

N. R.G. 47401/2017



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
SEZIONE VI CIVILE

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del giudice dott. Antonio S. Stefani, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. r.g. **47401/2017** promossa da:

FALLIMENTO SCHOENHUBER FRANCHI SPA (c. f. _____) con il
patrocinio dell'avv. _____ domiciliato presso l'indirizzo telematico del
difensore _____

- parte attrice -

nei confronti di:

UNICREDIT SPA (c. f. _____) con il patrocinio dell'avv. **DALMARTELLO**
PAOLO, domiciliata presso l'indirizzo telematico del difensore _____

- parte convenuta -

Sommario

Conclusioni di parte attrice.....	2
Conclusioni di parte convenuta	4
1. Oggetto	5
2. Nullità contratto quadro.....	5
3. Nullità per conclusione fuori sede.....	5
4. Difetto di causa.....	6
5. Risoluzione	7
6. Annullamento	8
7. Mark to market	9
8. Spese.....	9
Per questi motivi.....	10



Conclusioni di parte attrice

1. In via principale:

dichiarare la nullità della dichiarazione ex art. 31 Reg. att. Consob nr. 11522 priva di data nonché del contratto-quadro di intermediazione finanziaria privo di data, per i motivi di cui in narrativa, e di conseguenza, la nullità di tutti i contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto e, per l'effetto, condannare la convenuta Banca a risarcire i danni subiti dall'attrice ed a rifondere a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. la somma complessiva di € 4.676.855,58, composta dalle causali descritte in narrativa, o nella diversa o maggior somma che dovesse risultare in corso di causa, corrispondente alla perdita derivante di flussi finanziari generati dai contratti e dagli interessi passivi pagati in eccesso, con riserva di ulteriore quantificazione dell'esito, oltre interessi legali dalla data di esigibilità al saldo;

In via subordinata:

dichiarare la nullità del contratto-quadro di intermediazione finanziaria privo di data e di tutti i contratti derivati, come meglio indicati e descritti nella premessa narrativa del presente atto, ex art. 1418 e 1325 c.c. e per violazione dell'art. 30 TUF e degli artt. 6-21 D. Lgs. 58/98 e, per l'effetto, condannare la convenuta Banca a risarcire i danni subiti dall'attrice ed a rifondere a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. la somma complessiva di € 4.676.855,58, composta dalle causali descritte in narrativa, o nella diversa o maggior somma che dovesse risultare in corso di causa, corrispondente alla perdita derivante di flussi finanziari generati dai contratti e dagli interessi passivi pagati in eccesso, con riserva di ulteriore quantificazione dell'esito, oltre interessi legali dalla data di esigibilità al saldo;

In via di ulteriore subordine:

dichiarare la nullità di tutti i contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, per difetto di causa in forza del combinato disposto degli artt. 1418, 1322 e 1325 c.c. per assenza di alea nei confronti della convenuta rispetto alla natura del contratto ed a fronte dell'inutilità della funzione di strumenti c.d. di copertura in riferimento alla esposizione debitoria della attrice, per i motivi tutti di cui in narrativa e, per l'effetto, condannare la convenuta Banca a risarcire i danni subiti dall'attrice ed a rifondere a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. la somma complessiva di € 4.676.855,58, composta dalle causali descritte in narrativa, o nella diversa o maggior somma che dovesse risultare in corso di causa, corrispondente alla perdita derivante di flussi finanziari generati dai contratti e dagli interessi passivi pagati in eccesso, con riserva di ulteriore quantificazione dell'esito, oltre interessi legali dalla data di esigibilità al saldo;

In via di graduato subordine:

dichiarare l'annullamento del contratto-quadro e di tutti i successivi contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, vista la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato degli artt. 1337, 1427, 1428, 1429, 1433 e 1439 c.c., nonché in violazione del combinato dell'art. 1176 c.c. e dell'art. 21 lett. A) del D. Lgs 58/1998 e, per l'effetto,



condannare la convenuta Banca a risarcire i danni subiti dall'attrice ed a rifondere a titolo di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. la somma complessiva di € 4.676.855,58, composta dalle causali descritte in narrativa, o nella diversa o maggior somma che dovesse risultare in corso di causa, corrispondente alla perdita derivante di flussi finanziari generati dai contratti e dagli interessi passivi pagati in eccesso, con riserva di ulteriore quantificazione dell'esito, oltre interessi legali dalla data di esigibilità al saldo.

2. Nella denegata ipotesi di mancato accoglimento della richiesta dichiarazione di nullità e/o annullabilità dei suddetti contratti, previo accertamento dell'inadempimento della convenuta per i titoli e le causali di cui in narrativa, accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale di Unicredit Banca Spa con conseguente risoluzione dei contratti derivati stipulati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, e condanna della convenuta alla restituzione della somma di € 4.676.855,58, composta dalle causali descritte in narrativa, o nella diversa o maggior somma che dovesse risultare in corso di causa, oltre al risarcimento dei danni ex art. 1453, 1710 e 1711 c.c. nella misura che verrà accertata in corso di causa.

In ogni caso: con vittoria di spese, competenze e onorari di causa.

3. In via istruttoria:

- ordinare alla Unicredit Banca Spa, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ai sensi dell'art. 1713 cod.civ., di rendere il conto del suo operato e di allegare e documentare le modalità di determinazione delle somme da essa addebitate ed all'esito disporre consulenza tecnica d'ufficio sul seguente quesito: "Se i contratti derivati conclusi tra la Banca e Schoenhuber dal 2001 al 2006 di cui in atti fossero coerenti con l'esposizione debitoria della società e se gli stessi fosse in grado di svolgere una adeguata funzione di copertura dei rischi connessi alla variazione dei tassi di interesse, tenuto conto delle previsioni all'epoca disponibili ad un intermediario finanziario professionale come la Banca; se vi fossero clausole contrattuali la cui presenza non corrispondeva esattamente all'esigenza di copertura dipendente dalla esposizione debitoria della società; se l'eventuale causa non solo di copertura dei contratti fosse accertabile e percepibile sulla base di elementi oggettivi o se invece fosse celata da componenti specificamente tecniche per la cui comprensione da parte dell'investitore sarebbe stata necessaria una competenza specializzata; quali siano state le perdite complessive subite dalla società attrice in relazione ai contratti derivati di cui è causa; come siano strutturati i mark to market se fosse possibile per parte attrice verificarne le modalità ed il modello di calcolo; quali siano gli elementi utili per valutarne la congruità e coerenza con i criteri di prudenza e diligenza di cui all'art. 21 TUF; se gli addebiti di differenziali operati sui conti di parte attrice siano il risultato della corretta applicazione dei criteri di calcolo disciplinati nei contratti, ove non sia possibile spiegando perché le formule non consentano una simile verifica; quali siano state le commissioni implicite applicate dalla banca, nonché il differenziale degli interessi passivi applicati a fronte del peggior merito creditorio, con calcolo dell'effetto economico sull'intera esposizione debitoria della società.



Conclusioni di parte convenuta

Si chiede che l'Ill.mo Tribunale:

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso;
- respinta ogni contraria domanda, eccezione e deduzione;

In via preliminare di merito:

- dichiarati intervenuta la prescrizione e respinga così le domande promosse da Fallimento SCHOENHUBER FRANCHI S.p.A. come specificato in narrativa;
- dichiarati inammissibili ed infondate le domande con oggetto gli importi di € 4.582.257,37 o quelli maggiori che dovessero risultare per difetto di pagamento da parte del Fallimento SCHOENHUBER FRANCHI S.p.A.

Nel merito:

- respinga nel miglior modo le domande tutte proposte da SCHOENHUBER FRANCHI S.p.A. contro UniCredit S.p.A. assolvendola da ogni avversaria pretesa;

In via subordinata e riconvenzionale:

- in denegato caso di accoglimento delle domande di nullità o annullabilità o risoluzione, e conseguente ripetizione, ex adverso proposte da Fallimento SCHOENHUBER FRANCHI S.p.A. condanni quest'ultimo a restituire a UniCredit S.p.A., disponendo, occorrendo, la compensazione tra gli importi a debito e quelli a credito, tutti gli accrediti a qualunque titolo ricevuti in esecuzione dei contratti tutti oggetto della presente causa, pari a € 1.701.599 ovvero alla diversa somma risultante di giustizia, il tutto oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo
- nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda risarcitoria, disponga la compensazione tra gli importi a debito e tutti gli accrediti a qualunque titolo ricevuti in esecuzione dei contratti tutti oggetto della presente causa, pari a € 1.701.599 ovvero alla diversa somma risultante di giustizia, il tutto oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo;
- nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande ex adverso proposte da Fallimento SCHOENHUBER FRANCHI S.p.A., disponga ex art. 56 l.fall. la compensazione dell'importo oggetto della ipotetica pronuncia di condanna di UniCredit S.p.A. a qualsivoglia titolo, con il credito vantato da UniCredit S.p.A. e ammesso al passivo del Fallimento SCHOENHUBER FRANCHI S.p.A., pari ad € 2.082.398,60, con conseguente azzeramento ovvero in subordine riduzione della ipotetica condanna stessa.

In ogni caso:

- con vittoria di spese ed onorari di causa, di sentenza e successive occorrende maggiorate di CPA, IVA e 15 % quale contributo forfetario nelle spese generali.

In via istruttoria:

- ordinare al Fallimento Schoenhuber l'esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. dei contratti derivati stipulati con altri Istituti di Credito diversi da UniCredit S.p.A., risultante dalla Centrale di Rischi della Banca d'Italia.



Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Per quanto riguarda il completo svolgimento del processo, ai sensi del vigente art. 132 c.p.c., si fa rinvio agli atti delle parti e al verbale di causa.

1. Oggetto

Oggetto di causa sono sette contratti derivati conclusi tra SCHOENHUBER FRANCHI s.p.a. e UNICREDIT s.p.a. dal 27/9/2001 al 20/10/2006 del tipo interest rate swap (IRS).

2. Nullità contratto quadro

Parte attrice ha denunciato la nullità di tali contratti sotto diversi profili, in primo luogo per la nullità del contratto quadro perché privo di data.

La circostanza di fatto è vera (cfr. docc. 6 att. e 8 conv.), tuttavia si rileva che l'elemento della data qui non è richiesto ai fini della validità del contratto ma per l'accertamento della sua anteriorità, o meno, rispetto ai singoli contratti di investimento in strumenti finanziari. Essa è quindi ricavabile anche in via indiretta o per relazione. Nel primo contratto IRS del 27/9/2001 (cfr. docc. 8 att. e 9 conv.) si legge: "Con riferimento alle intese telefoniche intercorse in data 27 settembre 2001 in applicazione dei termini e delle condizioni con Voi pattuite nell'accordo normativo di Interest Rate Swap concluso a mezzo di scambio di corrispondenza ns. e Vostra del 27 settembre 2001, Vi confermiamo con la presente la conclusione con Voi del seguente contratto specifico di Interest Rate Swap." Si tratta di una indicazione chiara e specifica, firmata dalla società, che colloca la stipula del contratto quadro nella stessa data dell'IRS. In mancanza di elementi probatori di segno contrario, essa va ritenuta attendibile, di modo che i singoli contratti IRS risultano conclusi in presenza di un valido contratto quadro e quindi non è fondata la domanda di nullità fondata sulla mancanza del contratto quadro.

3. Nullità per conclusione fuori sede

Secondo parte attrice il contratto di IRS e le sue rimodulazioni sarebbero nulli ai sensi dell'art. 30, comma 7, TUF, in quanto non contengono la clausola di recesso entro sette giorni, necessaria in caso di conclusione del contratto fuori dalla sede della banca. In realtà la scarna allegazione operata dalla parte (cfr. citazione, pag. 26) è piuttosto confusa, perché dapprima fa riferimento al "contratto di swap" e subito dopo lamenta l'assenza della clausola nel contratto quadro e "nelle successive conferme di contratto"; in ogni caso essa



si limita ad invocare la citata norma del TUF senza nemmeno allegare in modo esplicito che tali contratti siano stati conclusi al di fuori dei locali della banca.

In proposito si osserva che il contratto quadro è di tipo normativo e di per sé non comporta alcun investimento, di modo che esso non può rientrare nella categoria dei “contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali” cui si applica la disciplina in questione.

Per i contratti IRS la circostanza della conclusione fuori sede è stata specificatamente contestata dalla banca e doveva quindi essere oggetto di prova da parte dell’attore, che però nulla ha dedotto sul punto.

Non è quindi possibile accogliere la domanda di nullità dei contratti ex art. 30, comma 7, TUF per difetto di prova circa il necessario presupposto della loro conclusione fuori sede.

4. Difetto di causa

Parte attrice ha lamentato che i contratti di IRS, sebbene presentati come di copertura rispetto al rischio di tasso, a motivo della loro strutturazione avevano in realtà una natura speculativa, per cui ne ha rilevato la nullità per difetto della causa concreta.

Parte convenuta ha riconosciuto che le parti hanno stipulato il primo IRS del 27/9/2001 per fornire alla società una copertura contro il rischio di rialzo dei tassi di interesse sulle sue esposizioni.

Sul punto è stata quindi disposta una c.t.u. affidata al commercialista dott. Maurizio Di Salvo che ha depositato relazione scritta in data 23/7/2019.

Come noto in materia alcuni indici rilevanti sono stati forniti dalla Consob e dai principi contabili internazionali IAS/IFRS. In particolare la Consob con la dichiarazione del 26/2/1999 ha ritenuto che uno swap possa essere qualificato di copertura quando sussista, tra l’altro, una elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d’interesse, tipologia etc.) dell’oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine. E’ ovvio quindi che ai fini della indagine sulla funzione di copertura sia necessario in primo luogo conoscere quale sia l’esposizione da coprire, con particolare riguardo alla sua entità, alla scadenza e al tasso alla quale è regolata. Nel caso di specie il c.t.u. non ha potuto operare la valutazione richiestagli, perché sulla base dei documenti prodotti in causa non è stato possibile accertare quali fossero le posizioni debitorie della società.

Sul punto l’onere della prova, in base al principio generale fissato nell’art. 2697 c.c., grava



su parte attrice, che non l'ha soddisfatto. Si deve notare, infatti, che la nullità in questione non è *ex actis*, ma il suo accertamento richiede la prova della sussistenza di alcune condizioni, tra cui appunto l'inefficienza della struttura del derivato ad assicurare la copertura rispetto al rischio di aumento dei tassi di interesse sulle esposizioni del cliente. In mancanza di tale prova, la domanda di nullità deve essere rigettata.

Non è corretta, quindi, sotto il profilo processuale e va quindi disattesa, l'affermazione del c.t.u. il quale in mancanza della necessaria documentazione ha ritenuto tuttavia il prodotto non idoneo ad assicurare una funzione di copertura.

Per quanto riguarda i contratti IRS successivi al primo si deve aggiungere una ulteriore considerazione.

Il primo IRS, prima della sua scadenza naturale prevista al 1/10/2004, è stato sostituito da un altro derivato, stipulato in data 29/1/2003 e lo stesso è avvenuto per tutti gli altri derivati, tutti rinegoziati prima della scadenza. In relazione a tali contratti parte convenuta ha contestato che essi avessero una finalità di copertura, evidenziando invece che le rinegoziazioni erano tese al recupero o almeno alla postergazione delle perdite registrate con il primo contratto. La circostanza è verosimile, corrisponde a quanto generalmente avviene nella pratica finanziaria ed è stata riconosciuta anche nella perizia depositata da parte attrice sub doc., 18. Dal punto di vista processuale rileva il fatto che, in presenza di specifica contestazione, doveva essere oggetto di prova il fatto che i contratti successivi al primo avessero anch'essi una finalità di copertura, ma anche in questo caso nessuna prova è stata offerta da parte attrice. Pertanto per tali contratti rimane ininfluenza il fatto che essi non potessero eventualmente fungere da copertura, atteso che l'ordinamento consente anche la conclusione di derivati per scopi speculativi.

L'infondatezza delle domande volte alla dichiarazione di nullità dei contratti IRS comporta anche il rigetto delle conseguenti domande risarcitorie e di ripetizione di somme ex art. 2033 c.c.

5. Risoluzione

Parte attrice ha addebitato alla banca di non aver fornito, prima della conclusione dei contratti IRS, le informazioni necessarie per comprenderne la natura, i rischi e le implicazioni, come richiesto dall'art. 28, reg. Consob 11522/1998 all'epoca vigente. Ha quindi chiesto di pronunciare la risoluzione dei detti contratti, con condanna della banca alla restituzione delle somme versate.



Sul punto, in applicazione della ragione più liquida, si osserva che è fondata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca, tempestivamente costituitasi.

E' noto infatti che la facoltà di domandare la risoluzione del contratto ha natura di diritto potestativo, a fronte della quale la posizione della controparte è di mera soggezione; ne consegue che la prescrizione dell'azione può essere utilmente interrotta soltanto dalla proposizione di domanda giudiziale e non anche mediante atti di costituzione in mora (v. tra le molte Cass. 8418/2016). Nel caso di specie la domanda di mediazione è stata comunicata in data 15/3/2017, quando erano decorsi più di dieci anni dalla stipula dell'ultimo contratto IRS, risalente al 20/10/2006.

La domanda è quindi prescritta.

6. Annullamento

Parte attrice ha anche chiesto di pronunciare l'annullamento dei contratti derivati IRS per gli stessi motivi posti a base della domanda di risoluzione e cioè per la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti.

In proposito risulta carente la stessa allegazione di parte attrice, perché in citazione non è stato trattato il profilo dell'errore in cui sarebbe caduto l'amministratore della società. In particolare non è stato nemmeno precisato su cosa sarebbe caduto l'errore – individuazione necessaria ai fini della sua essenzialità – e nulla è stato dedotto in ordine alla sua riconoscibilità. Invero a tale riguardo la parte sembra aver equivocato, perché ha allegato che l'errore - non è chiaro quale - non era conoscibile dall'amministratore della società perché “il parametro generale stabilito dall'art. 1431 c.c., cioè la diligenza comune, deve essere necessariamente calibrato in relazione alla specificità e tecnicità del contratto *de quibus*” (v. citazione, pag. 34).

Ovviamente non è così. Il requisito della riconoscibilità è riferito all'altro contraente, quello non caduto in errore, che in base alla normale diligenza avrebbe dovuto rilevare l'errore della controparte.

In conclusione quindi la domanda di annullamento non può essere accolta, perché non è stata allegata, e tanto meno provata, la sussistenza di un errore essenziale e riconoscibile.

In relazione alla motivazione adottata, le istanze istruttorie reiterate delle parti sono ininfluenti.



7. Mark to market

Nella comparsa conclusionale parte attrice ha argomentato anche in ordine alla nullità del primo contratto IRS per mancata indicazione del *mark to market* (cfr. pag. 23), questione ignorata dalla citazione e invece impropriamente trattata dal c.t.u. sebbene non oggetto del quesito.

La difesa non è comunque fondata.

Come noto, i contratti derivati sono contratti atipici, che trovano il loro regolamento solo negli accordi delle parti, ferma restando l'applicabilità della disciplina generale del contratto.

Nei contratti di tipo swap l'oggetto sono flussi di denaro e la causa è il loro scambio tra le parti secondo determinati parametri e alle scadenze fissate.

Il *mark to market* (MtM) esprime, in un determinato momento, il valore del contratto in base alla previsione degli andamenti futuri dei flussi finanziari; corrisponde quindi al prezzo di mercato teorico che un terzo sarebbe disposto a sostenere per subentrare nel contratto.

Esso viene in rilievo specie in caso di risoluzione anticipata dello swap, quale costo preteso dalla banca per tale estinzione. Non si tratta quindi di un costo necessariamente pagato dal cliente. Di conseguenza non può essere qualificato come essenziale, ai sensi degli artt. 1325 e 1418 c.c., un elemento che rileva solo eventualmente. Inoltre, ai sensi dell'art. 2426, n. 11-bis c.c., il valore del derivato (fair value) deve essere iscritto a bilancio e quindi ogni società deve essere in grado di calcolarlo. L'eventuale diversità di calcolo con la banca darebbe luogo ad una controversia su un aspetto non regolato in contratto e quindi rimesso alla forza contrattuale delle parti, oppure devoluto al giudice in caso di mancato accordo. Ma ciò non costituisce certo un vizio genetico del negozio, quale è l'invocata nullità.

8. Spese

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano secondo i parametri medi del d.m. 55/2014, con riferimento al valore di causa determinato dalla domanda di pagamento della somma di euro 4.676.855,58.



Per questi motivi

**il Tribunale di Milano
in composizione monocratica
VI sezione civile**

definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- 1) dichiara prescritta l'azione di risoluzione contrattuale e di restituzione svolta da parte attrice;
- 2) rigetta le altre domande di parte attrice;
- 3) condanna parte attrice a rimborsare in favore di parte convenuta le spese di giudizio, che liquida in € 61.085,00 per compensi , oltre 15% per spese generali, CPA ed IVA sugli importi imponibili;
- 4) pone le spese di c.t.u. in via definitiva a carico di parte attrice.

Milano, 19 marzo 2021

Il giudice
dott. Antonio S. Stefani

