

La definizione dell'MtM deve avvenire attraverso l'indicazione della formula per l'attualizzazione dei flussi finanziari futuri in base allo scenario pronosticato: in difetto il contratto di swap è nullo

Tribunale di Milano, 16 giugno 2015. Giudice Francesco Ferrari.

Contratto di swap - Causa del contratto - Scambio di rischi connessi - Entità degli importi che possono maturare a carico di ciascuna delle parti - Differenziali

Nei contratti di swap, la causa va individuata nello scambio di due rischi connessi, i quali, assunti dai due contraenti, derivano dall'entità degli importi che nello svolgimento del rapporto matureranno a carico di ognuno e determinano, quindi, i differenziali che alla scadenza potranno risultare a carico dell'una o dell'altra parte.

Contratto derivato - Scommessa legalmente autorizzata a fronte di interesse meritevole di tutela - Legittimità del contratto derivato con finalità speculative

La componente aleatoria è intrinseca alla natura del derivato, il quale può definirsi una "scommessa" legalmente autorizzata a fronte di un interesse meritevole di tutela, la quale caratterizza sia il derivato con finalità di copertura sia quello con finalità speculative.

Contratto di swap - Mark to market - Indicazione della formula matematica di riferimento - Necessità

Nella determinazione dell'oggetto del contratto di swap, per l'indicazione del Mark to market non è sufficiente il richiamo alle quotidiane rilevazioni dei tassi di interesse, ma è necessaria l'indicazione della formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato; in mancanza di tale indicazione, in mancanza cioè della esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dall'intermediario costituisce un dato non verificabile e rimesso, pertanto, all'arbitrio di una delle parti del contratto.

Contratto di swap - Definizione dell'oggetto del negozio - Mark to market - Indicazione - Necessità - Esplicitazione della formula di riferimento per l'attualizzazione dei flussi

Il fatto che il Mark to market sia destinato ad operare esclusivamente nell'ipotesi in cui una delle parti scelga di chiudere

in via anticipata il contratto non esclude che l'MtM costituisca elemento essenziale del negozio la cui mancata indicazione, attraverso l'esplicitazione della formula matematica di riferimento per l'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato, comporta la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 1418 c.c.

Contratto di swap - Definizione dell'oggetto del negozio - Mark to market - Indicazione - Necessità - Prescrizioni dell'art. 2427 bis c.c. per la redazione della nota integrativa di bilancio - Indicazione del fair value - Necessità

La circostanza che, ai sensi dell'articolo 2427 bis c.c., la società, nella nota integrativa di bilancio, debba indicare il fair value del contratto derivato - ossia il valore in sé dello strumento finanziario - mediante l'indicazione dell'MtM, può essere in interpretata come conferma che tale elemento è una componente necessaria dell'oggetto del contratto.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

Sentenza n. 7398/2015 pubbl. il 16/06/2015

RG n. 63136/2014

Repert. n. 6264/2015 del 16/06/2015

N. R.G. 63136/2014

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE
VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 63136/2014

tra
UNITECNO S.P.A.
attore

e

INTESA SANPAOLO SPA
convenuto

Oggi 16 giugno 2015 ad ore 9,01 innanzi al dott. Francesco Ferrari, sono comparsi:

Per UNITECNO S.P.A. l'avv. PONTANARI PAOLA MARIA MARGHERITA, oggi sostituito dall'avv. Giuseppe Mantarro

Per INTESA SANPAOLO SPA l'avv. GIRINO EMILIO

I procuratori delle parti precisano le conclusioni come da fogli separati inviati telematicamente; le parti depositano note spese.

Dopo breve discussione orale, il Giudice pronuncia sentenza ex art. 281 sexies c.p.c. dandone lettura.

Il Giudice
Francesco Ferrari

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. 63136/2014 promossa da:
UNITECNO S.P.A. (C.F. 01120630155), con il proc. dom. avv.
PONTANARI PAOLA MARIA MARGHERITA, VIA BRÖGGI, 13 MILANO
attrice

contro

INTESA SANPAOLO SPA (C.F. 00799960158), con il proc. dom. avv.
GIRINO EMILIO, VIA S. SOFIA, 12 MILANO
convenuta

CONCLUSIONI

Per l'attrice:

- in via pregiudiziale
- qualora il Giudice lo ritenga necessario, integrare il contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. nei confronti della Eras S.r.l. e della Roxi S.r.l.;
- accertata e dichiarata la violazione del diritto alla riservatezza, così come esposto in narrativa, in merito ai documenti da n. 1 a n. 11 depositati dall'odierna convenuta, disporre, conseguentemente, il blocco delle relative informazioni e lo stralcio nel presente procedimento della summenzionata documentazione senza possibilità di loro utilizzo ai fini della decisione;
- accertata e dichiarata la violazione del diritto alla riservatezza, condannare la banca Intesa Sanpaolo S.p.a., al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., in favore delle società e/o dei soggetti danneggiati, sulla base di una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.. - In via istruttoria
- ammettere i seguenti capitoli di prova per interrogatorio formale, per interpellato e per testi, indicando quali testimoni: (i) Geom. Alberto Pontanari, (ii) Geom. Roberto Montanari, (iii) Ing. Antonio Zucchelli e (iv) Signora Damiana Pappalardo:
 - 1) "Vero che il Geom. Pontanari è cliente della Banca Intesa Sanpaolo (allora Sanpaolo Imi) da oltre 50 anni";
 - 2) "Vero che il Geom. Roberto Montanari è cliente della Intesa Sanpaolo (allora Sanpaolo Imi) da oltre 30 anni;
 - 3) "Vero che la Banca, odierna convenuta, conosceva la situazione economico/finanziaria in cui versavano nel mese di ottobre 2003 la Unitecno 5 S.r.l., Unitecno S.p.a., Eras S.r.l. e Roxi S.r.l., ossia data della stipula – da parte delle predette quattro società - dei primi quattro contratti derivati";
 - 4) "Vero che nel mese di settembre 2003 la Intesa Sanpaolo (allora Sanpaolo Imi) contattava telefonicamente il centralino della società Unitecno S.p.a., al quale rispondeva la signora Damiana Pappalardo, al fine di proporre un nuovo prodotto finanziario";
 - 5) "Vero che i documenti sottoscritti nel mese di ottobre 2003 – ossia le dichiarazioni autoreferenziali e i contratti quadro - dalla Unitecno 5 S.r.l., Unitecno S.p.a., Eras S.r.l. e Roxi S.r.l. erano stati predisposti dalla Banca";
 - 6) "Vero che i predetti contratti, alla presenza del Direttore dell'Agenzia di Viale Monza di Milano – presso cui erano accessi i rispettivi conto correnti - venivano fatti sottoscrivere dai legali rappresentanti delle rispettive società fuori dai locali della banca ed, in

particolare, presso la sede della Unitecno Spa in via Vincenzo Monti 56 a Milano”;

7) “Vero che la Unitecno 5 S.r.l. in data 01.10.2003 contrattava la sua prima operazione in derivati”;

8) “Vero che la Unitecno S.p.a. in data 01.10.2003 stipulava il suo primo contratto in derivati”;

9) “Vero che la Roxi S.r.l. in data 01.10.2003 stipulava il suo primo contratto in derivati”;

10) “Vero che la Eras S.r.l. in data 02.10.2003 stipulava il suo primo contratto in derivati”;

11) “Vero che i quattro contratti derivati stipulati dalle 4 società nel mese di ottobre 2003 avevano durata biennale, con scadenza naturale nel mese di ottobre 2005”;

12) “Vero che, nel mese di ottobre 2003, le società Unitecno S.p.a., Unitecno 5 S.r.l., Eras S.r.l. e Roxi S.r.l. avevano delle esposizioni debitorie (si rammostrino i docc. nn. Da 36 a 39), a tasso fisso, con l’allora Sanpaolo Imi”;

13) “Vero che nel mese di settembre 2003 il signor Belussi si presentava presso la sede della Unitecno S.p.a. e precisava alla presenza del Geom. Pontanari, del Geom. Montanari, del signor Lo Verde e della signora Damiana che la Unitecno 5 S.r.l., Unitecno S.p.a., Roxi S.r.l. e Eras S.r.l. erano state scelte dalla banca al fine di proporre un prodotto finanziario chiamato derivato, che sulle rispettive esposizioni debitorie potevano far risparmiare sugli interessi passivi”;

14) “Vero che il Rag. Calcagni e il Dott. Cervo, funzionari della Banca, nel mese di ottobre 2003, presentavano alle 4 società summenzionate le strutture finanziarie in derivati, prospettandole come un beneficio riservato a pochi eletti, a pochi fortunati, a clienti di riguardo i quali avrebbero dovuto ritenersi dei privilegiati”;

15) “Vero che il Rag. Calcagni e il Dott. Cervo, nell’incontro del mese di settembre 2003, avevano precisato ai soci della Unitecno, Unitecno 5, Eras e Roxi che i contratti derivati che andavano a stipulare avrebbero svolto una funzione di copertura contro il pericolo del rialzo dei tassi di interesse o variazioni avverse degli stessi sulle esposizioni debitorie già esistenti”;

16) “Vero che il Rag. Calcagni e il Dott. Cervo, funzionari della Banca, negli incontri intercorsi nel mese di ottobre 2003, descrivevano alle 4 società l’operazione finanziaria in derivati come sicura e prudente”;

17) “Vero che i funzionari della Banca, nel mese di settembre 2003, prima della stipula dei contratti derivati che sarebbe avvenuta nel mese di ottobre 2003, omettevano di informare le quattro società degli eventuali rischi dell’investimento”;

18) “Vero che le predette 4 società sottoscrivevano i contratti di derivati di cui è causa a copertura dei tassi di interesse previsti nei contratti di esposizione debitoria già in essere con la banca”;

19) “Vero che la Unitecno 5 S.r.l., la Unitecno S.p.a., la Eras S.r.l. e la Roxi S.r.l. alla data della stipula dei loro primi contratti derivati, ossia nel mese di ottobre 2003, erano prive di qualsivoglia competenza in materia di strumenti finanziari in derivati”;

20) “Vero che le operazioni di intermediazione proposte dalla Banca, nel mese di settembre 2003, si svolgevano come offerte fuori sede”;

- 21) “Vero che le attività svolte dalla Unitecno 5 S.r.l., Unitecno S.p.a., Eras S.r.l. e Roxi S.r.l. riguardano il settore edilizio, nello specifico costruzioni, ristrutturazioni, locazioni e vendite di immobili”;
- 22) “Vero che la Unitecno 5 S.r.l., Unitecno S.p.a., Eras S.r.l. e Roxi S.r.l., prima della stipula degli strumenti finanziari in derivati, avvenuta nel mese di ottobre 2003, erano ignare in merito alla natura, all’oggetto e alla funzione dei derivati”;
- 23) “Vero che la dichiarazione autoreferenziale sottoscritta in data 01.10.2003 dalla Unitecno 5 S.r.l., dalla Unitecno S.p.a. e dalla Roxi e in data 02.10.2003 dalla Eras, era stata predisposta dall’allora Sanpaolo Imi”;
- 24) “Vero che la dichiarazione autoreferenziale sottoscritta in data 01.10.2003 dalla Unitecno 5 S.r.l., dalla Unitecno S.p.a. e dalla Roxi e in data 02.10.2003 dalla Eras, predisposta dall’allora Sanpaolo Imi, era stata consegnata (per la firma) alle predette società il giorno stesso della relativa sottoscrizione”;
- 25) “Vero che in data 13.10.2004 la Sanpaolo Imi, nella persona del Rag. Calcagni, inviava alla Unitecno 5 S.r.l. una proposta di ristrutturazione”;
- 26) “Vero che, a causa delle continue perdite economiche subite con i derivati, la Banca Intesa Sanpaolo, nel mese di ottobre 2004, precisava alla Unitecno 5 S.r.l. che per ridurre gli interessi passivi, sarebbe stato preferibile rinegoziare i derivati ed accollare tutti i contratti stipulati nel mese di ottobre 2003 solo in capo alla Unitecno 5 S.r.l.”;
- 27) “Vero che la ristrutturazione, di cui al 13.10.2004, consigliata dalla Banca alle 4 società incamerava delle pendenze negative pari ad Euro 27.500,00”;
- 28) “Vero che, a far tempo dalla prima rinegoziazione, la signora Damiana Pappalardo ogni 6 mesi contattava telefonicamente la Banca Intesa Sanpaolo per avere informazioni sull’andamento dei derivati”;
- 29) “Vero che in data 13.06.2007, presso la sede di Via Vincenzo Monti n. 56, si presentavano il Dott. Cervo e il Dott. Zappaterra, funzionari della Banca Intesa Sanpaolo”;
- 30) “Vero che all’incontro del 13.06.2007, il Dott. Zappaterra e il Dott. Cervo affermavano che, in data 12.05.2014, data di naturale scadenza dei derivati de quibus, la Unitecno 5 S.r.l. avrebbe avuto dei risultati economici positivi, con perdita uguale a zero”;
- 31) “Vero che l’Ing. Zucchelli è diventato Consigliere sia della Unitecno 5 S.r.l. che della Unitecno S.p.a. a far tempo dal 16.04.2008”;
- 32) “Vero che in data 14.01.2009, presso gli uffici della Unitecno S.p.a. di Via Vincenzo Monti n. 56, si presentava il Dott. Luca Pandini”;
- 33) “Vero che all’incontro del 14.01.2009, presso gli uffici della Unitecno 5 S.r.l., il Dott. Luca Pandini forniva dei chiarimenti in merito ai contratti derivati de quibus (al teste si rammostri il doc. n. 40)”;
- 34) “Vero che in data 13.02.2009 la Unitecno 5 S.r.l. pagava la somma di Euro 251.000,00 per ridurre il da Euro 6.000.000,00 ad Euro 3.000.000,00 il capitale nozionale”;
- pagina 7 di 25
- 35) “Vero che nel corso degli incontri preliminari ad ogni rinegoziazione del 13.10.2004, 26.10.2005, 08.05.2006 gli allora funzionari della Banca Intesa Sanpaolo precisavano che la rinegoziazione

era necessaria per migliorare la situazione economico/debitoria della Unitecno 5 S.r.l.”;

36) “Vero che con le varie rinegoziazioni le perdite subite venivano sempre trasferite sul nuovo e successivo contratto in strumenti finanziari derivati che veniva stipulato”;

37) “Vero che per effetto delle successive rinegoziazioni stipulate in data 13.10.2004, 26.10.2005, 08.05.2006 la naturale scadenza dell’ultimo contratto derivato, in capo alla Unitecno 5 S.r.l., era fissata per il 12.05.2014”;

38) “Vero che la Unitecno 5 S.r.l. ha subito una perdita economica pari ad Euro 745.341,95”; - ammettersi CTU per verificare

1) l’adeguatezza ed idoneità dei contratti IRS oggetto di causa, con relativa variazione del nozionale, rispetto all’effettiva e concreta situazione finanziaria della società attrice;

2) se i summenzionati contratti avrebbero garantito una copertura contro il rischio dell’aumento dei tassi di interesse;

3) se il Mark to Market era negativo, sia inizialmente che successivamente;

4) se vi erano dei costi impliciti e l’alea poteva essere prevista o, comunque, era prevedibile dalla Banca;

5) quali possibilità sussistevano per la società attrice di trarre beneficio dai medesimi contratti e quali, invece, per la banca;

6) l’ammontare degli addebiti effettuati, anche a titolo di interessi passivi, principali ed anatocistici sui conti correnti della società attrice in dipendenza dei contratti IRS oggetto di causa;

7) quando il vizio insito negli originari contratti sia poi stato tralatziamente riprodotto nel contratto sostitutivo;

8) quale vizio insito negli originari contratti sia poi stato tralatziamente riprodotto nel contratto sostitutivo;

9) quale sia stato il contributo causale di quegli accordi al danno patito dall’odierna attrice.

- ammettersi prova per testi e per interpello del legale rappresentante della Banca.

- nel merito

- in via principale

-accertare e dichiarare la responsabilità della Intesa Sanpaolo S.p.a. per i plurimi inadempimenti esposti in narrativa per mancato rispetto dell’art. 21 D.Lgs 24.02.1998 n. 58 nonché degli artt. 27, 28 e 29 del Reg. Consob n.11522/98 e, comunque, per violazione delle regole e dei principi in materia dell’intermediazione finanziaria e di norme imperative civilistiche e, conseguentemente, per manifesta violazione degli obblighi di cui agli artt. 26, 28 e 29 del Reg. Consob e art. 21 del TUF, nonché per aver tenuto una condotta non conforme ai principi di cui all’art. 47 Cost., e, conseguentemente, dichiarare risolti ex art. 1455 cod. civ. tutti i contratti IRS oggetto di causa e, per l’effetto, condannare anche a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 cod. civ. la Banca convenuta, alla restituzione di tutti gli importi corrisposti alla stessa pari ad Euro 745.341,95 alla data del 12.05.2014, o della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia in corso di causa, oltre alla rivalutazione monetaria, interessi legali e spese sostenute dalla stessa società attrice che verranno quantificate in corso di causa;

-in via subordinata

-accertare e dichiarare la responsabilità della Intesa Sanpaolo S.p.a. per i plurimi inadempimenti pagina 9 di 25

esposti in narrativa per mancato rispetto dell'art. 21 D.Lgs 24.02.1998 n. 58 nonché degli artt. 27, 28 e 29 del Reg. Consob n.11522/98 e, comunque, per violazione delle regole e dei principi in materia dell'intermediazione finanziaria e di norme imperative civilistiche e, conseguentemente, dichiarare la nullità ex art. 1418 cod. civ., per mancanza/difetto di "causa in concreto" per manifesta violazione degli obblighi di cui agli artt. 26, 28 e 29 del Reg. Consob e art. 21 del TUF, nonché per aver tenuto una condotta non conforme ai principi di cui all'art. 47 Cost. - dei contratti IRS oggetto di causa, e, per l'effetto, condannare, anche a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 cod. civ. la Banca convenuta, alla restituzione di tutti gli importi corrisposti alla stessa pari ad Euro 745.341,95 corrisposti alla data del 12.05.2014, o della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia in corso di causa, oltre alla rivalutazione monetaria, interessi legali e spese sostenute dalla stessa società attrice che verranno quantificate in corso di causa;

In via ulteriormente subordinata

- accertare e dichiarare che i contratti IRS oggetto di causa rientrano nella categoria della scommessa legalmente autorizzata" e, conseguentemente, dichiarare la nullità ex art. 1418 cod. civ., per mancanza/difetto di "causa" per manifesta violazione degli obblighi di cui agli artt. 26, 28 e 29 del Reg. Consob e art. 21 del TUF, nonché per aver tenuto una condotta non conforme ai principi di cui all'art. 47 Cost. - dei contratti IRS oggetto di causa e, per l'effetto, condannare anche a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 cod. civ., la Banca convenuta alla restituzione di tutti gli importi corrisposti alla stessa pari ad Euro 745.341,95 corrisposti alla data del 12.05.2014, o della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia in corso di causa, oltre alla rivalutazione monetaria, interessi legali e spese sostenute dalla stessa società attrice che verranno quantificate in corso di causa;

In via estremamente subordinata

- accertare e dichiarare, per i plurimi inadempimenti esposti in narrativa, l'inefficacia e/o l'invalidità e/o la nullità e/o l'annullamento della dichiarazione di cui all'art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998 resa dai legali rappresentanti della Eras S.r.l., Roxi S.r.l., Unitecno 5 S.r.l. e Unitecno S.p.a. in conseguenza del dolo, del negligente e inadeguato comportamento posto in essere dalla Banca nel sollecitare, a scopi elusivi della normativa protezionistica vigente, la sottoscrizione della dichiarazione medesima,

- dichiarare, l'inefficacia e/o l'invalidità e/o la nullità e/o l'annullamento della dichiarazione di cui all'art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998 e, conseguentemente dichiarare l'inefficacia e/o l'invalidità e/o la nullità e/o l'annullamento dei contratti IRS oggetto di causa e, per l'effetto, condannare la Banca convenuta alla restituzione della somma di Euro 745.341,95, corrisposta alla data del 12.05.2014, o della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia in corso di causa, oltre alla rivalutazione monetaria, gli interessi legali e spese sostenute dalla stessa società attrice che verranno quantificate in corso di causa;

Con espressa riserva di ogni diversa domanda nuova, eccezione e conclusione nonché di ogni consentita deduzione sia di merito sia istruttoria e di ogni opportuna produzione.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari oltre all'I.V.A. nella misura di legge ed al Contributo Cassa Avvocati (pari al 4%) ex art. 11 L.576/80.

Per la convenuta:

In via principale:

- dichiarare inammissibile la domanda di risoluzione svolta da Unitecno S.p.a. con la memoria ex art. 183 comma 6 n. 1 per manifesta tardività,
- rigettare la domanda di risarcimento del danno formulata dall'attrice per l'asserita violazione del diritto di riservatezza da parte della Banca, per i motivi di cui in atti e, in particolare, per la manifesta carenza di legittimazione attiva dell'attrice nonché per la palese infondatezza nel merito, e conseguentemente: data la temerarietà della domanda dell'attrice di cui al punto che precede, con-dannare Unitecno al risarcimento del danno ex dell'art. 96 cod. proc. civ. da liquidarsi in via equitativa

- rigettare le domande attrici tutte siccome fondate sulla presunta nullità di titoli contrattuali originari rispetto ai quali l'attrice è sfornita di legittimazione attiva;

In subordine:

- respingere le domande attrici tutte limitatamente agli effetti prodotti sul complessivo assetto negoziale, dai predetti contratti stipulati da terze parti;

In ulteriore subordine:

- rigettare le domande attrici tutte siccome infondate e in fatto e in diritto per le ragioni tutte di agli atti di causa;

In via istruttoria

- respingere le istanze istruttorie tutte dell'attrice.

- ammettere, occorrendo, i seguenti capitoli di prova:

- 1) Vero che nel corso degli incontri tra la Banca e i legali rappresentanti delle società del Gruppo Unitecno (Sigg. Pontanari, Monatanari e Lo Verde), intervenuti presso gli uffici del gruppo Unitecno in Milano Via Vincenzo Monti 56 il personale della convenuta, nelle persone del Sig. Rosario Calcagni e dello specialist Gustavo Cervo, illustrava, prima della stipulazione di ciascun Derivato intervenuta nelle date del 1 ottobre 2003, 13 ottobre 2004, 26 ottobre 2005, 8 maggio 2006, le operazioni nonché

gli scenari economici prevedibili che avrebbero potuto condizionarla.

- 2) Vero che agli incontri di cui al punto 1 che precede per il Gruppo Unitecno insieme ai legali rappresentanti delle società, partecipava anche l'Ing. Zucchelli

- 3) Vero che fu il Sig. Pontanari a richiedere l'estinzione degli IRS numero 6800, 6768, 6807, 6836 sottoscritti rispettivamente tra la Banca e le società Unitecno 5 S.r.l., Unitecno S.p.a., Roxi S.r.l. e Eras S.r.l., rinegoziandoli in un'unica struttura in capo alla Unitecno 5 S.r.l.

Nel caso di ammissione delle prove dedotte dall'attrice, si chiede di essere ammessi alla prova contraria

In ogni caso:

con vittoria di spese anche generali (ivi incluse quelle di una eventuale CTU ove disposta), onorari e accessori come per legge

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato la Unitecno s.p.a. conveniva in giudizio Intesa Sanpaolo s.p.a., al fine di ottenerne la restituzione di somme versate in forza di contratti in derivati.

L'attrice in particolare esponeva:

- che nel 2003 la Unitecno s.p.a., la Unitecno 5 s.r.l., la Eras s.r.l. e la Roxi s.r.l. stipulavano con la banca quattro distinti contratti in derivati per un nozionale di riferimento determinato complessivamente in euro 6.000.000,00;
- che i contratti venivano stipulati sul presupposto di operare come copertura a fronte del rischio di rialzo dei tassi di interesse, considerate le posizioni di indebitamento delle società;
- che, infatti, le contraenti appartenevano tutte al medesimo gruppo societario e operavano nel settore della costruzione, locazione e vendita di immobili;
- che tutte le società rilasciavano in occasione della stipula dei contratti dichiarazioni autoreferenziali in ordine alla pregressa esperienza e conoscenza dei prodotti finanziari derivati;
- che dette dichiarazioni ex art. 31 Reg. Consob erano state predisposte dalla banca e non rispondevano alla realtà, dal momento che le società avevano ambiti operativi estranei ai mercati finanziari e non avevano in precedenza mai stipulato contratti in derivati;
- che, sebbene i quattro contratti alla prima scadenza annuale avessero garantito flussi di cassa positivi per le clienti, la banca inspiegabilmente proponeva/richiedeva di rinegoziare i rapporti, mediante sostituzione degli swaps in essere con un nuovo contratto IRS;
- che detta proposta veniva effettuata prospettando un Mark to Market negativo per tutti i quattro contratti;
- che, pertanto, i quattro contratti originari venivano chiusi e il Mark to Market negativo, determinato dalla stessa banca in complessivi euro 27.500,00, veniva “caricato” quale up front nel nuovo contratto di IRS stipulato con la sola capogruppo Unitecno s.p.a.;
- che Unitecno s.p.a. nel frattempo incorporava Unitecno 5 s.r.l.;
- che il contratto IRS così perfezionato con l’attrice veniva successivamente più volte rinegoziato, con sempre maggiore Mark to Market negativo caricato come up front sul successivo contratto, sino al febbraio 2009, dove il fair value negativo aveva raggiunto la somma di euro 251.000,00;
- che l’attrice da quel momento si rifiutava di dare corso a nuove rinegoziazioni e, quindi, portava alla sua naturale scadenza prevista per il 2014 l’ultimo contratto in derivati;
- che all’esito di tale rapporto risultava che l’attrice aveva dovuto versare complessivamente alla banca per effetto dei contratti in questione l’importo di euro 770.862,24;
- che le dichiarazioni di operatore qualificato rilasciate dalle quattro società originarie contraenti erano inefficaci, in quanto non rispondenti alla realtà;
- che la banca aveva omesso di fornire le informazioni necessarie con riferimento ai contratti che venivano sottoposti alla clientela;
- che, in particolare, i contratti venivano stipulati presso la sede di Unitecno, quindi al di fuori dei locali commerciali della banca, senza che fosse prevista la facoltà di ripensamento e, quindi, di recesso da parte del cliente;
- che i contratti in derivati perfezionati dalle parti erano nulli, in quanto non rivolti a perseguire una finalità di copertura, essendo caratterizzati da una struttura prettamente speculativa;
- che, peraltro, Unitecno non necessitava neppure di procurarsi una copertura a fronte del rischio di innalzamento dei tassi di interesse, tanto

meno se riferiti ai tassi collegati al Franco Svizzero, non intrattenendo relazioni commerciali incentrati su tale divisa;

- che, pertanto, i contratti oggetto di causa erano nulli per difetto di causa in concreto;

- che tale vizio emergeva anche dalla mancata specificazione dei criteri di determinazione del Mark to Market;

- che, anche qualora si fosse considerato il contratto di Interest Rate Swap quale una scommessa legalizzata, esso era nullo per difetto di alea bilaterale, dal momento che il negozio era stato costruito dalla convenuta a condizioni tali da rendere sostanzialmente impossibile il prodursi di flussi finanziari a suo carico.

Si costituiva ritualmente in giudizio Intesa Sanpaolo s.p.a., contestando quanto ex adverso dedotto e, in particolare, eccependo in via preliminare il difetto di legittimazione attiva dell'attrice, quanto meno con riferimento ai contratti stipulati dalle altre società del gruppo, salvo solo Unitecno 5, in quanto effettivamente incorporata in Unitecno s.p.a; nel merito evidenziava come i legali rappresentanti delle quattro società, nonché tutti soci dell'attrice, fossero imprenditori esperti, legittimando la dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato da ciascuno di essi rilasciata, che i contratti derivati con funzione speculativa erano pienamente leciti; che il Mark to Market era stato pattuito sulla base di parametri di calcolo determinabili, essendo previsto nei contratti il richiamo alle quotazioni di mercato. Senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice rinviava all'odierna udienza per la discussione e decisione nelle forme di cui all'art. 281 sexies c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento.

La difesa attorea, al di là di una congerie di contestazioni prospettate in termini non sempre lineari e a volte addirittura contraddittori, ha fra l'altro eccepito la nullità dei contratti in derivati oggetto di causa, delineando un loro difetto di causa in concreto.

Tale contestazione necessita di alcuni chiarimenti, finalizzati a rendere conto di come e in che termini l'eccezione possa trovare accoglimento.

A tal proposito, quindi, va precisato come lo swap non sia un prodotto finanziario che il cliente acquisti 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 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 aleatoria 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 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.

Tali considerazioni, pertanto, smentiscono l’assunto di partenza della difesa attorea, ossia la pretesa nullità dei derivati oggetto di causa, in quanto privi di finalità di copertura, ma al contrario caratterizzati da un intento speculativo.

Senonchè deve registrarsi come la difesa attorea, sia pure impropriamente inquadrandola nell’ambito del difetto di causa in concreto del contratto, ha comunque contestato ed eccepito la nullità dello stesso per non contenere specificazione dei criteri di calcolo del Mark to Market (MtM); salvo, infatti, un mero accenno a pagina 43 dell’atto di citazione, solo a pagina 48 la difesa attorea ha evidenziato, nell’ambito delle contestazioni strumentali all’eccezione di nullità dei contratti, come essi si caratterizzassero per il fatto che “l’assenza di mark to market e di scenari probabilistici rende, infine, del tutto priva di giustificazione causale la stessa clausola che contempla l’eventuale erogazione del cd up front”.

La contestazione, come si è detto impropriamente inquadrata in una prospettiva causale e, comunque solo accennata nell’ambito di un atto introduttivo che si caratterizza per una sua spiccata corposità, risulta in ogni caso dalla controparte pienamente individuata e compresa nei suoi esatti contenuti e implicazioni, considerato come la banca nella propria comparsa di risposta abbia specificamente preso posizione sul punto, sostenendo come il criterio di calcolo dell’MtM fosse pattuito in termini oggettivamente determinabili con la previsione nei contratti quadro della clausola per cui “la Banca provvederà su base giornaliera a rilevare per i contratti che specificamente lo prevedono il loro rispettivo valore corrente di mercato – definito più propriamente costo di sostituzione o Mark to Market – sulla base di quotazioni di mercato”.

A detta della difesa della convenuta, infatti, il richiamo alle “quotazioni di mercato” avrebbe potuto essere inteso in termini indeterminati là dove

fosse stato inserito nell'ambito di un contratto a struttura complessa (cd. derivati esotici); non altrettanto, invece, con riferimento a IRS, ossia contratti destinati a operare calibrando lo scambio dei flussi finanziari in forza delle variazioni di tassi di interesse quotidianamente soggetti a quotazioni e rilevazioni sul mercato.

In relazione a questi ultimi, quindi, il richiamo alle quotazioni di mercato andrebbe inteso, e non potrebbe essere diversamente, come riferito alle rilevazioni periodiche dei tassi di interesse presi come indici di riferimento.

La difesa sopra riassunta, se da un lato conforta, come si è detto, la corretta individuazione del tenore e del contenuto dell'eccezione di nullità accennata dall'attrice, dall'altro lato si prospetta in termini che non possono essere condivisi.

Il richiamo alle quotazioni di mercato, anche là dove fosse inteso, come sostenuto dalla difesa della convenuta, come richiamo alle quotidiane rilevazioni dei tassi di interesse richiamati dallo swap, non sarebbe comunque tale da rendere realmente determinabile l'MtM, in quanto sostanzialmente si risolverebbe in una determinazione tautologica.

Dire, infatti, che i reciproci flussi finanziari saranno determinati dalle variazioni di un determinato tasso di interesse e che il Mark to Market viene quantificato in forza delle variazioni di tale tasso di interesse, in sostanza, equivale a non indicare in alcun modo il metodo di calcolo che sarà utilizzato per quantificare il fair value del contratto.

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, ovviamente presuppone il richiamo al tasso di interesse di richiamo, 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.

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 alle sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza indicare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, in realtà non si renderebbe 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.

L'indeterminatezza del Mark to Market assume particolare rilevanza in casi, come quello in esame, in cui non solo tale valore è stato

ripetutamente quantificato dalla banca in occasione delle molteplici rinegoziazioni del derivato, ma nei quali addirittura si è registrata l'anomalia che ha contrassegnato il primo contratto, il quale a detta della banca, pur avendo prodotto alla sua prima scadenza annuale flussi finanziari a credito per il cliente, a tale data presentava già un MtM negativo.

Premesso come un simile quadro non possa essere considerato di per sé impossibile, in quanto potrebbe accadere che in prossimità della scadenza annuale si sia verificata una sensibile variazione dei tassi di interesse, tale da sovvertire lo scenario prognostico rispetto ai flussi sino a quel momento maturati; va tuttavia comunque osservato come un tale valore negativo appaia quanto meno inusuale e, soprattutto, nel caso di specie in alcun modo illustrato, nonostante il rilievo critico mosso dall'attrice.

In difetto, quindi, di esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dalla banca (così come poi accaduto anche per i successivi contratti rinegoziati) risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di una delle parti del contratto. Tale contesto, pertanto, porta a escludere che nei contratti 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, 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 nei contratti in esame di ammissione a procedure concorsuali della cliente o a procedura di liquidazione coatta della banca).

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 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 "quotazioni di mercato" non possa considerarsi sufficiente per rendere determinabile l'MtM e quindi l'oggetto del contratto, non può che concludersi per la nullità di tutti gli swap conclusi da Unitecno s.p.a. (e dall'incorporata Unitecno 5 s.r.l.).

Tale esito non è precluso dal fatto che la difesa attorea, nel precisare le conclusioni, ha sì invocato la dichiarazione di nullità dei contratti, ma l'ha ricollegata a un difetto di causa in concreto; come si è detto più volte, infatti, l'attrice impropriamente ha qualificato giuridicamente il vizio riguardante la determinabilità del Mark to Market in una prospettiva causale, anziché in termini di oggetto del contratto, ma la lettura unitaria dell'atto di citazione, così come peraltro inteso e oggetto di attività defensionale ad opera della controparte, consente di ricondurre l'eccezione di nullità contrattuale sotto il corretto profilo di operatività del vizio denunciato.

Tale conclusione, inoltre, non solo porta a ritenere assorbita ogni considerazione in ordine alla validità o meno della dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB, piuttosto che in ordine agli obblighi informativi e all'ammissibilità o meno della domanda di risoluzione per inadempimento proposta dall'attrice solo con la memoria ex art. 183 sesto comma n. 1 c.p.c., ma consente di superare anche l'eccezione preliminare di parziale difetto di legittimazione attiva dell'attrice, sollevata con riferimento ai contratti in derivati stipulati da Roxi e da Eras.

Se, infatti, sicuramente sotto il profilo della declaratoria di nullità Unitecno non può considerarsi legittimata a ottenere che sia dichiarata la nullità di contratti stipulati da altri soggetti e, quindi, i due swap originari contratti da Roxi e da Eras, la pretesa attorea risulta viceversa interamente fondata quanto alla conseguente domanda di ripetizione di indebito.

Se, infatti, quest'ultima discende dalla declaratoria di nullità, è peraltro pacifico che alla rinegoziazione dei quattro swaps originari, il Mark to Market negativo di ciascuno di essi, per un totale di euro 27.500,00, è stato addossato sull'attrice, la quale unica ha contratto il derivato in rinegoziazione, influenzato dall'esito dei contratti originari.

In sostanza, quindi, l'effetto economico della nullità di tutti i quattro originari contratti si è riflesso e riprodotto nel nuovo contratto sostitutivo perfezionato dalla sola attrice, la quale, in tal modo, ha "acquisito" la pretesa ripetitoria anche per l'MtM negativo riferito ai contratti stipulati da Roxi e da Eras.

Non essendo stata in alcun modo contestata la somma complessiva degli esborsi sostenuti per effetto dei contratti nulli, va quindi accolta la domanda dell'attrice diretta a ripetere dalla convenuta l'importo di euro 745.341,95, oltre a interessi secondo il tasso legale ex art 2033 c.c. dal 23.10.2014 (data della domanda) al saldo.

Quanto, infatti, alla decorrenza degli interessi, è sufficiente rilevare come non sia stata neppure prospettata una mala fede dell'accipiens, tale da giustificare i conteggi degli interessi dalla data di ciascun pagamento indebito.

La novità delle questioni giuridiche trattate e le considerazioni esposte in relazione alle difese articolate dalle parti giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento delle domande proposte da Unitecno s.p.a. nei confronti di Intesa Sanpaolo s.p.a., dichiara la nullità dei contratti in derivati stipulati con la convenuta dall'attrice e dalla società in essa incorporata Unitecno 5 s.r.l.;
- condanna per l'effetto la convenuta a restituire all'attrice la somma di euro 745.341,95, oltre a interessi secondo il tasso legale dal 23.10.2014 al saldo;
- compensa fra le parti le spese di lite.

Così deciso in Milano il 16 giugno 2015

Il giudice

Francesco Ferrari