

Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017  
RG n. 53104/2014  
Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**IL TRIBUNALE DI ROMA**  
**Terza Sezione Civile**

in persona del Giudice Unico, Dott.ssa Clelia Buonocore, ha emesso la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile in primo grado, iscritta al n. 53104 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2014, posta in decisione all'udienza dell'8 novembre 2016 e vertente

TRA

**NEW BO.PAR. s.r.l.**, con sede legale in Fiano Romano (RM), alla Via Tiberina, km 19.300 (P. IVA 07934911004), in persona del legale rappresentante p.t., Sergio Boni, elettivamente domiciliata in Roma, alla Via Sardegna n. 69, presso lo studio dell'Avv. Fabio Liparota, che la rappresenta e difende per mandato a margine dell'atto di citazione.

*Attrice*

E

**BNL - BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.p.A.**, con sede legale in Roma, alla Via Vittorio Veneto n. 119 (C.F. e P. IVA 09339391006), in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, alla Via Antonio Gramsci n. 54, presso lo studio dell'Avv. Gianfranco Graziadei, che la rappresenta

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 82077



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

e difende in forza di procura generale conferita con atto per Notar Mario Liguori del 22.10.2007 (rep. n. 151302; racc. n. 33037).

*Convenuta*

CONCLUSIONI. All'udienza dell'8 novembre 2016 i Procuratori delle parti si riportavano alle conclusioni rassegnate nei rispettivi scritti difensivi, nei termini che seguono:

per l'attrice: "Voglia il Tribunale, *contrariis rejectis*, A1) in via principale e nel merito, dichiarare la nullità del contratto quadro del 28 febbraio 2007, per violazione degli artt. 1418 e 1325 c.c., dell'art. 1322 c.c. e dell'art. 117, nn. 1 e 3, del D.Lgs. n. 385/1993, e, per l'effetto, riconoscere il diritto della NEW BO.PAR. s.r.l. di ripetere tutte le somme indebitamente versate, per il complessivo ammontare di euro 139.544,40, di cui euro 15.784,62 a titolo di commissioni occulte incamerate dalla BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.. A2) Sempre in via principale, accertare e dichiarare la responsabilità precontrattuale della BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. per violazione degli obblighi di informazione e, per l'effetto, condannare la Stessa a risarcire tutti i danni subiti e subendi dalla NEW BO.PAR. s.r.l. in ragione della cennata condotta illegittima, liquidando il dovuto a titolo risarcitorio in via equitativa. B) In via subordinata, dichiarare l'annullamento del contratto quadro del 28 febbraio 2007 (*rectius* annullare il contratto quadro del 28 febbraio 2007) per dolo e per violazione del dettato dell'art. 1175 c.c., vista la totale assenza di ogni prospettazione ed informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato disposto degli artt. 1337, 1427 e 1439 c.c., nonché in violazione degli artt. 1176 c.c. e dell'art. 21, lett. a) del D.Lgs. n. 58/1998; per l'effetto, riconoscere il diritto della NEW BO.PAR. s.r.l. di ripetere tutte le somme indebitamente versate, per il complessivo ammontare di euro 139.544,40, di cui euro 15.784,62 a titolo di commissioni occulte incamerate dalla BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.. Con vittoria di spese di lite, da distrarre in favore del Procuratore della società attrice, in quanto antistatario";

per la convenuta: "Piaccia al Tribunale, disattesa ogni contraria istanza, A) rigettare integralmente le domande di parte attrice dacché infondate e/o per

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: PÓSTECOMI CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

maturata prescrizione quinquennale delle pretese azionate. B) In subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento delle avverse domande di nullità o di risoluzione, disporre la restituzione – dovuta *ex lege* – dalla NEW BO.PAR. s.r.l. alla BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., di tutti i flussi attivi, degli *upfront* e dei differenziali incassati dalla società attrice in dipendenza dei contratti per cui è causa, nonché dei differenziali che risultino dovuti dalla NEW BO.PAR. s.r.l. alla data applicabile, con gli interessi di mora al tasso Euribor 6 mesi o, in subordine, al tasso legale dalla data di percezione al saldo. C) In via ulteriormente subordinata, qualora la BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. venisse a qualsiasi titolo condannata al pagamento di somme in favore della NEW BO.PAR. s.r.l. disporre la compensazione di dette somme con gli importi a qualunque titolo dovuti dall'attrice in favore della Banca convenuta. Con vittoria di spese di lite”.

## RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, la NEW BO.PAR. s.r.l. deduceva che

- essa era da tempo cliente della BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.;
- in data 28 febbraio 2007, su suggerimento di alcuni funzionari della predetta Banca, aveva sottoscritto un modulo contrattuale preventivamente predisposto dalla controparte, contenente le clausole e condizioni relative al “Contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati”;
- in tale modulo contrattuale essa istante veniva indicata come rientrante nella categoria degli operatori qualificati, ai sensi dell’art. 31, II co., del Regolamento CONSOB n. 11522/1998;
- successivamente, non rinvenendo copia del contratto sottoscritto, ne aveva fatto richiesta alla BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.;

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

- nel frangente la Banca le aveva consegnato copia di un documento contrattuale sul quale erano riportate talune firme, apparentemente riconducibili alla persona del suo legale rappresentante ma, in realtà, apocrife;
- in ragione di quanto sopra, aveva sporto denuncia querela presso la competente Procura della Repubblica e, nel contempo, aveva sottoposto all'analisi di un Consulente tecnico di sua fiducia il contratto di *interest rate swap* in concreto stipulato;

La NEW BO.PAR. s.r.l. deduceva, quindi, che il suo Consulente di fiducia aveva rilevato che il contratto di *interest rate swap* dedotto in lite presentava “molteplici elementi di criticità”, contemplando l'applicazione di “commissioni occulte” da parte della Banca ed essendo stato congegnato in maniera tale da implicare una alterazione del sinallagma contrattuale e la esclusione, *ab origine*, della bilateralità dell'alea, posta, in realtà, a carico esclusivo di essa attrice; nel richiamare, dunque, diffusamente gli indirizzi espressi in materia da dottrina e giurisprudenza, allegava la nullità del contratto in contestazione dacché privo di causa e, comunque, in quanto volto al perseguimento di interessi non meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c..

L'attrice lamentava, poi, che nella fattispecie concreta la BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. aveva gravemente disatteso gli obblighi di correttezza, trasparenza ed informazione gravanti a carico degli intermediari finanziari dacché aveva del tutto ommesso di informarla circa le caratteristiche del contratto che si accingeva a sottoscrivere, della reale portata delle obbligazioni assunte e dei rischi allo stesso connessi; precisava che ad esimere la convenuta dagli obblighi di informazione non poteva valere la circostanza che nel contratto dedotto in lite essa attrice figurasse come “operatore qualificato”, dacché tale qualificazione non corrispondeva alla realtà dei fatti ed era stata inserita da parte avversa nel modulo contrattuale senza alcuna previa verifica in proposito; rassegnava, dunque, le conclusioni riportate in premessa.

Instaurato il contraddittorio si costituiva la BNL – Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. che, in via preliminare, eccepiva la prescrizione delle domande volte ad



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

ottenere l'annullamento del contratto stipulato nel febbraio 2007 e, comunque, il risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale; contestava, poi, integralmente le avverse prospettazioni e doglianze, rassegnando le conclusioni riportate in premessa.

Segnatamente la Banca deduceva che, contrariamente a quanto lamentato nell'atto di citazione

- alla sottoscrizione del contratto di *interest rate swap* oggetto di causa si era addivenuti su richiesta ed iniziativa della NEW BO.PAR. s.r.l., la quale si era rivolta ad essa convenuta rappresentando l'esigenza di fruire di uno "strumento di copertura" che la tutelasse da significative variazioni dei tassi di interesse in relazione ad un "indebitamento sottostante";
- a fronte delle cennate richieste, i suoi funzionari avevano preventivamente effettuato la "profilatura" della cliente e, quindi, tenendo conto delle specifiche esigenze della NEW BO.PAR. s.r.l. avevano prospettato alla stessa la possibilità di stipulare un derivato con finalità di copertura, illustrando nel contempo le caratteristiche ed i rischi del "prodotto" proposto;
- pertanto, al momento della sottoscrizione del contratto la società odierna attrice aveva puntuale contezza della portata e delle caratteristiche del prodotto offertole;
- in particolare, il legale rappresentante della NEW BO.PAR. s.r.l. in piena autonomia aveva dichiarato di essere operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 del Regolamento CONSOB n. 11522/98, per modo che, nella fattispecie concreta, operava il regime derogatorio in relazione all'art. 23 TUF ed agli artt. 28, 29, e 30 del citato Reg. Consob;
- prive di pregio si palesavano le doglianze afferenti i cd. "costi impliciti", in quanto ciò che veniva indicato con tale formula era in realtà la legittima remunerazione dell'attività svolta dalla banca, che entrava nelle condizioni complessive del contratto quale componente

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: P.OSTECOMI CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

del prezzo praticato al cliente;

- la prassi costante delle banche di negoziare contratti di *swap* senza esplicitarne separatamente i costi era perfettamente lecita alla luce della disciplina vigente prima della comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009. Non era, pertanto, corretto ragionare in termini di obblighi di trasparenza successivamente imposti, alla luce della profonda trasformazione della normativa di settore intervenuta con l'attuazione della direttiva Mifid;
- in ogni caso, non vi era alcuna norma che imponesse l'equivalenza in concreto dei rapporti contrattuali tra banca e cliente, con il conseguente obbligo di remunerazione dello svantaggio in caso di contratto "*non par*", ed inoltre anche a livello teorico il perfetto equilibrio delle posizioni contrattuali (con valore del derivato pari a 0) poteva realizzarsi solo tra controparti bancarie aventi medesimo *rating*.

Incardinata la lite si provvedeva all'istruttoria con l'acquisizione della documentazione prodotta e con l'espletamento di C.T.U.; infine, all'udienza dell'8 novembre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione, con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

\*\*\*\*\*

In apertura di motivazione, ai fini di una più agevole esposizione delle ragioni della presente decisione, si palesa opportuno svolgere brevi considerazioni in ordine ai contratti *interest rate swap* (IRS) stipulati a copertura delle oscillazioni dei tassi di interesse applicati a distinti rapporti contrattuali (mutuo *leasing*) facenti capo alla "cliente".

Come noto lo *swap* costituisce una operazione finanziaria che, per come diffusasi nella pratica, conosce diverse tipologie (ad es., su interessi, su indici, su valute, su merci), ciascuna con sue determinate caratteristiche e variabili

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

acomunabili sotto una definizione sufficientemente generica: quella di scambio, allo scadere di uno o più termini prefissati, di due somme di denaro, calcolate, con riguardo ad un ammontare di riferimento - cd. nozionale, di regola non oggetto di scambio - sulla base di due diversi parametri.

Secondo la definizione maggiormente in uso - adottata, peraltro, dalla Consob in alcune sue delibere - lo *swap* è il contratto mediante il quale due parti si accordano per scambiarsi, in base a regole e formule prestabilite, dei flussi finanziari futuri il cui ammontare è determinato in relazione ad un valore sottostante; al termine, il contratto verrà normalmente eseguito mediante il pagamento del differenziale. In base al tipo di parametro o variabile di mercato preso in considerazione per determinare la natura dei flussi di cassa, che genera differenti combinazioni di contratti, si possono distinguere: *swap* su valute (*currency swap*), *swap* su merci (*commodity swap*); *swap* sul rischio di credito e *swap* su tassi di interesse.

Per quel che interessa in questa sede, il contratto di *swap* su tassi di interessi (denominato anche *interest rate swap* o IRS) ricorre allorché le parti si accordano per scambiarsi i flussi di cassa che hanno natura di interessi, calcolati su un capitale di riferimento di un determinato ammontare, per tutta la durata del contratto. In altre parole, con tale contratto, le parti si impegnano a versare ed a riscuotere, a date prestabilite, importi determinati in base al differenziale di tassi di interesse diversi (ad esempio, il differenziale tra un tasso fisso ed uno variabile) calcolati sul cd. nozionale (capitale di riferimento).

Gli elementi fondamentali di un *interest rate swap* - che, ai sensi dell'art. 1 secondo comma, lett. g) del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, rientra nel novero degli strumenti finanziari derivati - da definire in sede di stipula dei contratti, sono: a) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); b) il capitale di riferimento, detto "nozionale" (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; c) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); d) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; e) le date di pagamento (*payment dates*), e cioè le date in cui vengono

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

scambiati i flussi di interessi; f) il livello del tasso fisso, pagato dalla controparte che intende tutelarsi dal rischio di rialzo del saggio di interesse; il tasso variabile di riferimento e la relativa data di rilevazione (c.d. *fixing date*). Tale tasso, in genere, è individuato nel tasso interbancario europeo (Euribor) o londinese (Libor – London Interbank Offer Rate), desumibili dal mercato sulla base delle dichiarazioni delle principali banche, rispettivamente, europee e londinesi.

La forma più semplice di IRS è quella denominata *plain vanilla* (o *fixed to floating interest rate swap*). Nel *plain vanilla* le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro applicando al nozionale rispettivamente un tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest'ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi. In realtà, non avviene mai lo scambio delle intere cedole di interessi, ma soltanto del differenziale generato fra interessi a debito ed a credito.

A partire dagli anni '90 accanto ai *plain vanilla* le banche hanno introdotto dei nuovi strumenti derivati, detti strutturati, che combinano il classico *plain vanilla* con opzioni di tipo *cap* o *floor*. L'opzione *cap* (letteralmente “cappello”) è una opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione *floor* (letteralmente “pavimento”), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile, e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi.

La composizione tra l'acquisto di un'opzione *cap* e la vendita di un'opzione *floor* genera un contratto collar (letteralmente “colletto”), mediante il quale viene fissata una fascia di oscillazione del tasso variabile individuato.

Posto, dunque, che l'*interest rate swap* può essere utilizzato per effettuare operazioni finanziarie di copertura dei rischi legati alle variazioni dei tassi di interesse e di cambio (in altri termini con finalità di controllo e di gestione del rischio – cd. *hedging*), ovvero operazioni finanziarie con finalità specificatamente speculative (cd. *trading*), va rammentato che, secondo la CONSOB (comunicazione n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999), gli strumenti finanziari derivati hanno finalità di copertura quando: a) siano esplicitamente posti in essere al solo fine di mutare il profilo valutario di attività sottostanti nel rispetto della





Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

volontà del cliente; b) permettano lo scambio, alle condizioni prefissate, dei flussi monetari che si prevede derivino dagli strumenti finanziari di cui si intende variare il profilo valutario con flussi monetari nella valuta desiderata; c) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente. Ricorrendo tali condizioni, con riferimento alle operazioni di *swap* non operano gli obblighi di comunicazione delle perdite di cui all'art. 28, comma 3, del Regolamento Consob n. 11522/98.

In particolare, non devono considerarsi contratti improntati a finalità speculative i contratti di *swap* conclusi da un intermediario ed una società particolarmente esposta nei confronti del sistema creditizio ovvero operante sui mercati internazionali e dunque sensibile alle possibili variazioni dei tassi di interesse ed alle fluttuazioni dei cambi delle valute (in questi termini, cfr. Tribunale Milano, 3 aprile 2004).

Per i fini che ci occupano va, inoltre, rammentato che, indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di *swap* è un contratto aleatorio.

Nel senso indicato si è espresso un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, che include la fattispecie atipica in questione nell'ambito dei contratti in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti, al pari delle scommesse e dei giochi autorizzati, di alcune forme di rendita e per certi versi anche delle assicurazioni (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10598 del 19/05/2005, Rv. 580900 che definisce il "*domestic currency swap*" come "contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito"; e anche Corte Cost., sentenza n. 52 del 18/2/2010 che dà atto del "carattere intrinsecamente aleatorio" dei "contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati").

Il carattere aleatorio del contratto di *swap* si desume in via interpretativa anche dal dato normativo offerto dall'art. 23 comma 5 del TUF che statuisce che

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

“nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile“ (norma secondo cui “Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti”). L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco.

Così individuata la natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminarne l'oggetto e la causa. Secondo la condivisibile opinione della Corte di Appello di Milano, espressa in una nota sentenza in tema di derivati: “*Nel derivato [...], l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono*” e nello scambio di rischi finanziari (Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459).

Lo schema contrattuale ha, quindi, il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio tra i contraenti, che sono *ab origine* portatori di interessi contrapposti in ordine alla concretizzazione dello stesso.

In astratto, quindi, il derivato dovrebbe configurarsi come “*par*” (“*I contratti par sono strutturati in modo tale che le prestazioni delle due controparti sono agganciate al livello dei tassi di interesse corrente al momento della stipula del contratto; a tale data il contratto ha quindi un valore di mercato nullo per entrambe le controparti. I contratti non par, invece, presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato. In generale, i termini finanziari della transazione vengono riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti pur di incassare la somma di denaro; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di up-front.*” (Relazione del 18 marzo 2009 del Direttore Generale protempore della Consob Antonio Rosati alla VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

“Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni”).

In particolare, un contratto di IRS si dice *par* quando il “tasso parametro cliente” e il “tasso parametro banca” sono definiti in maniera tale che il *present value* (valore attuale) dei pagamenti a carico del cliente risulti uguale a quello dei pagamenti a carico della banca; in tale ipotesi il contratto di IRS ha un valore attuale dei flussi finanziari nullo per entrambi i contraenti. Per converso l'*interest rate swap* si definisce *not par*, quando il “tasso parametro cliente” e il “tasso parametro banca” sono definiti in modo tale che il *present value* dei pagamenti a carico del cliente risulti superiore al valore attuale dei pagamenti a carico della banca; ciò implica che, sulla base dei dati ed aspettative circa l'andamento dei tassi disponibili alla data di sottoscrizione, il cliente sosterrà complessivamente delle perdite finanziarie correlate all'IRS mentre, corrispondentemente, la banca conseguirà un guadagno finanziario.

Ciò detto, anche a voler ritenere, come opinato dalla convenuta, che il derivato c.d. *par* sia una mera opzione teorica, nella pratica irrealizzabile per via della differente natura, del diverso ruolo di mercato e del diverso peso contrattuale dei contraenti, è, comunque, indubbio che lo sbilanciamento tra i rischi assunti dai contraenti non potrebbe mai giungere ad obliterare del tutto la natura necessariamente bilaterale che deve caratterizzare l'alea di questo genere di contratti.

Un passaggio che, quindi, è opportuno sottolineare nella ricostruzione teorica del contratto di *swap*, con importanti riflessi a livello causale, è che l'incertezza del futuro prezzamento dei valori a cui i differenziali sono indicizzati e la connessa alea devono rappresentare un rischio presente e reale in capo ad entrambi i contraenti, anche se non necessariamente equamente distribuito; parlare di alea bilaterale, quindi, non vuol dire che l'alea debba incidere in maniera uguale sui patrimoni dei contraenti, ma che vi deve essere a monte una componente di rischio apprezzabile in capo ad entrambi, anche se di diversa entità.

In conclusione - secondo una condivisibile ricostruzione - l'alea bilaterale, ovvero l'incertezza sull'andamento dei due differenziali contrapposti, rappresenta

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: P.OSTECOMI CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

un elemento essenziale della causa del contratto di *swap*, elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere.

Tale ricostruzione consente di elaborare un parametro di valutazione valido tanto per lo *swap* con funzione di copertura, quanto per lo *swap* con funzione meramente speculativa, con l'avvertenza che nello *swap* che nasce con dichiarata funzione di copertura la valutazione circa l'eventuale squilibrio dell'alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l'operazione sottostante di finanziamento, l'interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell'intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell'interesse dell'investitore.

In relazione alla specificità della fattispecie concreta ed al tenore delle difese svolte da entrambe le odierne contendenti, va, altresì, rimarcato che – come evidenziato da una parte della giurisprudenza di merito, con indirizzo che si ritiene di condividere – atteso che la causa dell'*interest rate swap* “risiede in una scommessa che ambo le parti assumono”, ai fini della validità del contratto è essenziale che l'alea che ne connota la struttura, oltre che bilaterale, sia anche “razionale”, ovvero fondata su una consapevole assunzione del rischio.

Segnatamente – come evidenziato dalla Corte d'Appello di Milano - “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. Diversamente dovremmo ipotizzare che solo nei casi di copertura la scommessa sia lecita, e per questo autorizzata, laddove nei casi di speculazione pura sia immorale. È opportuno chiarire, in tale prospettiva, come debba essere inteso il concetto di “alea razionale”, quale elemento causale (tipico) dei contratti derivati over the counter, onde sgombrare il campo da possibili equivoci, che

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017  
RG n. 53104/2014  
Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

*potrebbero sconfinare nell'ulteriore - e diversa - problematica relativa alla adeguatezza della informazione.*

*Fermo restando che gli eventi possono muoversi in un universo probabilistico e che la "probabilità" del verificarsi degli eventi costituisce un dato conosciuto dalla Banca che, proprio sulla base di esso, costruisce il prodotto, e ritenuto, non di meno, che l'alea non debba essere necessariamente simmetrica sul piano qualitativo (l'investitore, purché consapevole, è sempre libero di accettare scommesse strutturate nel senso di produrre vantaggi elevati solo nelle ipotesi di accadimenti molto infrequenti) gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza.*

*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. Elementi, tutti, che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale. Solo così siamo in presenza di un'alea razionale. **In altri termini, tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla "causa tipica" del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni fra scopo c.d. di copertura o speculativo tout court.** In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poiché il riconoscimento legislativo risiede, ad avviso di questa Corte, nella razionalità dell'alea e, quindi, nella sua "misurabilità".*

*[...] La nullità dei contratti di interest rate swap - per il rilevato difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c., e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c. - non rappresenta, quindi, una nullità per violazione di regole di condotta dell'intermediario e non è, pertanto, incisa dai principi condivisibilmente statuiti dalle Sezioni Unite con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007.*

*Non si tratta, bene inteso, di negare rilevanza al ruolo dell'informazione, quale prioritario dovere di condotta dell'intermediario (nel superiore interesse della*



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

*tutela della fiducia e della integrità dei mercati) ma, com'è proprio del soggetto professionale che predispone i termini della scommessa legalmente autorizzata, di trasferire all'interno della stessa struttura del contratto derivato la rilevanza dei dati che ne caratterizzano l'alea e che contribuiscono a definire, oltre che l'oggetto, la causa, secondo il giudizio di meritevolezza implicitamente formulato dal legislatore della materia.*

*Il tratto strutturale dello scambio di differenziali a scadenza, sulla base di parametri fissati contrattualmente, come oggetto dell'interest rate swap - su cui si sofferma analiticamente Banca nel suo atto di appello (pagine 7 e 8) - nulla dice riguardo alla causa, che è un requisito essenziale autonomo, separato e diverso dall'oggetto (cfr. art. 1325 c.c.).*

*Ed essa sussiste, come si è detto, se e nella misura in cui l'alea, cui lo strumento dà luogo, sia il frutto di una valutazione razionale in termini di entità e natura; questo essendo, si ribadisce, il tratto di meritevolezza che giustifica l'autorizzazione di questo tipo di scommesse da parte del Legislatore.*

*[...] La sola circostanza - non specificamente contestata - che le parti, odierne appellate, non conoscessero, al momento della conclusione del contratto, il c.d. mark to market [...] comporta la radicale nullità dei contratti di interest rate swap, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutrive perfetta conoscenza - addirittura nella sua precisa misurazione scientifica - avendo predisposto lo strumento.*

*[...] Va, poi, osservato che è vietato ad un contraente determinare unilateralmente, ed in base a criteri non trasparenti e controllabili, elementi del contenuto del contratto. Ed in tal senso è la giurisprudenza della Corte Suprema (da ultimo, Cass. n. 2072 del 2013).*

*Né supplisce il mero richiamo ad asseriti "costi di mercato", perché il rinvio alle prassi, quand'anche scientificamente condivise, equivale all'applicazione di usi, testualmente vietata nella materia dell'intermediazione finanziaria (art. 23, comma 2 TUF).*

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017  
RG n. 53104/2014  
Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

Sotto ulteriore profilo, la mancanza dell'indicazione del mark to market al momento della conclusione del contratto consente all'intermediario, che è "anche" un mandatario oltretutto controparte della scommessa (ed è mandatario in virtù del c.d. contratto quadro di investimento ed altresì titolare di ufficio di diritto privato), di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.d. costi impliciti, all'interno delle condizioni economiche dell'atto gestorio. Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo sul requisito essenziale del compenso ex art. 1709 c.c., il quale dispone che, nel mandato oneroso, il compenso del mandatario sia consapevolmente "stabilito dalle parti": cioè, ovviamente, non occultato fra le condizioni economiche predisposte dal mandatario per assicurarsi un compenso non esplicitato (in evidente conflitto con l'interesse del cliente).

Il compenso deve, al contrario, essere determinato nel contratto o deve essere determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di pricing) condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente. Ad esempio con la pattuizione, separata, di una fee, e non certo "annegato" dentro le condizioni economiche dell'atto gestorio" (in tal senso, Corte d'Appello di Milano, Sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459).

Fatte tali considerazioni e passando all'esame della fattispecie concreta, ritiene questo Giudice – in adesione all'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato - che, alla luce delle risultanze della documentazione prodotta e degli accertamenti svolti dal C.T.U. debba pervenirsi alla declaratoria della nullità, per difetto di causa, del contratto di *interest rate swap* stipulato tra le odierne parti in lite in data 28 febbraio 2008.

In proposito va preliminarmente evidenziato che l'esame complessivo delle deduzioni e richieste di parte attrice, e la lettura delle conclusioni rassegnate nell'atto di citazione alla luce delle censure formulate nella parte espositiva di tale atto rendono palese come la NEW BO.PAR. s.r.l. abbia inteso far valere la nullità non del mero contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati, bensì dello specifico contratto di *interest rate swap* sottoscritto alla data del 28 febbraio 2007 e del quale la disciplina trasfusa nel contratto quadro e relativi



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

allegati costitutiva e costituisce parte integrante (cfr. art. 1 delle Norme Comuni di cui al contratto quadro).

Non a caso, del resto, l'odierna attrice ha formulato le contestazioni e censure poste a base delle domande di nullità ed annullamento proprio con riferimento al contratto avente ad oggetto lo *swap* ed ha azionato le pretese restitutoria con riferimento ai differenziali e costi impliciti versati in esecuzione dello stesso.

Premesso quanto sopra e passando all'esame della specifica operazione in contestazione va rilevato che – per quanto incontestato tra le parti - il contratto di *interest rate swap* intercorso tra la società attrice e la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. non aveva e non ha natura meramente speculativa, ma finalità di copertura del rischio derivante dalle oscillazioni dei tassi di interesse, in relazione al contratto di *leasing* già stipulato dalla NEW BO.PAR. s.r.l. con la Sarda Leasing S.p.A..

Sul punto anche il C.T.U. nominato, dopo aver illustrato i contenuti del contratto di locazione finanziaria sottoscritto dalla odierna attrice presso la Sarda Leasing S.p.A. in data 13 settembre 2004, ha evidenziato che che *“la sottoscrizione del predetto contratto di locazione finanziaria esponeva la NEW BO.PAR. s.r.l. al rischio di maggiori oneri a servizio del contratto di leasing in ipotesi di rialzo del tasso di interesse. Tale rischio finanziario fu gestito da NEW BO.PAR. s.r.l. per il tramite del proprio amministratore signor Boni in data 28 febbraio 2007 con l'assistenza e consulenza della BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.p.A. mediante la sottoscrizione di un contratto derivato denominato “Interest Rate Swap” su tassi di interesse che attraverso uno scambio di flussi avrebbe consentito di trasformare il contratto di locazione finanziario regolato a tasso variabile (euribor 3M) in contratto regolato a tasso fisso”*.

Segnatamente il Consulente d'Ufficio ha ricostruito le caratteristiche ed i contenuti dell'IRS in contestazione nei seguenti termini: *“La NEW BO PAR al fine di gestire il rischio derivante dall'innalzamento dei tassi di interesse dell'area euro ha sottoscritto in data 28 febbraio 2007 il contratto di swap “IRS IN & OUT (FLT/FXD) 1583730” avente un nozionale in ammortamento di € 1.097.213 per la durata di nove anni e mezzo con periodicità trimestrale con data inizio posta al 13*

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207





Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

maggio 2007 e data scadenza al 13 novembre 2016 regolata tramite lo scambio di tasso fisso del cliente contro tasso Euribor 3M pagato dalla Banca a condizione che il tasso Euribor 3M non risulti superiore od uguale a 5,30.

La banca non ha riconosciuto alcun importo a titolo di *upfront*.

Le condizioni economiche e finanziarie delle due “gambe” dello swap risultano regolati come segue: *i)* la Banca, per tutto il periodo contrattuale, corrisponde il tasso Euribor 3 mesi rilevato due giorni lavorativi antecedenti la data di inizio del periodo cedolare (per periodo cedolare si intende il trimestre cui si applica il “tasso Euribor 3M” osservato sul mercato “spot” con regolazione finanziaria alla fine del trimestre); *ii)* la Società per tutta la durata del contratto paga alla Banca un tasso fisso del 4,10% se il tasso Euribor 3 mesi risulta inferiore al 5,30%, altrimenti paga il tasso Euribor 3M per tassi Euribor 3M superiori od uguali a 5,30%;

La regolazione dei differenziali è trimestrale con scadenza il giorno 13 dei mesi di febbraio, maggio, agosto e novembre di ciascun anno all’interno del periodo di durata del contratto.

Attraverso l’esame delle condizioni finanziarie del contratto si può facilmente desumere quanto segue: a. con la sottoscrizione dello swap la società trasforma con decorrenza dal 13 maggio 2007 il proprio finanziamento (la locazione finanziaria immobiliare) da tasso variabile in tasso fisso regolato al tasso del 4,10% sino a che il tasso Euribor 3M si mantiene sotto il livello di 5,30 punti percentuali; b. sopra tale livello (5,30% compreso), la società paga “tasso Euribor”, ritornando il proprio finanziamento (leasing) ad essere regolato a tasso variabile.

La struttura del contratto prevede una soglia di disattivazione definita “soglia out” in funzione dei livelli assunti dal tasso Euribor 3M superata la quale la copertura risulta disattivata (in pratica il cliente paga tasso variabile). La disattivazione, tuttavia, non è permanente, ma si realizza esclusivamente per livelli di euribor 3M superiori al 5,30% e si riattiva con regolazione a tasso fisso per il cliente ogni volta che il tasso euribor 3M alla data di rilevazione si colloca al di sotto del predetto livello.

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: P.OSTECOMI CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

Per quanto detto: a. la società paga tasso fisso esclusivamente per un livello del “tasso euribor 3 mesi” nell’intervallo tra 0 e 5,30 ( $0 < \text{euribor3M} < 5,30$ ) per l’intero periodo del contratto coincidente con quello del debito sottostante, con la conseguenza che la locazione finanziaria assume le caratteristiche di un finanziamento a tasso fisso solo al di sotto del predetto livello, mentre sopra quel livello torna ad essere regolato a tasso variabile (la trasformazione da fisso a variabile non è permanente) [...] La clausola opzionale (soglia out) (superata la quale il cliente torna a pagare un tasso variabile), ha una funzione di risparmio. Infatti, a parità di condizioni, la misura del tasso (*coupon* fisso) pagato dal cliente è più bassa, quindi, migliore rispetto al tasso di un contratto *Plain Vanilla* ottenibile sul mercato alla data di sottoscrizione dell’ IRS “In & Out (FLT/FXD) n. 1583730”.

Ricostruita la struttura ed il contenuto dell’operazione finanziaria in contestazione il C.T.U., in risposta ad uno specifico quesito (sottoposto alla sua attenzione alla luce delle doglianze di parte attrice) ha evidenziato che “il contratto di *swap* in commento offre una copertura integrale solo per tassi euribor 3M inferiori al 5,30. In pratica, la struttura dello *swap* offre una copertura esclusivamente sotto il livello dello “*strike price*” della componente opzionale (la barriera). In gergo tecnico si può dire che il contratto di *swap* offre una copertura “condizionata” ovvero a condizione che il tasso euribor 3M non superi lo *strike price* (il livello della barriera).

L’Ausiliare del Giudice ha, tuttavia, rimarcato che all’epoca della stipula dell’IRS le politiche monetarie realizzate e programmate dalla BCE rendevano altamente improbabili livelli di tassi dell’area euro superiori a quelli della “soglia out”, mentre, in realtà, all’epoca dei fatti gli operatori temevano una continuazione del movimento rialzista che si è verificato sino a luglio – agosto 2008, (massimo raggiunto ad agosto 2008 con euribor 3M al 4,97%) che ha consentito a NEW BO PAR di beneficiare di differenziali positivi; ha, quindi, precisato che “in un’ottica di gestione del rischio si ritiene accettabile “barattare” flussi negativi certi (quelli derivanti dal differenziale del tasso fisso) con flussi positivi incerti od improbabili (quelli al di sopra della barriera), soprattutto

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: PÓSTECOMI CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

quando il livello del tasso variabile è lontano dallo strike della barriera (il nozionale di riferimento nella fattispecie è inversamente proporzionale al tempo). Se ne deduce che le parti, al fine di eliminare le maggiori perdite del periodo iniziale hanno inteso abbassare il livello di copertura del tasso fisso, rinunciando alla copertura per tassi euribor 3M superiori a 5,30.

Il Consulente d'Ufficio ha concluso, dunque, evidenziando che "poiché nei derivati a c.d. "copertura condizionata" – in cui il possibile guadagno del cliente si colloca all'interno di un determinato range quantificato nella differenza tra tasso fisso e tasso soglia – non viene meno la funzione di copertura del contratto, né l'alea bilaterale intrinseca allo stesso, lo scrivente ritiene accettabile una copertura "condizionata" e, conseguentemente, valuta assolta la funzione di copertura voluta dal cliente.

Per converso, in risposta ad altro specifico quesito sottoposto alla sua attenzione il C.T.U. nominato ha, invece, evidenziato come si palesassero fondate le doglianze di parte attrice afferenti i cd. costi occulti.

Sul punto il Consulente d'Ufficio ha preliminarmente svolto talune considerazioni di ordine generale: "I costi di uno *swap* possano essere addebitati al sottoscrittore al momento della stipulazione del contratto attraverso una strutturazione del derivato *not par* (non pari). In tal modo il cliente, pur non pagando esplicitamente alcuna *fee* al momento della sottoscrizione, stipulando un contratto a prestazioni corrispettive non finanziariamente equivalenti, è implicitamente gravato dalla disparità di prestazioni. Il valore iniziale negativo del derivato misura la disparità delle prestazioni contrattuali e rappresenta il costo dell'operazione, qualora non vi sia una compensazione tramite il pagamento di un premio (la c.d. *up-front fee*). Valutando uno *swap* alla sottoscrizione cioè, conformemente con la pratica degli operatori che ha trovato puntuale conferma dall'ISDA, calcolando il valore (attualizzato) dei flussi di cassa ad esso associati una volta stabiliti i termini contrattuali, qualora emerga un valore negativo a carico del cliente, si può inferire e quantificare l'esistenza dei costi dell'operazione. Infatti, il valore iniziale negativo del contratto per il sottoscrittore segnala come i termini contrattuali (nel caso di interesse tasso fisso per il cliente e

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

tasso variabile per la banca) non sono stati stabiliti a *mid market* (condizioni di mercato in assenza di costi che implicherebbero un valore iniziale nullo), ma sono stati determinati includendovi i costi dell'operazione".

Il C.T.U. ha, poi, osservato che usualmente – come del resto nella fattispecie concreta – “le Banche non contestano il fatto che i termini contrattuali non siano fissati a “mid-market” (il tasso cliente o parametro cliente non riflette le condizioni correnti di mercato ma contiene uno spread rispetto ad esse); anzi, ribadiscono la presenza di ricarichi, per la remunerazione dei costi e dei rischi dell'operazione (la cd. “fee”), argomentando che i ricarichi rappresentano la remunerazione della banca (VT-VS) per la copertura dei costi di *hedging* e di *mark up*. La giustificazione, ancorchè comprensibile in via teorica, involge tuttavia, a modesto parere di chi scrive, due aspetti: la conoscenza dei predetti costi da parte del cliente e l'equità degli stessi con il primo aspetto assorbente il secondo”. [...]

In relazione al contratto oggetto di causa il Consulente d'Ufficio ha rilevato l'esistenza dei cd. costi occulti, attraverso il procedimento di ricostruzione del *mark to market* dell'IRS. In particolare

- ha ricostruito il *Fair Value* o MTM del contratto di swap “IRS IRS IN&OUT (FLT/FXD) 1583730” al momento della sottoscrizione, determinandolo in euro 15.092 (negativo) a sfavore del cliente;
- ha, quindi, evidenziato che la Banca convenuta non ha riconosciuto alcunché a titolo di *up front*;
- da ciò ha desunto che le commissioni implicite surrettiziamente (i.e. in modo non trasparente) inserite nel contratto ammontano a € 15.092,00;
- ha precisato che tali commissioni non risultano visibili in quanto inserite nella definizione del parametro cliente fissato a livelli superiori a quelli di equilibrio.

Posto quanto sopra, a fronte delle contestazioni svolte dalla Banca convenuta va rimarcato che ai fini dell'apprezzamento della validità del contratto in contestazione non rileva la mera circostanza che la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. abbia costruito l'IRS in maniera tale da assicurarsi una remunerazione per i costi operativi sostenuti e da sostenere e per l'operata assunzione del rischio di



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

credito, quanto piuttosto la verifica circa la conoscenza o conoscibilità, da parte del cliente, degli oneri economici aggiuntivi a suo carico.

Ebbene, sul punto va rilevato che – come evidenziato anche dal C.T.U. – né nel documento contrattuale avente ad oggetto la specifica operazione in contestazione né nel contratto quadro contenente clausole integrative della disciplina di detta operazione concreta si rinviene un qualche riferimento ai cennati costi.

Ed anzi, il tenore dei cennati documenti contrattuali è tale da indurre legittimamente a ritenere che le condizioni economiche e finanziarie ivi enunciate (e prive di riferimento ai costi di cui sopra) esauriscano ogni profilo di disciplina dell'IRS.

Del resto lo stesso C.T.U., all'esito di una compiuta analisi della operazione finanziaria in contestazione – ha ripetutamente evidenziato che

- in atti “non è stato riscontrato alcun documento dal quale si evincesse la consapevolezza da parte della società del predetto *mark to market* e delle relative commissioni applicate dalla banca”;
- nessuna informazione è contenuta sulla entità dei costi della predetta operatività. Infatti la banca si limita ad informare il cliente esclusivamente in relazione alla sussistenza di costi di *hedging* senza peraltro quantificarli;
- nessuna informazione è riscontrata in ordine ad altri costi: oneri di transazione, costi sul rischio di credito di controparte, sui margini in favore della banca, né in assoluto né in termini percentuali in rapporto al nozionale, né in termini di *basis points running* o spread aggiuntivo sul parametro tasso fisso a carico del cliente;
- nessuna informazione risulta fornita dalla banca alla NEW BO.PAR. s.r.l. in ordine al Fair Value o MTM al momento dell'accensione, né nel contratto, né nelle conferme di esecuzione, né in ogni altro documento o scambio di corrispondenza precontrattuale; - nessuna informazione risulta data in ordine: a) agli scenari di probabilità; b) alle modalità di calcolo del *mark to market*; c) alla misura dei rendimenti attesi in base alle curve forward implicite nella curva dei tassi per scadenza; d) ai costi di *hedging*, ai costi del rischio di credito e al margine in favore dell'istituto.

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

Né va taciuto che la circostanza che i costi impliciti in contestazione siano stati incorporati nel tasso parametro cliente esclude che la relativa sussistenza ed entità potesse e possa essere individuata e percepita dal cliente, occorrendo all'uopo indagini e strumenti complessi.

In definitiva, dunque, deve ritenersi che nella fattispecie concreta si sia addivenuti alla sottoscrizione dell'IRS senza che la NEW BO.PAR. s.r.l. sia stata posta in condizione di prefigurarsi i rischi assunti e la misura degli stessi; misura certamente incisa dai predetti costi occulti atteso che un tasso (c.d. gamba cliente) fissato a livelli maggiori (di quello di mercato) per la remunerazione (in favore della banca) dei costi dell'operazione implica differenziali più onerosi e un valore del derivato negativo (partenza svantaggiata per il cliente).

Tanto non può che condurre alla declaratorie della nullità del contratto di IRS sottoscritto tra le odierne parti in lite, difettando l'alea razionale (nel senso sopra indicato), integrante la causa dei contratti derivati come quello all'attenzione.

Alla declaratoria della nullità del contratto di *swap* "IRS IN & OUT (FLT/FXD) 1583730 sottoscritto il 28 febbraio 2007 non può che seguire l'accoglimento delle domande formulate sia dall'attrice che dalla Banca convenuta in via riconvenzionale, volte alla ripetizione delle somme versate in esecuzione di detto contratto.

Come certo noto, infatti, la declaratoria della nullità di un negozio determina il venir meno, *ex tunc*, della giustificazione causale degli spostamenti patrimoniali operati in esecuzione del negozio medesimo, con la conseguenza che ciascuna parte è tenuta alla restituzione di tutte le utilità ricevute in forza dell'atto nullo, dacché indebite.

Va, inoltre, considerato che la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., nel formulare in via riconvenzionale la domanda di ripetizione di indebito, ha chiesto operarsi la compensazione, fino a concorrenza reciproca, tra l'eventuale credito dell'attrice e quello vantato da essa convenuta.

Infine, atteso il tenore delle domande di parte attrice, par d'uopo rimarcare che – come puntualmente evidenziato dal C.T.U. - i cd. costi occulti risultano

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

“inglobati” e ricompresi negli importi versati dalla odierna attrice a titolo di differenziali.

Pertanto, la domanda di ripetizione formulata dall’attrice va accolta con riferimento ai soli importi effettivamente versati a titolo di differenziali, essendo gli stessi comprensivi anche dei cd. costi occulti; inoltre, nella quantificazione della somma dovuta in restituzione in favore della NEW BO.PAR. s.r.l. dovrà previamente operarsi la compensazione con quanto dalla medesima società ottenuto a titolo di differenziali, come ritualmente richiesto dalla Banca Nazionale del Lavoro S.p.A..

Ebbene, sul punto il C.T.U. – con ricostruzione non fatta oggetto di specifica e rituale censura ad opera della parte attrice e/o del suo Consulente – ha evidenziato che, a fronte di differenziali “prodotti dal mercato” per complessivi euro 143.596,91, l’odierna attrice ha eseguito pagamenti che ammontano ad euro 107.223,31 ed ha incassato differenziali per euro 7.483,12, con un *pay off* netto di euro 99.740,19

Pertanto, previa compensazione, fino a concorrenza reciproca, tra il credito restitutorio vantato dalla NEW BO.PAR. s.r.l. ed il minor credito vantato per il medesimo titolo dalla convenuta, la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. va condannata a restituire, alla odierna attrice, la somma di euro 99.740,19.

Invero, non può darsi seguito alle maggiori pretese restitutorie avanzate dalla NEW BO.PAR. s.r.l. per le ragioni sopra esposte ed atteso che l’odierna attrice non ha documentato ulteriori pagamenti, asseritamente effettuati in corso di causa e dopo gli accertamenti peritali.

Sull’importo di euro 99.740,19 vanno, poi, accordati gli interessi al tasso legale e con decorrenza dalla data della domanda giudiziale.

A tal proposito va rammentato che, a norma dell’art. 2033 c.c., “*chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha, inoltre, diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda*”.

Orbene, argomentando dalla chiara ed inequivoca lettera dell’art. 2033 c.c., la miglior dottrina e la costante giurisprudenza di legittimità e di merito hanno



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

evidenziato che la norma in oggetto ha la funzione di contemperare l'interesse del *solvens* che agisca in ripetizione con quello dell'*accipiens* che azioni il diritto alla restituzione; pertanto agli effetti della cennata disposizione, nella parte in cui prevede che, nella ripetizione di indebito, gli interessi decorrano dal giorno del pagamento in caso di mala fede di chi lo ha ricevuto e dal giorno della domanda in caso di sua buona fede, rileva la nozione in senso soggettivo di buona fede, data dall'art. 1147, I co., c.c., mentre non può trovare applicazione la disposizione particolare dettata dal comma secondo del medesimo art. 1147 c.c., secondo cui la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave.

In particolare, deve osservarsi che la mala fede giuridicamente rilevante affinché il percettore di un pagamento indebito sia tenuto a corrispondere gli interessi sulla somma da restituire con decorrenza dal giorno in cui l'ha ricevuta, non può dirsi integrata dal mero dubbio dell'*accipiens* circa l'effettiva esistenza del debito o dalla circostanza che il *solvens* abbia effettuato il pagamento, contestando di esservi tenuto, occorrendo, invece, all'uopo, la prova della consapevolezza della natura indebita della *datio* e, quindi, dell'inesistenza dell'obbligazione in adempimento della quale la prestazione è stata eseguita.

Inoltre, lo stato soggettivo dell'*accipiens*, per gli effetti di cui all'art. 2033 c.c., va valutato avendo riguardo al momento in cui lo stesso ha ricevuto il pagamento, per modo che ove - anche per effetto del mero operare della presunzione legale non superata da prova contraria da parte del *solvens* - possa ritenersi che al momento della prestazione l'*accipiens* fosse in buona fede, tanto comporta indefettibilmente che gli interessi di cui fa menzione l'art. 2033 c.c. debbano essere corrisposti con decorrenza dalla data della domanda, restando irrilevante la circostanza che, successivamente all'eseguito pagamento, il predetto *accipiens* abbia acquisito consapevolezza della natura indebita della prestazione.

E così la Suprema Corte ha evidenziato che *"in materia di indebito oggettivo, gli interessi e le somme dovute per maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c., decorrono dalla domanda giudiziale, e non già dalla data del pagamento della somma indebita, dovendosi avere riguardo all'elemento psicologico esistente alla data di riscossione della somma, a meno che il creditore*





Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

*non provi la mala fede dell'accipiens, con la precisazione che, anche in questo campo, la buona fede si presume, ed essa può essere esclusa soltanto dalla prova della consapevolezza da parte dell'accipiens della insussistenza di un suo diritto a ricevere il pagamento” (Cass. Civ. Sez. III, 10 marzo 2005, n. 5330).*

Ciò posto, con riferimento alla fattispecie all'attenzione non può non considerarsi che la società attrice non ha in alcun modo provato – ed, invero, neppure dedotto – che la Banca convenuta, al momento del versamento dei cd. differenziali fosse in mala fede; onde, gli interessi richiesti, al tasso legale, non possono che farsi dedurre dalla data della domanda giudiziale.

Va invece disattesa la domanda della NEW B.O.P.A.R. s.r.l. volta ad ottenere il risarcimento dei danni per “violazione degli obblighi informativi” gravanti sugli intermediari finanziari.

Invero, anche a voler tacere d'altro, non può non considerarsi che l'attrice, pur gravata dall'onere di specifica allegazione e prova, non ha offerto elementi di sorta da cui inferire, nell'an oltre che nel quantum, il pregiudizio asseritamente sofferto ed il nesso eziologico tra lo stesso e l'avversa condotta lamentata come illegittima.

Deve parimenti rigettarsi la domanda di risarcimento dei danni per lite temeraria, formulata dalla odierna attrice, non essendo in alcun modo ravvisabili, nella condotta processuale della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. i profili del dolo o della colpa grave indefettibilmente richiesti ai fini della configurabilità della responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c..

Alla soccombenza consegue la condanna della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. alla rifusione, in favore dell'attrice, delle spese di lite, nella misura liquidata in dispositivo, facendo applicazione dei parametri di cui al D.M. n. 55/2014.

Gli importi liquidati a titolo di spese processuali vanno, poi, diestratti in favore dell'Avv. Fabio Liparota, dichiaratosi antistatario.

Va, infine, posto in via definitiva a carico della Banca convenuta il pagamento del compenso in favore del C.T.U., come già liquidato con separato decreto.

**P.Q.M.**

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Seria#: 8207



Sentenza n. 11364/2017 pubbl. il 05/06/2017

RG n. 53104/2014

Repert. n. 11754/2017 del 05/06/2017

Il Tribunale di Roma, in persona del Giudice Unico Dott.ssa Clelia Buonocore, definitivamente pronunciando nel procedimento iscritto al N. 53104/2014 R.G., così provvede:

- Dichiarare la nullità del contratto di *swap* "IRS IN & OUT (FLT/FXD) 1583730 sottoscritto il 28 febbraio 2007.
- Per l'effetto, previa compensazione, fino a concorrenza reciproca, tra il credito restitutorio dell'attrice e quello azionato dalla convenuta, condanna la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. al pagamento, in favore della NEW BO.PAR. s.r.l., della somma di euro 99.740,19, oltre interessi al tasso legale e con decorrenza dalla data della domanda giudiziale.
- Rigetta le domande risarcitorie formulate dall'attrice.
- Condanna la Banca Nazionale del lavoro S.p.A. alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 8.300,00 – di cui euro 7.500,00 per compensi professionali ed euro 800,00 per spese vive - oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.
- Dispone che gli importi liquidati a titolo di spese processuali vengano distratti in favore dell'Avv. Fabio Liparota, Procuratore dell'attrice dichiaratosi antistatario.
- Pone in via definitiva a carico della Banca convenuta il pagamento del compenso liquidato in favore del C.T.U..

Così deciso, in Roma, il 30 aprile 2017.

Il Giudice

Clelia Buonocore

Firmato Da: BUONOCORE CLELIA E messo Da: POSTECOM CA3 Serie #: 8207

