

Sentenza n. 5788/2018 pubbl. il 27/12/2018

RG n. 1351/2018

Repert. n. 4855/2018 del 27/12/2018

N. 1351 RUOLO GENERALE ANNO 2018

N. 5788/18	Scrt.
N. 1351/18	App.
N.	EN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

SEZIONE 3<sup>A</sup> CIVILE

composta dai Magistrati

Dott.ssa Irene Formaggia

Presidente

Dott. Massimo Croci

Consigliere rel. e est.

Dott.ssa Licinia Petrella

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo sopra riportato promossa in grado d'Appello

da

CONTRO

*e*

CONCLUSIONI DELLE PARTI :

*1*

1351/18

Sentenza n. 5788/2018 pubbl. il 27/12/2018

RG n. 1351/2018

Repert. n. 4855/2018 del 27/12/2018

Corte d'Appello di Milano

III<sup>a</sup> sezione civile

RG n.1351/2018

C.I. Dottor Massimo Croci

Udienza 18 settembre 2018

Foglio di precisazione delle conclusioni

contro

\*\*\*

conclusioni.

Voglia la Corte d'Appello adita, *contrariis reiectis*, in totale riforma della sentenza impugnata (Tribunale di Milano, Giudice Unico dott.ssa Ambra Carla Tombesi n.1599/2018, n.2199/2017R.G., n.1159/2017 rep., emessa e pubblicata il 14.2.2018)

in via preliminare

- rigettare l'avversa eccezione di inammissibilità dell'appello ex artt.348 bis e 348 ter cpc;

in via istruttoria

- ammettere la CTU richiesta nella seconda memoria ex art.183 cpc depositata in prime cure e non introdotta in primo grado;
- rigettare le avverse istanze istruttorie;

**nel merito**

- accertare e dichiarare la nullità od in subordine annullare e comunque dichiarare l'inefficacia, per tutte le ragioni dedotte, del contratto I.R.S del 20.10.2011 (n.29364463) per cui è causa;

**in subordine**

- accertare e dichiarare il grave inadempimento della convenuta agli obblighi precontrattuali e contrattuali che le facevano capo in forza del contratto per cui è causa;
- risolvere il contratto IRS intervenuto inter partes per fatto e colpa di parte convenuta;

**in ogni caso**

- dichiarare parte convenuta tenuta, e condannarla, a pagare all'attrice la somma di €.58.343,50 percepita in forza dei contratti impugnati oltre ai successivi differenziali che saranno addebitati nelle more del giudizio fino alla scadenza ultima del rapporto impugnato;
- condannare ex artt.1338 e 2.043 cc la convenuta a risarcire all'attrice i danni morali, finanziari ed economici loro inferti, e per l'effetto a versare alla Immobiliare Madone la somma di €.5.000,00 o la diversa che risulterà di giustizia, a tale titolo;

- oltre interessi su ogni somma, pari al tasso applicato al contratto per cui è causa, dal fatto al saldo;
- rigettare ogni avversa domanda e istanza, ivi compresa quella con cui l'appellata chiede la riduzione delle pretese dell'appellante;
- vinte le borsuali, i diritti e gli onorari per entrambi i gradi di giudizio, anche per la fase di mediazione;
- condannare parte appellata a restituire quanto percepito in forza della sentenza di prime cure.

e

**CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Terza Sezione Civile - R.G. n. 1351/2018 - Cons. Rel. dott. M. Croci

\* \* \*

**FOGLIO DI PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI**

dell'appellata  
presso il loro studio in

rappresentata e difesa dagli avv.ti  
del Foro di ed elettivamente domiciliata

contro

l'appellante  
rappresentata e difesa dagli avv.ti  
ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in

c del Foro di

\* \* \*

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

**In via pregiudiziale e/o preliminare:**

- dichiarare inammissibile l'atto di appello avversario ai sensi degli artt. 348-bis e 348-ter c.p.c.;

**Nel merito:**

- confermare integralmente la sentenza appellata e comunque - in  
accoglimento di tutte le difese ed eccezioni dell'appellata
- rigettare tutte le domande proposte dall'appellante  
nei confronti dell'appellata
- ;
- in via subordinata e salvo gravame, nella denegata ipotesi in cui dovessero  
essere accolte, in tutto o in parte, le domande dell'odierna appellante,  
ridurre le pretese avversarie, tenuto conto di tutte le difese ed eccezioni  
della Banca appellata, anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225, 1227  
e 1458 c.c..

**In via istruttoria:**

- dichiarare inammissibili, in quanto tardive, le nuove produzioni documentali svolte da \_\_\_\_\_ con l'atto di appello;
- rigettare tutte le istanze istruttorie dell'odierna appellante e, comunque, dichiarare quest'ultima decaduta dall'istanza di prova testimoniale formulata in primo grado con la memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. ma non riproposta nel presente giudizio di appello;
- in subordine e/o all'occorrenza, ammettere i capitoli di prova testimoniale formulati dalla Banca appellata al par. 2.2. della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., con il teste ivi indicato;
- in estremo subordine, nella denegata e non creduta ipotesi in cui (per qualsiasi motivo) dovesse essere ammesso alcuno dei capitoli di prova testimoniale formulati dall'odierna appellante in primo grado (ma non riproposti in appello), ammettere la Banca convenuta a propria contraria con il teste indicato al par. 2 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c..

**In ogni caso:**

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

\* \* \*

Milano, 17 settembre 2018

Avv.

Avv.

MOTIVI DELLA DECISIONE

(di qui in poi,  
per brevità) evocava in giudizio avanti il Tribunale di Milano  
(di qui in poi, solo ) chiedendo dichiararsi la nullità del  
contratto, stipulato con essa il 20/10/2011, denominato I.R.S. (interest  
rate swap), per indeterminabilità dell'oggetto e mancanza in concreto  
della causa di copertura del rischio, con richiesta di condanna di  
medesima al pagamento dei differenziali negativi generati dal contratto  
derivato, quantificati in € 43.613,21 .

Sulla resistenza alla avversa domanda, di cui chiedeva l'integrale rigetto,  
di detta convenuta, il primo grado di giudizio si concludeva con la  
sentenza n° 1599/18 emessa, ex art. 281-sexies CPC, in data 14/02/2018,  
con cui il Tribunale di Milano, escluso ogni profilo di nullità del  
summenzionato negozio, respingeva ogni domanda proposta da  
che condannava altresì alla rifusione delle avverse spese processuali.

Proponeva appello quest'ultima, sottoponendo i profili di doglianza su  
cui qui oltre ci si pronuncerà.

Si costituiva nel presente secondo grado di giudizio la parte appellata,  
originaria convenuta che chiedeva la conferma della impugnata  
sentenza (ovvero, in subordine, "ridurre le pretese avversarie").

Infine, all'udienza avanti questa Corte del 18/09/2018, la causa,  
sulle conclusioni di cui sopra in epigrafe, veniva trattenuta in  
decisione .

1- Premesso ciò, e specificato altresì che il contratto di IRS di cui è causa  
è riferito al negozio di leasing immobiliare n° 944234/001 del 14/06/2010  
e relative scritture modificative e integrative di cui ai docc. 2 e 3 del

fascicolo di Intesa nel primo grado di giudizio, con capitale residuo, alla data della stipulazione dell'IRS medesimo, 20/10/2011, con importo finanziato di € 480.700,00, con durata di "n. 216 mesi" e applicazione di tasso di interesse non fisso, ma variabile, si osserva che l'appello non può essere accolto, per l'ordine di considerazioni che segue.

2-Una prima parte delle doglianze dell'appellante è raccolta sotto l'intitolazione "l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto" (pagine da 7 a 14 dell'atto introduttivo del gravame) con riferimento, come ivi, nella sintesi di cui alla pagina 6, anticipato, al convincimento espresso nella qui impugnata sentenza secondo cui "il solo fatto che il mark to market sia specificamente indicato nel contratto di IRS titolo delle domande attoree rende irrilevante la mancata indicazione del modello per il suo calcolo", vertendosi, secondo-condivisibile, come qui appresso si vedrà- avviso del primo Giudice, semmai, in un'ipotesi di "determinabilità dell'oggetto del contratto "ex art. 1346 C.C., con la conseguenza che, non essendo altresì "contestata dall'attrice la correttezza della determinazione del mark to market del derivato titolo delle proprie domande, la sua espressa enunciazione rende tale parametro del tutto determinato". Secondo

il sopra citato anglicismo (componente di un vasto glossario finanziario, espresso quasi esclusivamente in tale idioma) "mark to market" coincide con la "sommatoria attualizzata di differenziali futuri attesi", rappresentando "sia pure nella dimensione temporalmente contestualizzata un differenziale tra contrapposti flussi finanziari", sostenendo altresì che "il mark to market altro non è che il valore" del contratto di cui è causa "ad una certa data e ai sensi delle condizioni generali di contratto quadro e degli art. 27 e 28 delle condizioni specifiche del contratto quadro (doc.3)" ed "è posto quale costo a carico del cliente nel caso di cessazione anticipata del derivato". In proposito, occorre osservare, a smentita della tesi della indeterminatezza sostenuta dall'odierna appellante, che come ritenuto in linea generale, nella

sentenza di questa stessa Corte n° 3710 del 24/09/2016 (nella quale era stata ritenuta la irrilevanza di una eventuale indeterminatezza del mark to market, come ritenuto anche in ulteriore, recente, pronuncia della medesima Corte territoriale, n°2859 dell' 11/06/2018) citata dall'appellata, in coerenza con l'articolato quadro giurisprudenziale ivi richiamato, a cui si rinvia, "l'oggetto di un contratto derivato" quale è, pacificamente, l'IRS, "è lo scambio di differenziali calcolati su un certo importo detto nozionale ad una determinata scadenza" ", risultando altresì "concretamente esplicitato nel contratto"(derivato) il suo oggetto "laddove è previsto il tasso parametro cliente e il tasso parametro banca" (elemento, questo, non in discussione nel caso di cui nella presente sede è controversia), mentre "il mark to market...costituisce elemento diverso, che per la precisione rappresenta il valore di sostituzione del derivato in un dato momento". Tenendo altresì conto che, in concreto, tale sostituzione non risulta essere avvenuta (il che rende in ogni caso destituita di interesse in capo a ogni deduzione in ordine all'elemento in questione del mark to market), tutto quanto sopra (ribadito che nel contratto derivato sono precisamente indicati i parametri che ne delineano l'oggetto, per sua natura, evidentemente, parzialmente aleatorio ma all'interno, appunto di tali parametri, ossia l'apposizione a carico di del tasso fisso del 2,55% e l'apposizione del tasso variabile Euribor 3M a carico di Intesa, con i relativi differenziali a saldo a favore o debito dell'una o dell'altra), rende irrilevante il fatto che, nel corso del rapporto, la quantificazione del mark to market, indicata in contratto (sintomaticamente, alla voce "mark to market iniziale-prezzo teorico di mid market") nel 2,010% del capitale di riferimento, ossia in € 9.027,00, sia poi mutata..

3- Alle pagine da 14 a 16 dell'atto di appello, viene rammentato che "la deducente in prime cure aveva denunciato anche l'omessa consegna degli scenari probabilistici", la quale, ad avviso dell'appellante inciderebbe

“sulla meritevolezza del contratto e della causa ex art. 1322 CC”, lamentando altresì una omessa pronuncia sul punto nella qui impugnata sentenza. Rilevata preliminarmente l'improprietà del rinvio a detto articolo del codice di diritto sostanziale, nel quale viene semplicemente sancito il principio generale della “autonomia contrattuale”, occorre osservare, nel merito, che proprio quanto sopra osservato, sotto diverso profilo, in ordine alle susseguentisi comunicazioni in ordine al (mutare del) mark to market, rende conto della infondatezza della originaria deduzione dell'odierna appellante, in quanto tale elemento costituiva, appunto, chiaro indicatore del valore, e quindi dello scenario valoriale in termini economico-monetari del contratto derivato in questione.

4- Nel capitolo di doglianze intitolato “la carenza di causa concreta”, sviluppato alle pagine da 17 a 27 dell'atto di appello vengono confutate le argomentazioni adottate nel punto 6 della motivazione della qui impugnata sentenza. In proposito, mentre, come qui appresso si vedrà, deve essere confermata la validità di detti capisaldi argomentativi, non appare in alcun modo condivisibile la recisa affermazione dell' appellante secondo cui sarebbe addirittura “inintelligibile” la correlazione tra il contratto di IRS in esame e “il sottostante leasing”. L'affermazione, in primo luogo, è, quantomeno parzialmente smentita dalla stessa appellante, alla successiva pagina 23 del medesimo atto di impugnazione, ove viene riconosciuto che, come scritto nella gravata sentenza, nel contratto di IRS in questione viene “indicato il piano di ammortamento...e la scadenza” del sottostante contratto di leasing. In secondo luogo, avendo a mente che il contratto derivato medesimo- significativamente intitolato “tasso certo”- prevede un differenziale a favore di per l'ipotesi di aumento, con riferimento al tasso fisso del 2,55%, del tasso Euribor3M (il che va a compensare il maggior interesse del tasso variabile pattuito nel contratto sottostante) e, invece, a suo sfavore in caso di diminuzione (il che è compensato dalla minore entità del tasso variabile

pagato alla concedente del leasing sottostante medesimo). Quanto alla durata dell'IRS rispetto al leasing immobiliare, il "sospetto" di intento meramente speculativo potrebbe insorgere, semmai, nel caso che il contratto derivato avesse durata superiore a quello sottostante, mentre, nel caso in esame, si verifica il contrario, aspetto, questo, che non fa in alcun modo venir meno la funzione di copertura del primo rispetto al secondo, ma semplicemente rappresenta la volontà contrattuale di delimitare nel tempo siffatta funzione. Infine, la pressochè totale coincidenza dell'entità del capitale nozionale con il capitale residuo del leasing immobiliare costituisce ulteriore conferma della chiara funzione di copertura infondatamente contestata dall'appellante.

4.1- In ordine a quanto dedotto alla voce "il crollo dei tassi Euribor", alle pagine da 24 a 27 dell'atto di appello, in cui ci si duole che "il giudice di prime cure" abbia "affermato che dalla documentazione di causa sarebbe emerso che al momento della stipula del contratto derivato, non vi fossero indizi del prossimo crollo dell'Euribor, basandosi sull'avverso doc. 18 cioè un grafico sull'andamento storico del tasso nel 2011". Per il vero, e per l'esattezza, nella gravata sentenza viene affermato, senza che ciò sia specificamente confutato in sede di appello (ed anzi parzialmente confermato alla pagina 25 dell'atto di impugnazione), che il summenzionato documento n° 18 condurrebbe alla smentita della circostanza "che al momento della stipulazione del contratto non vi fosse un rischio di possibile rialzo dell'euribor". L'appellante sostiene altresì che nella "prassi dei mercati" e degli "operatori finanziari" non si guarderebbe al passato, ma si tenta di prevedere "l'andamento futuro" dei tassi, ma, anche se ciò possa corrispondere perlopiù al vero, resterebbe comunque il fatto che siffatte prognosi per il futuro si situano nel campo dell'assolutamente opinabile, a fronte, invece del dato certo portato dal menzionato documento n° 18, mentre va pure tenuto conto che il parametro di riferimento, ossia il tasso del 2,55%, deve essere

considerato, in base a nozioni di comune esperienza, notevolmente modesto (con conseguente maggior rischio, semmai, in astratto, di aumento piuttosto che di diminuzione, come del resto sostanzialmente riconosciuto anche nella perizia di parte di cui al documento 13 del suo fascicolo di parte nel primo grado di giudizio).

5-Nell'ultimo profilo di gravame espresso (essendo l'ulteriore capitolo, alle pagine 33 e 34 dell'atto di appello, dedicato a "I danni", le deduzioni contenute nel quale restano, evidentemente, travolte dalla reiezione di tutti i profili di impugnazione, compreso quello che ora ci si accinge ad affrontare, e non essendo proposti altri profili di doglianza) viene censurata la appellata sentenza per esser stata rigettata "la richiesta di nullità del contratto per l'inadeguatezza dell'IRS al profilo finanziario della deducente" (pagine da 27 a 33 dell'atto di appello). In proposito, deve, in prima analisi osservarsi che siffatta istanza di (declaratoria di) nullità era stata respinta, al punto 7 della parte motiva della impugnata sentenza, sul presupposto che "l'eventuale inadeguatezza" in questione rilevarebbe, semmai "sotto il profilo della responsabilità contrattuale", non integrandosi altresì "alcuna causa, testuale o generale, di nullità del contratto". Su tale assioma non vi è stata impugnativa, mentre, nell'atto di appello viene argomentato soltanto nella prospettiva di tale vizio genetico del negozio, salvo soltanto un generico e inargomentato rinvio, alle pagine 32-33 dell'atto di appello, alla domanda subordinata di risoluzione del contratto. In ogni caso, anche a voler prendere in considerazione tale inarticolato aspetto, non è esatta l'affermazione che detta domanda subordinata sarebbe "sfuggita all'attenzione del Giudice", atteso che a ciò viene dedicato il punto 8 della motivazione della impugnata sentenza. In secondo luogo, così come non viene, sostanzialmente, posta in discussione dall'appellante la affermazione contenuta nella gravata sentenza secondo cui "la struttura del derivato" (denominato "tasso certo" in questione) "sia la più semplice tra quelle

riferibili a tale tipologia di strumento, analiticamente spiegata nel documento 5 prodotto dalla convenuta ed abbia una funzione di sostanziale garanzia", deve, altresì, essere rilevata la contraddittorietà degli assunti dell'appellante, laddove (pagina 28 dell'atto di appello) richiama il "risultato del questionario", corrispondente alla propensione "a un rischio moderato, con perdite tra il 5 e il 10%", contrapponendovi un rischio ("perdite tra l'8% e il 10%") che essa stessa descrive come inscrivibile nei limiti poc'anzi detti. Infine, in realtà, oltre a quanto considerato sotto l'aspetto funzionale ora in esame nella impugnata sentenza, tutto quanto sopra ai punti 2, 3, 4, 4.1 della presente motivazione rafforza il convincimento che debba escludersi non solo la nullità del contratto derivato "de quo", ma anche l'inadempimento da parte di           allo stesso.

6- Ogni altra questione (anche istruttoria, rendendo tutte le osservazioni motivazionali di cui ai superiori punti evidente la ultroneità della CTU invocata, anche nel presente grado di giudizio, dall'appellante) è superata e/o assorbita da tutto quanto fin qui argomentato e deciso.

7-Le spese processuali del grado seguono la soccombenza, e pertanto l'appellante           deve essere condannata alla rifusione delle stesse in favore dell'appellata , come in dispositivo qui oltre . Tali spese vengono qui liquidate in applicazione del D.M. n° 55/2014 , con riferimento al valore della causa, da stabilire con riferimento, come indicato dalla stessa appellante, allo scaglione del valore indeterminabile, e rapportando la concreta determinazione ai valori medi risultanti da tale disposizione ministeriale, tenuto altresì conto della effettiva misura della complessità delle questioni così come trattate, nonché, infine, escludendo dal còmputo la voce relativa alla fase istruttoria, assente nel presente processo di secondo grado.

P.Q.M.

La Corte d' Appello di Milano, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra istanza, così decide :

a) respinge l'appello proposto avverso la sentenza n° 1599/18 del Tribunale di Milano di cui sopra;

b) condanna l'appellante  
alla rifusione delle spese processuali del grado che liquida in favore dell'appellata in \_\_\_\_\_ per la fase di studio,  
per la fase introduttiva, \_\_\_\_\_ per la fase decisionale, oltre oneri e contributi come per legge;

b.1) dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dell'appellante \_\_\_\_\_ dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n° 115/ 2002 così come modificato dall'art 1 comma 17 della L. 24 12 2012 n° 228 .

MILANO, li 17/12/2018

Il Consigliere est.

Dott. Massimo Croci

Il Presidente

Dott.ssa Irene Formaggia

CORTE D'APPELLO DI MILANO  
Piazzale S. Stefano, 1  
20122 Milano  
OGGI 27 DIC. 2018

IL CAPOCLERICO  
Dott. *[firma]*

14