Giurisprudenza

N. R.G. 18960/2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Margherita Monte
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 18960/2013 promossa da:

ATTRICE

contro

CONVENUTI

OGGETTO: Intermediazione finanziaria (S.I.M.) - Contratti di Borsa

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli depositati per via telematica.

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1dc - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

ha citato in giudizio Banca ed il sig funzionario , allegando di avere stipulato con la Banca il contratto di "*Interest Rate Swap Step Up in and out ref. 070503007*" al fine di coprire il rischio derivante dal finanziamento concesso da ad società partecipata da al 99%.

L'attrice ha affermato la responsabilità extracontrattuale dei convenuti per aver operato in contrasto col principio di buona fede e con scarsa diligenza professionale, in violazione degli obblighi informativi dettati dall'art. 21 TUF, degli obblighi di correttezza, trasparenza, informazione e professionalità, generando un'asimmetria informativa tra Banca e cliente in occasione della stipulazione del contratto IRS. L'attrice ha contestato la classificazione di "operatore qualificato" ex art. 31 Reg. Consob 11522/98, la violazione dell'obbligo di adeguatezza ai sensi degli artt. 28-29 Reg. Consob 11522/98, il conflitto di interessi della Banca in contrasto con gli artt. 21 TUF e 27 Reg. Consob 11522/98, la violazione delle norme poste a tutela del contraente debole. ha affermato la mancata consegna della documentazione informativa; la nullità del contratto quadro per mancato adeguamento alla normativa vigente, per la carenza degli elementi essenziali previsti per legge e della forma scritta *ab sustantiam* (artt. 23 e 30 Reg. Consob 11522/98). L'attrice ha affermato la nullità dell'IRS anche per indeterminatezza dell'oggetto, la mancanza degli elementi essenziali del contratto ovvero del metodo di calcolo del MTM, la mancata indicazione della facoltà di recesso ex art. 30 TUF, l'assenza della funzione di copertura concordata tra le parti, la difformità dei due piani di ammortamento prodotti dalla Banca, l'applicazione di commissioni o costi occulti, la carenza di causa, astratta e concreta, meritevole di tutela. ha dedotto, altresì, l'applicazione di interessi usurari in violazione dell'art. 1815 cc e della L. 108/96, asserendo il finanziamento implicito frutto dell'asimmetria delle componenti positive e negative dell'IRS in relazione alla

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a113c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: da24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

commissione occulta pagata. L'attrice ha allegato, quindi, la violazione degli artt. 1175, 1176, 1322, 1325, 1346, 1337, 1338, 1375, 1418, 1427, 1440, 1710, 1815 e 2043 cc, delle norme comunitarie Direttiva comunitaria n. 2004/39/CE (mod. dalla direttiva 2006/73/CE), la violazione delle norme dettate dal "Financial Services Authority" e dal "Conduct of Business", nonché la violazione delle norme imperative contenute nel TUF.

ha concluso, chiedendo al Tribunale in via principale e di merito di: accertare e dichiarare la responsabilità extracontrattuale e precontrattuale della Banca e per l'effetto condannare e il solidalmente, al risarcimento dei danni patiti e *patiendi* quantificati in € 4.040.254,01 per differenziali negativi pagati alla data del 31.12.2012, oltre agli addebiti successivi per differenziali negativi maturati e maturandi e per l'eventuale Mark to Market fino alla scadenza naturale; in via concorrente, accertare e dichiarare la nullità o l'annullamento della operazione di *Interest Rate Swap denominata Step Up in and out ref. 070503007* nonché dei relativi *Master Agreement e Schedule*, per violazione delle norme imperative e di applicazione necessaria dell'ordinamento italiano oppure, in via alternativa, accertare e dichiarare l'inadempimento e la responsabilità contrattuale della banca convenuta e, per l'effetto, accertare e dichiarare la risoluzione del citato contratto Irs e, conseguentemente, condannare alla restituzione di tutte le somme indebitamente percepite e/o al risarcimento di tutti i danni patiti e *patiendi* da da quantificarsi in € 4.040.254,01 per differenziali negativi pagati alla data del 31.12.2012, oltre agli addebiti successivi per differenziali negativi maturati e maturandi e/o eventuale Mark to Market fino alla scadenza naturale; in via ulteriormente concorrente condannare ed il a restituire le somme corrisposte e a risarcire tutti i danni patiti e *patiendi* da da quantificate all'esito dell'esperita istruttoria o nella consulenza tecnica di parte o in via equitativa per costi occulti o commissioni implicite e per non avere usufruito di occasioni alternative di investimento

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

che avrebbero potuto portare a risultati positivi; il maggior danno subito dalla società attrice ai sensi dell'art. 1224 cc pari alla differenza tra il tasso del rendimento annuo netto dei titoli di Stato di durata 12 mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi dell'art. 1284 c.c.; i danni derivanti dalla mancata consegna dei documenti richiesti con istanza 119 TUB, formulata a mezzo di raccomandata del 04.02.2013.

Si sono costituiti Banca ed il ; eccependo il difetto di giurisdizione del giudice italiano in favore del giudice inglese in forza dell'art. 13 del *Master Agreement ISDA mod. 1992* e del *Schedule to the Master Agreement;* la carenza di legittimazione attiva di essendo legittimata ad agire . Il ha eccepito, inoltre, la propria carenza di legittimazione passiva, affermando di essere privo di autonomi poteri decisionali in merito alla operazione di IRS oggetto di causa e di aver agito con la diligenza del buon padre di famiglia.

Nel merito i convenuti hanno dedotto la conformità formale e sostanziale della condotta della Banca alla disciplina normativa e regolamentare vigente (TUF e Regolamento Consob), ribadendo la piena legittimità dell'operazione contestata, anche in considerazione delle caratteristiche soggettive della di operatore qualificato *ex art. 31 del Regolamento* Consob *11522/98*, essendo state preventivamente fornite tutte le informazioni necessarie nel rispetto del profilo finanziario ed in conformità ai doveri di diligenza, correttezza e trasparenza dettati dal TUF oltre che ai principi di comportamento secondo buona fede nelle fase precontrattuale, contrattuale e post-contrattuale senza alcun addebito di oneri finanziari occulti, né di tassi usurari.

I convenuti hanno dedotto che il legale rappresentante di aveva sottoscritto il contratto quadro per le operazioni su strumenti finanziari derivati *Interest Rate Swap Step Up in and out ref. 070503007* nella piena consapevolezza delle caratteristiche, delle finalità e dei rischi specifici assunti.

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

I convenuti hanno concluso, chiedendo al Tribunale di: ritenere e dichiarare il difetto di giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria italiana, essendo il rapporto contrattuale tra le parti regolato dalla legge inglese e, conseguentemente, ritenere e dichiarare l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'azione promossa dalla anche per integrale carenza di legittimazione attiva; dichiarare altresì la carenza di legittimazione passiva del nel merito ritenere e dichiarare l'infondatezza delle domande attoree e, conseguentemente, rigettare le stesse; in via subordinata di ritenere e dichiarare la non prevedibilità del danno lamentato e, conseguentemente, determinare equitativamente la somma oggetto di rimborso o risarcimento ex artt. 1225 c.c., disponendo, comunque, la decurtazione o la compensazione parziale degli importi corrispondenti al valore dei differenziali positivi incassati dalla nel corso del rapporto.

Con ordinanza del 27.06.2013 veniva accolto dal Giudice il ricorso ex art. 700 c.p.c. dell'attrice di sospensione dell'esecuzione del contratto Interest Rate Swap in and out step up n. 070503007. Con successiva ordinanza il Tribunale in composizione collegiale revocava il provvedimento cautelare impugnato, accogliendo il reclamo proposta da con ricorso ex art. 669 terdecies cpc.

La causa è stata istruita con una CTU sui seguenti quesiti: *1) se, tenuto conto delle esigenze di - valutate "ex ante" alla stregua della sua esposizione presso il sistema creditizio e della sua concreta operatività commerciale all'epoca della stipulazione del contratto di Swap di oggetto di causa – tale contratto rispondesse ad esigenze di copertura dalla variazione dei tassi d'interesse applicabili in base ai piani di ammortamento allegati alle conferme dell'operazione (doc. 7 e 8 attrice); 2) se, invece, il contratto avesse finalità solo speculative oppure anche speculative fornendo in tale ultimo caso, ove possibile, un dato proporzionale tra le due componenti (di copertura e speculativa); 3) quali addebiti ed accrediti siano derivati ad dall'operatività del contratto fino alla data della CTU e se gli importi conteggiati da siano il risultato delle condizioni concordate, indicando in caso contrario gli importi corretti; 4) quale sia il valore teorico del contratto alla data della stipulazione, verificando se sia stato rispettato il*

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a113c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

principio secondo cui "alla stipula del contratto il valore di uno swap è sempre nullo", accertando il valore del MTM a tale data, l'ammontare di eventuali costi occulti per commissioni dell'intermediario e cd costi impliciti, precisando se l'eventuale presenza di costi occulti o impliciti alterasse, e in quale misura, il grado di esposizione al rischio di ".

Ciò premesso, si rileva che nei confronti di dev'essere accolta la domanda risarcitoria nei limiti di quanto di seguito statuito, mentre nei confronti del vanno respinte tutte le domande.

1- In via preliminare si rileva che è infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata da entrambi i convenuti con riferimento alla clausola dell'accordo quadro, il c.d. "1992 ISDA Master Agreement" conforme al modulo standard elaborato dall'"International Swaps and Derivatives Association", sottoscritto in data 3/05/2007 da e da contestualmente alla relativa appendice "Schedule" (docc. 4 e 5 attrice).

L'art. 13 del Master Agreement – intitolato "Governing Law and Jurisdiction"- prevede quanto segue:

"a) Governing Law. This agreement will be governed by and construed in accordance with law specified in the Schedule.

b) Jurisdiction. With respect to any suit, action or proceedings relating to this Agreement (Proceedings) each party irrevocably: (i) submits to the jurisdiction of the English courts, if this Agreement is expressed to be governed by English law, or to the non-exclusive jurisdiction of the State of New York and the United States District Court located in the Borough of Manhattan in New York City, if this Agreement is expressed to be governed by the law of the State of New York…".

Nella "Schedule", sub Part. 4, lett. h), è specificato che la legge applicabile è "English Law".

I convenuti ne deducono la giurisdizione esclusiva del Giudice inglese, in quanto la predetta clausola del c.d. "1992 ISDA Master Agreement" prevede la competenza dei

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a13c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

Tribunali inglesi qualora sia stata scelta la legge inglese, mentre in base alla stessa clausola soltanto la competenza dei tribunali dello Stato di New York può concorrere con quella di altri Stati in base alla Convenzione di Bruxelles del 27/09/1998 o la Convenzione di Lugano del 16/09/1988.

I convenuti aggiungono che la clausola di proroga di giurisdizione di cui all'art. 13, lett. b) i) della versione 1992 dell'ISDA Master Agreement, lungi dal prevedere l'alternativa basata sul concetto di corti convenzionali introdotta dalla successiva versione del 2002, stabilisce che, nel caso in cui il contratto sia convenzionalmente sottoposto alla legge inglese, tutte le cause derivanti dal medesimo sono sottoposte in via esclusiva alla giurisdizione delle corti inglesi.

In realtà la clausola della "Schedule" art. 4, lett. H, la quale prevede che sia applicabile la legge inglese, va integrata col richiamo al Regolamento Consob n. 11522\1998 espresso nella dichiarazione di "operatore qualificato" ex art. 31 del Regolamento, sottoscritta dal legale rappresentante di contestualmente al Master Agreement ed alla stessa Schedule (doc. 6 attrice, doc. 4 e 5) .

In tale documento il legale rappresentante di "riconosce che la presente dichiarazione comporta la disapplicazione degli artt. 27,28,29,30, 32 commi 3,4 e 5, 61 e 62 del menzionato regolamento consob n. 11522/98"

Nel merito della controversia i convenuti fanno valere la conseguenze giuridiche derivanti- a sfavore di - dal richiamo all'art. 31 del Regolamento Consob di attuazione del D legisl. N. 58\1998-TUF ed assumono di avere operato con condotte sempre conformi, "da un punto di vista formale e sostanziale, alla disciplina normativa e regolamentare vigente in materia di negoziazione di strumenti finanziari derivati, con particolare riferimento alle disposizioni del T.U.F. e del Regolamento Consob applicabile in regime ante-MIFID, con conseguente piena legittimità dell'operazione oggi strumentalmente contestata, anche in considerazione delle caratteristiche soggettive della cliente (per come detto, operatore qualificato e,

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

sostanzialmente, professionale)", mentre non richiamano alcuna norma della legge inglese.

La clausola di proroga della giurisdizione in favore delle Corti Inglesi di cui all'art. 13 del Master Agreement del 1992 non è quindi integrata dal richiamo, in via esclusiva, alla legge inglese previsto alla lett. b) i) dello stesso art. 13, considerato che per volontà pattizia al contratto si sarebbe applicata non solo la legge inglese, ma anche le norme del D. legisl. N. 58\1998-TUF attuate col Regolamento Consob n. 11522\1998, vigente all'epoca.

Di conseguenza si deve affermare la giurisdizione del Giudice italiano con riguardo alle domande sia contrattuali, sia extracontrattuali, proposte dell'attrice in quanto la controversia oggetto di causa è priva qualsiasi elemento d'internazionalità: le parti convenute sono di nazionalità italiana e domiciliate in Italia, in Italia si sono svolte le trattative negoziali e si è concluso il contratto, in Italia dev'essere adempiuto il rapporto contrattuale dedotto in giudizio e si sono verificate le conseguenze dannose lamentate dall'attrice.

2- Nel merito va premesso che, per quanto già rilevato sub 1, le domande dell'attrice devono essere valutate alla stregua delle regole di comportamento imposte all'intermediario finanziario dal Regolamento Consob n. 11522\1998 e dal D. legislativo n. 58\1998 del quale il Regolamento costituiva attuazione all'epoca della stipulazione del contratto IRS.

Le parti non fatto alcun riferimento a norme di diritto inglese nelle rispettive allegazioni difensive ed in effetti le predette norme imperative di diritto interno non possono confliggere col diritto inglese in materia d'intermediazione finanziaria richiamato nella Schedule. Il TUF è attuazione, infatti, della Direttiva CE n. 93/22/CEE del Consiglio del 10 maggio 1993 ed anche la normativa dell'ordinamento giuridico inglese nel settore dei servizi e mercati finanziari è di derivazione comunitaria.

La Direttiva n. 93/22/CEE stabilisce all'art. 11 che gli Stati membri elaborano le norme di comportamento che le imprese di investimento devono osservare in permanenza e tali

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

norme devono porre in atto almeno i principi che obbligano l'impresa d'investimento ad agire, nell'esercizio della sua attività, in modo leale ed equo, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato, con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato.

Queste disposizioni fondamentali della Direttiva CE sono state trasfuse nelle norme imperative dell'art. 21 TUF, secondo cui nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lett a). I principi sono stati ribaditi nell'art. 26 del Regolamento n. 11522\1998 che richiama, fra le regole generali di comportamento, quelle per cui gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare operano in modo indipendente e coerente con i principi e le regole generali del Testo Unico ed operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore.

La norma primaria dell'art. 21 TUF e l'art. 26 del Reg. Consob n. 11522\1998 di attuazione sono applicabili a tutela anche degli operatori qualificati ex art. 31 Regolamento Consob n. 11522\1998, come si desume dal fatto che l'art. 26 non è indicato fra le disposizioni del regolamento non applicabili in favore di questa categoria d'investitori.

2.A - Ciò posto, è provato che in data 4.5.2007 ha sottoscritto il contratto di "Interest Rate Swap Step Up in and out ref. 070503007" (doc. 4 e 5 fasc. banca), confermato da in data 8.5.2007 (cfr. docc. 7 e 8 fasc. banca) e in data 23.5.2007, con durata sino al 30.6.2017 (cfr. doc. 8 fasc .

La finalità del contratto doveva essere la copertura del rischio derivante dalla fluttuazione dei tassi d'interesse applicati al finanziamento concesso da ad società partecipata da (al 99%).

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

La circostanza, specificamente dedotta da , si desume dalla comunicazione via email inviata da a in data 3.5.2007 con l'allegato 7 al contratto di finanziamento "in merito alla copertura per " (doc. 11 convenuta), ove si legge: "I rapporti fra la Banca e la Società (ovvero il soggetto che stipulerà con la Banca i contratti di copertura del rischio di fluttuazione del Tasso di Interesse) saranno disciplinati da un ISDA Master Agreement, da sottoscriversi anteriormente al perfezionamento della copertura... "Il soggetto tenuto alla corresponsione del tasso fisso (c.d. "Fixed Rate Payer") sarà la Società o, in alternativa, , nel quale ultimo caso sarà tenuta a destinare alla Società le somme percepite dalla Banca ai sensi dell'IRS".

Il riferimento a tale contratto di finanziamento che sarebbe stato erogato da ad è ribadito da nella comunicazione in data 10/05/2007 inviata a , (doc. 12).

In base a questa richiesta di srl è stata inviata da la comunicazione di conferma della conclusione dell'operazione -*"costruita sulla base del piano di ammortamento da voi fornito"*- inviata da in data 8/05/2007 non solo ad ma anche a ed alla Società controllata di , (docc. 7-8 convenuta). In particolare nella comunicazione del 8 maggio 2007 (doc. 7 convenuta ed attrice) conferma che "la copertura, denominata IRS in ad aut step up, è stata costruita sulla base del piano di ammortamento da voi fornito, e relativo alla linea B del erogando da ai sensi del contratto di finanziamento stipulato tra e in data 11 gennaio 2007 (e successive modifiche ed integrazioni)".

Anche nel bilancio d al 31/12/2012 si ribadisce:

"Alla data di riferimento del presente bilancio, la *società ha in essere i contratti derivati di copertura illustrati di seguito nella presente sezione. Tali contratti sono stati stipulati per conto delle società controllate,*

ognuna delle quali ha acceso un finanziamento a

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

mediolungo termine, al fine di preservare l'operatività aziendale attraverso la stabilizzazione degli effetti derivanti dalla variazione dei tassi di interesse sui mutui contratti. La Società, a sua volta, provvede ad imputare alle singole società controllate i flussi di cassa periodici derivanti dalle maturazioni periodiche pattuite con gli intermediari finanziari". Il contratto con indicato in tale bilancio è appunto quello oggetto di causa, riferito al "finanziamento di € 38.500.000,00 erogato da alla società controllata (pag. 27 doc. 17 convenuta).

Il CTU prof. Gino Gandolfi ha risposto al quesito volto ad accertare se il contratto IRS rispondesse ad esigenze di copertura dalla variazione dei tassi d'interesse applicabili in base ai piani di ammortamento allegati alle conferme dell'operazione (doc. 7 e 8 attrice). Al riguardo il CTU ha rilevato che nell'allegato n. 7 al contratto di finanziamento tra e , trasmesso via email da a di prima della stipulazione del contratto IRS (doc. 11), è prevista una specifica clausola che stabilisce:

"La copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse a valere sulla linea B del finanziamento sarà implementata attraverso la stipula di contratti di Interest Rate Swap (IRS) sul 100% degli importi erogati e non rimborsati della Linea B, fino al completo rimborso della stessa secondo il piano di ammortamento [...]. Il soggetto tenuto alla corresponsione del tasso fisso (c.d. "fixed rate payer") sarà la Società o, in alternativa, nel quale ultimo caso sarà tenuta a destinare alla Società le somme percepite dalla Banca ai dell'IRS. Qualora la Società non adempia alla richiesta [...] la Banca Finanziatrice avrà la facoltà di procedere direttamente alla stipula della copertura integrativa in nome, per conto ed a spese della Società".

Il contratto IRS avrebbe, quindi, dovuto svolgere, sia pure secondo una valutazione *ex ante*, la funzione di copertura dai rischi di fluttuazione dei tassi d'interesse del finanziamento concesso da alla

Il CTU ha verificato, sulla base dei dati di bilancio, che detiene rapporti molto stretti con le società controllate sia di tipo finanziario sia di tipo commerciale. I rapporti

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a13c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

finanziari si sostanziano in un contratto di conto corrente con le società controllate le cui partite a debito/credito sono fruttifere di interesse al tasso di mercato; I rapporti di natura commerciale nei confronti delle società controllate consistono nell'assistenza e consulenza contrattuale, amministrativa, organizzativa, contabile, fiscale, legale e societaria, tecnico-progettuale, commerciale e finanziaria (pag. 7).

In base a queste premesse il CTU ha osservato che "*benché la negoziazione del contratto derivato non deve ritenersi, in linea di principio, inopportuna*" [...] *lo strumento sottoscritto dalla parte attrice non può considerarsi di pura copertura e, per tale ragione, debba intendersi (prevalentemente) speculativo*".

Il CTU ha aggiunto che, per rispondere in modo compiuto al quesito, sarebbe stato opportuno esaminare le caratteristiche tecniche dell'operazione di finanziamento negoziata tra e che avrebbe giustificato il ricorso alla copertura, documento questo non prodotto dalle parti (pag. 18).

In effetti si rileva che, affinché al contratto derivato possa essere riconosciuta una finalità di copertura, è necessario che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura assunti nell'importo originario e via via ridotti nel tempo; 2) il tasso applicato all'importo finanziato e quello utilizzato nel contratto su derivati; 3) la corrispondenza delle scadenze dei pagamenti del debito e delle rate previste dall'IRS; 4) l'omogeneità tra la durata del debito e quella dell'IRS (cfr. Tribunale Roma n. 212\2016, pubblicata nel Caso.it).

Il CTU ha potuto osservare sulla base dei piani di ammortamento allegati alle conferme dell'operazione da parte di sub doc. 7 e 8 attrice, "supponendo la correttezza delle ipotesi assunte" in tali piani, che il derivato oggetto del contendere permette una parziale copertura, ma espone comunque alle conseguenze derivanti da particolari andamenti del tasso di interesse.

In altre parole il CTU ha potuto riscontrare, a prescindere dall'esame del contratto di finanziamento di alla e del relativo piano di ammortamento, che "non esiste una perfetta corrispondenza tra i flussi potenzialmente generati dallo

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

strumento derivato ed i flussi potenzialmente generati dall'indebitamento sottostante, rendendo così impossibile una "copertura perfetta" dagli effetti del rischio di tasso di interesse (pag. 18 e 19), secondo la valutazione probabilistica *ex ante* richiesta nel quesito.

Questa carenza di prova dell'idoneità "ex ante" del contratto a svolgere la funzione- quanto meno prevalente- di copertura richiesta da grava sull'intermediario finanziario .

L'intermediario avrebbe dovuto dimostrare, infatti, ex art. 23 TUF di avere correttamente adempiuto gli obblighi di agire con diligenza e con competenza professionale in vista del perseguimento dell'interesse di alla copertura dai rischi di fluttuazione dei tassi d'interesse del finanziamento concesso da alla controllata, mentre il CTU ha rilevato una finalità dell'IRS prevalentemente speculativa rispetto all'andamento del tasso d'interesse.

Da tale rilievo discende l'affermazione della responsabilità della Banca per i danni subiti da in conseguenza della stipulazione del contratto IRS, danni quantificati di seguito sub 5.

Devono essere respinte, invece, la domanda dell'attrice di nullità del contratto per difetto di causa concreta e la domanda, alternativa, di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'intermediario finanziario, per un motivo assorbente.

Si tratta, infatti, di istituti previsti da norme codicistiche (art. 1418 cod. civ., art. 1453 cod. civ) di diritto interno, non richiamato dalle parti nella Schedule, mentre l'attrice non ha allegato norme della legge inglese dalle quali possa discendere l'invalidità o l'inefficacia del contratto per violazione delle predette norme del TUF.

2.B - Un altro evidente profilo di responsabilità di attiene al fatto, evidenziato dall'attrice, che nel contratto IRS fossero inclusi costi occulti e, soprattutto, che mancasse la predeterminazione dei criteri di calcolo del Mark to Market.

Il MtM è elemento essenziale dell'oggetto del contratto IRS, in quanto è la sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: dc24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

riferimento alla data della sua quantificazione e dev'essere sviluppato attraverso un conteggio che, mediante il ricorso a formule matematiche che possono essere differenti, consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente al momento del calcolo del MtM (Trib. Milano est.Ferrari 6.7.2016). In effetti il CTU ha osservato che "*la stima del "valore teorico" di uno strumento derivato non è standardizzabile ed ottenibile facendo ricorso ad un'unica metodologia con l'applicazione meccanicistica di una formula matematica ma, al contrario, contempla numerosi approcci*"

Il regolamento contrattuale *dell'Interest Rate Swap Step Up in and out ref. 070503007* si limita, invece, ad indicare l'importo nozionale iniziale (€ 38.500.000,00), le date di partenza e scadenza (29.6.2007 - 30.6.2017), le scadenze periodiche (semestrali) e i parametri fissati per la determinazione dei differenziali scambiati tra le parti (tasso fisso con "soglia out" e tasso Euribor 6 mesi) prevedendo che: se l'Euribor 6 mesi rilevato all'inizio di ciascun periodo è inferiore alla "soglia out" prestabilita, alla scadenza del periodo la società paga il "tasso fisso" dell'anno di ricevimento e riceve da il tasso variabile Euribor 6 mesi; se invece l'Euribor 6 mesi è pari o superiore alla "soglia out" non ci sarà alcuno scambio di differenziali tra le parti (cfr. docc. 4-5 o 3-7-8 fasc.).

Il CTU ha risposto, inoltre, al quesito n. 4 finalizzato a verificare il valore teorico del contratto alla data della stipulazione, accertando se sia stato rispettato il principio, espresso nell'allegato 3 del Regolamento Consob n. 11522\98, secondo cui "alla stipula del contratto il valore di uno swap è sempre nullo", ma esso può assumere rapidamente un valore negativo (o positivo) a seconda di come si muove il parametro a cui è collegato il contratto; il valore del MTM a tale data; l'ammontare di eventuali costi occulti per commissioni dell'intermediario e cd costi impliciti.

Il CTU ha così precisato: "la stima del "valore teorico" di uno strumento derivato non è standardizzabile ed ottenibile facendo ricorso ad un'unica metodologia con l'applicazione meccanicistica di una formula matematica ma, al contrario, contempla

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a13c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

numerosi approcci. Proprio per tale ragione, durante l'incontro del 23/10/2014, il CTU ha chiesto ai CTP di fornire la valutazione del derivato alla data di sottoscrizione, avendo cura di esplicitare la fonte e tutte le informazioni necessarie e ciò al fine di giungere ad una stima, nel limite del possibile, condivisa. I risultati proposti dai CTP, che peraltro sono stati oggetto di approfondito dibattimento durante l'incontro del 18/11/2014, presentano differenze non macroscopiche, differenze che sono da imputare, da una parte, ai modelli utilizzati e, dall'altra parte, alle fonti prese come riferimento, nonché agli arrotondamenti e alle ipotesi utilizzati nei calcoli".

Di fatto i CTP hanno concluso in modo differente e ciò conferma che la mancanza di pattuizioni contrattuali specifiche rende opinabile la stima del valore teorico del contratto IRS: il CT di ha concluso per un valore pari a € -552.692,00; il CT di per un valore pari a € -448.379,00. Tali differenti valutazioni secondo il CTU "sono da imputare da una parte ai modelli utilizzati e, dall'altra, alle fonti prese come riferimento, nonché agli arrotondamenti e alle ipotesi utilizzati nei calcoli".

Il CTU ha rilevato, inoltre, che per costo implicito, commissione implicita, o costo occulto, si deve intendere la differenza esistente, in un preciso momento, tra il valore teorico dello strumento derivato e l'importo *up front* dello stesso, indipendentemente dalle modalità di utilizzo di quest'ultimo (incasso o pagamento di debiti preesistenti); il costo implicito è pari alla differenza tra il prezzo dello stesso, quantificato attraverso l'importo up front (se l'importo up front non esiste, il prezzo è da intendersi pari a zero) ed il valore teorico (*fair value*) del singolo strumento derivato al momento della negoziazione iniziale o della rinegoziazione.

Nel caso dell'IRS in esame, poiché non esiste alcun *up front*, il CTU d'intesa con i CTP ha quantificato i "costi impliciti" del contratto derivato in € 500.000,00, aggiungendo che la presenza dei costi impliciti ha reso più oneroso il contratto per la parte che li ha sostenuti, ossia ma non ha modificato l'esposizione al rischio della società stessa (pag. 14-16).

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a13c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

In definitiva i rilievi del CTU portano a concludere che il regolamento negoziale del contratto *Interest Rate Swap Step Up in and out ref. 070503007* è stato predisposto da in violazione delle norme imperative dell'art. 21 TUF, che pongono a carico dell'intermediario gli obblighi di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (lett a), avendo proposto al cliente un regolamento contrattuale privo d'indicazione esplicita di un elemento essenziale (il MtM) e contenente costi occulti a carico del cliente.

Anche per questo motivo si deve affermare responsabilità della Banca per i danni subiti da in conseguenza della stipulazione del contratto IRS, danni quantificati di seguito sub 3, mentre va respinta la domanda di nullità del contratto ex art. 1418 c.c. per indeterminatezza dell'oggetto ovvero per difetto di causa c.d razionale, in quanto l'attrice non ha allegato norme della legge inglese riferibile all'istituto della nullità del contratto.

3- E' infondata, inoltre, la domanda di nullità del contratto IRS per asserita carenza formale del Contratto Quadro ex art. 23 TUF, in quanto l'ISDA Master Agreement ed la Schedule collegata contengono gli elementi essenziali richiesti dalla normativa di settore.

Va respinta, infine, la domanda di nullità del contratto IRS per mancanza di clausola di recesso ex art. 30 TUF, considerato che ha concluso il contratto come operatore qualificato ex art. 31 Reg. Consob n. 11522\98 (doc. 6).

Con tale espressa dichiarazione il legale rappresentante di ha manifestato in modo univoco la volontà di essere considerato operatore qualificato in quanto in possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dall'art. 31 TUF e tale dichiarazione esonera dell'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso (Cass. Sentenza n. 12138 del 26/05/2009).

Nel caso in esame nessun elemento oggettivo smentisce la dichiarazione di operatore qualificato del legale rappresentante di che, anzi, risulta avvalorata dal

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a12c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

fatto che si tratta di società con un capitale sociale di € 22.000.000,00, controllata dalla - Lussemburgo e per essa da - Francia (quotata alla Borsa di Parigi), per lo svolgimento sul territorio italiano della stessa attività della controllante nel settore dello sviluppo immobiliare nell'ambito della grande distribuzione e dei centri commerciali, mediante la costituzione di nuove società controllate, per un complessivo valore iscritto nel bilancio al 31/12/2012 per € 35.678.956,00 (docc. 17-18). All'epoca della stipulazione dell'IRS oggetto di causa aveva, inoltre, già sottoscritto nel 2005 un contratto di Swap (estratto del bilancio al 31.12.2007, doc. 9).

Ne discende l'inapplicabilità della disciplina della nullità del contratto concluso fuori sede per l'omessa indicazione della facoltà di recesso dettata dall'art. 30, 6° e 7° comma TUF, perché non costituisce offerta fuori sede quella effettuata nei confronti di clienti professionali ex art. 30, II comma TUF.

4- Per tutto quanto rilevato va accolta la domanda di di risarcimento dei danni nei confronti di , mentre è fondata l'eccezione preliminare del convenuto di difetto di legittimazione passiva rispetto alle domande proposte nei suoi confronti.

Non sussistono, infatti, motivi per condannare al risarcimento dei danni anche il sig. .

Il convenuto ha trattato con in nome dell'intermediario ., in quanto funzionario dipendente della stessa Banca, privo di autonomo potere decisionale. In giudizio e hanno svolto le medesime difese e ha confermato che ha agito in conformità alle disposizioni interne della Banca, senza alcun profilo di autonomia nelle trattative e nella fase di stipulazione del contratto IRS, tant'è che non ha svolto neppure in subordine alcuna domanda nei confronti del proprio dipendente.

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a1f3c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

DB Giurisprudenza

Ne consegue il rigetto della domanda risarcitoria nei confronti del convenuto non essendo allegati, né dimostrati dall'attrice profili di un illecito extracontrattuale a carico del dipendente di del quale lo stesso debba rispondere ex art. 2043 c.c.

5- Sulla liquidazione dei danni ha chiesto in atto di citazione il risarcimento di tutti i danni "patiti", da quantificarsi a quella data in € 4.040.254,01 e dei danni "patiendi". Nell'udienza di precisazione delle conclusioni, riguardo ai danni subiti per gli addebiti annotati nel corso giudizio in conseguenza dell'esecuzione del contratto, l'attrice ha documentato addebiti per le somme di Euro 8.204.921,61 al netto dell'unico differenziale positivo, di cui Euro 6.118.970,28 calcolati dal c.t.u. alla data del 30.06.2014 (pag. 12) ed Euro 2.085.951,33 per i successivi tre addebiti semestrali per differenziali negativi pagati alla data del 30.12.2015 (docc. 9 e 30).

A dimostrazione di questi successivi addebiti l'attrice ha prodotto sub 30, 31 e 32 le contabili della Banca successive alla scadenza dei termini istruttori, produzione questa ammessa ex art. 153, II comma cpc, alla quale non si è opposto il procuratore dei convenuti.

Il danno risarcibile si liquida, dunque, nella somma complessiva di Euro 8.204.921,61 (otto milioni, duecentoquattromilanovecentoventuno/61 centesimi) calcolata per gli addebiti fino al 31.12.2015 (doc. 32), somma da rivalutare secondo gli indici Istat Operai ed Impiegati dalle date di ogni singolo addebito sino alla data della sentenza. Sono dovuti gli interessi compensativi che si liquidano al tasso legale da calcolare sulla somma relativa a ciascun addebito via via rivalutata anno per anno sino alla sentenza, oltre i successivi interessi legali fino al saldo (Cass. Sez. Unite n. 1712\1995).

Nel danno così liquidato sono inclusi i costi occulti e, quindi, va respinta la domanda dell'attrice di condanna di ad un risarcimento ulteriore per i costi impliciti pagati.

Le spese processuali seguono la soccombenza nel rapporto fra l'attrice e e si liquidano in base al valore e della causa ed all'entità delle questioni trattate anche nella fase del procedimento cautelare, in complessivi € 70.000,00 per compenso, oltre €

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a13c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

2.998,96 per anticipazioni (contributo unificato, marche da bolle, spese per notificazione e copie, tassa di registro), oltre alle spese del CTP Ing. Giuseppe Zicchinali pari ad € 16.032,00 (fattura n. 2016/0011 del 1.6.2016). Le spese processuali del sig. si compensano per metà ex art. 92, II comma cpc per la parziale soccombenza rispetto all'eccezione di difetto di giurisdizione; per il resto si liquidano nel dispositivo, tenendo conto che nel merito la difesa del convenuto è pressoché coincidente con quella di BNL.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando nella causa come in epigrafe promossa, rigettata ogni contraria istanza e eccezione, così provvede:

1. Accertata la responsabilità di Banca per i danni conseguenti alla stipulazione del contratto di "*Interest Rate Swap Step Up in and out ref. 070503007*" da parte di condanna Banca a pagare ad a titolo di risarcimento dei danni la somma di € 8.204.921,61, (otto milioni, duecentoquattromilanovecentoventuno/61 centesimi) liquidati al 31.12.2015, da rivalutare secondo gli indici Istat Operai ed Impiegati dalle date di ogni singolo addebito per differenziali negativi sino alla data della sentenza, oltre gli interessi al tasso legale da calcolare sulla somma relativa a ciascun addebito via via rivalutata anno per anno sino alla sentenza, oltre i successivi interessi legali fino al saldo;
2. Condanna Banca a pagare ad e spese processuali che liquida in € 70.000,00 per compenso, € 2.998,96 per anticipazioni, oltre il rimborso del 15% ex art. 2 DM 55/2014 ed oneri accessori di legge, oltre alle spese della CTU già liquidate ed alle spese per il CTP che liquida in € 16.032,00;

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: a13c - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: de24c

dirittobancario.it

Giurisprudenza

3. Respinge tutte le domande proposte da nei confronti del sig. e condanna l'attrice a pagare al convenuto le spese processuali che-già compensate per metà- liquida in € 12.000,00 per compenso, oltre il rimborso del 15% ex art. 2 DM 55/2014 ed oneri accessori di legge.

Milano, in data 12 settembre 2016

Giudice

Dr.ssa Margherita Monte

Firmato Da: STEFANACHI ALESSANDRA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: e1f3e - Firmato Da: MONTE MARGHERITA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: da24c

dirittobancario.it