

Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016

RG n. 47029/2015

Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016



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. **47029/2015** promossa da:

**ICAP LEATHER CHEM SPA** (C.F. 00796510154), con il proc. dom. avv. MAUTONE  
LIBERATORE LINO, VIA DELLA VITTORIA, 64 LEGNANO

attrice

contro

**UNICREDIT SPA** (C.F. 00348170101), con il proc. dom. avv. SCIARRILLO DANIELE, CORSO  
MAGENTA, 2 MILANO

convenuta

pagina 2 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CAS Serial#: bdb3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CAS Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

### 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 Unicredit al pagamento in favore di Icap Leather Chem s.p.a. 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 Unicredit al pagamento in favore di Icap Leather Chem s.p.a. 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 Unicredit al pagamento in favore di Icap Leather Chem dell'importo

pagina 3 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

*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*

pagina 4 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

*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 Unicredit 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 Icap Leather Chem alla convenuta.*

*Al fine di espletare detta C.T.U. si fa presente che Icap Leather Chem ha invano richiesto, ai sensi dell'art. 119 T.U.B., ad Unicredit 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 Unicredit 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 Banca di Roma, nonché i contratti quadro inerenti alle quattro linee di credito concesse (richiamate nella lettera 28.10.2005 Banca di Roma -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);*

pagina 5 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016

RG n. 47029/2015

Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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

5) *Estratti conto relativi al conto n. 5374186 Unicredit 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 Unicredit 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 Icap Lather Chem 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*

pagina 6 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CAS Serial#: bdl5se - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CAS Serial#: c548a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

*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 Unicredit ai nn. 41 e 48 che mi si rammostrano sono state predisposte dall'allora Banca di Roma”;*

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 Banca di Roma, sono stati comunicati alla Icap Leather Chem da Unicredit”;*

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

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 Unicredit”.*

*Teste: rag. Giuseppe Grassi c/o Icap Leather Chem spa Via Donizetti n. 29/31 Lainate.*

*D) Venga ammessa prova contraria con il medesimo teste (rag. Giuseppe Grassi) in caso di ammissione della prova per testi formulata da Unicredit 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:*

pagina 7 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

1) *“Vero che in occasione dei contatti che hanno preceduto la sottoscrizione del Contratto Quadro con ICAP 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 Nadia Carnevale della allora Banca di Roma ha illustrato ai dott. Antonio Gandolfi e Luca Gandolfi di ICAP, 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 Nadia Carnevale della allora Banca di Roma ha illustrato il contenuto, nonché consegnato ai dott. Antonio Gandolfi e Luca Gandolfi di ICAP, 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 Nadia Carnevale, presso UniCredit.*

*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 ICAP a Intesa Sanpaolo S.p.A., prima della sottoscrizione dell’IRS Accrual, contratto n.702160396, con nozionale di € 900.000,00, scadenza 20.2.2012 (cfr. doc.n.53, pag.2);*

*a UBI Banca (già BPU Banca) 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*

pagina 8 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

*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 ICAP Leather Chem s.p.a. conveniva in giudizio Unicredit 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 Banca di Roma, oggi Unicredit. un contratto di mutuo a tasso variabile garantito da ipoteca per la somma di euro 5.000.000,00, da restituirsì 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,

pagina 9 di 19

Firmato Da: CAMILLO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CAS Serial#: b043e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a





Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

- 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 Unicredit s.p.a., 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*

pagina 10 di 19

Firmato Da: CAMILLO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CAS Serial#: b0a3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c548a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016

RG n. 47029/2015

Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

*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

pagina 11 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c548a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

al rischio assunto dalla banca, non incide sulla struttura del contratto, e quindi sulla sua validità, purchè 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).

Sennonchè 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).

pagina 12 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c548a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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.

pagina 13 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: b0a3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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,

pagina 14 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3a - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c546a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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

pagina 15 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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.

Sennonchè, a prescindere da ogni considerazione in ordine alla divisibilità 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

pagina 16 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c548a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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

pagina 17 di 19

Firmato Da: CAMILLO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: bda3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c548a





Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016

RG n. 47029/2015

Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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 prescrizionale 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

pagina 18 di 19

Firmato Da: CAMUTO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: b1a3e - Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c548a



Sentenza n. 3070/2016 pubbl. il 09/03/2016  
RG n. 47029/2015  
Repert. n. 2412/2016 del 09/03/2016

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 ICAP Leather Chem s.p.a. nei confronti di Unicredit s.p.a., 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

pagina 19 di 19

Firmato Da: CAMILLO LUIGI Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a  
Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTE Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c549a

