

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Bari, Quarta Sezione Civile, in composizione monocratica in persona del Giudice Rosanna ANGARANO ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n.13429/2014 R.G. affari contenziosi

TRA

██████████ SPA rappresentata e difesa dall'AVV. DI PUMPO MATTEO (DPMMTT81H16H985F) ed elettivamente domiciliata in VIA MURIZIO BUFALINI,8 ROMA

Attore

E

██████████ SPA rappresentata e difesa dall'AVV. ██████████ ed elettivamente domiciliata in VIA ██████████ BARI

Convenuta

Alla udienza del 25 maggio 2021, celebratasi nelle forme della trattazione scritta ex art. 221 co 4 dl 34/2020 conv. In l. 77/2020 la causa veniva riservata per la decisione sulle conclusioni rassegnate dalle parti come da note scritte

Per l'attore: Voglia codesto Ill.mo Giudice adito, contrariis reiectis, così giudicare: In via principale: (i) accertare e dichiarare la nullità dell'Accordo Quadro e, in ogni caso, del derivato oggetto di causa per i motivi e le causali esposte in atti, per l'effetto condannare a titolo di restituzione dell'indebito ██████████ S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, a restituire, in favore dell'attrice, l'importo pari a € 807.810,77 (saldo negativo dei differenziali corrisposti alla convenuta come quantificato nella CTU), nonché gli ulteriori flussi cedolari negativi corrisposti dall'attrice dalla data della CTU in esecuzione del derivato, con interessi legali a partire



dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero alla diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia. In via subordinata: (ii) accertare e dichiarare l'annullamento del derivato per i motivi e le causali esposte in atti e, per l'effetto, condannare [REDACTED] S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad estinguere senza alcun costo tale derivato e a restituire, in favore dell'attrice, l'importo pari a € 807.810,77 (saldo negativo dei differenziali corrisposti alla convenuta come quantificato nella CTU), nonché gli ulteriori flussi cedolari negativi che dovessero essere corrisposti dall'attrice dalla data della CTU in esecuzione del derivato, con interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero alla diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia; In via ulteriormente subordinata: (iii) accertare e dichiarare per le ragioni illustrate, la responsabilità contrattuale della convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, e, per l'effetto, dichiarare risolti ex artt. 1453 e 1455 cod. civ. l'Accordo Quadro e, in ogni caso, il derivato, condannando [REDACTED] S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad estinguere senza alcun costo per l'attrice il derivato e al risarcimento, in favore dell'attrice, dei danni subiti pari a € 807.810,77 (saldo negativo dei differenziali corrisposti alla convenuta come quantificato nella CTU), nonché gli ulteriori flussi cedolari negativi che dovessero essere corrisposti dall'attrice dalla data della CTU in esecuzione del derivato, con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero alla diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia; (iv) accertare e dichiarare per i motivi e le causali esposti in atti la responsabilità precontrattuale della convenuta e, per l'effetto, condannare [REDACTED] S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, a risarcire all'attrice il danno, come quantificato nella CTU, in € 807.810,77, nonché negli ulteriori flussi cedolari negativi che dovessero essere corrisposti dall'attrice dalla data della CTU in esecuzione del derivato, con



rivalutazione monetaria ed interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero alla diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia; In estremo subordine: (v) accertare e dichiarare il dolo contrattuale della convenuta per i motivi e le causali esposti in atti e, per l'effetto, condannare [REDACTED] S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, a risarcire all'attrice il danno subito secondo l'ammontare accertato in corso di causa e occorrendo in via equitativa, dal Giudice, anche a seguito di apposita CTU, oltre interessi legali e maggior danno ex art. 1224, comma secondo cod. civ., dall'evento al saldo. (vi) accertare la violazione dell'art. 23, comma secondo del TUF e, conseguentemente, dichiarare che nulla è dovuto ad [REDACTED] S.p.A. a titolo di compenso e che, pertanto, la convenuta deve essere condannata a restituire i costi occulti applicati nel derivato quantificati dal CTU in Euro 16.265,46, ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia. In ogni caso: (vii) condannare [REDACTED] S.p.A. al pagamento in favore dell'attrice delle spese, competenze ed onorari di causa.

Per il convenuto: Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito: 1) dichiarare infondata la domanda avversa, per tutte le ragioni esposte in atti e scritti di causa e per l'effetto integralmente rigettarla; 2) Con vittoria di spese e onorari del presente giudizio.

Oggetto:Intermediazione mobiliare(fondi di invest., gestione risparmio, etc)



FATTO E DIRITTO

1 Con atto di citazione notificato per mezzo del servizio postale con raccomandata ricevuta il 07 agosto 2014 la ██████████ srl conveniva in giudizio la ██████████ spa per ivi sentire accogliere le seguenti testuali conclusioni“(i) in via principale: accertare e dichiarare la nullità dell’Accordo Quadro e del Derivato per i motivi e le causali esposte e, per l’effetto, condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad estinguere senza alcun costo tale Derivato e alla restituzione, in favore dell’attrice, delle perdite subite pari a €486.929,01 o alla maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, oltre ai futuri addebiti, nonché oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo; (ii) in subordine: accertare e dichiarare l’annullamento dell’Accordo Quadro e del Derivato per i motivi e le causali esposte e, per l’effetto, condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad estinguere senza alcun costo tale Derivato e alla restituzione, in favore dell’attrice, delle perdite subite pari a €486.929,01, o alla maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, oltre ai futuri addebiti, nonché oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo; (iii) in via gradata, accertare e dichiarare per i motivi e le causali esposte la responsabilità pre e/o contrattuale della convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, e, per l’effetto, dichiarare la risoluzione dell’Accordo Quadro e del Derivato e condannare la controparte al risarcimento, in favore dell’attrice, dei danni subiti pari a €486.929,01, o alla maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, oltre ai futuri addebiti, nonché oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo; (iv) in via ancor più gradata: accertare e dichiarare gli artifici e i raggiri commessi dalla convenuta per i motivi e le causali esposte e, per l’effetto, condannare la controparte al risarcimento, in favore dell’attrice, dei danni subiti



pari a € 486.929,01, o alla maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, oltre ai futuri addebiti, nonché oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo; (v) in via di estremo subordine: accertare e dichiarare con riguardo al Derivato l'omesso pagamento dell'up-front da parte della convenuta integrante indebito oggettivo per i motivi e le causali esposte e, per l'effetto condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante pro tempore, alla ripetizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 cod. civ., di tutte le somme indebitamente sborsate dall'attrice per costi impliciti pari a €18.849,05, ovvero alla diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia a seguito di apposita CTU, nonché oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo; Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa e rimborso del contributo unificato”.

A fondamento della pretesa esponeva in fatto che in data 24 marzo 2009 aveva sottoscritto un accordo quadro pe operazioni in strumenti finanziari e che il successivo 27 maggio 2019, su sollecitazione della banca, al solo fini di copertura dei rischi derivanti da un mutuo precedentemente contratto con la medesima, aveva acquistato il derivato *interest rate swap* che a causa dell'andamento negativo aveva causato perdite pari ad 486.929,01. Per l'effetto deduceva 1) la nullità sia del contratto quadro che del contratto derivato violazione dell'art. 30 tuf; 2) la nullità del contratto derivato per mancanza di causa stante la mancata creazione di alee reciproche tra le parti, per mancanza di causa concreta, per difetto di accordo sul requisito del compenso; l'annullabilità del medesimo contratto per vizio del consenso 3) il grave inadempimento della società convenuta alle obbligazioni gravanti sui soggetti intermediari 4) l'indebita corresponsione di costi occulti pari ad € 18.849,05.



La Banca si costituiva con comparsa di costituzione e risposta del 22/12/2009 rassegnando contestando la sussistenza sia di vizi genetici che dell'inadempimento: Per l'effetto rassegnava le seguenti testuali conclusioni: *"Nel merito a) respingere le domande tutte formulate dall'attore in quanto infondate in fatto ed in diritto ed assolutamente non provate, nemmeno documentalmente; b) respingere la richiesta di risarcimento danni in quanto del tutto infondata, previa risoluzione del contratto di acquisto dei titoli per grave inadempimento contrattuale della convenuta, con rigetto, comunque, degli interessi e del danno da svalutazione monetaria; c) con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, nonché accessori di legge. In via riconvenzionale Nel caso di denegata ipotesi di accoglimento della richiesta di parte attrice sia in merito alla nullità, inefficacia ed annullabilità dei contratti sottoscritti dall'odierno attore, con conseguente condanna della Banca convenuta alla restituzione degli importi relativi alle opzioni Put si chiede: a) la restituzione in favore della Banca da parte dell'attore delle cedole per interessi da questi incassare nel corso del contratto per cui oggi è causa; b) la restituzione in favore della Banca dei titoli in essere alla data odierna e di cui al dossier titoli dell'attore".* Argomentava in ordine alla validità del contratto, stante la sottoscrizione dell'attore, nonché dei successivi ordini ed alla inesistenza di un proprio inadempimento alle obbligazioni sulla medesima gravanti.

La causa veniva istruita a mezzo ctu e all'udienza del 25 maggio 2021 veniva riservata per la decisione, con la concessione dei termini per il deposito di conclusionali e repliche

2 La domanda principale di nullità del contratto quadro per violazione dell'art. 30 tuf in quanto stipulato fuori dai locali commerciali e senza attribuire al cliente la facoltà di recesso è infondata.



In disparte il rilievo che l'attrice non ha provato la stipula è avvenuta fuori dai locali commerciali, il medesimo prevede all'art. 18.3. la facoltà di recesso del cliente

3 La domanda principale di nullità del contratto derivato è fondata restando superati per difetto di interessi le ulteriori domande subordinate.

3.1 Il derivato oggetto del giudizio appartiene alla categoria degli *interest rate swap* (IRS) nella forma, come accertato dal ctu e non contestato dalle parti del c.d. *plain vanilla*, ovvero uno *swap* che prevede pagamenti reciproci indicizzati a differenti tassi di interesse e, in particolare di un tasso fisso (a carico della [REDACTED]) a fronte di un tasso variabile corrisposto dalla banca.

E' documentalmente provato che il contratto non conteneva l'indicazione della formula di calcolo del *mark to market* (ovvero costo di sostituzione) né vi era alcun richiamo a criteri diffusi ed accertati nella prassi del settore. Il contratto, pertanto, non conteneva alcuna indicazione relativa alla misura qualitativa e quantitativa dell'alea ed anche dei costi impliciti. Detta circostanza, è stata confermata dal ctu e non è oggetto di alcuna contestazione tra le parti.

3.2 Gli effetti di tale omissione sono stati oggetto di contrastanti posizioni sia della dottrina che della giurisprudenza. La questione, tuttavia, è stata risolta dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 8770/2020 nella quale – occupandosi per altro di un derivato dalle caratteristiche analoghe a quello oggetto di giudizio - si è stabilito il principio di diritto secondo cui “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”

3.3 L'assunto della convenuta secondo cui detta pronuncia non rilevarebbe nel caso di specie perché volta a risolvere la diversa questione della validità dei contratti derivati stipulati dai Comuni trova smentita nel principio di diritto affermato.

Sebbene il quesito sottoposto alle Sezioni Unite avesse ad oggetto gli strumenti finanziari stipulati da un ente locale, la decisione travalica detto ambito e ricostruisce la categoria dei contratti finanziari derivati, con speciale riferimento all'*interest rate swap* e ai suoi elementi essenziali, anche ai fini della validità del contratto.

Resta così acquisito, con statuizione dalla quale non vi è motivo di discostarsi non avendo la convenuta apportato argomenti convincenti di segno contrario che la causa dello *swap* non può identificarsi nella causa della scommessa, andando piuttosto rinvenuta nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio; che, perché la causa, in concreto, si atteggi in modo tale da assicurare il perseguimento di interessi meritevoli di tutela occorre verificare che si sia in presenza di un accordo sulla misura dell'alea, “calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, difettando, in mancanza il presupposto dell'utilità sociale. Ne consegue che l'accordo, non può nemmeno limitarsi al *mark to market* ma deve investire gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea e la misura dei costi impliciti perché solo attraverso detti parametri si realizza la funzione di gestione del rischio finanziario. Ne consegue che, la mancanza di detti elementi connota il negozio di “una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il



relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)” .

4. Pure fondata è la domanda di ripetizione.

4.1. Parte attrice, quale effetto discendente dalla declaratoria di nullità dei contratti in derivati, ha invocato la ripetizione dei differenziali a suo carico maturati in forza del contratto *inter partes*; la domanda è fondata e deve essere accolta con riferimento alla situazione di fatto esistente alla data di instaurazione del presente giudizio e, quindi, limitatamente all'importo di € 486.929,01. Va evidenziato, infatti, che solo in comparsa conclusionale la banca ha contestato il mancato pagamento di somma alcuna. Trattasi, tuttavia, di eccezione in senso stretto che avrebbe dovuto essere oggetto di specifica allegazione in sede di comparsa.

Rimangono, invece, al di fuori dell'oggetto del presente giudizio i differenziali pagati in costanza di rapporto. La domanda accessoria di ripetizione di indebitto, richiede tra i suoi elementi costitutivi sia l'accertamento dei differenziali maturati in corso di giudizio, sia l'avvenuto pagamento, a detto titolo, di somme in eccedenza; ne consegue che deve considerarsi domanda nuova, e come tale inammissibile (ma riproponibile in un separato giudizio), la richiesta di condanna alla restituzione dell'ulteriore indebitto per le somme versate in nel corso del giudizio, in quanto si fonda su presupposti di fatto diversi da quelli prospettati con la domanda originaria, e comporta un mutamento del fatto costitutivo del diritto fatto valere. Va altresì, rigettata la domanda di condanna al pagamento degli ulteriori differenziali a pagarsi restando preclusa la condanna in futuro se non nei casi espressamente contemplati dalla legge (cfr. Cass. n. 8405/2014).

4.2 L'importo riconosciuto va maggiorato di interessi secondo il tasso legale dalla data della domanda in mancanza della allegazione di una diversa decorrenza nelle



conclusioni di cui alla citazione. Va rigetta, invece, la domanda di rivalutazione stante la natura di debito di valuta del debito restitutorio. Per altro, qualora la parte, con riguardo ad una pretesa restitutoria, proponga domanda congiunta di interessi e rivalutazione monetaria, come se si trattasse di un credito di valore, al giudice è preclusa l'applicabilità dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ. in ordine al maggior danno da svalutazione. (Cass. n. 21956/2014).

5 Le spese di giudizio restano compensate per la metà ex art. 92 cpc in quanto la questione controversa rilevante nella decisione è stata risolta successivamente all'introduzione del giudizio ed anche alla sua completa istruttoria.

Le spese di ctu, ferma la obbligazione solidale di entrambe le parti nei confronti del professionista, nei rapporti interni restano a carico della parte convenuta risultata soccombente

P. Q. M.

Il Tribunale, in composizione collegiale, definitivamente decidendo sulla domanda proposta dalla ██████████ nei confronti della ██████████ spa con atto di citazione notificato per mezzo del servizio postale con raccomandata ricevuta il 07 agosto 2014 così provvede:

accoglie la domanda principale e, per l'effetto, dichiara la nullità del contratto derivato del 27 maggio 2009 e condanna la convenuta alla restituzione della somma di € 486.929,01 oltre gli interessi nella misura legale a decorrere dalla domanda

Condanna, altresì, la convenuta alla rifusione in favore della attrice della metà delle spese di lite che si liquida, (già compensata la ulteriore metà) in € 10694,00 per compenso di avvocato, oltre 15% spese generali C.A.P. ed I.V.A.



pone definitivamente a carico della convenuta le spese di ctu e, per l'effetto, condanna la medesima a rifondere all'attrice quanto eventualmente corrisposto a tale titolo in via di anticipazione

- Così deciso in Bari il 07 ottobre 2021

Il Giudice

Rosanna Angarano

