

Sentenza n. [REDACTED]/2016 pubbl. il [REDACTED]  
RG n. [REDACTED]/2015  
Repert. n. [REDACTED] 2016 del [REDACTED]

N. R.G. [REDACTED]/2015



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO  
SESTA SEZIONE CIVILE  
VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. [REDACTED]/2015

tra

[REDACTED]

attore

e

[REDACTED]

convenuto

Oggi 9 marzo 2016 ad ore 8,39 innanzi al dott. Francesco Ferrari, sono comparsi:

Per [REDACTED] l'avv. MAUTONE LIBERATORE LINO

Per [REDACTED] l'avv. SCIARRILLO DANIELE

I procuratori delle parti precisano le conclusioni come da fogli separati inviati telematicamente.

Dopo breve discussione orale, il Giudice pronuncia sentenza *ex art. 281 sexies c.p.c.* dandone lettura.

Il Giudice

Francesco Ferrari



Sentenza n. [REDACTED]/2016 pubbl. il [REDACTED]  
RG n. [REDACTED]/2015  
Repert. n. [REDACTED]/2016 del [REDACTED]



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

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesco Ferrari ha pronunciato *ex art. 281 sexies c.p.c.* la seguente

**SENTENZA**

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

[REDACTED] (C.F. [REDACTED]), con il proc. dom. avv. MAUTONE  
LIBERATORE LINO, VIA DELLA VITTORIA, 64 LEGNANO

attrice

contro

[REDACTED] (C.F. [REDACTED]), con il proc. dom. avv. SCIARRILLO DANIELE, CORSO  
MAGENTA, 2 MILANO

convenuta



## CONCLUSIONI

### Per l'attrice:

#### *In progressivo subordine:*

- accertato e dichiarato che il contratto di interest rate swap del 13 giugno 2006 (doc. 4) e gli altri accordi contestualmente sottoscritti nella medesima data sono nulli, ex artt. 1418 e 1325 c.c., per mancanza di causa e/o, ex art. 1418 e 1346 c.c., per mancanza dell'oggetto, come meglio precisato in narrativa dell'atto di citazione (v. n. 1 e n. 2 B1, B2) e di questo atto, condannare [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] dell'importo di €. 655.158,06 o della maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa oltre rivalutazione e interessi dal dovuto al saldo;
- accertata e dichiarata a carico della convenuta l'ipotesi di responsabilità precontrattuale per non aver ottemperato, prima e/o durante la stipula degli accordi prodotti ai docc. 2,3,4,5,6, agli obblighi informativi di cui all'art. 21 TUF, come meglio precisato in narrativa nell'atto di citazione (v. n. 1 e n. 2 B3) e di questo atto, condannare [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] dell'importo di €. 655.158,06 o della maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa, oltre rivalutazione e interessi dal dovuto al saldo;
- dichiarati risolti il contratto di interest rate swap del 13 giugno 2006 (doc. 4) e gli altri accordi contestualmente sottoscritti nella medesima data (doc. 2, 3, 5, 6) per non aver la convenuta ottemperato agli obblighi informativi, precisati in atto di citazione (v. n. 2 B4) e in questo atto contrattualmente scaturenti da detto contratto di interest rate swap (doc. 4) e dagli altri accordi de quibus (doc. 2,3,5,6), condannare [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] dell'importo



di €. 655.158,06 o della maggiore o minore somma che verrà accertata in corso di causa, oltre rivalutazione e interessi dal dovuto al saldo.

*In ulteriore subordine:*

*nella denegata ipotesi che i flussi negativi addebitati dalla convenuta all'attrice dovessero essere considerati appostazioni in conto corrente e non pagamenti da parte dell'attrice, gradatamente:*

*· accertato e dichiarato che il contratto di interest rate swap del 13 giugno 2006 (doc. 4) e gli altri accordi contestualmente sottoscritti nella medesima data sono nulli, ex artt. 1418 e 1325 c.c., per mancanza di causa e/o, ex art. 1418 e 1346 c.c., per mancanza dell'oggetto, come meglio precisato in narrativa dell'atto di citazione (v. n. 1 e n. 2, B1, B2) e di questo atto, dichiarare la illegittimità degli addebiti in conto corrente in danno dell'attrice per complessivi €. 655.158,06 o per la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso si causa;*

*· accertata e dichiarata a carico della convenuta l'ipotesi di responsabilità precontrattuale per non aver ottemperato, prima e/o durante la stipula degli accordi prodotti ai docc. 2,3,4,5,6, agli obblighi informativi di cui all'art. 21 TUF, come meglio precisato in narrativa nell'atto di citazione (v. n. 1 e n. 2 B3) e di questo atto, dichiarare la illegittimità degli addebiti in conto corrente in danno dell'attrice per complessivi €. 655.158,06 o per la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso si causa;*

*· dichiarati risolti il contratto di interest rate swap del 13 giugno 2006 (doc. 4) e gli altri accordi contestualmente sottoscritti nella medesima data (doc. 2, 3, 5, 6) per non aver la convenuta ottemperato agli obblighi informativi, precisati in atto di citazione (v. n. 2 B4) e in questo atto contrattualmente scaturenti da detto contratto di interest rate swap (doc. 4) e dagli altri accordi de quibus (doc. 2,3,5,6), dichiarare la illegittimità degli addebiti in conto corrente in danno dell'attrice*



per complessivi €. 655.158,06 o per la maggiore o minore somma che verrà accertata in corso si  
causa.

Rifusi spese e compensi professionali di causa.

In via istruttoria

si insiste perchè

A) venga disposta consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare, riguardo allo swap di cui è causa,  
l'ammontare dei flussi addebitati da [REDACTED] all'attrice, indicati da quest'ultima in complessivi €.  
655.158,06 salvo il maggior o minor importo che risulterà a seguito delle operazioni peritali; nonché  
la circostanza che i rispettivi importi sono stati effettivamente pagati dalla [REDACTED] alla  
convenuta.

Al fine di espletare detta C.T.U. si fa presente che [REDACTED] ha invano richiesto, ai sensi  
dell'art. 119 T.U.B., ad [REDACTED] con lettera datata 15.1.2016 (spedita sia per PEC il 18.1.2016 che  
per raccomandata r.r. il 19.1.2016 doc. 26) e successivo sollecito via PEC del 1.2.2016 (doc. 27) il  
rilascio a sue spese di copia della documentazione di seguito specificata.

A tutt'oggi [REDACTED] non ha fatto seguito alla richiesta, pertanto si insta perchè venga  
ordinato a controparte di esibire copia della seguente documentazione:

- 1) Contratti di apertura di credito e di conto corrente relativi al conto n. 837954 [REDACTED]  
nonché i contratti quadro inerenti alle quattro linee di credito concesse (richiamate nella lettera  
28.10.2005 [REDACTED] -doc. 14) e comunque ogni altra documentazione che disciplini i  
conseguenti rapporti, compresa quella relativa allo loro origine ed estinzione;
- 2) conferma che il conto n. 837954 inizia con saldo zero in data 25.11.2005 (confr.  
anche estratto conto al 31 dicembre 2015 -doc. 23);



3) Contratti di apertura di credito e di conto corrente relativi al conto n. 500029228 █████, e ogni altra documentazione che disciplini i conseguenti rapporti, compresa quella relativa alla loro origine ed estinzione;

4) Contratti di apertura di credito e di conto corrente relativi al conto n. 5374186 █████, e ogni altra documentazione che disciplini conseguenti rapporti, compresa quella relativa alla loro origine ed estinzione;

5) Estratti conto relativi al conto n. 5374186 █████ dall'inizio del rapporto al 31.12.2002;

6) Tutta la documentazione relativa alle modifiche e alla revoca degli affidamenti del conto 5374186;

7) Documentazione che attesti il nuovo regime del conto corrente 5374186 a decorrere dal 31.10.2010 (conto non più affidato).

Il tutto come precisato nella lett. A) della memoria istruttoria del 9 febbraio 2016.

B) Venga disposta C.T.U. volta ad accertare che all'atto della sua stipulazione lo swap in questione presentava un MTM negativo di €. 233.462,68 (v. doc. 8) e a tal fine ordinare alla convenuta di esibire la documentazione attestante il valore iniziale del derivato quello maturato nel corso della durata dello swap e a tutt'oggi, già richiesta dall'attrice ad █████ ai sensi dell'art. 119 T.U.B. con la lettera del 2 febbraio 2016 (doc. 29).

Il tutto come precisato nella lett. B) della memoria istruttoria del 9 febbraio 2016.

C) Venga ammessa prova per testi sui seguenti capitoli:

1. "vero che █████ è attiva nella fabbricazione di prodotti chimici per la rifinizione delle pelli";

2. "vero che le condizioni che disciplinano lo swap di cui è causa contenute nel contratto quadro (doc. n. 2), nell'incarico a negoziare derivati (doc. 3), nella conferma I.R.S. (doc. 4), nel documento sui



rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (doc. 5), nel documento sui rischi specifici con allegata scheda di prodotti I.R.S. (doc. 6), nonché nei documenti prodotti da [REDACTED] ai nn. 41 e 48 che mi si rammostrano sono state predisposte dall'allora [REDACTED]”;

3. “vero che tutti i documenti richiamati nel precedente capitolo di prova sono stati tutti sottoscritti dall'attrice contestualmente nella medesima occasione il 13 giugno 2006”;

4. “vero che gli estratti conto prodotti al doc. 13 di parte attrice, tranne il primo che è stato inviato dalla [REDACTED], sono stati comunicati alla [REDACTED]”;

5. “vero che la documentazione di cui ai docc. 14, 15 e 23 di parte attrice è stata comunicata a quest'ultima da [REDACTED]”;

6. “vero che la documentazione cui ai docc. nn. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25 e 30 di parte attrice è stata comunicata a quest'ultima da [REDACTED]”.

Teste: rag. [REDACTED] c/o [REDACTED].

D) Venga ammessa prova contraria con il medesimo teste (rag. [REDACTED]) in caso di ammissione della prova per testi formulata da [REDACTED] con la memoria istruttoria del 10 febbraio 2016.

Per la convenuta:

in via principale

rigettare tutte le domande avversarie in quanto inammissibili per intervenuta prescrizione, nonché infondate in fatto e in diritto;

in via istruttoria

A) ammettere prova per testi sui seguenti capitoli:



1) "Vero che in occasione dei contatti che hanno preceduto la sottoscrizione del Contratto Quadro con [REDACTED] del 13/6/2006 (doc.avv.n.2, che si rammostra), della dichiarazione di Operatore Qualificato del 13/6/2006 (doc.n.48, che si rammostra) e dello swap del 13.6.2006 (doc.avv.n.4, che si rammostra), la dott.ssa [REDACTED] della allora [REDACTED] ha illustrato ai dott. [REDACTED] e [REDACTED], le finalità delle operazioni su strumenti derivati, le opportunità da esse derivanti e i rischi ad esse connessi, nonché la rilevanza e la portata della dichiarazione di Operatore Qualificato, oltre a fornire al cliente tutte le informative all'epoca previste in merito";

2) "Vero che in occasione dei contatti di cui al cap.1 la dott.ssa [REDACTED] della allora [REDACTED] ha illustrato il contenuto, nonchè consegnato ai dott. [REDACTED] e [REDACTED] il Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari del 13\6\2006 (doc.n.50, che si rammostra).

Si indica come teste la dott.ssa [REDACTED], presso [REDACTED]

B) ordinare all'attrice, ex art.210 cpc, l'esibizione ed il deposito di copia dei Contratti Quadro e delle dichiarazioni di Operatore Qualificato, rispettivamente conclusi e rilasciate da [REDACTED] a [REDACTED], prima della sottoscrizione dell'[REDACTED], contratto n.702160396, con nozionale di € 900.000,00, scadenza 20.2.2012 (cfr. doc.n.53, pag.2);

a [REDACTED] (già [REDACTED]) S.p.A., prima della sottoscrizione dell'IRS Corridor, contratto n.50571, con nozionale di € 1.500.000,00, scadenza 14/2/2012 (cfr. doc.n.53, pag.2);

C) rigettare le istanze istruttorie avversarie in quanto inammissibili e irrilevanti e, in subordine, ammettere la convenuta a prova contraria sui capitoli eventualmente accolti, con i testi già indicati.

in ogni caso





*con vittoria di spese, diritti ed onorari.*

*Si rifiuta il contraddittorio sulle domande ed eccezioni nuove ex adverso dedotte.*

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato [REDACTED] conveniva in giudizio [REDACTED] s.p.a., al fine di ottenere che fosse dichiarato nullo o risolto un contratto in derivati stipulato dalle parti e che la banca fosse condannata a restituire tutti i flussi finanziari pagati dall'attrice in esecuzione del contratto.

L'attrice in particolare esponeva:

- che il 13.6.2006 stipulava con [REDACTED] oggi [REDACTED] un contratto di mutuo a tasso variabile garantito da ipoteca per la somma di euro 5.000.000,00, da restituirsi in rate semestrali nell'arco di dieci anni;
- che il medesimo giorno l'attrice sottoscriveva anche un contratto quadro in materia di intermediazione finanziaria e un contratto di *Interest Rate Swap* finalizzato a coprire i rischi derivanti dalle oscillazioni nel tempo dei tassi di interesse con riferimento al contratto di mutuo;
- che, pertanto, anche l'IRS era previsto di durata decennale e mirava, attraverso l'indicazione della soglia di riferimento per lo scambio dei flussi finanziari, sostanzialmente a trasformare il contratto di mutuo da variabile nei tassi di interesse a un rapporto a tasso fisso;
- che dal 30.6.2006 sino 30.6.2015 il contratto in derivati determinava quasi sempre flussi finanziari a carico dell'attrice, comportando esborsi per l'attrice per complessivi euro 655.158,06;
- che, a seguito di una verifica tramite un tecnico, l'attrice apprendeva come nel contratto fatto sottoscrivere dalla convenuta non fosse stato indicato il *mark to market* e, conseguentemente,



- non era comprensibile il livello di alea preso in carico dal cliente dell'istituto di credito;
- che il *mark to market* già alla fase di stipula del contratto prevedeva un valore negativo non esplicitato di euro 233.462,68, senza che detto importo fosse stato riconosciuto all'attrice a titolo di *up front*;
  - che, pertanto, il contratto già nella sua fase iniziale non aveva assunto un connotato *par*, come invece imposto dalla normativa in materia;
  - che, pertanto, il contratto di IRS era nullo per difetto di causa, escludendo l'assunzione da parte dell'attrice di una alea razionale, ossia valutata in tutte le sue componenti;
  - che, in ogni caso, il contratto era nullo per indeterminatezza del suo oggetto;
  - che era configurabile una responsabilità precontrattuale e/o contrattuale della banca per violazione del disposto di cui all'art. 21 TUF.

Si costituiva ritualmente in giudizio [REDACTED], contestando quanto ex averso dedotto e, in via preliminare, eccependo la prescrizione del diritto azionato; nel merito si evidenziava come l'attrice fosse un operatore qualificato, avendo rilasciato dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 TUF e che, pertanto, la banca era sollevata dagli oneri informativi invocati dalla controparte.

Senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice rinviava all'odierna udienza per la discussione e decisione ex art. 281 *sexies* c.p.c.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, deve trovare accoglimento.

A tal proposito, infatti, è opportuno ricordare come lo *swap* non sia un prodotto finanziario che il cliente acquista sostenendo un esborso (come avviene quando si acquista un'azione, un'obbligazione, una quota di un fondo, ecc.); stipulando un contratto di *swap* (nella tipologia più comune degli *Interest*



*Rate Swap*) il cliente e la banca si impegnano ciascuno a pagare all'altro, a scadenze periodiche definite, un importo calcolato applicando dati parametri (diversamente prestabiliti per ciascun contraente) a un medesimo valore di base (c.d. nozionale); a ciascuna scadenza i due importi si compensano e ne deriverà un differenziale a carico dell'uno, e correlativamente a favore dell'altro, o viceversa.

Nei contratti di *swap* la causa potrebbe quindi individuarsi nello scambio di due rischi connessi, che, assunti dai due contraenti, derivano dalla vicendevole entità degli importi che matureranno a carico di ciascuno, e quindi dei differenziali che potranno risultare a carico o a favore di ciascuno (ciascuno assume il rischio che il proprio parametro vari in termini a sé sfavorevoli, e favorevoli alla controparte, e che quindi risulti a suo carico il differenziale, e non già a suo favore).

La componente aleatoria è quindi intrinseca alla natura del derivato, che può ritenersi una "scommessa" legalmente autorizzata a fronte di un interesse meritevole di disciplina, tanto che all'art.23 TUF si dice (al comma 5) che "*agli strumenti finanziari derivati... non si applica l'art.1933 del codice civile*" (norma secondo cui "*non compete azione per pagamento di giuoco o scommessa, anche se ...non proibiti*"); il richiamo all'art.1933 c.c., sia pure al fine della sua non operatività, conforta circa la natura aleatoria (in termini di scommessa) ascrivibile a tali contratti, dovendosi ulteriormente precisare come tale componente debba ritenersi caratterizzare sia il derivato di copertura, sia il derivato speculativo, tipologie entrambe contemplate nell'ordinamento finanziario: all'art.28 n.3 Delib. Consob 11522/98, infatti, si parla di "*operazioni in strumenti derivati ...disposte per finalità diverse da quelle di copertura*"(per le operazioni speculative è previsto l'obbligo dell'intermediario di informare l'investitore se la perdita superi una data soglia).

L'eventuale sbilanciamento delle alee, ossia una sproporzione tra il rischio assunto dal cliente rispetto



al rischio assunto dalla banca, non incide sulla struttura del contratto, e quindi sulla sua validità, purché ciascuna delle due parti, scommettendo, si assuma un grado (anche sbilanciato) di rischio; un investitore può anche assumersi un forte rischio al fine di tentare di avere un forte vantaggio e solo in casi limite si potrà arrivare a dire che il contratto non è aleatorio, quando cioè al rischio dell'uno non corrisponda il rischio dell'altro.

Il contratto in derivati, quindi, è ontologicamente aleatorio, a prescindere dall'eventuale squilibrio dell'alea assunta da una parte; l'eventuale mancata conoscenza e conoscibilità in capo a una delle parti di elementi del contratto che vanno a influire sulla portata e sull'eventuale squilibrio dell'alea, pertanto, non incide negativamente sotto il profilo della causa del contratto, in quanto quest'ultimo rimane caratterizzato dalla funzione aleatoria, sebbene "modellata" in termini non prevedibili da parte di uno dei contraenti.

Il concetto di "alea razionale" richiamato in alcuni precedenti giurisprudenziali (si veda Corte Appello di Milano, 18.9.2013), pertanto, assume rilievo non tanto sotto il profilo della causa del contratto e, conseguentemente, della sua nullità in caso di difetto di tale elemento essenziale, quanto piuttosto sotto il differente piano degli obblighi informativi gravanti su una delle parti e operanti già in forza dell'art. 21 TUF, con conseguente possibile risoluzione del contratto per inadempimento dell'intermediario finanziario che non abbia fornito al cliente tutte le informazioni concernenti gli elementi idonei a incidere sull'andamento aleatorio del contratto, precludendogli di valutare correttamente la rischiosità della scommessa contratta (l'alea razionale).

Sennonché deve registrarsi come la difesa attorea abbia comunque contestato ed eccepito la nullità del contratto dedotto in giudizio per non contenere specificazione dei criteri di calcolo del *Mark to Market* (MtM).



La banca nella propria comparsa di risposta ha specificamente preso posizione sul punto, sostenendo come il criterio di calcolo dell'MtM fosse stato pattuito in termini oggettivamente determinabili con la previsione nel contratto quadro della clausola n. 11, per cui *“la quantificazione del Costo di Sostituzione sarà effettuato dalla Banca sulla base delle condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche quanto a vita residua e struttura finanziaria, tenuto conto dei valori dei parametri finanziari di riferimento alla data di risoluzione e della durata residua dell'operazione oggetto del Contratto risolto”*.

La difesa sopra riassunta si prospetta in termini che non possono essere condivisi.

Il richiamo alle *“condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche”* non rende realmente determinabile l'MtM, in quanto sostanzialmente si risolve in una determinazione tautologica.

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, 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, perchè 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 a non meglio precisate “*condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche*”, senza invece indicare il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all’attualizzazione del valore prognostico, non si rende in alcun modo 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 attribuibile dalla banca, quale parte alla quale è stato rimesso la quantificazione dei flussi e del valore del contratto, 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.

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 previsti alle clausole 9 e 10 del contratto quadro).

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 “*condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche*” non possa considerarsi sufficiente per rendere determinabile l'MtM e quindi l'oggetto del contratto, non può che concludersi per la nullità dello *swap* concluso dall'attrice.

Parte convenuta, peraltro, ha eccepito la prescrizione quinquennale della domanda di nullità, osservando come il principio dell'imprescrittibilità della relativa azione sia previsto dall'art. 1422 c.c. solo per le ipotesi “codicistiche” di nullità, ossia i casi di nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio; operando, invece, le nullità dettate dalla normativa specifica di settore, ossia Testo Unico Finanziario, sul piano delle nullità di protezione, ossia nullità relative, esse tutelano l'interesse solo della parte a protezione della quale son disposte e, pertanto, ricadono sotto il termine prescrizione quinquennale.

Senonchè, a prescindere da ogni considerazione in ordine alla condivisibilità di tale tesi difensiva, nel caso di specie è sufficiente osservare come la nullità del contratto *inter partes* discenda dall'applicazione dell'art. 1418 c.c., norma che configura una ipotesi di nullità assoluta del contratto.

La declaratoria di nullità dello *swap* legittima la pretesa di parte attrice a ottenere la restituzione di tutte le somme versate a titolo di flussi finanziari in esecuzione del contratto nullo.

Sul punto parte convenuta, tuttavia, ha eccepito l'inammissibilità della domanda, considerato come i flussi finanziari derivanti dal contratto in derivati fossero accreditati o addebitati in conto corrente e che, essendo ancora in essere detto rapporto contrattuale, in uniformità ai principi dettati dalle Sezioni





Unite della Cassazione (sentenza n. 24418/2010), la pretesa ripetitoria avrebbe potuto essere considerata ammissibile solo per eventuali rimesse di carattere solutorio; nel caso di specie, viceversa, nel conto corrente intrattenuto dall'attrice non erano prospettabili rimesse solutorie e, pertanto, non avendo la correntista effettuato alcun versamento con valenza di pagamento, nessuna pretesa di ripetizione avrebbe potuto essere perseguita.

La difesa anche sotto tale profilo non può essere condivisa.

La distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie introdotta dalle sezioni Unite, al fine di individuare i pagamenti effettuati dal correntista in costanza di rapporto, opera esclusivamente con riferimento alle pretese di ripetizione di indebito avanzate dal correntista in relazione ad annotazioni in conto corrente considerate illegittime, in quanto addebitate in violazione delle prescrizioni di legge o delle condizioni negoziali pattuite con il contratto di conto corrente; nel caso di specie, viceversa, la pretesa ripetitoria non attiene ad addebiti "interni" al conto corrente, ossia ad annotazioni inerenti il rapporto di conto corrente addebitate in contrasto con le condizioni economiche pattuite con il contratto di conto corrente, ma riguardano annotazioni a debito esogene, ossia discendenti da flussi generati in forza di un rapporto del tutto distinto rispetto al conto corrente e che vengono pagati proprio mediante l'annotazione a debito sul conto.

In sostanza, pertanto, con riferimento ai flussi finanziari in questione, la loro annotazione in conto corrente costituisce la modalità pattuita per il loro pagamento ad opera delle parti del contratto derivato, annotazione che, si noti bene, avrebbe potuto essere effettuata in termini del tutto identici anche su un conto corrente intrattenuto dall'attrice presso un istituto di credito differente dalla controparte del derivato; le vicende successive di tali annotazioni in conto, alla luce dell'andamento del rapporto di conto corrente, piuttosto che del fatto che il conto fosse o meno affidato, sono circostanze che non



modificano la natura esogena del flusso finanziario e il fatto che esso, proprio attraverso la sua annotazione in conto, venga pagato dalla parte del derivato che di volta in volta si trovi onerata della prestazione compensativa.

Ne discende, pertanto, che operando il termine prescrizione decennale previsto in materia di ripetizione di indebito, la pretesa ripetitoria dell'attrice, in conseguenza della declaratoria di nullità del contratto di *swap*, non può che essere riconosciuta come fondata.

Le considerazioni esposte portano a ritenere assorbite le ulteriori contestazioni e difese articolate dalle parti, fra cui, in particolare, la validità o meno della dichiarazione autoreferenziale di investitore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB rilasciata dall'attrice.

Per le ragioni esposte, pertanto, la convenuta va condannata a pagare all'attrice la somma di euro 655.158,06, pari all'importo complessivo dei flussi finanziari posti a carico della cliente alla data di notifica dell'atto di citazione (importo non specificamente contestato dalla banca), oltre a interessi secondo il tasso legale ex art. 2033 c.c. dal 22.7.2015 (data di notifica dell'atto di citazione) al saldo.

La decorrenza degli interessi dalla data della domanda giudiziale si impone, non avendo parte attrice provato e, per la verità, neppure allegato una mala fede *dell'accipiens*; la natura pecuniaria quale obbligazione di valuta a carico della convenuta, inoltre, esclude la maggiorazione a titolo di rivalutazione monetaria.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 16.663,00, oltre c.p.a., di cui euro 1.950,00 per spese generali ed euro 1.713,00 per rimborso spese.

Visto l'art. 8 del D.L.vo 28/2010, così modificato con decorrenza dall'8.9.2013, rilevato come parte convenuta non risulti avere partecipato al procedimento di mediazione obbligatorio senza addurre giustificati motivi (si veda verbale negativo di mediazione e l'impossibilità di tenere conto della



comunicazione e.mail prodotta dalla convenuta e non menzionata nel suddetto verbale, trattandosi di invio non attraverso posta certificata e quindi senza capacità di prova dell'effettivo inoltro), va pronunciata nei suoi confronti condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma di euro 1.686,00, pari all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

P.Q.M.

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

- in accoglimento della domanda proposta da [REDACTED], nei confronti di [REDACTED], dichiara la nullità del contratto di *Interest Rate Swap* inter partes e, per l'effetto condanna la convenuta a pagare all'attrice la somma di euro 655.158,06, oltre a interessi secondo il tasso legale dal 22.7.2015 al saldo;
- condanna la convenuta a rifondere l'attrice delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 16.663,00, oltre c.p.a., di cui euro 1.950,00 per spese generali ed euro 1.713,00 per rimborso spese;
- condanna ex art. 8 del D.L.vo 28/2010 parte convenuta al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma di euro 1.686,00, pari all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Così deciso in Milano il 9 marzo 2016

Il giudice

Francesco Ferrari

