

altre ulteriori somme che fossero corrisposte da [REDACTED] dopo la data di notifica dell'atto di citazione o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi;

In via subordinata

- **accertare e dichiarare** l'inefficacia ex art. 1711 c.c. del Contratto Quadro e del derivato *Interest rate swap* n. 14417 e gli illeciti e le responsabilità tutte, contrattuali, precontrattuali ed extracontrattuali nonché – qualora i fatti dedotti in giudizio avessero rilevanza penale – ex artt. 185 e 187 c.p. ascrivibili a [REDACTED], per le violazioni ed i fatti esposti in atti e per l'effetto **dichiarare** la risoluzione

In estremo subordine

dei suddetti contratti e **condannare** [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] di **Euro 2.919.650,24**

nonché delle altre ulteriori somme che fossero corrisposte da [REDACTED] dopo la data di notifica dell'atto di citazione o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi; - **condannare** [REDACTED] per le ragioni esposte in atti, alla refusione dei costi impliciti sostenuti dalla [REDACTED] pari ad **€ 109.981,87**, così come calcolati dal consulente di parte attrice ed eventualmente confermati dal nominato Consulente Tecnico d'Ufficio.

In via ulteriormente subordinata

- **accertare e dichiarare** il grave inadempimento di [REDACTED] agli obblighi imposti dalle leggi di settore e in particolare alle disposizioni di cui al TUF e al Regolamento Consob 16190/2007, e per l'effetto **dichiarare** la risoluzione dei suddetti contratti e **condannare** [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] di **Euro 2.919.650,24**, nonché delle altre ulteriori somme che fossero corrisposte da [REDACTED] dopo la data di notifica dell'atto di citazione o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che dovesse essere accertata in corso di causa anche a seguito di una CTU, oltre a rivalutazioni e interessi;

In ogni caso

- condannare [REDACTED] al pagamento di spese, diritti e onorari del giudizio, oltre rimborso forfettario delle spese generali, I.V.A. e c.p.a. come per legge.”

per la convenuta

- “ - **in via principale nel merito** respingersi ogni domanda proposta dall' [REDACTED] con l'atto di citazione introduttivo del presente giudizio perché infondata in fatto e diritto per i motivi di cui in narrativa o per quelli che si dovessero ritenere di giustizia;
- **in subordine**, ossia nella denegata ipotesi di accoglimento totale o parziale delle domande dell' [REDACTED] di nullità, di annullamento o di risoluzione o, comunque, di demolizione dei contratti oggetto di causa, detrarre, da quanto la [REDACTED] a [REDACTED] fosse dichiarata tenuta a pagare all'attrice per restituzione, le somme percepite o da percepire da essa attrice [REDACTED] per differenziali positivi in esecuzione dei contratti e dei rapporti oggetto di causa, disponendo apposita compensazione sulle somme reciprocamente dovute, con riserva di loro aggiornamento e precisazione in corso di causa;
- **in ulteriore subordine**, ossia nella denegata ipotesi di accoglimento totale o parziale delle domande [REDACTED] di risarcimento dei danni, detrarre, da quanto la [REDACTED] fosse dichiarata tenuta a pagare all'attrice per risarcimento dei danni, le somme percepite o da percepire da essa attrice [REDACTED] per differenziali positivi in esecuzione dei contratti e dei rapporti oggetto di causa con riserva di aggiornamento e precisazione di tali somme in corso di causa e, comunque, ulteriormente detrarre l'importo per concorso di colpa dell'attrice nella misura del 75% o diversa di giustizia;
- condannare l'attrice alla rifusione di spese, diritti ed onorari di causa, oltre accessori e rimborso spese generali.

In via istruttoria---“omissis”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, regolarmente notificato, la società [REDACTED] (di seguito “ [REDACTED]”) ha chiamato in giudizio [REDACTED] (di seguito “ [REDACTED]” o “Istituto”) chiedendo che il Tribunale accerti la nullità, annullabilità ovvero dichiari la risoluzione del contratto di *Interest Rate Swap*, denominato *Interest Rate Swap* [REDACTED], con nozionale di riferimento in ammortamento pari inizialmente ad euro 9.000.000,00, a copertura dai rischi dei rialzi dei tassi di interesse connessi ad una posizione debitoria consistente in un prestito obbligazionario di € 9.000.000,00 con condanna della convenuta al risarcimento dei danni.

Parte attrice ha rappresentato di aver concluso in data 7.02.2008, alle ore 10:00, con [REDACTED] [REDACTED], oggi [REDACTED], il contratto di *Interest Rate Swap*, denominato *Interest Rate Swap* n. [REDACTED], con nozionale di riferimento in ammortamento, pari inizialmente a euro 9.000.000,00, data d'inizio 30 novembre 2007 e scadenza finale 31 agosto 2025. Parte attrice ha rappresentato, inoltre, che l'operazione di *Interest Rate Swap* n. [REDACTED] è tutt'ora in essere e ha finora prodotto differenziali negativi per la complessiva somma di euro 2.738.904,24.

Parte attrice, in punto di fatto, ha, poi, rappresentato che [REDACTED] è soggetto non dotato di adeguata esperienza nelle operazioni finanziarie: il legale rappresentante di [REDACTED], alla data di

stipula del contratto non aveva un profilo idoneo per la sottoscrizione di strumenti finanziari complessi, in quanto titolare della sola licenza di scuola media e privo di qualsivoglia esperienza o diploma in materie economico/finanziarie, privo di esperienza in derivati non quotati, con una pregressa esperienza solo in strumenti finanziari semplici e a basso rischio.

Parte attrice ha poi rappresentato che prima della stipula del contratto di Interest Rate Swap ■■■ non ha provveduto alla necessaria profilatura del cliente, non ha offerto informazioni sul prodotto, non ha fatto sottoscrivere al cliente il “*Contratto Quadro*” e il “*Contratto per la negoziazione, ricezione, trasmissione di ordini*”; il contratto è stato sottoscritto al di fuori dei locali commerciali dell’Istituto, senza prevedere la possibilità per il cliente di recedere dall’operazione entro 7 giorni dalla sua sottoscrizione, in violazione dell’art. 30 TUF; l’Istituto non ha fornito adeguate informazioni in merito alla natura, alle caratteristiche e al rischio insito nel derivato in violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., dell’art. 21 TUF. e degli artt. 27, 28, 31 del Regolamento 16190/07; ha violato gli obblighi previsti in materia di conflitto di interessi (art. 21, comma 1-*bis*, del TUF., art. 29, comma 1, lett. i) e j), Regolamento Consob n. 16190/07 e gli artt. 23-24 del Provvedimento del 29 ottobre 2007 - pubblicato nella Gazz. Uff. 2 novembre 2007, n. 255 ed emanato dalla Banca d'Italia e dalla Consob); l’istituto ha violato gli obblighi di rendicontazione.

Infine, il derivato è risultato eccessivamente oneroso per ■■■ e non adeguato per il profilo di rischio del cliente.

A fronte di tale prospettazione, parte attrice ha chiesto che sia dichiarata la nullità del contratto per vizio di forma non essendo stato previamente sottoscritto il “*Contratto Quadro*” e il “*Contratto per la negoziazione, ricezione, trasmissione di ordini*”, per mancata indicazione del *mark to market* e del metodo di calcolo, nonché dei c.d. costi impliciti, per violazione dell’art. 30 TUF.

Parte attrice ha contestato, poi, a ■■■ di aver agito in conflitto di interessi con conseguente nullità e/o annullabilità del contratto per violazione dei principi di cui all’art. 21 comma 1 *bis* T.U.F., art. 29, comma 1, lett. i) e j), Regolamento Consob n. 16190/07 artt. 23-24 del Provvedimento del 29 ottobre 2007 emanato dalla Banca d'Italia e dalla Consob. L’Istituto non avrebbe identificato il conflitto di interessi esistente e avrebbe omesso di informare ■■■ in maniera puntuale dell’esistenza, delle modalità e delle conseguenze del conflitto di interessi esistente; l’Istituto ha violato l’obbligo di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e di agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento, come previsto dall’art. 21, comma 1 bis, lett. c) T.U.F.

Parte attrice ha poi chiesto che sia dichiarata la risoluzione del contratto per violazione da parte dell’istituto di credito degli artt. 1175 e 1375 c.c., dell’art. 21 T.U.F. e degli artt. 27, 28, 31 del Regolamento 16190/07 non avendo la banca agito con diligenza, professionalità, correttezza e

trasparenza nell'interesse della società attrice.

Parte attrice ha infine chiesto il ristoro dei danni patiti ovvero in via subordinata che la banca restituisca i costi impliciti addebitati.

In data 6.5.2020 si è costituita ■■■■ la quale ha chiesto il rigetto delle domande attoree contestando le deduzioni avversarie e la ricostruzione formulata in punto di fatto. In particolare la convenuta:

-ha eccepito l'intervenuta prescrizione decennale e quinquennale di ogni eventuale pretesa risarcitoria di ■■■■;

-ha contestato la ricostruzione attorea in punto mancata sottoscrizione del contratto quadro: un primo contratto quadro sarebbe stato sottoscritto da ■■■■ in data 31.1.2008 (doc. 13); secondo parte convenuta sarebbe, inoltre, irrilevante il fatto che il contratto di acquisto del derivato e il contratto quadro siano stati trasmessi tramite fax nella stessa giornata, ma in orari distinti, trattandosi di atti contestuali;

-parte convenuta ha eccepito che sono errate le contestazioni avverse circa la mancanza di effettiva funzione di "copertura" dello strumento o di non idoneità o "inefficacia" allo scopo.

Parte convenuta ha eccepito che le doglianze attoree in punto violazione degli obblighi informativi, appropriatezza dell'operazione prospettata rispetto al profilo di rischio, conflitto di interesse e rendicontazione sono infondate.

L'Istituto di credito ha asserito che ■■■■ riveste la qualifica di 'investitore professionale' e la Banca è esonerata dal fornire tutte le informazioni dovute al cliente al dettaglio; ciò che è rilevante, al fine di individuare la categoria di appartenenza del cliente, non è la competenza del rappresentante (comunque elevatissima), ma quella della società (in possesso, come documentato, di ampia esperienza e struttura, oltre che di enorme capacità finanziaria e valutativa); nella specie, non è ravvisabile alcuna asimmetria informativa tra le parti e l'operazione oggetto di causa risulta essere perfettamente coerente con le informazioni a disposizione e il profilo del cliente, tenuto conto dell'operatività pregressa e delle informazioni acquisite.

Parte convenuta ha precisato che lo statuto del 'conflitto di interessi' così come l'art. 30 TUF non si applica alle "controparti qualificate" e ai "clienti professionali". In ogni caso, il contratto, diversamente da quanto asserito da ■■■■, non è stato concluso al di fuori dei locali commerciali dell'Istituto di credito.

Per concludere, parte convenuta ha chiesto il rigetto di ogni domanda attorea e di ogni pretesa di tipo risarcitorio/restitutorio.

In data 14.10.2020 sono stati assegnati i termini 183, comma sesto, cpc.

In data 4.5.2021 sono stati assunti i testimoni.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione e successivamente rimessa in istruttoria disponendo CTU.

In data 13.7.2023 il CTU ha depositato il proprio elaborato peritale e in data 30.1.2024 integrazione all'elaborato.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione sulle conclusioni delle parti, assunte all'udienza del 29.5.2024, riportate in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prescrizione

Deve in primo luogo essere rigettata l'eccezione di prescrizione formulata da parte convenuta: dagli atti di causa emerge che il termine prescrizione è stato interrotto per la prima volta con lettera di diffida e messa in mora del 28/09/2018; si rileva, inoltre, che il contratto derivato oggetto di causa rappresenta un unico rapporto obbligatorio a prestazioni continuative ancora in essere, di tal ché si deve ritenere che il termine di prescrizione non sia ancora decorso.

Qualifica di operatore professionale del cliente

In via preliminare, al fine di stabilire quale tipo di tutela si applichi alla società attrice, è necessario chiarire quale tipo di competenze avesse ■■■■ alla data di stipula del contratto di IRS e se rivestisse la qualifica di cliente "professionale", "qualificato" ovvero "retail".

In attuazione della direttiva MIFID I (2004/39/CE) – che ha riconfigurato la tutela del cliente/investitore mediante l'introduzione del principio di graduazione della tutela del cliente – è stata introdotta nel TUF una nuova classificazione tripartita degli investitori in base all'esperienza, alla conoscenza e alla competenza degli stessi. Tale classificazione è stata poi confermata dalla MIFID II (Dir. 2014/65/UE). Gli investitori devono quindi ricondotti alla categoria delle "controparti qualificate", dei "clienti professionali" o dei "clienti al dettaglio" e per ciascuna di esse sono previsti differenti gradi di tutela.

La Direttiva MIFID II e l'art. 35, 1, lett. e) del Regolamento Intermediari qualificano in negativo i clienti al dettaglio come tutti coloro che non sono né clienti professionali né controparti qualificate.

La MIFID II definisce, all'art. 4, 1, n. 9, il "cliente" come la "*persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento o servizi accessori*", e, al n. 11, il "*cliente al dettaglio*" come il "*cliente che non sia un cliente professionale*";

Per clienti professionali si intendono coloro che sono in possesso di esperienze, conoscenze e competenze tali da far ritenere che le scelte di investimento da essi compiute siano prese consapevolmente e all'esito di una corretta valutazione dei rischi assunti. All'interno della categoria dei "clienti professionali" sono individuabili ulteriori sottocategorie: i clienti professionali privati, i

clienti professionali pubblici (artt. 2 e 3 D.M. n. 236/2011), i clienti professionali di diritto ossia 1) coloro che sono autorizzati o regolamentati per operare nei mercati finanziari, siano essi italiani o esteri quali banche, imprese di investimento ecc. 2) le imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singola società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali: totale di bilancio: 20 000 000 EUR, fatturato netto: 40 000 000 EUR, fondi propri: 2 000 000 EUR 3) gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione di attivi o altre operazioni finanziarie.

Vengono definite, infine, come controparti qualificate 1) le Sim, le imprese di investimento UE, le banche, le imprese di assicurazione, gli Oicr, i gestori, i fondi pensione, gli enti di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del Testo Unico bancario, le società di cui all'articolo 18 del Testo Unico bancario, gli istituti di moneta elettronica, le fondazioni bancarie, i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, compresi gli organismi pubblici incaricati di gestire il debito pubblico, le banche centrali e le organizzazioni sovranazionali a carattere pubblico; 2) le altre categorie di soggetti privati individuati con regolamento dalla Consob, sentita Banca d'Italia, nel rispetto dei criteri di cui alla direttiva 2014/65/UE e alle relative misure di esecuzione; 3) le categorie corrispondenti a quelle dei numeri 1) e 2) di soggetti di paesi non appartenenti all'Unione europea" (art. 6, 2-quater, lett. d) del TUF).

Fatta tale premessa in merito alla classificazione degli investitori in base al tipo di esperienza e competenze possedute, nel caso di specie emerge, dalla documentazione in atti, che l'istituto di credito ha qualificato [REDACTED] come cliente professionale e che tale qualifica è stata accettata dal cliente. Non risultano, inoltre, essere stati contestati i dati di bilancio che hanno condotto alla qualificazione dell'impresa come operatore professionale.

Più dettagliatamente, la documentazione da cui emerge la qualifica di operatore professionale di [REDACTED] è la seguente:

- il doc. 7 di parte convenuta "questionario cliente professionale" sottoscritto in data 17.1.2008 dal presidente [REDACTED] per [REDACTED];
- il doc. 8 di parte convenuta sottoscritto in data 28.1.2008, da cui emerge l'operatività pregressa in operazioni e strumenti finanziari, nonché le proprietà immobiliari di [REDACTED];
- il doc. 9 di parte convenuta sottoscritto il 31.1.2008, attestante la "classificazione cliente professionale" di [REDACTED] e l'accettazione del profilo assegnato di "cliente professionale";
- il doc. 11 ovvero la dichiarazione di "situazione finanziaria cliente professionale" presso altri istituti;
- il doc. 12 "questionario cliente professionale" sottoscritto in data 31.1.2008;

-il doc. 13 contratto di “negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini e il collocamento per clienti professionali” sottoscritto in data 31.1.2008.

Oltre a tali documenti, numerose sono, altresì, le circostanze da cui emerge la qualifica di operatore professionale del cliente ██████:

-in data 6.2.2008 il consiglio d’amministrazione di ██████ è addivenuto alla decisione di stipulare il contratto di IRS con ██████ dopo ampia valutazione delle diverse offerte formulate dagli operatori di settore e in quanto ██████ ha ritenuto più vantaggiosa l’offerta di ██████;

-vengono, altresì, in rilievo la specifica competenza dimostrata e l’operatività pregressa e successiva tra cui l’IRS del 31.8.2005 su nozionale di € 24.000.000 con ██████, IRS del 29.6.2006 con la ██████ con nozionale di € 22.000.000.

-viene, altresì, in rilievo la struttura e la disponibilità di personale addetto alle conseguenti valutazioni, non essendo rilevante nel caso di specie la competenza del rappresentante, ma quella della società in possesso di ampia esperienza e struttura, oltre che di enorme capacità finanziaria e valutativa.

Alla luce della documentazione dimessa e delle circostanze poc’anzi evidenziate, si deve ritenere che ██████, alla data di stipula del contratto, rivestisse la qualifica di cliente professionale, con le conseguenze che più dettagliatamente verranno analizzate nei paragrafi che seguono.

A tal proposito è necessario ricordare quanto statuito da Cass. ord. 20249/2021 secondo cui “*La Suprema Corte ha ricordato in termini generali che, secondo la giurisprudenza di legittimità, nei contratti di intermediazione finanziaria, la dichiarazione formale di cui all’art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 (applicabile “rationae temporis”), sottoscritta dal legale rappresentante, in cui si affermi che la società amministrata dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l’intermediario dall’obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull’investitore l’onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell’intermediario. Ne consegue che in giudizio, sul piano probatorio, l’esistenza dell’autodichiarazione è sufficiente ad integrare una prova presuntiva semplice della qualità di investitore qualificato in capo alla persona giuridica, gravando su quest’ultima l’onere di allegare e provare specifiche circostanze dalle quali emerga che l’intermediario conosceva, o avrebbe dovuto conoscere con l’ordinaria diligenza, l’assenza di dette competenze ed esperienze pregresse.*” .In tal senso anche Cass. civ. Sez. I, Ord. 10-08-2022, n. 24654.

Nel caso in esame, come si diceva poc’anzi, numerosi sono gli elementi che fanno ritenere che ██████ alla data di stipula dell’IRS fosse un investitore professionale: per contro non sono stati offerti da controparte elementi di senso contrario non potendosi valorizzare la competenza e il grado di istruzione del legale rappresentante.

Obblighi informativi

Ciò premesso in merito alla qualificazione di ■■■■ come operatore professionale, si ritiene che ■■■■ non dovesse colmare alcuna asimmetria informativa rispetto al proprio cliente, dovendo, invece, prestare solo le informazioni inerenti la natura e i rischi connessi allo strumento finanziario proposto, senza doversi soffermare dettagliatamente sulle sue caratteristiche, dovendo presumersi il possesso di conoscenze in materia finanziaria.

Ciò posto, in ogni caso, ■■■■ ha dimostrato di aver informato il cliente della natura e dei rischi connessi alla sottoscrizione dello swap, come si desume dal fatto che ■■■■ è addivenuta alla stipula del contratto dopo aver attentamente valutato altre proposte (a tal proposito si veda il verbale del c.d.a. del 6.2.2008 di analisi ed accettazione del detto IRS - doc. 14). Vengono, altresì, in rilievo, con riferimento al rispetto degli obblighi informativi, i “questionari” sottoposti al cliente da parte dell’istituto di credito (docc. 7-12).

Contratto Quadro

■■■■ ha rappresentato che il contratto di IRS, perfezionato il 7.2.2008, si è perfezionato in data antecedente alla stipula del contratto-quadro, di tal che il contratto di IRS deve essere dichiarato nullo. La domanda attorea è priva di fondamento per le ragioni che seguono.

Si rileva, in primo luogo, che alla data della stipula del contratto IRS era vigente la lettera di incarico per la negoziazione, trasmissione, ricezione ordini clienti professionali del 31.1.2008 (doc. 13).

In ogni caso, l’IRS richiama espressamente e in più punti il contratto quadro, con tutta evidenza sottoscritto in data antecedente: sono richiamate le “*convenzione modified come da following calendario target come da contratto quadro sezione I condizioni generali par. (viii)*” e poi si sottolinea che “*All’operazione di cui al presente ordine si applicano le norme di cui all’Accordo derivati OTC tra noi a suo tempo concluso*”.

Priva di fondamento è poi la ricostruzione attorea in punto orario di invio del fax contenente il contratto IRS e il contratto quadro, in quanto più verosimilmente i due documenti, pur inviati in due tranches, sono stati stipulati contestualmente. Il doc. 2 di parte attrice (Accordo) reca, nella parte in alto di ciascuna pagina del documento, la stringa di invio del fax da ■■■■ alla Banca da cui emerge che il documento è stato inviato con fax in parte alle ore 14:52 e in parte alle ore 14:56, mentre il contratto IRS risulta essere stato inviato alle ore 14:52 contestualmente ad una porzione dell’accordo quadro.

Ciò premesso, si ritiene che il contratto di IRS sia stato concluso sotto la vigenza quanto meno del contratto quadro del 7.2.2008.

Si rileva, inoltre, che i testimoni ██████████, assunti in data 4.5.2021, nulla hanno saputo riferire a tal proposito.

Violazione art. 30 TUF

██████████ ha chiesto che il contratto di IRS sottoscritto sia dichiarato nullo in quanto stipulato fuori dai locali commerciali dell'Istituto, in assenza di indicazione della facoltà di recesso.

Tale domanda deve essere rigettata in quanto priva di fondamento.

L'art. 30 comma 7 tuf detta una nullità di protezione e stabilisce che *“L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente”*.

Nel caso in esame, dalla documentazione dimessa da parte convenuta si evince che il contratto quadro (doc. 15) e il contratto I.R.S. (doc. 16A) sono stati stipulati all'interno dei locali commerciali della banca in quanto viene espressamente individuato come luogo di stipulazione *“Mestre Ag. 3”* (doc. 15) e *“Filiale ██████████ Ag. 3”* (doc. 16a).

Tale emergenza documentale non è stata smentita dalle deposizioni testimoniali acquisite in data 4.5.2021 in quanto alle domande:

“1) Vero che, l'ordine di perfezionamento dell'Interest Rate Swap n. ██████████ oggetto di causa è stato impartito telefonicamente alle ore 10.00 del 7/02/2008 come risultante dalla documentazione contrattuale che si rammostra (docc. 3, 11 e 12 fascicolo parte attrice e doc. 16b fascicolo Banca)” il teste ██████████ ha risposto *“non ricordo”*;

“10) Vero che nella mattina del 7.2.2008 il rappresentante della ██████████ ██████████ ha sottoscritto, nell'Agenzia 3 di ██████████ della convenuta ██████████ ██████████, il documento denominato “ACCORDO”, di cui al doc. 15 della Banca predetta che mi si mostra, e il documento denominato “INTEREST RATE SWAP ad ammortamento”, di cui al doc. 16A della Banca convenuta che mi si mostra, nonché la scheda-questionario di cui al doc. 16B della Banca predetta che mi si mostra” il teste ██████████ ha risposto *“Non mi ricordo”*.

In ogni caso, attesa la qualifica di operatore professionale rivestita da ██████████, si deve ritenere applicabile, anziché il disposto di cui all'art. 30, comma settimo, TUF, quanto previsto dal comma secondo del medesimo articolo il quale prevede che *“Non costituisce offerta fuori sede: l'offerta effettuata nei confronti di clienti professionali.... ”* e dall'art. 58, comma secondo, reg. int. 16190/2007 che prevede che alle controparti qualificate (ivi compresi i “clienti professionali”) non siano applicabili gli obblighi informativi previsti dall'art. 27 all'art. 56 reg. int. incluso, dunque, anche quello relativo all'offerta fuori sede.

Nel merito: determinatezza e/o determinabilità dell'oggetto del contratto.

I derivati di tipo IRS sono contratti mediante i quali due contraenti (istituto di credito e cliente) prevedono lo scambio di posizioni debitorie, impegnandosi rispettivamente a versare o riscuotere, a date prestabilite, importi determinati in base al differenziale dei tassi.

Gli IRS possono essere utilizzati per trasformare il costo di una passività da variabile a fisso (o viceversa), al fine di ridurre o contenere il rischio finanziario di una passività o di effettuare speculazioni sull'andamento del tasso variabile sottostante.

I contratti derivati di tipo finanziario, come quelli poc'anzi descritti, sono ritenuti validi solo se l'alea ad essi sottesa è misurabile secondo criteri riconosciuti, nonché esplicitata nel contratto e alla presenza di un chiaro accordo tra le parti. In tal senso Cass. SU n. 8770 del 2020, Cass. SU n. 27199 del 2017, Cass. sez. I n. 21830 del 2021 secondo cui l'alea del contratto è "razionale" e "misurabile" solo se, in concreto, siano esplicitati e condivisi in accordo con l'investitore gli elementi che consentono di conoscere le condizioni contrattuali praticate, tramite l'esplicitazione dei costi impliciti che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea, del *mark to market* (ossia del valore effettivo del derivato ad una certa data) e dei cd. "scenari probabilistici".

Secondo tale impostazione, fatta propria dalla Corte di Cassazione, MtM e il suo metodo di calcolo, costi impliciti e scenari probabilistici rappresentano elementi essenziali del contratto derivato e in quanto tali devono formare oggetto di accordo.

La Suprema Corte ha infatti precisato che, in ipotesi di mancata indicazione di uno di tali elementi, non si può parlare semplicemente di violazione di obblighi informativi, come tale idonea a determinare solo eventuali responsabilità risarcitorie, ma di una carenza che investe una parte essenziale dell'accordo, così da determinarne la nullità.

L'orientamento fatto proprio dalla Suprema Corte, pertanto, da un lato valorizza l'indicazione del *Mark to Market*, dei suoi criteri di calcolo, della esplicitazione dei costi impliciti e della prospettazione di scenari probabilistici incidenti sulla misura qualitativa e quantitativa dell'alea, e, dall'altro, qualifica tali parametri quali elementi essenziali del contratto derivato ai sensi degli artt. 1325 e 1418 c.c., facendo conseguentemente discendere dalla loro omissione l'invalidità del contratto stesso, per difetto di causa in concreto e/o per indeterminabilità dell'oggetto (Cass. Civ. SS. UU. sent. n. 8770/2020; nello stesso senso v. anche Cass. Civ. sent. n. 21830/2021; Cass. Civ. ord. n. 7368/2024).

In tali ipotesi si configura quindi una "nullità che - è bene precisare - non è quella, virtuale (art. 1418 c.c., comma 1) (...), ma una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.), inerente ad elementi essenziali del contratto" (Cass. Civ. ord. n. 24654/2022; negli stessi termini Cass. Civ. ord. n. 7368/2024).

La Suprema Corte ha infatti ben puntualizzato come, pur prescindendo dalla finalità di copertura o speculativa del contratto di *swap*, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, la preventiva conoscibilità degli elementi e dei criteri utilizzati per la determinazione del *Mark to Market* rilevi proprio sul piano causale (Cass. Civ. ord. n. 32705/2022), sicché, in assenza di questi, il contratto deve considerarsi nullo (Cass. Civ. ord. n. 7368/2024).

L'omissione di tali elementi, quindi, si colloca nell'insieme dei vizi strutturali e genetici dell'accordo, *“andando a costituire quegli elementi ‘intrinseci’ che caratterizzano la fattispecie negoziale, per tali intendendosi gli elementi contenuti nel concreto regolamento contrattuale”* (Trib. Monza sent. n. 1712/2019).

Infatti, non è *“sufficiente la sola indicazione nel contratto del mark to market iniziale: trattandosi di un valore destinato necessariamente a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente, è necessario che gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market siano resi preventivamente conoscibili da parte dell'investitore, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, in assenza del quale la causa del contratto resta sostanzialmente indeterminabile”* (Cass. Civ. ord. n. 22014/2023).

Peraltro, si rileva che nella ricostruzione operata dalla Suprema Corte non sarebbero neppure sufficienti – proprio in ragione del difetto dell'elemento essenziale della preventiva conoscibilità – *“eventuali successive comunicazioni, da parte della Banca, del mark to market periodico”* (Cass. Civ. ord. n. 22014/2023).

La Suprema Corte, da ultimo, con l'ordinanza n. 7368 del 2024 ha evidenziato la piena corrispondenza del sopraccennato orientamento tanto al diritto UE (e, più precisamente, alla Direttiva 2004/39/CE, alla Direttiva 2006/73/CE nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE), quanto alla comunicazione Consob n. 9019104 del 02/03/2009.

Nel caso di specie, ■■■■ ha sottoscritto un contratto *swap vanilla*, ovvero semplice e senza la presenza di barriere, sulla scorta del quale ■■■■ riceve dalla Banca un tasso variabile (Euribor 3 mesi nel primo trimestre, poi Euribor 6 mesi nei semestri successivi) maggiorato dello spread di 0,68% e si trova a pagare, qualunque sia l'andamento del tasso Euribor 3 mesi, il tasso fisso del 5,02%. Il contratto equivale pertanto a uno *swap* in cui il cliente riceve il tasso variabile Euribor e paga il tasso fisso 4,34%, pari alla differenza tra il tasso fisso pagato (5,02%) e lo spread ricevuto (0,68%).

Come chiarito poc'anzi, l'IRS sottoscritto da ■■■■ è associato ad un finanziamento dell'importo nominale di euro 9 milioni emesso in forma di prestito obbligazionario ed ha la finalità di stabilizzare e limitare gli effetti economici del prestito obbligazionario sottostante indicizzato a un parametro variabile.

Lo strumento sottoscritto viene definito dal CTU come la soluzione più semplice ed efficace per eliminare completamente il rischio di fluttuazione dei tassi. Le diverse alternative presenti sul mercato, infatti, risulterebbero essere più complesse e di difficile comprensione rispetto alla soluzione adottata, oltre a introdurre parametri arbitrari nella determinazione delle soglie per il tasso di interesse.

Il CTU ha inoltre specificato che il *clean value* non è stato calcolato al tempo della stipula del contratto IRS oggetto di causa e che per effettuare tale calcolo, trattandosi di prodotto lineare non occorre introdurre un modello di valutazione probabilistico, ma è sufficiente conoscere la curva di attualizzazione e la struttura forward del tasso di riferimento Euribor 3 mesi e 6 mesi quotate alla data di valutazione e reperibili utilizzando un provider (come Reuters o Bloomberg);

Ciò posto il CTU ha stabilito che il *clean value*, calcolato sulla base della metodologia sopra illustrata al 7 febbraio 2008, ha un valore positivo pari a € 352,49.

Tale valore, ad avviso del ctu, deve essere preso con un margine di tolleranza, dovuto al fatto che durante la giornata la curva dei tassi *forward* può subire delle variazioni tali da portare a un valore di mercato negativo. Per tale motivo, il CTU ha adottato anche un criterio di calcolo alternativo e ha calcolato il *clean value* del contratto nei giorni precedente e successivo alla data di stipula, rinvenendo un valore medio negativo di circa -38 mila euro (ottenuto calcolando la media tra il valore del contratto nei giorni precedente e successivo).

Il CTU ha chiarito, inoltre, che non si rinvergono informazioni sufficienti (nel contratto originale, nel fascicolo di causa e sui providers) in relazione al merito creditizio di ■■■■ che consentano di applicare correttamente dei modelli di valutazione per calcolare il rischio di controparte sicché il *mark to market* è stato calcolato senza tener conto degli aggiustamenti legati al rischio soggettivo.

In relazione alla metodologia di calcolo del CVA e del MtM, il CTU ha potuto verificare che *clean value* e *fair value* (o Mark to Market) differiscono di una quantità trascurabile e, quindi, il CTU ha concluso che, nell'ipotesi che le due controparti avessero pari merito creditizio ovvero al netto di considerazioni che coinvolgono il rischio di controparte, il contratto alla data di stipula poteva ritenersi (quasi perfettamente) equo.

Ad avviso del CTU, risultano esplicitamente dichiarati gli elementi per il calcolo dell'entità dei flussi, altri elementi, invece, come i dati finanziari necessari per il calcolo del *clean value* e del rischio di controparte (curva dei tassi forward, fattori di sconto, merito creditizio delle controparti) non sono presenti nel contratto, in quanto in genere reperibili esternamente attraverso i providers (come ad esempio Bloomberg). Nel caso di specie, il merito creditizio di ■■■■ non è, però, disponibile su Bloomberg, pertanto una corretta valutazione del Mark-to-Market che includesse anche il rischio di controparte non è possibile.

Tanto premesso in punto di fatto e alla luce della giurisprudenza poc' anzi menzionata, deve essere dichiarata la nullità del contratto di IRS sottoscritto per indeterminatezza dell'oggetto, non essendosi formato sul punto alcun accordo, nei termini sopra ricordati dalla Corte di Cassazione, a prescindere da ogni considerazione in merito all'adeguatezza dello strumento contrattuale proposto da parte dell'istituto di credito.

Come poc' anzi illustrato, nel contratto sottoscritto non sono stati espressamente indicati le analisi di scenario, il Fair Value al momento della stipula, il metodo di calcolo da utilizzare per la stima del valore del *MtM*, nonostante l'essenzialità di tali elementi ai fini della determinabilità dell'oggetto del contratto sottoscritto e ai fini della percezione del rischio associato alla sottoscrizione dello strumento finanziario.

Peraltro, nel caso di specie, non sarebbe possibile determinare l'oggetto del contratto mediante il rinvio ad elementi esterni individuabili *aliunde* in quanto è lo stesso CTU ad affermare che *“Tuttavia, non vi sono informazioni sufficienti (nel contratto originale, nel fascicolo di causa e sui providers) sul merito creditizio della █████ che consentano di applicare correttamente dei modelli di valutazione per calcolare il rischio di controparte”*.

In conclusione, il danno complessivamente riportato da parte attrice, per effetto della sottoscrizione del contratto in oggetto, stimato alla data del 9/2/2023, deve essere calcolato nella somma dei flussi già scambiati e del valore di mercato dei flussi futuri ancora da scambiare, ovvero con il *MtM* del contratto al 9 febbraio 2023. Per il calcolo delle perdite complessive al 9 febbraio 2023 generate a seguito della sottoscrizione del contratto IRS si devono quindi sommare come risulta dalla perizia in atti:

- le perdite contabilizzate (pari a € 3.140.875,51) dedotte le perdite relative alla documentazione prodotta tardivamente e quindi euro 2.738.904,25;
- l'ultimo flusso non contabilizzato (pari a € 43.925,41);
- il valore di mercato dei flussi rimanenti fino alla maturità finale del contratto (pari a € 42.156,83) per complessivi euro -€ 2.824.986,49.

Ciò posto, quale conseguenza della declaratoria di nullità del contratto di cui sopra, l'Istituto dovrà essere condannato alla restituzione in favore dell'attrice della somma di euro 2.824.986,49 oltre rivalutazione e interessi dalla data del pagamento.

Le spese, liquidate come in dispositivo nella misura dei medi, attesa la soccombenza devono essere poste a carico della convenuta ivi compreso il compenso del CTU.

Non si ravvisano infine gli estremi per una condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c. attesa la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale di Venezia, definitivamente pronunciando, sulla causa di cui in epigrafe, rigettata ogni diversa domanda ed eccezione, così provvede:

- a) dichiara la nullità del contratto derivato sottoscritto *Interest Rate Swap* n. [REDACTED];
- b) condanna [REDACTED] alla restituzione in favore dell'attrice della somma di Euro 2.824.986,49 oltre interessi e rivalutazione monetaria;
- c) condanna parte convenuta a rifondere in favore dell'attrice le spese di lite del giudizio che si liquidano in € 49.336,00, oltre spese generali al 15% e accessori di legge oltre contributo unificato e compenso del CTU

Così deciso in Venezia il 3.10.2024

IL GIUDICE
dott.ssa S. Pitinari