituto di credito ha compiutamente indicato (v. doc. n. 6 fascicolo parte appellante) tutti i costi dell’operazione,

distinguendo la componente remunerativa della Banca e la componente di copertura del rischio di mercato.

Lo stesso consulente tecnico d'ufficio ha riscontrato che il valore teorico alla data del 30.01.2012 era negativo per il cliente e pari ad € 29.165 e che, calcolato oggi in ottica *ex ante*, tale valore è compatibile con l'ammontare dei costi indicati nel contratto, non sussistendo costi occulti ulteriori rispetto a quelli esplicitati nel documento contrattuale (così pag. 46 relazione peritale).

Ciò evidenzia, pertanto, che il *mark to market* era stato chiaramente esplicitato nel contratto e non conteneva voci occulte.

È parimenti infondata la domanda di nullità del contratto per mancanza di collegamento con l'oggetto sociale della società, dal momento che i compiti dell'amministratore, diretti all'attuazione dell'oggetto sociale includono anche quelli, strettamente connessi, inerenti la gestione economico-finanziaria della società, che comprendono anche la stipulazione di contratti di locazione finanziaria e in derivati.

Quanto alla domanda di risoluzione del contratto per inadempimento degli obblighi informativi, deve rilevarsi che dall'esame dell'accordo quadro di *Interest Rate Swap* (v. doc. 7 fascicolo parte appellante) risulta che il Cliente aveva fornito alla Banca tutte le informazioni sulle proprie conoscenze ed esperienze in materia di investimenti in strumenti finanziari (così Lett. F); la Banca aveva consegnato al Cliente il documento informativo sui servizi di investimento proposti (così Lett. G) e aveva fornito tutte le informazioni sulla natura e i rischi degli strumenti finanziari, ai quali si applicava l'accordo quadro (così Lett. H).

Prima della conclusione dell'operazione il Cliente aveva, inoltre, riconosciuto che la Banca aveva "verificato preventivamente l'adeguatezza, consegnandoci in data 30/01/2012 l'apposito "*verbale di esito consulenza – valutazione adeguatezza*" (così doc. 6 fascicolo parte appellante) dell'operazione in derivati, perché "*in linea con il ...*

profilo finanziario e con le ulteriori informazioni disponibili” (v. doc. 3 fascicolo parte appellante).

Deve pertanto ritenersi, in considerazione delle complete informazioni fornite dall’Istituto di credito circa la natura e i rischi dell’operazione in derivati e della riscontrata adeguatezza dell’operazione rispetto al profilo di rischio dell’investitore, che la Banca abbia adeguatamente assolto gli obblighi informativi previsti dalla normativa di settore.

Né del resto parte appellata ha evidenziato la sussistenza di elementi di segno contrario, idonei a dimostrare le contestate carenze informative.

17. Le considerazioni che precedono conducono all’integrale riforma della sentenza impugnata e al conseguente rigetto delle domande proposte da ██████████, con assorbimento degli ulteriori motivi di appello principale ed incidentale.

La riforma della sentenza comporta la condanna di ██████████ alla restituzione di quanto versato dall’appellante in esecuzione della pronuncia di primo grado, pari all’importo di euro 252.355,72, come risulta dalla contabile bancaria, prodotta da parte appellante quale doc. n. 5, sul quale andranno computati gli interessi legali dalla data del versamento al saldo.

18. Il pagamento delle spese di lite del doppio grado di giudizio segue la soccombenza.

Tali spese sono liquidate come da dispositivo, in applicazione del D.M. n. 147/2022, secondo i valori medi dello scaglione di riferimento.

Il pagamento delle spese della consulenza tecnica d’ufficio, svolta nel giudizio di primo grado, deve essere posto definitivamente a carico di ██████████, soccombente, nella misura liquidata in prime cure.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [REDACTED] avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. [REDACTED] resa in data 23 dicembre 2022 e pubblicata in pari data, così provvede:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, respinge le domande proposte nel giudizio di primo grado da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED];
- condanna [REDACTED] alla restituzione di quanto versato dall'appellante in esecuzione della pronuncia di primo grado, pari all'importo di euro 252.355,72, oltre interessi legali dal versamento al saldo;
- condanna [REDACTED] a rifondere ad [REDACTED] le spese del giudizio di primo grado, che liquida in euro 10.860,00 per compensi, oltre al rimborso spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge, nonché le spese del giudizio di secondo grado, che liquida in euro 9.991,00 per compensi, oltre al rimborso spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge;
- pone le spese della consulenza tecnica d'ufficio definitivamente a carico di parte appellata.

Così deciso in Milano, in camera di consiglio, il 13 giugno 2024

Il consigliere est.

Cesira D'Anella

Il Presidente

Carla Romana Raineri