

Sentenza n. 8463/2016 pubbl. il 07/07/2016  
RG n. 12806/2015  
Repert. n. 6826/2016 del 07/07/2016

N. R.G. 12806/2015



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO  
SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesco Matteo Ferrari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 12806/2015 promossa da:

[REDACTED], con il proc. dom.

avv. STRACUZZI LETTERIO, VIALE ABRUZZI, 20 MILANO

attori

contro

[REDACTED] (C.F. 06210280019), con il proc. dom. avv. [REDACTED]

convenuta



## CONCLUSIONI

### Per gli attori:

#### **I – Nel merito:**

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

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

3. condannare la Banca a risarcire alla società [REDACTED] i danni patrimoniali da essa subiti a causa delle somme addebitate in conto corrente da parte della banca, nella misura che sarà provata in corso di causa o liquidata in via equitativa.

4. accertare e dichiarare la liberazione del fideiussore [REDACTED] per invalidità dell'obbligazione principale secondo quanto disposto dall'art. 1939 c.c..

#### **II - In via istruttoria:**

5. ammettere Consulenza Tecnica d'Ufficio contabile sul Contratto di Interest Rate Swap "Tasso Certo" n. 29440148;

**III – In ogni caso: con vittoria di spese, diritti e onorari di causa oltre IVA e CPA.**

### Per la convenuta:



**Nel merito:**

1. in via principale, in accoglimento di tutte le difese ed eccezioni della Banca convenuta, respingere tutte le domande proposte dagli attori [REDACTED]

[REDACTED] e [REDACTED] nei confronti di [REDACTED], assolvendo dalle stesse la concludente;

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

**In via istruttoria:**

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

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

3. ammettere, all'occorrenza, i capitoli di prova testimoniale proposti dalla convenuta [REDACTED] al § 16 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., con i testi ivi indicati;

**In ogni caso:**

- con il favore delle spese di lite con gli accessori di legge, ivi compreso il rimborso delle spese generali.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con atto di citazione ritualmente notificato la [REDACTED]



██████████ e ██████████ convenivano in giudizio ██████████, al fine di ottenerne la condanna alla restituzione delle somme pagate in forza di un contratto in derivati.

Gli attori in particolare esponevano:

- che la ██████████ nel 2011 stipulava con la banca convenuta un contratto di Interest Rate Swap con la dichiarata finalità di coprirsi dal rischio di innalzamento dei tassi di interesse con riferimento a un sottostante contratto di mutuo a tasso variabile;
- che ██████████ prestava fideiussione nell'interesse della società;
- che le parti, su elaborazione della banca, concordavano uno scambio di flussi finanziari prendendo come punto di riferimento e soglia un tasso del 2%;
- che, pertanto, finché il tasso Euribor fosse rimasto sotto tale soglia, la attrice avrebbe corrisposto flussi finanziari a suo carico, che sarebbero stati addebitati in conto corrente;
- che, viceversa, qualora il Tasso Euribor avesse superato la misura del 2%, la ██████████ avrebbe ricevuto flussi a suo credito, che avrebbero compensato la maggiore onerosità del sottostante contratto di mutuo a tasso variabile;
- che il contratto era nullo, per non essere stato preceduto dalla stipula per iscritto di un contratto quadro in materia di derivati;
- che il contratto era nullo per difetto di causa, non sussistendo una alea bilaterale e partendo il contratto da un disequilibrio non dichiarato, né tanto meno compensato dal versamento di un up front;
- che il contratto era nullo per difetto di causa in concreto, non assolvendo alla dichiarata finalità di copertura perseguita;
- che il contratto era nullo per indeterminatezza dell'oggetto, non indicando il Mark to Market e



le modalità di suo calcolo;

- che il contratto era annullabile per dolo o errore o, comunque era suscettibile di risoluzione per inadempimento da parte della banca agli obblighi informativi e di correttezza;
- che le previsioni dei tassi di interesse effettuati dalla banca al momento del perfezionamento del contratto erano quanto meno sbagliate se non irrealistiche, preordinate a determinare addebiti a carico della correntista;
- che l'attrice aveva versato alla banca flussi per complessivi euro 81.083,26;
- che erano illegittime anche eventuali segnalazioni pregiudizievoli per sconfini effettuate dalla banca in conseguenza dell'andamento del contratto in derivati.

Si costituiva ritualmente in giudizio [REDACTED], contestando quanto *ex adverso* dedotto e, preliminarmente, eccependo il difetto di legittimazione attiva del fideiussore; nel merito rilevava l'esatta pattuizione di tutte le condizioni contrattuali, nonché la preventiva stipula di contratto quadro ex art. 23 TUF.

Senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice rinviava all'udienza del 12.4.2016 per la precisazione delle conclusioni; assegnato il processo a nuovo giudice, veniva adempiuto detto onere processuale, la causa era trattenuta in decisione, previo deposito di comparse conclusionali e memorie di replica ad opera delle parti.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Le domande attoree sono fondate e, pertanto, meritano di trovare accoglimento. Preliminarmente va disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione attiva in capo a [REDACTED] se, infatti, tale censura non potrebbe che essere condivisa in relazione alla domanda ripetitoria dei flussi finanziari corrisposti in forza del contratto in derivati, spettando la relativa pretesa necessariamente al



solo *solvens* e, quindi, alla società contraente; diverso è il discorso quanto alla pretesa del fideiussore [REDACTED] di ottenere la liberazione dalla propria obbligazione di garanzia sul presupposto della nullità del rapporto contrattuale sottostante garantito, dovendosi in relazione a tale domanda necessariamente riconoscersi la legittimazione ad agire del fideiussore e ciò anche là dove le ragioni dedotte in giudizio, come si è detto, attengano non direttamente al contratto di garanzia, ma all'oggetto della garanzia stessa, ossia al rapporto contrattuale sottostante garantito.

Fatta tale premessa, va rilevato come parte attrice abbia eccepito la nullità del contratto di *Interest Rate Swap* stipulato con la banca convenuta, deducendo diversi profili di vizio e, fra gli altri, evidenziando come in sede di stipula del contratto non fosse stata determinata la modalità di calcolo del *Mark to Market*.

Il *Mark to Market*, infatti, 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 dell'MtM.

Precisato, quindi, che per definizione il *Mark to Market* non possa 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, perché 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.

Se, pertanto, per la determinazione del *Mark to Market* si pretendesse di fare richiamo alle sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza indicare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, in realtà non si renderebbe il dato contrattuale effettivamente determinabile, sostanzialmente rimanendo lo stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato.

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

Tale contesto, pertanto, porta a escludere che nel contratto in esame il *Mark to Market* fosse determinabile, come invece sostenuto dalla convenuta, non potendo a tal fine ritenersi sufficiente la quantificazione iniziale dell'Mtm.

Si tratta, quindi, a questo punto di verificare se l'MtM sia o no un elemento essenziale del contratto in derivati, con l'effetto che, in caso positivo, la nullità della relativa clausola si estenda all'intero contratto ex art. 1418 c.c.

A tal proposito si è rilevato come l'MtM diviene operante solo nel caso in cui si proceda a una chiusura anticipata del rapporto e, pertanto, sarebbe un elemento contrattuale solo eventuale e non necessario e, in particolare, non assumerebbe alcuna rilevanza nella fase genetica del contratto: per tali ragioni, secondo tale primo orientamento, l'MtM non potrebbe essere considerato come un elemento essenziale



del contratto e, quindi, la nullità per indeterminatezza della sua pattuizione non si rifletterebbe sull'intero contratto.

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

In sostanza l'MtM è una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate (ossia la scelta di una di esse di dare chiusura anticipata al rapporto, piuttosto che altri casi di necessaria interruzione anticipata, come ad esempio i casi di ammissione a procedure concorsuali della cliente o a procedura di liquidazione coatta della banca).

In tali casi, quindi, l'oggetto del contratto, costituito dal differenziale dei contrapposti flussi finanziari, viene determinato attraverso il *Mark to Market*, il quale, rappresentando una sua specifica modalità di espressione, è esso stesso l'oggetto del contratto.

Ciò appare indirettamente confermato dallo stesso legislatore, là dove all'art. 2427 bis c.c. ha previsto che le società debbano nella nota integrativa di bilancio indicare il *fair value* del contratto derivato, cioè il valore in sé del contratto (ossia l'MtM); tale previsione normativa, infatti, conferma come il *Mark to Market*, lungi dal configurarsi solo come elemento eventuale del contratto, sia piuttosto una componente necessaria del suo oggetto, tanto da dover essere esplicitata in sede di bilancio.

Se così è, quindi, dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto stesso, sarà necessario che nel regolamento





contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore; in difetto, risolvendosi la quantificazione dell'MtM in una determinazione di una delle parti (la banca), non verificabile dall'altra, deve concludersi come esso non risulti determinabile, implicando la nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c.

Nel caso di specie, quindi, considerato come il richiamo alle "quotazioni di mercato" non possa considerarsi sufficiente per rendere determinabile l'MtM e quindi l'oggetto del contratto, non può che concludersi per la nullità del contratto di *swap* concluso dalla [REDACTED]

Tale declaratoria di nullità comporta, quale effetto restitutorio, l'obbligo per la banca di restituire tutti gli importi versati dall'attrice a titolo di differenziali negativi conseguenti all'operare dello *swap* e, quindi, nella somma non contestata di euro 81.083,26.

Per tale ragione, pertanto, la banca va in primo luogo condannata a restituire ex art. 2033 c.c. la somma sopra indicata, maggiorata di interessi al tasso legale dal 6.3.2015 (data della domanda) al saldo.

Deve, invece, considerarsi rinunciata, in quanto non più riproposta non solo in sede di precisazione delle conclusioni, ma anche nelle difese successive all'atto di citazione, la domanda avente ad oggetto la condanna della banca al risarcimento dei danni, sia quale conseguenza diretta della nullità del contratto, sia in quanto discesi dalle eventuali conseguenti segnalazioni in Centrale rischi.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 10.899,95, oltre c.p.a., di cui euro 1.350,00 per spese generali ed euro 549,95 per rimborso spese.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento delle domande proposte dalla [REDACTED]



██████████ e da ██████████ nei confronti di ██████████ dichiara la nullità del contratto IRS stipulato dalla prima con la banca convenuta;

- dichiara liberato ██████████ da obblighi fideiussori collegati con il contratto dichiarato nullo;
- condanna la convenuta a restituire all'attrice la somma di euro 81.083,26, maggiorata di interessi al tasso legale dal 6.3.2015 al saldo;
- condanna parte convenuta a rifondere gli attori delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 10.899,95, oltre c.p.a., di cui euro 1.350,00 per spese generali ed euro 549,95 per rimborso spese.

Così deciso in Milano il 6 luglio 2016

IL CASO.it

Il giudice

Francesco Ferrari

