

R.G.: 3301/2013

Cron. N. 1622/2018

Sentenza n. 468/2018

Rep. N. 663/2018



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI FOGGIA

Seconda Sezione Civile

in persona del G.O.T. Avv. Salvatore Caradonna, ha
pronunziato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero 3301 del
registro generale per gli affari contenziosi
dell'anno 2013 posta in deliberazione all'udienza del
giorno 13.02.2018 mediante lettura del dispositivo

TRA

Società Cooperativa

, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli

in virtù di mandato in calce
all'atto di citazione

CONTRO

Banco in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso



dall'Avv. _____ in virtù di mandato in calce
alla copia notificata dell'atto di citazione

OGGETTO: Nullità contratto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, il Tribunale dà atto che non si procede alla redazione dello svolgimento del processo in ossequio al novellato art. 132 c.p.c..

Ciò posto giova ricordare che con atto di citazione notificato in data 25 luglio 2013, la Società Cooperativa

conveniva in giudizio, innanzi il Tribunale di Foggia, il Banco _____ in persona del legale rappresentante p.t., per sentir accogliere le seguenti conclusioni:

"-ritenere e dichiarare per tutte le ragioni analiticamente esposte nella narrativa che precede, la nullità del contratto di Interest Rate Swap del 29/05/08, oggetto della presente controversia, con ogni conseguente declaratoria di legge;

-in via subordinata, previo accertamento del grave inadempimento da parte della convenuta Banca degli obblighi previsti dalla normativa di settore, come evidenziati in narrativa, dichiarare la risoluzione del rapporto e del contratto di Interest Rate Swap, intervenuto tra le parti in data 29/05/08;



-per l'effetto condannare la Banca convenuta alla restituzione dell'importo di € 580.385,00 pagato dall'attrice nel corso del rapporto per cui è causa alla data del 01/03/13, come pure degli importi ulteriori che la stessa verserà nelle more del presente giudizio, a titolo di differenziali negativi, ovvero della somma, maggiore o minore, che verrà accertata in corso di causa, oltre agli interessi moratori nella misura legale ex art. 1224, comma 1, c.c., nonché rivalutazione monetaria e maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c., quest'ultimo da liquidarsi alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza (Cassaz. S.U. 16.07.2008 n. 19499);
in via alternativa, condannare la Banca medesima al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla Società Cooperativa

quantificabili con riferimento alla suddetta somma di € 580.385,00, oltre accessori, ingiustamente versata dall'attrice nel corso del rapporto per cui è causa e degli importi ulteriori che la stessa verserà nelle more del presente giudizio, ovvero alla somma, maggiore o minore, che verrà ritenuta di Giustizia, oltre agli interessi moratori nella misura legale ex art 1224, comma 1 c.c., nonché rivalutazione monetaria e maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c., quest'ultimo da liquidarsi alla luce dei principi



affermati dalla giurisprudenza (Cassaz. S.U.,
16.07.2008 n. 19499);

-in ogni caso, accertare e dichiarare la nullità o comunque la inopponibilità e/o inefficacia della clausola convenzionale di anticipata risoluzione del contratto di Interest Rate Swap che preveda l'applicazione unilaterale di criteri matematici per determinare l'ammontare del c.d. Mark to Market, per tutti i motivi esposti in narrativa, e conseguentemente, dichiarare insussistente qualsivoglia obbligo in capo alla Società Cooperativa di corrispondere alcunché alla Banca convenuta per l'ipotesi in cui la prima intenda recedere anticipatamente dal rapporto di Swap in essere;

con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio".

Assuneya, l'attrice che opera con finalità mutualistiche nel settore del facchinaggio e dei traslochi, di aver stipulato in data 17/03/2008 con la Filiale di Foggia del Banco un contratto di mutuo con piano di rimborso di durata fino al 2023 a tasso di interesse variabile, confidando sulla prevedibile discesa dei tassi di interesse.



Deduceva l'attrice che due mesi dopo, in data 29/05/08, il Banco le vendeva anche un prodotto finanziario in derivati, IRS- Interest Rate Swap, negoziato fuori dai mercati regolamentati Over The Country (OTC), proposto dalla Banca come mero strumento di assicurazione, in relazione al predetto mutuo a tasso variabile, dal rischio di un eventuale crescita dei tassi di interesse durante la durata del rapporto (2008-2023).

Deduceva l'attrice che la Banca confidando nella assoluta mancanza di adeguate conoscenze nel settore, occultava totalmente alla Cooperativa le reali conseguenze che si sarebbero verificate nel caso di riduzione dei tassi.

Deduceva, ancora, l'attrice che tale tipologia di strumento finanziario, che esula dalle ordinarie conoscenze anche degli stessi operatori commerciali delle filiali delle banche, si basava su elementi e su dati che presuppongono una profonda conoscenza del mercato finanziario e si concretizzava in complessi calcoli matematici per determinare elementi fondamentali del contratto (ad es. il capitale nozionale, il Mark to Market, il costo per la estinzione anticipata, i costi di gestione etc.) peraltro ignoti al momento della sottoscrizione e ancorati a dati virtuali, assolutamente non

conoscibili a priori dall'ignaro cliente che quindi non poteva compiere, al momento della sottoscrizione, una scelta "razionale" circa la convenienza o meno dello strumento finanziario in "derivati".

Deduceva, infine, l'attrice che il contratto di IRS in derivati negoziati in OTC oggetto del giudizio si sostanziava in una mera "scommessa", su dati, calcoli matematici e criteri non conoscibili da uno degli scommettitori (il mutuatario) ma ben conosciuti dall'altro (la Banca).

Affermava la Cooperativa che il risultato economico concreto di tale "scommessa" era riportato nella perizia di parte redatta dal Dott. [redatto] che quantificava alla data del 01/03/13 una perdita per l'attrice della complessiva somma di € 580.385,00 che sarebbe giunta ad € 1.393.559,18 nel caso in cui il contratto di IRS fosse portato alla sua naturale scadenza nell'anno 2023.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in data 26.11.2013 si costituiva in giudizio il Banco [redatto] contestando integralmente la domanda, concludendo per il rigetto della stessa con vittoria di spese e compensi di lite.

Come sommariamente esposto l'odierna cooperativa attrice ha iniziato il presente giudizio al fine di

ottenere la declaratoria di nullità del contratto Interest Rate Swap del 29 maggio 2008 e per l'effetto condannare l'attrice al pagamento della somma di € 688.871,31 versati al Banco a titolo di differenziali negativi.

La domanda è fondata e merita, pertanto, accoglimento. I motivi di accoglimento della domanda, totalmente condivisibili, risultano ampiamente già esposti nel provvedimento reso dal Tribunale di Foggia- Prima Sezione Civile, in data 14 aprile 2015, depositato in data 22 aprile 2015, a seguito del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. proposto dalla Società Cooperativa nei confronti

del Banco

Detti motivi, in sintesi, possono così riassumersi.

Il contratto derivato rientra nella categoria della scommessa legalmente autorizzata, la cui causa meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria, risiede nella consapevole e razionale creazione di alee che, nei derivati c.d. simmetrici, sono reciproche e bilaterali.

Nei derivati over the counter (OTC) (come gli interest rate swap) l'intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente e "condivide" con esso l'alea contenuta nel contratto.

Nei derivati OTC l'oggetto è uno scambio di differenziali a determinare scadenze, ma la sua causa consiste in una scommessa che ambo le parti assumono.

Nella scommessa legalmente autorizzata come quella meritevole di tutela da parte del legislatore finanziario, l'alea non può che essere, e 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.

Il concetto di alea razionale, quale elemento causale tipico dei contratti derivati over the counter, implica e necessita che gli scenari probabilistici alla conseguenze del verificarsi degli eventi devono essere definiti e conosciuti ex ante con certezza, e devono essere esplicitati nel contratto il valore del derivato, gli eventuali costi impliciti, ed i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso, in quanto tutti elementi che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale.

Solo così si è in presenza di un alea razionale in presenza solo della quale può sussistere meritevolezza di tutela nel contratto di scommessa.

Tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da esse derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla "causa



tipica" del negozio, indipendentemente dalla distinzione tra scopo c.d. di copertura o speculativo del contratto atipico. In difetto di tali elementi il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, poichè il riconoscimento legislativo della meritevolezza della causa del contratto atipico di cui si discute risiede nella razionalità dell'alea e quindi nella sua misurabilità.

Nel contratto di interest rate swap, consistente nello scambio di differenziali a scadenza, sulla base di parametri fissati contrattualmente, la causa sussiste se è nella misura in cui l'alea, cui lo strumento da 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.

L'oggetto del contratto swap si sostanzia nella creazione di alee reciproche e bilaterali: sicchè non è ammissibile che la qualità e la quantità delle alee, oggetto del contratto, siano ignote a uno dei contraenti ed estranee all'oggetto dell'accordo; così come è inconcepibile e che solo ex post (all'esito del giudizio, magari in esito ad eventuale CTU debbano essere ricostruiti dati geneticamente coesenziali ad una scommessa, come la misura delle alee.

Ne deriva la nullità dei contratti di Interest Rate Swap per difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma c.c. e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322 secondo comma c.c. laddove il contratto non contenga gli elementi sulla base dei quali misurare l'alea che si assume, in relazione all'alea che anche la controparte assume.

Nel contratto derivato lo strumento attraverso il quale valutare l'alea, all'ulteriore fine di contrarre "scommesse eque" è il mark to market che rappresenta il valore del contratto ad una certa data: esso indica con il suo segno (positivo, negativo o nullo) se la scommessa è o meno equa e, ove non lo sia, fornisce una misura della sua iniquità; il mark to market fornisce, dunque, l'informazione fondamentale tanto da essere il primo numero da guardare per decidere se prendere posizione in un derivato (ovvero se comperare o vendere); ove il mark to market iniziale in un contratto sia, per caso, negativo per una parte e positivo per l'altra, certamente il contratto è destinato a produrre effetti negativi per la parte che registra a suo sfavore il dato in negativo; per questo, nelle transazioni tra le banche queste entrano in derivati in cui il mark to market è nullo, poiché in questo caso la scommessa è equa; l'informazione sul



valore del mark to market al tempo zero , ovvero alla data di stipula del contratto, è essenziale dando essa indicazioni sulla ripartizione dell'alea e finanche sull'assenza dell'alea.

L'indicazione all'interno del contratto del mark to market e degli scenari probabilistici reali permette di evitare che il contratto derivato sia presentato come strumento per l'investitore di copertura di un rischio che, in mancanza di tali indicazioni, in realtà non si sa quale sia, quantitativamente e qualitativamente, anche nel paragone / contrappeso con il diverso rischio che assume la Banca; l'ancoraggio della causa del derivato ad uno scenario probabilistico, ad un valore stimato (mark to market) al momento della conclusione del contratto consente all'investitore, sulla base di un dato preciso, di esprimere una valutazione razionale e, come tale, meritevole di tutela anche nell'ottica del principale principio di auto responsabilità.

La circostanza che nel contratto il mark to market non sia contemplato e quindi non rientra nel contenuto del contratto stipulato nel concreto, comporta la radicale nullità del contratto Interest Rate Swap: la circostanza esclude, in radice, che la parte abbia concluso la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto laddove, per conto, la Banca del proprio



rischio ha perfetta conoscenza, addirittura nella sua precisa misurazione scientifica, avendo predisposto lo strumento.

Pertanto, facendo applicazione di tali principi, nel caso di specie il contratto derivato di Interest rate Swap, stipulato tra le parti in data 29/05/2008, che rientra nella categoria delle operazioni in strumenti finanziari derivati negoziati fuori dei mercati regolamentati (OTC) è totalmente carente degli elementi atti a valutare l'entità dell'alea assunta dalla Cooperativa odierna attrice difettando ogni indicazione del mark to market persino difettando il "tasso iniziale primo periodo" del "Debitore tasso Parametro Banca". Infatti il contratto, o meglio il documento illustrativo del prodotto (doc. 5 nella produzione della Banca, doc. n. 4 nella produzione della Cooperativa) contiene meri esempi /scenari puramente astratti e solo prospettanti situazioni/scenari - meramente ipotetiche ed eventuali-sfavorevoli per il cliente a fronte dei quali avrebbe operato la funzione di copertura dal rischio dell'eccessivo rialzo del tasso variabile del mutuo, come tali "invoglianti" alla stipula.

Risulta dunque, fondata la doglianza, ripetutamente ribadita dalla Cooperativa reclamante in tutti i propri scritti difensivi, per la quale essa non

avrebbe avuto alcuna consapevolezza e possibilità di valutare le conseguenze economiche dell'operazione, di non aver potuto valutare il rischio connesso alla stipula del contratto, essendo la documentazione unilateralmente predisposta dalla Banca del tutto inidonea a rappresentare gli effetti che l'operazione in derivati avrebbe concretamente spiegato per la cooperativa, essendo quella documentazione del tutto inidonea a descrivere in modo chiaro, completo e non fuorviante il meccanismo operativo dello strumento finanziario derivato, nonché di fornire una adeguata ed esauriente rappresentazione dei rischi connessi al prodotto finanziario nonché delle conseguenze economiche che la stessa avrebbe potuto sopportare. Risulta, altresì, fondata la doglianza per cui gli scenari possibili nelle previsioni (negative per il cliente positive per la banca) erano ampiamente note alla Banca sin dal momento della proposizione del prodotto e dunque facilmente prevedibili, mentre la Banca si era limitata ad indicare uno scenario meramente ipotetico e nel caso di specie del tutto improbabile, così da favorire una non corretta precisione da parte della Cooperativa delle possibili conseguenze dell'assunzione di rischio concreto.

Passando al quantum richiesto poiché la Banca, in corso di causa, a seguito dei provvedimenti cautelari



emessi ha, sospeso l'addebito dei differenziali negativi a partire dal rateo trimestrale del 01/07/2015 e restituito quelli addebitati in pendenza del procedimento cautelare, e quindi quelli successivi al 02/01/2014 fino al 01/04/2015, l'importo che dovrà restituire alla Cooperativa riguarda i ratei trimestrali indicati in citazione pari ad € 580.385,00, oltre ai successivi ratei addebitati in data 02/04/2013 per € 36.952,83; in data 01/07/2013 per € 35.853,12; in data 01/10/2013 per € 35.680,36 e quindi la somma di complessivi € 668.871,31.

Su tale somma spettano gli interessi al tasso legale dalla domanda giudiziale al soddisfo.

L'accoglimento della suddetta domanda esime l'odierno giudicante dall'esame delle domande proposte in via subordinata.

Le spese di giudizio liquidate come in dispositivo ai sensi del D.M. 55/2014 applicando gli onorari nella misura media dello scaglione da € 520.001,00, a € 1.000.000,00 comprensive anche della fase cautelare di cui al ricorso ex art. 700 c.p.c.; del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c.; il ricorso ex art 669 omodecies c.p.c. la querela di falso, vanno poste a carico di parte convenuta, in applicazione del principio della soccombenza di cui all'art.91 c.p.c.

P.Q.M.



il Tribunale di Foggia - Seconda Sezione Civile, in persona del G.O.T., definitivamente pronunciando sulle domande proposte nel presente giudizio, così provvede:

- accoglie la domanda;
- condanna la convenuta al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 666.871,31 oltre interessi al tasso legale dalla domanda giudiziale al soddisfo;
- condanna la convenuta a rifondere all'attrice le spese ed i compensi di causa che liquida in complessivi € 66.322,54 di cui € 2.234,54 per spese, oltre rimborso spese forfettario nella misura del 15%, CNA ed IVA come per legge;

Così deciso in Foggia, **13**.02.2018

Il G.O.T.

Avv. Salvatore Caradonna

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi 13/02/2018.....

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott.ssa Ilva

Ilva
Ilva