N. R.G. 1679/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di ANCONA

SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, in composizione monocratica, in persona del giudice dott. Sergio Casarella

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. /2017 promossa da:

S.R.L. (C.F.), con il patrocinio dell'avv. e dell'avv.

( )

(, elettivamente domiciliato in

ATTORE/I

contro

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

(C.F. , con il patrocinio dell'avv. e dell'avv. , elettivamente domiciliato in presso il difensore avv.

CONVENUTO/I

OGGETTO: *Contratti bancari.*

CONCLUSIONI

All'udienza del 22 ottobre 2019 le parti hanno concluso come da processo verbale di udienza, da intendersi qui integralmente richiamato e ritrascritto.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione depositato in data 01.03.2017 la conveniva in giudizio **Banca** e, per quanto d'interesse, in sintesi esponeva che:

- nel corso del 2009 incorporava le società dalla stessa controllate in Italia, in particolare e già . Spa;
- dal 26.11.2009 acquisiva l'attuale ragione sociale: ;
- l'acquisita era intestataria del conto corrente n. 62 della Banca Spa presso lo sportello di di ( ) con referente ;
- nel luglio del 2008, successivamente all'acquisizione da parte di

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e41662595 80bfd9bf0a2

il citato conto corrente veniva trasferito presso la filiale di ( ), con referente ;

- fin dal 2008 le continue relazioni tra l'odierna l e la B di ponevano le basi per la nascita di un reciproco rapporto di fiducia;
- negli ultimi mesi del 2009 stipulava un contratto di lease back con la Leasint Spa, per il valore di euro 8.000.000,00 con interessi a tasso variabile, al fine di realizzare la costruzione di un immobile;
- , venuta a conoscenza del suddetto contratto, proponeva la sottoscrizione di un derivato a copertura del rischio di oscillazione del tasso di interesse del contratto di lease back;
- il 10.11.2009 sottoscriveva il derivato IRS n. 4260167, presso la propria sede di in presenza di , responsabile Swap per la B , e ; contestualmente, sottoscriveva il Contratto Quadro per le operazioni su strumenti finanziari derivati e un ulteriore documento per la prestazione dei servizi di investimento (quest'ultimo mai consegnato alla Società e, pertanto, nullo ai sensi dell'art. 23 co.1. TUF);
- in esecuzione del contratto oggetto di contestazione era tenuta a versare dal 12.11.2009, data iniziale, al 12.11.2014, data finale, importi con cadenza trimestrale per un totale di euro 895.256,44;
- durante l'intero rapporto l'IRS non generava mai differenziali positivi per Srl che, pertanto, corrispondeva trimestralmente

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9b0a2

notevoli somme di denaro in favore della Banca convenuta;

- i citati importi venivano addebitati da B direttamente sul c/c n. 646 di presso la filiale di e ne aggravavano l'esposizione debitoria;
- a scadenza del contratto, l'odierna attrice attribuiva a Co.fi Srl incarico peritale economico-contabile con oggetto il contratto contestato;
- dall'esito della perizia emergeva che il derivato, per come strutturato, era inidoneo a fornire qualsivoglia copertura e, sulla base di una valutazione ex ante, non poteva che penalizzare la situazione di l; inoltre, ravvisava l'applicazione di una commissione implicita pari ad euro 97.964,07 oltre alla violazione degli obblighi dell'art. 21 ss. TUF;
- la relazione metteva in luce come la Banca aveva utilizzato, quale parametro per la determinazione del nozionale IRS, il debito residuo dei finanziamenti in scadenza nei 12 mesi (circa di euro 13.000.000,00) privo di correlazione con la durata quinquennale del derivato, in base alla quale il nozionale avrebbe dovuto corrispondere circa ad euro 4.000.000,00;
- il 26-30 giugno 2015 inviava raccomandata alla B convenuta, con la quale contestava la correttezza dell'operato in merito al contratto in questione e chiedeva la restituzione degli importi già versati pari ad euro 895.000,00;
- B , dal canto suo, rispondeva confermando la correttezza normativa del contratto e la sua funzione di copertura.

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b15961596e4166259580bfd9bf0a2

Tanto premesso in fatto, svolte le considerazioni in diritto, concludeva chiedendo al giudice adito, in via principale, di accertare e dichiarare la nullità, ex art. 30 co. 7 TUF, del contratto oggetto di contestazione per violazione, dell'art. 30 co. 6 TUF; di accertare e dichiarare la nullità del contratto ex art. 1418 e 1322 co. 2 c.c., per assenza della causa in concreto e, per difetto di bilateralità dell'alea contrattuale; di accertare e dichiarare la nullità del contratto ex art. 1418, 1322 e 1346 c.c. per l'applicazione da parte della Banca di una commissione implicita di euro 97.964,07; di accertare e dichiarare la nullità del contratto ex art. 1418, 1322 e 1346 c.c. per indeterminatezza della pattuizione del MTM; e, per effetto, condannare la B di alla restituzione, delle somme illegittimamente addebitate, non inferiori ad euro 895.256,44, delle somme applicate a titolo di commissioni, compresa la commissione implicita di euro 97.964,07, oltre interessi legati e rivalutazione dalla data dei singoli addebiti al saldo effettivo e danni ulteriori nonchè, capitalizzazione trimestrale ai sensi dell'art. 1283 c.c.; in via subordinata, di accertare la violazione degli obblighi di cui agli artt. 21 e 39 TUF e, per effetto, condannare al risarcimento del danno di euro 993.220,51 nonchè, alla restituzione delle somme applicate dalla Banca a titolo di commissioni, compresa la citata commissione implicita. Con vittoria di spese.

Si costituiva ritualmente **B** , avversando le opposte pretese sul presupposto che:

- il 10.11.2009 sottoscriveva con B , un'operazione di IRS su un nozionale *bullet* di 8 milioni per la durata di 5 anni;

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9b0a2

- il nozionale veniva parametrato all'esposizione debitoria complessiva che la cliente aveva con il sistema bancario al novembre 2009, come da risultanze della Centrale Rischi Bankitalia;
- ad ottobre 2009 la Centrale Rischi di Bankitalia evidenziava che l'indebitamento complessivo della società era pari ad euro 24/mln di cui, sui fidi a scadenza, euro 13/mln, a cui si dovevano aggiungere 4/mln del consolidamento del bridge di Unicredit; pertanto, la copertura di 8/mln che veniva fornita dall'IRS risultava corrispondere ad una quota assolutamente prudenziale;
- l'operazione era finalizzata alla sterilizzazione degli effetti conseguenti ai possibili movimenti dei tassi di interesse sul debito oggetto di intervento, il quale era costituito da una porzione del debito complessivo di cui la era al tempo titolare;
- i tassi fissi a carico di parte attrice venivano determinati in base ai livelli di tassi attesi per i singoli periodi;
- i differenziali negativi a carico di parte attrice erano la conseguenza dell'andamento dei tassi d'interesse del periodo, i quali erano fortemente condizionati dalla situazione economica internazionale;
- i maggiori flussi che era tenuta a versare venivano compensati da un alleggerimento degli oneri finanziari complessivi, ciò provava la bontà dell'operazione e che la stessa non mirava all'esclusivo scopo speculativo;
- il 14.05.2007 con delibera del Consiglio di Amministrazione di

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

gli amministratori venivano autorizzati alla stipula di finanziamenti ed operazioni finanziarie attive e passive;

- il 09.11.2009 veniva fornita una specifica consulenza sul derivato prestata dal funzionario B ;
- il 09.11.2009 veniva compilato da il questionario per la definizione del suo profilo finanziario;
- dalle risultanze del questionario emergeva, sulla base dell'utilizzo dei parametri MIFID, la qualificazione del cliente come "operatore professionale", tale circostanza veniva in concreto confermata dall'interlocuzione con personale qualificato di l, in particolare, con la Dott.ssa ;
- il Regolamento Consob n. 16190/2007 stabiliva la non applicazione agli operatori professionali delle regole di trasparenza e correttezza nei servizi di investimento e nei servizi accessori stabilite dagli artt. 27 al 56 del medesimo regolamento.

Tanto premesso in fatto, svolte le considerazioni in diritto, concludeva chiedendo al giudice adito, in via principale, di rigettare per infondatezza tutte le domande proposte da parte attrice, in subordine, di disporre la restituzione a carico di Srl di tutti i flussi attivi incassati in relazione al contratto oggetto di contestazione, nonchè i differenziali che risultino dovuti all'attrice alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o al tasso legale dalla data di percezione al saldo; in via ulteriormente subordinata,

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b15961596e4166259580bfd9b0a2

in caso di condanna della Banca al versamento di somme in favore di parte attrice, disporre la compensazione delle stesse con gli importi che risulteranno dovuti a qualsiasi titolo da in ulteriore subordine, di dichiarare la nullità parziale dei contratti ai sensi dell'art. 1419 c.c. nella sola parte che viola la norma imperativa di riferimento. Con vittoria di spese.

Il 22.02.2018, in seguito a Sentenza dichiarativa di Fallimento di Srl emessa dal Tribunale di , il Fallimento Srl, in persona del curatore fallimentare dottore , si costituiva per la prosecuzione del giudizio ai sensi dell'art. 302 c.p.c.

Espletata l'istruttoria con l'acquisizione dei documenti prodotti dalle parti e l'espletamento di una C.T.U., all'udienza del 22 ottobre 2019, le parti precisavano le conclusioni come in atti e chiedevano ex art. 190 c.p.c. termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda di nullità del contratto IRS per mancata previsione dello *ius poenitendi* per i contratti conclusi fuori sede previsto dall'art. 30 co. 6 TUF, è infondata e, pertanto, deve essere respinta.

Si rammenta che l'art. 30 co.7 TUF dispone la nullità dei contratti di

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

investimento carenti di indicazione del diritto di recesso, esperibile dall'investitore nel termine di sette giorni dalla stipulazione.

Il co.2 del citato articolo esclude la qualificazione in termini di "fuori sede" dell'offerta effettuata nei confronti di clienti professionali individuati ai sensi dell'art. 6, commi 2-quinquies e 2-sexies.

La loro puntuale qualificazione viene demandata al Regolamento Consob n. 11522/1998, che considera cliente professionale "*... ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante*".

Dalle risultanze documentali, in particolare, dal questionario che l compilava in data 09.11.2009 per la definizione del suo profilo finanziario secondo i criteri MIFID, risultava l'incontestato possesso della qualità di operatore professionale.

Alla luce delle considerazioni svolte, nel caso di specie, l'art. 30 co. 7 TUF non può trovare applicazione.

Si conviene con l'eccezione promossa da parte convenuta circa l'applicabilità dell'art. 30 TUF ai soli contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali con esclusione dall'ambito di operatività dei contratti Swap. Infatti, Tribunale Torino Sent., 18/09/2007 "*La nullità relativa prevista nella fattispecie dell'offerta fuori sede dall'art. 30, comma 7, D.Lgs. n. 58/1998, per l'omessa indicazione nel contratto della facoltà di recesso opera solo nell'ipotesi di collocamento si strumenti finanziari e di gestione di portafogli e non in quella di stipula di contratti swap.*"

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

Si respinge l'eccezione con cui parte convenuta affermava l'applicazione dell'art. 30 co. 6 TUF ai soli contratti conclusi successivamente al 01.09.2013, in forza della lettura dell'art. 56 quater L. n. 98 del 09.08.2013 quale norma di interpretazione autentica; infatti, la Cassazione civ. Sez. III con Sent., 03.04.2014, n. 7776 ne escludeva espressamente la qualificazione in termini di norma di interpretazione autentica.

Si respinge l'eccezione con cui parte convenuta lamentava la carenza probatoria dell'effettiva sottoscrizione del contratto fuori dalla sede della B. di ; invero, questo assunto è superato dalla lettura del contratto che risulta effettivamente stipulato a (cfr. doc. 1 pag. 22 parte convenuta).

Le domande di accertamento e dichiarazione della nullità del contratto oggetto di contestazione ex art. 1418 e 1322 c.c. per carenza di causa concreta e, per difetto di bilateralità dell'alea, sono infondate e, pertanto, devono essere respinte.

Con le presenti domande parte attrice sosteneva la carenza della funzione di copertura e della bilateralità dell'alea dell'IRS che infirmavano l'elemento causale del contratto.

In via generale, è possibile dire che, in un contratto derivato, le parti si obbligano (reciprocamente) a corrispondere una somma di denaro, pari ad un valore che riassume la interazione di fattori estranei alla loro sfera di controllo e dominio.

Se così è, la causa del contratto è valida ed efficace, in quanto risponde allo schema della corrispettività: si pone, semmai, un problema di governo degli

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159641662595 80bfd9bf0a2

obblighi assunti, che in tanto sono razionali in quanto esista un margine apprezzabile di verificazione dell'evento da cui dipende il risultato che entrambe le parti hanno programmato in contratto.

È dunque nullo il contratto derivato IRS, strutturato in maniera tale che il cliente sia sempre destinato, sulla base di una valutazione *ex ante,* a corrispondere un prezzo giacché, in questo caso, i rischi assunti non risultano bilanciati da alcun vantaggio sensibile.

È fondamentale, infatti, che l'attività di copertura comporti l'assunzione di un rischio al fine di cancellarne (in tutto o in parte) un altro, relativo all'attività sottostante.

Nel caso di specie, parte attrice affermava la carenza di causa concreta del contratto derivato per incongruenza del nozionale (pari a 8/mln di euro per la durata di 5 anni), che veniva dalla stessa considerato di gran lunga superiore ai debiti della società nei confronti del sistema bancario per i finanziamenti di durata pari a quella del derivato che, a suo dire, superavano di poco i 3 milioni di euro.

Inoltre, la stessa sosteneva che il prodotto finanziario non faceva altro che mutare, in termini peggiorativi, l'esposizione debitoria di

D'altro canto, parte convenuta, correttamente, evidenziava che la funzione di copertura dall'oscillazione dei tassi di interesse variabile svolta dal contratto IRS, non viene meno e non può essere valutata solo sulla base dei differenziali negativi, dovendosi anche considerare il minor esborso per interessi sul debito sottostate.

Peraltro, dalla risposta al quesito n. 2 della C.T.U. emergeva la prudenza nella

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

definizione del nozionale, assolutamente non superiore all'esposizione finanziaria che aveva nei confronti delle Banche che veniva quantificata in: "*...debiti verso banche a lungo termine € 8.331.850,37; debiti verso banche a breve termine € 11.479.960,73 per un'esposizione finanziaria netta, alla data di sottoscrizione del contratto, di euro -5.371.662,60*".

In merito al difetto di causa in concreto per carenza di alea bilaterale, parte attrice sosteneva che, sulla base dell'andamento prospettico dell'Euribor 3M alla data di sottoscrizione del contratto IRS, vi era un'assoluta impossibilità di produzione di differenziali netti positivi.

Contrariamente a ciò, parte convenuta evidenziava che il contratto derivato è per sua natura aleatorio tutte le volte in cui, al momento della stipulazione, non sia possibile effettuare una valutazione certa dei suoi effetti futuri.

Nel merito, si rammenta che la costante giurisprudenza non richiede una perfetta proporzione tra reciproci rischi del derivato e considera assente l'alea bilaterale solamente nel caso in cui un risultato positivo per il cliente sia impossibile *ex ante*.

La variazione nel tempo dei tassi di interesse in modo sfavorevole al cliente non esclude l'originaria causa del contratto, tutto ciò rientra nell'alea naturale dello stesso.

Nel caso di specie, l'esistenza dell'alea bilaterale veniva altresì confermata dalla risposta del C.T.U. al quesito n. 3 con il quale si chiedeva di accertare se, sulla base delle previsioni sull'andamento dell'Euribor 3M esistenti all'epoca della conclusione del contratto, fosse possibile il superamento dei tassi di interesse trimestrali applicati al cliente.

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159964166259580bfd9bf0a2

In particolare, il C.T.U. esponeva che: " *a) vi fosse la possibilità che tra il 12 novembre 2009 e il 12 novembre 2010 l'Euribor 3 mesi superasse il tasso del 1,67%; b) vi fosse la possibilità che tra il 12 novembre 2010 e il 12 novembre 2011 l'Euribor 3 mesi superasse il tasso del 2,42%. c) vi fosse la possibilità che tra il 12 novembre 2011 e il 12 novembre 2012 il l'Euribor 3 mesi superasse il tasso del 3,00%, anche se la Tabella 5 si spingeva solo fino a settembre 2012, vi è da notare che il tasso del 3% era già stato superato in maniera prospettica da giugno 2012. Non è stato possibile reperire documentazione che desse una visuale prospettica della crescita del tasso fino alla concorrenza del 3,67% tra il 12 novembre 2012 e il 12 novembre 2014*".

Alla luce delle suesposte considerazioni, si reputa esistente sia la funzione di copertura che l'alea bilaterale.

La domanda di accertamento e dichiarazione di nullità del contratto IRS per violazione degli artt. 1418, 1322 e 1346 c.c. per mancata indicazione nel contratto della commissione implicita è fondata e, pertanto, deve essere accolta.

In merito alla legittima applicazione delle c.d. commissioni implicite occorre osservare che i contratti *non par* presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato.

In generale, i termini finanziari della transazione vengono riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di *up front*.

Nei contratti non par, quindi, l'operazione non può mai definirsi "a costo zero", ma presenta sempre un costo implicito (laddove non esplicitato

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596e41662595580bfd9bf0a2

dall'intermediario) che rileva quale disallineamento fra il prezzo teorico di mercato dello strumento (*mark to market*) ed il prezzo ad esso attribuito dall'intermediario.

Fra le diverse voci che compongono il costo implicito, vi è quella relativa alla remunerazione trattenuta dall'intermediario quale corrispettivo per il servizio prestato, cioè per aver progettato, collocato o negoziato il prodotto finanziario.

In pratica, i contratti derivati OTC si caratterizzano per la sistematica presenza di un differenziale positivo fra prezzo di negoziazione e prezzo teorico di mercato. Tale differenza di valore garantisce un profitto finanziario all'intermediario.

Questo, sul presupposto che fuoriesce da qualsiasi logica commerciale ipotizzare prodotti finanziari predisposti e perfezionati da società commerciali senza che ci sia alcun margine di utilità per queste ultime, le quali, oltretutto, attraverso il contratto in derivati, assumono un rischio imprenditoriale connesso con la causa necessariamente aleatoria del negozio.

Sulla mancata specificazione, all'interno del contratto IRS oggetto di contestazione, della c.d. commissione implicita, si ravvisa che l'art. 58 del Reg. Consob n. 16190.2007 prevede la disapplicazione alle operazioni fra controparti qualificate quale, nel caso di specie, , delle regole di condotta di cui agli artt. 27-56 del medesimo regolamento che attengono principalmente agli obblighi informativi che ricadono sull'intermediario; d'altro canto, tale esclusione non può influire sugli elementi che, da un punto di vista civilistico, sono considerati parte essenziale del contratto, ed è proprio su tale ultimo assunto che prendevano mossa le difese di parte attrice.

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159e41662595 80bfd9bf0a2

La stessa citava la Sent. della Corte d'Appello di Milano del 18.09.2013 che, in un'ottica condivisibile, dava notevole estensione alle componenti dello Swap da ricondurre nel novero degli elementi essenziali del contratto.

In particolare, Corte d'Appello Milano Sez. I, Sent., 18.09.2013 "*...E' opportuno chiarire, in tale prospettiva, come debba essere inteso il concetto di "alea razionale", quale elemento causale (tipico) dei contratti derivati over the counter, onde sgombrare il campo da possibili equivoci, che potrebbero sconfinare nell'ulteriore - e diversa - problematica relativa alla adeguatezza della informazione. ...E così pure devono essere esplicitati nel contratto il valore del derivato, gli eventuali costi impliciti, i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso. Elementi, tutti, che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale. Solo così siamo in presenza di un'alea razionale. In altri termini, tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perchè appartengono alla "causa tipica" del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni fra scopo c.d. di copertura o speculativo tout court. Distinzioni che non sono decisive ai fini della qualificazione giuridica, segnatamente civilistica, dei contratti derivati over the counter. In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo risiede, ad avviso di questa Corte, nella razionalità dell'alea e, quindi, nella sua "misurabilità"*.

Nel medesimo senso anche il Tribunale Torino Sez. I, 17.01.2014 "*E' nullo per difetto di causa in concreto il contratto di interest rate swap over the counter che comporti la creazione di un'alea non razionale, intendendosi tale la possibilità per le parti di conoscere l'esatta determinazione del rischio assunto (ivi compresi i c.d. costi impliciti e il mark to market)*".

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b15961596e4166259580bfd9bf0a2

D'altro canto si rammenta che la Cassazione civile, sez. I, 10 Gennaio 2019, n. 493 che – rimettendo alle Sezioni Unite questioni diverse – ha condotto un'analisi approfondita dello *swap non par*, citando anche Cass. n. 18781/17, ed osservando per quanto qui rileva che: *"con il contratto di interest rate swap le parti si accordano per scambiarsi pagamenti periodici di interessi calcolati su una stessa somma di denaro (c.d. nozionale) per un periodo di tempo predefinito. Il contratto prevede normalmente un upfront, somma da corrispondersi da una parte in favore dell'altra, allorquando il valore dello strumento finanziario (mark to market) non è nullo (par). A tale riguardo, mette conto di ricordare che secondo il par. 4 dell'allegato 3 al reg. Consob n. 11522/1998, al momento della stipula del contratto, "il valore di uno swap è sempre nullo" e che, come è stato precisato dal direttore generale della Consob in sede di audizione presso la VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati il 30 ottobre 2007, i contratti non par - che al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due parti, poichè uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato - vengono riequilibrati, sul piano finanziario, proprio attraverso il pagamento di una somma di denaro alla parte che accetta condizioni più penalizzanti: appunto l'upfront. Deve anzitutto osservarsi che dell'upfront questa Corte si è di recente interessata, ma solo marginalmente, nella pronuncia n. 18781 del 28 luglio 2017, in cui è stato precisato che il contratto di interest risk swap con upfront non sia per sè nullo per difetto o illeicità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti. In detta pronuncia, peraltro, sembra non dubitarsi che la somma in questione costituisca l'oggetto di un effettivo finanziamento iniziale da restituire (anche se, si ripete, il tema non è ivi specificamente affrontato)"*.

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

In questi termini, pur ammettendo l'esistenza e la regolarità di contratti IRS con *upfront*, la mancata indicazione delle commissioni o dei costi impliciti viene considerata elemento che concorre alla concreta definizione dell'alea contrattuale che è causa del contratto; pertanto, la sua mancata indicazione non può semplicemente trovare ristoro nella tutela risarcitoria in quanto, va ad incidere sugli elementi strutturali ed essenziali del contratto, rispetto ai quali è imprescindibile l'incontro della volontà dei contraenti, con conseguente nullità dello stesso.

Nel caso di specie, si ravvisa la mancata specifica indicazione all'interno del contratto della c.d. commissione implicita, con conseguente mancata formazione di volontà comune dei contraenti sul punto. La stessa veniva quantificata dal C.T.U. in euro 94.000,00.

Alla luce delle considerazioni svolte, si reputa accertata l'esistenza della causa di nullità del contratto oggetto di contestazione per mancata specifica indicazione della c.d. commissione implicita.

La domanda di nullità del contratto ex art. 1418, 1322 e 1346 c.c. per indeterminatezza del *mark to market*, è fondata e, pertanto, deve essere accolta.

Sono noti gli orientamenti giurisprudenziali (da ultimo Corte di Appello di Milano n. 4188 del 17 ottobre 2019) che ritengono il *mark to market* come elemento essenziale del contratto rappresentandone l'oggetto; l'indeterminabilità dell'oggetto condurrebbe alla nullità del contratto.

Per quanto concerne la definizione del Mtm così come delineata dalla Corte di legittimità (v. Cass. Civile Sez. II, 11/0512016 n. 9644 e Cass. Civile, Sez. II,

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2

08/07/2016 n. 14059), la quale, ha precisato come *"... il mark to market sia un'espressione che designa, seppur in via di approssimazione, un metodo di valutazione delle attività finanziarie, ché si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante il ricorso a indici d'aggiornamento monetario. Esso consiste nell'attribuire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della sua scadenza naturale. Il mark to market è detto anche costo di sostituzione, perché corrisponde al prezzo, dettato dal mercato in un dato momento storico, che i terzi sarebbero disposti a sostenere per subentrare nel contratto stesso"*.

La Suprema Corte (v. Cass. pen. n. 47421/11) ha altresì affermato che il mark to market *"non esprime affatto un valore concreto ed attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato in caso di risoluzione anticipata. Il valore del mark to market, infatti, è influenzato da una serie di fattori ed è quindi sistematicamente aggiustato in funzione dell'andamento dei mercati finanziari, dovendosi poi attrarre nell'ambito dei relativi parametri di determinazione anche l'up to front erogato e l'utile per la banca"*.

Ne deriva che, trattandosi di un valore destinato a mutare, quel che qui rileva è la determinazione delle modalità di calcolo dello stesso attraverso l'indicazione di modelli matematico-finanziari di attualizzazione, in una con l'adozione di scelte metodologiche che scontano un inevitabile tasso di opinabilità tecnica.

Da tali autorevoli arresti della giurisprudenza di legittimità ne è derivata una lettura delle corti di merito che ha visto nell'indicazione del *mark to market*, o meglio, nell'indicazione delle modalità di calcolo di detto valore, in quanto variabile, un elemento essenziale del contratto, vuoi quale parte integrante

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b15961596e41662595580bfd9bf0a2

dell'oggetto, vuoi quale elemento causale.

In tal senso, si è pronunciata la giurisprudenza di merito, affermando la nullità del contratto in caso di inadempimento dell'obbligo di indicazione del m*ark to market* sin dalla fase originaria della stipula.

Identico principio è stato poi enunciato dal Tribunale di Milano con la sentenza 9 marzo 2016, n. 3070, secondo cui il *mark to market* costituisce una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate.

Ad ulteriore conferma della qualità di elemento essenziale del contratto attribuita al Mtm, si rammenta la Cass. Civ., con Sent. n. 1604/2018, rigettava il motivo di ricorso con cui il ricorrente si doleva della rilevazione d'ufficio della nullità che derivava della mancata indicazione del Mtm operata dalla C. App. di Milano nella Sent. n. 3459/2013.

La possibilità di rilevare *ex officio* della mancata indicazione del Mtm deve intendersi ulteriore conferma della sua rientranza tra gli elementi essenziali del contratto, cui consegue la sottoposizione alle regole processuali tipiche della nullità ex art. 1418 c.c.

Alla luce dei principi sopra riportati, deve per ciò ritenersi che il Mtm integri un elemento essenziale del contratto, dalla cui mancata indicazione la giurisprudenza fa discendere la nullità del contratto, ora per mancanza di causa, ora per indeterminatezza dell'oggetto.

Nel caso di specie, negli artt. 4, 8 e 9 del Contratto Quadro non si rinviene alcuna formula per il calcolo del *mark to market* e nemmeno sussistono altri

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596e41662595580bfd9bf0a2

indicatori idonei alla determinazione dello stesso. Pertanto, per le medesime ragioni suesposte, si dichiara la nullità dell'IRS per mancato incontro della volontà dei contraenti su elemento considerato essenziale.

D'altro canto non è dirimente l'assunto di E. secondo cui la sanzione della nullità non deve trovare applicazione in quanto le parti avevano dato regolare esecuzione al contratto e, pertanto, l'attrice di fatto non aveva avuto necessità di conoscere il Mtm.

In merito si rammenta che la sanzione della nullità rende il contratto invalido *ab origine* in quanto, la mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto lo infirma nella sua stessa struttura, è quindi irrilevante la sua effettiva esecuzione. Inoltre, si rileva che la mancata formulazione del Mtm, con conseguente impossibilità di valutazione della convenienza nella chiusura anticipata del rapporto, potrebbe effettivamente aver inciso sulla volontà di parte attrice sollecitandola all'esecuzione.

In seguito alla dichiarazione di nullità del contratto di *swap IRS* stipulato il 10 novembre 2009 la banca convenuta deve essere condannata alla restituzione in favore dell'attrice dei differenziali negativi corrisposti nel tempo dall'investitore, al netto delle plusvalenze, che il CTU ha quantificato in euro 895.256,46 oltre interessi legali dai singoli pagamenti al saldo effettivo.

Si deve invece rigettare la domanda di restituzione riferita alla prezzo della commissione implicita in quanto, come affermato dalla convenuta e confermato dal CTU in risposta al quesito n. 4: "*Le commissioni implicite, più correttamente definibili come margine lordo di intermediazione, non comportano, né al momento della conclusione di un contratto di swap, né durante la vigenza di esso, un esborso a favore*

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159e41662595 80bfd9bf0a2

dell'istituto di credito da parte del cliente e non contestato da parte attrice, l'importo corrispondente alla commissione implicita non veniva versato"; peraltro, parte attrice non forniva alcuna prova documentale tale da far considerare effettivo l'esborso della somma oggetto di commissione implicita.

Deve essere respinta la domanda subordinata di compensazione formulata dalla banca essendo indeterminate le somme eventualmente da compensare.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunziando nella causa iscritta al R.G. n. 1679/2017 respinta ogni altra istanza, domanda ed eccezione:

- dichiara la nullità del contratto IRS n. 4260167 del 10.11.2009 e, per l'effetto, condanna **B** - alla restituzione in favore di **Fallimento** dell'importo di euro 895.256,46 oltre interessi maturati e maturandi dal giorno della domanda fino al saldo effettivo;
- condanna **B** - al pagamento delle spese del giudizio in favore dell'attore e le liquida in complessivi euro 27.804,00 per compenso, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge;
- pone definitivamente a carico della convenuta le spese di CTU già

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b15961596e41662595580bfd9bf0a2

liquidate.

Ancona il 7 maggio 2020

Il Giudice

dott. Sergio Casarella

Il presente provvedimento è stato redatto con la collaborazione del MOT dott.ssa Patty Fiocco

Firmato Da: CASARELLA SERGIO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 780b1596159 6e4166259580bfd9bf0a2