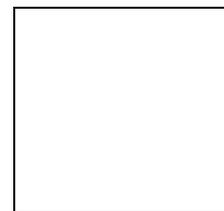


Civile Ord. Sez. 1 Num. 32838 Anno 2022

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 08/11/2022



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 36865/2018 R.G. proposto da:

MODUS S.R.L., elettivamente domiciliata in ROMA VIA TORTONA
4, presso lo studio dell'avvocato LATELLA STEFANO
(LTLSFN57B13H501P) che lo rappresenta e difende unitamente
all'avvocato DE POLI MATTEO (DPLMTT63B07L736W)

-ricorrente-

contro

VENETO BANCA S.C.P.A. IN LIQUIDAZIONE COATTA
AMMINISTRATIVA, elettivamente domiciliato in ROMA VIA SISTINA,
42, presso lo studio dell'avvocato GALOPPI GIOVANNI
(GLPGNN56B04H501M) rappresentato e difeso dall'avvocato LILLO
ANTONELLA (LLLNNL61M59L407E)

-controricorrente-

nonché contro

INTESA SANPAOLO S.P.A., elettivamente domiciliata in ROMA VIA
SISTINA, 42, presso lo studio dell'avvocato GALOPPI GIOVANNI

(GLPGNN56B04H501M) rappresentato e difeso dall'avvocato LILLO ANTONELLA (LLLNNL61M59L407E)

-controricorrente-

avverso la sentenza della CORTE D'APPELLO VENEZIA n. 2184/2018 depositata il 27/07/2018.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 14/09/2022 dal Consigliere LOREDANA NAZZICONE.

FATTI DI CAUSA

Con lodo emesso il 24 maggio 2011, il collegio arbitrale ha condannato la Veneto Banca s. coop. p.a. al risarcimento del danno, nella misura di € 869.000,00, oltre interessi legali dal 23 settembre 2009, in favore della Modus s.r.l., decidendo sulle proposte domande di nullità o risoluzione, con conseguente risarcimento del danno, di accordi-quadro concernenti *interest rate swap* e strumenti finanziari derivati *over the counter*, conclusi dalla società e dalle sue danti causa Parim s.r.l. e Immobiliare Gemo s.r.l.

Adita dalla banca soccombente, la Corte d'appello di Venezia, con sentenza del 27 luglio 2018, in accoglimento dell'impugnazione, ha annullato il lodo; nel giudizio rescissorio, quindi, ha respinto le domande, come proposte dalla società innanzi agli arbitri, rigettando anche l'impugnazione incidentale della Modus s.r.l., volta alla risoluzione dei contratti predetti.

Avverso questa sentenza ricorre la Modus s.r.l., sulla base di otto motivi, dichiarando di avere intimato in cassazione anche Intesa Sanpaolo s.p.a., quale eventuale cessionaria del credito in forza del d.l. n. 99 del 2017 e del contratto di cessione di azienda del 26 giugno 2017. La ricorrente ha depositato la memoria ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c.

Resistono con controricorsi Veneto Banca s.p.a. in l.c.a. e Intesa Sanpaolo s.p.a., parimenti depositando le memorie di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c.

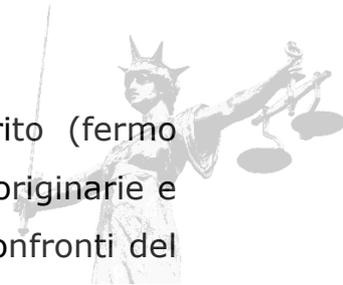
RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – La cessione di ramo d'azienda, operata tra la Veneto Banca s.c.p.a. ed Intesa Sanpaolo s.p.a. (d.l. n. 99 del 2017 e contratto di cessione stipulato in data 26 giugno 2017) rende al più – la circostanza è invero contestata dalle controricorrenti, che negano la cessione del rapporto per cui è causa – quest'ultima un successore a titolo particolare, ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

Ne deriva, anche qualora la cessione ricomprendesse il rapporto *de quo*, Intesa Sanpaolo s.p.a. non avrebbe potuto intervenire spontaneamente, né essere chiamata nel giudizio di cassazione, dovendo proseguire questo in ogni caso fra le parti originarie.

Secondo condivisibile principio, che si intende ribadire, nel giudizio di cassazione, mancando un'espressa previsione normativa che consenta al terzo di prendervi parte con facoltà di esplicitare difese, è inammissibile l'intervento di soggetti che non abbiano partecipato alle pregresse fasi di merito, fatta eccezione per il successore a titolo particolare nel diritto controverso, al quale tale facoltà deve essere riconosciuta soltanto ove non vi sia stata precedente costituzione del dante causa od ove tale costituzione non abbia riguardato il diritto oggetto di cessione (Cass. 1° marzo 2022, n. 6774; Cass. 4 marzo 2021, n. 5987; Cass. 10 ottobre 2019, n. 25423; Cass. 7 agosto 2018, n. 20565; Cass. 18 aprile 2005, n. 7930).

Come anche di recente affermato (Cass. 16 giugno 2022, n. 19528), il successore a titolo particolare nel diritto controverso può, ad esempio, impugnare per cassazione la sentenza di merito, entro i termini di decadenza, in forza di una legittimazione autonoma a titolo derivativo, ma non può intervenire nel giudizio di legittimità, mancando una espressa previsione normativa riguardante la disciplina di quell'autonoma fase processuale, che consenta al terzo la partecipazione al giudizio con facoltà di esplicitare difese, assumendo una veste atipica rispetto alle parti



necessarie, che hanno partecipato al giudizio di merito (fermo restando che il giudizio si svolge comunque tra le parti originarie e che la sentenza spiegherà comunque i suoi effetti nei confronti del successore a titolo particolare).

Situazione non sussistente nel caso in esame, in cui la intimata cedente si è costituita in sede di legittimità.

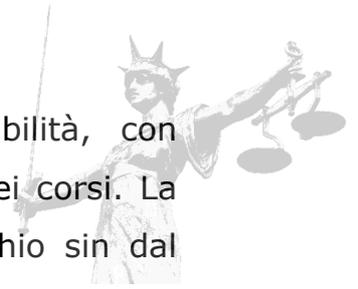
Onde non ricorre, nella specie, né l'ipotesi in cui questa Corte ha ammesso l'intervento in cassazione del terzo successore a titolo particolare nel diritto controverso, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., segnatamente per il caso di «*mancata costituzione del dante causa, ai fini dell'esercizio del potere d'azione derivante dall'acquistata titolarità del diritto controverso, determinandosi, in difetto, un'ingiustificata lesione del suo diritto di difesa*» (Cass. 11638/2016, 23439/2017, 33444/2018, 25423/2019 e 5987/2021, in motivazione), né l'ipotesi in cui il dante causa si costituisca dichiarando espressamente di svolgere difese esclusivamente con riguardo ai crediti rimasti nella sua titolarità (Cass. 6774/2022 e Cass. 25423/2019, in motivazione).

Ciò rende irrilevante la questione al riguardo, in questa sede.

2. - Con la sentenza impugnata la corte territoriale, per quanto ancora rileva, ha ritenuto fondato il motivo d'impugnazione che, ai sensi dell'art. 829, comma 3, c.p.c., denunciava la violazione degli artt. 29 e 31 reg. Consob n. 11522 del 1998.

Ha rilevato la corte territoriale che la Parim s.r.l. era iscritta all'albo degli intermediari finanziari, mentre tutte e tre le società avevano rilasciato alla banca la dichiarazione di operatore qualificato, richiamata nelle premesse dei contratti.

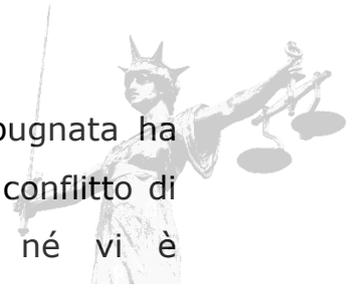
Quanto agli accordi-quadro per l'acquisto degli IRS, ha rilevato che, nelle schede finanziarie, venne dichiarata una propensione ad investimenti ad alto rischio con elevate perdite potenziali, un'esperienza in materia di strumenti finanziari anche consistenti in derivati, azioni non quotate ed obbligazioni di paesi a rischio, ed



obiettivi di investimento con prevalenza di rivalutabilità, con elementi speculativi ed elevato rischio di oscillazione dei corsi. La Parim s.r.l., ha rilevato, operava in titoli ad altro rischio sin dal 2000 e la sua iscrizione all'albo degli intermediari finanziari rende, per disposto normativo, inapplicabili le cautele, ai sensi dell'art. 31 reg. Consob n. 11522 del 1998.

Circa gli accordi-quadro per le operazioni OTC, le clausole 9 e 10, che riportano gli obblighi di cui agli artt. 27 e 29 reg. Consob, non potevano vanificare la qualificazione soggettiva delle investitrici ed indurre a disapplicare l'art. 31 del regolamento, dovendo tali clausole essere valutate assieme al contenuto complessivo dei contratti, e, in particolare, della dichiarazione di "operatore qualificato" contenuta nelle premesse: si tratta di una dichiarazione del cliente, con la quale egli compie una valutazione della propria competenza ed esonera l'intermediario da ulteriori verifiche. Del resto, il coordinamento tra le due previsioni negoziali trova la sua coerenza, considerando che, per alcune operazioni, il cliente avrebbe in effetti potuto avere necessità di un supplemento di informazioni per incrementare il suo bagaglio conoscitivo. Gli arbitri, pertanto, hanno errato nel non applicare l'art. 31 reg. citato, ben potendo le due previsioni contrattuali coesistere.

Ha, quindi, richiamato il principio secondo cui è onere del cliente allegare e provare specifiche circostanze, idonee a palesare all'intermediario l'assenza di quelle competenze qualificate (Cass. n. 8343 del 2018), ed ha rilevato che i bilanci palesavano ingenti immobilizzazioni finanziarie delle società, onde l'intermediario non aveva ragioni plausibili per dubitare della rispondenza al vero di quelle dichiarazioni; mentre la Modus s.r.l. aveva posto in essere già prima del 3 novembre 2005, data di sottoscrizione dell'accordo-quadro OTC, varie operazioni analoghe. Pertanto, ha ritenuto anche provato che le dichiarazioni autoreferenziali fossero rispondenti al vero.

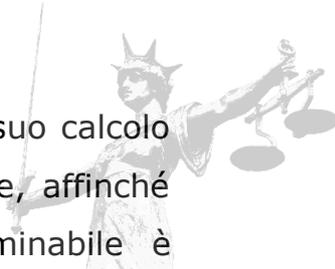


Infine, provvedendo in rescissorio, la sentenza impugnata ha negato l'inadempimento della banca: in quanto né vi è conflitto di interessi per l'operatività in contropartita diretta, né vi è inadeguatezza delle operazioni realizzate, per quanto sopra esposto circa i profili di rischio, l'esperienza in strumenti finanziari e le intenzioni di investimento delle società investitrici.

3. – Nella memoria depositata a norma di legge, la ricorrente ha introdotto un nuovo *thema decidendum*: quello della nullità dei contratti di negoziazione degli strumenti derivati per indeterminatezza del loro oggetto.

Essa ha richiamato, in particolare, la sentenza di questa Corte (Cass. 29 luglio 2021, n. 21830), secondo cui – in ossequio alle Sezioni unite in tema di derivati degli enti pubblici (Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770) – l'indicazione del *mark to market*, ovvero dei suoi criteri di calcolo, l'esplicitazione dei costi impliciti e la prospettazione dei c.d. *scenari probabilistici* costituiscono «*elementi essenziali del contratto derivato, rilevanti ai fini della sua validità*», per la rilevanza di tali contenuti contrattuali «*ai fini della determinazione dell'oggetto negoziale, così avallando l'orientamento che ne valorizza il corrispondente difetto come ragione di nullità del contratto*». In tali casi, prosegue la sentenza del 2021, non si tratta, allora, di semplice violazione di obblighi informativi, idonea a determinare solo eventuali responsabilità risarcitorie (Cass., sez. un., n. 26724 del 2007; Cass. n. 8462 del 2014), ma di una carenza che investe proprio l'essenza dell'accordo, vale a dire del contratto medesimo, così da cagionarne la nullità; laddove, invece, il dovere di informazione è fuori del contratto ed è oggetto di mera obbligazione di una delle parti, sanzionata con la responsabilità per i danni, e non con la nullità.

Infatti, posto che il *mark to market* «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» (Cass. 29 luglio 2021, n. 21830, cit.): peraltro, in tal caso, la sentenza ha cura di precisare come, in detta controversia, la società attrice aveva costruito la sua azione, come ivi emergeva dallo svolgimento del processo nella sentenza oggi impugnata, appunto dolendosi della concreta modalità di determinazione del *mark to market* e del suo potenziale valore successivo in relazione alla intera durata del contratto.

Niente di ciò, invece, nel caso di specie, in cui mai sono stati dedotte, né tantomeno provate, tali circostanze di fatto.

Quanto alla rilevabilità *ex officio* delle nullità negoziali, va invero confermato che detto principio, in sede di legittimità, trova il limite del divieto degli accertamenti di fatto, sicché nel giudizio di cassazione la nullità è rilevabile solo se siano acquisiti agli atti tutti gli elementi di fatto dai quali possa desumersene l'esistenza (Cass. 9 novembre 2020, n. 25084; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3556, non mass.; Cass. 29 luglio 2019, n. 20438, fra le altre).

Nessun riferimento è in atti ad una nullità del contratto, nella sentenza impugnata, come nel ricorso.

Ne deriva che questa Corte non può procedere alla disamina dei contratti intercorsi tra le parti.

A ciò si aggiunga che, come precisato dalle Sezioni unite, in caso di mancata rilevazione *ex officio* della nullità da parte della sentenza del giudice del merito che abbia respinto la domanda, si forma il giudicato: se invero questi «*rigetta la domanda (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento)*: si forma il

giudicato implicito sulla validità del negozio» (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242).

4. – Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 829 c.p.c., in quanto la corte territoriale ha provveduto ad interpretare le clausole contrattuali, censurando l'interpretazione resa dagli arbitri, ma il vizio di errata ermeneutica negoziale non è tra quelli per cui è ammessa l'impugnazione del lodo, e del resto la corte territoriale non ha neppure individuato quale criterio di interpretazione gli arbitri avrebbero violato.

Con il secondo motivo deduce, in via subordinata, la violazione o falsa applicazione degli artt. 112, 828 e 829 c.p.c., perché, in ogni caso, la banca non ha mai denunciato la violazione di norme di interpretazione del contratto da parte degli arbitri, limitandosi a contestare il risultato di quella interpretazione.

Con il terzo motivo lamenta, in ulteriore subordine, la violazione o falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1367, 1369 e 1370 c.c., per l'errata interpretazione degli artt. 9 e 10 del contratti-quadro, in cui è previsto il divieto per la banca di agire in conflitto di interessi, se non previa informazione del cliente, ed indicati gli obblighi della banca, in caso di operazione non adeguata: ed infatti, l'art. 31 reg. Consob n. 11522 del 1998 contempla la possibile deroga negoziale all'esenzione da quegli obblighi, e le parti avevano, nelle menzionate clausole negoziali, richiesto comunque l'adempimento degli obblighi di cui agli artt. 27 e 29 del regolamento.

Con il quarto motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 21 t.u.f. e 27, 29, 31 reg. Consob n. 11522 del 1998, per non avere la corte territoriale ritenuto derogabili, per accordo delle parti, le esenzioni previste per gli operatori qualificati dal predetto regolamento.

Con il quinto motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., per avere la corte territoriale ritenuto

provato che Modus s.r.l. abbia eseguito operazioni OTC già prima di rendere la dichiarazione di operatore qualificato del 3 novembre 2005, affermando che essa aveva in fatto tale qualità per l'esecuzione di tali operazioni, circostanza inoltre mai allegata dalle parti.

Con il sesto motivo, la ricorrente deduce la nullità della sentenza per la motivazione apparente, resa nel giudizio rescissorio dalla corte d'appello, in relazione alla insussistenza del conflitto di interessi e dell'inadeguatezza delle operazioni in IRS: sia, quanto al primo profilo, per il richiamo di sentenza inconferente relativa a titoli argentini (Cass. n. 16088 del 2018); sia, quanto al secondo profilo, per essersi limitata la corte a richiamare i profili di rischio, l'esperienza in strumenti finanziari e le intenzioni di investimento delle società.

Con il settimo motivo, la società deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 21 t.u.f. e 27 reg. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte territoriale escluso il conflitto di interessi in capo alla banca, certamente invece esistente nelle operazioni in derivati, fortemente sbilanciate in favore della banca stessa.

Con l'ottavo motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 21 t.u.f. e 29 reg. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte territoriale ritenuto adeguate le operazioni compiute, sebbene fosse pacifico in causa che mai prima di allora le tre società avessero concluso altri derivati OTC.

5. – Il primo motivo è fondato e idoneo a rendere assorbite le altre doglianze.

La sentenza impugnata ha nella sostanza accolto un motivo di impugnazione vertente sull'accertamento in fatto compiuto dagli arbitri, quale è quello concernente l'interpretazione del contratto-quadro, e non si è limitata a ravvisare la violazione dell'art. 31 reg. Consob n. 11522 del 1998.



Essa, dunque, non si è posta nel solco del principio, enunciato da questa Corte (cfr. Cass. 18 settembre 2020, n. 19602; Cass. 8 giugno 2007, n. 13511), secondo cui il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale ha per oggetto unicamente la verifica della legittimità della decisione resa dagli arbitri, non il riesame delle questioni di merito ad essi sottoposte, sicché l'accertamento in fatto compiuto dagli arbitri, quale è quello concernente l'interpretazione del contratto oggetto del contendere, non è censurabile nel giudizio di impugnazione del lodo, salvo che la motivazione sul punto sia completamente mancata od assolutamente carente.

Il giudice territoriale ha ritenuto, infatti, che l'art. 31 reg. Consob dovesse trovare piena applicazione, esonerando la banca dagli adempimenti informativi di legge, e ciò a fronte della interpretazione del contratto, da essa *ex novo* operata, nonché della interpretazione relativa alle dichiarazioni rese circa la qualità di operatore qualificato da parte delle tre società e delle informazioni da esse fornite in sede di redazione delle schede informative.

Arbitrato Italia



In tal modo, dunque, la sentenza impugnata ha proceduto alla interpretazione del contratto *inter partes*, non alla mera interpretazione ed applicazione dell'art. 31 cit., esulando così dall'ambito dei poteri-doveri del giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale.

L'interpretazione resa delle clausole 9 e 10 dell'accordo-quadro, come pure la spiegazione dalla corte offerta circa l'ambito di applicazione di questi e la conciliabilità con le complessive dichiarazioni delle società, costituisce invero attività preclusa in sede di impugnativa del lodo emesso dagli arbitri, ove pure questi avessero errato: a meno che non fosse stata efficacemente proposta un'impugnazione del lodo per violazione dei canoni di cui agli artt. 1362 ss. c.c., ciò che però non è, nel caso di specie.

È, dunque, fondato il primo motivo, che tale violazione deduce, con il suo conseguente accoglimento.

6. – I

7. – In accoglimento del primo motivo, la sentenza impugnata va quindi cassata, con rinvio innanzi alla Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione, perché provveda sull'impugnazione del lodo, in sede di rinvio, applicando i principî esposti, nonché alla liquidazione delle spese di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa innanzi alla Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 14 settembre 2022.

Il Presidente

(Carlo De Chiara)



Arbitrato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale