

Sentenza n. 4819/2022 pubbl. il 31/05/2022

RG n. [REDACTED]

Repert. n. [REDACTED] del 31/05/2022

N. R.G. [REDACTED]



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA CIVILE

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. [REDACTED] 2021

tra

[REDACTED] S.R.L.

attore

e

[REDACTED] SOCIETA' PER AZIONI
[REDACTED] S.P.A.

IN FORMA ABBREVIATA

convenuto

Oggi 31 maggio 2022 ad ore 9,21 innanzi al dott. [REDACTED] sono comparsi:

Per [REDACTED] S.R.L. l'avv. [REDACTED] oggi sostituito dall'avv. [REDACTED]

Per [REDACTED] S.P.A. l'avv. [REDACTED] e l'avv. [REDACTED], oggi sostituito dall'avv. [REDACTED]

I procuratori delle parti precisano le conclusioni come da fogli separati inviati telematicamente.
Dopo breve discussione orale, il Giudice pronuncia sentenza *ex art. 281 sexies c.p.c.* dandone lettura.

Il Giudice

[REDACTED]

pagina 1 di 17

Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 6
Firmato Da: [REDACTED] Dat: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 6



Sentenza n. 4819/2022 pubbl. il 31/05/2022

RG n. [REDACTED] 2021

Repert. n. [REDACTED] 2022 del 31/05/2022



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. [REDACTED] ha pronunciato *ex art. 281 sexies c.p.c.* la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. [REDACTED] 2021 promossa da:

[REDACTED] S.R.L. (C.F. [REDACTED]), con il proc. dom. avv. [REDACTED] VIALE
LIEGI, 14 ROMA

parte attrice

contro

[REDACTED] S.P.A. (C.F. [REDACTED]), con il proc. dom. avv. [REDACTED]
[REDACTED]

parte convenuta

pagina 2 di 17

Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE
Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA



CONCLUSIONI

Per parte attrice:

In via preliminare: disporre CTU tecnico contabile come richiesta in sede di memoria 183.6.2 cpc

In via principale:

- Accertare e dichiarare, comunque, per tutte le causali esposte in narrativa, la responsabilità precontrattuale e/o contrattuale e/o extracontrattuale di [REDACTED] Spa e del personale del cui operato essa risponde civilmente ai sensi di cui agli artt. 1218 c.c., 2033 c.c., 2041 e 2043 c.c. occorsa nella prestazione dei servizi di investimento inerenti al contratto IRS OTC per cui è causa descritto in atti; per l'effetto condannare [REDACTED] SPA con sede in [REDACTED] [REDACTED] in persona del suo legale rappresentante pro tempore al risarcimento del danno alla [REDACTED] Srl da liquidarsi in misura pari a tutte le somme a qualsiasi titolo versate dall'attrice alla convenuta in esecuzione del contratto Interest Rate Swap variabile protetto differenziale SWAP [REDACTED] - [REDACTED] del 14.09.2005 e pari, complessivamente, ad € € 39.203,87 (somma risultante dalla compensazione delle somme in accredito versate alla attrice e le cedole di addebito corrisposte all'Istituto) o a quella minore o maggiore somma che risulterà provata nell'espletanda istruttoria e/o che il Giudice adito riterrà opportuno liquidare. Il tutto oltre agli interessi legali e rivalutazione da ogni singolo pagamento al saldo effettivo

In via ulteriormente subordinata:

- accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in atti, la nullità del contratto Interest Rate Swap variabile protetto differenziale SWAP [REDACTED] del 14.09.2005 e, per l'effetto, condannare [REDACTED] SPA con sede in [REDACTED] in persona del suo legale rappresentante pro tempore alla restituzione in favore della [REDACTED] Srl di tutti i



flussi di cassa indebitamente pagati pari, complessivamente, ad € 39.203,87 (somma risultante dalla compensazione delle somme in accredito versate alla attrice e le cedole di addebito corrisposte all'Istituto), o a quella minore o maggiore somma che risulterà provata nell'espletanda istruttoria e/o che il Giudice adito riterrà opportuno liquidare, oltre agli interessi legali.

In ogni caso, con vittoria di spese e compensi professionali del giudizio, oltre spese generali, IVA e CPA, come per legge.

Per parte convenuta ..:

preliminarmente:

- accerti e dichiarare maturata la prescrizione delle domande di [REDACTED] s.r.l. per le ragioni dedotte in atti;*
- accerti e dichiarare la carenza di interesse ad agire di [REDACTED] s.r.l. per le ragioni dedotte in atti;*

nel merito:

- respinga nel miglior modo le domande tutte proposte da [REDACTED] s.r.l. contro [REDACTED] S.p.A. assolvendolo da ogni avversaria pretesa;*

in via subordinata riconvenzionale:

- in denegato caso di accoglimento delle domande ex adverso proposte condanni [REDACTED] s.r.l. a restituire ad [REDACTED] S.p.A., ovvero a compensare per effetto della compensatio lucri cum damno, tutti gli accrediti a qualunque titolo ricevuti in esecuzione dei contratti tutti oggetto della presente causa, pari a € 82.003 ovvero alla somma minore o maggiore che dovesse risultare, con riserva di diversamente quantificare, oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo;*
- in denegato caso di accoglimento della domanda di risarcimento del danno, accertata la colpa di cui all'art. 1227, comma 2°, c.c. in capo a [REDACTED] s.r.l., dichiarare il risarcimento non dovuto ovvero,*

Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE
Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA



accertata la colpa di cui all'art. 1227 comma 1°, c.c. in capo a [REDACTED] s.r.l., lo diminuisca;

In ogni caso:

- con vittoria di spese e onorari di causa, di sentenza e successive occorrenze maggiorate di CPA e IVA e contributo forfetario nelle spese generali.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato la [REDACTED] s.r.l. conveniva in giudizio la [REDACTED] s.p.a., al fine di ottenerne la condanna al risarcimento di danni patiti in relazione a un contratto in derivati *inter partes* o, in subordine, la declaratoria di nullità di tale contratto, con conseguente diritto a ripetere gli esborsi sostenuti in forza dello stesso.

L'attrice in particolare esponeva:

- che il 14.9.2005 la [REDACTED] stipulava con la convenuta un contratto in derivati Interest Rate Swap variabile protetto con un nozionale pari a euro 650.000,00 e scadenza al 16.9.2013;
- che il 10.1.2006 l'attrice subentrava nel contratto, con il consenso della convenuta;
- che il contratto in derivati era stato stipulato in assenza di preventiva stipula con l'originaria contraente di un contratto quadro ex art. 23 TUF;
- che, inoltre, la banca aveva omesso di profilare la cliente e, conseguentemente, di effettuare una corretta valutazione in punto di adeguatezza del prodotto finanziario;
- che, inoltre, la banca aveva omesso di fornire corretta e compiuta informativa in ordine ai rischi e allo sbilanciamento dell'alea insita nel contratto;
- che, infatti, il contratto si limitava a indicare un *mark to market* iniziale negativo di circa euro 68.000,00, pari all'*up front* accreditato in sede di estinzione di un precedente contratto in



- derivati e posto in compensazione con il *mark to market* iniziale negativo del contratto estinto;
- che, in ogni caso, il contratto in esame era nullo, non solo per difetto di preventivo contratto quadro scritto, ma anche per omessa indicazione dei criteri matematici prescelti per il calcolo del *mark to market*, nonché per omessa indicazione degli scenari probabilistici e delle curve *forward*;
 - che la banca era tenuta a restituire la somma complessiva di euro 39.203,87, pari ai flussi finanziari versati dall'attrice, al netto dei differenziali positivi percepiti in costanza di rapporto.

Si costituiva ritualmente in giudizio [REDACTED] s.p.a., contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in via preliminare, eccependo la prescrizione del diritto azionato nei suoi confronti; in via subordinata, nell'ipotesi in cui fosse stata dichiarata la nullità del contratto in derivati, la convenuta chiedeva in via riconvenzionale la restituzione della somma di euro 68.000,00 versata a titolo di *up front*, nonché dei differenziali dalla stessa versati.

Senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice rinviava all'odierna udienza per la discussione e decisione della causa ex art. 281 sexies c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento nella limitata misura che si indica.

Riepilogo dei contratti stipulati.

A fronte della contestazione più radicale sollevata da parte attrice, la quale ha sostenuto come la banca avesse ommesso la stipula del contratto quadro ex art. 23 TUF, così come la profilazione del cliente, sia per quanto concerneva l'originaria stipulante, sia per la stessa subentrante nel contratto, preliminarmente appare opportuno riepilogare i contratti stipulati dalle parti, nonché la documentazione

Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Se
Firmato Da: [REDACTED] Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA



latamente informativa intercorsa, alla luce delle produzioni effettuate dalla convenuta.

In particolare, infatti, l'istituto di credito ha prodotto il contratto quadro stipulato con la [REDACTED] la dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB 11522/1998, all'epoca vigente, resa dalla prima cliente, nonché il contratto quadro e la pari dichiarazione autoreferenziale resa dall'odierna attrice, superando per ciò solo le contestazioni attoree nella loro dimensione più radicale.

Inadempimento contrattuale e dichiarazioni autoreferenziali ex art. 31 Reg. CONSOB 11522/1998.

Fatta la premessa che precede, in via principale parte attrice ha prospettato una pretesa risarcitoria riconducibile a una responsabilità contrattuale, precontrattuale e/o extra contrattuale della banca; dal tenore delle difese, tuttavia, le doglianze si sono ripartite nella contestazione di vizi genetici del contratto idonei a determinarne la nullità (di cui *infra*), o nell'inadempimento a obblighi informativi e di protezione in sede di stipula del contratto, ossia a violazioni astrattamente idonee a configurare un inadempimento contrattuale e una conseguente responsabilità della convenuta; nessuna differente prospettazione è stata resa a supporto di ipotesi di responsabilità extracontrattuale, la quale appare quindi dedotta solo in sede di conclusioni, senza che fosse sorretta da adeguata argomentazione difensiva.

Circoscritta nei termini esposti, pertanto, la contestazione attorea, va rilevato come le doglianze riferite all'omessa informativa sulle caratteristiche e sulla rischiosità insita nel contratto, piuttosto che sull'alea sbilanciata che avrebbe caratterizzato le condizioni economiche pattuite, piuttosto ancora sul mancato avvertimento in ordine all'inadeguatezza dello strumento finanziario concluso; di fatto sono state svuotate delle conseguenze che parte attrice avrebbe voluto trarre dalla produzione di parte convenuta e, in particolare, si fa riferimento alle dichiarazioni autoreferenziali di investitore qualificato ex art. 31



reg. CONSOB 11522/1998 rese tanto dalla originaria cliente che dall'odierna attrice.

Come, infatti, affermato dalla giurisprudenza consolidata sotto la vigenza della disciplina primaria e secondaria all'epoca vigente, gli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario finanziario vengono meno tutte le volte in cui il cliente rientri nella categoria di operatore professionale, ossia qualificato, ovvero sia un soggetto esperto, non bisognoso delle particolari attenzione e cautele cui l'osservanza degli obblighi informativi è diretta.

Tale qualifica soggettiva può essere assunta dal cliente anche volontariamente, rilasciando apposita dichiarazione autoreferenziale, in cui si riconosce il possesso dei requisiti di conoscenza e di esperienza necessari per poter essere annoverato quale cliente qualificato, in tal modo liberando la controparte professionale dal rispetto e dall'osservanza degli obblighi informativi, sia generali in ordine alle caratteristiche del prodotto finanziario e alla sua rischiosità, sia specifiche, ossia riferite alla posizione soggettiva del cliente, quale la valutazione in termini di adeguatezza dello strumento finanziario e al conseguente obbligo di avvertimento là dove il prodotto venga valutato non in linea con il profilo di rischio e di esperienza del cliente.

Nessuna contestazione è stata sollevata in ordine alla efficacia e validità di tali dichiarazioni autoreferenziali prodotte dalla convenuta.

Sul punto, infatti, va ricordato il principio giurisprudenziale ormai ampiamente consolidatosi con riferimento alle dichiarazioni ex art. 31 in esame (Cass. n. 11138/09), ossia nel senso che le stesse non assumano una valenza confessoria, ma comportino e implicino solo una sorta di inversione dell'onere probatorio diretto a dimostrare il contrario di quanto dichiarato, ossia comportano per il dichiarante che intenda dimostrare la non corrispondenza alla realtà di quanto affermato la necessità di fornire elementi probatori e indiziari idonei a superare il principio di prova di segno contrario rappresentato dalla



dichiarazione da egli resa, il tutto con la dimostrazione ulteriore della consapevolezza in capo all'intermediario finanziario delle circostanze atte a far ritenere che quanto dichiarato non rispondesse alla realtà.

Nel caso di specie, come si è detto, in assenza di contestazioni specifiche mosse dall'attrice al fine di privare di giustificazione ed effetti la dichiarazione autoreferenziale da ella resa, devono considerarsi prive di fondamento le doglianze sollevate sulla violazione degli obblighi informativi gravanti sulla banca, strumentali alla domanda risarcitoria ricollegata a una ipotesi di responsabilità contrattuale.

Indeterminatezza dell'oggetto e nullità dei derivati.

Va, viceversa, accolta e ritenuta fondata l'eccezione di nullità del contratto in derivati *inter partes* per il fatto che lo stesso non contenga specificazione dei criteri di calcolo del *Mark to Market* (MtM).

Il *Mark to Market*, infatti, quale sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione, ovviamente presuppone il richiamo al tasso di interesse di riferimento, ma necessita altresì di essere sviluppato attraverso un conteggio che, mediante il ricorso a differenti formule matematiche, consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente al momento del calcolo dell'MtM.

Precisato, quindi, che per definizione il *Mark to Market* non possa essere pattuito in modo determinato, trattandosi di un valore destinato necessariamente a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente, perchè possa sostenersi che esso sia quanto meno determinabile è comunque necessario che sia esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente.



Ciò si rende necessario in quanto detta operazione può essere condotta facendo ricorso a formule matematiche differenti, tutte equivalenti sotto il profilo della loro correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente differenti fra di loro.

Se, pertanto, per la determinazione del *Mark to Market* si pretendesse di fare richiamo alle sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza indicare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, in realtà non si renderebbe il dato contrattuale effettivamente determinabile, sostanzialmente rimanendo lo stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato (nel caso di specie la convenuta, prevista in contratto quale parte deputata a tali conteggi).

Ciò che sotto tale profilo rileva, quindi, non è tanto la quantificazione del *Mark to Market* nel momento iniziale del rapporto (il quale, al più, potrà assumere interesse sotto altro profilo, quale l'individuazione di compensi o comunque di oneri su cui non si sia formato il consenso negoziale, in quanto non esplicitati al momento del perfezionamento del contratto), né il calcolo dello stesso nella sua fase iniziale, ossia la proiezione per la durata residua del rapporto dei contrapposti flussi registrati alla data in cui l'operazione viene compiuta; con riferimento a tali conteggi, infatti, è sufficiente una mera e inequivoca operazione matematica sulla base dei parametri concordati per la quantificazione dei contrapposti flussi finanziari.

Ma per procedere alla quantificazione del *Mark to Market* è necessaria una ulteriore fase di calcolo, costituita dalla attualizzazione alla data in cui l'operazione viene compiuta dei flussi finanziari futuri attendibili per la durata residua del rapporto in forza degli scenari esistenti; tale operazione, infatti, si rende necessaria in quanto tali differenziali vengono corrisposti o comunque calcolati in anticipo



rispetto al momento in cui sono destinati a maturare.

Al fine di evitare, quindi, che il calcolo del *Mark to Market* risulti indeterminabile, è necessario che sia pattuita la formula matematica di attualizzazione prescelta per operare tale riconduzione temporale dei differenziali futuri; altrimenti, come si è detto, la parte incaricata alla predisposizione di tale stima (di norma l'intermediario che ha ingegnerizzato lo strumento finanziario) si troverebbe nella condizione di poter di volta in volta scegliere la formula di attualizzazione nel frangente a lei più conveniente.

In difetto, quindi, di esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dalla banca già fase iniziale risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di una delle parti del contratto.

Tale contesto, pertanto, porta a escludere che nel contratto in esame il *Mark to Market* fosse determinabile.

Si tratta, quindi, a questo punto di verificare se l'MtM sia o no un elemento essenziale del contratto in derivati, con l'effetto che, in caso positivo, la nullità della relativa clausola si estenda all'intero contratto ex art. 1418 c.c.

A tal proposito si è rilevato come l'MtM diviene operante solo nel caso in cui si proceda a una chiusura anticipata del rapporto e, pertanto, sarebbe un elemento contrattuale solo eventuale e non necessario e, in particolare, non assumerebbe alcuna rilevanza nella fase genetica del contratto; per tali ragioni, secondo tale primo orientamento, l'MtM non potrebbe essere considerato come un elemento essenziale del contratto e, quindi, la nullità per indeterminatezza della sua pattuizione non si rifletterebbe sull'intero contratto.

Tale ricostruzione, tuttavia, non tiene in giusta considerazione il fatto che il *Mark to Market*, quale sommatoria attualizzata di differenziali futuri attesi, rappresenta, sia pure nella dimensione



temporalmente contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari, ossia l'oggetto stesso del contratto; il *Mark to Market* non assume rilievo in una prospettiva patologica del derivato, ossia al fine di porre termine anzitempo a un rapporto non più rispondente alle esigenze di copertura o comunque agli interessi delle parti o, quanto meno, di una di esse, ma al contrario la successione dei derivati, con conseguente necessità di determinazione del loro MtM, attiene alla dimensione fisiologica di tali contratti, rientrando nella logica degli eventi che nel corso degli anni subentrano la necessità di modellare i parametri di scambio dei flussi finanziari al modificarsi delle condizioni macro economiche degli indici di riferimento.

In sostanza l'MtM è una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate (ossia la scelta di una di esse di dare chiusura anticipata al rapporto, piuttosto che altri casi di necessaria interruzione anticipata, come ad esempio i casi di ammissione a procedure concorsuali della cliente o a procedura di liquidazione coatta della banca).

In tali casi, quindi, l'oggetto del contratto, costituito dal differenziale dei contrapposti flussi finanziari, viene determinato attraverso il *Mark to Market*, il quale, rappresentando una sua specifica modalità di espressione, è esso stesso l'oggetto del contratto.

Ciò appare indirettamente confermato dallo stesso legislatore, là dove all'art. 2427 bis c.c. ha previsto che le società debbano in bilancio indicare il *fair value* del contratto derivato, cioè il valore in sé del contratto (ossia l'MtM); tale previsione normativa, infatti, conferma come il *Mark to Market*, lungi dal configurarsi solo come elemento eventuale del contratto, sia piuttosto una componente necessaria del suo oggetto, tanto da dover essere esplicitata in sede di bilancio.

Se così è, quindi, dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate

Firmato Da: [REDACTED] A QUALIFICATA [REDACTED]



o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto stesso, sarà necessario che nel regolamento contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore; in difetto, risolvendosi la quantificazione dell'MtM in una determinazione di una delle parti (la banca), non verificabile dall'altra, deve concludersi come esso non risulti determinabile, implicando la nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c.

Le conclusioni sopra esposte di recente sono state recepite e fatte proprie dalla Cassazione, la quale ha ripreso e condiviso le argomentazioni e la motivazione sopra articolata (si veda Cass., 21830/2021), confermando una sentenza della corte di Appello di Milano, la quale a sua volta confermava altra pronuncia del sottoscritto giudice.

Conseguenza della nullità del contratto. Prescrizione.

Per effetto della eccepita nullità del contratto, parte attrice ha chiesto la condanna della convenuta alla restituzione dei differenziali a lei negativi corrisposti durante la vigenza del contratto, al netto di quelli positivi accreditati e, quindi, già operando una compensazione fra i contrapposti versamenti; in particolare parte attrice, ricostruendo la successione di differenziali corrisposti dalle parti nel corso del rapporto, ha quantificato la propria pretesa ripetitoria in euro 39.203,87.

Parte convenuta, tuttavia, ha eccepito in via preliminare la prescrizione del diritto a ripetere le somme pagate in forza del contratto in derivati, evidenziando come il primo atto interruttivo fosse stato perfezionato dall'attrice in data 15.3.2019, con la trasmissione della prima comunicazione di reclamo; a detta della convenuta, pertanto, devono considerarsi prescritti i diritti ripetitori con riferimento a tutti i differenziali pagati dalla cliente in data antecedente al 15.3.2009, con l'effetto che il diritto dell'attrice vada circoscritto, operate le compensazioni con gli accrediti di differenziali positivi, in euro 5.005,53.

Da parte sua l'attrice ha contestato la decorrenza del termine prescrizionale sostenuta dalla banca,



facendo richiamo ai principi giurisprudenziali diretti a far decorrere tale termine dal momento in cui il danneggiato prende consapevolezza del pregiudizio patito per effetto della condotta illecita altrui e, quindi, nel caso di specie solo dal momento in cui i vizi del contratto sono stati resi noti, attraverso una perizia di parte appositamente commissionata.

La tesi di parte attrice, nei termini appena riassunti, non può trovare condivisione.

Il decorso differito del termine prescrizione, infatti, si giustifica là dove il diritto di credito dipenda da un atto o fatto non conosciuto dal creditore; in tale stato soggettivo, infatti, questi non potrebbe esercitare il diritto risarcitorio, non essendo neppure a conoscenza del pregiudizio patito per effetto della condotta illecita altrui o per effetto di un evento dedotto quale condizione della pretesa creditoria, per cui difetterebbe il presupposto soggettivo necessario per configurare l'inerzia del titolare del diritto quale manifestazione tacita di una volontà di non esercitare il diritto.

Nel caso di specie, viceversa, il diritto ripetitorio dell'attrice dipende da un vizio genetico del contratto, tale da determinarne la nullità, ossia da un presupposto necessariamente conoscibile da entrambe le parti del contratto; l'ignoranza di tale vizio, quindi, non può mai essere incolpevole o giustificabile, in quanto non dipende da un fatto esterno alla sfera di conoscenza e di controllo della parte, ma al più dipende da uno stato di ignoranza del diritto, la quale per definizione non può avere rilevanza scusabile. L'inerzia della parte nell'agire per ottenere la declaratoria di nullità del contratto e per esercitare il conseguente diritto ripetitorio, pertanto, non può considerarsi sprovvista del presupposto soggettivo che giustifica il decorso del termine prescrizione, in quanto l'ignoranza del vizio contrattuale, non essendo scusabile, non priva l'inattività del creditore del significato di disinteresse all'esercizio del diritto.

Per le ragioni esposte, pertanto, in virtù dell'eccezione prescrizione, il diritto ripetitorio esercitato



dall'attrice deve essere circoscritto alla minor somma di euro 5.005,53.

Domanda riconvenzionale di parte convenuta.

Parte convenuta in via subordinata, nel caso in cui fosse accertata la nullità del contratto dedotto in causa, ha proposto domanda riconvenzionale rivolta a ottenere la restituzione o quanto meno la compensazione del credito accertato in capo all'attrice con la somma di euro 82.003,00, rappresentata dalla sommatoria dei differenziali versati alla cliente e dall'importo di euro 68.000,00 versato a titolo di *up front*, ritenendo come anche tali importi diverrebbero degli indebiti oggettivi una volta venuto meno il titolo negoziale in forza del quale i pagamenti sono stati effettuati.

Senonchè la pretesa riconvenzionale di parte convenuta non può trovare condivisione con riferimento alla somma di euro 68.000,00.

Tale importo, infatti, è stato versato dalla convenuta, mediante accredito in conto corrente, alla dante causa dell'attrice, affinché fosse posto in compensazione con il *mark to market* negativo relativo al precedente contratto in derivati, a sua volta addebitato in conto corrente; così facendo, quindi, estinto il primo contratto, la somma è stata indirettamente finanziata, tramite la predisposizione del contratto oggetto di causa con un *mark to market* iniziale sbilanciato a vantaggio della banca (nel contratto, infatti, si dà atto che il *mark to market* iniziale del nuovo contratto sarà a sfavore del cliente per una "entità indicativamente pari o superiore all'Importo Upfront").

Ciò, quindi, evidenzia in primo luogo come il versamento della somma di euro 68.000,0 non sia stato effettuato in esecuzione del secondo contratto, ossia quello che con la presente sentenza viene dichiarato nullo, ma per estinguere la posizione debitoria relativa al primo contratto, per cui la pretesa ripetitoria oggi azionata in via riconvenzionale non potrebbe discendere quale effetto della declaratoria di nullità del contratto oggetto di causa; ma soprattutto tale somma risulta essere stata accreditata sul



conto corrente della dante causa dell'attrice, sul cui conto corrente era stato addebitato anche il pari *mark to market* negativo del primo contratto, per cui nessun versamento di tale somma risulta essere stato effettuato a vantaggio dell'odierna attrice, la quale, come si è detto, è solo subentrata in un secondo momento nel secondo contratto in derivati.

Ciò esclude, con riferimento a tale importo, la fondatezza della pretesa ripetitoria oggi azionata in via riconvenzionale dalla convenuta.

Per quanto concerne, poi, la ripetizione dei differenziali versati in costanza di rapporto dalla convenuta, va osservato come gli stessi risalgano tutti a data successiva al 15.3.2009 e, quindi, sono già stati compensati in sede di quantificazione del credito ripetitorio di parte attrice.

Conclusioni.

Per effetto di quanto sopra, considerate assorbite le ulteriori difese di parte, la convenuta va condannata a pagare all'attrice la somma di euro 5.005,53, oltre a interessi secondo il tasso legale dal 16.3.2019 (primo atto di messa in mora) al saldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e, determinate in ragione del credito effettivamente accertato, si liquidano in complessivi euro 3.546,00, oltre c.p.a., di cui euro 360,00 per spese generali ed euro 786,00 per rimborso spese.

Visto l'art. 8 del D.L.vo 28/2010, così modificato con decorrenza dall'8.9.2013, rilevato come parte convenuta non risulti avere partecipato al procedimento di mediazione obbligatorio senza addurre giustificati motivi (si veda verbale negativo di mediazione), va pronunciata nei suoi confronti condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma di euro 759,00, pari all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

P.Q.M.



Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in parziale accoglimento della domanda proposta da [REDACTED] s.r.l. nei confronti di [REDACTED] s.p.a., dichiara la nullità del contratto in derivati *inter partes* e condanna la convenuta a restituire all'attrice la somma di euro 5.005,53, oltre a interessi secondo il tasso legale dal 16.3.2019 al saldo;
- condanna la convenuta a rifondere l'attrice delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 3.546,00, oltre c.p.a., di cui euro 360,00 per spese generali ed euro 786,00 per rimborso spese;
- condanna ex art. 8 del D.L.vo 28/2010 parte convenuta al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma di euro 759,00, pari all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Così deciso in Milano il 31 maggio 2022

Il giudice

[REDACTED]



