



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte di Appello di Trento II<sup>a</sup> Sezione riunita in Camera di Consiglio nelle persone dei Signori Magistrati:

1. DOTT. DOMENICO TAGLIALATELA PRESIDENTE
2. DOTT. UGO CINGANO CONSIGLIERE
3. DOTT. RAFFAELE MASSARO CONSIGLIERE REL.

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile in grado di appello iscritta a ruolo in data 11.04.2012 al n. R.G. promossa con atto di citazione notificato in data 03.04.2012

**DA**

**SOCIETA' A A S.a.s.**, di J B L e C.,  
con sede in , in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv.to S P di , domiciliatario, giusta delega a margine dell'atto di citazione di prime cure.

**- APPELLANTE -**

**CONTRO**

**BANCA DI T E B S.P.A.**, corrente in , in persona del Presidente pro tempore M C , rappresentata e

difesa dall'Avv.to F B di , domiciliatario, giusta delega a margine della comparsa di risposta di prime cure.

- **APPELLATA – APPELLANTE INCIDENTALE**

**OGGETTO: Intermediazione finanziaria (S.I.M.) – Contratti di Borsa.**

Appello avverso la sentenza del Tribunale di Trento, in composizione monocratica n. 46/12 d.d. 28.12.2011

Causa ritenuta in decisione sulla base delle seguenti

### **CONCLUSIONI**

#### **DI PARTE APPELLANTE:**

( da atto di citazione in appello):

NEL MERITO, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, voglia l'adita Corte d'appello, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, in accoglimento delle domande ed eccezioni tutte di cui in narrativa, con qualsiasi statuizione:

#### **IN PRINCIPALITA':**

dichiararsi nullo per contrarietà a norme imperative o per mancanza di causa o, ovvero comunque dichiararsi nullo ai sensi dell'art. 30 TUF ( D. L.vo n. 585/1998) per omessa indicazione nei moduli o formulari della facoltà di recesso entro sette giorni di contratto concluso fuori sede ovvero collocato a distanza, il contratto finanziario denominato Interest rate Swap ovvero "Gap Floater" stipulato inter partes in data 12.12.2006;

#### **IN VIA SUBORDINATA:**

annullarsi il predetto contratto finanziario per le ragioni tutte dedotte in citazione ai sensi degli artt. 1427 e 1439 cod. civile, ovvero, subordinatamente, accertata l'ipotesi di dolo incidente" come regolato dall'art. 1440 c.c., condannarsi la banca convenuta al risarcimento dei danni conseguenti;

IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA:

accertati gli inadempimenti nonché le violazioni precontrattuali e contrattuali commesse dalla Banca convenuta meglio descritte in narrativa dichiararsi la risoluzione del predetto contratto finanziario; per effetto di anche una delle pronunce di cui sopra, condannare la banca convenuta al rimborso di tutte le somme pagate dalla società attrice a seguito del contratto finanziario de quo per liquidazioni alle scadenze contrattuali ovvero per commissioni o costi anche impliciti, al netto delle minori somme percepite dall'attrice, oltre alle somme che al medesimo titolo venissero addebitate alla parte attrice dalla Banca convenuta in qualsiasi modo e sotto qualsiasi forma in corso di giudizio o successivamente, ed oltre agli altri importi eventualmente maggiori che derivassero dall'accertamento in fatto, con gli interessi legali sulle somme dovute dalla banca maggiorati degli interessi contrattuali, e delle somme dipendenti dalla capitalizzazione degli interessi stessi, derivanti dal conto corrente affidato sul quale tali somme sono state addebitate, con gli interessi maturati e maturandi anche convenzionali e/o risarcitori e sino al soddisfo dal dì di ogni singolo pagamento, anche eventualmente a titolo di indebito;

condannare parte convenuta al risarcimento dei danni ulteriori da liquidarsi secondo le risultanze di giudizio o, in subordine, in via equitativa.

Con vittoria di spese, diritti e onorari di giudizio, oltre al rimborso forfettario 12,5% Cna e Iva, CUIR, anche in relazione al presente grado di giudizio.

IN VIA ISTRUTTORIA: si chiede che venga ammessa prova per testi sulle circostanze come di seguito dedotte.

1. E' vero che nell'ottobre del 2006 l'amministratore della società attrice incontrò presso la propria sede di                      funzionari della locale filiale di Banca T                      e B                      aderendo a ripetute richieste in tal senso della banca.

2. E' vero che in quella occasione gli veniva indicata come probabile la prospettiva di una evoluzione in aumento a breve termine del tasso di interesse di riferimento del mutuo corrente con la banca medesima.

3. E' vero che in quella occasione gli venne espressamente suggerito di stipulare un contratto "derivato" che potesse svolgere una funzione di "assicurazione", contro il rischio di un aumento del tasso di interesse sui finanziamenti in essere e specificamente "di copertura" sul rapporto di finanziamento per mutuo già corrente con la medesima BTB.

4. E' vero che sia il contratto quadro che il contratto finanziario derivato furono sottoscritti nelle date ivi riportate, su moduli predisposti da BTB e presso la sede della società attrice in                      .

5. E' vero che in nessuna di queste occasioni vennero dati informative o comunque chiarimenti al cliente in ordine agli aspetti di natura finanziaria ricollegabili al concetto di "valore di mercato" del contratto/prodotto finanziario che andavano a negoziare.

6. E' vero comunque che in nessuna di queste occasioni vennero dati informative o raggugli al cliente in ordine alla caratteristica di contratto "par" o "non par" che possono assumere i derivati in relazione alla loro struttura.

Testi: M A , J An , J Al .

**DI PARTE APPELLATA – APPELLANTE INCIDENTALE:**

( da comparsa di costituzione e risposta con appello incidentale):

IN VIA PRINCIPALE: ogni contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa, voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Trento rigettare l'appello proposto da A A sas avverso la sentenza del Tribunale di Trento n. 46/12;

IN VIA INCIDENTALE: in parziale riforma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Trento n. 46/12, voglia la Corte d'Appello

Rigettare in toto le domande avversarie tutte svolte in via principale, subordinata ed ulteriormente subordinata, per tutti i motivi in narrativa esposti;

rigettare conseguentemente la domanda di condanna della Banca al rimborso di tutte le somme pagate dalla società attrice a seguito del

contratto finanziario per liquidazione, commissioni o costi impliciti, sia in linea capitale che in linea interessi.

Rigettare la domanda di corresponsione del maggior danno, in quanto non dovuto e comunque non indicato, né dimostrato e neppure quantificato;

condannar el'appellante alal rifusione in favore della Banca delle spese di primo grado ovvero ridurre l'importo liquidato in sentenza a quello corrispondente al valore del decisum;

IN VIA SUBORDINATA: per la non creduta ipotesi si ritenesse sussistere un'obbligazione di pagamento a carico della Banca a seguito di pronunzia di nullità o di annullamento o di risoluzione del contratto di swap, detrarre da quanto la Banca fosse così condannata a pagare gli importi tutti percepiti, comprensivi dell'upfront, dall'attrice in forza del contratto di swap, maggiorati di interessi al medesimo tasso riconosciuto a parte attrice stessa, dalla data dell'incasso al saldo.

IN VIA ISTRUTTORIA:

Si chiede di essere ammessi alla prova per testi, a mezzo dei testi indicati, sulle circostanze di seguito dedotte.

CAPITOLO 1) in data 15.02.2006 è stato stipulato tra la Banca e l'odierna attrice il contratto di mutuo fondiario per il valore capitale di € 1.800.000,00=, che mi viene rammostrato ( doc. all. 9 attrice);

CAPITOLO 2) al momento della stipula del contratto di mutuo di cui sopra sono state prospettate alla cliente le diverse soluzioni tecnicamente possibili e quindi offerte dalla Banca per il rimborso della somma mutuata;

CAPITOLO 3) nel febbraio 2006 il tasso fisso mediamente applicato dal sistema ai contratti di mutuo era superiore al 4.50%;

CAPITOLO 4) il tasso variabile applicato al contratto di mutuo di cui sopra (Euribor + 0,85%) era inferiore ai tassi variabili usualmente applicati ai mutui nel febbraio 2006;

CAPITOLO 5) al momento della stipula del contratto di mutuo di cui sopra è stata prospettata alla cliente la possibilità di affiancare al contratto di mutuo un contratto di Interest Rate Swap che consentisse un risparmio in caso di rialzo dei tassi;

CAPITOLO 6) la cliente, odierna attrice, decideva di stipulare il contratto di mutuo di cui sopra, a tasso variabile, con successivo affiancamento allo stesso di un contratto di respinge il ricorso.

Trento, 30/4/2013 ;

CAPITOLO 7) il contratto di mutuo di cui sopra veniva negoziato e sottoscritto all'interno dei locali della Banca;

CAPITOLO 8) il contratto di swap che mi viene rammostrato ( doc. all. 2 e 3 attore) è stato stipulato a copertura del rialzo dei tassi de contratto di mutuo di cui sopra;

CAPITOLO 9) il contratto di swap di cui al capitolo che precede, è stato stipulato al fine di garantire al cliente un risparmio in caso di rialzo dei tassi di interesse;

CAPITOLO 10) al momento della stipula del contratto di swap di cui sopra, le previsioni ufficiali relative al tasso d'interesse Euribor erano al rialzo;

CAPITOLO 11) al momento della stipula del contratto di swap di cui sopra sono state fornite alla cliente le informazioni tecniche e finanziarie relative a struttura del contratto, previsioni relative al tasso Euribor, valore del tasso Euribor al momento della stipula;

CAPITOLO 12) alla data della stipula dello swap, la struttura contrattuale dello stesso permetteva all'odierna attrice di ottenere la liquidazione dei differenziali a proprio favore;

Testi: signor S      P      , ora presso S      , signor C  
D      , presso Banca di T      e B      e signor N  
T      , presso Banca di T      e B      .

CAPITOLO 13) il capitale nozionale sottostante al contratto di swap di copertura deve essere uguale e/o inferiore all'ammontare del debito;

CAPITOLO 14) negli swap di copertura la Banca è solita legare il contratto di swap ad un nozionale corrispondente ad una percentuale ricompresa tra il 75 e il 90% dell'ammontare del debito;

CAPITOLO 15) la copertura cui lo swap è finalizzato è tecnicamente assicurata sia che il capitale nozionale dello swap di copertura sia legato all'andamento del mutuo sottostante sia che corrisponda ad un nozionale inferiore al capitale mutuato per tutta la durata dello swap.

Teste: signor N T , presso Banca di T e B .

Ci si oppone all'ammissione delle richieste istruttorie avversarie per tutti i motivi in atti partitamente dedotti.

Si chiede di essere ammessi alla prova contraria per testi sui capitoli eventualmente ammessi, a mezzo dei testi già indicati.

IN OGNI CASO: con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi del giudizio, oltre alla rifusione delle spese generali 12,50% ex art. 14 T.F., oltre all'IVA e alla CNPA nella misura dovuta come per legge.

Con ogni riserva processualmente consentita.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data <sup>28/8/2009</sup> 7/11/2008, la S.a.s. A A di J B L & C. di conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Trento la Banca di T e B S.p.A. per ivi sentir dichiarare nullo o annullare o comunque risolvere per inadempimento il contratto Interest Rate Swap stipulato fra le parti in data 12/12/2006, con conseguente condanna della Banca a

restituire le somme all'attrice addebitate, al netto di quelle alla stessa accreditate, oltre al risarcimento del danno.

Esponeva di avere stipulato con la Banca di T e B il 15/2/2006 un mutuo fondiario per € 1.800.000,00, ad un tasso variabile pari al valore Euribor a sei mesi, più uno spread dello 0,85%; qualche mese dopo, la Banca le aveva proposto di stipulare, in relazione al mutuo, un contratto derivato con funzione di “copertura” del rischio di aumento del tasso di interesse, prospettando che l'operazione era di tutta tranquillità ed era in grado di ridurre al minimo gli effetti degli aumenti previsti; il 12/12/2006 era stato quindi stipulato un contratto derivato di tipo IRS (Interest Rate Swap), allo specifico scopo di coprire il cliente dal rischio di rialzi eccessivi dei tassi di mercato.

Evidenziava che in realtà il contratto non svolgeva alcuna funzione di copertura, posto che il sistema con esso congegnato non tutelava il cliente dal rischio di aumento dei tassi, mentre lo esponeva ad un danno nel caso di diminuzione degli stessi: chiedeva quindi la declaratoria di nullità del contratto per mancanza di causa e per violazione delle norme di protezione contenute nel TUF; chiedeva in subordine l'annullamento del contratto per vizio della volontà (errore o dolo); proponeva comunque azione di risoluzione per inadempimento, sotto molteplici profili, assumendo anche la prospettabilità di responsabilità precontrattuale.

Rappresentava, inoltre, che nel contratto in oggetto non era stata operata la valutazione del valore di mercato del derivato (*mark to*

market), valore che si presentava negativo alla stipula del contratto, senza che fosse stato versato alcunché per compensazione, e ciò aveva di fatto comportato l'addebito di una "commissione implicita", non palesata al cliente.

Si costituiva la Banca convenuta, che chiedeva il rigetto della domanda, sostenendo che l'operazione proposta era adeguata al profilo di rischio del cliente; che non poteva parlarsi di mancanza di causa; che vi era stata completezza di informazione e che nel complesso l'operazione si presentava per il cliente maggiormente vantaggiosa rispetto ad altre praticabili.

Veniva disposta ed espletata C.T.U. intesa ad accertare la struttura del contratto e la attitudine dello stesso ad assolvere funzioni di copertura, oltre che l'eventuale presenza di commissioni occulte.

Con sentenza 28/12/2011-13/1/2012 il Tribunale adito, rigettando nel resto ogni altra domanda, condannava la Banca di T e B al pagamento in favore della S.a.s. attrice dell'importo di € 13.533,34, "maggiorato degli interessi addebitati a carico di A A S.a.s. nel contratto di mutuo su cui gravano"; condannava la Banca convenuta alla rifusione delle spese di causa e di C.T.U.

In ordine alla dedotta nullità per violazione dell'art. 30 TUF, trattandosi di contratto stipulato "fuori sede" nel quale non era stata fatta menzione della facoltà di recesso nel termine di 7 giorni, osservava il Tribunale che "pur essendo pacifico che la sottoscrizione del contratto di swap [era] avvenuta presso la sede della società attrice e non presso la sede della banca, dunque 'fuori sede', ciò

nonostante [doveva] ritenersi che tale contratto di swap si configur[asse] quale contratto collegato funzionalmente e strutturalmente al contratto di mutuo già corrente tra le parti, atteso che [era] stato stipulato allo specifico scopo di modificare le modalità di pagamento degli interessi sul mutuo, ed era in ogni caso diretto a limitare i rischi connessi al contratto principale. Tale collegamento negoziale vale[va] ad escludere che po[tesse] trovare applicazione la normativa estremamente rigorosa in tema di contratti di finanziamento stipulati mediante moduli o formulari, diretta a tutelare il contraente debole a fronte di proposte contrattuali 'non meditate', ipotesi peraltro estranea al caso di specie, dove le parti avevano già un rapporto contrattuale importante stipulato tra loro, e di cui lo swap [aveva] costituito una integrazione, ancorché sotto forma di contratto autonomo” (pp. 8-9 sentenza cit.).

Nel merito, rilevava che nella C.T.U. esperita erano state descritte la struttura e la finalità del contratto ed era stato evidenziato che il contratto non aveva assolto, “diversamente da quanto indicato nella proposta, alle funzioni di copertura dai rischi del rialzo dei tassi di interesse...prospettate, operando tale copertura solo nel *range* 3,80%-4,30%”; rimandava quindi al contenuto della C.T.U., nella quale era evidenziato che “le limitate funzioni di copertura si configura[vano] anche in relazione alla presenza della barriera superiore, oltre al quale il tasso torna[va] ad essere variabile, ed inoltre al fatto che comunque il contratto di swap riguarda[va] solo una parte del capitale oggetto del mutuo” (pag. 9 sentenza cit.).

Osservava che il C.T.U. aveva evidenziato come nell'ipotesi in cui l'Euribor fosse sceso al di sotto del 3,80% i differenziali a sfavore della attrice sarebbero stati ancor più consistenti e come al momento della stipula il contratto non presentasse, come richiesto dal Regolamento Consob, un valore nullo (cioè un valore per cui le prestazioni previste si presentassero come equivalenti) ed aveva calcolato in € 13.533,34 il valore *Mark to Market* che avrebbe dovuto essere riconosciuto alla attrice al momento della stipula, in ragione della accettazione di un rischio maggiore, trattandosi di contratto *non par.*

Rilevava il Tribunale che in relazione a tale struttura contrattuale, l'attrice aveva dedotto la nullità del contratto per mancanza di causa, in quanto difettava la funzione di copertura, costituente, appunto, la causa del contratto.

Secondo il Tribunale tale assunto non poteva essere condiviso "in quanto la causa del contratto intercorso tra le parti non [poteva] essere identificata nella funzione di copertura, bensì alle modalità di regolazione del pagamento di interessi, strutturate su un contratto a natura aleatoria, che è la causa tipica di tale contratto. Ancorché si tratt[asse] di aleatorietà 'squilibrata' presente nel derivato...non [poteva] escludersi che lo stesso [avesse] una causa aleatoria, anche se in misura limitata, per ognuna delle parti. La funzione di copertura costituisce, più correttamente, il motivo affermato dalle parti al momento della stipula. Il fatto che tale motivo, secondo le indicazioni del CTU, non risult[asse] realizzato in concreto, [era] questione

diversa e non [poteva] avere...una ricaduta sull'equilibrio del sinallagma contrattuale. Non si tratta[va] però di un contratto nullo in origine per mancanza di causa, e dunque tale censura [doveva] essere disattesa” (pp. 10-11 sentenza cit.).

Altro profilo di nullità dedotto dalla attrice era quello relativo alla asserita violazione delle norma di comportamento gravanti sulla Banca ex-artt. 21 e ss. TUF e 28 e 29 del regolamento Consob, ed in particolare degli obblighi di correttezza, trasparenza ed informazione. Sul punto il Tribunale rilevava che “nel concreto le stesse [erano] effettivamente state realizzate dalla Banca nell'effettuare la proposta contrattuale, atteso che non [erano] state fornite informazioni corrette sulla struttura del contratto, ed anzi ne [era] stata fornita una rappresentazione in parte fallace ed in parte incompleta (in particolare notandosi che A A s.a.s. non [era] operatore qualificato per ciò che attiene agli strumenti finanziari): nella premessa della proposta di data 12 dicembre 2006 (doc. 2 di parte attrice) infatti si dice[va] che il contratto [veniva] proposto per la copertura del tasso di interesse derivante dall'esposizione debitoria, mentre tale funzione in concreto non poteva essere assolta con lo strumento proposto...in considerazione della funzione di copertura in misura estremamente limitata. Inoltre, per ciò che att[eneva] al rispetto dell'obbligo di trasparenza e di equo trattamento, di cui all'art. 21 TUF, si rileva[va] che nel contratto stipulato non vi [era] alcuna esplicitazione dello sbilanciamento dell'alea tra le parti” (pp. 11-12 sentenza cit.). Tuttavia, la declaratoria di nullità doveva essere

esclusa alla luce della giurisprudenza di legittimità (in particolare Cass. S.U. 26725/07), secondo la quale tale nullità non era prevista da alcuna disposizione normativa, potendosi configurare semmai “un’ipotesi di responsabilità precontrattuale in relazione alla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, tipizzati nella normativa richiamata” (pag. 13 sentenza cit.).

Era altresì da rigettare la domanda di annullamento del contratto per errore, giacché non era “specificatamente individuato il contenuto del contratto su cui si è incentrato l’errore...anche ai fini di identificare la sua riconoscibilità da parte dell’altro contraente”; infatti, “l’indicazione sul punto [era] generica, non essendo possibile ricostruire lo stato soggettivo del contraente, e neppure quale [fosse] l’elemento erroneo che [avesse] avuto efficacia determinante al fine della conclusione del contratto” (pag. 13 sentenza cit.).

Era pure da escludere la risoluzione per inadempimento, giacché, come esplicitato nella ricordata Sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, “l’azione di risoluzione del contratto per inadempimento può trovare accoglimento solo quando la violazione degli obblighi comportamentali attenga alla fase esecutiva del contratto, non alla fase della trattativa che porta alla conclusione dello stesso. Riguardo a ciò non [era] mai stata allegata alcuna violazione del contratto quadro nell’esecuzione del contratto, atteso che [era] proprio il contratto quadro...che presenta[va] gli aspetti critici indicati, mentre l’operazione di investimento [era] del tutto conforme al contratto quadro. Pertanto dunque le violazioni

censurate atte[nevano] alla fase della conclusione del contratto quadro, e relativamente a questo (ed alle sue concrete esecuzioni) scatta[vano] gli obblighi risarcitori previsti dall'art. 1337 c.c., mentre non [poteva] essere pronunciata la risoluzione per inadempimento” (pag. 14 sentenza cit.).

Affermata quindi la sussistenza di responsabilità precontrattuale della Banca convenuta, il Tribunale rilevava che il danno risarcibile era da individuare nell' “importo pagato quali commissioni occulte dal cliente alla banca, corrispondente al valore dell'*up front*...Tale valore [era] stato indicato dal CTU in € 13.533,34, e costitui[va] pertanto una voce di danno per un pagamento non dovuto in quanto occulto e non contrattato”; tale somma doveva dunque essere versata dalla Banca alla attrice, con la maggiorazione “degli interessi addebitati a carico di A A s.a.s. nel contratto di mutuo su cui gravano” (pag. 16 sentenza cit.).

Non poteva essere accolta la domanda di restituzione degli importi pagati dal cliente al netto delle somme ricevute, “non potendo essere pronunciata la risoluzione per inadempimento, a cui potrebbe conseguire la restituzione delle prestazioni rese”.

Quanto alle spese di causa, “nonostante la domanda ven[isse] accolta in misura ridotta rispetto a quanto azionato, essendovi comunque riconoscimento della responsabilità della convenuta, tali spese [dovevano] essere integralmente poste a carico della stessa” (pag. 16 sentenza cit.).

Con atto di citazione notificato il 3/4/2012 ha proposto tempestivo e rituale appello la A A S.a.s., che chiede la riforma dell'impugnata sentenza sulla base di motivi: **1)** "Statuizione sub C: mancata pronuncia di risoluzione del contratto di *Gap Floater Swap* – Errata interpretazione dei negozi intervenuti tra le parti – Errata interpretazione delle risultanze di fatto"; **2)** "Statuizione sub D: mancato riconoscimento degli obblighi restitutori e maggior rimborso del danno dovuto – Errata individuazione della natura del danno – Errata quantificazione"; **3)** "Statuizione sub A: mancata dichiarazione delle nullità contrattuali indicate- Errata interpretazione dei negozi intervenuti tra le parti – Errata interpretazione delle risultanze di fatto"; **4)** "Statuizione sub B: mancato annullamento del contratto derivato *Gap Floater Swap* – Errata interpretazione dei negozi intervenuti tra le parti – Errata interpretazione delle risultanze di fatto".

Si è costituita ritualmente la Banca di T e B S.p.A. che, nel chiedere il rigetto dell'appello principale perché infondato, propone a sua volta appello incidentale sulla base di tre motivi: 1) Insussistenza della violazione da parte della Banca delle norme di comportamento imposte dal TUF; 2) "Il mark to market"; 3) "Sulla liquidazione delle spese".

Le conclusioni sono state rassegnate all'udienza del 8/1/2013, con concessione dei termini di rito per conclusionali e repliche.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

L'appello è fondato e merita accoglimento.

Priorità logico giuridica assume l'esame del motivo sub 3 relativo alla dedotta nullità del contratto, nullità che si prospetta in effetti sussistente sia sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 30 comma 7 D. L.vo 24/2/1998 n. 58 sia sotto il profilo del difetto di causa (concreta) del negozio.

Invero, appare del tutto pacifico che il contratto de quo (di collocamento dello strumento finanziario "swap" rientrante nella previsione di cui all'art. 1 comma 2 lett. g del D. L.vo 24/2/1998 n. 58, come all'epoca vigente) fu concluso "fuori sede", ovvero in luogo diverso dalla sede legale o da una dipendenza della Banca appellata, giacché esso (doc. 3 di parte appellante) fu sottoscritto dall'appellante presso la sua sede, in P (la sede della Banca appellata è invece in T ; quella della dipendenza che, secondo quanto emerge dagli atti, si occupava direttamente della questione era in C ), ove fu appunto sottoscritta per ricevuta ed accettazione, in data 12/12/2006, la proposta formulata dalla Banca (la quale confermò poi gli estremi dell'operazione con comunicazione priva di data – doc. 4 di parte appellante – nella quale si precisava: "numero operazione 520/2006 stipulata il 12/12/2006 Registrazione telefonica nr. 17 del 13/12/2006 ore 11,30 matricola 1813"). La proposta era redatta su modulo della Banca, cosicché in quest'ultimo avrebbe dovuto essere indicata, a pena di *nullità*, la facoltà, in capo all'appellante, di recesso entro sette giorni a norma dell'art. 30 comma 7 del D. L.vo 24/2/1998 n. 58, ma tale indicazione non fu inserita nel testo del contratto, sì che, avendo l'appellante – unico soggetto a ciò

legittimato - eccetto la predetta nullità, la stessa non può che essere dichiarata.

A questo proposito occorre rilevare che è destituito di fondamento l'assunto del primo giudice secondo il quale l'indicazione de qua non sarebbe stata necessaria in quanto il contratto doveva ritenersi collegato al contratto di mutuo a suo tempo stipulato fra le parti, giacché, pur sussistente tal collegamento, ciò nondimeno il contratto qui in esame, concluso il 12/12/2006, ovvero ben dieci mesi dopo la stipula del mutuo, aveva comunque la sua autonomia, sì che nello stesso doveva essere necessariamente indicata la facoltà di recesso, nessuna deroga peraltro prevedendo la norma de qua.

Né rilievo alcuno potrebbe assumere il fatto – che l'appellata ha chiesto di provare a mezzo testi – che già in occasione della stipula del mutuo, avvenuta in C nei locali della banca nel Febbraio 2006, fosse stata prospettata all'appellante l'eventualità della stipula del contratto di copertura in questione, giacché tale prospettazione non solo non potrebbe essere intesa quale vera e propria proposta contrattuale, ma la stessa non sarebbe in ogni caso valsa a sollevare la Banca dall'onere di indicare nel contratto la facoltà di recesso, giacché comunque il contratto stesso, come detto, fu *concluso* fuori sede ed è ciò che basta per rendere, appunto, necessaria l'indicazione de qua a norma del coordinato disposto del sesto e settimo comma del rammentato articolo 30 del TUF.

A questo proposito è priva di conclusione l'osservazione dell'appellata, secondo la quale “la suddetta tutela...trova la sua

ragion d'essere solo se si prendono in considerazione le modalità in cui si estrinsecano le attività di promozione e collocamento degli strumenti finanziari, attività alle quali non può essere certamente ricondotta l'attività di mera descrizione di un contratto swap" (pp. 4-5 comparsa di costituzione e risposta in appello), posto che, se essa si riferisce all'attività di "descrizione" posta asseritamente in essere al momento della stipula del mutuo, essa stessa non assume allora il benché minimo rilievo, non avendo in effetti tale attività, come osservato, natura di *proposta*; se, invece, intende riferirsi alla vera e propria proposta in data 12/12/2006, allora non può non rilevarsi la manifesta infondatezza, giacché quella del 12/12/2006 non era certo "attività di mera descrizione", ma, appunto, effettiva *proposta* contrattuale, formulata dalla banca ed accettata dal cliente *fuori sede*. Né rilievo potrebbe assumere il fatto che il contratto del 12/12/2006 venisse concluso dopo che l'appellante aveva, nell'ottobre precedente, sottoscritto un "contratto-quadro derivati otc su tassi di interesse per non consumatori operatori non qualificati" (doc. 2 di parte appellante), giacché tale ultimo contratto aveva un contenuto del tutto generico, riferendosi esso, con mera indicazione nominativa e senza alcuna concreta specificazione operativa in relazione a ciascuna di esse, a varie figure contrattuali che si sarebbero potute porre successivamente in essere ("...interest rate swap, opzione cap, opzione floor, opzione collar, swap option, forward rate agreement...": doc. 2 cit.), cosicché le *eventuali* (ché alla conclusione del contratto-quadro non erano certi né la stipula di successivi

contratti, né i tempi ed i modi di conclusione di essi) successive proposte che la banca avesse formulato, se fatte fuori sede, come in concreto poi avvenuto, avrebbero dovuto recare la ricordata necessaria indicazione, richiesta a pena di nullità, poiché era solo in quel momento che veniva in concreto individuato il contratto da stipulare, con la relativa concreta disciplina.

Ciò detto, è pure fondata la doglianza relativa al rigetto della domanda di declaratoria di nullità del contratto per difetto di causa.

Il contratto intercorso tra le parti era, pacificamente, un *Interest Rate Swap* (IRS), contratto che prevede lo scambio periodico, tra due soggetti, di flussi di cassa aventi la natura di “interessi” calcolati sulla base di tassi di interesse predefiniti e differenti e di un capitale teorico di riferimento; tale tipo di contratto ha in concreto diverse finalità, ovvero, generalmente, quella *Hedging* (riduzione di una potenziale perdita), *Trading* (profitto sulla variazione di prezzo nel tempo, con assunzione di rischio finanziario), *Arbitraggio* (profitto sulla differenza di prezzo fra due mercati in un dato periodo di tempo).

Nella specie, il contratto intercorso tra le parti aveva dichiaratamente la finalità *Hedging*, ovvero, come si legge nella proposta contrattuale accettata dall'appellante (doc. 3 cit.), “la copertura del rischio di tasso d'interesse derivante dalla...esposizione debitoria” dell'appellante stessa a seguito della stipula del contratto di mutuo fondiario per € 1.800.000,00 avvenuta nel Febbraio 2006 (doc. 9 di parte appellante); e d'altra parte proprio per “tutelare il proprio

patrimonio dagli eventuali effetti delle variazioni del tasso di interesse che potrebbero intervenire” l'appellante aveva sottoscritto il “contratto-quadro derivati OTC su tassi di interesse per non consumatori operatori non qualificati” in data 24/10/2006 sopra ricordato (doc. 2 di parte appellante), in esecuzione del quale fu poi appunto sottoscritto il contratto di cui si discute.

Per poter essere considerate “di copertura”, le operazioni su strumenti finanziari derivati devono avere necessariamente le seguenti caratteristiche: “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 ecc.) 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” (Consob, Comunicazioni nn. DI/98065074 del 6/8/1998, DI/99013791 del 26/2/1999 e DEM/1026875 del 11/4/2001).

Nella fattispecie, mentre è assolutamente pacifico che l'IRS stipulato inter partes fosse “esplicitamente posto in essere al fine di ridurre la rischiosità” relativa alle possibili variazioni del tasso di interesse, variabile, concordato alla stipula del mutuo nel Febbraio 2006, di contro difettava del tutto il requisito sub b) sopra indicato, così come chiaramente emerge dalla esperita C.T.U., giacché “a)...non vi [era] correlazione tra il capitale nozionale dell'IRS [€ 1.300.000,00] e il valore residuo del mutuo al 12/12/2006 [€ 1.755.000,00 circa], né

[era] previsto un piano di ammortamento del predetto capitale nozionale in relazione a quello previsto per il contratto di mutuo; b) vi [era] una forte discrepanza tra la durata dell'IRS (5 anni) e la durata residua del mutuo al 12/12/2006 (circa 19 anni a mezzo); c) il tasso variabile previsto dall'IRS (Euribor a 3 mesi) non coincide[va] con quello cui [era] stato indicizzato il mutuo (Euribor a 6 mesi)" (C.T.U. dott. M. B \_ pag. 22): balza evidente che la "elevata correlazione" tra lo strumento finanziario utilizzato e l'oggetto della copertura non sussisteva affatto né per capitale di riferimento, né per durata, né per tasso di interesse, sì che, come rilevato dal C.T.U., "l'operazione in oggetto pare difficilmente inquadrabile nell'alveo di quelle classificate dalla Consob come 'di copertura'" (pag. 22 CTU cit.).

Ed infatti, come risulta dalla citata C.T.U., alla luce delle previsioni relative ai tassi Euribor a 3 mesi disponibili al 12/12/2006, che "lasciavano supporre un trend piuttosto piatto del parametro...per tutta la durata contrattuale (quindi sino al dicembre 2011)", "lo scenario più probabile era che il derivato non avrebbe *pressoché mai* svolto la sua presunta funzione di copertura" (pag. 21 CTU cit.), mentre in caso di rialzo del tasso sino alla soglia del 4,30% e poi oltre, la funzione di copertura avrebbe operato "in misura abbastanza limitata, posto che avrebbe neutralizzato tutte le variazioni avverse del tasso Euribor a 3 mesi solo nell'ambito del range 3,80%-4,30% producendo quale massimo effetto una riduzione dello 0,49% periodico (in corrispondenza di un livello dell'Euribor a 3 mesi pari al

4,29% periodico) rispetto ad un tasso effettivo del mutuo che, senza l'influenza del derivato, sarebbe stato pari a poco meno del 5,15%. Per livelli dell'Euribor dal 4,30% in su, l'effetto assoluto di mitigazione dei tassi sarebbe stato *inferiore*, limitandosi allo 0,2%: in termini relativi parliamo quindi di un assorbimento massimo delle variazioni del tasso pagato sul <sup>MUTUO</sup>mutuo pari al 40% (corrispondente all'incidenza di 0,2% su un incremento dello 0,5% dell'Euribor a 3 mesi, dato dal differenziale tra la soglia del 4,30% e il tasso fisso dell'IRS pari al 3,80%), percentuale via via decrescente al crescere del livello dell'Euribor a 3 mesi. In termini di esborsi assoluti per far fronte agli interessi del mutuo sottostante, i benefici sarebbero stati addirittura inferiori, posto che il nozionale al quale era ancorato l'IRS (Euro 1.300.000) era sensibilmente inferiore rispetto al debito residuo in linea capitale del mutuo alla data di stipula del rapporto (Euro 1.755.000 circa)" (pp. 21-22 CTU cit.).

A ciò è da aggiungere che, come pure emerso dalla C.T.U., l'IRS stipulato tra le parti era "di tipo 'non par', non presentando un valore nullo alla data di sottoscrizione del contratto, bensì un *valore negativo* per A s.a.s. Come confermato da entrambi i CTP, Banca di T e B non ha indicato nel relativo contratto tale *mark-to-market* negativo, né ha corrisposto a parte attrice alcuna somma a titolo di *up front* ovvero sia di compensazione, anche parziale, di tale differenziale negativo a sfavore di quest'ultima" (pag. 18 CTU cit.), cosicché in concreto la funzione di copertura del contratto era già in partenza esclusa, essendo il contratto di valore

*negativo* per l'appellante, senza che l'appellata le avesse versato alcunché per compensazione.

La circostanza che la Banca di T e B , a suo dire, avesse riconosciuto un margine consistente alla Banca cedente il derivato (ovvero alla banca francese C ), oltre a non essere stata in alcun modo palesata all'appellante, non è stata provata (né ha formato o forma oggetto di richiesta di prova), sì che essa non assume il benché minimo rilievo per ciò che qui interessa, essendo del tutto sconosciuti i termini dell'operazione che sarebbe intervenuta (se intervenuta) tra la appellata e la banca francese, non potendosi comunque non rilevare che, *in ogni caso*, resterebbe fermo il valore negativo del contratto, per l'appellante, senza alcuna forma di compensazione. Il valore negativo – che il C.T.U. ha ritenuto essere in definitiva una commissione occulta - è stato calcolato in € 13.533,34 dal C.T.U, in € 13.163,00 dal C.T.P. dell'appellante ed in € 13.143,03 dal C.T.P. dell'appellata - cfr. pag. 18 CTU – sì che risulta del tutto evidente che i *possibili* benefici per l'appellante restavano in partenza assorbiti dal predetto valore negativo ed avrebbero potuto prodursi, nella ipotesi più favorevole per l'appellante e nella limitatissima misura indicata dal C.T.U., solo a distanza di tempo e per un breve periodo (ed infatti gli unici modestissimi effetti “positivi” per l'appellante, maturati fra il 2007 ed il 2008, sono pari complessivamente a poco più di 4.500,00 euro, con un risultato, dunque, sempre di segno negativo per l'appellante di circa 9.000,00 euro, in considerazione dal valore negativo iniziale, non compensato dalla banca; quelli successivi sono

stati poi tutti fortemente negativi, con uno sbilancio finale, a favore della banca, di oltre 95.500,00 euro, che diventa di ben oltre 100.000,00 euro se si tiene conto del valore negativo iniziale).

Non par dunque dubbio che la funzione *hedging* del contratto de quo facesse del tutto difetto, essendo in realtà il contratto stesso caratterizzato da finalità speculative – *Trading* –, sì che deve rilevarsi la mancanza di causa del contratto stesso e la sua nullità ex-art. 1418 cpv. in relazione all'art. 1325 n. 2 c.c.

A questo proposito, non può condividersi l'assunto del primo giudice, secondo il quale la finalità di copertura del contratto non sarebbe stata la *causa* dello stesso, bensì il *motivo* che avrebbe indotto l'appellante alla stipula di esso: se, infatti, per causa, con la giurisprudenza più recente ed ormai consolidata, deve intendersi “lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è *concretamente* diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto tipizzato” (Cass. 8/5/2006 n. 10490; Cass. 12/11/2009 n. 23491. Cfr. anche Cass. 24/7/2007 n. 16315; Cass. S.U. 18/3/2010 n. 6538, in motivazione; Cass. 8/2/2012 n. 1875), la causa stessa, nella fattispecie, deve essere individuata, appunto, proprio nella “copertura del rischio di tasso d'interesse derivante dalla...esposizione debitoria” della appellante (proposta Banca T e B 12/12/06 doc. 3 di parte appellante), copertura che, però, come visto, in concreto il contratto de quo non era ab origine idoneo a garantire (pur con l'aleorietà che è connaturata con qualunque

forma di contratto swap), sì che, appunto, per tutto quanto sopra evidenziato, il contratto de quo era privo di *causa concreta* e, dunque, nullo per difetto di uno dei requisiti essenziali (art. 1418 cpv. in relazione all'art. 1325 n. 2 c.c.).

Alla declaratoria di nullità del contratto, non può che seguire l'accoglimento della domanda restitutoria formulata dall'appellante, con condanna dell'appellata a restituire all'appellante medesima tutte le somme a quest'ultima addebitate nel corso del rapporto in questione; dall'importo complessivo, così come richiesto dalla stessa appellante ed in via subordinata anche dalla appellata, devono essere *destrate* le somme all'appellante stessa accreditate, sì che l'importo complessivo che l'appellata deve essere condannata a versare all'appellante è pari ad € 95.780,77 (l'addebito complessivo, infatti, fu pari ad € 100.520,43, mentre gli accrediti ammontarono in tutto ad € 4.739,66), come da prospetto contenuto nella comparsa conclusionale dell'appellante (pp. 8-9), prospetto che non forma oggetto di contestazione da parte della appellata (cfr. comparsa di replica depositata in data 29/3/2013); sugli importi da restituirsi devono essere corrisposti interessi legali dalla domanda al saldo effettivo. Non possono essere riconosciuti gli "interessi contrattuali...derivanti dal conto corrente affidato sul quale tali somme sono state addebitate", posto che il totale difetto di prova non consente di affermare che sulle somme addebitate all'appellante siano stati pagati interessi in tale misura, né peraltro l'appellante ha provato o chiesto di provare o anche solo dedotto di avere subito

danno maggiore rispetto a quello coperto dal tasso legale degli interessi.

Quanto alla domanda risarcitoria, riproposta in questa sede, non v'è che da osservare che la stessa è sprovvista d'ogni supporto probatorio, sia nell'an, sia nel quantum, sì che non può essere accolta neppure con liquidazione in via equitativa, la quale ultima presuppone pur sempre l'effettiva sussistenza del danno.

L'accoglimento dell'appello sotto i profili esaminati esime dall'esame degli ulteriori motivi e comporta il rigetto dell'appello incidentale (presupponente l'accertamento della validità del contratto de quo).

La riforma dell'impugnata sentenza impone un nuovo regolamento delle spese (in esso assorbito il motivo d'appello incidentale sub 3). A questo proposito deve rilevarsi che l'appellata risulta sostanzialmente pienamente soccombente essendo state accolte le domande di accertamento della nullità del contratto e di condanna alla restituzione di quanto addebitato all'appellante (il rigetto dell'appello in ordine al risarcimento del danno non assume a tal proposito effettivo rilievo, essendo il nucleo della controversia rappresentato appunto dalla contestata validità del contratto e dalla domanda restitutoria), cosicché l'appellata – soccombente peraltro anche in relazione all'appello incidentale - deve essere condannata all'integrale rifusione delle spese in favore dell'appellante, come da liquidazione che si opera in dispositivo (secondo le previsioni del D.M. 20/7/2012 n. 140, scaglione € 50.001,00-100.000,00, valori medi aumentati del 50% attesa la complessità e rilevanza della causa; con l'ulteriore

aumento del 20% per il giudizio di appello, per il quale è stata peraltro esclusa la liquidazione per la fase istruttoria, istruttoria non essendovi stata).

**P.Q.M.**

la Corte

definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, eccezione e deduzione disattesa, in parziale accoglimento dell'appello proposto da A A S.a.s. di J B L & C. nei confronti di Banca di T e B S.p.A. avverso la sentenza n. 46/12 in data 28/12/2011-13/1/2012 del Tribunale di Trento ed in riforma di quest'ultima dichiara la nullità del contratto denominato Interest Rate Swap (IRS) intervenuto tra le parti in data 12/12/2006 e per l'effetto condanna l'appellata a restituire all'appellante il complessivo importo di € 95.780,77, oltre interessi legali dalla domanda al saldo Rigetta nel resto l'appello e rigetta altresì l'appello incidentale proposto da Banca di T e B S.p.A.

Condanna l'appellata a rifondere all'appellante le spese di causa che liquida quanto al primo grado in complessivi € 11.598,00, di cui € 348,00 per spese, oltre IVA, accessori come per legge e spese di C.T.U. come liquidate in corso di causa; quanto al giudizio di appello in complessivi € 10.898,00, di cui € 998,00 per spese, oltre IVA ed accessori come per legge.

Trento, 9/4/2013

IL CONSIGLIERE EST.

(DOTT. RAFFAELE MASSARO)



IL PRESIDENTE

(DOTT. DOMENICO TAGLIALATELA)



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

(art. 2, lettera c)

Depositata in Cancelleria il **3 MAG. 2013**

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

(art. 2, lettera c)