

Sentenza n. 786/2020 pubbl. il 18/06/2020
RG n. [REDACTED]



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Bergamo
Sezione Quarta Civile

Il Tribunale, in persona del Giudice [REDACTED],
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. [REDACTED] R.G. promossa da:
[REDACTED] S.P.A. (C.F. [REDACTED]), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con il
patrocinio dell'avv. Daniele Maffei e dell'avv. Leopoldo Santaniello ed elettivamente domiciliata
presso lo studio di quest'ultimo in Bergamo, via Camozzi n. 77, come da procura allegata all'atto di
citazione;

ATTRICE

contro

[REDACTED] S.P.A. (C.F. [REDACTED]), in persona del procuratore speciale avv. [REDACTED] (giusta
procura autenticata dal Notaio [REDACTED] in data [REDACTED]), con il patrocinio dell'avv.
[REDACTED] e con elezione di domicilio presso lo studio dell'avv. [REDACTED], in Bergamo, via
[REDACTED], come da procura allegata alla comparsa di costituzione e risposta;

CONVENUTA

CONCLUSIONI

All'udienza del 19 novembre 2019, i procuratori delle parti hanno precisato le conclusioni nei termini
di seguito riportati.

Parte attrice

[OMISSIS]



Sentenza n. 786/2020 pubbl. il 18/06/2020

RG n. [REDACTED]

[OMISSIS]

Svolgimento del processo

La società [REDACTED] S.p.a. ha adito il Tribunale di Bergamo, esponendo di avere concluso in data 26 novembre 2010 con la [REDACTED] S.p.a. (oggi [REDACTED] S.p.a.) una operazione di *Interest Rate Swap*. Al riguardo, ha lamentato il comportamento scorretto della Banca e ha dedotto la nullità del suddetto contratto di *Interest Rate Swap* e del contratto quadro ad esso sottostante, stipulato

pagina 2 di 8

Firmato Da:
Firmato Da:



Sentenza n. 786/2020 pubbl. il 18/06/2020
RG n. [REDACTED]

in data 1 marzo 2010, evidenziando la mancanza: - della indicazione della facoltà di recesso ex art. 30 comma 6 e 7 del T.U.F.; - della sottoscrizione della Banca; - della strumentalità dell'operazione rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale; - della causa di copertura; - dell'accordo sul valore finanziario iniziale dell'operazione (*mark to market*) e sui costi impliciti di essa.

Su tali rilievi, la società [REDACTED] ha quindi chiesto al Tribunale:

- 1) in via principale e alternativa, di dichiarare la nullità dell'accordo quadro e del contratto derivato oggetto di causa per una delle ragioni sopra elencate;
- 2) in via subordinata, di accertare e dichiarare la risoluzione del contratto derivato per inadempimento della Banca;
- 3) in ogni caso: di condannare [REDACTED] S.p.a. a restituire la somma di euro 400.261,85 o la diversa somma accertata in corso di causa.

[REDACTED] S.p.a. si è costituita regolarmente, depositando in data 19 marzo 2018 la propria comparsa di risposta, con la quale ha contestato ogni avversa domanda e ne ha chiesto il rigetto.

Senza svolgimento di attività istruttoria, all'udienza del 19 novembre 2019, i procuratori delle parti hanno precisato le conclusioni e, concessi i termini di cui all'art. 190 c.p.c., la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Sono documentalmente dimostrate o, comunque, non hanno formato oggetto di contestazione in causa le seguenti circostanze.

- In data 29 gennaio 2010, la società [REDACTED] S.r.l. e [REDACTED] S.p.a. hanno concluso un contratto di leasing avente ad oggetto un capannone artigianale di 7.500 metri quadrati sito in Comune di [REDACTED], via [REDACTED] e [REDACTED], e hanno pattuito il versamento di un acconto di euro 30.688,16 e di 215 canoni mensili anch'essi di euro 30.688,16 (doc. 13 di parte convenuta); la società attrice [REDACTED] è subentrata nel suddetto contratto alla precedente utilizzatrice con decorrenza dal 3 agosto 2010 (doc. 9 di parte attrice).

- In data 23 febbraio 2010, [REDACTED] S.p.a. e [REDACTED] S.p.a. hanno stipulato il contratto quadro "per la negoziazione, il collocamento, la ricezione e la trasmissione di ordini" di cui al doc. 5 del fascicolo di parte convenuta e in tale occasione è stata consegnata alla società attrice: - l'informativa precontrattuale prevista dal Regolamento Intermediari Consob n. 16190/2007; - l'informativa pre-contrattuale relativa allo svolgimento dei servizi di negoziazione, collocamento, ricezione e trasmissione di ordini, nonché il documento recante la descrizione della strategia di esecuzione degli ordini; - la comunicazione relativa alle informazioni riguardanti la classificazione dei clienti (docc. 6,7,8 del fascicolo di parte convenuta).

pagina 3 di 8

Firmato Da:
Firmato Da:



Sentenza n. 786/2020 pubbl. il 18/06/2020
RG n. [REDACTED]

- In data 1 marzo 2010, [REDACTED] S.p.a. e [REDACTED] S.p.a. hanno stipulato il "Contratto relativo ad operazioni in strumenti finanziari derivati OTC" (over the counter) - integrativo del precedente contratto quadro – di cui al doc. 5 di parte attrice.

- In data 28 aprile 2010, il Consiglio di Amministrazione della società attrice ha deliberato l'attribuzione al proprio presidente e al consigliere delegato [REDACTED] del potere di valutare e negoziare eventuali strumenti di copertura dal rischio di aumento dei tassi di interesse del contratto di leasing immobiliare stipulato dalla controllata [REDACTED] S.r.l.

- In data 26 novembre 2010, [REDACTED] S.p.a. e [REDACTED] S.p.a. hanno concluso una operazione di *Interest Rate Swap* OTC, con la quale la Banca si è impegnata a versare, a scadenze trimestrali decorrenti dal 30 novembre 2010 sul capitale di euro 2.500.000,00 il tasso Euribor tre mesi, mentre la società attrice si è impegnata a versare sul medesimo capitale di riferimento e alle medesime scadenze il tasso fisso del 2,6550%.

Ciò premesso, in applicazione del criterio della ragione più liquida, si reputa opportuno esaminare prioritariamente l'eccezione di nullità formulata dalla società attrice con riguardo alla mancanza, nel contratto concluso in data 26 novembre 2011, della indicazione del valore finanziario iniziale dell'operazione (*mark to market*) e della specificazione dei costi impliciti dell'operazione.

In questa prospettiva, è utile chiarire la natura del contratto derivato dedotto in causa.

L'*Interest Rate Swap Over The Counter* è un contratto negoziato al di fuori dei mercati ufficiali ed è caratterizzato dallo scambio, allo scadere di uno o più termini prefissati, di due somme di denaro, calcolate con riguardo ad un capitale di riferimento (c.d. nozionale), sulla base di due diversi tassi di interesse.

Si tratta di un contratto atipico, se pur nominato dal Legislatore (v. allegato 1 sezione C del T.U.F.), appartenente alla categoria dei contratti aleatori, nei quali la prestazione pattuita è ricollegata al realizzarsi di un evento futuro o al ricorrere di un accadimento che, al momento del perfezionamento del patto, è ignoto alle parti.

In questo ambito, è peraltro da escludere la assimilabilità dell'*Interest Rate Swap* al contratto di assicurazione, tenuto conto del fatto che al momento dell'accordo non è individuabile il soggetto che deve effettuare la prestazione in conseguenza dell'evento.

Piuttosto, tale peculiarità, oltre che la possibilità che nell'*Interest Rate Swap* l'alea sia di creazione artificiale e non preesista alla conclusione del contratto, consente di associare la struttura dello strumento finanziario in esame a quella delle scommesse autorizzate.

pagina 4 di 8

Firmato Da
Firmato Da



A conferma di quanto argomentato, si reputa significativo che l'art. 23 comma 5 del T.U.F. stabilisca espressamente la sottrazione degli strumenti derivati – tra cui l'*Interest Rate Swap* – all'applicabilità dell'art. 1933 c.c., facendo desumere un implicito inserimento degli stessi nella categoria delle scommesse autorizzate di cui all'art. 1935 c.c.

L'assimilazione dell'*Interest Rate Swap* alle scommesse autorizzate – per le quali la possibilità di agire giudizialmente è correlata alla presenza di una garanzia esterna, costituita dalla autorizzazione legislativa - impone di ricercare nella struttura dello strumento finanziario un interesse meritevole di tutela che sia diverso dal mero fine di lucro. Solo ove ricorra tale interesse si giustifica l'esclusione dell'applicazione dell'art. 1933 c.c. e può essere riconosciuta la piena tutela giudiziaria.

La ricostruzione che precede – frutto di elaborazione dottrinale – è stata fatta propria dalla Corte di appello di Milano nella sentenza n. 3459 del 18 settembre 2013, la quale si pone all'origine di un orientamento sempre più consolidato nella giurisprudenza di merito (v. Tribunale di Pescara del 31 marzo 2020 n. 300, Tribunale di Foggia del 13 febbraio 2019 n. 468, Tribunale di Bologna del 29 novembre 2018 n. 20990, Tribunale di Roma del 30 aprile 2017 n. 11364, Corte di Appello di Bologna dell'11 marzo 2014 n. 734).

In particolare, la Corte di Appello di Milano, una volta ricondotto il contratto di *Interest Rate Swap* allo schema delle scommesse autorizzate, ha precisato che *“nel derivato OTC l'oggetto è uno scambio di differenziali a determinate scadenze. Ma la sua causa risiede in una scommessa che ambo le parti assumono. E nella scommessa legalmente autorizzata, come quella ritenuta meritevole di tutela da parte del legislatore finanziario, l'alea non può che essere (deve essere!) razionale per entrambi gli scommettitori: e ciò a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto. Sia esso di mera copertura, ovvero speculativo”*.

Il concetto di "alea razionale", intesa quale elemento causale dei contratti derivati *over the counter*, esprime l'esigenza che gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi di volta in volta presi in considerazione (nel caso di specie, la fluttuazione dei tassi) siano definiti e conosciuti *ex ante* e con certezza da entrambe le parti del contratto; 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. In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, *“poiché il riconoscimento legislativo risiede nella razionalità dell'alea e, quindi, nella sua misurabilità”* (v. la citata sentenza della Corte di Appello di Milano n. 3459/2013).

Ciò non significa che l'alea debba essere necessariamente simmetrica sul piano quali-quantitativo, poiché l'investitore, purché consapevole, è sempre libero di accettare scommesse strutturate nel senso di produrre vantaggi elevati solo nelle ipotesi di accadimenti molto infrequenti.



In altri termini, la rispondenza del contratto ad interessi meritevoli di tutela non può prescindere dalla razionalità delle contrattazioni, la quale ricorre solo se le alee scambiate siano il frutto di un giudizio razionale in termini di entità e natura. L'eventuale 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 si assuma un grado determinabile (anche se sbilanciato) di rischio.

In questa prospettiva, non può ritenersi meritevole di tutela un contratto nel quale la qualità dell'alea resti ignota in quanto oggetto di unilaterale determinazione secondo criteri privi di trasparenza.

Tale evenienza non ricorre in caso di contratti derivati c.d. uniformi, cioè stipulati in un mercato regolamentato, che obbedisce a regole standardizzate sulle quali i contraenti non sono in grado di intervenire. Per i derivati uniformi non si pone un problema di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto sotto il profilo della misurabilità dell'alea e della condivisione consapevole del rischio, mentre può porsi un problema di adeguatezza/appropriatezza del prodotto rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ovvero di assenza di eventuali conflitti di interesse, la cui tutela è garantita dagli obblighi informativi (attivi e passivi) ai quali è tenuto l'intermediario.

La precisazione che precede consente di cogliere la compatibilità della tesi in esame con i principi statuiti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007.

Infatti, il carattere razionale della creazione dell'alea come elemento essenziale (causa) del derivato di *Interest Rate Swap* non discende dalle regole di comportamento come specificate dalla Consob in attuazione del T.U.F. o dai principi di cui all'art. 21 del T.U.F. stesso, ma deriva dal modo in cui l'ordinamento disciplina le scommesse autorizzate, senza che sul punto assumano rilevanza le regole di comportamento.

Queste ultime servono ad impedire che il soggetto più forte subordini l'interesse del cliente al perseguimento del proprio interesse. Invece, con la verifica sulla razionalità del contratto, l'ordinamento si propone di evitare al contraente un sacrificio ingiustificato, quale sarebbe la pretesa di pagamento delle passività maturate nell'ambito di un contratto derivato concluso senza che una parte abbia potuto valutarne il rischio.

Nella fattispecie di causa, la Banca ha ommesso di indicare sia il valore di mercato del prodotto derivato al momento della conclusione dell'operazione, sia, conseguentemente, i costi impliciti; non risultano inoltre chiariti i criteri di *pricing* seguiti, né sono stati presentati gli scenari probabilistici relativi all'andamento atteso del tasso Euribor.

L'indicazione del *mark to market* ha la funzione di consentire l'individuazione del valore di un derivato all'interno di un mercato *Over The Counter*, coerentemente con le prospettive generali del mercato e non con gli apprezzamenti soggettivi delle parti.



Sentenza n. 786/2020 pubbl. il 18/06/2020
RG n. [REDACTED]

Il segno positivo, negativo, o nullo del *mark to market* dà modo di comprendere se la scommessa è o meno equa e, se non è equa, fornisce una misura della sua iniquità.

Tuttavia, poiché il valore del *mark to market* può essere ottenuto mediante il ricorso a differenti formule matematiche, tutte scientificamente corrette, perché lo stesso sia effettivamente indicativo del possibile andamento futuro dei flussi finanziari, è necessario che sia esplicitata la formula matematica utilizzata.

In difetto di esplicitazione del criterio di calcolo del *mark to market*, il valore dell'*Interest Rate Swap* attribuito dalla banca non è verificabile.

Analogamente, la mancata condivisione delle curve probabilistiche (c.d. Curve Forward) preclude al cliente di controllare la razionalità dei parametri inseriti nel contratto.

Pertanto, in forza delle argomentazioni che precedono, deve essere dichiarata la nullità della operazione di *Interest Rate Swap* conclusa fra le parti in data 26 novembre 2010, per difetto di causa ex art. 1418 comma 2 c.c. e comunque per difetto di meritevolezza ex art. 1322 c.c., in conseguenza della omissione della indicazione del valore del *mark to market*, del relativo modello di calcolo e delle curve forward, la quale ha inciso negativamente sulla razionalità dell'alea giuridica e ha precluso la misurabilità di essa.

Al contrario, non può essere accolta l'eccezione di nullità formulata da [REDACTED] S.p.a in relazione al contratto quadro stipulato con la Banca convenuta, in assenza di allegazioni specifiche ad esso relative e non essendo logicamente configurabile un rapporto di dipendenza tale per cui la nullità del contratto derivato determini a cascata la nullità del contratto quadro.

Dalla pronuncia di nullità del contratto di *Interest Rate Swap* stipulato tra le parti in data 26 novembre 2010, in applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), deriva la condanna della Banca alla restituzione dei flussi negativi addebitati alla società attrice in esecuzione del contratto nullo, quantificati concordemente dalle parti in euro 419.312,00.

Su tale importo andranno computati gli interessi al tasso legale dal 6 novembre 2017, data di notificazione da parte della società attrice della domanda di mediazione, al saldo effettivo.

Le statuizioni che precedono assorbono ogni ulteriore domanda formulata nel presente giudizio.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste a carico della Banca convenuta nella misura liqui data direttamente in dispositivo, tenendo conto dell'attività in concreto svolta dai difensori.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa o assorbita,

- 1) accerta e dichiara la nullità del contratto di *Interest Rate Swap* concluso fra le parti in data 26 novembre 2010;

pagina 7 di 8

Firmato Da
Firmato Da



Sentenza n. 786/2020 pubbl. il 18/06/2020
RG n. [REDACTED]

- 2) condanna la Banca convenuta a corrispondere in favore della società attrice la somma di euro 419.312,00, oltre interessi al tasso legale dal 6 novembre 2017 al saldo effettivo;
- 3) condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice le spese di lite, che si liquidano in 18.413,00 per compensi e in euro 1241,00 per esborsi, oltre IVA, CPA e rimborso forfetario in misura pari al 15% dei compensi.

Così deciso in Bergamo il 6 maggio 2020

il Giudice
dott.ssa [REDACTED]

pagina 8 di 8

Firmato Da:
Firmato Da:

