

**N. R.G. 3890/2016**



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO  
Sezione Prima civile**

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Amedeo Santosuosso	Presidente
dr. Vinicia Serena Calendino	Consigliere
dr. Alessandro Martini	Giudice Ausiliario relatore

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa iscritta al n. r.g. **3890/2016** promossa in grado d'appello

**DA**

· **S** elettivamente domiciliato in via  
presso lo studio dell'  
he lo rappresenta e difende come da delega in atti,

**APPELLANTE**

**CONTRO**

·  
· elettivamente domiciliato in ·  
presso lo studio dell'avv. \_ \_ he lo rappresenta e difende come  
da delega in atti,



elettivamente domiciliato in  
presso lo studio dell'avv.  
che lo rappresenta e difende come da delega in atti,

APPELLATI

avente ad oggetto: Intermediazione finanziaria (S.I.M.) - Contratti di Borsa  
sulle seguenti conclusioni.

Per SPA

Nel merito:

- in accoglimento dell'appello proposto dall'appellante ed in integrale riforma dell'appellata sentenza, rigettare tutte le domande proposte nei confronti della concludente dagli odierni appellati Società Agricola Società Semplice (oggi Società Agricola S di ..... Società Semplice) e L.....

- in via subordinata e salvo gravame, nella denegata e non creduta ipotesi in cui dovesse essere accolta alcuna delle domande degli odierni appellati, ridurre le loro pretese, tenuto conto di tutte le difese e le eccezioni della Banca, anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225, 1227 e 1458 c.c.

In via istruttoria:

- respingere tutte le istanze istruttorie avversarie e, in particolare, l'istanza di ammissione di CTU per le ragioni di cui al § 2 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 3 c.p.c. depositata dalla Banca in primo grado;

- nella denegata e non creduta ipotesi in cui sia disposta una CTU come richiesto dagli odierni appellati, disporre che al consulente del Tribunale siano demandate le indagini indicate dalla Banca al § 15 (pagg. 25 e 26) della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. depositata in primo grado;

- ammettere, all'occorrenza, i capitoli di prova testimoniale proposti dall'odierna appellante al § 16 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., depositata in primo grado, con i testi ivi indicati;

In ogni caso:

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

Per SOCIETÀ AGRICOLA S.S. e

In via principale:

1. rigettare l'appello proposto da S.p.a. perché inammissibile ed infondato in fatto e in diritto;



2. confermare in ogni sua parte la sentenza di primo grado impugnata;

In via subordinata:

I – Nel merito:

1. accertare e dichiarare la nullità del Contratto di Interest Rate Swap “Tasso Certo” n. 29440148 per difetto di forma scritta *ad substantiam* e/o per difetto di causa e/o per indeterminatezza dell’oggetto, ovvero annullarlo per dolo e/o errore o risolverlo per grave inadempimento della Banca (violazione dell’art. 21 TUF e degli artt. 26-30 Reg. CONSOB n. 11522/1998, ora artt. 27-42 del Reg. CONSOB n. 16190/2007);

2. condannare la Banca a rifondere in favore della società Società Agricola Società Semplice la somma di Euro 81.083,26, o la maggiore somma accertanda in corso di causa, oltre interessi di legge dal giorno di ogni singolo addebito sino alla data di effettivo saldo, oltre rivalutazione monetaria;

3. accertare e dichiarare la liberazione del fideiussore Leonardo per invalidità dell’obbligazione principale secondo quanto disposto dall’art. 1939 c.c.

II - In via istruttoria: ammettere Consulenza Tecnica d’Ufficio contabile sul Contratto di Interest Rate Swap “Tasso Certo” n. 29440148;

In ogni caso:

Con vittoria di spese, diritti e onorari di causa oltre IVA, CPA e rimborso forfetario per entrambi i giudizi.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Società Agricola S.S., nonché il socio amministratore in proprio, Leonardo quale fidejussore, convenivano, avanti al Tribunale di Milano, S.p.a., per ottenere declaratoria di nullità del contratto di Interest Rate Swap “Tasso Certo” n. 29440148, stipulato tra le parti, con condanna della banca alla restituzione di addebiti conteggiati per € 81.083,26, oltre alla liberatoria del fidejussore. La società attrice deduceva, in particolare, la illegittima contabilizzazione di un *mark-to-market* iniziale negativo non comunicato al cliente, tanto nel suo valore, quanto nei criteri di calcolo impiegati per determinarlo.

La Banca si costituiva per resistere alle domande.

All’esito, il Tribunale emetteva sentenza n. 8436/2016 del 07.07.2016, con cui, in accoglimento delle domande attoree, dichiarava la nullità del contratto di IRS “Tasso Certo” per indeterminabilità dell’oggetto, dichiarando altresì liberato dall’obbligo di garanzia il fideiussore Leonardo per invalidità dell’obbligazione principale, condannando S.p.a. alla restituzione dei differenziali incassati in esecuzione del contratto, pari a € 81.083,26, e alla rifusione delle spese di lite, secondo soccombenza.



Proponeva appello S.p.a., affidandosi a quattro distinti motivi, tutti convergenti nella censura della declaratoria di nullità del contratto IRS, al fine di ottenere, in riforma della sentenza di primo grado, il rigetto delle domande rivolte contro di sé dalla cliente.

Si costituivano gli appellati, per resistere all'impugnazione.

Precisate le parti le proprie conclusioni all'udienza del 24/01/2018, la causa perviene ora in decisione.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

### 1) INDETERMINABILITA' DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO

Con il primo motivo, l'appellante, ricostruita la funzione e le modalità applicative del *mark-to-market*, ha lamentato l'erroneità della sentenza di primo grado, laddove questa: (i) ha affermato l'essenzialità del *mark-to-market*, quando invece lo stesso verrebbe in rilievo nella sola fase estintiva del rapporto, estranea al caso di specie; (ii) nemmeno in tale fase contrattuale il *mark-to-market* rivestirebbe carattere di elemento essenziale; (iii) in ogni caso, la nullità della clausola relativa al *mark-to-market* comporterebbe una nullità solo parziale del contratto di IRS.

Sul punto, la decisione del Giudice di prime cure ha affermato l'essenzialità del *mark-to-market tout court*, e non soltanto rispetto a particolari vicende contrattuali, attinenti l'estinzione del rapporto: "*Si tratta, quindi, a questo punto di verificare se l'MtM sia o no un elemento essenziale del contratto in derivati, con l'effetto che, in caso positivo, la nullità della relativa clausola si estenda all'intero contratto ex art. 1418 c.c.*

*A tal proposito si è rilevato come l'MtM diviene operante solo nel caso in cui si proceda a una chiusura anticipata del rapporto e, pertanto, sarebbe un elemento contrattuale solo eventuale e non necessario e, in particolare, non assumerebbe alcuna rilevanza nella fase genetica del contratto; per tali ragioni, secondo tale primo orientamento, l'MtM non potrebbe essere considerato come un elemento essenziale del contratto e, quindi, la nullità per indeterminatezza della sua pattuizione non si rifletterebbe sull'intero contratto.*

*Tale ricostruzione, tuttavia, non tiene in giusta considerazione il fatto che il Mark to Market, quale sommatoria attualizzata di differenziali futuri attesi, rappresenta, sia pure nella dimensione temporalmente contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari, ossia l'oggetto stesso del contratto. [...]*

*Ciò appare indirettamente confermato dallo stesso legislatore, là dove all'art. 2427bis c.c. ha previsto che le società debbano nella nota integrativa di bilancio indicare il fair value del contratto derivato,*



*cioè il valore in sé del contratto (ossia l'MtM); tale previsione normativa, infatti, conferma come il Mark to Market, lungi dal configurarsi solo come elemento eventuale del contratto, sia piuttosto una componente necessaria del suo oggetto, tanto da dover essere esplicitata in sede di bilancio. [...]*

*In difetto, quindi, di esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dalla banca risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di una delle parti del contratto” (pagg. 7-8).*

La decisione impugnata dà per pacifica la natura aleatoria dei contratti di *swap*, la quale discende dal fatto che le prestazioni reciproche, individuate nel regolamento, dipendono da un parametro che è per sua natura variabile, caratterizzato cioè da un'alea giuridica, rappresentata da un rischio finanziario. Naturalmente, quest'ultimo deve essere tecnicamente misurabile, sulla base di criteri e di modelli che il regolamento contrattuale, ovvero la disciplina applicabile, richiami testualmente.

Pertanto, la trasparenza sul rischio impone che l'accordo tra intermediario ed investitore (art. 1325, n. 1, c.c.) abbia ad oggetto, a pena di nullità, il valore finanziario (*mark to market*) e il differenziale di probabilità, nonché, ovviamente, i criteri ed il modello utilizzati per calcolarli.

Appare quindi corretta la conclusione cui è giunta la sentenza impugnata, laddove ha accertato l'insufficienza della scheda prodotto, consegnata contestualmente alla conclusione del contratto di IRS, nonché della disposizione di stipula del contratto stesso.

Infatti, il valore finanziario al momento della conclusione deve essere espresso da un numero – non dall'indicazione di una percentuale del nozionale – che rappresenta la sintesi della distribuzione delle probabilità.

Pertanto, il *mark-to-market* – inteso come il valore probabilistico che *ex ante* si assegna al differenziale a scadenza del derivato, calcolato sulla base di determinati criteri – costituisce un elemento essenziale del contratto, configurandosi come il suo oggetto.

Correttamente, a tale proposito, la sentenza impugnata osserva che il *mark-to-market* coincide con il *fair value* iscrivibile in bilancio ai sensi dell'art. 2427 bis c.c., senza margini di discrezionalità nel calcolo di questo valore, a pena di violazione dei criteri di iscrizione delle poste di bilancio. Ne deriva, pertanto che la buona fede contrattuale impone che tale *fair value* sia chiaramente dichiarato o, quantomeno, determinabile in base a criteri oggettivi.

Nel caso di specie, tuttavia, l'indicazione della modalità di successiva determinazione delle reciproche prestazioni e, quindi, per quanto sin qui argomentato, dell'oggetto del contratto, non è determinata.



Secondo l'art. 6, comma 1, sezione A del contratto quadro (doc. 7 Banca): "... le rilevazioni dei tassi di interesse, dei tassi di cambio e di ogni altro parametro, nonché i calcoli degli importi dovuti, a qualunque titolo, da ciascuna delle Parti sono eseguiti dalla Banca".

In altri termini, all'intermediario risulterebbe riservata la potestà unilaterale di definire le singole prestazioni esecutive dell'IRS e, così, l'oggetto del contratto, in maniera non determinabile, quindi non consentita, data la mancanza di criteri tecnico-finanziari chiari ed attendibili.

Inoltre, la successiva clausola contrattuale (art. 7, comma 1; cfr. doc. 7) prevede che "La Banca provvede a rilevare il valore corrente di mercato di ciascun contratto calcolato secondo criteri generalmente accolti nel mercato medesimo (il "Costo di sostituzione" o "Mark-to-Market)", introducendo, in tal modo, un criterio di calcolo 'uso piazza' che, ammesso possa essere effettivamente applicato e condiviso, violerebbe il divieto di riferimento ad usi, sancito dall'art. 23, comma 2, TUF.

Appare, quindi, del tutto corretta e condivisibile la motivazione assunta dal primo Giudice, secondo cui il *mark-to-market* consiste in un differenziale attualizzato di contrapposti flussi finanziari, in sintesi assumendo la veste di vero e proprio oggetto del contratto di IRS; lo stesso, quindi, lungi dall'operare solo in vicende estintive, come sostiene l'appellante (risoluzione consensuale anticipata; risoluzione per procedure concorsuali; risoluzione per inadempimento contrattuale) viene utilizzato per misurare l'alea (i) in sede di costruzione dello strumento, ovvero di predeterminazione delle condizioni economiche del contratto; (ii) in sede di *risk management*; (iii) in sede di indicazione del *fair value* nella redazione del bilancio dell'investitore (ex art. 2427 bis c.c.); (iv) in sede di segnalazione alla Centrale Rischi di Banca d'Italia dell'esposizione in derivati del cliente.

L'orientamento si colloca nel solco di precedenti di questa stessa Corte, che si ritiene di non dover disattendere (sentenza 11/11/2015 n. 4303, secondo cui: "*La causa nei contratti derivati va individuata, secondo costante giurisprudenza, nell'alea accettata dalle parti che, nel caso degli IRS, si concretizza nello cambio di flussi di pagamento basati su tassi di interesse. Tutti gli elementi dell'alea e gli scenari ad essa conseguenti, quindi, costituiscono ed integrano la causa del contratto: ciò non equivale ad affermare la necessaria simmetria dell'alea, potendo una parte accettare una scommessa improbabile. La mancata conoscenza dell'alea o del MtM producono la nullità del negozio, per mancanza di causa (soluzione che si preferisce) o per indeterminatezza dell'oggetto*"; sentenza 30/09/2013, n. 3459: "*Nei contratti di interest rate swap, la mancata esplicitazione del modello matematico di pricing e del market to market rende arbitraria la stessa liquidazione degli importi richiesti a titolo di corrispettivo del recesso, proprio perché siffatta liquidazione appare il frutto di una*



*quantificazione unilaterale da parte dell'intermediario, del tutto slegata da criteri predeterminati nei contratti*”).

Le suesposte considerazioni assorbono l'esame delle ulteriori doglianze di parte appellante, relative alla ritenuta non rilevanza del *mark-to-market* nemmeno nelle vicende estintive del contratto; ovvero alla nullità parziale delle stesse, limitate alle suddette fasi conclusive, nella fattispecie non verificatesi.

Lo stesso dicasi del quarto motivo di appello, nel quale la Banca ripropone gli argomenti già svolti in primo grado, circa la correttezza del proprio operato.

## 2) *QUANTUM DEBEATUR*

Secondo l'appellante, nel secondo motivo, la sentenza di primo grado sarebbe erronea nella parte relativa alla la quantificazione della condanna alla restituzione dei differenziali incassati dalla Banca in esecuzione del contratto, poiché questa non avrebbe riscontro probatorio.

Sul punto, il Giudice di prime cure ha statuito sul *quantum*, indicandolo nella *“somma non contestata di € 81.083,26”* (sentenza, pag. 9).

In primo grado, la Banca aveva genericamente allegato, in sede di comparsa di risposta, che l'importo preteso fosse *“ingiustificato e indimostrato”*, senza però prendere specifica posizione sulle produzioni documentali degli allora attori, nemmeno una volta precisati i termini delle allegazioni difensive, in sede di prima memoria ai sensi dell'art. 183.6, c.p.c.

E' principio immanente del processo civile, fondato sulla concatenazione dialogica degli atti difensivi, quello stabilito dall'art. 115 c.p.c., secondo cui il Giudice deve porre a fondamento della propria decisione i fatti *“non specificatamente contestati dalla parte costituita”*, che vengono così sottratti alla verifica istruttoria, atteso che (Cassazione sez. III, 05/03/2009, n. 5356) *“il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto, vincolando il Giudice a tenerne conto, senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza”*.

Le difese sul punto, proposte dalla Banca in primo grado, non si possono in alcun modo considerare specifiche, con la conseguenza che nessun motivo di doglianza può essere ora avanzato in merito, atteso che (Cassazione Sez. II sent. 01/12/2010, n. 24382): *“E' tardiva la contestazione non svolta in primo grado e svolta solo in appello, dovendosi la stessa tacciare di inammissibilità in virtù delle preclusioni ex art. 345 c.p.c.”*

Il motivo non può, pertanto, essere accolto

## 3) LA POSIZIONE DEL FIDEIUSSORE SIG. LEONARDO



Secondo il terzo motivo di appello, infine, la sentenza di primo grado sarebbe erronea nella parte relativa alla liberazione del fideiussore, sig. Leonardo \_\_\_\_\_ poiché mancherebbe la prova della qualità di fidejussore dello stesso.

La Banca aveva contestato in primo grado la legittimazione attiva dello \_\_\_\_\_ ad ottenere la liberazione della obbligazione di garanzia, sul presupposto della nullità del rapporto sottostante garantito, come in effetti dichiarato in sentenza.

La motivazione sul punto, precisa che *“in relazione a tale domanda, deve necessariamente riconoscersi la legittimazione ad agire del fidejussore e ciò anche dove le ragioni dedotte in giudizio, come si è detto, attengano non direttamente al contratto di garanzia, ma all’oggetto della garanzia stessa, ossia al rapporto contrattuale sottostante garantito”* (pag. 6).

Da un lato, quindi, la qualità di fidejussore in capo allo \_\_\_\_\_ non appare mai essere stata specificamente contestata dalla Banca, per cui valgono le stesse considerazioni soprasvolte in merito alla definizione del *thema decidendum et probandum*, secondo il criterio di cui all’art. 115 c.p.c.

Dall’altro, la decisione sul punto da parte del primo Giudice appare del tutto condivisibile, non comprendendo come possa permanere un obbligo di garanzia che abbia per oggetto un contratto nullo.

Ne risulta che le censure rivolte da parte appellante alla sentenza impugnata non possono trovare accoglimento nemmeno sotto questo profilo.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano, tenuto conto del valore, della natura della causa, del pregio dell’opera, delle questioni trattate, nonché dell’aumento dovuto alla pluralità di parti aventi stessa posizione processuale, come in dispositivo.

### P.Q.M.

La Corte di Appello di Milano, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa domanda o eccezione disattesa,

- Rigetta l’appello;
- Condanna \_\_\_\_\_ S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere le spese del grado a favore di Società Agricola \_\_\_\_\_ S.S. e di Leonardo \_\_\_\_\_ in solido fra loro, attesa la sostanziale identità della posizione processuale, spese liquidate in € 10.800,00 per compensi, oltre rimborso forfetario delle spese generali, CNPA e Iva;
- Dà atto della sussistenza dei presupposti per l’applicazione del disposto del comma 1-*quater*,





dell'art. 13 del D.P.R. 115/2002, T.U. sulle spese di giustizia, a carico di parte appellante.

Così deciso in Milano, 10 aprile 2018

Il Giudice Estensore

Avv. Alessandro Martini

Il Presidente

Dott. Amedeo Santosuosso

