Ex Parte Creditoris
Rivista di Informazione Giuridica

Sentenza n. 2244/2015 pubbl. il 25/05/2015

Repert. n.

Reg. Generale

N. 2244/15 Sen.
N 15 Rep.
N. F.N.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE D'APPELLO DI MILANO

SEZIONE PRIMA CIVILE

composta dai Signori:

- Dr Ersilio Secchi - Presidente
- Dr Rosella Boiti - Consigliere relatore
- Dr Cesira D'Anella - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con atto di citazione notificato il 29.10.2010 a ministero dell'Ufficio unico notificazioni presso la Corte d'Appello di Milano e posta in deliberazione il 5.11.2014, sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza dell' 1.7.2014

TRA

BANCA

APPELLANTE

20

E

CLIENTI

APPELLATI

OGGETTO: Intermediazione finanziaria.

Le conclusioni delle parti sono quelle di cui ai fogli allegati sub A e B.

Ex Parte Creditoris
Rivista di Informazione Giuridica

CORTE D'APPELLO DI MILANO

(Sez. I civile - Cons. Istr. Dott.ssa Rosella Boiti)

Nel giudizio d'appello rubricato al n. 3998/2010 RGAC, avverso la sentenza n. 2383/2009 emessa dal Tribunale di Monza - sezione I Civile, in data 4.6.2009 e pubblicata in data 31.8.2009, proposto da

- appellante

contro

- appellata

contro

- appellato

contro

- appellato

* * *

CONCLUSIONI NELL'INTERESSE DEL

Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, rigettata ogni avversaria istanza, eccezione o domanda, in riforma integrale della sentenza del Tribunale di Monza n. 2383/2009 - Sez. I Civ. (emessa in data 4.6.2009 e pubblicata in data 31.8.2009) ed in accoglimento dei motivi di gravame proposti:

a) riformare totalmente la sentenza impugnata e così, in particolare,

b) accogliere le conclusioni già rassegnate nel corso del primo grado di giudizio e disattese da parte del Tribunale di Monza:

in via principale:

Ex Parte Creditoris
Rivista di Informazione Giuridica

I

1. confermare il Decreto Ingiuntivo n. 322/07 emesso dal Tribunale di Monza – Sezione distaccata di Desio - in data 22.02.2007 nei confronti dei in favore del

2. respingere ogni domanda avanzata dagli opponenti perché infondata in fatto e in diritto.

In via istruttoria.

La difesa del chiede l'ammissione dei seguenti capitoli di prova:

1. Vero che il in precedenza alla sottoscrizione del contratto del 18.06.03, forniva alla società ogni informazione in suo possesso relativa al prodotto di interesse della stessa

2. Vero che era la società a richiedere al la possibilità di sottoscrivere di un contratto di interest rate swap;

3. Vero che la società in occasione della sottoscrizione del contratto di interest rate swap del 18.06.03 era assistita da un consulente finanziario;

4. Vero che era la società a rivolgersi al al fine di procedere alla sottoscrizione di un secondo contratto di swap, stipulato in data 06.08.03;

5. Vero che anche in detta occasione la società era assistita e consigliata da un consulente finanziario;

6. Vero che la società anche successivamente alla sottoscrizione dei contratti di swap di cui al presente giudizio, era assistita da consulenti finanziari che ne curavano la ristrutturazione;

7. Vero che la società in precedenza alla notifica del decreto ingiuntivo, nulla comunicava al in ordine ai contratti di swap sottoscritti.

Si indicano quali testi il presso la

Si chiede sin da ora di essere ammessi ad esperire prova contraria sui capitoli di prova dedotti da controparte ed eventualmente ammessi.

Si chiede, infine, disporsi l'interrogatorio formale del legale rappresentante attuale e del tempo dei fatti della società opponente.

l/ 1/9/2014

c) In accoglimento dei motivi di appello, condannare i Sigg.ri
a restituire al quanto da essi percepito a titolo di spese legali alla luce della condanna statuita in sentenza, oltre alle spese della Consulenza Tecnica d'Ufficio, il tutto oltre interessi legali ed oltre al maggior danno ex art. 1224 cod. civ. determinato nella misura pari alla differenza tra interesse legale e l'interesse applicato agli scoperti sui conti correnti autorizzati dal dalla data di effettivo pagamento delle somme sopra indicate a titolo di spese legali e CTU, sino al saldo.

d) In ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa, in entrambi i gradi di giudizio, con conseguente condanna delle parti alla restituzione dell'importo versato in esecuzione della emanata sentenza, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

Con osservanza.

Ex Parte Creditoris
Rivista di Informazione Giuridica

Foglio delle conclusioni in favore degli appellati

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, contrariis reiectis, così giudicare:

Nel merito.

- respingere la domanda avversaria di riforma della sentenza di primo grado, in quanto infondata in fatto e diritto per i motivi di cui in narrativa;
- confermare integralmente la sentenza appellata n.° 2383/2009 emessa dal Tribunale di Monza.

Col favore delle spese, diritti et onorari di causa del giudizio di secondo grado, oltre il rimborso spese forfettarie del 12,50% ed oneri accessori.

I sottoscritti Difensori dichiarano di avere anticipato integralmente le spese del presente giudizio e chiedono sin da ora che l'Ecc.ma Corte D'Appello di Milano voglia distrarre in loro favore gli onorari non riscossi e le spese di giudizio.

In via istruttoria

Si contesta la richiesta avversaria di ammissione delle prove in quanto i capitoli di prova di parte appellante sono del tutto in conferenti ed irrilevanti ai fini del decidere, essendo la causa documentale.

Nella denegata ipotesi dell'ammissione delle prove per testi formulate dall'appellante si chiede di essere ammessi a prova contraria con i testi indicati con le Note di precisazione delle conclusioni ex art. 10 del Dlgs. N. 5/2003

Firmato
COPIA

1/7/2014

depositate dai Sigg.ri e il 22.10.2007 nel giudizio di primo grado.

Infine, qualora l'Ecc.ma Corte d'Appello lo ritesse necessario ai fini del decidere, si insiste affinché vengano ammessi i capitoli di prova con i testi indicati dagli odierni appellati con Note di precisazione delle conclusioni ex art. 10 del Dlgs. N. 5/2003 depositate il 22.10.2007 nel giudizio di primo grado .

- Si chiede che l'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano disponga l'acquisizione del fascicolo d'ufficio (relazione del C.T.U. compresa) delle cause riunite di primo grado RG nn. 7326, 7327, 7328 del 2007 relative alla sentenza impugnata n. 2383/2009 del Tribunale di Monza.

1/9/2014

Ex Parte Creditoris
Rivista di Informazione Giuridica

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Monza così ricostruiva lo svolgimento del primo grado del giudizio:

«Con il decreto ingiuntivo richiamato in epigrafe [n. 322 del 22.2.2007], il Tribunale di Monza, sezione distaccata di Desio, ha ingiunto alla S.r.l. in liquidazione il pagamento della somma di euro 112.421,60, in solido con i fideiussori quale saldo debitore del contratto di conto corrente n. 323100/1 derivante dagli addebiti conseguenti alla risoluzione per inadempimento di due contratti di *interest rate swap* sottoscritti dalla Società nelle date del 18.6.2003 e del 6.8.2003, oltre agli interessi al tasso legale dal 12.1.2007 al saldo ed alle spese del procedimento monitorio, liquidate nella somma di euro 2.476,00.

Avverso il decreto, notificato alla e a in data 7.3.2007 e a e a in data 28.3.2007, gli ingiunti hanno proposto tempestiva opposizione, ai sensi dell'art. 2 del D. lgs. n. 5/2003, innanzi alla sezione distaccata, mediante distinti atti di citazione, consegnati agli Ufficiali giudiziari in data 16.4.2007 e quindi ritualmente notificati in data 18.4.2007, chiedendo, in via principale, l'accertamento della nullità ex art. 1418 c.c. o l'annullamento ex art. 1427 c.c. dei contratti di *swap* all'origine della posta debitoria, con conseguente revoca del decreto.

A sostegno delle proprie domande, gli opponenti hanno dedotto: 1) la non rispondenza dei contratti di IRS alla finalità, negli stessi dichiarata, di copertura del rischio di variazione del tasso degli interessi passivi, essendosi in concreto rivelati strumenti meramente speculativi ad esclusivo vantaggio della Banca; 2) l'inosservanza, da parte dell'opposta, degli obblighi di comportamento e, in particolare, dei doveri informativi sanciti dal TUF e dal regolamento Consob (Delib. n. 11522/1998) in materia di intermediazione finanziaria; l'inefficacia della dichiarazione di operatore qualificato resa dal signor quale Presidente del C.d.A. della ai sensi dell'art. 31 del regolamento

Consob, in quanto di mero stile e priva di concreto riscontro nella realtà aziendale della società.

Gli odierni opponenti, nella loro veste di fideiussori, hanno inoltre chiesto, in subordine, la declaratoria d'invalidità e/o inefficacia delle fideiussioni relativamente alle obbligazioni della derivanti dai contratti in oggetto.

Il si è costituito nelle cause di opposizione, con comparse notificate in data 18.5.2007, contestando quanto dedotto dalle controparti e concludendo quindi per il rigetto delle opposizioni e la conferma del decreto.

A seguito di ulteriore ricorso depositato dall'opposta in data 28.5.2007, ex art. 2, comma 3°, D. lgs. n. 5/2003, per i provvedimenti in ordine alla provvisoria esecuzione, i procedimenti di opposizione sono stati rimessi al Presidente del Tribunale che li ha assegnati alla prima sezione civile della sede centrale, in quanto relativi a materia da trattare in forma collegiale ex art. lett. d), D. lgs. n. 5/2003.

Il il giorno 18.6.2007 ha depositato una prima istanza di fissazione di udienza, senza peraltro procedere alla sua notificazione agli opponenti, i quali, in data 19.6.2009, hanno a loro volta notificato all'opposta memorie di replica ex art. 6 D. lgs. cit.

A dette memorie l'opposta ha replicato mediante memorie ex art. 7 D. lgs. cit., notificate in data 18.7.2007, seguite da ulteriori repliche degli opponenti fideiussori in data 21.9.2007.

Contestualmente il procuratore costituito della in liquidazione, comunicava a mezzo fax alla difesa del che, con sentenza n. 21/2007 del 13.7.2007, il Tribunale di Busto Arsizio aveva dichiarato il fallimento della in liquidazione e il relativo giudizio di opposizione, iscritto al n. di R.G 2007, doveva intendersi interrotto (detto processo, a seguito di istanza ex art. 307 c.p.c. depositata dall'opposta in data 1.4.2008, è stato dichiarato estinto per mancata riassunzione).

Nei restanti tre procedimenti di opposizione proposti dai fideiussori (R.G. n. del 2007), l'opposto ha fatto seguire, in data 11.10.2007, una nuova

istanza di fissazione d'udienza. alla quale gli opponenti hanno risposto con il deposito di proprie note di precisazione delle conclusioni, recanti, in via preliminare, l'istanza di riunione delle cause a quella opposizione promossa dalla debitrice principale e di conseguente declaratoria di interruzione di tutti i processi.

Con decreti emessi in data 7.4.2008. il Giudice relatore designato, ha fissato per il giorno 29.5.2008 le udienze di discussione delle cause innanzi al Collegio, non ammettendo le prove orali articolate dalle parti, in quanto superflue e rilevando, quanto alle preliminari richieste di riunione e d'interruzione delle cause, l'autonomia delle opposizioni proposte dai fideiussori rispetto a quella del debitore principale e la loro conseguente procedibilità, nonostante l'interruzione del processo promosso dalla Cervi Arredamenti.

Depositate dalle parti comparse conclusionali, all'udienza di discussione del 29.5.2008, il Collegio, previa riunione dei tre procedimenti in oggetto, ha confermato il decreto del giudice relatore quanto alla non ammissione delle prove orali e ha disposto l'espletamento di una CTU contabile, delegando l'incombente al giudice relatore, il quale, alla successiva udienza del 2.7.2008. ha posto al perito un duplice quesito:

1) di verificare se i due contratti di *interest rate swap*, così come concretamente impostati, fossero effettivamente idonei a perseguire lo scopo dichiarato di copertura del rischio connesso alla fluttuazione dei tassi d'interesse; 2) di ricostruire i conteggi che hanno determinato il saldo passivo contabile oggetto del decreto ingiuntivo e di accertare la loro rispondenza alle condizioni contrattuali pattuite.

Espletata la CTU, con deposito in data 10.1.2009 dell'elaborato peritale e di successive note critiche autorizzate da parte dell'opposta, le parti hanno depositato ulteriori comparse conclusionali.

All'udienza collegiale del 4.6.2009, il CTU ha replicato alle osservazioni della Banca, confermando integralmente le conclusioni tratte nella propria relazione; invitate le parti alla discussione, il Tribunale si è quindi riservato il deposito della sentenza entro i successivi trenta giorni.»

Con sentenza n. 2383 del 4.6/31.8.2009 il Tribunale così provvedeva:

1) accertata e dichiarata la nullità dei due contratti di *Interest Rate Swap* conclusi tra la S.r.l. in liquidazione e il A., rigettava le domande di pagamento avanzate dal predetto contro e e, per l'effetto, revocava il decreto ingiuntivo n. 322/2007 emesso dal Tribunale di Monza, sezione distaccata di Desio, nei confronti dei menzionati opponenti;

2) condannava il S.p.A. a rifondere agli opponenti le spese processuali;

3) poneva definitivamente le spese della C.T.U. a carico del S.p.A.

Avverso tale sentenza il S.p.A. proponeva gravame davanti a questa Corte d'Appello con atto di citazione notificato il 29.10.2010, chiedendo, in totale riforma della stessa, che venisse confermato il decreto ingiuntivo n. 322 del 22.2.2007 emesso dal Tribunale di Monza, Sezione Distaccata di Desio, nei confronti di , e che venisse respinta ogni domanda proposta dagli stessi perché infondata in fatto e in diritto.

Costituendosi in giudizio, contestavano la fondatezza dell'appello e ne chiedevano il rigetto.

All'udienza dell'1.7.2014 le parti precisavano le conclusioni, come trascritte in epigrafe, e, decorsi i termini stabiliti ai sensi degli artt. 352 e 190 c.p.c., la causa veniva posta in decisione nella Camera di Consiglio del 5.11.2014.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'appello il S.p.A. ha eccepito che, dichiarando la nullità per difetto di causa dei due contratti in *Interest Rate Swap* conclusi *inter partes*, non prospettata dagli odierni appellati (che si erano limitati a fare ricorso al concetto di nullità e/o annullamento per pretese violazioni delle norme previste dal TUF e dal Regolamento Consob n. 11522/1998 in materia di

inadempimento di obblighi di informativa e di valutazione di adeguatezza), il Tribunale è incorso nel vizio di ultrapetizione. Il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di un atto giuridico deve infatti essere coordinato con il principio della domanda e, quando la nullità si configura come elemento costitutivo della domanda, la dichiarazione di invalidità deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dalla parte e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati.

1.1. Il motivo non è fondato.

Secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte, proposte delle eccezioni di nullità del contratto, è ammissibile il rilievo d'ufficio di ulteriori profili di nullità dal momento che, posta all'attenzione del giudice la questione della nullità di un testo negoziale, quale elemento costitutivo della domanda, tutti i profili di nullità non soggetta a regime speciale possono essere rilevati sulla base dei fatti allegati e provati od emergenti *ex actis* (cfr. Cass. n. 17257 del 2013).

2. Premesso che:

«L'*Interest Rate Swap* (IRS) è un contratto mediante il quale una parte si impegna a pagare, a determinate scadenze (annuali, semestrali, trimestrali), con riferimento ad un capitale detto "capitale nozionale", un interesse commisurato ad un determinato tasso fisso e l'altra si impegna a pagare, alle stesse scadenze e con riferimento al medesimo capitale nozionale, un interesse commisurato ad un predefinito tasso variabile (di solito l'Euribor a tre o a sei mesi).»

«Il capitale di riferimento non è oggetto di scambio, ma serve esclusivamente da parametro di riferimento per il calcolo dei reciproci pagamenti, calcolati sulla base della medesima valuta, il cui scambio avviene attraverso un meccanismo di compensazione, con liquidazione della sola differenza in favore della parte risultante a credito in ragione della maggiore consistenza del proprio flusso di pagamento.»

«A seconda di come vengono strutturati, gli IRS possono essere utilizzati con finalità di copertura dei rischi legati alle variazione dei tassi d'interesse (o di cambio), vale a

dire con scopo di tipo "assicurativo" (c.d. *hedging*), senz'altro lecito e meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., o con finalità meramente speculative (c.d. *trading*) che, riducendo lo strumento ad una mera scommessa, danno luogo ad obbligazioni non azionabili ex art. 1933 c.c. (Tribunale Milano, 26 maggio 199 Soc. Banec c. Soc. fin. Ambrosiana Giur. it. 1996, I, 2, 50 nota ANGERETTI).»

il Tribunale ha affermato che:

«alla luce delle lucide e chiare motivazioni esposte dal CTU nell'elaborato peritale», i due contratti di *Interest Rate Swap* stipulati tra il S.p.A. e la S.r.l. dovevano ritenersi «nulli per difetto di causa ex art. 1418, comma secondo, c.c.», osservando, in proposito, che:

«Come emerge dall'univoco tenore delle premesse, la finalità dichiarata in entrambi i contratti qui esaminati, riconducibili alla tipologia *standard* del *Plain Vanilla Swap*, è quella di copertura dei rischi legati alle variazioni dei tassi d'interesse in riferimento ai finanziamenti contratti dalla cliente, che, nei due IRS, assume per tale motivo la veste di debitore a tasso fisso ("*Premesso che: – legale rappresentante della – seguito: 'Cliente') pone in essere, nell'ambito della propria attività d'impresa, operazioni commerciali o finanziarie dalle quali derivano posizioni creditorie o debitorie espresse in Euro, rispetto alle quali intende cautelarsi contro gli eventuali effetti delle variazioni del tasso di interesse che potrebbero intervenire prima della scadenza delle operazioni stesse, determinando fin da ora la propria posizione di rischio in relazione alle fluttuazioni del suddetto tasso di interesse; che suddetta cautela è funzionale al perseguimento dell'oggetto sociale ed alla valorizzazione e conservazione del proprio patrimonio; a tal fine il Cliente intende stipulare con il S.p.A. ...il presente contratto di interest rate swap*").»

«Ciò premesso, il CTU ha rilevato che le condizioni economiche stabilite nei due negozi, di seguito riprodotte, tradiscono completamente lo scopo dichiarato, essendo in radice inidonee a perseguire la funzione di copertura del rischio agli stessi attribuita:

PRIMO IRS del 18.6.2003

durata: dal 27.6.2003 al 27.6.2008;

date pagamenti tasso fisso e variabile: con cadenza trimestrale dal 27.9.2003:

capitale di riferimento: euro 2.000.000,00;

debitore a tasso fisso: S.p.A.;

tasso fisso: 1° anno: 2.20%; 2° anno: 2,80%; 3° anno: 3.50%; 4° anno: 3,90%; 5° anno: 3,95%;

debitore a tasso variabile: S.p.A.;

tasso variabile: Euribor 3 mesi;

fattore moltiplicativo del tasso variabile: act/360 (tasso da calcolare sulla base di un anno di 360 gg);

SECONDO IRS del 6.8.2003

durata: dal 18.8.2003 al 18.8.2008;

date pagamenti tasso fisso e variabile: con cadenza trimestrale dal 18.11.2003;

capitale di riferimento: euro 2.000.000,00;

debitore a tasso fisso: S.p.A.;

tasso fisso: 1° anno: 2.20%; 2° anno: 3.95%; 3° anno: 4.35%; 4° anno: 4.65%; 5° anno: 4.80%;

debitore a tasso variabile: S.p.A.;

tasso variabile: Euribor 3 mesi;

fattore moltiplicativo del tasso variabile: act/360 (tasso da calcolare sulla base di un anno di 360 gg).»

«I contratti, entrambi parametrati ciascuno a un capitale nozionale di due milioni di euro, sono connotati dall'obbligo della cliente di corrispondere un tasso d'interesse fisso crescente di anno in anno, in misura prestabilita e superiore nel secondo contratto rispetto al primo, a fronte dell'obbligo della Banca di corrispondere, in relazione al medesimo capitale di riferimento, il tasso variabile Euribor tre mesi.»

«Come evidenziato dal CTU, la previsione, a carico del cliente, del pagamento di un tasso fisso in misura via via crescente (e addirittura maggiore nel secondo contratto),

preclude a monte il raggiungimento dello scopo di copertura, essendo a tal fine essenziale che il tasso fisso sia stabilito in misura invariata per tutto il corso del rapporto.»

«Il perito ha al riguardo chiarito che, affinché il derivato possa essere effettivamente idoneo ad assolvere la finalità di copertura del rischio, è necessario che la formula matematica che gestisce a monte il contratto sia concepita in modo da consentire ad entrambi i contraenti, nel periodo considerato, di perdere e guadagnare più o meno le stesse quantità.»

«Perché ciò avvenga è fondamentale che, circa a metà della durata del rapporto contrattuale, i flussi di debito-credito subiscano un'inversione grazie al rialzo del tasso variabile in misura tale da raggiungere e superare il tasso fisso.»

«L'operatività di detto meccanismo, secondo le debite tempistiche, risulta frustrata dalla previsione del progressivo aumento nel tempo del tasso fisso, che si trova così ad essere "affannosamente" rincorso dalle variazioni in aumento del tasso variabile. Come confermato dalle ingenti perdite accumulate dalla (tali da determinare un saldo passivo di conto corrente al 31.12.2006 di euro 91.585,45), una simile previsione non ha altro scopo che quello di ritardare nel tempo e minimizzare i differenziali a debito della banca, a tutto detrimento dell'intento di copertura del rischio perseguito dalla cliente ed espressamente dichiarato quale concreta funzione economica del contratto.»

«Il disinteresse della Banca per la finalità contrattuale dichiarata trova riscontro nell'assenza di "*evidenze interne*" di un previo studio dello strumento derivato in rapporto alla concreta situazione finanziaria della società, in spregio alle prescrizioni impartite in materia dalla Consob (il riferimento, opportunamente richiamato dal CTU, è alla comunicazione D.I. 99001379I del 26.2.1999, nella quale si richiede che, perché le operazioni in strumenti finanziari derivati possano concretamente assumere funzione di copertura, occorre che: 1) siano esplicitamente poste in essere per ridurre il rischio connesso alle obbligazioni assunte dal cliente con scopo di finanziamento dell'attività d'impresa (c.d. posizioni base); 2) vi sia una elevata correlazione tra le

caratteristiche tecnico-finanziarie dell'operazione oggetto di copertura (scadenza-tasso d'interesse) e quelle dello strumento finanziario adottato; 3) le menzionate condizioni risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate dalla funzione di controllo interno).»

«A confutazione delle conclusioni del CTU, il ha evidenziato che, a seguito della determinazione di risoluzione dei rapporti dallo stesso assunta, uno dei due strumenti derivati ha ricevuto una valutazione positiva, comportante un accredito in favore della cliente di euro 2.000,00.»

«Il rilievo è tuttavia inidoneo a superare le descritte carenze riscontrate sotto il profilo causale a carico della complessiva operazione negoziale, ove solo si consideri che il modesto *fair value* positivo attribuito al primo IRS (indice di una altrettanto contenuta inversione delle sorti del pagare manifestatasi solo a partire dalla metà del quarto anno di durata del contratto) risulta totalmente assorbito dal valore negativo di complessivi euro 24.000,00, addebitato alla cliente con riferimento al secondo IRS (i cui tassi fissi crescenti, lo si ricorda nuovamente, appaiono appositamente stabiliti in misura superiore a quelli del primo contratto, proprio in modo da minimizzare gli addebiti a carico della Banca e da consentirle di contare, comunque, su un complessivo bilancio positivo finale delle due operazioni).»

«La non rispondenza delle condizioni economiche dei due contratti alla funzione di copertura del rischio negli stessi enunciata ne comporta la nullità per difetto di causa, da intendersi quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalla negoziazione (cfr. Cass. 10490/2006).»

3. Il S.p.A. ha censurato tale pronuncia sotto vari profili.

3.1. Con il primo motivo ha sostenuto che il Tribunale ha erroneamente ritenuto che i due contratti di *Interest Rate Swap* erano nulli perché, in base alla valutazione effettuata *ex post* dal C.T.U., non sarebbero stati correttamente impostati "*con una previsione di condizioni economiche tali da condurre al conseguimento dei motivi (o i presupposti) voluti dalla* atteso che:

- la causa del contratto deve necessariamente essere distinta dai motivi del contratto;
- la causa dei contratti di *Interest Rate Swap* consiste nello "*scambio tra due prestazioni pecuniarie, esigibili a determinate scadenze periodiche calcolate applicando due diversi tassi di interesse ad un capitale di riferimento*".

3.2. Con il quarto motivo il S.p.A. ha lamentato che:

- il Giudice di prime cure aveva ritenuto che i due contratti di *Interest Rate Swap* erano nulli per difetto di causa ex art. 1418 c.c. avendo fatto proprie tutte le considerazioni di fatto e di diritto dedotte nella perizia d'ufficio, senza prendere in considerazione le specifiche critiche svolte alla perizia da essa odierna appellante, tranne che per la circostanza che, a seguito della risoluzione dei rapporti, uno dei due strumenti derivati aveva ricevuto una valutazione positiva, con un accredito a favore della cliente;
- in particolare, il Tribunale non aveva considerato che essa odierna appellante aveva sottolineato che il C.T.U. aveva erroneamente valutato la portata della Comunicazione n. DI/99013791 del 26.2.1999, nella quale non era affatto richiesto alle controparti un "sacrificio" per agevolare o sollevare le sorti finanziarie dell'altra parte;
- il Tribunale non aveva nemmeno considerato che, con una prognosi *ex ante*, lo stesso C.T.U. aveva confermato che i contratti di *Interest Rate Swap* negoziati tra le parti avevano una astratta idoneità alla funzione "di copertura" perseguita dalla S.p.A., e che "***semplicemente le previsioni fatte dalle parti al momento della stipula si sono rivelate inesatte***";
- il C.T.U. aveva anche omesso di considerare che i contratti non erano giunti alla loro naturale scadenza (pattuita, per il primo, al 27.6.2008, e, per il secondo, al 18.8.2008) e che la logica negoziale ed economica per i quali erano stati conclusi ne era pertanto risultata sfalsata.

3.4. I motivi, complessivamente considerati, sono fondati.

In proposito, va ribadito che, perché possa affermarsi la nullità dei contratti di *Interest Rate Swap* conclusi *inter partes* per difetto di causa ex art. 1418 c.c. –

profilo che, come si è detto sopra, non è stato dedotto da e da e ma è stato rilevato d'ufficio – è necessario che la preclusione "a monte" del raggiungimento dello scopo di copertura risulti *ex actis*, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa (cfr., oltre alla sentenza già citata, Cass. n. 1552 del 2004).

Perché possa ritenersi sussistente tale ipotesi di nullità non è quindi sufficiente l'assenza di "*evidenze interne*" di un previo studio dello strumento derivato in rapporto alla concreta situazione finanziaria della società, in spregio alle prescrizioni impartite in materia dalla Comunicazione D.I. 990013791 del 26.2.1999 della Consob (circostanza che - come risulta dalla motivazione della sentenza impugnata sopra riportata - lo stesso Giudice di prime cure ha del resto considerato soltanto come una conferma del disinteresse della Banca per la finalità contrattuale di copertura dichiarata nei contratti), ma è necessario il positivo accertamento, secondo valutazioni *ex ante*, dell'inesistenza di qualsiasi rischio per il fronte di un rischio certo della S.p.A.

Al contrario di quanto affermato dal Tribunale, tali circostanze non risultano provate da quanto esposto dal C.T.U.

Le affermazioni che "*solo la scelta di un tasso fisso (e non crescente) che, quando è superato, inverte la 'sorte' del pagare e di un limite temporale adeguato, possono garantire un equo nesso di reciprocità dell'alea tra le parti*", e che "*la formula matematica che gestisce a monte il contratto dovrà, pertanto, porsi l'obiettivo di consentire a entrambi i contraenti, nel periodo considerato, di perdere e guadagnare più o meno le stesse quantità*" – contenute nella perizia – non sono supportate né da un'analisi delle previsioni del futuro andamento del tasso Euribor, effettuate in base ai dati conoscibili al momento della stipulazione dello *swap*, né da un raffronto di tale prevedibile andamento con i tassi fissi crescenti previsti nei contratti.

In proposito, il C.T.U. si è infatti limitato ad osservare che "*il tasso IRS*" doveva essere scelto tra "*i tassi collegati e indicizzati agli andamenti del mercato e regolamentati da parametri delle Borse Nazionali*".

Il fatto che il risultato sia stato complessivamente negativo per la S.p.A. non dimostra affatto che i tassi fissi concordati fossero, già nelle previsioni, troppo alti rispetto alla curva dei tassi Euribor, così che la stessa avrebbe prevedibilmente dovuto pagare interessi costantemente superiori a quelli da pagarsi dal S.p.A. in base all'andamento dell'Euribor.

La possibilità di un risultato negativo rientra infatti nella natura aleatoria del contratto di *Interest Rate Swap*. Lo stesso C.T.U. ha specificato che "*Non è detto ... che l'operazione di copertura sia sempre vantaggiosa, ma lo sarà solo a determinate condizioni e cioè quando il differenziale tra il fixing del tasso variabile (TV) e il tasso fisso IRS (TF), considerato il costo del derivato, darà un valore positivo*".

3.5. Alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, assorbenti rispetto a ogni altra domanda, eccezione o questione proposte dalle parti, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere confermato il decreto ingiuntivo opposto da

4. Per il principio della soccombenza devono essere condannati a rifondere al S.p.A. le spese di entrambi i gradi, che si liquidano, tenuto conto delle questioni trattate e del valore della causa, in complessivi euro 11.000,00 per compensi per il primo grado, e in complessivi euro 10.065,00 (550,00 per spese e 9.515,00 per compensi) per il presente grado, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15% e agli oneri fiscali e previdenziali come per legge.

Vanno poste a carico degli appellati le spese della C.T.U. espletata nel primo grado, come già liquidate.

5. In accoglimento della domanda proposta dal S.p.A., gli appellati vanno condannati a restituire quanto da essi percepito in

esecuzione della sentenza riformata, oltre agli interessi legali dall'avvenuto pagamento al saldo.

P. Q. M.

la Corte d'Appello di Milano, Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal S.p.A. avverso la sentenza n. 2383 del 4.6/31.8.2009 del Tribunale di Monza, lo accoglie e, in totale riforma della sentenza impugnata, così provvede:

- rigetta l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 322 del 22.2.2007 emesso dal Tribunale di Monza, Sezione Distaccata di Desio, proposta da con conseguente conferma di detto decreto nei loro confronti;
- condanna in via tra loro solidale, a rifondere al S.p.A. le spese del primo grado, liquidate in complessivi euro 11.000,00, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 % e agli oneri fiscali e previdenziali come per legge;
- pone definitivamente a carico di in via tra loro solidale, le spese della C.T.U. espletata nel primo grado, come già liquidate;
- condanna in via tra loro solidale, a rifondere al S.p.A. le spese del presente grado, liquidate in complessivi euro 10.065,00, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 % e agli oneri fiscali e previdenziali come per legge;
- condanna a restituire quanto da essi percepito in esecuzione della sentenza riformata, oltre agli interessi legali dall'avvenuto pagamento al saldo.

Così deciso in Milano, in Camera di Consiglio, il 5 novembre 2014.

Il Consigliere rel. est.
Rosella Boiti

Il Presidente
Ersilio Secchi

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Domenico AMALFITANI

CORTE D'APPELLO DI MILANO
DEPOSITATA NELLA CANCELLERIA
DELLA 1ª SEZIONE CIVILE
OGGI 25 MAG. 2015
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Domenico AMALFITANI