



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Latina – Seconda Sezione Civile - in persona del Giudice Istruttore in funzione di giudice monocratico dott.ssa Laura Gigante ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 201231/2012, avente ad oggetto: intermediazione finanziaria -contratti derivati, vertente

TRA

~~_____~~, in persona del legale rapp.te p.t. ~~_____~~, anche in proprio, rapp.to e difeso, in virtù di procura a margine dell'atto di citazione, dall'avv. Cristiano Pennacchia, presso il cui studio elettivamente domicilia in Formia, alla via dei Carmelitani n. 4

ATTORE

E

~~_____~~, in persona del procuratore avv. ~~_____~~, giusta procura per notaio Ettore Morone di Torino del 31.10.2012 rep. 115406 racc. 19583, rapp.ta e difesa, in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione e risposta, dall'avv. ~~_____~~, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. ~~_____~~ in Latina al viale Umberto I n. 100

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Come da verbale di udienza del 14.2.2019.



**ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI
FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con atto di citazione in riassunzione ritualmente notificato, la ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Latina, ~~XXXXXXXXXXXX~~ s.p.a. al fine di sentire accertare e dichiarare la nullità dell'operazione in derivati OTC in difetto di prova scritta. In via subordinata chiedeva accertare e dichiarare la nullità della detta operazione per violazione degli obblighi di diligenza, correttezza e buona fede, difetto di causa concreta, illiceità della causa ed in ogni caso assenza di meritevolezza degli interessi. In via ulteriormente subordinata chiedeva annullare i contratti per dolo/errore. In ulteriore subordine chiedeva accertarsi il grave inadempimento della banca ex art. 1453 c.c. e 1455 c.c.

A fondamento della svolta domanda, l'attore rappresentava di aver stipulato un mutuo per l'acquisto di un immobile per la sua attività imprenditoriale dell'importo di euro 270.000,00, che inopinatamente riceveva dalla banca una comunicazione relativa a delle perdite derivanti da contratto derivato OTC che non aveva mai stipulato, che alcuna indagine circa l'esperienza e competenza in materia di strumenti finanziari era stata svolta dalla banca, né mai posseduta dagli stessi.

Si costituiva l'Intesa Sanpaolo s.p.a. la quale preliminarmente eccepiva la nullità della riassunzione. Nel merito concludeva per il rigetto delle domande proposte dall'attore.

Prodotta documentazione, disposta ctu, mutato il G.I., la causa, sulle conclusioni in epigrafe, all'udienza del 14.2.2019 era riservata in decisione, con assegnazione alle parti dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali.

Preliminarmente va rigettata l'eccezione di invalidità della riassunzione.

La forma della comparsa di cui all'art. 125 disp. att. c.p.c. cit. non è richiesta a pena di nullità, per cui la riassunzione della causa può ben avvenire attraverso l'atto di citazione o il ricorso, secondo il principio di "conservazione degli atti processuali". La procura alle liti conferita per l'atto introduttivo del giudizio abilita il difensore alla riassunzione, poiché l'atto di riassunzione non ha natura di atto introduttivo di un nuovo giudizio, sicché non è necessario il conferimento di una nuova procura alle liti. (Cass. 16 aprile 1991 n. 4045; Cass. 11 agosto 1987 n. 6888; Cass. 12 maggio 1979 n. 2745). L'atto di riassunzione va notificato, a norma degli artt. 170 c.p.c. e 125 disp. att. c.p.c., presso il procuratore della parte già costituita ovvero alle parti personalmente se non costituite.

La riassunzione de quo è pertanto regolarmente proposta e ritualmente notificata.

Nel merito la domanda è fondata nei termini di cui alla seguente motivazione.

Ritiene il Tribunale, anche alla luce del principio della "ragione più liquida" di dovere esaminare la validità del contratto di swap in argomento sotto il profilo della sua nullità per difetto di causa in concreto.

Appare, tuttavia, preliminarmente opportuno ricostruire il contenuto e le modalità di funzionamento dei contratti derivati, anche alla luce delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, espletata nel corso dell'istruttoria. Orbene, uno swap è un contratto con il quale due parti si accordano per scambiarsi un'intera serie di pagamenti futuri; con esso vengono altresì stabilite la date in cui scambiare i flussi di pagamento (cedole) e le modalità di calcolo degli stessi. Va premesso che lo swap costituisce una operazione finanziaria che, per come

diffusasi nella pratica, conosce diverse tipologie (ad es., su interessi, su indici, su valute, su merci), ciascuna con sue determinate caratteristiche e variabili accomunabili sotto una definizione sufficientemente generica: quella di scambio, allo scadere di uno o più termini prefissati, di due somme di denaro, calcolate con riguardo ad un ammontare di riferimento, quest'ultimo di regola non oggetto di scambio, sulla base di due diversi parametri.

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

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

Più nel dettaglio, un interest rate swap (IRS) è un contratto di swap in cui i pagamenti sono determinati sulla base di un tasso di interesse (in genere l'Euribor o il Libor). In tale contratto due parti (il cliente e la controparte bancaria) si impegnano a scambiarsi, a date fissate e per un arco temporale prestabilito, somme di denaro, quantificate applicando ad un dato importo di riferimento (detto capitale "nozionale", che non è oggetto di scambio tra le parti), due diverse tipologie di tassi di interesse.

Gli elementi fondamentali di un IRS, da definire in sede di stipula dei contratti, sono: 1) la data di stipulazione del contratto (trade date); 2) il capitale di riferimento, detto "nozionale" (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; 3) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date); 4) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto; 5) le date di pagamento (payment dates), e cioè le date in cui vengono scambiati i flussi di interessi; 6) il livello del tasso fisso, pagato dalla controparte che intende tutelarsi dal rischio di rialzo del saggio di interesse; 7) il tasso variabile di riferimento e la relativa data di rilevazione (c.d. fixing date). Tale tasso, in genere, è individuato nel tasso interbancario europeo (Euribor) o londinese (Libor - London Interbank Offer Rate), desumibili dal mercato sulla base delle dichiarazioni delle principali banche, rispettivamente, europee e londinesi.

Tra i suddetti elementi assume particolare rilievo il nozionale, che può essere fisso (bullet IRS) nel caso in cui la copertura sia riferita ad un finanziamento di medio-lungo termine, o in cui il capitale venga restituito interamente solo alla scadenza, o a scalare nel tempo

(amortising IRS), nel caso in cui la copertura sia riferita ad un finanziamento che prevede un piano di ammortamento del capitale da restituire.

Inoltre, il contratto di swap può essere stipulato sia al fine di perseguire una finalità di copertura (con l'obiettivo di contenere il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse in relazione ad un sottostante impegno finanziario), sia al fine di perseguire una finalità puramente speculativa (con l'obiettivo di guadagnare "scommettendo" sull'evoluzione dei tassi).

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

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

TUF che statuisce che “nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile”. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco.

Così individuata la natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminarne l'oggetto e la causa. Secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza di merito nel derivato, l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono” e nello scambio di rischi finanziari (Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459).

Lo schema contrattuale ha quindi il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio con i contraenti, che sono ab origine portatori di interessi contrapposti in ordine alla concretizzazione dello stesso. Al momento della conclusione del contratto, i due tassi dovrebbero avere uguale quotazione e medesima prospettiva futura di evoluzione. In astratto, quindi, il derivato dovrebbe configurarsi come “par” (i contratti par sono strutturati in modo tale che le prestazioni delle due controparti sono agganciate al livello dei tassi di interesse corrente al momento della stipula del contratto; a tale data il contratto ha quindi un valore di mercato nullo per entrambe le controparti). I contratti non par, invece, presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato. In generale, i termini finanziari della transazione vengono

riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti pur di incassare la somma di denaro; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di up-front. Ciò detto lo sbilanciamento tra i rischi assunti dai contraenti non potrebbe mai giungere ad obliterare del tutto la natura necessariamente bilaterale che deve caratterizzare l'alea di questo genere di contratti.

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

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

Ciò posto, l'Organo di vigilanza dei mercati finanziari, la



CONSOB, con la Direttiva 26 febbraio 1999, n. 9901391 ha chiarito che, affinché le operazioni su derivati possano essere considerate di copertura, è necessario che: a) "le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente (c.d. posizioni base); b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari, e siano approvate anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno". Conseguentemente, affinché al derivato possa essere riconosciuta una finalità di copertura è necessario che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS; 4) la durata del debito e quella dell'IRS.

In conclusione, per come chiarito anche dalla giurisprudenza di legittimità, il contratto di interest swap con up front (cioè con effettivo finanziamento iniziale da restituire) non è di per sé nullo per difetto o illiceità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti, sicchè il detto contratto deve ritenersi valido se la causa aleatoria del contratto di "swap" e quella del sottostante rapporto di finanziamento, pur collegate, restano autonome e distinte, senza risultare snaturate e senza comportare alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale (Cass., 28 luglio 2017, n. 18781).



Nel caso di specie, alla luce degli accertamenti compiuti dal consulente tecnico nominato d'ufficio, dott.ssa [REDACTED], le cui conclusioni appaiono pienamente condivisibili per essere fondate su un esame attento e scrupoloso della documentazione in atti e privi di vizi logici e di giudizio, il contratto di derivati OTC stipulato tra le parti in data 14.7.2008 deve essere dichiarato nullo per difetto di causa in concreto.

Va, in primo luogo, premesso che il rapporto negoziale cui si riferiva il contratto di swap consiste nel contratto di mutuo del 14.7.2008 di originari € 270.000,00 con un tasso di interesse composto, parte a quota fissa e parte variabile determinato nella misura dell'indice Euribor. Il contratto di mutuo era sottoscritto nella medesima data della data di stipula del contratto di swap il cui nozionale di riferimento alla stessa data era pari allo stesso importo di euro 270.000,00.

Ebbene, il consulente tecnico ha constatato che: *“in data 11/07/2008 le odierne parti in causa hanno stipulato un contratto quadro di I.R.S.; in data 14/07/2008 la [REDACTED] S.r.l stipulava con la [REDACTED] un mutuo fondiario della durata di venti anni per un importo di € 270.000,00 con un tasso composto da una parte fissa pari all'1,8% e una variabile indicizzata all'Euribor a 3 mesi; lo stesso giorno la [REDACTED] S.r.l ha sottoscritto un contratto derivato di I.R.S.”*

Il ctu ha accertato che il contratto portato all'attenzione del Tribunale non è idoneo a conseguire l'effetto di copertura tenuto conto che *“ il contratto quadro di I.R.S. ha preceduto quello con il quale è nato l'indebitamento della parte attrice. Viene pertanto meno la funzione tipica sopra indicata, quella di trasformare un contratto a tasso variabile già esistente in uno a tasso fisso. Nella situazione in*



esame sarebbe stato ancora possibile sottoscrivere un mutuo a tasso fisso anziché variabile, con l'ulteriore anomalia di aver sottoscritto il contratto quadro di I.R.S. quando l'indebitamento della parte attrice ancora non esisteva". Poiché al momento della stipula del contratto quadro di I.R.S. l'indebitamento dell'attrice non esisteva, quindi il contratto di Swap non era in grado di assolvere ex ante ad una finalità di copertura dei rischi derivanti dall'oscillazione dei tassi.

In definitiva, sulla base degli accertamenti compiuti dal consulente tecnico non si può affermare che sussista adeguata correlazione tra il finanziamento quale rapporto negoziale a cui si riferisce il contratto di swap e lo stesso contratto di swap.

Deve, dunque, affermarsi la nullità del contratto in argomento per difetto di causa in concreto.

La dichiarazione di nullità del contratto di swap per difetto di causa in concreto assorbe ogni valutazione in ordine agli altri profili di invalidità dedotti da parte attrice ed alle conseguenze in ordine all'eventuale violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'istituto di credito.

Il consulente tecnico ha rivenuto versamenti a solo favore della Banca per un periodo compreso tra il 14/10/2008 e il 15/04/2013 per un totale di somme addebitate alla cliente in esecuzione del contratto IRS pari ad € 42.796,80 e somme versate alla cliente in esecuzione del contratto IRS pari ad € 281,89.

La Banca convenuta deve essere, dunque, condannata al pagamento, in favore di parte attrice, della somma di € 42.514,91 oltre interessi, nella misura legale, dalla data del 15/4/2013 fino all'effettivo soddisfo.

Le spese di lite (ivi incluse quelle di ctu), liquidate come da



dispositivo, in applicazione dei parametri di cui al D.M. n. 55/2014, come modificato dal D.M. 37/2018, in ragione della fase temporale in cui si è esaurita l'attività processuale, seguono il principio della soccombenza ex art. 91 c.p.c. e si ispirano ai valori medi dello scaglione di riferimento (scaglione tra 26.001,00 e 52.000,00), concretamente rapportati alla natura e complessità delle questioni trattate nonché all'attività processuale e difensiva effettivamente espletata, con attribuzione all'avv. Cristiano Pennacchia dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale di Latina – Seconda Sezione Civile – definitivamente pronunciandosi, sulla domanda in epigrafe, ogni contraria istanza, difesa ed eccezione disattesa così provvede:

- a) dichiara la nullità del contratto di interest rate swap stipulato tra le parti in data 14.7.2008;
- b) condanna XXXXXXXXXX s.p.a. al pagamento, in favore dell'attore della somma di €. 42.514,91 oltre interessi legali, dalla data della domanda e fino all'effettivo soddisfo;
- c) condanna la convenuta alla rifusione delle spese di lite in favore dell'attore che si liquidano in complessivi euro 7.712,00 di cui euro 458,00 per spese ed euro 7.254,00 per compensi, oltre rimborso spese generali al 15%, IVA, CPA, se dovute, come per legge, con attribuzione all'avv. Cristiano Pennacchia dichiaratosi anticipatorio;
- d) pone definitivamente a carico di parte convenuta le spese di ctu.

Così deciso in Latina il 13.8.2019

Il Giudice

Dott.ssa Laura Gigante

