

N. R. G. [REDACTED]/2010



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FIRENZE

in persona del giudice Dr.ssa Ilaria Benincasa, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di 1° grado iscritta al n. [REDACTED] del ruolo contenzioso generale dell'anno 2010 vertente tra:

[REDACTED]
[REDACTED]

entrambe rappresentate e difese dall'avvocato [REDACTED], ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avvocato [REDACTED] [REDACTED], in virtù di delega allegata alla memoria di costituzione di nuovo difensore depositata il 19/12/2016

Attrici

e

[REDACTED]

[REDACTED], rappresentata e difesa dagli avvocati [REDACTED] [REDACTED], presso lo studio dei quali, [REDACTED] è elettivamente domiciliata in virtù di delega in calce alla copia notificata dell'atto di citazione

Convenuta

Oggetto: responsabilità in materia di intermediazione finanziaria

Conclusioni (vd. udienza del 26/02/2020):

Parte attrice richiama le conclusioni di cui al foglio depositato il 24.02.2020:

“Si riporta agli atti e verbali di causa sin qui formati e depositati e ribadisce le conclusioni ivi rassegnate, da ritenersi qui espressamente richiamate e trascritte,



con l'accoglimento di ogni domanda avanzata dalle attrici, affinché il Tribunale adito voglia dichiarare la nullità, ovvero la annullabilità e/o l'invalidità, ex art. 1352 cod. civ, del contratto di Swap n. 5021025, con ogni conseguenza di legge.

Con vittoria di spese e compensi di lite, con distrazione”.

Parte convenuta contesta le deduzioni di cui al foglio di precisazione delle conclusioni di parte attrice, atteso che il deposito effettuato da parte convenuta e identico a uguale deposito eseguito dal procuratore dell'attore, aveva ad oggetto esclusivamente le osservazioni del CTP alla bozza del CTU; conclude come da foglio depositato il 25.02.2020:

“Voglia l'Ecc.mo Tribunale di Firenze, ogni contraria domanda, eccezione e istanza reietta, respingere le domande delle società attrici perché infondate in fatto e in diritto.

Con vittoria di onorari, diritti e spese di lite.

In via subordinata istruttoria chiede l'ammissione delle seguenti prove testimoniali:

(a) DCV che, in relazione a un contratto di finanziamento per € 6.500.000,00 che Vi si mostra (doc. 1 fascicolo parte convenuta) e stipulato in data 11.6.2007 [REDACTED]

[REDACTED] S.p.A., da un lato, e le società [REDACTED]

[REDACTED] dall'altro, le società finanziate chiesero all'Istituto di indicare strumenti di protezione dal rischio di tasso;

(b) DCV che alcuni giorni dopo la conclusione del contratto di finanziamento indicaste alle clienti la possibilità di concludere un interest rate swap a copertura del rischio di tasso e che, nel corso di una riunione con il procuratore speciale delle due società, Sig. [REDACTED], illustraste al cliente le caratteristiche del prodotto finanziario;

(c) DCV che il Sig. [REDACTED] subordinò la conclusione del contratto di swap al preventivo parere positivo del suo commercialista e consulente finanziario che fu raggiunto telefonicamente per illustrargli l'operazione;

(d) DCV che dopo alcuni giorni, il consulente del Sig. [REDACTED] Vi comunicò parere positivo e furono stipulati i contratti di swap;



(e) DCV che il Sig. [REDACTED] vi chiese, inoltre, di quotare una analoga operazione di copertura rispetto a un'operazione di finanziamento che altre società allo stesso riferibili avevano in essere per € 13.000.000,00 con [REDACTED];

A testi i Signori [REDACTED]”.

MOTIVI DELLA DECISIONE

[REDACTED] hanno agito nei confronti di [REDACTED] chiedendo che venissero dichiarati risolti per inadempimento due contratti derivati di interest rate swap conclusi con le convenute, o, in alternativa, che tali contratti venissero annullati per dolo – o in subordine che venissero dichiarati risolti per eccessiva onerosità sopravvenuta – e di conseguenza che le convenute venissero condannate alla restituzione di quanto percepito.

A fondamento della domanda, [REDACTED] hanno allegato di avere concluso un contratto di mutuo con le convenute in data 11/6/2007; che in concomitanza con la stipula del finanziamento, le società attrici erano state sollecitate dalle banche a stipulare anche due contratti derivati di interest rate swap per coprire il rischio di un andamento sfavorevole dei tassi del mutuo; di avere dunque sottoscritto i contratti 5021025 e 632658620; che i parametri dei derivati avevano avuto un andamento tale da provocare pesanti perdite per le mutuatrici; di avere versato alle banche l'importo di € 68.281,46; che il consenso delle società era stato carpito con dolo; che i derivati infatti non erano adeguati e la loro stipulazione non era stata preceduta da una adeguata informativa; che i contratti erano comunque risolvibili *ex art.* 1467 c.c.

[REDACTED] costituendosi in giudizio, hanno preliminarmente eccepito la sussistenza di un patto compromissorio; nel merito, hanno dedotto che i derivati conclusi dalle attrici erano di pura copertura (cd. *plain vanilla*), diretti a schermare le attrici dal rischio dei tassi; che la circostanza che i tassi di interesse fossero repentinamente scesi dopo la crisi economica mondiale dell'estate del 2008 era del tutto casuale; che inoltre, proprio in virtù del meccanismo del derivato di copertura, considerato che gli interessi sul finanziamento correvano in base alle oscillazioni dell'Euribor, ciò che le



attrici avevano perso in relazione ai contratti di swap, lo avevano guadagnato in relazione al minor costo del finanziamento, e viceversa; che di fatto la copertura aveva raggiunto l'obiettivo per cui il derivato era stato stipulato; che l'operazione era adeguata ed in linea con le esigenze e le prospettive delle debentrici, le quali comunque rivestivano la qualifica di operatori qualificati, tenuto anche conto del giro di affari delle società e dell'entità del finanziamento ottenuto; hanno quindi chiesto il rigetto delle domande attrici.

Con ordinanza del 6/12/2010, è stata disposta la separazione del giudizio introdotto da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] [REDACTED] relativo al contratto di i.r.s. n. 5021025, di competenza del giudice ordinario, da quello introdotto dalle medesime società nei confronti di [REDACTED] e relativo al contratto di i.r.s. n. 632658620, di competenza arbitrale.

La presente decisione ha dunque per oggetto soltanto le domande proposte nei confronti di [REDACTED], e inerenti il contratto di i.r.s. n. 5021025.

1. Risulta documentalmente che in data 6/7/2007 [REDACTED] [REDACTED] avesse confermato l'operazione finanziaria di interest rate swap (contratto n. 5021025, data iniziale 30/11/2007, scadenza 30/11/2017, nozionale € 2.500.000,00), posta in essere da [REDACTED] le quali avevano poi apposto in calce al documento la propria sottoscrizione per accettazione dei termini e delle condizioni dell'operazione (v. doc. 2 prodotto dalle attrici, risultante tuttavia non nel fascicolo di parte ma in allegato alla c.t.u. espletata nel presente giudizio).

2. Con la memoria di costituzione di nuovo difensore, depositata il 19/12/2016, le attrici hanno chiesto che si accerti la "nullità assoluta ed insanabile" del contratto in esame sotto vari profili, ed in particolare per la mancanza del valore del c.d. mark to market, ritenuto elemento essenziale del contratto di interest rate swap.

La questione sollevata, attenendo alla validità del contratto, deve essere esaminata in via prioritaria, ed a tal fine si deve osservare fin da subito che l'esame nel merito di tale domanda non rinviene un ostacolo nell'avvenuta maturazione delle preclusioni assertive, considerato che, a fronte delle domande formulate dalle attrici in atto di



citazione, la questione di nullità del contratto avrebbe potuto essere rilevata anche dal giudice *ex officio*.

È infatti principio ormai consolidato in giurisprudenza quello secondo cui *“il rilievo ‘ex officio’ di una nullità negoziale - sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o ‘di protezione’ - deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ‘ragione più liquida’, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione), senza, per ciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poiché tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo, affatto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale”*: v. Cass. Sez. U., Sentenza n. 26242 del 12/12/2014 (conformi, Cass. Sez. U., Sentenza n. 26243 del 12/12/2014; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 21418 del 30/08/2018).

3. Ciò premesso, occorre rilevare che l'esame della questione di nullità deve necessariamente tener conto dei principi affermati dalla recente giurisprudenza di legittimità, ovvero da Cassazione Sez. Un. Civili, sentenza 12 maggio 2020, n. 8770, che, sulla base di una fattispecie concreta relativa a contratti di interest rate swap conclusi da enti pubblici in data 15 maggio 2003, 1° dicembre 2003 e 22 ottobre 2004 (e dunque in epoca antecedente, come nel caso che ci occupa, alla Comunicazione Consob 2 marzo 2009), ha compiuto una ricostruzione articolata della materia dei derivati, giungendo ad enunciare principi di ordine generale, operanti anche al di là delle ipotesi di conclusione di contratti di i.r.s. da parte di enti pubblici.

Questa, in particolare, la massima che interessa nel caso di specie: *“In tema di ‘interest rate swap’, occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell’alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al ‘mark to market’, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all’operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura*



qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo”.

4. La pronuncia citata è giunta ad affermare tali principi dopo avere esaminato il concreto funzionamento, nella prassi, del contratto di interest rate swap, descritto come *“contratto di scambio (swap) di obbligazioni pecuniarie future che, in sostanza, si traduce nel dovere di un Tale di dare all'Altro la cifra ó (dove ó è la somma corrispondente al capitale / per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto dell'Altro di versare al Tale la cifra y (dove y è la somma corrispondente al capitale / per il tasso di interesse Z)”.*

La sentenza in esame ha considerato l'ipotesi in cui il contratto sia modulato come non par (*“Va, peraltro, ancora precisato 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 (e i contratti non par che non prevedano la clausola di upfront hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito)”*), osservando che *“l'IRS può atteggiarsi ad operazione non par non solo in punto di partenza, ma può divenir tale anche con il tempo. In un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto. Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. mark to market (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia 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 (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti).*

Nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il mark to market non esprime un



valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale.

Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale”.

Da questa ricostruzione del funzionamento del contratto di swap la Suprema Corte è, dunque, giunta ad affermare che risulta essenziale per l'investitore la conoscenza di tutti gli elementi idonei a consentire l'individuazione del valore effettivo del derivato ad una certa data, e dunque del mark to market e della misura dell'alea e dei costi, in assenza dei quali il contratto risulta affetto da nullità.

Invero, il Giudice della nomofilachia ha evidenziato che *“l'importanza dei menzionati parametri di calcolo consegue alla circostanza che tramite essi si può realizzare la funzione di gestione del rischio finanziario, con la particolarità che il parametro scelto assume alla scadenza l'effetto di una molteplicità di variabili”.*

D'altra parte, l'art. 23, comma 5, del T.U.F., che dispone che *“Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18, comma 5, lett. a), non si applica l'art. 1933 c.c.”*, non autorizza *sic et simpliciter* una scommessa, ma delimita *“con un criterio soggettivo, la causa dello swap, ricollegata espressamente al settore finanziario”* (così ancora Cass. Sez. Un. Civili, sentenza 12 maggio 2020, n. 8770, in motivazione).

5. Orbene, tali principi devono essere applicati anche al caso di specie, nel quale viene in rilievo un contratto di interest rate swap del tipo plain vanilla, descritto dal consulente come *“un contratto bilaterale, dove una parte si obbliga a pagare tasso fisso e l'altra parte si obbliga a pagare un tasso variabile.*

Lo swap plain vanilla può essere scomposto in due componenti obbligazionarie o in due componenti opzionarie.

La scomposizione obbligazionaria prevede una gamba dello swap che paga una cedola fissa e l'altra gamba che paga cedola variabile.



a gamba di [REDACTED] è composta da una obbligazione a tasso fisso del 5,00% e per tutta la durata del contratto IRS il cliente si impegna a pagare a favore della Banca ogni sei mesi, un interesse fisso del 5,00%.

La modalità di calcolo dei giorni dei semestri è ACT/360 cioè si quantificano i giorni effettivi del semestre e si rapportano ai giorni del calendario commerciale di 360 giorni.

La gamba della [REDACTED] è composta da una obbligazione a tasso variabile dove il parametro è il tasso Euribor 6 mesi.

La Banca per tutta la durata del contratto IRS si impegna a pagare a favore della azienda cliente ogni sei mesi, un interesse variabile pari a Euribor 6 mesi.

La rilevazione del tasso euribor 6 mesi avviene in advance, cioè due giorni lavorativi antecedenti l'inizio di ciascun periodo di calcolo semestrale.

La modalità di calcolo dei giorni dei semestri è ACT/360 cioè si quantificano i giorni effettivi del semestre e si rapportano ai giorni del calendario commerciale di 360 giorni.

Nel periodo del contratto, la struttura fornisce a [REDACTED] flussi di cassa semestrali positivi, per valori del tasso Euribor 6 mesi superiori al 5,00%

Viceversa per valori del tasso euribor 6 mesi inferiori al 5,00% la società [REDACTED] sarà chiamata a pagare flussi di cassa semestrali a favore di [REDACTED]. pag. 79 della relazione, nonché pagg. 9 e ss., nelle quali è esaminato in modo più approfondito il funzionamento del contratto).

6. Sulla base dei principi affermati dalla Suprema Corte, si deve dunque verificare se dal documento contrattuale emerge il valore effettivo del derivato in esame.

Al riguardo, si osserva che nel contratto risulta contenuta, *inter alia*, la seguente previsione: “il cliente ha facoltà di estinguere anticipatamente la presente operazione dandone comunicazione a [REDACTED] nei termini e alle condizioni previsti dall’articolo 16 dell’Accordo Normativo. La valorizzazione della posizione debitoria/creditoria del Cliente avverrà al valore di mercato (“mark-to-market”) determinato in esclusiva dall’Agente di Calcolo”, *id est* dalla banca.

Tale previsione è collegata alla clausola 16 del contratto quadro, rubricata “recesso e risoluzione del contratto”, che prevede che “la parte recedente dovrà corrispondere all’altra omissis l’eventuale importo risultante a suo debito, una volta provvedutosi



alla liquidazione dello/degli strumento/i regolato/i dal contratto omissis. L'esercizio di tali facoltà comporterà, in ogni caso, la liquidazione del valore di mercato (cd. mark-to-market) riferito alla durata residua, dello strumento regolato dallo specifico contratto, a far data dal momento di efficacia del recesso o della risoluzione. Omissis. Ove non diversamente specificato nel singolo contratto, la Banca calcolerà tale valore di mercato sulla base della media aritmetica dei valori corrispondenti forniti da tre primari operatori di mercato degli strumenti finanziari derivati, in base a modelli matematici di uso comune nel mercato medesimo".

7. Il consulente tecnico nominato nel presente giudizio ha osservato che "calcolare il valore di mercato di uno strumento finanziario è sempre complesso, in particolar modo se si tratta di un derivato finanziario del tipo Over The Counter (OTC) ovvero di un derivato finanziario che non è scambiato su un mercato regolamentato e quindi non ci sono quotazioni ufficiali a cui riferirsi". La relazione indica poi i metodi di valutazione dello swap alle pagg. 17 e ss.

Sulla base di tali metodi, il consulente ha rilevato:

"Il valore di mercato MTM dello swap n. 5021025 risultava pari ad €. 21.819,84 negativo per [REDACTED] e positivo per [REDACTED]

L'importo del MTM corrispondeva al 0,87% del nozionale iniziale di €. 2.500.000 ed al 1,11% del nozionale medio di €. 1.974.463,00

L'importo MTM è stato calcolato mediante l'utilizzo del metodo di scomposizione obbligazionaria e dei seguenti parametri finanziari:

- *Tassi Forward: curva euro swap n. 45 di Bloomberg*
- *Tassi di sconto: curva euro swap n. 45 di Bloomberg*

Con la scomposizione dello swap in Obbligazioni risulta che:

- *[REDACTED] vende a [REDACTED] una obbligazione a tasso fisso del 5,00%*
- *[REDACTED] vende a [REDACTED] una obbligazione a tasso variabile Euribor 6 mesi*

Il valore negativo per [REDACTED] evidenziato, deriva dalla componente obbligazionaria in mano alla società cliente pari a €. 794.048,94 che risultava di importo maggiore rispetto alla componente obbligazionaria in mano alla Banca pari a €. 772.229,10

Alla data di sottoscrizione del contratto, la curva dei tassi della zona Euro presentava un'inclinazione leggermente positiva nel breve e medio periodo fino a



scadenze di 15 anni, per poi inclinarsi in modo leggermente negativo nel lungo periodo fino a scadenze di 50 anni omissis.

Conseguentemente i valori attesi (o tassi Forward) dell'Euribor 6M risultavano leggermente crescenti ma contenuti in un range tra 4,65% e 5,18%

Il valore massimo che assumeva il tasso forward era pari a 5,18% a maggio 2017 in occasione dell'ultima rilevazione del tasso reset.

Il tasso fisso pari al 5,00% applicato alla società [REDACTED] era alla data di sottoscrizione, superiore rispetto alle rilevazioni dei tassi forward per l'Euribor 6M che riflettevano i pagamenti attesi da parte della Banca fino al termine del 16° semestre a novembre 2015.

Nel periodo successivo, i tassi forward scendevano nuovamente sotto il tasso soglia del 5,00% fino alla scadenza del contratto dove veniva registrato il tasso atteso maggiore pari al 5,18% omissis

Il tasso cosiddetto "PAR", che sta a significare a pareggio, cioè il tasso fisso che applicato al nozionale in tutte le scadenze dei pagamenti eguagliava i futuri tassi variabili in data di sottoscrizione era pari a 4,86%

Per questo motivo il differenziale tra le due componenti obbligazionarie era a favore della Banca e quindi a sfavore della società cliente la quale si è vista contrattualmente l'applicazione di un tasso fisso superiore a quello "PAR", cioè il 5,00% invece che il 4,86%.

In sintesi, l'attualizzazione dei flussi differenziali generati dal contratto (relativi alla esclusiva componente obbligazionaria) spiega il differenziale evidenziato stimato a circa €. - 27.493,75 pari al 0,87% del nozionale iniziale di €. 2.500.000 ed al 1,11% del nozionale medio di €. 1.974.463,00" (v. pagg. 19 e ss. della relazione).

8. Da quanto sin qui rilevato, emerge che il mark to market non era stato indicato nel contratto di swap, e che esso è stato individuato dal c.t.u. sulla base di un complesso calcolo, sopra riportato.

Orbene, tale omissione si traduce in un vizio genetico del contratto, posto che il mark to market attiene al suo oggetto, come chiarito dalla Suprema Corte.

Né rileva la circostanza che lo swap risulta ormai chiuso, come rilevato da parte convenuta, posto che le vicende attinenti al rapporto contrattuale non possono influire sulla fase genetica del contratto.



Va, peraltro, aggiunto che nel caso di specie non risultano indicati neppure gli ulteriori elementi valutati come essenziali dalla Suprema Corte ai fini dell'assolvimento della funzione di gestione del rischio finanziario, ovvero gli scenari probabilistici, la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e dei costi, pur se impliciti.

Esaminato, quindi, il caso concreto alla luce dei principi espressi al paragrafo 3 che precede, si deve, dunque, pervenire alla conclusione che, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, l'affare concluso tra le parti risulta connotato da una irresolutezza di fondo che rende nullo il relativo contratto, perché, per usare l'espressione impiegata dalle Sezioni Unite con sentenza 12 maggio 2020, n. 8770, *“non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)”*.

Alla stregua delle suesposte considerazioni, deve, dunque, essere dichiarata la nullità del contratto di interest rate swap n. 5021025.

9. In via gradata, si deve osservare che il contratto che viene in rilievo nel caso di specie non risultava neppure essere un derivato di copertura.

Infatti, pur avendo esso sostanzialmente avuto funzione di parziale copertura dai rischi collegati al tasso di interesse del contratto di mutuo concluso dalle attrici in data 11/6/2007 (doc. 1 fascicolo parte attrice), dato che *“il risultato dell'operazione di stipula del contratto di mutuo insieme alla sottoscrizione dei due contratti IRS (IRS n. 5021025 – IRS 63265) è di aver ridotto la variabilità dei flussi di cassa del mutuatario per il primo decennio di durata del mutuo”* (v. pag. 81 della relazione), tuttavia esso non ha rispettato tutti i requisiti previsti dalle comunicazioni Consob del 1999 e del 2001.

Come rilevato dal consulente, *“La Consob - con Comunicazione Consob n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 e con Comunicazione Consob n. DEM/1026875 dell'11 aprile 2001 - ha individuato tre fondamentali criteri che devono ricorrere affinché il derivato possa essere considerato avente finalità di copertura:*

“In particolare, le operazioni su strumenti finanziari derivati ordinate dal cliente potranno essere considerate di copertura quando:

A) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente;



B) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine;

C) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente”.

Secondo l'Organo di Vigilanza affinché uno strumento finanziario derivato possa essere qualificato come “di copertura” è necessario che siano rispettati tutti e tre i 3 requisiti elencati” (pag. 53 della relazione).

Il consulente ha affermato che nel caso di specie soltanto il requisito sub B) è stato rispettato, dal momento che non risulta documentazione attestante il rispetto del requisito sub A), ovvero inerente:

“- Analisi dei Rischi Finanziari del contratto di mutuo;

- Designazione iniziale degli swap a copertura dei rischi finanziari del mutuo;

- Requisiti di efficacia di copertura;

- Analisi e Simulazioni di Efficacia di Copertura degli swap.

Il primo requisito Consob non è rispettato, in quanto è assente una prova documentale che dimostri che lo swap n. 5021025 sia stato esplicitamente posto in essere al fine di ridurre la rischiosità del contratto di mutuo del 11/06/2007 rep. 19062 / 5360 Notaio [REDACTED]” (pag. 53).

Inoltre, *“lo scrivente evidenzia che nella documentazione agli atti non è stata rilevata documentazione formale, attestante l'adozione di procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare, che le condizioni espresse nei punti A) e B) ricorrano effettivamente” (v. pag. 55 della relazione), con il conseguente mancato rispetto anche del requisito sub C).*

10. La mancanza di funzione di copertura evidenzia un difetto di meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti attraverso la conclusione del contratto di swap, con conseguente nullità anche sotto questo profilo, in ossequio a quanto affermato da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 19013 del 31/07/2017, la cui massima recita: *“In tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici ex art. 1322 c.c., in particolare per i contratti c.d. “derivati”, l'art. 21 TUF e l'art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa e inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che gli intermediari si comportino*



con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato". (Nella specie, riguardante contratti derivati 'interest rate swap' con natura di operazioni "di copertura", la S.C., in applicazione dell'esposto principio, ha cassato la sentenza di appello, richiamando altresì specificamente il rispetto delle condizioni di cui alla determinazione Consob 26 febbraio 1999, evidenziando la necessaria stretta correlazione tra l'operazione di "copertura" e il rischio da coprire).

11. Sulla base di quanto rilevato, e secondo i principi dell'indebito, [REDACTED] deve, quindi, essere condannata a restituire alle attrici la somma di € 68.281,46, indicata sin dall'atto di citazione (nonché in comparsa conclusionale) e non contestata, nel *quantum*, da parte convenuta.

Su tale importo, trattandosi di debito di valore, decorrono gli interessi legali (e non gli interessi moratori di cui al d.lgs. 231/2002, non essendo applicabile al caso di specie, *ratione temporis*, la legge 162/2014), dalla data di notifica dell'atto di citazione (4/6/2010) fino al saldo.

Ogni ulteriore questione risulta assorbita.

12. Le spese di lite del presente grado di giudizio devono essere integralmente compensate tra le parti, considerata l'oscillazione della giurisprudenza nella materia dei derivati, nonché la circostanza che la presente decisione si fonda su principi enunciati dalla Corte di Cassazione soltanto con la recente sentenza a Sezioni Unite, 12 maggio 2020, n. 8770.

Per gli stessi motivi, le spese di c.t.u. devono essere poste in via definitiva per metà a carico delle attrici in solido e per metà a carico di parte convenuta.

P. Q. M.

Il Tribunale di Firenze, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa o assorbita, definitivamente pronunciando,

1. dichiara la nullità del contratto di interest rate swap n. 5021025 concluso tra le parti;
2. condanna [REDACTED] a restituire alle attrici la somma di € 68.281,46, oltre gli interessi legali dal 4/6/2010 al saldo;
3. compensa tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio;



4. pone le spese di c.t.u. in via definitiva per metà a carico delle attrici in solido e per metà a carico di parte convenuta.

Così deciso in Firenze, in data 24 agosto 2020.

Il giudice

Dr.ssa Ilaria Benincasa

