



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE I CIVILE**

Riunita in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

Dott. Renata Silva **PRESIDENTE**
Dott. Tiziana Maccarrone **CONSIGLIERE**
Dott. Gian Paolo Macagno **CONSIGLIERE REL.**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. [REDACTED]/2019 R.G.

promossa da:

[REDACTED], C.F. [REDACTED], in persona del socio e legale rappresentante [REDACTED], rappresentata e difesa, per procura in atti, dagli Avv.ti [REDACTED] o ed elettivamente domiciliata presso l'Avv. [REDACTED]

- APPELLANTE -

contro

[REDACTED] S.P.A., C.F. [REDACTED], in persona del procuratore e legale rappresentante avv. [REDACTED] rappresentata e difesa, per procura in atti, dagli Avv.ti [REDACTED] ed elettivamente domiciliato presso i predetti difensori in [REDACTED]

- APPELLATA -

CONCLUSIONI DELLE PARTI

PER PARTE APPELLANTE: *“Voglia l'Ill.ma Corte adita, a riforma integrale della sentenza n. 2246/2019 del 09.05.2019, emessa dal Tribunale di Torino pubblicata il 10.05.2019 respinta ogni contraria domanda, istanza, eccezione e deduzione avversaria, anche probatoria così giudicare:*

nel merito in via principale

- dichiarare la nullità e/o l'annullabilità e/o l'inopponibilità e/o l'inefficacia anche parziale del Primo IRS, del contratto c.d. “Power Down Double To dual Swap”, del contratto di Interest Rate Swap n. 508090020, del contratto di Interest Rate Swap n. 703160551, del contratto di Interest Rate Swap “Gap Floater” n. 605310352, del contratto di Interest Rate Swap n. 810035765, del contratto di Interest Rate Swap n. 903300219 e del contratto di Interest Rate Swap n. 1005110177 come meglio identificati nell'atto di citazione del primo grado del giudizio unitamente agli atti ad essi afferenti e conseguenti, per tutte le ragioni esposte in narrativa e per l'effetto dichiarare non dovute tutte le somme richieste e addebitate da [REDACTED]



l'indeterminabilità del mark to market, affermando che, in ogni caso, si tratterebbe di un elemento che attiene alla economicità del contratto, piuttosto che alla causa o all'oggetto del contratto stesso.

3. La ricostruzione operata dal giudice di prime cure, sulla base della CTU esperita, è oggetto di specifiche censure da parte dell'appellante, che ha riproposto in primo luogo la contestazione, non accolta in primo grado, avente ad oggetto la nullità dei contratti per mancata indicazione e indeterminatezza del mark to market e ha criticato a tale riguardo le argomentazioni espresse nella sentenza appellata, per quanto attiene sia all'individuazione della rilevanza del mark to market ai fini della validità del contratto, sia alla valutazione in concreto, nella fattispecie, della presenza nei contratti IRS per cui è causa di elementi che rendessero determinata o determinabile la misura dell'alea per le parti.

3.1. Il motivo è fondato.

Come affermato dalla Sezioni Unite della S.C. (cfr. Cass civ. S.U. n. 8770 del 12.05.2020), richiamando orientamenti già diffusi nella giurisprudenza di merito (v. App. Milano 25.09.2018, n. 4242), e di recente condivisi anche da questa Corte d'Appello (cfr. App. Torino n. 22.09.2020, n. 919), "Posto che l'interest rate swap è il contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo, gli elementi essenziali di un interest rate swap sono stati individuati, dalla stessa giurisprudenza di merito, ne: a) la data di stipulazione del contratto (trade date); b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date); d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto; e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi; f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale".

Ha inoltre precisato la S.C. che "che se lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo e chiamato upfront (e i contratti non par che non prevedano la clausola di upfront hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito)".

Pertanto, "In tema di "interest rate swap" (...) occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al "mark to market", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo (...) la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto" e perciò, "in mancanza di una



adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)”.

Conseguenza dell’orientamento espresso dalla S.C. è che la carenza dell’indicazione degli “scenari probabilistici”, del valore del derivato stesso (espresso dal mark to market ad una determinata data) e degli eventuali costi occulti integri motivo di nullità del contratto per difetto di causa: il cliente potrà pertanto ottenere la restituzione di tutti i differenziali negativi pagati, al netto di quelli positivi ricevuti, con la precisazione che la nullità potrà essere fatta valere solo dal cliente, trattandosi di nullità di protezione.

3.2. Nella fattispecie in esame non risulta dai documenti contrattuali che la Banca abbia informato il cliente del costo implicito che avevano le operazioni, e neppure che gli abbia fornito gli elementi di calcolo idonei a calcolare il mark to market e, più in generale, a determinare la misura dell’alea contrattuale in presenza dei diversi scenari probabilistici ipotizzabili.

La CTU di primo grado riscontra tale considerazione.

Il Consulente ha rilevato che, anche laddove – come nel contratto 3.10.2008 - sono stati indicati gli “Oneri a carico del Cliente, composti da Prezzo Teorico, Costo di copertura e Margine, in realtà anche con tale indicazione non risultano esplicitamente indicati in sede di rendicontazione ed addebito al cliente quali risultano essere in definitiva gli oneri addebitati e quali sono effettivamente attribuibili alla componente di copertura del rischio e quali al servizio prestato dall’istituto di credito”, evidenziando “L’assenza quindi di un parametro fisso utilizzato per determinare la remunerazione della banca”. Ciò, ha precisato il CTU, ha reso “estremamente difficoltosa la risposta al quesito laddove il G.I. chiede se le condizioni di contratto abbiano preconstituito un andamento esclusivamente o prevalentemente favorevole nei confronti della Banca”. Ed infatti le stime del mark to market esposte dai CTP risultano approssimative e diverse tra di loro, ed il CTU ha ritenuto di utilizzare un metodo empirico ancora differente, comparativo tra lo spread tra tasso fisso e variabile e la percentuale di redditività indicata dai CTP con riferimento al mark to market iniziale dei singoli contratti. Sempre il Consulente ha osservato “come sarebbe utile, almeno per il derivato denominato “plan vanilla” di uso molto comune e che presenta una schematicità assolutamente semplice, che la clientela chiedesse di esporre, e la banca indicasse esplicitamente, la misura del mark to market iniziale per comprendere almeno in linea previsionale il costo dell’operazione”, così esplicitando come, nel caso in oggetto, tale indicazione fosse assente (v. relazione CTU pagg. 13 s.).

Tanto meno risultano essere stati oggetto di informativa gli scenari probabilistici evocati dalla pronuncia della Sezioni Unite della S.C. già richiamata, fatte salve forse le indicazioni, parziali e comunque non idonee ai fini qui ritenuti necessari, contenute nel testo del contratto IRS denominato “Power Down Double To Dual Swap” del 27.5.2005.

Tale carenza comporta, secondo l’orientamento qui condiviso, un deficit non solo informativo, ma incidente anche sulla validità del contratto, che deve pertanto ritenersi nullo per difetto di causa, non essendo in esso esplicitati gli elementi necessari al fine di identificare l’alea assunta la parte contrattuale.



Tale considerazione è indipendente dalla finalità di copertura o dei contratti IRS in esame, e viene pertanto meno la necessità di esaminare quella che rappresenta – unitamente al motivo ora esaminato – la censura di maggiore rilievo veicolata con l'impugnazione.

A quanto rilevato consegue la nullità dei sei contratti interest rate swap sottoscritti dalla società appellante con la Banca Intesa Sanpaolo SPA, con assorbimento degli ulteriori motivi di appello formulati in merito alla contestata validità dei contratti.

3.3. Per quanto attiene alla quantificazione dei differenziali negativi netti versati dalla società appellante in forza dei contratti nulli, e di cui deve disporsi, in accoglimento della relativa domanda, la restituzione, non possono in primo luogo condividersi le contestazioni della Banca appellata intese a negare la validità ed efficacia della prova documentale dei relativi esborsi offerta mediante la produzione degli estratti del conto corrente acceso da [REDACTED]

[REDACTED]. La giurisprudenza a tal fine invocata non è pertinente, avendo ad oggetto i presupposti dell'azione di ripetizione di indebito nell'ambito del contratto di conto corrente, laddove nel presente caso le annotazioni in conto corrente attengono a somme addebitate in forza dei contratti IRS, e quindi in forza di un diverso rapporto di cui le annotazioni, effettuate dalla stessa Banca appellata, costituiscono il riscontro documentale.

La quantificazione va pertanto operata mediante la sommatoria degli importi corrispondenti ai flussi negativi generati dai contratti IRS in oggetto, al netto dei flussi positivi, documentati dagli estratti conto prodotti e identificabili in ragione delle esplicite causali che recano, per ogni addebito, la descrizione dell'operazione e il codice identificativo dell'IRS.

La domanda restitutoria deve ritenersi ammissibile e fondata anche con riguardo alle somme addebitate a tale titolo dopo la sentenza di primo grado e sino alla data di precisazione delle conclusioni in appello, in quanto consequenziale alla domanda di nullità tempestivamente proposta in primo grado. La differente quantificazione non muta infatti la causa petendi, che rimane la medesima.

Sfuggono al divieto di *nova* anche le relative produzioni documentali, e segnatamente gli estratti conto prodotti nel presente grado di appello: tale interpretazione del precetto di cui all'art. 345 c.p.c. appare maggiormente aderente al principio di ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost.

4. Non può invece essere accolta, con valutazione di infondatezza del relativo motivo di appello che ne lamenta il rigetto da parte del primo giudice, la domanda di risarcimento del danno avente ad oggetto il costo dei finanziamenti a cui [REDACTED] afferma di avere fatto ricorso per fronteggiare gli esborsi dipendenti dal cattivo andamento dei contratti IRS. Difetta a tale riguardo la prova di un effettivo nesso di causalità tra gli esborsi sostenuti e la necessità di far fronte ai flussi negativi dei contratti in oggetto.

5. Deve altresì essere accolta l'eccezione di prescrizione della domanda di restituzione, ritualmente riproposta ex art. 346 c.p.c. da [REDACTED], con riguardo alle pretese afferenti a rapporti estinti in periodo anteriore al decennio precedente il 16 giugno 2015, data di comunicazione a [REDACTED] dell'istanza di mediazione relativa al presente procedimento. Anche in questo caso non si applicano i principi dettati in tema di prescrizione per la diversa ipotesi delle rimesse relative al pagamento degli oneri derivanti dal contratto di conto corrente medesimo.



Dalla somma dovuta vanno infine detratti gli importi relativi ai flussi corrisposti dalla Banca alla società in forza dei contratti in oggetto, purché non ricadenti nel periodo coperto dalla prescrizione, rispetto ai quali l'eccezione sollevata attinge il credito di [REDACTED] al netto dei – modesti – flussi positivi accreditati alla società.

6. Infine, in conseguenza dell'accoglimento del motivo di appello di cui sopra diviene superfluo esaminare le ulteriori censure di parte appellante, tra cui in particolare quella relativa alla validità della dichiarazione di operatore qualificato, così venendo meno in radice anche la domanda della Banca di risarcimento del danno per l'ipotizzata infedeltà di tale dichiarazione, richiamata ex art. 346 c.p.c.

7. Si rende quindi necessario rimettere, come da separata ordinanza, la causa in istruttoria, disponendosi un supplemento di indagine peritale inteso alla quantificazione dell'importo dovuto dalla Banca alla società appellata, in applicazione dei criteri ora indicati.

P.Q.M.

non definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al n. 1106/2019 R.G., la Corte d'Appello di Torino, Prima Sezione Civile, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione reiette, così decide:

in parziale accoglimento dell'appello proposto da [REDACTED] e in riforma della sentenza n. 2246/2019 del Tribunale di Torino, pubblicata il 10 maggio 2019,

DICHIARA la nullità dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati stipulati fra [REDACTED] e [REDACTED]

[REDACTED] in data 3.6.2003, 30.5.2005, 16.3.2007, 7.10.2008, 30.3.2009 e 11.5.2010;

in accoglimento dell'eccezione ritualmente riproposta ex art. 346 c.p.c. da parte appellata, **DICHIARA** prescritte le pretese della società appellante afferenti a rapporti estinti in periodo anteriore al 16 giugno 2005;

DICHIARA assorbiti i motivi di appello come indicati in parte motiva e

RESPINGE nel resto l'appello e le domande riproposte ex art. 346 c.p.c. da parte appellata;

DISPONE la rimessione in istruttoria della causa, come da separata ordinanza.

Spese al definitivo.

Così deciso nella Camera di Consiglio della Prima Sezione Civile in data 22 dicembre 2020.

IL CONSIGLIERE EST.

Dott. Gian Paolo Macagno

IL PRESIDENTE

Dott. Renata Silva

