

Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020

RG n.

Repert. n. /2020 del 28/07/2020

N. R.G.



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. **2245/2018** promossa in grado d'appello

DA

INTESA SANPAOLO SPA (C.F. 00799960158), elettivamente domiciliato in VIA MASCHERONI, 31 20145 MILANO presso lo studio dell'avv. GRASSI MANUELA MARIA, che lo rappresenta e difende come da delega in atti, unitamente all'avv. TRAFICANTE LUCA (TRFLCU85L03L738J) VIA MASCHERONI, 31 20145 MILANO;

APPELLANTE

pagina 1 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0516373bc
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8784dfbb2996fd68cab448cc3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020

RG n.

Repert. n. /2020 del 28/07/2020

CONTRO

(C.F. , elettivamente
domiciliato in 10121 TORINO presso lo studio dell'avv.
che lo rappresenta e difende come da delega in atti, unitamente
all'avv.

APPELLATA

OGGETTO: contratto di interest rate swap

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per l'appellante Intesa Sanpaolo s.p.a.:

“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 Intesa Sanpaolo ed in integrale riforma dell'appellata sentenza, rigettare tutte le domande proposte da nei confronti di Intesa Sanpaolo e - per l'effetto - condannare a restituire ad Intesa Sanpaolo 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 idurre le pretese avversarie, tenuto conto di tutte le difese ed eccezioni di Intesa Sanpaolo, anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225, 1227 e 1458 c.c..

In via istruttoria:

- rigettare tutte le istanze istruttorie avversarie e dichiarare la nullità della testimonianza resa dalla teste ill'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 Intesa Sanpaolo 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 ammettere Intesa Sanpaolo 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:

pagina 2 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 4309a0a051537398c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 223a9764dbb29f0f0d0c0bb0490c03



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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

“Piaccia alla Ecc.ma Corte,

In via preliminare:

rigettare per tutte le ragioni sopra esposte l'appello proposto da Intesa Sanpaolo 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 l'

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 INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino, P.zza San Carlo 156, a rifondere alla società spa 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 INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino, P.zza San Carlo 156, a rifondere alla società 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 INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino, P.zza San Carlo 156, al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. a favore della società spa e per l'effetto
- dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino, P.zza San Carlo 156, a rifondere

pagina 3 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 4308a80515373bc
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8784d8b2696f6d9c9abb486cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

alla società _____ 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 INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino, P.zza San Carlo 156, 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 società _____ 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 INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino P.zza San Carlo 156, a corrispondere a favore della società _____ spa 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 INTESA SANPAOLO spa, c.f. 00799960158, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Torino P.zza San Carlo 156, al pagamento del doppio del valore del contributo unificato nonchè 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 le parti in data 22.10.2007 e tenuto conto della situazione finanziaria della società _____ 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 finalità 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 probabilità, 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 signor _____ funzionario di Intesa Sanpaolo 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 finalità del controllo e della gestione del rischio legato alla variazione dei tassi di interesse del contratto di leasing richiesto dall;

2) il signor _____ sempre nel mese di ottobre 2007, precisava che la sottoscrizione del contratto *swap* costituiva condizione necessaria per ottenere il finanziamento del leasing richiesto dalla società _____ alla Intesa Leasing;

4) al momento della stipula del contratto derivato, avvenuto alla data del 22.10.2007, il signor _____ in qualità di legale rappresentante della società _____ non veniva informato

pagina 4 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 43088a0515373b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8784dbb029f08d8c0bb453cc3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n. .
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

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 è stata la prima ed unica operazione in strumenti finanziari derivati effettuata dal legale rappresentante della società (cfr. doc.7 fascicolo di primo grado).

- Si indicano quali nominativi dei testimoni da sentire su tutte le capitolazioni formulate, nonché in contronprova risnetto a quelle *ex adverso* prodotte:

- presso
- presso

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 Intesa Leasing s.p.a. ha comunicato di aver deliberato la concessione del *leasing* richiesto da 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, (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 nonché 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 ha sottoscritto per accettazione la proposta di Intesa Leasing del 12.10.2009 per la concessione di un *leasing* per € 5.500.000 (IVA esclusa), da cui doveva però essere

pagina 5 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515379b6c
Firmato Da: FITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a874d8b02a66d6d6c6b4456c03



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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 è stato concluso un contratto di Interest Rate Swap, che prevedeva lo scambio del tasso fisso del 4,65%, a carico della società, con il tasso variabile Euribor 3M, a carico della Banca, così da produrre differenziali positivi per la società 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 complessivamente pari a € 1.122.099,95.

3) Lo svolgimento del processo di primo grado.

Con atto di citazione, ritualmente notificato, s.p.a. ha convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Milano Intesa Sanpaolo s.p.a. per sentire dichiarare la nullità o l'annullabilità o la risoluzione del contratto quadro e del contratto di Interest Rate Swap, stipulato tra le parti, e, per conseguenza, sentir condannare Intesa Sanpaolo 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, nonché al risarcimento del danno per inosservanza da parte della banca degli obblighi informativi a sui carico.

La convenuta Intesa Sanpaolo 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 così deciso:

- “1) dichiara la nullità del contratto di swap concluso tra s.p.a. ed INTESA SANPAOLO s.p.a. il 22.10.2007 ai sensi dell'art. 30.7 del d.lgs. 58/1998;
- 2) condanna altresì INTESA SANPAOLO s.p.a. al pagamento in favore di 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 p.a. in esecuzione del contratto di swap sino al saldo effettivo;

pagina 6 di 37

Firmato Da: MEFONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 4304980515373886
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229887846bb12a061d5d5c8b465cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

Nell'esercizio della propria funzione di nomofiliachia, 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 INTESA SANPAOLO cor

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 Intesa San Paolo s.p.a. 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.

pagina 8 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a9a0515373b6c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - NG CA 3 Serial#: 229a8784d6bb28f66fd58cb8b458cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

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 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 ha reso una testimonianza *de relato actoris* priva di alcun valore probatorio.

- La deposizione del teste (dipendente di 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 è 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,

pagina 9 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515372b8c
Firmato Da: PITTIONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8784d8b028f6f6f6c0b4f5b4c3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n. .
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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 è 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 è stato nessun effetto sorpresa (il contratto IRS è stato infatti sottoscritto un mese dopo il contratto quadro, il cliente ha ricevuto dettagliata scheda tecnica, il contratto non è un prodotto standardizzato ma è specifico per le esigenze del cliente, il collegio sindacale di non ha mai sollevato obiezioni) e la contestazione della cliente è contraria alla buona fede 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) 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) 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) 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) 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);

pagina 10 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 4308a8a051537368c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8764d8bb29f6f6d5cbb456cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

e) 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) 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*).

Ciò è 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" è 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 società attrice sulla base del contratto di IRS "Tasso Certo", in conversione del tasso variabile del *leasing* sottostante, è 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

pagina 11 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430aba0515372b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8784d8bf2986f9d5c08b458cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

le prestazioni aleatorie sinallagmatiche o, comunque, l'applicazione di costi impliciti, è infondato in quanto:

- . al momento della stipulazione del contratto di cui è causa, non esisteva alcun obbligo che imponesse l'indicazione del valore teorico del *Mark to Market*, in quanto tale indicazione è 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, né 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*" è divenuto addirittura positivo per la società 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 _____ 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.

pagina 12 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 431a9a0d515373b6c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8784d8b2986f6d5c08b456cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

In ogni caso il presunto errore, in cui sarebbe asseritamente incorsa l'odierna appellata, non è suscettibile 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 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 definitivi - 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 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 dot 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, 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 d della Banca e non alla presenza del legale rappresentante della

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;

pagina 13 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 4308a8a0515373b9c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAFEC S.P.A. - NG CA.3 Serial#: 225a8784d8b1c29888d3cbb1456c43



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

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, è costituita dall'esigenza di accordare il massimo grado di tutela all'investitore al dettaglio, quale è *in*, 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'integrità dei mercati*".

Nell'ambito della collocazione di contratti *swap over the counter*, quale è 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, è 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 è una situazione di incertezza che si intende colmare, ma questa situazione di incertezza non solo non sussisteva quando è 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 può porre norme retroattive solo allorquando precisino il significato di altre preesistenti e purché siano compatibili con il tenore letterale del testo originario.

pagina 14 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a9d615373b6c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8784d8b29f8f6f8d5c8b8458cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

E' quindi evidente che alla norma in questione, indipendentemente dalla autodefinizione di norma autentica o meno, manca la retroattività, 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'applicabilità dello *ius poenitendi* ex art.30 commi 6 -7 D.Lvo 58/1998.

Lo scopo della norma sullo *ius poenitendi* è 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 può, 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 è alcun riferimento allo scenario dei tassi *forward* (il cui scopo è quello di rappresentare le proiezioni future dei tassi osservati dal mercato e così stimare la perdita o l'utile atteso del contratto *swap*) né ai costi dell'operazione (il *mark up* della banca, il *cost of hedging*), né al valore del *mark to market* iniziale né alle modalità di calcolo dello stesso, né 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 avrebbe potuto ricavare le informazioni necessarie dal contratto quadro del 24.9.2007 è irrilevante, in quanto, in primo luogo, il contratto quadro non contiene le informazioni specifiche dello *swap*, che verrà 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 è questo il rischio che giustifica l' esigenza della tutela supplementare, apprestata dal citato art. 30 c. 6 e 7 D.Lvo 58/1998.

2) Nullità 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
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*,

pagina 15 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a6a0515373b6c
Firmato Da: PITTORI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8784d8b62696f6d69cb46c43



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

che, a differenza dei derivati negoziati sui mercati regolamentati, porta con sé un naturale stato di conflittualità 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 finalità speculative o integra quella funzione come prodotto con finalità di copertura) ad un cliente *corporate*;

- la banca ha violato la disciplina dell'art. 28 del Reg. Consob, 11522/1998, in quanto non si è 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) Nullità 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 rischiosità 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 finalità 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;

pagina 16 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 43c8a8a0515373b6c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAFEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 228a8784d8bfb29898f9d58c0b458cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

- . il contratto *swap* è strutturato in modo tale che la società 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 è stato comunicato il *mark to market* iniziale al momento della sottoscrizione dello *swap*, né le modalità di calcolo dello stesso;
- . sulla base delle analisi effettuate attraverso l'elaborato tecnico (cfr. doc. 8 fascicolo di primo grado), al cliente è 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 è stato quello di aver negoziato un prodotto finanziario con finalità speculative, che ha esposto l'appellata a perdite difficilmente prevedibili.

4) Annullabilità del contratto per errore essenziale.

Il contratto *swap* sottoscritto dall'appellata è in ogni caso annullabile, in quanto affetto da errore essenziale nella sua formazione, dato che non solo si è rivelato non avere le caratteristiche promesse dal funzionario della banca, ma non aveva neppure finalità di copertura contro il rischio della variazione dei tassi di interesse, bensì l'opposto, ovvero quello di aumentare l'esposizione della società 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

pagina 17 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a87844b9b2969f6d58bb458c03



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020

RG n.

Repert. n. 2020 del 28/07/2020

sede, in considerazione del fatto che Consob (a cui l'art. 32 D.Lvo 58/1998¹ 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. 11522/1998,² ha stabilito che solo quella fatta nei confronti degli operatori qualificati non costituisce promozione e collocamento a distanza; pertanto, dato che _____ 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 _____ 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 _____ *“per ricevuta”* il 22.10.2007; sulla nota, in calce alla sottoscrizione di _____; risulta apposta la firma di _____ (funzionario di Intesa Sanpaolo) in data 9.11.2007 (cioè in data non contestuale all'emissione della nota e successiva alla firma per ricevuta di _____);

2) Documento 7 prodotto dall'appellante: si tratta di una nota redatta dalla banca e diretta a _____ 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 è firmata dalla banca; in calce alla nota vi è la seguente dichiarazione *“con la ricezione e sottoscrizione della presente nota la*

¹ D.Lvo 58/1998 art. 32: *“(Promozione e collocamento a distanza di servizi e attività di investimento e strumenti finanziari)*

1. Per tecniche di comunicazione a distanza si intendono le tecniche di contatto con la clientela, diverse dalla pubblicità, che non comportano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato.

2. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può disciplinare con regolamento, in conformità dei principi stabiliti nell'articolo 30 e nel decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190, la promozione e il collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari”

² Reg. Consob 11522/1998 art. 72: *“4. Non costituisce promozione e collocamento a distanza quella effettuata nei confronti degli operatori qualificati di cui all'articolo 31, comma 2.”*



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

società dà 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 è firmata da _____ senza data, e, in calce a tale dichiarazione, vi è apposta la firma di _____ in data 9.11.2007.

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

le prime quattro pagine contengono una comunicazione della banca, firmata da tal: _____ per Intesa S.Paolo, intestata "Contratto Interest Rate Swap n. 710220305", diretta a _____ 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 società, con il tasso variabile Euribor3M, a carico della Banca, così da produrre differenziali positivi per la società 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 _____) contengono una comunicazione di _____ da questa sottoscritta, diretta alla banca, intestata "Contratto Interest Rate Swap n. 710220305" con cui la società 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 è sottoscritto, in calce alla sottoscrizione di _____ da _____ il 9.11.2007.

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

Il test: _____ (dipendente di _____) ha dichiarato: "Mi risulta che tra la filiale di _____ della banca e l'azienda vi è stato un contatto telefonico, nel corso del quale, secondo me, è stato concluso il contratto; dopo circa una ventina di giorni si sono presentati il direttore della filiale di _____ 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 _____ 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 _____ non ricordo se il timbro di protocollo della banca con la firma del direttore sia stato apposto quando questi è venuto presso l'azienda ma ritengo di sì. 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"

pagina 19 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a9a051537398c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a07849bb62969fdd5db8b46fcd3





Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

. Il teste (direttore nel 2007 della filiale di Intesa San Paolo, da cui dipendeva quella di ha dichiarato: "Nulla so di specifico in ordine al caso concreto riguardante la conclusione del contratto IRS tra Intesa Sanpaolo. ... Nel 2007 la filiale di non aveva un direttore ma dipendeva da , di cui io ero direttore; comunque a vi era un team di funzionari che operavano autonomamente anche se formalmente dipendevano comunque da me"

. La teste (funzionario di Intesa San Paolo) ha dichiarato: "... ho saputo che la collega che gestiva tale cliente nel 2007, tuttora dipendente di Intesa Sanpaolo, la quale però 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 tuttora dipendente di Intesa Sanpaolo, il quale mi ha riferito che il suo unico compito è stato quello di apporre la sua firma con il suo protocollo al fine di attestare la genuinità della firma apposta sui contratti dal rappresentante di mi ha altresì riferito che lui non si era mai recato presso la sede o i locali di

. Il teste (funzionario di Intesa Sanpaolo) 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 (cioè il 9.11.2007) a nome della banca presso la filiale di preciso che anche la data manoscritta del 9.11.2007 è stata apposta da me; preciso altresì che il numero è il mio numero di matricola ed è 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 d.

. La testimonianza di , a prescindere dalla sua capacità di testimoniare a meno, è irrilevante, in quanto la teste ha riferito notizie esclusivamente apprese dal legale rappresentante di e il teste 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 in data 22.10.2007, non essendo sottoscritto dal soggetto a cui è comunque riconducibile (cioè la banca) non è 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 modalità e alle condizioni del contratto, di cui le parti stavano discutendo: dagli elementi a disposizione non è possibile individuare se questo documento è stato consegnato a presso la sede della banca ovvero presso la sede della cliente, atteso che il teste ha riferito che il direttore della banca è venuto una sola volta presso la sede di (quindi potrebbe essere o il 22 o il 23 ottobre 2007, ma non già in entrambi i giorni; né potrebbe ritenersi, come dubitativamente riferito dal teste che, nella medesima giornata, sarebbero stati portati tutti i documenti scritti in questione,

pagina 20 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 439a8a0515373b9c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAFEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8784d8bf296f6f9dc9cbf458cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

posto che tale testimonianza, così 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, benchè la dichiarazione non sia dalla stessa sottoscritta) che il contratto, di cui vengono riportati gli elementi essenziali, è stato concluso a mezzo telefono in quella stessa giornata, dall'altro lato, contiene la dichiarazione sottoscritta da _____ 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 è possibile individuare in quale luogo sia stato ricevuto e sottoscritto da _____

. 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 è 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 _____ questo documento potrebbe essere quello che il teste _____ ha riferito essere stato portato dal direttore della banca presso la sede di _____ dove sarebbe stato sottoscritto dal suo legale rappresentante.

Non è invece possibile individuare in quale luogo la banca, che palesemente è autrice della proposta contrattuale, ha avuto conoscenza dell'accettazione da parte della cliente e quindi non è 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 _____ (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 _____

Tale conclusione contrasta però, in primo luogo, con il fatto che il teste _____ 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 _____ 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

pagina 21 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 43038a0515373b8c
Firmato Da: PITTIONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAFEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a87848b0b296f6f656c8b4456cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

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)³

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, bensì il frutto di una sollecitazione del soggetto interessato a promuovere la conclusione di tali contratti⁴.

³ Cass. Sez. U, 13905 /2013 "Il diritto di recesso accordato all'investitore dal sesto comma dell'art. 30 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ivi compresa l'esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro, ove ricorra la stessa esigenza di tutela."

⁴ Cass. SU 13905/2013: "È allora soprattutto alla ratio legis che conviene guardare, per intendere meglio il senso della norma e poterne definire, di conseguenza, la portata applicativa. Sulla ragion d'essere dello jus poenitendi di cui si discute le opinioni degli interpreti e degli studiosi sono sufficientemente univoche: è la circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori dalle sede dell'intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il secondo comma del citato art. 30), perché ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui. È logico cioè presumere che, in simili casi, l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell'intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera l'intermediario si avvale; sollecitazione che, perciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata. Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato. Se questa, come pare difficilmente contestabile, è l'esigenza di tutela in vista della quale il legislatore ha introdotto la disciplina del recesso nei contratti di collocamento di strumenti finanziari stipulati fuori sede dall'intermediario, è arduo negare che la





Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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

In primo luogo, come meglio verrà esposto in seguito, il contratto IRS in questione era negozialmente collegato con il contratto di *leasing*, stipulato da con altra società del gruppo Intesa Sanpaolo; 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, già il 19.9.2007 Intesa Leasing aveva comunicato a di aver deliberato la concessione del contratto di *leasing*, da quella richiesto.

In secondo luogo in data 24.9.2007 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, ha sottoscritto il Contratto Quadro per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su titoli e strumenti finanziari nonché 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 modalità con cui avrebbe potuto essere successivamente concluso il contratto IRS.

In quarto luogo, il 19.10.2007 ha sottoscritto per accettazione la proposta del *leasing* per € 5.500.000 (IVA esclusa), da cui doveva però 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.

medesima esigenza si ponga non soltanto per le operazioni compiute nell'ambito della prestazione di un servizio di collocamento in senso proprio, nell'accezione già prima richiamata, ma anche per qualsiasi altra ipotesi in cui l'intermediario venda fuori sede strumenti finanziari ad investitori al dettaglio, sia pure nell'espletamento di un servizio d'investimento diverso..... Nemmeno la circostanza che l'ordine di acquisto possa essere riconducibile ad un siffatto contratto-quadro, cioè ad un pregresso impianto contrattuale volto a disciplinare in via generale le modalità della prestazione del servizio, fa venir 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 è quel rischio che giustifica la già ricordata esigenza della tutela supplementare apprestata dal citato art. 30, commi 6 e 7, del tuf. D'altronde, non va trascurato che parte della dottrina e la stessa autorità di vigilanza (si veda la comunicazione della Consob n. DIN/ 12030993 del 19 aprile 2012, che pure si pronuncia in favore di un'interpretazione restrittiva della citata disposizione dell'art. 30) sono propense ad ammettere la possibilità che anche nell'espletamento del servizio di collocamento si realizzi talvolta un rapporto di durata tra il prestatore del servizio ed il cliente, nel cui ambito le singole operazioni siano perciò disciplinate da un contratto-quadro; il che difficilmente però basterebbe, stante il testo della norma, ad escludere in siffatti casi l'applicazione dello ius poenitendi agli specifici atti negoziali mediante i quali il collocamento fuori sede in concreto sia realizzato."

pagina 23 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8784d8bb2968f6f8c0bb458cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

In quinto luogo, il 22.10.2007, prima comunque della conclusione a mezzo telefono del contratto IRS, ha ricevuto un documento informativo specifico, avente ad oggetto proprio le condizioni particolari, che avrebbero dovuto disciplinare il contratto IRS, che 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, 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 è inserita come ultima operazione in una complessa attività negoziale protrattasi per oltre un mese, durante il quale è ragionevole presumere che le parti abbiano mantenuti numerosi contatti (sia presso la sede della banca che presso la sede di 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, è 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 piana 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 58/1998⁵, cioè quelli aventi ad oggetto strumenti finanziari di negoziazione per conto proprio, vale a dire attività di

⁵ D.Lvo 58/1998 Art. 1 c.5: "Per "servizi e attività di investimento" si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari:

- a) negoziazione per conto proprio;
 - b) esecuzione di ordini per conto dei clienti;
 - c) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente;
 - c-bis) collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente;
 - d) gestione di portafogli;
 - e) ricezione e trasmissione di ordini;
 - f) consulenza in materia di investimenti;
 - g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione"
- D.Lvo 58/1998 Art. 1 c. 5-bis: "negoziante per conto proprio" si intende l'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta."



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

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 58/1998,⁶ cioè l'obbligo, a pena di nullità del contratto, a carico dell'intermediario di inserire nei moduli e nei formulari la menzione della facoltà 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 Cassazione⁷ (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 "negoiazione 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

⁶ D.Lvo 58/1998 art. 30 c. 6 "L'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore...."

⁷ Cass. 7776/2014: "Dal punto di vista dell'interpretazione logica, va rilevato come il precetto contenuto nel D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater affermi che il diritto di recesso si applica ai contratti di negoziazione titoli stipulati dopo il 1.9.2013. La norma non nega il contrario, e cioè che il diritto di recesso non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data. Ci troviamo dunque dinanzi ad una norma che afferma il precetto "A", ma non nega affatto il precetto "non-A".

Se il legislatore avesse davvero inteso escludere il diritto di recesso per i contratti stipulati prima di settembre 2013, non avrebbe dovuto stabilire che il diritto "A" si applica ai contratti stipulati dopo: avrebbe dovuto sancire che il diritto "A" non si applica ai contratti stipulati prima.

Sul piano dell'interpretazione finalistica, la controricorrente MPS dà per scontato che il legislatore sia intervenuto col D.L. n. 69 del 2013 per ristabilire una situazione di certezza, la quale sarebbe venuta meno in seguito all'intervento delle Sezioni Unite (così la memoria ex art. 378 c.p.c., pag. 12). Questa lettura della nuova norma non ha alcuna solida base. Il presupposto che legittima l'intervento del legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica è la situazione di incertezza che il legislatore intende eliminare.

Nel nostro ordinamento questa situazione di incertezza non solo non esisteva, ma anzi era stata esclusa proprio dall'intervento delle Sezioni Unite, cui l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario attribuisce il compito di rimuoverle, le incertezze, e non di crearle.

Il D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater, in secondo luogo, non può essere considerato una norma di interpretazione autentica in base all'interpretazione costituzionalmente orientata. Se, infatti, la norma in esame si interpretasse nel senso propugnato dalla controricorrente, essa entrerebbe in conflitto con molteplici precetti di rango costituzionale.

In primo luogo, l'interpretazione qui contestata si porrebbe in conflitto con l'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.

La suddetta distinzione inoltre, essendo rimasto immutato il resto della norma, sarebbe difficilmente compatibile col principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., posto che non esiste alcuna circostanza idonea a giustificare una più solida tutela per i risparmiatori che abbiano stipulato i loro contratti dopo una certa data, rispetto a quelli che l'abbiano fatto prima. In terzo luogo, l'interpretazione caldeggiata dalla MPS potrebbe porre la norma in contrasto con gli artt. 101 e 104 Cost., nella parte in cui finirebbe per vanificare con effetto retroattivo il dictum delle Sezioni Unite già più volte ricordato."



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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, nè 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 è così, 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, è 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 può 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 già 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 è consentita dalla Costituzione e sempre che la retroattività sia adeguatamente giustificata sul piano della ragionevolezza e non contrastante con altri valori e interessi costituzionalmente protetti⁸), anche senza avere natura di interpretazione autentica.

Nella fattispecie in esame proprio l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite è 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 dà 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.

⁸ C. Cost. 271/2011: "Va dichiarata l'illegittimità costituzionale In quanto la retroattività della norma, il cui divieto pure non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo il disposto dell'art. 25, secondo comma, Cost., non trova adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e contrasta con altri valori e interessi costituzionalmente protetti"



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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 è dubbio che con l'introduzione dell'art. 56 quater L. 98/2013, il legislatore abbia inteso adeguare per il futuro, cioè 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 già 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. è 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 sé 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

pagina 27 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a87648d8b0c296f6f6d5d8b45fca3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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 Intesa Sanpaolo, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellata, ha pienamente rispettato le norme di condotta, previste dall'art. 21⁹ D.Lvo 58/1998 e dagli art. 28 c. 1 e 2¹⁰ e 29¹¹ 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.

⁹ D.Lvo 58/1998 art. 21 (*Criteri generali*): "1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono:

- a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;
- b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;
- c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti;
- d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività"

¹⁰ Reg. Consob 11522/1998 art. 28 (Informazioni tra gli intermediari e gli investitori): 1. Prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono:

- a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore;
 - b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n. 3.
2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.
3. Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore appena le operazioni in strumenti derivati e in warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva o potenziale, pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l'esecuzione delle operazioni. Il valore di riferimento di tali mezzi si ridetermina in occasione della comunicazione all'investitore della perdita, nonché in caso di versamenti o prelievi. Il nuovo valore di riferimento è prontamente comunicato all'investitore. In caso di versamenti o prelievi è comunque comunicato all'investitore il risultato fino ad allora conseguito."

¹¹ Reg. Consob 11522/1998 art. 29 (Operazioni non adeguate): "1. Gli intermediari autorizzati si astengono all'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati."

¹² Reg. Consob 11522/1998 art. 27 (Conflitti di interessi) "1. Gli intermediari autorizzati vigilano per l'individuazione dei conflitti di interessi.

2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento

pagina 28 di 37



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

In primo luogo, 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 è 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, 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 rischiosità 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 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’operatività del contratto, il tasso parametro a carico della banca e il tasso parametro a carico del cliente, il pagamento trimestrale dei differenziali, la modalità 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 è > Tasso parametro Cliente, il Cliente incassa il differenziale; se Tasso Parametro Banca è < 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 è protetto da qualsiasi

dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell’investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente.

3. Ove gli intermediari autorizzati, al fine dell’assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l’indicazione, graficamente evidenziata, che l’operazione è in conflitto di interessi.”

pagina 29 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA. Serial#: 430a8a0515373b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA.3 Serial#: 229a8794d8b26981658cb8b468cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellata, il contratto di IRS, oggetto della controversia, per il modo in cui è stato strutturato, assolveva pienamente la funzione di copertura dal rischio di un rialzo dei tassi di interesse, previsti a carico di _____ dal contratto di *leasing*, già stipulato con tasso di interesse variabile con altra società del gruppo Intesa Sanpaolo.

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 _____ e Intesa Leasing, 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 però a Euribor 3M, con il contratto di IRS in questione, da un lato, Intesa Sanpaolo si è obbligata a pagare trimestralmente a _____ 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, _____ si è obbligata a pagare trimestralmente a Intesa Sanpaolo 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*, _____ si è 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 _____ avrebbe dovuto pagare a Intesa Sanpaolo 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 _____ avrebbe ricevuto da Intesa Sanpaolo 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 rischiosità 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."

pagina 31 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA. Serial#: 430a8a05 537398c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA. 3. Serial#: 229a8794d8b296f6f656bcb456cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

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 prima ancora della conclusione per telefono del contratto di IRS, viene esplicitamente indicata la finalità 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 nel 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 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%.

pagina 32 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA. Serial#: 430a8a051537398c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA. 3. Serial#: 229a8754d8b296f6f656b5b465cd3



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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 si è 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 è concretamente verificata ma di cui non ha potuto usufruire, dovendo pagare a Intesa Sanpaolo 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 è 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 parti¹⁴.

¹⁴ Cass. SU 8770/2020: "Il cd. interest rate swap (altrimenti, IRS, specie nella sua forma più diffusa o di base: il cd. plain vanilla), ossia quel contratto di scambio (swap) di obbligazioni pecuniarie future che, in sostanza, si traduce nel dovere di un Tale di dare all'Altro la cifra Y (dove Y è la somma corrispondente al capitale / per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto dell'Altro di versare al Tale la cifra Z (dove Z è la somma corrispondente al capitale / per il tasso di interesse X).

4.3. — L'interest rate swap è perciò definito come un derivato cd. over the counter (OTC) ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è eteroregolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi, essendo elaborato in funzione delle specifiche esigenze del cliente (per questo, detto *bespoke*); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente..... Posto che l'*interest rate swap* è il contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo, gli elementi essenziali di un interest rate swap sono stati individuati, dalla stessa giurisprudenza di merito, ne:

a) la data di stipulazione del contratto (trade date);



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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

In altre parole il *mark to market* è 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 può 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 è pari alla differenza tra i due flussi suddetti, differenza che può, 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 dovrà 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, è 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

-
- b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi;
 - c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date);
 - d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto;
 - e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi;
 - f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale. "

¹⁵ Cass. SU 8770/2020: "Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. mark to market (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti).

4.7.1. — Nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il mark to market non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale.

Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale."



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. 2020 del 28/07/2020

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*¹⁶.

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 è un valore del tutto teorico) e in particolare non siano indicate le curve *forward* è 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 è standard, cioè l'unico di uso comune per la valutazione degli strumenti finanziari, oggetto di causa (cioè *Interest rate swap* del tipo *Plan 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 è confermata proprio dal fatto che, nella fattispecie in esame, il consulente dell'appellata è 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 attività di assicurazione dal rischio del rialzo del tasso di interesse, potrebbe semmai determinare l'obbligo a carico della banca di

¹⁶ Cass. SU 8770/2020: "I contratti non par che non prevedano la clausola di up front hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito".

¹⁷ Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 Marzo 2009 "1.2 Si raccomanda così in primo luogo di effettuare la scomposizione (c.d. unbundling) delle diverse componenti che concorrono al complessivo esborso finanziario sostenuto dal cliente per l'assunzione della posizione nel prodotto illiquido, distinguendo *fair value* (con separata indicazione per l'eventuale componente derivativa) e costi – anche a manifestazione differita - che gravano, implicitamente o esplicitamente, sul cliente. A quest'ultimo è fornita indicazione del valore di smobilizzo dell'investimento nell'istante immediatamente successivo alla transazione, ipotizzando una situazione di invarianza delle condizioni di mercato."



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020

RG n.

Repert. n. /2020 del 28/07/2020

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, però, dalla sussistenza o meno di tale diritto della banca, non ha proposto alcuna domanda in tal senso.

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

Anche l'eccezione di annullabilità del contratto per errore essenziale è infondata.

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

Con riguardo all'asserita assenza nel contratto della finalità di copertura, l'eccezione è 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 è pienamente valido, pertanto obbligata a restituire a Intesa Sanpaolo 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 Intesa Sanpaolo 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.

pagina 36 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b9c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8754d8b22668f659cb8b456cdd



Sentenza n. 2003/2020 pubbl. il 28/07/2020
RG n.
Repert. n. '2020 del 28/07/2020

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 _____ s.p.a. nei confronti di Intesa San Paolo s.p.a. con l'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado.
- 2) Condanna _____ s.p.a. a restituire a Intesa San Paolo s.p.a. 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 _____ s.p.a. a rifondere le spese di lite sostenute da Intesa San Paolo s.p.a. 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 Intesa Sanpaolo 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

pagina 37 di 37

Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c
Firmato Da: PITTONI PATRIZIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 229a8764db0629b060592b04e9c0d3

