



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Corte d'Appello di Venezia

Prima Sezione civile

R.G. 76/2019

La Corte d'Appello di Venezia, riunita in camera di consiglio nelle persone dei seguenti

Magistrati:

Dott. Caterina Passarelli

Presidente rel.

Dott. Alberto Valle

Consigliere

Dott. Alessandro Rizzieri

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al ruolo il 10/01/2019, promossa con atto di citazione

da

(C.F.) rappresentata e difesa in giudizio

dall'avv.

con domicilio eletto presso

il loro studio in Venezia, come da procura allegata all'atto di citazione in appello;

appellante

contro

(C.F.) rappresentata e difesa in giudizio



dall'avv. _____ con domicilio eletto presso il suo studio, come da procura allegata alla comparsa di costituzione in appello;

appellato

Oggetto: Appello avverso la sentenza n. 2309 emessa il 10/12/18 dal Tribunale di Padova (Giudice dott. Giorgio Bertola).

CONCLUSIONI

Per parte appellante:

in via principale: riformare la sentenza impugnata per tutte le ragioni in fatto ed in diritto esposte in atti e, dunque, respingersi le domande tutte proposte dalla _____ nei confronti di _____, accogliendo così le conclusioni come formulate nel corso del primo grado di giudizio e disattese da parte del Tribunale di Padova, qui di seguito pedissequamente riportate:

- a) in via principale: respingere tutte le domande formulate dalla (_____), in quanto prescritte, inammissibili ed infondate, in fatto e in diritto, per le ragioni esposte in narrativa, assolvendo _____ da ogni avversaria pretesa;
- b) in via subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle avverse pretese:
 - (i) rideterminare e quantificare il danno risarcibile, ovvero l'importo eventualmente dovuto in favore della _____ alla luce delle considerazioni svolte in atti dalla scrivente difesa, anche con condanna ex art. 1458 cod. civ. alla restituzione degli eventuali



accreditamenti ricevuti o ricevendi dalla società attrice in considerazione del contratto in essere;

(ii) accertare e dichiarare il concorso colposo della _____, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., per i motivi esposti in atti;

c) in via istruttoria: si richiamano le produzioni documentali offerte nel corso del giudizio, chiedendo, senza inversione dell'onere della prova, l'ammissione della prova testimoniale sui capitoli di prova di seguito articolati, indicando quali testimoni i Sigg.ri _____

_____ a (elettivamente domiciliati presso _____):

(1) "vero che, nei primi mesi dell'anno 2011, il Dott. _____ specialista della _____ di negoziazione di derivati finanziari, fu contattato dal Sig. _____ il quale riferiva di voler negoziare un derivato finanziario di copertura rispetto al contratto di leasing stipulato dalla _____, contratto di locazione finanziaria concluso per il tramite del Dott. _____?";

(2) "vero che, successivamente, in data 5.4.2011, si tenne presso la filiale della Banca un incontro tra i Sigg.ri _____ nel corso del quale vennero rappresentati a quest'ultimo, legale rappresentante della _____, diverse soluzioni per operare una copertura specifica relativamente al contratto di locazione finanziaria _____ stipulato con _____ documento n. 4 che si rammostra al teste?";

(3) "vero che, in occasione dell'incontro di cui al capitolo che precede, il Dott. _____ illustrò al Sig. _____, legale rappresentante della _____, diverse tipologia di strumenti finanziari derivati tra cui il contratto denominato "Tasso Certo IRS"



(7) “vero che, sempre in occasione dell’incontro del 5.4.2011, il Dott. _____ spiegò al Sig. _____, legale rappresentante della _____, che ogni operazione relativa a strumenti finanziari derivati avrebbe potuto comportare, oltre agli addebiti previsti dalla regolamentazione periodica, un ulteriore costo relativo alla estinzione anticipata del contratto derivato, indicato periodicamente dalla banca alla voce “mark to maket”, peraltro da rappresentare all’interno del bilancio della società?”;

(8) “vero che, sempre in occasione dell’incontro del 5.4.2011, il Dott. _____ spiegò al Sig. _____, legale rappresentante della Cc _____, le caratteristiche specifiche del derivato “Tasso Protetto CAP”, mediante il quale la società avrebbe acquistato una opzione per la tutela della stessa società nel caso di superamento della soglia eventualmente indicata, ma tale contratto avrebbe comportato un importante esborso per la società già alla sottoscrizione?”;

(9) “vero che, sempre in occasione dell’incontro del 5.4.2011, a seguito di ampio confronto in merito alle specifiche caratteristiche dei contratti derivati e consegna della relativa documentazione di spiegazione dei contratti derivati di copertura, il Sig. _____, legale rappresentante della _____, rappresentò la volontà di negoziare un derivato “Tasso Certo IRS”?”;

(10) “vero che, sempre in occasione dell’incontro del 5.4.2011, il Sig. _____ legale rappresentante della _____, e la _____ procedevano alla formalizzazione del “contratto [avente ad oggetto la] prestazione [dei] servizi di investimento” dedicato alle persone giuridiche, documento n. 5 che si rammostra al teste, nonché l’“accordo normativo per l’operatività in strumenti finanziari derivati OTC su tassi di interesse e valute”, documento n. 6 che si rammostra al teste?”;



(11) “vero che, in occasione della formalizzazione dei rapporti contrattuali prodromici alla negoziazione di strumenti finanziari, di cui al capitolo che precede, venivano acquisite le informazioni ai fini della valutazione della adeguatezza degli investimenti, documento n. 7 che si rammostra al teste, di cui agli artt. 40 e ss Regolamento Consob n. 16190/2007 e, in particolare, il Sig. _____, legale rappresentante della _____, dichiarò che la società aveva una conoscenza generale degli strumenti finanziari presenti sui mercati e, soprattutto, un aggiornamento continuo sull’andamento dei mercati finanziari?”;

(12) “vero che, in seguito, trascorsa quasi una settimana dall’incontro avuto dai Sigg.ri _____, quest’ultimo contattò il Sig. _____

al fine di concludere l’operazione relativa al contratto derivato “Tasso Certo” in quanto vi erano stati ribassi nelle quotazioni dei tassi di interesse?”;

(13) “vero che, in data 11.4.2011, venne concluso il contratto derivato “Tasso Certo” con cui la società e la Banca avrebbero scambiato, sul valore nozionale di Euro 2.818.000,00 (in ammortamento) rispettivamente il tasso fisso 3,75% ed Euribor 3 mesi, mensilmente, per la durata di diciotto anni, come si evince dal documento n. 8 che si rammostra al teste?”;

(14) “vero che, sempre in occasione della circostanza che precede, il Dott. I. _____ spiegò al Sig. _____, legale rappresentante della _____, che l’operazione prevedeva un costo di copertura pari allo 0,271% del capitale di riferimento, un margine per la banca pari allo 0,587 % del capitale di riferimento, un valore iniziale del contratto derivato pari allo 0,858% del capitale di riferimento, nonché un esborso massimo del 2,664% del capitale di riferimento, come si evince dalla Sezione D del documento n. 8 che si rammostra al teste?”;



(15) “vero che, negli anni successivi alla conclusione del contratto derivato, il Sig.

, legale rappresentante della , chiedeva al Dott.

incontri al fine di valutare altri strumenti finanziari di copertura relativi a finanziamenti in essere, nonché modificare la struttura del contratto derivato stipulato in data 11.4.2011 dalla società?”;

(16) “vero che, in particolare, nell’autunno dell’anno 2014, si tenne un incontro tra i Sigg.ri , nel corso del quale venne illustrata alla società la possibilità di operare una “rispalmatura” del derivato in essere, ma la società dichiarò la propria volontà di mantenere l’operazione conclusa l’11.4.2011?”.

d) sempre in via istruttoria: insistendo nella reiezione integrale delle avversarie istanze istruttorie, si chiede - nel caso di ammissione della prova orale dedotta dalla attrice - l’abilitazione a prova contraria indicando quali testi i Sigg.ri

(3) sempre in via principale ed in ogni caso: riformare, in tutto o in parte, la sentenza impugnata per tutte le ragioni in fatto ed in diritto esposte in atti e, dunque, condannare - nel caso di adempimento all’esecuzione della pronuncia di primo grado - alla restituzione, in tutto o in parte, delle somme versate in suo favore, oltre interessi legali;

(4) in ogni caso, con vittoria di spese e competenze dei due gradi del giudizio.

Per parte appellata:

Voglia l’Ill.ma Corte d’Appello di Venezia, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione e previe le opportune declaratorie, previo rigetto di ogni eccezione, domanda e/o istanza avversaria così giudicare:



- DISPORRE LA RINNOVAZIONE DELLA CTU svolta dal Dott. _____ e/o dichiararne la nullità ovvero assumere le decisioni che riterrà più opportune per le ragioni già indicate “nell’istanza di rinnovazione della ctu” del 14.09.2020 come da conclusioni rassegnate; in ogni caso con eliminazione di ogni questione non oggetto di quesito e non provata dai documenti agli atti;
- NEL MERITO: rigettare, in quanto inammissibili e infondati, tutti i motivi di appello proposti _____, confermando la sentenza n. 2329 dell’anno 2018 del Tribunale di Padova G.U. Dott. Bertola, depositata il 11/12/2018 resa nell’ambito del giudizio già rubricato al n. 6118 dell’anno 2016 oggi oggetto di gravame e tutte le statuizioni in essa contenute;
- e per l’effetto condannare _____ al pagamento anche dei flussi differenziali medio tempore corrisposti da _____ dalla data di sentenza di primo grado alla decisione definitiva, oltre (ed in parziale riforma dalla decisione) agli interessi legali dal pagamento di ogni singolo flusso al saldo definitivo. In ogni caso respingere le istanze istruttorie per i motivi di cui è narrativa;
- IN SUBORDINE: nella denegata ipotesi di mancata conferma della sentenza n. 2309 dell’anno 2018 del Tribunale di Padova accogliere, con la miglior formula, le domande di _____ già svolte in primo grado e riproposte ex art. 346 c.p.c. al paragrafo 5 nella costituzione in appello nullità/risoluzione del contratto ex art. 21 D.Lvo 58/98 e Consob 16190/17 e ss. mm. TUF, nullità del contratto per la violazione dell’art. 30 co. 7 D.Lvo 58/21998 e TUF), secondo le conclusioni di seguito ritrascritte “In via principale: riconosciuta ed accertata la nullità ex tunc del contratto IRS n. 27756112 per tutto quanto dedotto nel presente atto di citazione, per l’effetto condannare la banca convenuta al



pagamento in favore della società attrice della somma di €. 415.266,23 pari ai flussi differenziali indebitamente corrisposti nonché degli altri medio tempore pagati nel corso del giudizio, o di quella maggiore o minore che risulterà di giustizia anche a seguito di idonea CTU, oltre ad interessi legali dal pagamento di ogni singolo flusso al saldo effettivo.

In subordine: accertato e dichiarato la violazione da parte della convenuta degli obblighi comportamentali previsti dall'art. 21 del D. Lvo n. 58/98 e dalle disposizioni contenute nel Reg. Consob n. 16190/07, nonché' dei precetti di cui agli artt. 1175, 1176 e 1337 dichiarare la risoluzione del contratto IRS e per l'effetto condannarla al pagamento, in favore della società attrice, della somma di €. 415.266,23 pari ai flussi differenziali indebitamente corrisposti nonché degli altri medio tempore pagati nel corso del giudizio, o di quella maggiore o minore che risulterà di giustizia anche a seguito di idonea CTU, oltre al risarcimento del danno ex art. 1224 c.c. da calcolarsi (ex Cass. 19499/2008) sull'eventuale differenza tra il rendimento medio dei BOT 12 mesi e il saggio degli interessi legali fissato anno per anno ai sensi dell'art. 1284 c.c. oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dal pagamento di ogni singolo flusso al saldo effettivo.

In subordine: accertata la violazione dell'art. 30 co. 6 TUF dichiarare la nullità del contratto derivato IRS per l'effetto condannare la convenuta al pagamento, in favore della società attrice, della somma di €. 415.266,23 pari ai flussi differenziali indebitamente corrisposti nonché degli altri medio tempore pagati nel corso del giudizio, o di quella maggiore o minore che risulterà di giustizia anche a seguito di idonea CTU, oltre ad interessi legali dal pagamento di ogni singolo flusso al saldo effettivo”.



IN VIA ISTRUTTORIA: nella denegata e non creduta ipotesi in cui la Corte d'Appello ritenga di ammettere le istanze istruttorie formulate ex adverso, disporre prova per testi, eventualmente meglio riformulato dal giudice ex art. 281 ter c.p.c.:

Senza alcuna inversione dell'onere probatorio, si chiede di essere ammessi a provare per le seguenti circostanze di fatto - epurate da eventuali giudizi:

- 1) Vero che _____ nel dicembre 2010 all'atto della stipula con _____ del contratto di locazione finanziaria per parco fotovoltaico di cui al doc. 1 allegato all'atto di citazione aveva richiesto l'applicazione di un tasso di interesse fisso?
- 2) Vero che la società _____, con riferimento alla locazione di cui al punto precedente, imponeva un'operazione di finanziamento a tasso variabile?
- 3) Vero che _____, già facente parte del _____, nell'aprile 2011 prospettava a _____ un rialzo dei tassi di interesse?
- 4) Vero che _____ proponeva a _____ lo strumento finanziario, affermando che avrebbe assicurato la società contro il rialzo dei tassi di interesse?
- 5) Vero che _____ ha rappresentato a _____ l'andamento macroeconomico dei tassi d'interesse? (il presente capitolo non costituisce un riconoscimento della circostanza dedotta ma unicamente per il noto divieto di formulare prove in negativo); 6) Vero che la scheda prodotto e la proposta di contratto sono stati trasmessi a _____ in data 12/04/2011 come risulta dalla mail allegata quale doc.19 all'atto di citazione, che le si rammostra?



7) Vero che il 22 aprile 2011 _____ si recava presso la sede di _____ per raccogliere la sottoscrizione dei documenti informativi di cui al capitolo precedente, nonché dei documenti allegati da controparte quale doc. 5, 6, 7 e 8?

8) Vero che _____ nella circostanza di cui al capitolo precedente rappresentava al funzionario _____ a di non essere in grado di comprendere i documenti che stava firmando e che questi lo rassicurava spiegando che si trattava di documenti standard utilizzati dalla Banca per tutti i contratti derivati e che pertanto doveva esser tranquillo?

Si indicano quale teste il rag. _____

IN OGNI CASO: con vittoria di spese, compensi di entrambi i giudizi oltre al rimborso forfettario nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa.

Ragioni della decisione

Con atto di citazione notificato il 4/7/2016, _____ conveniva in giudizio, avanti il Tribunale di Padova, _____ per sentire accertare la nullità del contratto IRS _____ e, per l'effetto, condannare la Banca convenuta al pagamento della somma di € 415.266,23, pari ai flussi differenziali indebitamente corrisposti o, in subordine, per sentire accertare la risoluzione del predetto contratto e, in ogni caso, condannare la Banca alla risarcimento del danno corrispondente ai flussi differenziali versati.

Si costituiva _____ chiedendo il rigetto delle domande.

Rigettata ogni istanza istruttoria, con sentenza n. 2309 del 7/5/2018, il Tribunale di Padova, in composizione monocratica, accoglieva la domanda e, sul presupposto della risoluzione del contratto per violazione degli obblighi del Tuf, condannava



a pagare a favore di _____, a sua volta condannata retrocedere il prodotto IRS in contestazione, al pagamento della somma di 598.604,64 oltre agli interessi legali dal 31/10/2018 al saldo effettivo.

Avverso la sentenza, _____ proponeva tempestivo appello, mentre _____ costituitasi, resisteva al gravame. All'udienza del 16/9/2021, udienza tenuta in modalità scritta ai fini del contenimento della diffusione epidemiologica per Covid-19 ex art.221, comma quarto, DL. 34/20, convertito in legge n.77/20 ed ex art. 6, comma primo, DL. 44/21, convertito in legge n. 76/21, le parti precisavano le conclusioni come sopra trascritte e la Corte tratteneva la causa in decisione alla scadenza dei termini per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

Con la sentenza impugnata, il giudice di prime cure ha individuato nella violazione dell'art. 21 Tuf, la ragione più liquida per la soluzione della controversia. In particolare, premesso che _____ aveva concluso con _____ un contratto di leasing per l'importo di € 3.594.000,00, poi modificato, con la durata di 18 anni ad un tasso variabile del 2,78% per la realizzazione di un impianto fotovoltaico, dato atto della sottoscrizione di un prodotto derivato con _____ avente finalità di copertura per l'eventuale innalzamento dei tassi pattuiti nel contratto di leasing, ha ritenuto che la Banca non avesse offerto un prodotto conforme al reale grado di propensione al rischio dell'attrice, da qualificarsi quale cliente al dettaglio e non professionale, e, in ogni caso, di averlo fornito in assenza di una adeguata informazione sui rischi connessi all'operazione; pertanto, ha accolto la domanda subordinata di risoluzione del contratto e, previa retrocessione del prodotto acquistato per il valore di mercato



attualizzato senza oneri per l'attrice, ha condannato la banca alla restituzione di ogni esborso quantificato in € 598.604,64, oltre agli interessi legali dal 31/10/2018 al saldo ed oltre alla rifusione delle spese processuali.

I motivi, in forza dei quali ISP spa lamenta l'erroneità della sentenza impugnata, riguardano i seguenti aspetti, tutti strettamente connessi tra loro:

1. *la ricostruzione fattuale operata dal primo giudice;*
2. *l'erronea lettura ed interpretazione dell'art. 21 Tuf;*
3. *l'inammissibile ed erronea lettura della scheda prodotto;*
4. *l'accoglimento della domanda di risoluzione contrattuale;*
5. *la prova connessa alla condanna restitutoria e la prova offerta da parte attrice.*

Innanzitutto, parte appellante lamenta la "sintetica" ricostruzione in «fatto» operata dal primo Giudice che, a suo dire, avrebbe ommesso "...di valutare i dati temporali della vicenda e gli aspetti economici/finanziari dell'operazione, così consacrando un approccio del tutto superficiale ad una questione che (sia per materia, sia per valori) merita(va) (probabilmente) una maggiore attenzione. In altre parole, secondo l'appellante, il primo giudice non avrebbe tenuto conto della data di stipula del contratto di leasing e quella del contratto derivato nonché l'entità del finanziamento e la finalità della volto a stabilizzare il tasso: tali circostanze avrebbero messo in evidenza che l'interpretazione data era contraria alla volontà di che intendeva ripararsi dal rischio connesso al tasso variabile facendo venire meno la finalità di ottenere la stabilizzazione dei flussi mediante tasso fisso. Dalla documentazione prodotta l'appellante fa discendere, con il primo motivo di appello, l'erroneità della affermazione del giudice secondo cui la società non poteva



avere conoscenza dei prodotti finanziari più complessi come quello di cui si discute, fatto rientrare dal giudice tra i derivati il cui rendimento era legato all'andamento di indici finanziari anche poco conosciuti, atteso che l'andamento del *plain vanilla* dipendeva dal confronto di due dati assolutamente noti, quali il tasso fisso del derivato e il tasso Euribor3M.

Inoltre, secondo l'appellante, era stata la società a chiedere di concludere il contratto derivato in modo da stabilizzare i flussi finanziari senza alcuna attività di "collocamento" del contratto derivato da parte della Banca, come si ricavava dal fatto che il derivato era stato stipulato, con la specifica funzione di copertura richiesta dalla società, a circa 3 mesi dalla stipula del contratto di leasing nonché dal fatto che tra la data di accensione di rapporti prodromici alla negoziazione di strumenti finanziari derivati (5/4/2011) e la data di negoziazione del contratto derivato (11/4/2011) per cui è causa intercorreva circa una settimana utile alla verifica dell'andamento dei tassi. Sulla base di tali evidenze documentali, parte appellante chiede *ad abundantiam* l'ammissione della prova orale, non ammessa dal primo giudice.

Con il secondo motivo di appello, la Banca lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha riconosciuto sussistente un inadempimento informativo e l'applicazione dell'art. 21 Tuf, nonostante in occasione della sottoscrizione dei rapporti contrattuali prodromici alla negoziazione di strumenti finanziari derivati ci fosse stata una completa spiegazione e valutazione del prodotto. Al riguardo, l'appellante sostiene che fosse la società a voler concludere un derivato OTC di copertura rispetto al leasing di talché l'invio formale della scheda prodotto successivo all'ordine non assumeva rilievo alcuno atteso che l'adempimento informativo poteva adeguatamente assolversi verbalmente, non essendo



obbligatoria la consegna della “scheda prodotto”, che il contenuto della comunicazione dava atto delle informazioni concordate in precedenza (v. doc.19 banca primo grado) e che il comportamento successivo della Banca dimostrava il completamento dell’informazione. Con il terzo motivo, l’appellante lamenta l’erroneità della decisione impugnata laddove ha affermato che il derivato non era quotato sui mercati regolamentati, mentre si trattava di un rilievo giuridicamente irrilevante, nonché laddove ha effettuato una valutazione a posteriori della vicenda attribuendo rilevanza all’esito infausto del contratto. E ciò, senza considerare che il contratto derivato, privo di carattere speculativo, aveva natura aleatoria, finalizzato come era a ridurre la rischiosità di altra posizione detenuta dalla società strettamente correlata allo strumento finanziario. Secondo l’appellante, la funzione di copertura non era mai venuta meno, nemmeno quando l’andamento del tasso Euribor3M era sceso, e il giudice aveva male interpretato il contenuto della “scheda prodotto” laddove indicava la classe di rischio in assenza di indebitamento, dovendosi considerare, invece, che il prodotto *plain vanilla* era il più semplice possibile, rivolto a clienti che, avendo un debito a tasso variabile, avevano scelto di trasformare i propri oneri finanziari da variabili a fissi, così da avere la certezza dei flussi di cassa attesi e proteggersi da un potenziale rialzo dei tassi di interesse. Quanto alla durata del contratto ed al valore nozionale di riferimento ed indicizzazione, si trattava di elementi che la banca non poteva modificare e che rappresentavano la creazione di un prodotto adeguato alle esigenze del cliente, senza alcuna possibilità di riscontrare inadempimenti informativi da parte della Banca.

Con il quarto motivo di appello, la Banca afferma che la pronuncia di risoluzione del contratto non era sorretta da alcuna giuridica giustificazione fondata sulla gravità dell’inadempimento, specie se si considera che si trattava della negoziazione di un derivato



di copertura richiesto dalla società per rendere costanti i flussi finanziari originati dal finanziamento contratto con . Inoltre, non c'era alcuna valutazione in merito alla sussistenza del nesso teologico.

Con il quinto motivo di appello, la Banca lamenta l'erroneità della decisione laddove ha quantificato il risarcimento dei danni sulla base di una produzione documentale degli estratti conto intervenuta ad istruttoria conclusa, in violazione del principio dell'onere della prova nonché del principio di decadenza sancita dal codice di procedure civile.

I motivi delineati possono essere tutti trattati congiuntamente per la loro stretta interconnessione.

Sotto il profilo documentale, , in data 23/12/2010, ha concluso con il contratto di locazione finanziaria n. al fine di ottenere un finanziamento per la realizzazione di un impianto fotovoltaico sito in , contratto poi modificato con scrittura privata del 28/4/2011 in conseguenza del completamento dell'opera realizzata ad un costo inferiore; l'accordo modificato prevedeva un ammontare finanziato per € 3.537.150,36 da restituire mediante 215 canoni periodici di € 16.535,29 al tasso del 2,78% da indicizzare alla media mensile dell'Euribor a 3 mesi (DIV 365), maggiorato di 1,500 punti percentuali, fino alla scadenza prevista per il 30/4/2029 (v. doc. 1 primo grado; doc. 4 banca primo grado).

In data 11/4/2011, ha sottoscritto con la il contratto di Interest Rate Swap n. con data iniziale 29/4/2011 e data di scadenza finale 29/3/2029, con appoggio dei flussi differenziali in accredito e/o addebito direttamente su c/c di corrispondenza acceso dalla società c/o la Banca medesima (doc. 2-3-4 primo grado; doc. 8 banca primo grado); ciò, sul presupposto della



sottoscrizione in data 5/4/2011 da parte di _____, previa risposta al questionario informativo, di un contratto avente ad oggetto la prestazione dei servizi di investimento e della adesione all'accordo normativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati OTC su tassi di interessi e valute (doc. 5-6-7 banca primo grado).

Ciò premesso, sul piano teorico generale, va rilevato che l'interest rate swap è un contratto derivato OTC (*over the counter*), caratterizzato dall'aver un contenuto deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato, caratteristica che lo rende non standardizzato, quindi, non destinato alla circolazione essendo privo del requisito della c.d. negoziabilità, tanto che l'intermediario si trova in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente.

Ed è certamente vero che gli elementi essenziali di un derivato IRS sono la data di stipulazione, quella di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, nonché il capitale di riferimento (c.d. nozionale) ed i diversi tassi di interesse ad esso applicabili in quanto elementi che contribuiscono a connotare la causa del contratto, da ravvisarsi nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario e che si traduce, secondo una logica probabilistica, nei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante il lasso temporale concordato; tuttavia, la connaturale aleatorietà dell'accordo tra intermediario ed investitore implica che tali elementi non bastano, dovendo essere verificato con particolare rigore anche il contenuto di altre informazioni che l'intermediario deve al cliente, quali il Mark to Market (ossia il costo pari al valore effettivo del derivato ad una certa data al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi) e tutti i parametri



utili agli scenari probabilistici ed al calcolo per i costi ed oneri connessi all'operazione.

Tali elementi rilevano sotto un duplice profilo posto che, da un lato, sono essenziali alla individuazione della causa in concreto del contratto, e, dall'altro, costituiscono il contenuto di obblighi informativi rientranti in quello di *"comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati"* e quello di *"operare in modo che essi (i clienti) siano sempre adeguatamente informati"* sanciti dall'art. 21, comma 1, lett. a) e b), Tuf.

Ora, nel caso di specie, il contratto IRS 11/4/2011 prevede come data iniziale il 29/4/2011 e la data di scadenza finale il 29/3/2029; per quanto riguarda il nozionale o capitale di riferimento, è richiamato il piano di ammortamento che parte da un valore iniziale di € 2.818.000,00, mentre, per quanto riguarda le date di pagamento, queste sono mensili a partire dalla data iniziale del 29/4/2011 fino alla scadenza e l'ammontare a debito o a credito del cliente va calcolato nella differenza tra il tasso variabile Euribor 3M ed il tasso fisso del 3,75%.

Per quanto detto, tali indicazioni non sono sufficienti ad esaurire il complesso delle informazioni utili all'investitore per comprendere e riscontrare l'effettiva bilateralità dell'alea posto che, se pure il rischio sotteso alla stipulazione del derivato può essere distribuito in maniera asimmetrica tra le parti contraenti, è necessario che l'investitore sia a conoscenza di tutti gli elementi che caratterizzano il contratto.

Al riguardo, il consulente tecnico ha precisato che:

- il contratto derivato non prevedeva alcun criterio per il calcolo del MtM per cui doveva farsi ricorso ad elementi esterni all'accordo: *"...da un punto di vista tecnico della finanza matematica, è sufficiente fare intervenire i tassi forward mentre non è*



- richiesta una conoscenza della superficie di volatilità implicita per il tasso variabile sottostante; ... unica fonte di eventuali possibili differenze può essere solo l'assunzione di valori diversi per i tassi forward di riferimento alla data di valutazione, in relazione alle diverse banche dati disponibili per le quali non sempre i valori storici di mercato coincidono esattamente...*" (v. Ctu pag.43 nonché conclusioni pag. 81);
- il valore del MtM iniziale del contratto per il cliente al momento della sottoscrizione era negativo, pari a € -27.654,66 a favore della Banca. E considerato che, al momento della stipula, non risultava retrocesso alcun *up front*, l'importo riguardava l'applicazione di commissioni di intermediazione implicite, di cui € 24.178,44 per oneri quantificabili in base al contratto ed € 3.476,22 per oneri occulti. In sostanza, testualmente, il Ctu ha affermato: "*...il Tasso Fisso previsto dal contratto pari a 3,75% è quindi risultato leggermente maggiore di quello in condizioni di esatto equilibrio finanziario tra le parti in relazione alle previsioni di mercato al momento della stipula, risultato pari al 3,6186%, ed il capitale nozionale di riferimento, pur decrescente mensilmente, comporta la presenza di Commissioni di Intermediazione Implicite per un importo in Valore Assoluto non trascurabile di € 27.654,66....*" (v. Ctu pag. 27);
 - i valori effettivi per la stima del debito residuo non erano documentati essendo indicati solo in linea teorica e, se pure costituivano con ogni probabilità buone approssimazioni della situazione effettiva, ad essi poteva essere attribuito solo valore indiziario;
 - il tasso sottostante di riferimento poteva essere ritenuto del tutto coerente con i fini



di copertura e comunque di riduzione del rischio finanziario connesso alla posizione debitoria. Al momento della stipula, il derivato costituiva una buona copertura contro il rischio di tasso per la posizione debitoria a tasso variabile, tuttavia, tale copertura era successivamente divenuta solo parziale, a causa del disallineamento tra il piano di ammortamento del capitale nozionale rispetto al piano di ammortamento del debito residuo del contratto di leasing (v. Ctu pag.39 e 78);

- al momento della stipula, l'Euribor3M valeva 1,311% mentre il contratto derivato prevedeva un tasso fisso al 3,75% e risultava avviato con differenziali immediatamente negativi ancorché il risultato complessivo in termini di perdita e/o guadagno di un contratto derivato poteva essere valutato solo *ex post*, in base ai flussi differenziali effettivi lungo tutta la durata del rapporto.

Sulla base di tali rilievi tecnici, la sentenza impugnata, in cui la violazione degli obblighi informativi da parte della banca è stata individuata nel fatto che la banca aveva fornito la documentazione informativa del prodotto solo il giorno dopo la data di stipula del contratto, deve essere senz'altro integrata in quanto l'aspetto valorizzato dal primo giudice non assume rilievo dirimente, dovendo essere valutato nell'insieme degli elementi contrattuali. Infatti, è mancata, in contratto, l'indicazione di elementi necessari all'investitore per una complessiva misurabilità del rischio e un tanto non assume rilievo soltanto come carenza informativa, ma incide sulla validità del contratto stesso, come emerge dai principi affermati dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, pur riferendosi al caso specifico della stipula di derivati da parte di enti pubblici, riconoscono la validità, liceità e meritevolezza di tutela dei contratti derivati solo



in presenza, fin dalla loro stipula, di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del Mark to Market che degli scenari probabilistici e dei c.d. costi occulti (cfr. Cass. SU 8770/20).

Nel caso di specie, la mancata indicazione del Mark to Market, degli scenari probabilistici con comprensibile e chiara specificazione dei rischi e dei costi effettivi e della natura *non par* del contratto (contratto con uno squilibrio iniziale per MtM negativo che, nella specie, alla data della stipula era di € -27.654,66), non rileva ai soli fini informativi ma involge elementi essenziali del contratto tali da inficiare di nullità il medesimo, come chiesto dalla
in primo grado e riproposto in appello ex art.346 cpc.

La Banca, dunque, era tenuta a specificare il MtM nonché la natura *non par* del rapporto e a rendere noto all'investitore lo squilibrio iniziale da cui derivava l'ammontare della commissione implicita con conseguente comprensione dei possibili scenari del rapporto. Né può dirsi che il contratto derivato era stato voluto dalla posto che quest'ultima aveva interesse ad una valida protezione dal rischio d'innalzamento dei tassi, interesse che non veniva certo perseguito da un contratto con funzione di copertura parziale o con la prospettiva di pagamenti maggiori di quanto poteva essere l'incasso, di talché tali condizioni dovevano essere quanto meno evidenziate al cliente.

Ne consegue che, pur sussistendo la violazione dell'art. 21 Tuf, atteso che la Banca ha l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato offrendo tutte le informazioni necessarie in base alle specifiche circostanze del caso, la questione risulta assorbita dall'intrinseco vizio di nullità ex art. 1418 cc, dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili.



Appare, pertanto, superfluo disporre l'ammissione delle prove orali richieste dall'appellante.

Infine, deve essere verificato il fondamento dell'ultimo motivo di appello avente ad oggetto la quantificazione delle restituzioni, aventi ad oggetto il totale dei flussi differenziali effettivamente addebitati dalla banca in base al contratto nullo, trattandosi di importi privi di giustificazione causale. Lo stesso CTU afferma che i flussi contabilizzati, alla data della domanda, risultano pari a € -415.266,23 ma che il contratto derivato a quel momento era ancora in essere per cui ha continuato anche successivamente a generare flussi differenziali che dovranno essere considerati non dovuti; rispetto a quanto affermato dalla CTU circa il valore del MtM, questo non può certo essere oggetto di restituzione, trattandosi di un importo che rappresenta il valore solo teoricamente riferibile al contratto in tale data corrispondente al valore attuale atteso da un contratto valido.

Ne consegue che la sentenza ha correttamente calcolato l'importo dovuto in restituzione comprendendo anche gli addebiti successivi alla domanda introduttiva.

La mancata proposizione di appello incidentale non consente di esaminare la questione relativa alla decorrenza degli interessi, limitata dal primo giudice al 31/10/18.

Ne consegue il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata, sia pure per la diversa motivazione.

Le spese del presente grado vanno poste a carico _____, secondo la regola della soccombenza, e vanno liquidate in base ai parametri medi di cui al DM 55/14, tenuto conto del valore della controversia (€ 500.000,00) e delle fasi effettivamente svolte (studio, introduttiva, istruttoria e decisionale). Le spese di CTU vanno poste a carico di appellante soccombente.



P. Q. M.

La Corte d'Appello di Venezia, ogni diversa domanda ed eccezione reiette ed ogni ulteriore deduzione disattesa, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 2309 emessa il 10/12/2018 dal Tribunale di Padova;
2. pone le spese di CTU a carico di _____ ;
3. condanna _____ alla rifusione a favore di _____ delle spese processuali del presente giudizio, liquidate in € 19.160,00 per compenso professionale, oltre al 15% per spese generali ed oltre Iva e cpa.

Si dà atto che sussistono i presupposti di cui all'art.13, comma 1 quater DPR 115/02 a carico di

Venezia, 9/12/2021

Il Presidente

Caterina Passarelli



