



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Ordinario di Milano

Sesta Sezione Civile

in persona della dott.ssa [REDACTED], in funzione di giudice monocratico, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di primo grado iscritta al n. [REDACTED]/18 ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2018 trattenuta in decisione all'udienza del 4.05.2022 vertente

TRA

[REDACTED] s.r.l. (C.F. e P.IVA [REDACTED]) in persona del legale rappresentante pro tempore, dott. [REDACTED] elettivamente domiciliato in Roma Via Po n. 22 presso lo studio dell'avvocato Tommaso Nenzi che lo rappresenta e difende per procura alle liti in calce all'atto di citazione

Attore

E

[REDACTED] s.p.a. (numero di iscrizione all'albo delle Imprese di [REDACTED] e C.F. [REDACTED]) in persona dell'avvocato [REDACTED] (per procura speciale del [REDACTED]) elettivamente domiciliata in [REDACTED] presso lo studio degli avvocati [REDACTED] che la rappresentano e difendono per delega allegata alla comparsa di costituzione convenuto

Conclusioni per parte attrice:

in via principale - accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418 co. 2 cod. civ., la nullità degli Accordi

Quadro e/o dei Contratti Derivati per indeterminatezza ex art. 1346 cod. civ. dell'oggetto del contratto; - accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1418, co. 2 cod. civ., la nullità degli Accordi Quadro e/o dei Contratti Derivati per mancanza del requisito essenziale della causa di cui all'art. 1325 cod. civ.; - accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418, co. 2 cod. civ., la nullità dei Contratti Derivati per difetto di causa concreta rinvenibile nell'assenza della finalità di copertura; - accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 30, co. 7, TUF, la nullità degli Accordi Quadro e/o dei relativi Contratti Derivati conclusi per omessa indicazione del termine di recesso previsto ex lege dall'art. 30, co. 6, TUF; - accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418 c.c., la nullità degli Accordi Quadro e/o dei Contratti Derivati o, in via subordinata rispetto ai precedenti motivi, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1439 e 1429, n. 1 e 2 cod. civ., l'annullamento degli Accordi Quadro e/o dei Contratti Derivati per vizio del consenso della Società determinato da dolo e/o errore essenziale sull'oggetto o su una qualità essenziale del contratto; - accertare e dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418, co. 2 cod. civ., la nullità del contratto di finanziamento n. 0367061117453 per difetto di causa concreta o, in via subordinata, l'annullamento del detto contratto di finanziamento per vizio del consenso della Società determinato da errore essenziale sull'oggetto o su una qualità essenziale del contratto o, in via ulteriormente subordinata, la risoluzione dello stesso anche solo per grave inadempimento della Banca rispetto agli obblighi di buona fede e correttezza, nonché di trasparenza cui la stessa soggiace; - per l'effetto, anche per tutti gli ulteriori motivi esposti nelle precedenti difese ove non specificamente richiamati all'interno delle presenti conclusioni, condannare la [REDACTED] S.p.A. alla restituzione, in favore di [REDACTED] S.r.l. di tutte le perdite subite pari a euro 1.355.851,69, di cui euro 1.089.066,00 per perdite maturate in

ragione dei Contratti Derivati ed euro 226.785,69 per restituzione delle somme versate a titolo di capitale, interessi e altri oneri e commissioni in ragione del Finanziamento, ovvero della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia anche a seguito della C.T.U. tecnico contabile disposta, il tutto oltre interessi ex D.Lgs. 231 del 2002 e/o legali anche ex art. 1284, c. 4, c.c. e rivalutazione monetaria come per legge dalle singole scadenze al soddisfo effettivo; in via subordinata - accertare e dichiarare, il grave inadempimento precontrattuale e/o contrattuale in cui è incorsa [REDACTED] S.p.A. per violazione delle norme citate in narrativa e conseguentemente la risoluzione ex artt. 1453 e 1455 c.c. degli Accordi Quadro e dei Contratti Derivati; - per l'effetto, anche per tutti gli ulteriori motivi di cui in narrativa ove non specificamente richiamati all'interno delle presenti conclusioni, condannare [REDACTED] S.p.A. al risarcimento e/o alla restituzione, in favore di [REDACTED] S.r.l. di tutte le perdite subite pari a euro 1.355.851,69, di cui euro 1.089.066,00 per perdite maturate in ragione dei Contratti Derivati ed euro 226.785,69 per restituzione delle somme versate a titolo di capitale, interessi e altri oneri e commissioni in ragione del Finanziamento, ovvero della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia anche a seguito della C.T.U. tecnico contabile disposta, il tutto oltre interessi ex D.Lgs. 231 del 2002 e/o legali anche ex art. 1284, c. 4, c.c. e rivalutazione monetaria come per legge dalle singole scadenze al soddisfo effettivo; in via ulteriormente subordinata - accertare e dichiarare, l'omessa dichiarazione - e contestuale corresponsione in favore alla Società - nei Contratti Derivati di somme di denaro a titolo di up-front e pari alla differenza tra i due MtM di volta in volta calcolati rispettivamente in capo alla Società e alla Banca; - per l'effetto, condannare [REDACTED] S.p.A. alla corresponsione, in favore di [REDACTED] S.r.l. di un importo pari ad euro 176.809,16 ovvero della maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia anche a seguito della C.T.U. tecnico contabile disposta, il tutto

oltre interessi ex D.Lgs. 231 del 2002 e/o legali anche ex art. 1284, c. 4, c.c. e rivalutazione monetaria come per legge dalle singole scadenze al soddisfo effettivo

in ogni caso condannare [REDACTED] S.p.A. al risarcimento dei danni contrattuali ed extracontrattuali in favore di [REDACTED] S.r.l. nella misura che sarà ritenuta di giustizia da liquidarsi anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., nonché alla ripetizione delle somme versate a [REDACTED] S.p.A. ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 cod. civ.; - con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio, con espresso riconoscimento del rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 15% ex art. 2 del D.M. n. 55 del 10.3.2014 o, in subordine, nella misura che sarà ritenuta di giustizia, oltre C.P.A. e I.V.A. come per legge.

Conclusioni per parte convenuta

Nel merito:

in accoglimento delle difese e delle eccezioni, anche preliminari, della Banca convenuta, rigettare tutte le domande proposte dalla società attrice; in via subordinata e salvo gravame, nella denegata ipotesi in cui dovessero essere accolte, in tutto o in parte, le domande della società attrice, ridurre le pretese avversarie, tenuto conto di tutte le difese ed eccezioni della Banca convenuta, anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225 e 1227.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Il presente giudizio veniva introdotto dalla [REDACTED] s.r.l. nei confronti di [REDACTED] s.p.a. (di seguito anche [REDACTED] rassegnando le conclusioni di cui sopra poi reiterate in sede di p.c. A sostegno della domanda [REDACTED] s.r.l. deduceva: che il 21.12.2000 la società attrice sottoscriveva un contratto di finanziamento fondiario a tasso variabile con [REDACTED] e la Banca [REDACTED] di 13 Ml (euro 6.713.939,69) per la realizzazione di una multisala cinematografica a [REDACTED] che, su suggerimento di un funzionario di [REDACTED] (ex [REDACTED]) l'allora legale rappresentante della società, sig. [REDACTED],

sottoscriveva prima, in data 28.1.2002, un contratto quadro nel quale si dichiarava competente in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati e nel febbraio 2002 un contratto del tipo Interest Rate Swap presentatogli come un'operazione di 'assicurazione' del finanziamento in precedenza sottoscritto, con nozionale di euro 6.713.939,69 decorrenza e scadenza rispettivamente in data 06.05.2002 ed in data 04.11.2012; che, terminata la multisala cinematografica, [REDACTED] s.r.l. sottoscriveva con [REDACTED] (gruppo [REDACTED] un contratto di "locazione finanziaria di ritorno con contestuale compravendita" del valore di oltre 15 Ml euro, con il quale [REDACTED] s.r.l. cedeva a [REDACTED] il complesso, per poi riottenerlo in leasing sempre a tasso variabile, estinguendo così il finanziamento; che, nel contempo, su indicazione della Banca veniva anche estinto il derivato e contestualmente sostituito con un nuovo contratto di tipo Interest Rate Swap con nozionale di euro 8.000.000,00, decorrenza e scadenza rispettivamente al 02.03.2004 ed al 02.03. 2009; che, il 04.04.2006, anche il secondo derivato veniva sostituito con uno nuovo, previa sottoscrizione da parte del legale rappresentante sig. [REDACTED] [REDACTED] anche di un nuovo contratto quadro, con nozionale di euro 5.900.000,00 e con decorrenza e scadenza previste rispettivamente al 06.04.2006 ed al 06.04.2011; che successivamente, in data 4.7.2007, la Banca proponeva nuovamente al sig. [REDACTED] un'operazione di copertura del finanziamento in essere; che quindi, sempre in pari data, [REDACTED] risolveva anticipatamente il precedente derivato e faceva sottoscrivere alla società un ulteriore contratto-quadro ed in data 13.9.2007, un nuovo derivato con nozionale pari ad euro 8.828.953,00, decorrenza e scadenza rispettivamente al 6.7.2007 ed al 30.6.2012; che, infine, la Banca proponeva di estinguere anticipatamente anche l'ultimo derivato, al costo di euro 95.000,00 mediante l'accensione contestuale di un finanziamento di euro 190.000,00, con piano di ammortamento in n. 60 rate sino al febbraio 2017, a condizione che l'importo finanziato fosse destinato a copertura delle esposizioni

appena sopra citate (cedole maturate e non pagate, costi di estinzione del derivato e varie spese - istruttoria, etc. - del finanziamento stesso); che, pertanto, anche l'ultimo derivato veniva estinto e [REDACTED] s.r.l. continuava a corrispondere le rate del mutuo sino ad esaurimento in data 3.2.2017; che [REDACTED] s.r.l, a seguito di accertamenti affidati ad un Esperto, si avvedeva delle perdite subite a seguito delle operazioni di cui sopra per un importo complessivo di euro 1.089.066,00, oltre ad ulteriori euro 226.785,69 (di cui euro 190.000,00 per capitale ed euro 36.785,69 a titolo di interessi, commissioni e altri oneri) indebitamente corrisposti in ragione del finanziamento stipulato dalla Società al solo fine di saldare la morosità nascente dai derivati ed estinguere l'ultimo contratto; che di tali somme la società attrice chiedeva la restituzione in quanto corrisposte in esecuzione di contratti nulli per indeterminatezza dell'oggetto e/o per difetto di causa e/o per violazione dell'art. 30, co. 6 e 7, del TUF e/o annullabili per vizio del consenso determinato da dolo ex 1439 c.c. ovvero da errore essenziale ex art. 1429, nn. 1 e 2 c.c. In via subordinata [REDACTED] s.r.l. chiedeva che fosse accertata la violazione delle regole di condotta da parte della Banca e pertanto fosse dichiarata la risoluzione ex artt. 1453 e 1455 c.c. degli accordi quadro e dei contratti derivati condannando comunque [REDACTED] alla restituzione del dovuto.

Banca [REDACTED] [REDACTED] s.p.a., costituendosi chiedeva che fossero rigettate tutte le domande proposte dalla società attrice ed in via subordinata, che fossero ridotte le pretese avversarie.

In particolare, [REDACTED] eccepiva preliminarmente l'intervenuta prescrizione delle azioni di ripetizione/risarcimento proposte, considerato che l'ultimo dei contratti derivati conclusi tra le parti risaliva al luglio del 2007. Sosteneva inoltre: che i contratti avevano un oggetto sufficientemente determinato consistente nello scambio di tassi di interesse differenti, entrambi applicati al medesimo capitale nozionale di riferimento alle varie scadenze

periodiche dedotte contrattualmente; che, parimenti, sussistente e valida era la causa dei contratti da individuarsi nello scambio reciproco e periodico di pagamenti, a prescindere dalla funzione di copertura o meno degli stessi rispetto ai finanziamenti stipulati tra le parti; che la Banca aveva sempre adeguatamente informato la società dei rischi connessi alle operazioni, considerato anche che l'odierna attrice aveva più volte rilasciato, anche mediante la sottoscrizione di appositi documenti separati, la dichiarazione di Operatore Qualificato ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998; che non sussisteva alcun collegamento negoziale tra i contratti di IRS stipulati rispettivamente a Febbraio 2002, Febbraio 2004, Aprile 2006 e Luglio 2007 ed il contratto di finanziamento chirografario stipulato da [REDACTED] s.r.l. molti anni dopo nel Febbraio 2012.

Tanto premesso la domanda avanzata da [REDACTED] s.r.l. deve trovare accoglimento nei limiti che seguono.

[REDACTED] stipulava con la Banca i seguenti contratti Interest Rate Swap 1) n. 1598200 in data 13/02/2002; 2) n. 2090620/2090780 (poi anche 402270245) in data 27/02/2004; 3) n. 604040174 in data 04/04/2006; 4) n. 707040091 in data 04/07/2007.

Come noto gli IRS, definibili contratti mediante i quali due parti si scambiano, in date stabilite e per un periodo prefissato, flussi di segno opposto determinati applicando a uno stesso capitale nozionale due diversi tassi d'interesse sono stati, di recente, oggetto di ampia ed approfondita disamina da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza 8770/2020, cui pertanto si rimanda integralmente, limitandosi in questa sede a riportarne i passi più rilevanti per la decisione.

Ebbene la Corte, in primo luogo, individuava i seguenti elementi essenziali dell'interest rate swap, premessa la sua natura di derivato cd. over the counter (OTC) ossia non standardizzato e non

destinato alla circolazione: a) la data di stipulazione del contratto; b) il capitale di riferimento, detto nozionale; c) la data di inizio dalla quale cominciano a maturare gli interessi; d) la data di scadenza del contratto; e) le date di pagamento (cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi; f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale.

La Corte chiariva poi il concetto di mark to market (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), definendolo "il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap"; specificava infine che "se lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo è chiamato upfront"

Secondo la sentenza citata, poi, per quanto qui di rilievo, la causa dell'IRS, consisteva "nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio", differenziandosi dalla comune scommessa, non azionabile, per la complessità e diffusione dello strumento e la professionalità dei soggetti coinvolti. La Corte chiariva dunque che, considerato il particolare atteggiarsi del profilo causale di tali contratti, gli stessi perseguivano interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. solo in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, "calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi" ovvero solo in presenza di una consapevole e razionale creazione di alee", (in tal senso già Corte appello Milano sentenza 3459/2013)

Come chiarito anche dalla successiva giurisprudenza della Corte, quindi, affinché l'alea possa dirsi razionale devono essere esplicitati e conosciuti ex ante i parametri sui quali misurarla vale a dire i costi impliciti, che ne determinano uno squilibrio iniziale, il procedimento di calcolo del mark to market ed i cd. "scenari probabilistici".

In particolare, infatti, l'indicazione del mark to market al momento della stipula del contratto è necessaria ad evidenziare l'iniziale valore positivo o negativo del derivato, fornire giustificazione causale all'eventuale erogazione del c.d. up front e renderne calcolabile la misura, mentre l'esplicitazione del procedimento di calcolo del medesimo parametro per la durata del rapporto rende non arbitrario il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto.

Parimenti, costituisce prerequisito di un'alea bilaterale e razionale per entrambe le parti, sia pure non necessariamente simmetrica, la rappresentazione dell'analisi probabilistica dei flussi derivanti dal contratto derivato sulla base delle previsioni note o conoscibili sull'andamento dei tassi.

"In mancanza di tali elementi non può parlarsi pertanto di semplice violazione di obblighi informativi ma di una carenza che - tenuto conto delle descritte peculiarità caratterizzanti la causa e l'oggetto dello strumento in esame, nonché delle innegabili interazioni tra essi configurabili - investe proprio l'essenza (di una parte) dell'accordo, vale a dire del contratto medesimo (quest'ultimo consistendo, appunto, in un "accordo". Cfr. art. 1321 c.c. e art. 1325 c.c., n. 1), così da cagionarne la nullità" Così Cass. 21830/2021 e da ultimo nella medesima direzione Cass. 24654/2022).

Ebbene nel caso di specie il C.t.u. rilevava che nei contratti in

esame mancava l'indicazione del mark to market alla stipula, del procedimento per calcolarlo e degli scenari probabilistici e che i derivati non prevedevano il pagamento di un up-front, pur in presenza dell'iniziale valore negativo dei medesimi così da presentare costi impliciti per l'importo complessivo di euro 176.809,16.

I contratti in esame devono essere dichiarati nulli trattandosi di accordi, per come strutturati in relazione all'assunzione di un'alea non razionale né misurabile non meritevoli di tutela.

La conclusione di cui sopra rende per altro superflua la distinzione, nell'ambito dei contratti conclusi tra le parti, di quelli con finalità di copertura e quelli meramente speculativi, come anche la valutazione circa la possibilità per i primi di assolvere alla funzione di garanzia dal rischio derivante dall'oscillazione dei tassi, per la quale venivano sottoscritti.

Dalla nullità dei contratti consegue il diritto in capo a [REDACTED] s.r.l. di agire per la ripetizione di quanto indebitamente versato in relazione agli stessi.

Sul punto si ritiene di aderire alla seguente conclusione del C.t.u.: "dall'analisi effettuata è emerso che la [REDACTED] ha percepito incassi per un totale di € 11.609,15 ed ha effettuato pagamenti per € 906.650,36". Non si può infatti considerare il pagamento di euro 12.047,61, risultante solo dal mastrino prodotto da parte attrice (doc 32), in quanto documento unilateralmente predisposto dalla parte che non trovava un preciso riscontro negli estratti del periodo di riferimento.

Rispetto all'importo astrattamente ripetibile, pari dunque ad euro 895.041,21, risulta fondata l'eccezione di prescrizione decennale della domanda di ripetizione d'indebito avanzata tempestivamente dalla Banca convenuta rispetto a tutti i pagamenti effettuati dalla società attrice prima del 19.12.2006, vale a dire prima del decennio dal primo atto interruttivo inoltrato da [REDACTED] s.r.l.

Non condivisibile risulta infatti la prospettazione attorea secondo la quale la prescrizione dovrebbe decorrere dal 2012, "in quanto

l'operazione intrapresa da [REDACTED] costituirebbe in realtà un unicum, iniziata nel 2002 e conclusasi dieci anni dopo, con la risoluzione consensuale del quarto IRS 'Tasso Scontato' n. 70704009127 o, addirittura, con l'operazione di finanziamento contestualmente conclusa all'unico scopo di estinguere il derivato e corrispondere gli arretrati maturati".

Il collegamento negoziale tra i diversi contratti, infatti, non può in alcun modo incidere sulla decorrenza della prescrizione del diritto a ripetere i singoli pagamenti effettuati dalla società attrice, atteso il chiaro disposto dell'art. 2033 c.c.

Pertanto [REDACTED] deve essere condannata a restituire a [REDACTED] s.r.l. la somma di euro 819.774,43, per effetto della decurtazione dei differenziali netti per i quali è maturata la prescrizione (pari a complessivi Euro 75.266,78, come da c.t.u).

Si rende dunque superflua ogni valutazione in merito all'avvenuta consegna o meno degli estratti conto attestanti i differenziali da Novembre 2002 e Settembre 2005.

Non possono invece trovare accoglimento le domande avanzate dalla società attrice di nullità, annullamento o risoluzione del contratto di finanziamento n. [REDACTED] e la conseguente domanda di ripetizione di quanto per esso versato, limitata in sede di comparsa di replica nei seguenti termini: "se gli importi di cui alla tabella del C.T.U. indicata nella consulenza tecnica (che già recepisce gli ultimi due differenziali pagati tramite i fondi derivanti dal finanziamento - euro 46.309,61 ed euro 43.866,53 - e l'estinzione del derivato sempre pagata tramite i fondi del finanziamento - euro 95.000,00) dovessero essere restituiti per altro titolo (i.e. in ragione dell'accoglimento della domanda di condanna conseguente alla nullità dei derivati o risarciti in ragione della domanda di condanna conseguente all'accertata grave responsabilità contrattuale della Banca) allora rimarrà da liquidare soltanto l'importo di euro 3.325,00 per spese di istruttoria e commissioni iniziali (pari alla differenza tra l'importo nominale del finanziamento di euro

190.000,00 e l'importo effettivamente erogato di euro 186.675,00) oltre le successive somme versate in corso di rapporto per complessivi euro 36.746,32 per interessi, spese e commissioni (cfr. docc. nn. 21 e 29 sopra citati)".

██████████ s.r.l. infatti non provava l'esistenza del dedotto collegamento negoziale tra i contratti di IRS oggetto di causa, stipulati rispettivamente a Febbraio 2002, Febbraio 2004, Aprile 2006 e Luglio 2007 ed il contratto di finanziamento chirografario stipulato molti anni dopo, nel Febbraio 2012; tale contratto inoltre non conteneva alcun riferimento ai derivati né alcun vincolo di destinazione delle somme mutate.

In tale contesto risulta inidonea a dimostrare il dedotto collegamento negoziale la destinazione in concreto del finanziamento, mancando la dimostrazione che esso rientrasse insieme agli IRS nell'ambito di un unico regolamento di interessi, così congeniato dalle parti per il raggiungimento di uno scopo unitario.

Conclusivamente, pertanto, ██████████ ██████████ s.p.a. deve essere condannata a corrispondere a ██████████ s.r.l. la somma di euro 819.774,43, oltre interessi legali ex art. 1284, c. 1 e 4. Dalla domanda al saldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo in base ai parametri del d.m. 55/2014 e successive modificazioni da applicarsi ai valori medi sull'importo liquidato.

Le spese di c.t.u. vengono poste a carico di parte convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, ogni altra istanza disattesa o assorbita così dispone:

condanna ██████████ ██████████ s.p.a. a corrispondere a ██████████ s.r.l. l'importo di euro 819.774,43, oltre interessi legali ex art. 1284, c. 1 e 4 dalla domanda al saldo;

condanna ██████████ ██████████ s.p.a. al pagamento delle spese del presente giudizio in favore di parte attrice che liquida in complessivi euro 27.804,00 per onorari euro 1713,00 per spese oltre rimb. forf. I.V.A.

e C.A.P.;

pone le spese di c.t.u. definitivamente a carico di parte convenuta;

Così deciso in Milano il 23.10.2022

Il Giudice

[REDACTED]

