Giurisprudenza

N. R.G. [redacted]

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 Anna Mantovani	Consigliere
dr. ssa Cesira D'Anella	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. [redacted] promossa in grado d'appello

DA

g amente all

[redacted],

APPELLANTE

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae2645304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

CONTRO

[redacted] (C.F. [redacted] elettivamente domiciliato in [redacted] MILANO presso lo studio dell'avv. [redacted] che lo rappresenta e difende come da delega in atti.

APPELLATA

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per l'appellante [redacted] s.r.l.:

"- accogliere per i motivi tutti dedotti in narrativa il proposto appello e, per l'effetto, in riforma della Sentenza del Tribunale Ordinario di Milano n. [redacted] del 30.04.2018 pubblicata in data 30.04.2018, pronunciata nella causa civile iscritta con il numero R.G. [redacted], accogliere tutte le conclusioni avanzate e dunque:
in via principale
- in accoglimento dei motivi rappresentati sub A) e/o B) dell'atto di citazione introduttivo del giudizio, ritenuta ed accertata l'inesistenza e/o nullità del contratto quadro del 13/09/2011, del contratto di [redacted] del 13/09/2011 e del contratto di [redacted] del 04/05/2012, dichiararsi tali accordi, nulli, inesistenti, inefficaci, invalidi o come meglio, per tutti i motivi dedotti in corso di causa;
- condannarsi pertanto la [redacted] spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, a restituire all'attore le somme addebitate per le suddette operazioni pari ad € 69.796,68, o a quel diverso importo che risulterà dovuto in corso di causa anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dall'addebito o dal dovuto al saldo;
in via subordinata:
- in accoglimento dei motivi rappresentati sub D) dell'atto di citazione introduttivo del giudizio, ritenuto ed accertato il grave inadempimento della [redacted] spa per tutti i motivi dedotti in causa, dichiararsi risolto il contratto quadro del 13/09/2011, il contratto di [redacted] del 13/09/2011 ed il contratto di [redacted] del 04/05/2012;
- condannare la [redacted] spa a risarcire all'attore il danno subito quantificato in € 69.796,68, o a quel diverso importo che risulterà dovuto in corso di causa anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dall'addebito o dal dovuto al saldo, sia in caso di dichiarata risoluzione del contratto che per responsabilità contrattuale.
in via ulteriormente subordinata:

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae26453040
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

- in accoglimento dei motivi rappresentati in fatto e sub E) dell'atto di citazione introduttivo del giudizio, ritenuta ed accertata l'annullabilità del contratto quadro del 13/09/2011, del contratto di [redacted] del 13/09/2011 e del contratto di [redacted] del 04/05/2012, dichiararne l'annullamento o come meglio, per tutti i motivi dedotti in corso di causa;
- condannarsi pertanto la [redacted] spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, a restituire all'attore le somme addebitate per le suddette operazioni pari ad € 69.796,68, o a quel diverso importo che risulterà dovuto in corso di causa anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dall'addebito o dal dovuto al saldo;
in via ulteriormente subordinata:
- in accoglimento dei motivi rappresentati sub C) dell'atto di citazione introduttivo del giudizio, ritenuta ed accertata l'inesistenza e/o nullità del contratto di [redacted] del 04/05/2012, dichiararsi tale accordo, nullo, inesistente, inefficace, invalido o come meglio, per tutti i motivi dedotti in corso di causa;
- condannarsi pertanto la [redacted] spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, a restituire all'attore le somme addebitate per le suddette operazioni pari ad € 64.450,22 , o a quel diverso importo che risulterà dovuto in corso di causa anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dall'addebito o dal dovuto al saldo;
in via ulteriormente subordinata:
- in accoglimento dei motivi rappresentati sub E) dell'atto di citazione introduttivo del giudizio, ritenuta ed accertata la responsabilità precontrattuale e contrattuale della [redacted] spa per tutti i motivi dedotti in causa,
- condannare la [redacted] spa a risarcire all'attore il danno subito quantificato in € 34.769,30, o a quel diverso importo che risulterà dovuto in corso di causa anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dall'addebito o dal dovuto al saldo;
Con vittoria di spese e competenze di I e II grado."

Per l'appellata [redacted] s.p.a.:

"In via principale, rigettare l'appello siccome infondato e in fatto e in diritto per le ragioni tute di cui a narrativa e conseguentemente confermare la Sentenza del Tribunale di Milano n. [redacted]
In subordine, per la denegata ipotesi di riforma della Sentenza si insiste per l'accoglimento della domanda subordinata formulata in primo grado di seguito riportata
In caso accoglimento di qualsiasi domanda attorea, disporsi affinché le restituzioni e/o i risarcimenti, operati gli accertamenti e le compensazioni del caso, non eccedano in nessun caso la misura massima di 34.769,30 euro indicata dall'attrice quale effettivo pregiudizio asseritamente patito.
In ogni caso, con vittoria di spese e onorari afferenti al presente giudizio."

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

1) Decisione oggetto dell'impugnazione

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae2645304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a051537 3b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

Sentenza n. 4814 del Tribunale di Milano, pubblicata il 30.4.2018.

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:

Il 9.7.2011 [redacted] s.r.l. ha stipulato con [redacted], un contratto di mutuo per l'importo di € 2.280.000 da restituire in 14 anni e 6 mesi in 174 rate di importo costante, secondo il piano di ammortamento alla francese di volta in volta modificato, al tasso di interesse variabile, pari all'Euribor 6 mesi actual 365, maggiorato del 2,90% (cfr. doc. 3 Fasc. Primo Grado appellante).

Il 13.9.2011 [redacted] ha stipulato con [redacted] s.p.a. il di interest rate swap n. [redacted] con finalità di copertura del rischio di variabilità del tasso di interesse previsto nel suddetto contratto di mutuo che prevedeva il pagamento da parte del Cliente di un tasso fisso del 2,60% a fronte del riconoscimento da parte della Banca del tasso Euribor 6 mesi/Actual 360 (cfr. doc. 5 Fasc. Primo Grado appellante).

Il 4.5.2012, per concorde volontà delle parti il contratto IRS di cui sopra è stato chiuso e sostituito con il contratto IRS n. [redacted] in cui, fermo restando il riconoscimento a carico del cliente del tasso fisso cliente del 2,60%, è stato rideterminato a carico della banca il riconoscimento di un tasso Euribor 6 mesi Actual/365 (cfr. doc.2 Fasc. Primo Grado appellata).

3) Lo svolgimento del processo di primo grado

Con atto di citazione regolarmente notificato [redacted] s.r.l. ha convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Milano [redacted] s.p.a., sostenendo:

. la nullità dei due contratti Interest rate swap [redacted] e [redacted] e del contratto quadro a causa della mancata esplicitazione del modello matematico di *pricing* e del *mark to market* dei negozi e della presenza di costi occulti;

. la nullità del contratto quadro per mancanza di causa per mancato assolvimento in concreto della funzione di copertura del rischio scaturente dal mutuo collegato che aveva previsto un tasso variabile soggetto alle fluttuazioni di mercato;

. la nullità del secondo contratto IRS n. [redacted] stipulato il 4.5.2012 per mancanza di causa in concreto, atteso che con esso si era concretizzata la rinegoziazione del precedente derivato n. [redacted] non a scopo di copertura del rischio ma solo per motivi meramente speculativi;

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e66953ad3fe941ae2645304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a051537b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

. la risolubilità del secondo contratto IRS [redacted] stipulato il 4.5.2012 per violazione degli artt. 21 e 23 della T.U.F. e degli artt. 1175, 1176, 1375 e 1710 c.c. rispettivamente in tema di obblighi di informazione a carico dell'intermediario, che nel proporre la conclusione di un contratto IRS al cliente svolge un servizio di consulenza e di diligenza e di buona fede nella esecuzione del contratto;

. l'annullabilità dei due contratti IRS n. [redacted] e n. [redacted] per errore essenziale e riconoscibile ex artt. 1428 e 1431 c.c., in quanto era stata indotta a stipulare i contratti sul presupposto, poi rivelatosi errato per fatto e colpa della banca, che la rata mensile massima da pagare sarebbe stata di € 18.500.

Per il caso di accoglimento dei primi quattro motivi [redacted] s.r.l. ha chiesto la condanna di [redacted] s.p.a. al pagamento di tutti i differenziali corrisposti per complessivi € 69.796,68 (come da tabella a pagina 28 dell'atto di citazione), mentre, per il caso di accoglimento della domanda subordinata di annullamento dei due contratti IRS [redacted] e [redacted] per errore, ha chiesto la condanna di [redacted] p.a. al pagamento della differenza tra quanto effettivamente corrisposto e quanto avrebbe dovuto pagare, considerata la garanzia del pagamento di una rata costante pari ad € 18.550, per complessivi € 34.769,30 (come da tabella a pagina 31 dell'atto di citazione).

[redacted] s.p.a. si è costituita in giudizio, contestando integralmente le domande avversarie di ci ha chiesto il rigetto.

E' stata espletata consulenza tecnica d'ufficio, diretta ad accertare l'eventuale presenza, nei due contratti oggetto della controversia, degli elementi necessari ai fini del calcolo del Mark to Market e/o di eventuali costi non dichiarati a carico del cliente.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione e il Tribunale ha deciso con la sentenza qui impugnata.

4) La decisione del Tribunale di Milano

Il Tribunale di Milano ha così deciso:

"*1. rigetta le domande azionate dalla s.r.l.* [redacted] *avverso la* [redacted] *s.p.a.;*
2. pone le spese della c.t.u. interamente a carico della s.r.l. [redacted]*;*
3. condanna la s.r.l. [redacted] *al pagamento, a favore della* [redacted] *delle spese di lite liquidate in Euro 5.200,00 per compenso di avvocato, oltre rimborso forfettario spese generali 15 %, i.v.a. e c.p.a. come per legge."*

A sostegno della suddetta decisione il Tribunale ha esposto che:

. la consulenza tecnica aveva rilevato come dai due contratti in questione, definiti semplici, lineari, non strutturati e tali da essere facilmente compresi dalle parti contraenti, fossero desumibili gli elementi necessari per calcolare il *mark to market* e che gli stessi contratti non avevano incluso costi a carico del cliente che non fossero stati previamente dichiarati;

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 533d7c59e66953ad3fe941ae2645304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a051537 3b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

. la consulenza tecnica aveva rilevato come i due contratti in esame fornissero una perfetta copertura rispetto al possibile rialzo dei tassi di interesse, avendo fissato con esattezza la posizione di rischio della società cliente, precisando inoltre come gli scenari relativi alla distribuzione di probabilità fossero perfettamente speculari tra le parti contraenti, che non avevano fatto altro che "scambiarsi" il tasso fisso del 2.60 % con il tasso variabile oggetto del mutuo collegato al fine di mettere [redacted] s.r.l. al riparo dalle fluttuazioni di mercato nel caso di aumento dei tassi di interesse;

. con la stipula del secondo contratto oggetto di contestazione, la banca, al solo scopo di venire incontro alle esigenze di [redacted] s.r.l., ha azzerato le perdite derivanti dal precedente contratto n. [redacted] pari a circa € 108.000, il cui valore è stato ritenuto dalla consulenza congruo e conforme a quanto comunicato dalla banca nei documenti contrattuali, sostanzialmente lasciando inalterate le condizioni economiche originarie con la previsione del tasso Euribor a 6 mesi Actual/365;

. non era emerso alcun inadempimento imputabile alla sfera giuridica soggettiva sostanziale della banca convenuta nel senso palesato dalla difesa di parte attrice, posto che i due contratti per cui è causa sono stati qualificati dalla consulenza tecnica come facilmente comprensibili dai contraenti e lineari nel loro contenuto precettivo, il legale rappresentante della società attrice, [redacted], è risultato pienamente a conoscenza del funzionamento del particolare tipo di contratto, avendo dichiarato di "*avere comprato un tasso fisso 2,60*"e di dovere pertanto corrispondere la "*differenza tra l'Euribor 6 mesi e il 2,60*";

. la richiesta di annullamento dei due contratti n. [redacted] e n. [redacted] per errore essenziale e riconoscibile ex artt. 1428 e 1431 c.c. è risultata infondata, dato che è risultato che parte attrice era ben consapevole di cosa stesse facendo e della funzione di copertura cui essa aspirava e non è risultata fondata la tesi sostenuta dalla difesa di parte attrice, secondo cui la banca convenuta aveva garantito a [redacted] s.r.l. il pagamento di una rata costante pari a € 18.500-18.550 al mese, e ciò non soltanto per la intrinseca natura dei contratti IRS che, basandosi sull'andamento dei tassi nel mercato ed essendo a scadenza fissa, mai avrebbero potuto garantire la presenza di una rata costante, ma soprattutto perché dalla riproduzione fonografica della conversazione avvenuta in data 11.1.2013 tra il legale rappresentante della società, [redacted] e i funzionari della banca, prodotta da parte attrice, emerge che sia la consulente [redacted] che il funzionario preposto [redacted] hanno affermato che, con la stipula dei contratti in questione, [redacted] s.r.l.aveva acquistato un tasso fisso, vale a dire il 2,60 %, e non la rata mensile di € 18.500-18.550 e che gli importi mensili da corrispondere in costanza del rapporto si sarebbero solo avvicinati all'ammontare desiderato di 18.500.

5) Le difese delle parti nel giudizio d'appello

1) Nell'appello e nella comparsa conclusionale [redacted] s.r.l. ha chiesto la riforma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Milano per i motivi di seguito esposti.

1) I due contratti di interest rate swap sono nulli ai sensi degli art. 1418 e 1325 c.c. e 23 c. 2 TUF, per carenza della formula esplicativa del mark to market e rinvio agli usi; in conseguenza della nullità dei suddetti contratti la banca è obbligata a restituire la somma addebitata all'appellante pari € 69.796,68.

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae2645304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a051573 3b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

Il CTU aveva infatti accertato che nei contratti vi sono gli elementi necessari per determinare il MtM e che il suo valore era stato dichiarato al momento della conclusione dei contratti e quindi non vi erano costi occulti; il CTU aveva però riferito che nei contratti non vi era la formula matematica di calcolo del MtM; pertanto, essendo tale valore indeterminabile ed essendo il MtM l'oggetto stesso dei contratti, i due contratti di interest rate swap erano nulli.

2) I due contratti in questione erano nulli ai sensi dell'art. 1418 c.c. per mancanza di causa, in quanto tali contratti non assolvevano la finalità di copertura del rischio scaturente dalla variabilità del tasso di interesse del sottostante mutuo; in conseguenza della nullità dei contratti la banca doveva restituire la somma addebitata al cliente pari a € 69.796,68.

Il Tribunale infatti aveva errato nel ritenere che il CTU avesse accertato che con i due contratti di interest rate swap le parti si erano scambiate il rischio della variabilità del tasso a fronte dell'assunzione per il cliente del tasso fisso del 2,60%, dato che in realtà il CTU non aveva espresso alcuna valutazione sul punto e il consulente di parte appellante aveva invece dimostrato che la finalità di copertura non era raggiunta.

3) I contratti di interest rate swap in questione devono essere risolti o annullati ai sensi degli art. 1175, 1176, 1374, 1710 c.c. e 21 e 23 TUF.

Le parti infatti avevano concordato che, con la stipulazione dei contratti in questione, il cliente avrebbe pagato per il mutuo a tasso variabile, già concessogli da altra banca, la rata fissa di € 18.500 (come risulta dai doc. 4, 15 e dalla trascrizione della conversazione intercorsa tra l'appellante e i funzionari della banca); dato che ciò non è accaduto, la banca ha proposto al cliente prodotti inadeguati, in quanto non rispondenti alle esigenze di quello; pertanto la banca aveva violato la disposizione di cui all'art. 21 lett. a) TUF, in quanto non si era comportata con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, dato che non avrebbe dovuto dare seguito ad un'operazione, che risultava non adeguata all'interesse del cliente e non corrispondeva ai suoi obiettivi.

B) Nella comparsa di risposta e nella comparsa conclusionale [redacted] s.p.a. ha chiesto la conferma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Milano per i motivi di seguito esposti.

1) I contratti interest rate swap, oggetto della controversia, si basano su una formula elementare, ossia un banalissimo scambio di tasso fisso contro tasso variabile, e negli stessi erano presenti tutti gli elementi per il calcolo del valore del MtM; la semplicità dello strumento e la corretta indicazione di tutti gli elementi necessari ai fini del calcolo del MtM è stata rilevata anche dal CTU che ha riferito: "*I due derivati oggetto di analisi sono entrambi interest rate swaps (IRS) del tipo plain vanilla (ovvero semplici e non strutturati) con piano di ammortamento del tipo amortizing. In entrambi i casi sono desumibili con certezza gli elementi necessari per calcolare il MtM, prova ne sia che entrambi i CTP e il CTU hanno potuto calcolare il MtM, giungendo peraltro a valori di MtM tra loro allineati*" e poi ha confermato nelle conclusioni che "*i contratti riportano gli elementi necessari per calcolare il MtM*".

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e66953ad3fe941ae26453d4
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

2) Dai documenti emerge come la costruzione del derivato ebbe luogo secondo un rapporto di correlazione dimensionale e qualitativa perfetta:

. per un verso, sul versante dimensionale, il capitale di riferimento del derivato è stato determinato, secondo il modello "*amortizing*", cioè in misura, parallela e decrescente, al volume capitale del mutuo stipulato con altro intermediario, sicché in ogni momento il calcolo del differenziale variabile/fisso è avvenuto mediante applicazione dei relativi parametri su un ammontare coerente con il decrescente valore del mutuo (salvo minimi fisiologici scostamenti dovuti al riaggiornamento costante del piano di ammortamento del mutuo, in ragione della sua costruzione secondo il modello "alla francese");

. per altro verso, sul versante qualitativo, il tasso variabile (a carico del cliente nel mutuo) è stato invertito con un tasso fisso (a carico del cliente nel derivato), dunque la funzione di copertura invocata dal cliente è stata precisamente perseguita.

3) Anche dalla registrazione della conversazione avvenuta tra il legale rappresentante di [redacted] r.l. e i funzionari della banca appare evidente che:

. la garanzia di una rata fissa non fu mai concessa, e le disposizioni del contratto sono chiare nell'indicare che la sua funzione era quella di minimizzare il rischio connesso al tasso variabile, a fronte del riconoscimento di un tasso fisso (cioè fissare una soglia di tasso oltre la quale scattasse la copertura);

. il derivato aveva l'obiettivo di avvicinarsi al, ma non conteneva alcuna garanzia di raggiungere il, risultato finanziario complessivo atteso dal Cliente

6) La decisione della Corte d'Appello sui punti controversi

La Corte d'appello ritiene di confermare l'impugnata sentenza del Tribunale.

Innanzi tutto si precisa che, a prescindere dalla non completa chiarezza delle conclusioni dell'appellante sopra riportate, l'appello sarà preso in esame con riguardo alle argomentazioni esplicitamente esposte nei motivi di impugnazione, essendo le eventuali altre domande, forse contenute nelle conclusioni, del tutto inammissibili.

1) Il primo motivo d'appello è infondato.

A prescindere dal carattere essenziale o meno della clausola, che introduce il mark to market (cioè l'obbligazione di pagamento, per il caso di cessazione anticipata del rapporto, di una determinata somma a carico di una delle parti in favore dell'altra, a seconda degli scenari probabilistici esistenti in quel momento sull'andamento complessivo del rapporto fino alla sua scadenza naturale), si evidenzia che ai sensi degli art. 1418, 1419 e 1346 c.c. la nullità della clausola sussiste, quando l'istituto introdotto non è determinato né determinabile.

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae28453004d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

Con riguardo alla determinazione del valore economico del mark to market, è pacifico che, trattandosi di un valore che varia nel corso della durata del rapporto, in quanto dipende da scenari probabilistici futuri e quindi anch'essi variabili con il decorso del tempo, non può essere determinato nel suo ammontare al momento della conclusione del contratto, nel quale devono però essere indicati gli elementi che ne consentano la determinazione in un qualunque momento futuro; in altre parole è necessario che, in qualunque momento dovesse cessare, prima della sua scadenza naturale, il rapporto instaurato tra le parti con il contratto interest rate swap, sia oggettivamente possibile determinare il valore economico del mark to market.

Nella fattispecie in esame il consulente tecnico ha accertato che "*In entrambi i casi sono desumibili con certezza gli elementi necessari per calcolare il MtM, prova ne sia che entrambi i CTP e il CTU hanno potuto calcolare il MtM, giungendo peraltro a valori di MtM tra loro allineati*"; il consulente ha altresì indicato, nelle schede n. 1 e 2 dell'allegato A), gli elementi, desumibili dai due contratti, che consentivano la determinazione del mark to market; infine il consulente ha osservato "*di non aver mai visto un contratto derivato che specifichi i criteri o i modelli matematici idonei a quantificare il MtM. Ciò vale anche nel caso dei due contratti oggetto di analisi. Inoltre, il CTU osserva che, sebbene nella prassi, soprattutto per taluni prodotti relativamente semplici, alcuni modelli/criteri siano più utilizzati di altri, è consuetudine che ciascun operatore utilizzi i modelli/criteri che ritiene più adatti. La maggior parte degli intermediari finanziari e diversi consulenti indipendenti utilizzano peraltro modelli proprietari, ovvero costruiti in autonomia, spesso mediante significativi investimenti. Ciò è premesso per dire che, sotto il profilo tecnico, la questione che riguarda l'esplicitazione nel contratto dei criteri di calcolo semplicemente non si pone.*"

In conclusione deve quindi ritenersi che è pacifico che, nella prassi commerciale, non venga indicata alcuna formula matematica per il calcolo del valore del mark to market, in quanto ciò non è né possibile né rilevante, atteso che nel contratto sono comunque contenuti tutti gli elementi che consentono a qualunque operatore di calcolare con certezza, usando il metodo che ritiene più consono, il valore suddetto in qualunque momento del rapporto.

2) Il secondo motivo d'appello è infondato.

E' pacifico che i contratti di interest rate swap in esame sono stati stipulati allo scopo di coprire il rischio per il cliente della variabilità del tasso di interesse, previsto per un sottostante contratto di mutuo, stipulato dall'appellante con altra banca, in cui il tasso di interesse era stabilito in misura pari all'Euribor 6 mesi (quindi un tasso soggetto a continua variazione nel corso della durata del mutuo), aumentato di un differenziale pari a 2,90%.

Nei contratti di interest rate swap è previsto che:

. il nozionale, cioè il capitale teorico, sul quale avrebbe dovuto essere calcolata la somma generata dai tassi di interesse scambiati, era pari al capitale che ancora, nel momento delle scadenze previste, doveva essere restituito dal cliente all'altra banca mutuante;

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e8669f53ad3fe941ae26453004d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430e8a051537 3b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

. secondo le periodicità predeterminate le parti si sarebbero scambiate i flussi generati dal differenziale tra il tasso fisso pari al 2,60% e il tasso in quel momento vigente dell'Euribor 6 mesi, nel senso che il cliente avrebbe dovuto riconoscere alla banca la somma corrispondente all'applicazione sull'importo del nozionale del tasso del 2,60%, mentre contestualmente la banca avrebbe dovuto riconoscere al cliente la somma corrispondente all'applicazione sul medesimo importo del tasso in quel vigente dell'Euribor 6 mesi; le due somme avrebbero dovuto compensarsi tra loro e la parte che, dopo la compensazione, risultava in debito avrebbe dovuto pagare all'altra il relativo importo; pertanto, qualora, alla scadenza prevista, il tasso dell'Euribor fosse stato superiore al 2,60%, la somma a debito della banca sarebbe stata superiore rispetto a quella che risultava a debito del cliente e quindi quest'ultimo avrebbe avuto diritto ad ottenere dalla banca il pagamento del differenziale tra le due somme, qualora invece il tasso dell'Euribor 6 mesi fosse stato inferiore al 2,60% la somma a debito della banca sarebbe stata inferiore a quella che risultava a debito del cliente e quindi quest'ultimo sarebbe stato obbligato a pagare alla banca il relativo differenziale.

In conclusione in forza del contratto in esame il cliente si sarebbe trovato a pagare, per il mutuo sottostante concluso con l'altra banca, sempre il tasso di interesse fisso pari al 5,50%, costituito dal 2,90%, previsto come differenziale fisso nel contratto di mutuo, e dal 2,60%, costituito dal tasso previsto a suo carico dal contratto di Interest rate swap, e tale tasso di interesse sarebbe stato applicato ad ogni scadenza al capitale mutuato al cliente ancora da restituire; pertanto nella fattispecie in esame sussistono entrambe le caratteristiche che sono tipiche della funzione di copertura del rischio di variabilità di un tasso di interesse.

E' evidente dunque che, a fronte della progressiva discesa del tasso Euribor 6 mesi, passato nel suo importo medio da 1,818% nel luglio 2011 (data in cui è stato stipulato il mutuo), al 1,736% nel settembre 2011 (data in cui è stata stipulato il primo contratto di interest rate swap) e ad un valore negativo dal novembre 2015 in poi, il cliente è sempre rimasto in debito nei confronti della banca dei differenziali generati dall'applicazione del tasso di interesse pari al 2,60% a suo carico, rispetto al tasso di interesse Euribor, a carico della banca, (come visto risultato sempre inferiore al 2,60% fino ad arrivare a valori negativi), ma contestualmente la somma, da lui pagata all'altra banca per interessi sul mutuo a lui concesso, è corrispondente scesa, in quanto il tasso di interesse applicato sulla somma del mutuo da restituire è passato dal 4,718% (costituito dal 2,90% fisso, pattuito nel mutuo, aumentato del tasso Euribor 6 mesi pari a 1,818%) del luglio 2011 al 2,90% (costituito dal solo differenziale fisso previsto nel mutuo) del novembre 2015.

In conclusione dunque la finalità di copertura, che costituiva la causa dichiarata del contratto di interest rate swap, è pienamente raggiunta.

3) Il terzo motivo d'appello è infondato.

Come detto, l'appellante sostiene che aveva chiaramente rappresentato alla banca la volontà di convertire un debito a tasso variabile (quel era quello previsto dal contratto di mutuo stipulato con altra banca) con uno a tasso fisso, purché i flussi economici derivanti dai due debiti non fossero

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae26453040
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

complessivamente superiori a € 18.500 (intesa quale rata periodica di ammortamento del mutuo unita alla somma periodica da pagare o da ricevere in forza del contratto di interest rate swap), somma che corrispondeva ai flussi di cassa previsti dall'investimento dell'impianto fotovoltaico, finanziato con il mutuo sottostante al contratto di interest rate swap, oggetto della presente controversia.

Dall'appello non è dato di comprendere con chiarezza quali sarebbero le conseguenze secondo l'appellante per il fatto che, a suo dire, il suddetto obiettivo, cioè il pagamento di una rata periodica fissa pari a € 18.500 non sarebbe stato conseguito.

In primo luogo però si evidenzia che dagli elementi di prova, indicati dall'appellante, non emerge affatto che la banca si era obbligata a garantire al cliente, in conseguenza della stipulazione dell'interest rate swap, il pagamento di una rata periodica complessiva pari a € 18.500:

. il doc. 4, menzionato dall'appellante, è, a dire dello stesso, la simulazione di un piano d'ammortamento alla francese relativo ad un mutuo a tasso fisso (5,50%), 174 rate, € 2.280.000 di capitale, da cui emerge che la somma mensile complessiva della rata sarebbe stata pari ad 19.044,15, piano che era stato ritenuto insoddisfacente dall'appellante; da tale documento nulla emerge con riguardo all'obiettivo che sarebbe stato garantito al cliente dalla banca di una rata fissa pari ad € 18.500;

. il doc. 15, menzionato dall'appellante, contiene una serie di Email, scambiate tra il legale rappresentante di [redacted] e il direttore delle filiale della banca; in tali Email, pur a fronte delle ripetute affermazione del cliente che gli era stato garantito l'obiettivo in questione, non vi è mai alcuna conferma in tal senso da parte del direttore della filiale;

. dalla trascrizione della conversazione registrata dall'appellante, all'insaputa degli interlocutori, di un suo colloquio con il direttore della filiale e con la specialista della banca non emerge mai che questi ultimi abbiano confermato, a fronte delle esplicite affermazioni dell'appellante, che la banca aveva garantito la rata fissa di € 18.500, emerge invece con chiarezza che i funzionari della banca confermano che il contratto di interest rate swap garantiva l'applicazione di un tasso fisso pari al 2,60%, che doveva sommarsi alla parte fissa del tasso di interesse, previsto nel mutuo, pari al 2,90%;

. dalla Email, inviata il 15.9.2011, cioè pochi giorni dopo la stipulazione del primo IRS, dall'appellante alla banca (doc. 6 prodotto dall'appellante stesso), emerge invece chiaramente che il legale rappresentante di [redacted] aveva ben compreso che, con la stipulazione del contratto, da un lato, la banca "avrebbe pagato" la differenza tra il tasso Euribor, qualora eccedente la misura del 2.60%, e appunto tale misura, mentre la sua società "avrebbe pagato" la differenza tra il tasso del 2,60% e il tasso Euribor, qualora inferiore a detta misura, e, dall'altro lato, che in tal modo la sua società avrebbe sempre pagato un tasso fisso per il mutuo, già stipulato, pari al 5,50% (pari al 2,90% + il 2,60%) e non già una rata determinata in € 18.500.

In secondo luogo si evidenzia che il contenuto del contratto effettivamente concluso non può che essere quello che risulta dal documento scritto firmato dalle parti, in quanto non possono essere provati, ai

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e66953ad3fe941ae2645304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

sensi dell'art. 2722 c.c., con prova testimoniale o in altro modo, patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, pertanto deve escludersi che la banca possa essere comunque ritenuta inadempiente per il fatto che con il contratto in questione non si sarebbe raggiunto l'obiettivo sopra indicato (rata fissa di restituzione del mutuo pari a € 18.500).

In terzo luogo, fermo restando che il contratto di interest rate swap, di per sé, non può che produrre dei differenziali, a carico dell'una o dell'altra parte, inevitabilmente variabili, in quanto dipendenti da tassi di interesse variabili, nella fattispecie in esame il contratto aveva la funzione e, come sopra detto, era strutturato in modo tale da garantire al cliente il pagamento di interessi sul mutuo, a lui concesso dall'altra banca, nella misura fissa pari a 5,50% annuo sul capitale ancora da restituire, mentre l'importo della rata dipende dal piano di ammortamento del mutuo, posto che ciascuna rata comprende sia una quota di interessi che una quota di capitale e quindi, se pure era possibile prevedere che, tenuto conto dell'importo del mutuo, del tempo entro cui doveva essere restituito e del tasso di interesse applicato, la rata periodica di restituzione sarebbe stata mediamente pari a € 18.500, non era certamente prevedibile che tutte le singole rate sarebbero sempre state pari alla cifra fissa di € 18.500; pertanto l'obiettivo, a dire dell'appellante, a lui garantito dalla banca potrebbe semmai ritenersi non raggiunto, solo se fosse risultato accertato che la media di tutte le rate pagate, in forza delle pattuizione del mutuo unite ai differenziali pagati o ricevuti in forza delle pattuizioni dell'interest rate swap, era stata superiore a € 18.500; nessuna prova è stata però fornita in tal senso dall'appellante, essendosi questi limitato a sostenere che le rate iniziali pagate erano risultate di importo superiore alla predetta cifra; pertanto, anche nel caso in cui fosse risultato accertato che il raggiungimento dell'obiettivo in questione era stato effettivamente garantito dalla banca al cliente, non vi è alcuna prova che l'obiettivo non sia stato nella realtà conseguito.

Da ultimo si evidenzia ancora che, quand'anche si ritenesse raggiunta la prova del mancato conseguimento dell'obiettivo previsto, il cliente avrebbe tutt'al più diritto ad ottenere dalla banca il pagamento della differenza tra l'importo della rata complessiva, effettivamente pagata, e l'importo garantito di € 18.500, ma neppure tale importo si desume dalle allegazioni dell'appellante.

Le spese di lite del presente giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate secondo i valori medi dello scaglione da € 52.000 a € 260.000, con esclusione della fase istruttoria - trattazione, che nel grado d'appello non si è tenuta.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, così dispone:

1) Respinge l'impugnazione proposta da [redacted] s.r.l. nei confronti della sentenza n. [redacted] del Tribunale di Milano, pubblicata il 30.4.2018.

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae28453d4d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

2) Condanna [redacted] s.r.l. a rifondere le spese di lite sostenute da [redacted] s.p.a., che liquida, per il grado d'appello, in € 8.030, oltre spese generali del 15% e accessori di legge.

3) Sussistono i presupposti di cui all'art. 13 c. 1 quater DPR 115/2002 per il pagamento a carico di [redacted] s.r.l. dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

Così deciso in Milano il 3.10.2019

Il Presidente est. Massimo Meroni

Firmato Da: SERIO MARIA CONCETTA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 53307c59e86953ad3fe941ae2845304d
Firmato Da: MERONI MASSIMO Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 430a8a0515373b8c

dirittobancario.it