



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BUSTO ARSIZIO
SEZIONE Terza CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Nicola Cosentino, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **5714/2019** promossa da:

(CF _____), in
persona del suo Direttore generale, difesa dall'Avv. **BIASIUCCI LANFRANCO**

ATTRICE

contro

(CF _____), in persona del suo procuratore, difesa dall'Avv.

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Per parte attrice

Voglia l'ill.mo Giudice, per tutte le causali esposte e comprovate, previo ogni adempimento e accertamento e dichiarazione, anche di risoluzione, e previo rigetto di ogni deduzione e richiesta della Convenuta poiché inammissibile, improponibile ed infondata in fatto ed in diritto, oltre che priva di riscontro e prova, così giudicare:

-- *in via principale*, dichiarare la nullità, illegittimità, invalidità ed inefficacia del contratto in derivato IR Collar Zero Cost n. _____ datato 30.01.2008;

e così, per l'effetto, condannare la Banca convenuta, in favore dell'Attrice, alla restituzione o comunque al risarcimento della somma di € 1.790.943,30 di differenziali negativi onerati, salvo maggiore e minore importo riscontrato in corso di causa;

-- *in via subordinata*, dichiarare i gravi inadempimenti e le violazioni di norme e regolamenti e clausole, e la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della Banca nell'operazione nel derivato IR Collar Zero Cost n. _____ datato 30.01.2008;

e così, per l'effetto, previo ogni dichiarazione, condannare la Banca, in favore dell'Attrice, alla restituzione e risarcimento della somma di € 1.790.943,30 di differenziali negativi onerati, salvo maggiore e minore importo riscontrato in corso di causa;

-- *in estremo subordine*, condannare la Banca al pagamento, in favore dell'Attrice, della somma complessiva di € 109.500,00 per commissione e costi occulti, o comunque della somma, maggiore o minore, risultante dal giudizio per riportare in equilibrio il profilo economico del derivato IR Collar n. _____ 30.01.2008;

-- *in ogni caso e sempre*, oltre gli interessi moratori legali dal singolo pagamento o quantomeno dalla diffida del 2018, e oltre svalutazione monetaria e maggior danno, da liquidarsi anche in via equitativa;



oltre vittoria di spese, anche forfettarie, e competenze di lite, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

In via istruttoria, si insiste nella propria richiesta datata 24.03.2021 di richiamo e chiarimenti al C.T.U. sulla relazione peritale definitiva, di cui alle proprie articolazioni e deduzioni, svolte anche all'udienza del 31.03.2021, e di cui alle attoree osservazioni tecniche critiche datate 05.03.2021: richiesta che si abbia qui per riprodotta, trascritta e richiamata in toto.

Per parte convenuta

- in via preliminare accertare e dichiarare la prescrizione in merito alle doglianze di cui all'art. 30 T.U.F., in quanto volte all'accertamento di una nullità c.d. relativa che, in quanto tale, sconta il termine prescrizionale quinquennale e, comunque, rigettare la richiesta di nullità e/o annullabilità del contratto derivato di cui è causa per violazione dell'art. 30 T.U.F. comma 6, essendo tale eccezione infondata per le ragioni dedotte negli atti di causa;
- rigettare ognuna e tutte le richieste avversarie formulate in via principale, subordinata ed istruttoria per tutti i motivi in fatto ed in diritto dedotti negli atti di causa;
- rigettare tutte le richieste di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., relative al difetto di causa e per mancanza di finalità di copertura e per valore negativo del mark to market in virtù di quanto esposto negli atti di causa;
- rigettare, inoltre, tutte le richieste di condanna nei confronti della Banca per aver applicato costi occulti, in quanto non fondate alla luce di quanto esposto negli atti di causa;
- rigettare la richiesta di nullità per violazione di obblighi informativo-comportamentali da parte della Banca, avendo la stessa, come emerge dagli atti, sempre agito in completa trasparenza, correttezza e buona fede;
- rigettare la richiesta di ripetizione dell'indebitto e di risarcimento danni in virtù di quanto argomentato negli atti di causa;
- rigettare qualsiasi richiesta alla corresponsione di somme di danaro, a qualsiasi titolo domandate, per le ragioni espresse nel presente giudizio;
- dichiarare inammissibili e per l'effetto rigettare e/o dichiarare inutilizzabile la relazione di parte prodotta da controparte alla luce di quanto esposto negli atti di causa, così come rigettare tutte le istanze istruttorie formulate da perché generiche ed inammissibili;
- condannare l'attrice al pagamento delle spese di lite, anche generali, diritti ed onorari di giudizio.

Motivi della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato l' conveniva in giudizio la Banca

esponendo di avere con questa stipulato, in data 29.6.2005, una convenzione per l'affidamento dei servizi bancari e finanziari dell'Azienda nell'ambito della quale era prevista la concessione di un mutuo di durata decennale di importo fino a € 15 milioni e che, in data 28.1.2008, la stessa Banca deliberava di concedere il mutuo per un importo di € 10 milioni rimborsabili in dieci anni.

In tale occasione, allo scopo di copertura dei rischi di tasso connessi all'operazione di finanziamento, in pari data le parti stipulavano contratto di prestazione di servizi di investimento e il distinto contratto quadro di *interest rate swap*, opzione *collar*. In data 30.1.2008 il contratto di mutuo veniva stipulato dalle parti.

Nel corso del rapporto, l'Azienda attrice, a seguito del vistoso calo dei tassi di interesse manifestatosi sin dal primo anno di ammortamento del mutuo, vedeva addebitati in forza del contratto di *interest rate swap* somme ingenti, pari a complessivi € 1.790.943,30.

Deduceva l'attrice plurimi profili di antiggiuridicità dell'operazione posta in essere, sia in relazione alla



mancanza di complete e puntuali informazioni circa la rischiosità intrinseca dell'operazione in derivati sia in relazione alla mancata condivisione delle previsioni, circolanti sin dall'epoca di stipula del mutuo, di forte discesa dei tassi di interesse interbancari, cui era indicizzato lo strumento finanziario derivato.

Eccepeva in particolare l'attrice che:

- la stipulazione del derivato avveniva fuori dalla sede bancaria, senza indicazione della facoltà di recesso entro 7 giorni;
- la consulenza della Banca, dovuta pure in assenza di specifica richiesta del cliente, avveniva in modo scorretto, non professionale e non diligente ed anche nel corso del rapporto, constatato l'andamento del mercato monetario e la sua difformità rispetto alle previsioni iniziali, ometteva di informare la cliente della opportunità di una revisione della strategia di copertura adottata nonché di proporre una rinegoziazione dello strumento finanziario derivato in essere;
- l'operazione in derivati proposta e accettata dall'Azienda era obiettivamente inadeguata e inappropriata mentre l'Azienda non disponeva degli strumenti e delle competenze per valutare autonomamente la rischiosità e le conseguenze economiche dell'operazione stessa;
- la Banca aveva operato in conflitto di interessi in quanto "interessata" al conseguimento dei vantaggi economici previsti a termini di contratto;
- lo strumento finanziario non aveva funzione di copertura ma integrava operazione di natura speculativa, con conseguente difetto della causa in concreto del contratto e sua nullità ex art. 1418 c.c.;
- difettava l'alea contrattuale e mancava nel contratto l'indicazione dei criteri e della formula di calcolo del MTM, da ritenersi elemento essenziale, calcolato secondo criteri rimasti del tutto indeterminati e indeterminabili;
- l'operazione presentava costi e commissioni occulti, in contrasto con le pattuizioni contrattuali che le escludevano.

L'Azienda attrice concludeva pertanto prospettando la nullità del contratto di *interest rate swap* e chiedendo in via principale la restituzione degli importi pagati in forza del medesimo. In via subordinata, prospettava la responsabilità della Banca convenuta per l'inadempimento degli obblighi di informazione precontrattuale e nel corso dell'esecuzione del contratto e ne chiedeva la condanna al risarcimento dei danni subiti. In via di ulteriore subordine, l'attrice chiedeva che la convenuta fosse condannata al pagamento della somma di € 109.500,00 quale valore iniziale del derivato che essa avrebbe dovuto incassare al fine di garantire l'equilibrio iniziale del contratto.

La Banca convenuta, costituitasi in giudizio, contestava la fondatezza delle deduzioni attoree e chiedeva il rigetto di tutte le domande proposte nei suoi confronti.

La causa veniva istruita con l'espletamento di c.t.u. sul seguente quesito:

descrive il c.t.u., sulla base dei documenti contrattuali allegati in atti, l'oggetto del contratto derivato oggetto di causa, indicandone tipologia, struttura e meccanismo di funzionamento; precisi il c.t.u. se detto contratto, visto in collegamento con il contestuale contratto di mutuo, sia idoneo ed appropriato a svolgere una funzione di copertura del rischio di tasso a favore, anche, della parte mutuataria;

verifichi il c.t.u. se il contenuto del contratto, come emergente dai documenti summenzionati, sia idoneo ad assicurarne la determinatezza/determinabilità, con particolare riguardo ai criteri di determinazione dei flussi finanziari oggetto di scambio.

Dai documenti allegati in atti emerge come la stipula del mutuo e del connesso contratto derivato "di copertura" fu il frutto di una negoziazione individuale intercorsa tra le parti, nel corso della quale l'attrice aveva richiesto la formulazione di una proposta di mutuo nel rispetto delle



Sentenza n. 529/2022 pubbl. il 07/04/2022

condizioni prescritte dall'apposita delibera regionale del 4.5.2007 (v. lettera del 6.6.2007 – doc. 2 di parte convenuta) e la Banca aveva formulato siffatta proposta di copertura per un tetto di 200 milioni di euro del tasso di interesse (euribor a sei mesi maggiorato di uno spread di 0,12 annui oppure euribor a sei mesi maggiorato di uno spread di 0,08 annui) riservando le migliori condizioni all'ipotesi in cui la Banca avesse accettato di sottoscrivere apposito contratto finalizzato alla copertura dei rischi di tasso, con strumenti *zero cost collar* (v. lettera del 23.7.2007 – doc. 3 di parte convenuta).

Seguiva (lettera dell'Ente in data 5.9.2007 (doc. 4 di parte convenuta) che accettava la proposta relativa al mutuo e al connesso contratto derivato di copertura. del 4.10.2007) la comunicazione dell'intervenuta delibera dell'Ente in data 5.9.2007 (doc. 4 di parte convenuta) che accettava la proposta relativa al mutuo e al connesso contratto derivato di copertura.

Lo scambio di corrispondenza allegato in atti dimostra come non ricorra, nel caso di specie, l'ipotesi dell'offerta di servizi di investimento fuori sede di cui all'art. 30 d.lg. n. 206/2005, per la quale non è sufficiente che la sottoscrizione del contratto sia avvenuta presso l'abitazione dell'investitore (o comunque al di fuori dei locali di pertinenza dell'intermediario), occorrendo invece che l'investimento sia stato sollecitato presso il domicilio dell'investitore da un promotore finanziario o da un dipendente della banca intermediaria, tale da sorprendere l'investitore ed indurlo ad aderire ad una proposta non meditata adeguatamente e così far ritenere che la decisione di investimento sia stata assunta fuori sede (Cass., Sez. 1 - , **Ordinanza n. 18155 del 31/08/2020**).

La Banca convenuta, con la quale già intercorreva un rapporto consolidato in forza della convenzione del 2005, era stata fatta oggetto di una specifica richiesta proveniente dall'Azienda sua cliente, la quale precisava entro quali margini negoziali un'eventuale proposta di mutuo avrebbe potuto essere accettata. La stipula del contratto derivato, indicata dalla Banca nella sua proposta quale condizione per accedere ad una limitata riduzione del tasso, era poi stata accettata espressamente dall'Azienda in apposita delibera intervenuta a distanza di svariati mesi, mentre la stipula dei contratti seguiva anch'essa ad un consistente periodo di tempo.

Da tale ricostruzione deriva evidentemente l'esclusione dell'applicabilità della disciplina dell'offerta fuori sede di cui al citato art. 30.

Va dunque disattesa la domanda di nullità del contratto derivato per mancata indicazione del diritto di recesso, ai sensi dell'art. 30, 7° comma, cit..

La causa dell'"interest rate swap", per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata (Cass., Sez. Un., **Sentenza n. 8770 del 12/05/2020**).

La relazione di c.t.u. individua nel contratto derivato oggetto di causa un contratto *collar*, che definisce come un'opzione su tassi costituita dalla combinazione fra l'acquisto di un'opzione *cap* e la contestuale vendita di un'opzione *floor* e si connota sotto il profilo funzionale per il contenimento delle oscillazioni del tasso parametro all'interno di un corridoio, in cui il limite superiore è delimitato dal livello *strike* del *cap* e, il limite inferiore dal livello *strike* del *floor*.

Il funzionamento del contratto derivato in questione viene dalla c.t.u. descritto come segue:



· quando il tasso variabile di riferimento (E6M) è superiore al tasso *strike* del *cap* (5,60%), l'acquirente del *cap* () esercita l'opzione e riceve dalla controparte il differenziale fra il tasso variabile e il tasso *cap*, moltiplicata per il nozionale di riferimento. In tal modo, il prenditore del finanziamento a tasso variabile limita il rialzo del parametro al livello *strike* del *cap*;

· per contro, se il tasso variabile di riferimento (E6M) è inferiore al tasso *strike* del *floor* (3,90%), l'acquirente del *floor* () esercita l'opzione e riceve dal venditore () la differenza fra il tasso *floor* e il tasso variabile, moltiplicata per il capitale di riferimento;

· all'interno del corridoio delimitato dal tasso *cap* e dal tasso *floor*, l'opzione non viene esercitata e, quindi, il prenditore del finanziamento a tasso variabile paga oneri finanziari direttamente conseguenti all'andamento del tasso parametro.

La Consob, con Comunicazioni DI/98065074 del 6 Agosto 1998 e DI/99013791 del 26 Febbraio 1999, ha indicato le caratteristiche che deve avere un derivato per essere di copertura:

- l'operazione è esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di base;
- vi è un'elevata correlazione fra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso interesse, tipologia ecc.) dell'oggetto della copertura ed il derivato utilizzato a questo fine;
- le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo ad operazioni aventi caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno.

Il contratto derivato presenta, invece, tratti speculativi nel momento in cui difetta una correlazione funzionale fra il rischio e il prodotto sottoscritto, ovvero quando si verifica il c.d. "eccesso di copertura", in presenza del quale il cliente è esposto ad un rischio esponenzialmente superiore a quello originario che, nelle intenzioni, si voleva neutralizzare, potendosi pertanto verificare, a seconda dei casi, perdite ovvero guadagni tendenzialmente illimitati.

Nel caso di specie, la relazione di c.t.u. evidenzia la sussistenza di molteplici elementi che escludono il carattere speculativo del contratto derivato stipulato dalle parti e, in particolare, i seguenti:

- i contratti sono stati perfezionati nella medesima data e la durata è coincidente. Nello specifico, il contratto sottostante è perfettamente contenente – per durata e nozionale – il derivato e non il contrario, nel qual caso il derivato sarebbe speculativo, posto che verrebbe a coprire un rischio maggiore di quello effettivamente esistente;
- la quota variabile del tasso di interesse di riferimento di entrambi i contratti è pari all'Euribor a sei mesi base 360;
- il capitale mutuato ed il capitale di riferimento iniziale del derivato coincidono. Inoltre, il nozionale del contratto dello strumento finanziario derivato è in progressiva diminuzione secondo il debito residuo del contratto di mutuo. In particolare, per tutta la durata del derivato, il suo capitale di riferimento decresce in modo corrispondente alla decrescita dell'importo dovuto in forza della sottostante passività; ne consegue che è assicurata la piena corrispondenza fra il nozionale e le quote capitale del piano di ammortamento;
- il periodo di riferimento di scambio dei flussi finanziari fra le Parti è coincidente, giacché le scadenze di pagamento sia delle rate del mutuo, sia dei flussi del derivato sono semestrali, il 31 dicembre e il 30 giugno di ogni anno dalla data iniziale (30 giugno 2009) fino a scadenza (30 giugno 2019).

Alla luce di quanto sopra illustrato – conclude la relazione di c.t.u. – è agevole desumere che è sussistente l'elevata correlazione – come indicata dalla Consob – fra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'oggetto della copertura ed il derivato utilizzato a questo fine.

Deve, pertanto, concludersi che l'operazione finanziaria contenuta nel contratto derivato sottoscritto dalle parti avesse caratteristiche e funzione di copertura del rischio di tasso proprio del sottostante contratto di mutuo.



In sostanza, il derivato aveva la funzione di sterilizzare il rischio della variabilità del tasso di interesse, sia dal lato della Banca (la quale accedeva così ad un'operazione di finanziamento di lunga durata di ingente importo limitando il rischio che il tasso di mercato risultasse nel corso dell'ammortamento superiore a quello risultante dal contratto) sia dal lato del cliente finanziato (il quale parimenti era certo di non dover pagare un tasso di interesse superiore alla soglia superiore stabilita, nel caso inverso in cui il tasso di mercato fosse cresciuto significativamente).

Il *collar* in analisi consentiva, dunque, di definire un costo massimo (fissato dall'acquisto del *cap*) all'indebitamento contratto dal Cliente, mentre il contestuale acquisto del *floor* consente di azzerare il premio sull'opzione, ma comporta un costo minimo dell'indebitamento sottostante.

Va ritenuto, dunque, che il contratto stipulato dalle parti, quale contratto atipico, fosse munito di un profilo causale di gestione razionale del rischio di tasso connesso ad un'operazione di finanziamento di dimensioni ingenti e di lungo termine, rispondendo ad interessi meritevoli di tutela, ex art. 1322, 2° comma, c.c., di entrambe le parti.

Il contratto in esame, tuttavia, presenta gravi ed insanabili profili di indeterminatezza oggettiva che ne implicano la nullità ex artt. 1346 e 1418, 2° comma, c.c..

Il c.t.u. ha appurato che, seppure gli elementi oggettivi indicati nella documentazione contrattuale consentivano di determinare con esattezza e univocità i flussi di cassa generatisi tra le parti, il contratto non conteneva l'indicazione delle condizioni economiche applicate dalla Banca all'operazione in termini di costo di copertura, margine di intermediazione della Banca, *mark to market* iniziale e esborso massimo che l'Ente avrebbe dovuto sostenere nel caso di smobilizzo del derivato nella medesima giornata.

Tali elementi sono stati considerati parte integrante ed essenziale della determinazione convenzionale dell'oggetto del contratto dalla pronuncia di legittimità sopra citata (Cass., sez. un., n. 8770/2020, relativa a contratti derivati stipulati da ente pubblico tra il 2003 e il 2004) la quale così motiva sul punto: "appare necessario verificare - ai fini della liceità dei contratti - se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale delle scommesse razionali, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità. E tale accordo non deve limitarsi al *mark to market*, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso dovrebbe concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi pur se impliciti". Prosegue la S.C. rilevando che "le obbligazioni pecuniarie nascenti dal derivato non sono mere obbligazioni omogenee di dare somme di denaro fungibile, perché in relazione alla loro quantificazione va data la giusta rilevanza ai parametri di calcolo delle stesse, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse (nell'IRS) e di cambio nel tempo. Sicché l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili".

Da tali considerazioni emerge come l'assenza dell'esplicitazione, nel contratto, dei parametri in questione (assenza pacifica nel presente giudizio e accertata dal c.t.u. nella sua relazione), si riverbera sul piano della determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto, inficiandola, dovendosi dichiarare la nullità del contratto derivato oggetto di causa (nello stesso senso, sia pure in termini di nullità per difetto o sviamento dalla causa, Trib. Torino, sez. I, 21/10/2021, n. 4685). Ciò, indipendentemente dall'espressa previsione nella normativa secondaria di requisiti di contenuto del contratto afferenti proprio ai parametri in esame, atteso che la S.C. ha riconosciuto l'intrinseca rilevanza oggettiva, connaturata alla stessa razionalità economica della scommessa incorporata nel derivato, di tali parametri, implicitamente affermandone la necessità anche in relazione ai contratti stipulati anteriormente alla Comunicazione Consob del 2.3.2009 n. 9019104 che li ha disciplinati in quanto



Sentenza n. 529/2022 pubbl. il 07/04/2022

RG n. 5714/2019

Repert. n. 1036/2022 del 07/04/2022

incidenti sui costi dell'operazione.

Alla pronuncia della nullità consegue la condanna della Banca alla restituzione ex art. 2033 c.c. delle somme versate in esecuzione del contratto nullo, pari a € 1.790.943,30.

Su tale somma decorrono gli interessi legali ex art. 1284, 1° comma, c.c..

Resta infatti esclusa la decorrenza di interessi ex art. 1284, 4° comma c.c., atteso che trattasi non già di obbligazione avente titolo contrattuale (come implicitamente ma inequivocamente richiesto da tale norma) ma di obbligazione restitutoria ex art. 2033 c.c., avente origine proprio dal venir meno del titolo contrattuale che aveva giustificato l'attribuzione patrimoniale.

La decorrenza degli interessi deve individuarsi nella data della domanda, a sua volta da intendersi come intimazione al pagamento stragiudiziale (effettuata in data 19.12.2018) e non necessariamente come domanda giudiziale (Cass., Sez. 1, *Sentenza n. 22852 del 09/11/2015*).

La parte attrice, inoltre, non ha provato in alcun modo, neanche in via presuntiva, un danno da svalutazione monetaria, ovvero un maggior danno ex art. 1224 c.c..

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

dichiara la nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto derivato oggetto di causa;

condanna la Banca convenuta a restituire all'attrice la somma di € 1.790.943,30, oltre interessi legali dal 19.12.2018 al saldo;

condanna la convenuta a rifondere all'attrice le spese di lite, liquidate in complessivi per compensi professionali, oltre spese generali, accessori di legge e anticipazioni (c.u., marche e spese di notifica).

pone le spese di c.t.u., già liquidate, definitivamente a carico della convenuta.

Busto Arsizio, 6 aprile 2022

Il Giudice
dott. Nicola Cosentino

