



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

R. Gen. N. 1089/2020

Dott. Vittoria Gabriele

Presidente rel.

Dott. Annamaria Laneri

Consigliere

Dott. Michele Stagno

Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile n. 1089/2020 R.G. promossa con atto di citazione notificato in data 14 dicembre 2020 e **posta in decisione all'udienza collegiale del 12 giugno 2024**

d a

R [REDACTED] S.R.L., con il patrocinio dell'avv. G [REDACTED] A [REDACTED]

APPELLANTE

c o n t r o

U [REDACTED] S.P.A., con il patrocinio dell'avv. G [REDACTED] P [REDACTED]

APPELLANTE INCIDENTALE

In punto: appello a sentenza del Tribunale di Brescia pubblicata in data 2 luglio 2020, n. 1250/2020.

CONCLUSIONI

Dell'appellante

OGGETTO: Banca [REDACTED]

(deposito bancario,

cassetta di sicurezza

apertura di credito

bancario)

CODICE:

140041



“... ogni diversa istanza, eccezione e deduzione reietta,

- Nel merito:

1)- dichiararsi, in relazione al rapporto di conto corrente n. 77777-00 (poi n. 5519090) illegittimi e non dovuti gli addebiti di interessi eccedenti la misura legale, principali e anatocistici, nonché effettuati a titolo di commissione, come risultanti dagli estratti conto, nonché dovuti sulle partite attive dello stesso interessi creditori al tasso legale;

2)- dichiararsi, quindi, e per tutti i motivi esposti nelle premesse della citazione, nulli, annullati e/o risolti i contratti relativi a prodotti finanziari derivati di cui alle premesse della citazione e, per l'effetto illegittimi tutti gli addebiti effettuati dalla banca in relazione ai medesimi prodotti derivati sul c/c n. 77777-00 (poi n. 5519090);

3)- Subordinatamente alla precedente domanda, ritenuti gli adempimenti contestati all'istituto convenuto in relazione agli stessi contratti relativi a prodotti finanziari derivati, dichiararsi e condannarsi l'istituto convenuto, al risarcimento del danno cagionato alla società attrice e pari alle somme dalla stessa pagate per i medesimi prodotti finanziari derivati, ovvero alla diversa somma, maggiore o minore, ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal di dei singoli pagamenti;

4)- Determinarsi, quindi, in relazione alle domande di cui ai precedenti punti, il giusto saldo finale del c./c. 77777-00 (poi n. 5519090), ovvero l'entità dell'indebito, condannandosi l'istituto convenuto, in persona del legale rappresentante, alla restituzione, mediante pagamento, della somma che risulterà, oltre interessi legali ex D. Lgs 231/2002 e rivalutazione monetaria;



- In via istruttoria:

si chiede sin d'ora che l'Ecc.ma Corte d'Appello adita voglia rimettere la causa in istruttoria e disporre CTU contabile volta a ricostruire l'esatto dare/avere fra le parti alla luce delle censure svolte con il presente appello;

- Condannare l'Appellata alla rifusione delle spese legali di entrambi i gradi di giudizio”.

Dell'appellante incidentale

“...Si chiede ...

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso;

- respinta ogni contraria domanda, eccezione e deduzione;

Nel merito:

➤ confermi in toto la sentenza n. 1250/2020 del Tribunale di Brescia pubblicata in data 2.7.2020, rigettando tutti i motivi di impugnazione formulati da [REDACTED] s.r.l. e assolvendo U [REDACTED] S.p.A. da ogni avversaria pretesa;

➤ nel denegato caso di riforma, anche parziale, della sentenza n. 1250/2020 del Tribunale di Brescia pubblicata in data 2.7.2020, respinga, in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atto tutte le domande formulate da [REDACTED] s.r.l., assolvendo U [REDACTED] S.p.A. nel miglior modo da ogni avversaria pretesa, anche in accoglimento dell'eccezione di prescrizione e dell'exceptio doli generalis, che si ripropongono nel presente giudizio di impugnazione come appello incidentale condizionato;



➤ ancora nel denegato caso di riforma, anche parziale, della sentenza n. 1250/2020 del Tribunale di Brescia pubblicata in data 2.7.2020, soltanto in via subordinata e, quindi, per il caso di accoglimento, anche parziale, delle domande avversarie accerti e determini tutte le somme accreditate sul conto corrente a titolo di interessi creditori, flussi periodici, accrediti per estinzione anticipata e c.d. up-front, oltre a quanto percepito da parte attrice in esecuzione dei contratti per cui è causa, nella misura che verrà provata in corso di causa, disponendo la compensazione tra l'importo affermato come dovuto dalla Banca a [REDACTED] e la somma dovuta da [REDACTED] alla Banca in accoglimento della domanda qui formulata, con condanna a chi di favore per l'eccedenza;

In via istruttoria:

➤ Ordini a parte attrice, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., l'esibizione della documentazione relativa agli swaps – dichiarazione ex art. 31 Regolamento Consob 11522/1998, contratto normativo, conferme e recessi riferiti alle singole operazioni in strumenti finanziari derivati – da questa stipulati con Istituti diversi da U [REDACTED], e disponga l'interrogatorio formale del legale rappresentante della società sul seguente capitolo:

- Vero che oltre ai derivati con U [REDACTED] la società da me rappresentata ne ha stipulati altri con diverso Istituto di credito;

➤ rigetti, per i motivi dedotti in atto, le istanze istruttorie avversarie;

➤ in relazione alle osservazioni dei CT di parte convenuta, disponga



l'integrazione delle consulenze tecniche d'ufficio, anche in relazione ai punti già individuati dalla Banca come segue:

- con riferimento alla CTU afferente il conto corrente e i relativi addebiti richiesta da parte attrice, disponga che il nominato CTU tenga conto: (I) della prescrizione; (II) del riconoscimento del debito per capitale interessi e accessori operata da parte attrice per effetto della mancata contestazione delle condizioni applicate al rapporto (III) della medesima periodicità della capitalizzazione a decorrere dall'entrata in vigore della delibera del CICR 9.2.2000;

- con riferimento alla CTU afferente le operazioni in derivati oggetto del presente giudizio, disponga che il nominato CTU accerti l'entità degli accrediti rivenienti dalle predette operazioni, prodotti dalla chiusura dei contratti ovvero a titolo di up front o di differenziali flussi positivi (come meglio indicati in atti);

➤ nel denegato caso di riforma, anche parziale, della sentenza n. 1250/2020 del Tribunale di Brescia pubblicata in data 2.7.2020, condanni  a rifondere integralmente le spese legali sostenute dalla Banca nel primo grado di giudizio e i costi sostenuti per le C.T.U. disposte in corso di causa, con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa e ogni successiva occorrenda, maggiorati di IVA, C.P.A. e rimborso spese forfettario (15%) anche per il presente grado di giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.  s.r.l., ha agito in giudizio lamentando una serie di profili



di illegittimità e nullità relativi ai contratti stipulati con la banca convenuta, chiedendo la rideterminazione del saldo del conto corrente n. 5519090, la condanna dell'istituto di credito alla restituzione delle somme indebitamente percepite ed il risarcimento del danno per un importo pari alle somme pagate per i prodotti finanziari di seguito descritti.

1.1. Ha esposto: di aver stipulato, prima del febbraio 1996, con la filiale di Palazzolo sull'Oglio di C██████████ S.p.a. (poi incorporata con cessione di ramo d'azienda in U██████████ S.p.a.) il c/c n. 77777-00, trasferito nel gennaio 2003 presso la filiale di Brescia, cambiando numerazione in n. 5519090 e mantenendo invariato il saldo; su tale conto insisteva un'apertura di credito di £ 1.000.000.000; nel marzo 1999 due funzionari della banca si erano recati presso la sua sede, proponendo al proprio legale rappresentante la sottoscrizione di un prodotto finanziario volto a proteggere la società dagli effetti del rialzo dei tassi bancari senza apprezzabili costi per la stessa; da tale momento si erano susseguite una serie di operazioni:

-il 30 marzo 1999 due operazioni sui derivati ("*Interest rate collar 45/99-1*" e "*Formula swap 140/99*" entrambe con capitale riferimento € 516.456,89), che, dal 30 dicembre 1999, davano luogo ad addebiti per € 511,75 ed € 261,67 sul c/c (con causale "*addebito prodotti derivati*"), poi rimodellate e sostituite dal "*Contratto di Q - 3D Z.E.T.A swap 140/99 -2*", da cui la società recedeva in data 11 gennaio 2001, su consiglio del funzionario della banca, pagando € 107.000,00 per l'anticipato recesso;

-il 13 luglio 2001 il contratto "*Atlantic swap 140/99-4*" avente ad oggetto



prodotti finanziari, con importo di riferimento € 2.582.284,50, modificato il 4 ottobre 2001, per il quale venivano effettuati svariati addebiti in conto; anche tale contratto veniva risolto;

- il 24 luglio 2002 il contratto di “*Extra swap 01/00-187178/77*” con capitale di riferimento € 3.000.000,00; l’importo per l’anticipato recesso dal precedente contratto di € 284.700,00 veniva compensato nel nuovo contratto a titolo di “*up front*”; tale contratto, per il quale venivano operati ulteriori addebiti in c/c, veniva risolto anticipatamente in data 4 marzo 2003;

- il 4 marzo 2003 il “*contratto di extra swap 2 swap 251139ub3*”, risolto anticipatamente il 30 maggio 2003;

- il 30 maggio 2003 il contratto di “*Sunrise swap282998/99*”, nel quale l’importo dovuto per l’anticipata estinzione del precedente veniva compensato, e che il 22 gennaio 2004 veniva risolto anticipatamente e sostituito con il contratto di “*IRS Direzional euribor swap 346516UBP*”, a sua volta sostituito il 29 aprile 2004 con il prodotto derivato “*Formula inflazione swap swap368464ub2*”, anch’esso sostituito il 7 febbraio 2005 con il derivato “*formula inflazione swap*”;

a fronte dell’ennesima proposta di modifica del contratto essa opponeva un netto rifiuto, e, il 29 dicembre 2006, versava la somma di € 436.000,00 per il recesso anticipato; il 30 giugno 2009 il c/c veniva azzerato ed estinto e, al netto di tutte le operazioni di cui sopra, risultava pagata la complessiva somma di € 615.181,39.

Ciò premesso, ha contestato le risultanze degli estratti conto, lamentando



l'applicazione di interessi ultralegali non pattuiti per iscritto *ex art.* 1284 co.

3 c.c. e l'applicazione trimestrale di interessi anatocistici, chiedendo l'epurazione del saldo dagli addebiti per c.m.s., perché non espressamente pattuita; quanto ai contratti derivati, aveva dedotto che il vizio dell'uno si sarebbe riverberato sugli altri in quanto avvinti da un collegamento negoziale, lamentandone la nullità non avendo il proprio legale rappresentante rilasciato, prima della stipulazione del primo derivato, la dichiarazione di operatore qualificato *ex art.* 31 Reg. Consob n. 11522/98; inoltre aveva lamentato l'inadempimento da parte della controparte agli obblighi *ex art.* 28 di tale regolamento e all'*art.* 21 TUF nonché la mancata stipulazione scritta, a pena di nullità, di un contratto quadro idoneo a regolare operazioni su prodotti derivati *ex art.* 23 TUF.

2. Costituendosi in giudizio, la banca ha preliminarmente eccepito l'incompetenza territoriale del Giudice adito in favore del Tribunale di Milano in base all'*art.* 14 del contratto quadro. Nel merito: ha eccepito la prescrizione, non essendo i contratti derivati tra loro avvinti da un collegamento negoziale, dovendosi individuare quale *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione le date di esecuzione dei singoli versamenti e non il momento di chiusura del rapporto; ha dedotto essere onere dell'attrice produrre i documenti attestanti l'illegittimità dei tassi e della c.m.s., non essendo sufficiente la sola produzione degli estratti conto e la legittimità della capitalizzazione in base alla delibera CICR del 9 febbraio 2000; in merito ai contratti derivati ha dedotto che l'*art.* 4 del contratto quadro



prevedeva una dichiarazione di consapevolezza degli elevati rischi del cliente e in data 30 marzo 1999 il legale rappresentante della cliente aveva sottoscritto la dichiarazione *ex art. 31 Reg. Consob 11522/1998*, determinando ciò l'onere per l'investitore di provare il difetto dei requisiti di operatore qualificato e la sua agevole conoscibilità da parte dell'intermediario; ha evidenziato che gli unici oneri addebitati all'attrice in forza dei derivati riguardavano i flussi negativi, compensati con quelli positivi, precisando che prima del 2004 non vi erano obblighi per l'intermediario di esplicitare i margini applicati in riferimento ai parametri esposti sui contratti. Pertanto, ha chiesto il rigetto delle domande attoree ed in subordine la quantificazione di tutte le somme accreditate in c/c.

3. Con sentenza n. 1250/2020 pubblicata in data 02 luglio 2020, il Tribunale ha respinto l'eccezione di incompetenza territoriale, osservando che, pur essendo stato eletto quale foro esclusivo il Tribunale di Milano all'art. 14 del contratto, tale previsione era derogabile per connessione oggettiva *ex art. 33 c.p.c.*, in quanto, come provato dai documenti di causa, i frutti prodotti dai contratti derivati ricadevano sul c/c stipulato a Palazzolo D'Oglio, facendo operare un meccanismo di compensazione con i saldi negativi dei contratti derivati precedentemente stipulati.

3.1. Ha, altresì, respinto l'eccezione di prescrizione richiamando la pronuncia n. 24418/2010 a Sezioni Unite, essendo stata dimostrata per mezzo degli estratti conto l'operatività delle aperture di credito per le quali sono state trimestralmente addebitate "spese per gestione fido" ovvero "spese di



revisione fido”; ha, quindi, ritenuto che i pagamenti andassero ricondotti in un meccanismo compensatorio di ripristino delle provviste pregresse, caratterizzato dal collegamento negoziale dei contratti derivati, individuando il momento a partire dal quale il credito diviene azionabile nella data di chiusura del conto su cui i flussi di denaro ricadevano periodicamente.

3.2. Ha, poi, rigettato la domanda di ripetizione dell’indebitto, esaminando i vari profili di illegittimità dedotti.

In tema di applicazione di interessi ultralegali e c.m.s, ha rilevato il mancato adempimento dell’onere probatorio gravante sull’attrice, non avendo essa prodotto il contratto di c/c, ma i soli estratti scalari, impedendo così la ricostruzione delle singole operazioni compiute in conto, come confermato dalla CTU contabile.

Sull’anatocismo, ha osservato come la delibera CICR del 9 febbraio 2000, attuativa dell’art. 25 co. 2 TUB, abbia stabilito la legittimità della capitalizzazione degli interessi, qualora sia prevista la pari periodicità dei tassi debitori e creditori. Ferme le statuizioni in tema di onere probatorio e mancata produzione del contratto e degli estratti conto, la capitalizzazione è stata ritenuta legittima, perché relativa a rapporti in larga parte successivi all’emanazione della delibera, operando per i rapporti precedenti l’art. 7 della stessa. Ha ricordato che, a fronte della nuova formulazione dell’art. 25 co. 2 TUB, è stata negata la legittimità dell’anatocismo; tuttavia, essendo la modifica successiva, è stata ritenuta irrilevante *ex art. 11 disp. Prel. c.c.*

3.3. Il Tribunale ha, inoltre, rigettato la domanda di nullità dei contratti



derivati, costituendo il contratto quadro sottoscritto dai contraenti in data 30 marzo 1999 il negozio sulla base del quale sono stati eseguiti gli ordini di acquisto contestati; ritenuta l'irrelevanza dei documenti su cui è stata svolta CTU grafologica, il Giudicante ha evidenziato che, per gli ordini di investimento e relativo recesso, il contratto quadro non ne prevedeva la forma scritta e non vi è stata allegazione di mancata esecuzione di quanto disposto.

Ha, poi, rigettato la domanda di nullità dei contratti *ex art. 23 TUF*, essendo il contratto quadro stato sottoscritto da entrambi i contraenti, soddisfacendo così la funzione di salvaguardia del contraente debole (Cass. Sez. Un. N. 898/2018 e n. 28314/2019), precisando come sia comunque richiesta la firma solo del cliente, cui spetta la consegna di copia del contratto. Non ravvisando un'ipotesi di nullità di protezione e, in difetto di vizi originari relativi ai singoli contratti derivati, il Tribunale ha rigettato anche la domanda di annullamento in quanto formulata, peraltro, genericamente.

3.4. Il Giudicante non ha riscontrato l'esistenza di vizi funzionali tali da poter accogliere le pretese risolutorie e risarcitorie, non avendo la banca consigliato alla cliente operazioni ad alto rischio non adeguate al suo profilo violando l'art. 21 TUB, considerato anche il tenore dell'art. 4 del contratto quadro, il quale prevede che il valore dei contratti sia soggetto a notevoli variazioni e che gli investimenti comportino l'assunzione di un elevato rischio di perdite, rendendo quindi i contraenti consapevoli del carattere aleatorio dei contratti e dei rischi assunti. Perciò, difettando prova contraria, il Giudice ha ritenuto i contratti connotati da un'alea "normale", valorizzando anche la



sottoscrizione da parte del legale rappresentante della società, in data 30 marzo 1999, della dichiarazione *ex art. 31 Reg. Consob n. 1152/1998*, attestante il possesso di esperienza e competenza in materia di strumenti finanziari derivati, sgravando così l'intermediario dall'obbligo di svolgere ulteriori verifiche in merito (Cass. n. 12138/2009), determinando a carico dell'attrice l'onere di dimostrare l'eccezionalità e imprevedibilità dei rischi insorti in corso di rapporto.

3.5. Inoltre, il Tribunale, ha evidenziato che il CTU ha riscontrato in tutti i contratti la presenza dei connotati del prodotto "*plain vanilla*", ossia quelli di una negoziazione "standard" connotata da profili di rischio ordinario, cui sono state aggiunte componenti di rischio fuori standard, a fronte di quanto previsto nell'art. 4 del contratto quadro e della natura di operatore qualificato rivestita dall'attrice. Ha, inoltre, ricordato come, prima dell'attuazione della direttiva n. 39/2004, non vi fosse il dovere per l'intermediario di esplicitare i margini applicati sui parametri esposti in ciascun contratto.

Pertanto, alla luce della conformità dei contratti rispetto alle pattuizioni originarie, del carattere di operatore qualificato dell'attrice e del suo profilo di rischio, il Tribunale ha ritenuto infondate le questioni di illegittimità relative alle operazioni di swap sollevate dall'attrice nonché le domande di risoluzione e risarcimento danni, avendo riguardo a quanto affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 8770/2020.

Ha poi ritenuto infondate le deduzioni relative all'applicazione di costi occulti, in quanto, in considerazione degli estratti conto e della CTU, basata



su modelli teorici che non considerano i costi sostenuti dall'intermediario, gli unici oneri relativi ai contratti di swap consistono nei flussi negativi, compensati da quelli positivi; pertanto, non essendo stata allegata e dimostrata dall'attrice la presenza di compensi per l'intermediario, le asserite commissioni implicite hanno costituito una voce compresa negli esborsi sostenuti e non aggiuntiva.

Non ha, inoltre, riscontrato alcuna ipotesi di responsabilità risarcitoria in capo alla banca, la quale ha comunicato i profili di rischio, avuto riguardo alla qualifica professionale della cliente e del suo legale rappresentate, proponendo operazioni adeguate.

4. Avverso la predetta sentenza ha proposto appello  s.r.l. sulla scorta di cinque motivi.

5. Si è costituita in giudizio U  S.p.a., proponendo due motivi di appello incidentale.

6. All'udienza del 7 aprile 2021, la Corte, rigettata l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, ha rinviato la causa per la precisazione delle conclusioni.

5. All'udienza del 12 giugno 2024, sostituita dal deposito di note scritte *ex art. 127 ter c.p.c.*, i procuratori delle parti hanno precisato le conclusioni come trascritte in epigrafe e la causa è stata posta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo l'appellante, con riferimento al rigetto della domanda



di ripetizione delle somme versate a titolo di interessi ultralegali e c.m.s. per il c/c n. 77777-00, deduce di aver adempiuto al proprio onere probatorio, producendo tutti gli estratti conto mensili analitici, per mezzo dei quali il CTU ha ricostruito le singole operazioni effettuate in conto. Circa la mancata produzione del contratto di c/c espone come tale documento non sia essenziale ai fini dell'assolvimento del proprio onere probatorio, comunque soddisfatto mediante l'allegazione della mancata pattuizione scritta degli interessi ultralegali in violazione dell'art. 1284 c.c. e della c.m.s., essendo, invece, onere della banca provarne l'esistenza, anche a fronte del principio della vicinanza della prova.

Richiamando la pronuncia della Corte di Cassazione n. 3309/2019, secondo la quale è onere del correntista che agisce in ripetizione provare la giustificazione causale dei pagamenti effettuati, l'appellante osserva come tale orientamento si fondi sulla supposta esistenza di un contratto di c/c scritto a disposizione delle parti. Nel caso di specie, secondo l'appellante, il contratto scritto del c/c n. 77777-00 non esisterebbe, essendo il rapporto sorto prima dell'entrata in vigore della L. n. 154/1992, come ammesso dalla banca convenuta (pag. 4 della comparsa di risposta) che, senza fare riferimento ad un contratto scritto ha affermato la risalenza del contratto a data anteriore al 1996, forse agli anni '80, quando ancora non vigeva alcun obbligo di forma scritta.

Deduce, infatti, di non aver lamentato la nullità delle clausole contrattuali, supponendo l'esistenza di un contratto scritto, bensì di aver eccepito la mancata pattuizione del tasso di interesse e della c.m.s., esponendo come il



tasso debitore dovesse rispettare i requisiti di cui all'art. 1284 c.c. e la c.m.s.

dovesse essere pattuita nella sua misura percentuale e in relazione alle modalità di applicazione.

Qualora si supponesse l'esistenza di un contratto scritto, la correntista non avrebbe potuto acquisire la disponibilità della prova documentale ex L. n. 154/1992 art. 3 co. 1 o ex art. 117 TUB, essendo il contratto stato sottoscritto negli anni ottanta, quando nessuna norma imponeva la consegna di una copia del contratto al cliente. Se il documento contrattuale fosse esistito, sarebbe stato nella disponibilità della banca anche dopo la chiusura del rapporto, essendo suo onere conservarne una copia per dieci anni dalla conclusione. L'appellante, inoltre, evidenzia come la banca abbia prodotto, avendole conservate, tutte le conferme scritte dei derivati stipulati a partire dal 1999.

Ove si ritenga essere a suo carico l'onere di provare l'inesistenza della *causa debendi* dei pagamenti eseguiti producendo i documenti contrattuali, allora essa avrebbe il diritto di ottenere dalla banca i documenti necessari per mezzo dell'art. 119 TUB o dell'art. 210 c.p.c. mentre simili richieste avrebbero avuto esito negativo, avendo la convenuta, sin dal primo grado, affermato di non aver conservato copia del contratto non ottemperando al proprio obbligo di conservazione decennale a partire dalla data di chiusura del conto, avvenuta nel maggio 2009. Tale circostanza dovrebbe essere valutata ai sensi dell'art. 116 c.p.c., unitamente alla violazione del principio di buona fede e correttezza.

2. Con il secondo motivo l'appellante impugna il rigetto da parte del Tribunale della domanda relativa all'indebita applicazione dell'anatocismo,



avendo essa prodotto sia gli estratti scalari, che quelli analitici.

Espone che per i rapporti di c/c sorti prima dell'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000 l'applicazione di interessi anatocistici sarebbe illegittima, come confermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 425/2000) che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 25 co. 3 D.Lgs. n. 342/1999, con conseguente irrilevanza della produzione del contratto di c/c per provare la presenza e l'illegittimità della clausola. Ancora, il fatto che la banca abbia provveduto alla chiusura trimestrale del rapporto prima dell'entrata in vigore della delibera, capitalizzando sistematicamente gli interessi debitori maturati illegittimamente, sarebbe dimostrato dagli estratti conto e dagli scalari prodotti. Inoltre, l'anatocismo sarebbe stato applicato per tutta la durata del rapporto, pertanto il Tribunale avrebbe errato nel ritenere legittima la capitalizzazione applicata per il periodo successivo all'entrata in vigore della delibera CICR del 2000, non considerando che i contratti stipulati successivamente devono indicare la periodicità della capitalizzazione.

Dai documenti di causa non risulterebbe alcuna pattuizione scritta relativa alla capitalizzazione degli interessi debitori e non si comprende quali sarebbero i <<rapporti in larga parte successivi all'emanazione della delibera suddetta>> cui il Tribunale ha fatto riferimento, considerato che dopo il febbraio 2000 sarebbero stati stipulati solamente strumenti finanziari, che nulla hanno a che vedere con l'anatocismo.

L'appellante impugna anche la statuizione con cui il Tribunale che ha ritenuto operante per i rapporti pregressi la sanatoria ex art. 7 della delibera CICR, deducendo che per tali rapporti le clausole di capitalizzazione



dovrebbero essere approvate per iscritto dal correntista per essere ritenute valide e che nella specie ciò non sarebbe avvenuto.

Inoltre, la Suprema Corte (ord. n. 7105/2020) ha confermato l'orientamento per cui <<la sostituzione della reciproca capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi all'assenza di capitalizzazione per effetto della declaratoria di nullità della clausola contrattuale anatocistica, rappresenti un evidente peggioramento delle condizioni contrattuali precedentemente applicata al conto corrente; sicché, proprio in applicazione all'art. 7, terzo comma, della delibera CICR ... sarebbe stato necessario, nella fattispecie in esame, un nuovo accordo espresso tra le parti, non essendo ammissibile un adeguamento unilaterale>>.

In ogni caso, qualora si ritenesse applicabile il criterio di adeguamento *ex art.* 7 n. 2 della delibera, l'illegittimità della capitalizzazione permarrrebbe, non avendo la banca previsto pari periodicità nel conteggio degli interessi attivi, né adeguato le condizioni contrattuali entro il 30 giugno 2000 mediante pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. A riprova dell'illegittimità della capitalizzazione applicata, l'appellante produce perizia di parte da cui emerge che l'ammontare degli interessi passivi anatocistici relativi all'intero rapporto, in base anche ai risultati dell'espletata CTU, sarebbe pari ad € 23.025,92.

3. La Corte ritiene di trattare congiuntamente i primi due motivi di gravame, che reputa fondati.

3.1. Parte appellante, sin dal primo grado di giudizio, ha dedotto l'illegittimità degli addebiti effettuati in conto a titolo di interessi ultralegali,



capitalizzazione trimestrale, valute, cms e spese, in quanto non pattuiti per iscritto, producendo, a sostegno delle proprie doglianze, gli estratti conto sia analitici che scalari (di ciò dà atto anche controparte in questo grado), ma non il contratto di conto corrente cui i lamentati addebiti si riferiscono.

Dalla mancata produzione del contratto non derivano però le conseguenze evidenziate dal Tribunale in sentenza.

Né la correntista né la banca hanno saputo indicare precisamente l'esatto momento in cui il contratto oggetto di causa è stato stipulato, deducendo che lo stesso risale al periodo precedente il febbraio 1996.

L'appellante non ha fatto valere la nullità per difetto di forma del contratto ma la illegittimità degli addebiti a titolo di cms, spese, interessi ultralegali e anatocismo difettandone la pattuizione scritta

A detta della banca, “...il rapporto è stato acceso antecedentemente al 1996 (e precisamente, per quanto consta agli archivi anagrafici della banca, negli anni ottanta)”. Tale dato temporale è pacifico e non contestato tra le parti.

Pertanto, la Corte non condivide la statuizione del Tribunale in materia di onere probatorio, essendo la correntista impossibilitata a produrre il contratto di c/c, in quanto, a fronte dell'ammissione della banca, la sua stipulazione risale ad un periodo in cui nessuna norma ne imponeva la conclusione per iscritto, obbligo che, invece, è stato successivamente introdotto con la l. 154 del 1992, prevedendo la necessità della forma scritta e della consegna di una copia al cliente.

In ogni caso, va precisato che le difese della banca riguardanti l'obbligo di conservazione dei documenti relativi al rapporto di conto corrente sono prive



di pregio, il contratto di c/c, ove stipulato in forma scritta, avrebbe dovuto essere conservato nel limite dei dieci anni dalla chiusura del rapporto di conto corrente, chiuso il 30 giugno 2009, non essendo, pertanto decorso il decennio alla data di proposizione della domanda giudiziale.

Inoltre, per quanto riguarda la doglianza relativa all'applicazione di interessi anatocistici va rilevato che l'accertamento della loro illegittimità prescinde dalla produzione del documento contrattuale. In base all'orientamento della Suprema Corte <<... la capitalizzazione (unicamente a debito) di interessi anatocistici - a differenza della mera determinazione di interessi a un tasso ultra-legale o della c.m.s. - è prassi di per sé illegittima, a prescindere dall'essere conseguenza di pattuizione negoziale nulla. E quindi può esser dimostrata a prescindere dalla produzione del contratto, mediante l'espletamento di una c.t.u. finalizzata a ricostruire l'andamento contabile del rapporto. In sostanza, deve essere affermato il seguente principio:

- in materia bancaria, tutto ciò che attiene alla mancata produzione dei contratti dei quali si affermi la nullità finanche solo parziale non si attaglia alla dedotta indebita applicazione dell'anatocismo, ove questa comunque risulti dagli estratti conto e scalari prodotti in giudizio e oggetto di una c.t.u.: rimarcare da tale punto di vista che in causa non siano stati prodotti i contratti contenenti la pattuizione dell'interesse anatocistico non vale a giustificare - dinanzi a una c.t.u. che sia stata comunque regolarmente esperita sui documenti contabili - il rigetto della domanda di ripetizione e di rettifica del saldo di conto>> (Cass. n. 33159/2023).

3.2. Anche per quanto riguarda la incompletezza degli estratti conto la



sentenza impugnata non può essere condivisa.

La Corte di cassazione ha espresso il principio di diritto per cui <<in materia di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione di quanto indebitamente trattenuto dalla banca (e dunque da lui pagato) con il saldo finale del rapporto non è tenuto a documentare le singole rimesse suscettibili di ripetizione soltanto mediante la produzione in giudizio di tutti gli estratti conto mensili, ben potendo la prova dei movimenti del conto desumersi anche "*aliunde*", vale a dire attraverso le risultanze dei mezzi di cognizione assunti d'ufficio e idonei a integrare la prova offerta (nella specie mediante consulenza tecnica contabile disposta dal giudice sulle prove documentali prodotte)>> (Cass. 29190/2020).

Il Tribunale ha disposto consulenza tecnica e il CTU ha svolto i propri accertamenti servendosi della documentazione versata in atti. Anzitutto, a pagina 5 della consulenza, ha esposto che la correntista ha prodotto gli estratti conto e gli scalari dal 1° febbraio 1996 fino al 30 giugno 2009, omettendo di produrre gli estratti analitici dell'ottobre 1996, del settembre 1997, dell'aprile 2008, e gli scalari di marzo 2003 e marzo 2009; pur precisando che <<non è stato depositato il contratto di apertura. Il CTU ritiene che la mancanza di tale documento sia di assoluta rilevanza in quanto non ha permesso allo stesso la completa analisi delle condizioni economiche oltre ad impedire allo stesso di poter rispondere in tema di prescrizione>> il CTU è stato in grado di quantificare gli addebiti a titolo di cms non risultandone la pattuizione << per l'importo complessivo di euro 30.570,10>>, e <<gli addebiti riferiti alle



spese non pattuite per l'importo complessivo di euro 6.607,36>>.

Ancora, riguardo alle spese, in risposta alle osservazioni mosse dal consulente della società XXXXXXXXXX s.r.l., il quale esponeva che il CTU aveva espunto dal saldo le sole spese addebitate nelle liquidazioni trimestrali, non espungendo le ulteriori spese addebitate in corso di rapporto e non pattuite, il CTU ha affermato che <<In effetti, nella bozza trasmessa ai consulenti tecnici di parte, lo scrivente aveva ritenuto di effettuare un conteggio separato delle sole spese relative all'andamento del conto corrente, e non tutti gli altri addebiti relativi a spese, oneri e commissioni relativi a diversi servizi bancari, come incassi, pagamenti, ricevute bancarie, eccetera>>; dopo di che ha indicato gli importi addebitati a titolo di spese nell'ammontare complessivo di € 5.802,36.

Inoltre, riguardo alla lamentata applicazione di interessi ultralegali e di anatocismo, il CTU ha evidenziato che nei periodi esaminati sono <<stati applicati dei tassi superiori al tasso legale>> e che <<...mancando il contratto di apertura, essendo dunque impossibile determinare il tasso convenzionale, il CTU ha predisposto due singoli conteggi, uno al tasso legale ed uno al tasso TUB>>, precisando che <<dagli estratti conto scalari, sono stati spesso rinvenuti più tassi distinti che lasciano ipotizzare trattamenti diversi secondo che il conto corrente si trovasse in scoperto, intra fido o extra fido>>.

Ha svolto due diversi conteggi, seguendo i criteri indicati nel quesito formulato dal Tribunale: <<il primo al tasso legale senza operare alcuna capitalizzazione sino al 30 giugno 2000 ed applicando la capitalizzazione trimestrale degli interessi sia attivi che passivi dall'1° luglio 2000 senza



operare alla data del 30 giugno la capitalizzazione degli interessi precedentemente addebitati. Il secondo al tasso TUB>>.

Per quanto concerne l'anatocismo, il CTU è riuscito a svolgere i conteggi oggetto dei punti 5 e 6 del quesito a lui sottoposto, epurando il saldo dagli interessi anatocistici fino al 30 giugno 2000.

A fronte degli analitici conteggi cui il CTU è pervenuto sulla base dei criteri enunciati, non vi è una stata alcuna contestazione, tanto meno specifica, dei criteri adottati e dei risultati dal punto di vista contabile ad opera del consulente di parte della banca (e, poi dalla sua difesa) che si è limitato ad evidenziare la non completezza della documentazione prodotta.

Conseguentemente, ritiene il Collegio che i risultati cui il CTU è pervenuto sono connotati da un sufficiente grado di precisione, considerato che egli ha quantificato precisamente alcune delle poste contestate, ha precisato i criteri di cui si è avvalso, e che non vengono prospettati elementi obiettivi che inducano a smentirne l'attendibilità.

3.3. La Corte reputa corretto il conteggio in cui il consulente d'ufficio ha fatto applicazione degli interessi legali in sostituzione degli interessi ultralegali:

<<Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri



presuntivi od approssimativi (Cass. n. 20693/2016).

Applicando il criterio del tasso legale (trattandosi di contratto anteriore al 1992), partendo dal saldo zero fino al 30 giugno 2009 ed epurati gli addebiti illegittimi, il CTU non ha però tenuto conto della epurazione dell'anatocismo anche successivamente al 2000.

È evidente, infatti, che non vi è alcuna prova della pattuizione della capitalizzazione trimestrale anche successivamente alla delibera CICR.

Parte appellante ha, però, prodotto una perizia di parte di cui invoca le risultanze in tema di capitalizzazione degli interessi passivi: *“Detta analisi, che, seguendo il quesito formulato dal Giudice di primo grado, ha il pregio di distinguere le singole voci di indebitato (per interessi ultralegali, per commissioni di massimo scoperto, per spese per effetto anatocistico), ha evidenziato che l'ammontare degli interessi passivi anatocistici passibili di ripetizione e relativi a tutto il periodo documentato dagli estratti conto, se effettuata sulla base dei risultati della CTU di primo grado, risulterebbe pari ad Euro 23.025,92”*.

Ritiene il Collegio di poter aderire al conteggio svolto nella perizia, redatta dal consulente di parte appellante, che è stata *“effettuata sulla base dei risultati della CTU di primo grado”* e tenuto conto, in particolare, che in ordine a tale dato e ai calcoli attraverso cui ad esso si è pervenuti l'istituto bancario non ha formulato alcuna contestazione.

Pertanto, il conteggio va epurato dall'anatocismo per tutta la durata del rapporto e di ciò occorre tener conto ai fini della quantificazione del credito restitutorio, sulla base degli importi quantificati dal CTU a pagg. 19 e 31



(ricalcolo conto corrente con interessi al tasso legale codicistico).

3.4. Sicché, va dichiarata l'illegittimità degli addebiti a titolo di cms, spese, interessi ultralegali e anatocismo e la rideterminazione del saldo va fatta in base al conteggio operato dal CTU a pg. 19, integrato con riferimento al predetto importo di € 23.025,92, oltre che delle ulteriori spese quantificate dallo stesso CTU, in risposta alle osservazioni del consulente di parte in € 5.802,36.

4. Con il terzo motivo l'appellante ripropone la domanda di nullità dei dodici contratti derivati, respinta dal Tribunale considerando il profilo della violazione dell'art. 30 Reg. Consob n. 11522/1998 e dell'art. 23 TUF.

Richiama la pronuncia a Sezioni Unite n. 8770/2020; secondo l'appellante, il Tribunale avrebbe ritenuto il derivato una “*scommessa cieca*”, avendo ritenuto irrilevante che, prima di stipulare il contratto, l'investitore conosca, al pari dell'intermediario, il valore del rischio che sta assumendo, la distribuzione qualitativa e quantitativa dell'alea ed il modello di calcolo. Non avrebbe poi considerato il Giudicante le affermazioni del consulente della controparte per cui la banca avrebbe strutturato i costi impliciti a carico della cliente anche per ottenere <<la remunerazione del rischio modello>>, non informandola però del modello per cui si era fatta remunerare, in contrasto con l'insegnamento delle Sezioni Unite.

Dalla perizia di parte risulterebbe la mancata indicazione del *mark to market* nei contratti derivati; inoltre, il CTU avrebbe reso noti i *mark to market* e gli scenari probabilistici di ciascun derivato, esplicitando anche il modello di calcolo, e ciononostante la banca abbia replicato che “*rilevare in contratto*



gli scenari probabilistici” sarebbe “una condizione irrealizzabile”.

La mancata pattuizione dei costi impliciti determinerebbe un'ipotesi di nullità e l'applicazione di usi in ambito finanziario sarebbe vietata dall'art. 23 co. 2 TUF al pari del divieto previsto dall'art. 117 co. 6 TUB; pertanto, l'illegittimità dei costi impliciti renderebbe nulli i contratti, il cui oggetto, in termini di valore dei flussi attesi, sarebbe ricostruito intorno ad essi.

In sentenza si legge che dieci dei dodici contratti derivati contengono <<componenti di rischio fuori standard, a cui sono sottesi margini più ampi di rischio (e di guadagno)>> coerentemente con quanto ritenuto dal CTU; tuttavia il Tribunale avrebbe errato nel giustificare ciò affermando che <<essi ben si raccordano alla originaria volontà negoziale recepita all'art. 4 terzo comma del contratto quadro, in virtù del quale “il cliente prende atto che il valore dei contratti oggetto del presente accordo è soggetto a notevoli variazioni e che, pertanto, l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili”>> così come errata sarebbe l'affermazione per cui le perdite non siano preventivamente quantificabili; per ciascun derivato sarebbe possibile operare un preciso calcolo delle probabilità di perdita e guadagno e della relativa distribuzione, assicurando all'investitore di entrare in un programma di flussi finanziari che costituisce una scommessa razionale, perché trasparente. Dalla consulenza di parte emergerebbe per ciascuno dei derivati l'assenza di efficace copertura, la presenza di costi impliciti, e di scenari probabilistici costantemente a favore dell'istituto bancario.

Deduce che, in realtà, tutti i contratti derivati sarebbero quindi nulli per



mancata indicazione del *mark to market*, degli scenari probabilisti e del relativo metodo di calcolo. Il problema della razionalità dell'alea e del relativo vizio sarebbe stato sollevato sin dal primo grado, ma nell'ipotesi in cui si ritenga il contrario ne sarebbe possibile il rilievo d'ufficio (Cass. Sez. un. N. 7294/2017 e n. 26242/2014).

L'appellante deduce come il Tribunale avrebbe dovuto applicare il principio espresso dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 8770/2020 e non utilizzare l'argomento "*dell'operatore qualificato*", considerato che la Corte di Cassazione avrebbe affermato che il regime di ordine pubblico dei doveri dell'intermediario *ex art. 21 TUF* non può essere derogato dall'autodichiarazione di "operatore qualificato".

4.1. Il motivo è fondato.

4.2. L'appellante ha stipulato con la controparte in data 30 marzo 1999 un contratto quadro, redatto in forma scritta ai sensi dell'art. 23 co. 1 TUF a pena di nullità, volto a regolare la futura stipulazione di contratti derivati, come previsto dall'art. 30 Reg. Consob n. 11522/1998. Il contratto quadro intercorso tra le parti consta di tutti gli elementi richiesti dalla norma citata, prevedendo che "*il Cliente ed [REDACTED]... hanno reciprocamente dichiarato la propria disponibilità a concludere un accordo volto a regolamentare le condizioni che regoleranno ciascun futuro contratto specifico di interest rate swap... che dovesse essere perfezionato tra le parti*", disponendo le modalità di conclusione dei contratti (art. 5), gli obblighi da essi derivanti (art. 6), le modalità di calcolo degli importi e dei pagamenti (art. 7), gli obblighi informativi (art. 9), il diritto di recesso riconosciuto alle



parti e la clausola risolutiva espressa (art. 10), la durata dell'accordo e le sue modifiche (art. 12).

Contestualmente alla stipulazione del contratto quadro il legale rappresentante della società [REDACTED] s.r.l., [REDACTED] [REDACTED], ha rilasciato la seguente dichiarazione ai sensi dell'art. 31 co. 2 Reg. Consob:

“la ditta “R [REDACTED] SNC DI R [REDACTED] [REDACTED] & C.” possiede una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati. Pertanto, i rapporti con Voi verranno gestiti e regolati dalle previsioni e disposizioni concernenti gli “operatori qualificati” così come previsto dal succitato art. 31”.

Il rilascio di simile dichiarazione, oltre a dare atto della particolare competenza in materia di prodotti finanziari, comporta una serie di conseguenze: <<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 emerge che l'intermediario conosceva, o avrebbe dovuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse>> (cfr. Cass. n. 24654/2022; n. 8343/2018). Per tali ragioni, avendo I [REDACTED] [REDACTED] sottoscritto la predetta dichiarazione, incombeva sull'appellante l'onere di dimostrare il difetto di un'elevata competenza in materia finanziaria in capo al proprio legale rappresentate e la conoscenza di tale circostanza da parte della banca, prova che, però, non è stata fornita.

4.3. Il Tribunale ha ritenuto che dalla sottoscrizione di tale clausola derivi l'inversione dell'onere probatorio a carico della investitrice, <<chiamata in concreto a dimostrare l'eccezionalità ed imprevedibilità dei rischi sorti nel corso dell'esecuzione rispetto alla fisiologia dei rapporti contrattuali conclusi>> e che tale prova non sia stata fornita; la << naturalità dell'alea sottesa ai singoli contratti>> (di cui la parte sarebbe stata resa consapevole attraverso l'art. 4 del contratto quadro, in rubrica "Aleatorietà dei singoli contratti"), la sussistenza nei derivati in esame delle caratteristiche del prodotto finanziario c.d. "plain vanilla", che riproduce profili ordinari di rischio, <<la riconduzione di componenti di rischio fuori standard, a cui sono sottesi margini più ampi di rischio (e di guadagno), che ben si raccordano alla originaria volontà negoziale recepita all'art. 4 terzo comma del contratto quadro, in virtù del quale "il cliente prende atto che il valore dei contratti oggetto del presente accordo è soggetto a notevoli variazioni e che, pertanto, l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili" (doc. 2



fascicolo parte convenuta)>>, la natura di operatore qualificato rivestita dalla società attrice (ex art. 31 Reg. Consob) secondo il Giudicante attesterebbero <<la piena conformità dello svolgimento funzionale dei contratti rispetto alla originaria volontà delle parti, in particolare con riferimento al carattere di operatore qualificato proprio della società attrice>>, escludendo la fondatezza delle domande di risoluzione e di risarcimento del danno.

Tuttavia, il tema dell'alea non si esaurisce con la sola analisi del contratto quadro e della dichiarazione ex art. 31 né con l'esame del profilo dell'adempimento degli obblighi informativi (temi che l'appellante ha esaminato nel quarto e quinto motivo), ma dev'essere affrontato analizzando i singoli contratti derivati ed avendo riguardo al profilo dell'oggetto e della causa.

Tale tipologia di contratti è stata oggetto di una nota pronuncia a Sezioni Unite (n. 8770/2020), in cui sono stati espressi una serie di principi di diritto che qui di seguito si riportano.

<<L'“*interest rate swap*” è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono:

a) è “*over the counter*”, vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; b) è non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; c) l'intermediario è in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente. Elementi essenziali di tale derivato sono la data di stipulazione, quelle di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza



e di pagamento, nonché il capitale di riferimento (cd. nozionale) ed i diversi tassi di interesse ad esso applicabili>>.

<<La causa dell’*“interest rate swap”*, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un’entità specificamente ed esattamente determinata>>.

<<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, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all’operazione è disposto a subentrarvi, 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>>.

Tali principi di diritto sono sicuramente non circoscritti ai contratti derivati conclusi dagli intermediari con le pubbliche amministrazioni (fattispecie che



ha dato luogo alla controversia sulla quale si sono pronunciate le Sezioni Unite; cfr. Cass. 21830/2021 in parte motiva).

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, nella sentenza pur richiamata dal Tribunale, hanno, quindi, ritenuto che, in tema di *interest rate swap* occorra 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: accordo che investe il *mark to market*, ossia il costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma che deve estendersi agli 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.

Il tema è, dunque, quello della nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) inerente ad elementi essenziali del contratto (cfr. Cass. 24654/2022) e, in particolare, la nullità per indeterminabilità dell'oggetto, ma rilevando anche la mancanza delle predette sul piano della causa del contratto, causa che è costituita da un'alea razionale e quindi misurabile, da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura o speculativa.

Deve, quindi ritenersi che a prescindere da tale finalità la preventiva conoscibilità, ai fini della formazione dell'accordo, in ordine alla misura



dell'alea ed agli elementi ed ai criteri utilizzati per la determinazione del *mark to market* rilevati anche sul piano causale (cfr. Cass. 32705/2022).

4.4. La società appellante ha concluso n. 12 contratti derivati di tipo “*interest rate swap*”.

Essi sono stati analizzati dal consulente d'ufficio nominato dal Tribunale il quale ha svolto accertamenti riguardanti il *mark to market*, la relativa formula di calcolo e gli scenari probabilistici, ha analizzato la presenza o meno di costi impliciti, la natura dei contratti, la loro composizione e la finalità per la quale sono stati stipulati. Dei dodici contratti derivati stipulati tra le parti, solamente i primi due sono stati stipulati dalla cliente con funzione di copertura del rischio, mentre per i successivi è stata riscontrata una funzione speculativa, come evidenziato dalla CTU in risposta al nono punto del quesito; solamente detti contratti sono risultati coerenti con l'ammontare dell'esposizione debitoria della società  s.r.l., mentre i successivi nulla avevano a che vedere con detta esposizione debitoria, essendo stati sottoscritti nel loro avvicendamento con un nozionale di € 3.000.000,00, rimasto inalterato nel tempo e totalmente dissociato dalla situazione debitoria.

Inoltre, tutti i contratti successivi ai primi due sono stati sottoscritti previo recesso anticipato dal contratto precedentemente stipulato e compensando l'importo dovuto per il recesso anticipato con l'importo spettante alla cliente a titolo di “*up front*” per la stipula del contratto successivo. Tale meccanismo è stato posto in luce nelle repliche del CTU alle osservazioni formulate dai ct delle parti: <<A seguito di una rinegoziazione di un derivato con mtm



negativo, il Cliente incassa un up-front, ma non lo utilizza per tutelare la perdita che il contratto appena stipulato potrebbe generare quanto, piuttosto, per rifondere una perdita già stata realizzata sul contratto sostituito. Non a caso il conto corrente della  riporta, a ciascuna data di rimodulazione, due scritture contabili: un addebito per estinzione del valore mtm del precedente contratto ed un accredito up-front, di pari importo. Si tratta, quindi, di una doppia manifestazione monetaria ad estinzione di un valore economico a debito per la Cliente>> (pag. 8).

Inoltre, dalla CTU è emerso che solamente i primi due contratti contenevano esclusivamente componenti “*plain vanilla*” (<<solo i derivati “Formula Swap” e “IRS Collar” non contenevano anche strumenti “fuori standard” o esotici... dei dodici contratti esaminati, dieci di questi contenevano anche sottoprodotti non *plain vanilla*>> pag. 13 delle repliche alle osservazioni); la presenza di “*opzioni esotiche*” connota gli ulteriori contratti e determina l’assunzione di un rischio non ordinario.

Il CTU ha riscontrato come alcuni derivati in particolare fossero connotati da una tipologia di rischio non ordinaria, conseguenza della finalità speculativa perseguita: ad esempio con riferimento al “*Contratto Atlantic Swap*” (pag. 118 della consulenza) ha affermato che <<...sulla base dell’informazione disponibile all’epoca della sottoscrizione del prodotto, non vi era alcuna evidenza empirica circa un’inversa correlazione tra le variabili Euribor e USD Libor – ipotesi che avrebbe potuto giustificare la sottoscrizione di un simile prodotto – anzi si può dire il contrario>>; simili considerazioni vengono svolte anche riguardo al “*Contratto IRS*



Direzionale”; anche per il “*Contratto Formula InflazioneSwap*” ha evidenziato che <<è necessario aggiungere il contributo, aleatorio e non correlato con la tipica indicizzazione di una passività di medio-lungo termine, della componente “inflazione”>>.

La natura “razionale” della scommessa” non può essere ricondotta alla volontà delle parti semplicemente mediante il richiamo all’art. 4 (“*il cliente prende atto che il valore dei contratti oggetto del presente accordo è soggetto a notevoli variazioni e che, pertanto, l’investimento effettuato su tali strumenti comporta l’assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili*”) essendo necessaria la precisa e completa indicazione in contratto degli elementi necessari ai fini della determinatezza dell’oggetto e della causa; inoltre, la sussistenza di componenti esotiche richiede, peraltro, una maggiore conoscenza e consapevolezza da parte della cliente in ordine al rischio assunto.

4.5. Con particolare riferimento alla questione dell’alea razionale e dell’indicazione o deducibilità del “*mark to market*” in detti contratti, la Corte osserva come esso sia stato precisamente definito nella richiamata pronuncia a Sezioni Unite: <<per MTM s’intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il *mark to market* non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il *mark to market* è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l’ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di



acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale>>. La Suprema Corte ha ritenuto indispensabile ai fini della validità del contratto l' <<accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi>> richiedendo che esso riguardi non solo il "*mark to market*", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma anche gli scenari probabilistici e la misura qualitativa e quantitativa dell'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>>.

Le questioni relative all'indicazione del *mark to market*, alla sua formula di calcolo, agli scenari probabilistici e alla misura dell'alea sono state riprese successivamente dalla Suprema Corte (Cass. n. 21830/2021, parte motiva): <<la non pattuizione del *mark to market* incide sulla validità del contratto, riguardando o la causa o l'oggetto dello stesso; peraltro, la sua determinazione è piuttosto complessa, tanto che ne esistono vari criteri alternativi... La menzionata pronuncia delle Sezioni Unite... richiama... il principio della necessaria sussistenza di alea "razionale", intesa come "misurabile", in quanto funzionale alla finalità di "gestione del rischio" ritenuta sottesa a tali strumenti finanziari: "razionalità" ravvisabile, in



concreto, laddove siano esplicitati - e condivisi in accordo con l'investitore - gli elementi che consentono di conoscere la "misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi", tramite l'esplicitazione dei costi impliciti - che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea -, del *mark to market* e, soprattutto, dei cd. "scenari probabilistici"... il concetto viene ripreso successivamente con specifico riguardo alla "determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto", affermandosi... che "...la validità dell'accordo va verificata in presenza di un negozio (tra intermediario ed ente pubblico o investitore (privato: Ndr)) che indichi (o meno) la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali... E tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al *mark to market*, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea...". <<E' palese, dunque, che le Sezioni Unite abbiano espresso un chiaro segnale adesivo all'orientamento di quella parte della dottrina e della giurisprudenza di merito che valorizza l'indicazione del *mark to market*, ovvero dei suoi criteri di calcolo, la esplicitazione dei costi impliciti e la prospettazione dei cd. "scenari probabilistici", quali elementi essenziali del contratto derivato, rilevanti ai fini della sua validità... l'indicazione del *mark to market*, che individua il valore del contratto ad una certa data, nonché l'esplicitazione dei costi impliciti e dei cd. "scenari probabilistici", finiscono con il rappresentare il contenuto di un'obbligazione



che sorge con la stipula del contratto concorrendo ad integrarne la determinabilità del suo oggetto... La "scommessa razionale" meritevole di tutela, cui le Sezioni Unite hanno ricondotto la tipologia di derivato quale lo swap, postula, allora, che, in quest'ultimo, l'alea che comunque lo caratterizza debba essere misurabile "secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi": ciò impone che siano esplicitati - e condivisi con l'investitore - i costi impliciti, che determinano uno squilibrio iniziale dell'alea, il *mark to market* e, soprattutto, i cd. "scenari probabilistici". In altri termini, l'omessa esplicitazione di tali elementi si traduce, sostanzialmente, nella mancata formazione di un consenso in ordine agli stessi, e, dunque, nella inconfigurabilità di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'investitore di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto... Non si tratta, allora, di semplice violazione di obblighi informativi... ma di una carenza che - tenuto conto delle descritte peculiarità caratterizzanti la causa e l'oggetto dello strumento in esame, nonché delle innegabili interazioni tra essi configurabili - investe proprio l'essenza (di una parte) dell'accordo, vale a dire del contratto medesimo... così da cagionarne la nullità... Nondimeno, nemmeno la mera deduzione, nelle pattuizioni contrattuali, di un indice numerico di riferimento è suscettibile di consentire il superamento del sindacato di determinabilità; è necessario, altresì, che l'accordo investa "gli scenari probabilistici" ed abbia ad oggetto "la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti" affinché possa realizzarsi la funzione di gestione del rischio finanziario... la



mancata definizione dell'oggetto del contratto si traduce, per i derivati over the counter, in un vizio genetico del contratto poiché comporta la mancata esplicitazione degli elementi che incidono sull'alea del contratto... Invero, il mark to market rappresenta... un elemento determinante per la formazione del consenso del cliente: sebbene le modalità di calcolo possano risultare difficilmente comprensibili, specie se la controparte non riveste la qualità di cliente professionale, tale indicazione è comunque suscettibile di determinare il consenso dell'investitore circa la distribuzione dell'alea ed i costi del contratto. Esso, quale sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione, ovviamente presuppone il richiamo al tasso di interesse di riferimento, ma necessita altresì di essere sviluppato attraverso un conteggio che, mediante il ricorso a differenti formule matematiche, consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente al momento del calcolo del mark to market. Precisato, quindi, che, per definizione, quest'ultimo non può essere pattuito in modo determinato, 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, affinché possa sostenersi che esso sia quanto meno determinabile è comunque necessario che sia esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente. Ciò si rende necessario in quanto detta operazione può essere condotta facendo ricorso a formule matematiche differenti, tutte equivalenti



sotto il profilo della loro correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente differenti fra di loro... Il valore attribuito tramite mark to market, infine, può essere anche negativo purché l'accordo con il cliente (in cui, come si è già detto, si sostanzia, in via generale, il contratto), al momento della stipulazione del contratto stesso, abbia investito pure la sua (modalità di) concreta determinazione, consentendogli così di comprendere (ed accettare consapevolmente), fin da subito, la specifica alea (razionale) del derivato... Quell'accordo, infatti, deve investire, in modo specifico, completo e dettagliato, l'indicazione del criterio (matematico) con il quale si addivene al calcolo del menzionato valore. Conseguentemente, non possono ritenersi conformi al predetto iter, le condotte degli intermediari che si concretizzano nella formulazione generica di criteri di calcolo, ovvero che rimandano alle "quotazioni di mercato", con il rischio che la valutazione possa essere rimessa alla discrezionalità ed all'arbitrio della parte contrattuale più forte. Affermare, semplicemente, che il mark to market sia determinato in base alle variazioni dei tassi di interesse equivale a concepire un accordo sulla stipulazione del derivato che, alla stregua delle considerazioni tutte finora esposte, si rivelerebbe assolutamente carente del consenso (e, dunque, dell'in sé del contratto) su una parte del suo oggetto: in particolare, quanto al metodo di calcolo utilizzato per determinare il *fair value* del contratto medesimo... l'indicazione del *mark to market*, compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo, costituisce elemento essenziale del contratto IRS. La sua omissione, come pure quella dei metodi (matematici) su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera (al pari



della carente esplicitazione dei costi impliciti dello stesso o della prospettazione dei suoi c.d "scenari probabilistici") l'impossibilità di individuare concretamente (*rectius*: misurare) l'alea oggetto dell'IRS, così che il corrispondente contratto deve essere sanzionato con la nullità per indeterminabilità dell'oggetto. Invero, in caso di derivati *over the counter*, la mancata conoscenza del *mark to market* e/o degli "scenari probabilistici" assume una consistenza ben maggiore poiché l'intermediario è sempre controparte diretta dell'investitore e condivide con quest'ultimo l'alea del contratto; di talché, non essendo revocabile in dubbio la circostanza che il contratto di *swap* è caratterizzato da un'alea reciproca e bilaterale a carico dei contraenti, deve considerarsi inconcepibile che la qualità e la quantità delle alee, oggetto del contratto, siano ignote ad uno dei contraenti perché rimaste estranee all'oggetto dell'accordo...>>.

È, pertanto necessario, ai fini della determinabilità dell'oggetto del contratto di swap, la definizione dei criteri/formula in base ai quali si calcola quel costo; la formula, infatti, esprime una misurazione dell'alea, e la misurabilità è indice della razionalità dell'alea stessa: <<se quei criteri/formula si rivelano del tutto scollegati dalla realtà, allora si avrà effettivamente un'alea non razionale, con conseguente nullità del contratto; ma se essi restano nell'ambito della plausibilità razionale, tanto basta a salvare il contratto stesso>>.

4.6. In risposta al decimo quesito, il CTU ha premesso che <<Al fine di verificare “se i contratti derivati fossero stati sottoscritti a condizioni *par*”, si procede innanzitutto alla valorizzazione in termini finanziari degli obblighi



assunti dalla Cliente e dalla Banca, e quindi a determinare i *pricing* dei contratti (vale a dire il cd. valore “*mark-to-market*”) alla data di stipula... I *pricing* di seguito prodotti hanno valore di stima in quanto i contratti in esame fanno riferimento ad operazioni non quotate sul mercato e per le quali, quindi, non è disponibile un prezzo ufficiale. Il *pricing* è, quindi, ottenuto tramite l'utilizzo di modelli di tasso a breve coerenti con le variabili di riferimento di ciascuna struttura, attraverso la cd. tecnica di simulazione Montecarlo... Il valore MtM... non sarà, perciò, un valore deterministico, quanto, piuttosto, una media dei possibili risultati ponderata per le relative probabilità. In quanto valore atteso derivante da un processo di simulazione, esso sarà soggetto ad una misura di dispersione rappresentata dall' “errore standard” la cui dimensione sarà tanto inferiore quanto maggiore sarà l'accuratezza della simulazione. L'intero impianto di valutazione è alimentato attraverso dati di mercato disponibili da fonti pubbliche e indipendenti (es. Xignite, Thomson Reuters Eikon), riepilogati in apposita sezione. Si precisa che le valutazioni sono state ottenute utilizzando i dati mid market³⁰ che non considerano le voci di costo che a sua volta l'intermediario sostiene nell'operazione... Inoltre, non disponendo di dati puntuali nello specifico momento di negoziazione di ciascuna operazione le valutazioni sono state ottenute utilizzando i dati mid market alla chiusura della giornata di contrattazione. Qualora le operazioni fossero state perfezionate in un altro istante della giornata si sarebbero concluse con valori probabilmente differenti>>.

Il consulente d'ufficio per ciascun contratto ha calcolato il valore del *mark to*



market al momento della sottoscrizione ed al momento della risoluzione (tranne che per i primi due e l'ultimo):

-Contratto Formula Swap: il MtM al momento della sottoscrizione (30/03/1999), espressione del differenziale tra le prestazioni lato Cliente e lato Banca, è risultato pari ad € -10,067 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione, pari ad una deviazione standard, di € 312;

-Contratto Interest Rate Collar: il MtM alla sottoscrizione (30/03/1999) è risultato pari ad € -4,191 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 87;

-Contratto Q-3D ZETA Swap -1.5M: alla sottoscrizione (17/11/2000) il MtM è risultato pari ad € -29,244 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 703, mentre alla data della risoluzione anticipata (11/01/2001) pari ad € -92,270 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 920;

-Contratto Q-£D ZETA Swap -2.5M: alla sottoscrizione (11/01/2001) il MtM è risultato di € -144,804 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 1,313, mentre all'atto della risoluzione anticipata (13/07/2001) è risultato di € -133,613 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 1,147;

-Contratto Atlantic Swap: alla sottoscrizione (13/07/2001) il MtM è risultato di € -205,956 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 813, mentre al momento risoluzione anticipata (04/10/2001) è risultato di € -262,717 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 757;

-Contratto Atlantic CMS Swap: alla sottoscrizione (04/10/2001) il MtM è risultato di € -303,698 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione



di € 411, mentre alla risoluzione anticipata (24/07/2002) è risultato di € -294,503 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 277;

-Contratto EXTRA Swap: alla sottoscrizione (24/07/2002) il MtM è risultato di € -422,344 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 760, mentre alla risoluzione anticipata (04/03/2003) è risultato di € -192,794 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 918;

-Contratto EXTRA 2 Swap: alla sottoscrizione (04/03/2003) il MtM è risultato di € -238,535 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 874, mentre al momento risoluzione anticipata (30/05/2003) è risultato di € -187,685 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 979;

-Contratto SUNRISE Swap: alla sottoscrizione (30/05/2003) il MtM è risultato di € -277,147 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 583, mentre alla risoluzione anticipata (22/01/2004) è risultato di € -245,717 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 616;

-Contratto IRS Direzionale: alla sottoscrizione (22/01/2004) il MtM è risultato di € -342,437 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 1,866, mentre alla risoluzione anticipata (29/04/2004) è risultato di € -329,480 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 1,820;

-Contratto INFLAZIONE Swap: alla sottoscrizione (29/04/2004) il MtM è risultato pari a € -456,659 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 2,284, mentre al momento risoluzione anticipata (07/02/2005) è risultato di € -314,571 a debito per la Cliente, con un errore di simulazione di € 2,215;

-Contratto FORMULA INFLAZIONE Swap: alla sottoscrizione (07/02/2005) il MtM è risultato pari a € -416,236 a debito per la Cliente, con



un errore di simulazione di € 1,392>>.

In conclusione, il CTU (pag. 107 della consulenza) ha affermato che << i valori MtM dei contratti mostrati dalla Tabella 19 alla Tabella 39 ed, in particolare, la differenza rispetto al valore teorico nullo di mercato (nel caso dei contratti di nuova sottoscrizione) o al valore di *up-front* (nel caso di rimodulazione), come riepilogato in Tabella 40, si poteva cogliere <<solo applicando formule di valutazione generalmente note e comprensibili solo agli specifici operatori del settore>>.

Pur partendo dal presupposto che, per definizione, il MtM è un valore mutevole, la valutazione compiuta dal CTU risulta essere, come da egli stesso esposto, una valutazione di stima non disponendo egli di dati precisi né conoscendo, in quanto non reso noto, l'esatto momento della giornata in cui i contratti sono stati stipulati.

Il CTU ha, poi, accertato che per tutti i contratti il valore del Mtm era negativo, ma, come esposto nella richiamata pronuncia di legittimità tale indicazione è legittima qualora vi sia un accordo a monte tra le parti circa la determinazione del valore; inoltre, solamente negli ultimi due contratti derivati viene specificato che *“l’accredito dell’importo upfront compensa l’addebito del mark to market negativo complessivo e ricostituisce nella nuova operazione la stessa situazione economica finanziaria esistente tra le controparti delle operazioni risolte alla data di risoluzione anticipata”* mentre in realtà il valore del *mark to market* era alla data della stipula di tutti i contratti sempre negativo (cfr. tabella n. 40 a pg. 103 della relazione); inoltre solo negli ultimi due contratti, ai fini del calcolo del Mtm, è fatto un



generico richiamo all'andamento del mercato, dichiarando il cliente "(ii) di riconoscere che, per tutta la durata della Nuova Operazione, il relativo valore di "mark to market" non sarà costante e potrà variare, in aumento o in diminuzione, in funzione dell'andamento del mercato", riferimento anch'esso ritenuto dalla Suprema Corte inidoneo a fornire un'indicazione legittima del Mtm e della relativa modalità di calcolo e degli scenari probabilistici. Deve, quindi, ritenersi che in tutti i contratti l'indicazione del mark to market e delle relazione modalità di calcolo nonché degli scenari probabilistici sia mancante.

Il CTU, infatti, al fine di ricavare il valore del MtM ha fatto ricorso a formule che, pur essendo note agli operatori di settore, non sono state espressamente indicate nei contratti e per tale ragione non può ritenersi che l'investitore, abbia prestato il proprio consenso in maniera consapevole, piena e completa, né che, pur essendosi dichiarato esperto del settore, abbia, in modo altrettanto consapevole, pieno e completo, acquisito conoscenza del rischio assunto.

Il tema della dichiarazione *ex art. 31* è inconferente con riguardo al requisito della validità costituito dalla presenza delle indicazioni di forma/contenuto ritenute essenziali dalla Suprema Corte ai fini della valutazione del rischio.

La dichiarazione *ex art. 31*, come già evidenziato, rileva sul piano degli obblighi informativi, non certo sulla preventiva conoscibilità, ai fini della formazione dell'accordo e della sua validità, sotto il profilo causale e di quello della determinatezza dell'oggetto, in ordine alla misura dell'alea; conoscibilità che tutti i contratti in questione non hanno consentito essendo mancanti degli elementi a ciò necessari (cfr. da ultimo Cass. 7368/2024).



Pertanto, i contratti oggetto di causa sono nulli.

A ciò consegue la condanna della banca alla restituzione delle somme oggetto dei pagamenti effettuati a titolo di flussi finanziari, quantificati dal CTU, configurandosi un'ipotesi di indebito oggettivo.

5. In conclusione gli importi che l'istituto bancario deve restituire ammontano a complessivi € 709.190,28, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo, non essendovi allegazione e prova di elementi che valgano a connotare come in malafede il comportamento della banca.

5.1. Non compete, inoltre, la rivalutazione monetaria, avendo l'obbligazione restitutoria *ex art. 2033 c.c.* natura di debito di valuta; al riguardo va rilevato che il creditore di una obbligazione di valuta, il quale intenda ottenere il ristoro del pregiudizio da svalutazione monetaria, ha l'onere di domandare il risarcimento del "maggior danno" ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ., e non può limitarsi a domandare semplicemente la condanna del debitore al pagamento del capitale e della rivalutazione, non essendo quest'ultima una conseguenza automatica del ritardato adempimento delle obbligazioni di valuta (Cass. S.U. 5743/2015 e da ultimo, in senso conforme, Cass. 16565/2018).

Nel caso di specie l'appellante si è limitata genericamente a richiedere la rivalutazione monetaria.

5.2. Quanto alla domanda risarcitoria il Collegio osserva che non risulta assolto l'onere della prova circa l'esistenza di un danno ulteriore rispetto a quello subito in conseguenza dei pagamenti effettuati e di cui, in conseguenza della illegittimità degli addebiti e della nullità dei contratti di



acquisto, è stata disposta la restituzione *ex art. 2033 c.c.*

6. Con il quarto motivo parte appellante espone come la CTU abbia dato atto che la stipulazione dei primi derivati era volta alla copertura del rischio, mentre quella dei successivi, salvo il terzo, siglato il 17 novembre 2020, per rimandare nel tempo, per mezzo dell'erogazione di *up front*, il *mark to market* del derivato precedente. Il CTU ha precisato che <<Qualora le prime operazioni poste in essere fossero state di (pura) copertura sia per struttura sia per correlazione con il debito sottostante, le perdite registrate sarebbero state compensate dalla minor onerosità del debito stesso e quindi, nel complesso, non ci sarebbe stata alcuna perdita da gestire in modo speculativo ... da parte della  >> e che <<il cliente incassa un up-front, ma non lo utilizza per tutelare la perdita che il contratto appena stipulato potrebbe generare quanto, piuttosto, per rifondere una perdita che è già stata realizzata sul contratto sostituito>>. I derivati non vanterebbero una “*elevata correlazione*” al finanziamento in base ai criteri di cui alla Determinazione Consob del 26 febbraio 1999 e sarebbero quindi nulli per non meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, interpretato alla luce dell'art. 21 TUF e dell'art. 26 Reg. Consob 1152/1998.

Sarebbe evidente la mancanza di una funzione di copertura nei derivati conclusi con l'erogazione di un importo *up front* volto a compensare l'addebito del *mark to market* del derivato precedente, essendo stati stipulati per compensare la perdita causata dal prodotto precedente e rimandarla nel tempo, incrementandola. Ciò sarebbe stato confermato dal CTP della banca, secondo il quale i derivati sono stati strutturati unilateralmente da Unicredit



e non avrebbero funzione di copertura.

6.1. Con il quinto motivo l'appellante deduce come già prima della pronuncia a Sezioni Unite n. 8770/2020 si sia consolidata la teorica dell'alea razionale in base alla quale l'intermediario deve rendere noti al cliente gli scenari probabilistici da esso calcolati nel momento in cui viene stipulato un contratto di *interest rate swap*, affinché possa governare il rischio assunto.

La CTU ha quantificato la presenza nei contratti derivati di costi impliciti pari ad € 797.968,00, e ciò sarebbe decisivo in quanto nel <<quadro di corretto adempimento dell'attività d'intermediazione occorre rilevare anche la deduzione dei cd. costi impliciti, riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici>>.

I “costi impliciti” corrisponderebbero al valore negativo del *mark to market* posto a carico dell'investitore, dunque al fatto che la stima dei flussi attesi attualizzati sarebbe negativa per l'investitore per un ammontare pari a quell'importo. Non indicando i costi impliciti non si comunicano i flussi attesi negativi, quindi il contratto non sarebbe trasparente.

Il Tribunale avrebbe confuso i paramenti di calcolo dei flussi futuri, indicati nei contratti, con il modello di calcolo del valore finanziario dei flussi attesi, poiché un conto sarebbe concordare preventivamente le modalità di calcolo dei flussi e un conto stimare previamente insieme al cliente le probabilità di verifica dei diversi scenari e la sintesi della distribuzione dei flussi attesi, ossia il *mark to market*, condividendo il modello di calcolo. In merito le Sezioni Unite hanno attribuito rilevanza alla trasparenza e al derivato come contratto aleatorio concluso sul presupposto della preventiva stima del valore



del rischio, tuttavia ciò sarebbe stato disatteso dalla sentenza impugnata.

6.1. La Corte, alla luce delle motivazioni sulla base delle quali è stato accolto il terzo motivo ritiene assorbiti il quarto ed il quinto motivo di gravame.

7. Con il primo motivo d'appello incidentale la banca lamenta l'omessa valutazione da parte del Tribunale dell'eccezione di dolo, avendo la controparte intrattenuto rapporti con essa per circa trent'anni senza nulla eccepire e soltanto trascorsi sette anni dall'estinzione dell'ultimo swap e quattro anni dalla chiusura del conto corrente ha contestato le invalidità dedotte. Inoltre, il contegno dell'appellante contrasterebbe con il generale canone di buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., avendo eccepito l'invalidità dei contratti dopo averne usufruito per anni senza nulla contestare, dal momento che sul c/c della cliente sarebbero stati accreditati anche flussi positivi.

7.1. Il motivo è infondato.

Non può essere invocata dalla banca la violazione del principio della buona fede in relazione al tempo trascorso per l'esercizio dell'azione, imprescrittibile, di nullità e dell'azione di ripetizione, anch'essa svolta dalla controparte nel rispetto dei termini di prescrizione e dopo avere versato alla banca quanto dovuto in esito alla chiusura dei rapporti.

Quanto ai flussi positivi inerenti ai contratti derivati, il Collegio rileva che si tratta degli importi di € 5.165,00 ed € 1.549,00 che il CTU ha già detratto per pervenire alla quantificazione dei flussi negativi in € 524.276,00.

8. Con il secondo motivo l'appellante incidentale lamenta che il Tribunale non abbia esaminato l'eccezione di prescrizione (già avanzata nella comparsa



di risposta in prime cure) con riferimento alle azioni di ripetizione dell'indebito, relativamente alle rimesse eseguite in conto fino al 2008 o, in via subordinata, al 2003 a titolo di flussi differenziali ovvero di interessi, commissioni e spese addebitati in c/c, all'azione di risoluzione delle operazioni relative ai derivati siglate prima del luglio 2003, all'azione di risarcimento del danno da inadempimento.

Il Tribunale ha ritenuto tale eccezione <<fondata sulla considerazione che il termine prescrizione decorra dalla data di effettuazione dei singoli versamenti e non dalla data di chiusura del rapporto di conto corrente>>, non considerando che era stata sollevata anche riguardo all'azione di ripetizione dei flussi generati dai derivati, all'azione di risarcimento e all'azione di risoluzione degli swap. Inoltre, avrebbe errato nel valutare l'eccezione con riferimento alle rimesse intervenute in c/c per addebiti di interessi e commissioni, come eccepite da controparte, pur essendo ormai pacifica la soggezione del diritto di ripetizione al termine decennale di prescrizione.

Deduce, inoltre, come il *dies a quo* per il calcolo della prescrizione vada individuato, in base all'art. 2935 c.c., nel "*giorno in cui il diritto può essere fatto valere*", dunque con riferimento ai rapporti di c/c la prescrizione inizierebbe a decorrere dal momento in cui può essere chiesta la restituzione degli addebiti illegittimi. Il *dies a quo* andrebbe individuato nel momento in cui sono stati effettuati i singoli pagamenti, aventi autonoma rilevanza giuridica ai fini della decorrenza del termine prescrizione, come peraltro indicato dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 14418/2010. Tuttavia, in tale pronuncia è stato precisato che il pagamento che rileva come *dies a quo* per



la decorrenza della prescrizione va identificato con ogni versamento eseguito in favore della banca che non abbia funzione meramente ripristinatoria, ma tale interpretazione sarebbe fuorviante, poiché l'illegittimità degli addebiti potrebbe essere eccepita già dall'annotazione dell'addebito sul conto, momento a partire dal quale il correntista può far valere il proprio diritto alla rideterminazione del saldo.

In ogni caso, pur aderendo all'interpretazione fornita dalla Cassazione, la banca non dovrebbe indicare quali rimesse abbiano natura solutoria e in quali di esse vada individuato il *dies a quo* per il termine di prescrizione (si veda Cass. Sez. Un. N. 15895/2019).

Del resto, lo stesso Tribunale aveva chiesto al CTU di individuare quali rimesse avessero natura solutoria e quali ripristinatoria, senza ottenere riscontro, avendo il CTU affermato che «agli atti non è stato depositato il contratto di apertura. Il CTU ritiene che la mancanza di tale documento sia di assoluta rilevanza in quanto non ha permesso allo stesso la completa analisi delle condizioni economiche oltre ad impedire allo stesso di poter rispondere in tema di prescrizione». Dal canto proprio, il ctp avrebbe segnalato che l'ammontare e la tipologia del fido avrebbe potuto essere ricavata dalla lettura degli estratti scalari versati in atti ed avrebbe chiesto al CTU di effettuare il calcolo considerando l'eccezione di prescrizione, desumendo la presenza e l'ammontare del fido anche delle indicazioni presenti negli estratti conto e scalari depositati, individuando le rimesse sulla base delle originarie annotazioni contabili riportate negli estratti conto.

8.1. Il motivo è in parte assorbito ed in parte infondato.



8.2. Per quanto concerne l'azione di risoluzione e di risarcimento danni, la questione della prescrizione si ritiene assorbita a fronte delle argomentazioni esposte nella trattazione dei precedenti motivi.

8.3. Per quanto riguarda, invece, l'eccezione di prescrizione inerente l'azione di ripetizione dell'indebitito il Tribunale ne ha così motivato il rigetto: <<Come è noto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24418/2010... hanno affermato che la prescrizione del diritto del correntista all'indebitito decorra dalla chiusura del conto corrente laddove, in presenza di apertura di credito, i versamenti del correntista abbiano natura meramente ripristinatoria della provvista e non natura solutoria. Nel caso di specie, è stata ampiamente documentata, per il tramite degli estratti conto prodotti (doc. 3 fascicolo parte attrice), l'operatività di aperture di credito, in relazione alle quali venivano trimestralmente addebitate "spese per gestione fido" ovvero "spese di revisione fido". Per queste ragioni i pagamenti effettuati dalla società attrice debbono essere necessariamente ricondotti all'interno di un meccanismo compensatorio di ripristino di provviste pregresse, caratterizzato dal collegamento negoziale dei singoli contratti derivati. Di conseguenza, il momento in cui l'eventuale credito restitutorio diventa azionabile deve necessariamente avere come punto di riferimento la data di chiusura del conto su cui i flussi di denaro ricadevano periodicamente, secondo quanto chiaramente disposto dalle citate Sezioni Unite del 2010>> (pag. 7 della sentenza impugnata).

La Corte osserva come l'appellante incidentale si sia limitato a richiamare la pronuncia della Corte di Cassazione applicata dal Tribunale, indicando il



momento a partire dal quale decorrerebbe la prescrizione, senza, però, contestare la statuizione di primo grado circa l'esistenza di aperture di credito e del meccanismo compensatorio caratterizzato dal collegamento negoziale dei contratti derivati.

Inoltre, con riferimento ai calcoli operati sul punto in sede di consulenza tecnica d'ufficio la Corte evidenzia come l'appellante incidentale abbia riproposto osservazioni cui il CTU aveva già replicato, senza fornire ulteriori elementi obiettivi suscettibili di indurre il Collegio a discostarsi dalle considerazioni esposte dal CTU in sede di replica.

9. Pertanto, l'appello va accolto e la sentenza impugnata va riformata mentre va rigettato l'appello incidentale.

10. Con riferimento al regime delle spese di lite, in applicazione del criterio della soccombenza, parte appellata/appellante incidentale va condannata al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio che si liquidano in conformità ai parametri medi di liquidazione di cui al D.M. n. 147/2022 dello scaglione di riferimento (scaglione compreso tra € 520.001,00 ed € 1.000.000,00).

In applicazione del medesimo criterio, vanno poste definitivamente a carico di U  S.p.a. le spese di entrambe le CTU espletate in primo grado.

11. Sussistono i presupposti, ai sensi dell'art 13 comma 1, quater del DPR 115/2002, del pagamento del doppio del contributo unificato a carico dell'appellante incidentale.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente



pronunciando:

1) accoglie l'appello principale proposto da [REDACTED] s.r.l. avverso la sentenza n. 1250/2020 del Tribunale di Brescia in data 2 luglio 2020 e, per l'effetto:

a) dichiara l'illegittimità degli addebiti effettuati in c/c n. 5519090 a titolo di interessi ultralegali, anatocistici, cms e spese;

b) dichiara la nullità dei dodici contratti derivati di cui è causa e condanna U [REDACTED] S.p.a. in favore di [REDACTED] s.r.l. alla restituzione delle somme oggetto dei pagamenti effettuati a titolo di flussi finanziari negativi;

c) per l'effetto, dichiara che il saldo finale del c/c n. 5519090 alla data del 30 giugno 2009 è pari ad € € 709.190,28 e condanna U [REDACTED] S.p.a. al pagamento in favore di [REDACTED] s.r.l. di detta somma, oltre interessi legali dalla data della domanda al saldo;

2. rigetta l'appello incidentale proposto dalla U [REDACTED] S.p.A.;

3) condanna U [REDACTED] S.p.a. al pagamento in favore di [REDACTED] s.r.l. delle spese di entrambi i gradi di giudizio che liquida, per il primo grado, in € 4.607,00 per la "fase di studio", € 3.039,00 per la "fase introduttiva", € 13.534,00 per la "fase di istruttoria/trattazione" ed € 8.013,00 per la "fase decisionale" oltre IVA, CPA e rimborso forfettario come per legge, e, per il secondo grado € 5.706,00 per la "fase di studio", € 3.318,00 per la "fase introduttiva", € 7.644,00 per la "fase di istruttoria/trattazione" ed € 9.487,00 per la "fase decisionale" oltre IVA, CPA e rimborso forfettario come per legge;



4. pone definitivamente a carico di U[REDACTED] S.p.a. le spese relative alle CTU espletate in primo grado.

Sussistono i presupposti, ai sensi dell'art 13 comma 1, quater del DPR 115/2002, del pagamento del doppio del contributo unificato a carico dell'appellante incidentale.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 4 dicembre 2024.

**Il Presidente est.
dott. Vittoria Gabriele**

