

N°	SENT
N°	RGAC
N°	CRON



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Roma – Sedicesima Sezione Civile (ex Terza Sezione Civile), in persona del dott. Francesco Remo Scerrato, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado, iscritta al n° 78803, Ruolo Generale dell'anno 2014, e trattenuta in decisione all'udienza del 12 marzo 2018, vertente

TRA

[REDACTED] – in liquidazione (già [REDACTED]
[REDACTED]), in persona del liquidatore,
elettivamente domiciliata a Treviso, piazza delle Istituzioni n° 25, presso lo studio dell'avv.to [REDACTED]
[REDACTED] del Foro di Napoli, da cui è rappresentata e difesa in forza di procura speciale in calce all'atto di citazione,

OPPONENTE

E

UNICREDIT S.P.A., in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata a Roma, Largo Giuseppe Toniolo n° 6, presso lo studio dell'avv.to Umberto Morera, che la rappresenta e difende in forza di procura generale alle liti del 29/10/2010 per atto notaio Carlo Vico di Bologna, rep. 115840, racc. 33105,

OPPOSTA

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo in materia bancaria.

CONCLUSIONI:

per la parte opponente (verbale dell'udienza di p.c. del 12/3/2018): “ ... l'avv.to Di Battista si riporta al foglio di p.c., depositato telematicamente e che rideposita come copia di cortesia in cartaceo (*In via preliminare, revocare e/o dichiarare nullo e/o inefficace e/o comunque, annullabile il decreto ingiuntivo opposto (d.i. n. R.g. 62914/2014) emesso in data 20.10.2014 e notificato via pec in data 30.10.2014 per i motivi tutti dedotti in narrativa, respingendo ogni e qualsiasi pretesa della convenuta opposta, in quanto infondata in fatto e*



in diritto: nullità della certificazione bancaria; nullità dei contratti in generale e delle clausole in particolare; nullità – annullabilità del contratto derivato; illegittimità ab origine della pretesa. Accertata e dichiarata la natura di tutti rapporti bancari intercorsi tra la società [REDACTED] l'Unicredit S.p.A., dichiarare la nullità dei medesimi, con quantificazione, in ogni caso, dei saldi, eventualmente anche attivi; e ciò in ragione dei motivi dedotti nell'atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo, vale a dire in forza della nullità della certificazione bancaria; della nullità dei contratti in generale e delle clausole in particolare; della nullità – annullabilità del contratto derivato ed illegittimità ab origine della pretesa. Accertata e dichiarata l'inefficacia delle certificazioni apposte dalla banca ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. n. 385/93, dichiarare nullo, per difetto delle condizioni di cui agli artt. 633 e 634 c.p.c., il D.I. n. 62914/14, con conseguente revoca dello stesso. Nel merito e in via subordinata, per la denegata ipotesi di rigetto della domanda principale: ridurre la pretesa creditoria sulla base di quanto emergerà all'esito del presente giudizio, operando le dovute compensazioni che saranno quantificate in corso di causa. Con vittoria di spese e competenze professionali con distrazione a favore dello scrivente avvocato ai sensi dell'art. 93 c.p.c.) ...”;

per la parte opposta (verbale dell'udienza di p.c. del 12/3/2018): “... L'avv.to Neri si riporta alle osservazioni alla ctu ed alle conclusioni di merito ed istruttorie riportate nel foglio di p.c. (*Piaccia a codesto ecc.mo Tribunale, per i motivi indicati in atti: in via preliminare: accertare e dichiarare la nullità dell'atto di citazione in opposizione di [REDACTED] confermando, per l'effetto, il decreto ingiuntivo telematico n. 23702 emesso in data 20 ottobre 2014 nel procedimento n.r.g. 62914/20142014 e concedendo la provvisoria esecuzione dello stesso; nel merito: rigettare l'opposizione di [REDACTED] siccome inammissibile infondata in fatto ed in diritto, e comunque non provata, confermando, per l'effetto, il decreto ingiuntivo telematico n. 23702 emesso in data 20 ottobre 2014 nel procedimento n.r.g. 62914/2014 2014 e concedendo immediatamente la provvisoria esecuzione dello stesso. In ogni caso accertare il credito della banca per l'importo di euro 10.989.697,09 oltre interessi sino al saldo, ovvero per l'importo maggiore o minore come risultante all'esito del giudizio. Con vittoria delle spese di lite. In via istruttoria, Unicredit chiede la rimessione della causa in istruttoria: 1) per la riconvocazione del CtU per le seguenti ragioni: ...; 2) per l'ammissione della prova testimoniale così come articolata in seconda memoria di trattazione con audizione del Sig. Luigi Simbula, Gestore Corporate che al tempo dei fatti dedotti in lite curò i rapporti con la cliente, domiciliato presso Unicredit, sui seguenti capitoli: ...’), che deposita in formato cartaceo e di cui dà lettura e che si riserva*



di depositare in pct entro domani. In subordine, quanto al merito, precisa le conclusioni riportandosi a quelle già rassegnate nei propri atti. ...”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione, ritualmente notificata alla convenuta Unicredit S.p.a., l'attrice [REDACTED] [REDACTED] (attualmente [REDACTED] in liquidazione) proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n° 23702/2014 emesso dal Tribunale di Roma in data 21/10/2014 (R.G. 62914/2014), ottenuto dalla predetta ingiungente per il pagamento della complessiva somma di 10.989.697,09 euro, quale saldo debitore risultante dal c/c 30092859, oltre ai maturandi interessi all'1% dal 7/8/2014 fino al saldo ed alle spese. Al riguardo l'opponente sollevava contestazioni sulla debenza delle somme esatte in via monitoria per mancanza del requisito della prova (insufficienza dell'estratto conto ex art. 50 TUB) e della certezza del credito azionato, in relazione all'illegittima applicazione di interessi passivi ultralegali ed all'avvenuto conteggio delle partite contabili derivanti da contratto derivato IRS, non richiamato per nulla nel ricorso monitorio, di cui sotto vari profili eccepeva l'illegittimità, come indicato in citazione. Tanto premesso, l'attrice instava per l'accoglimento delle conclusioni riportate in epigrafe.

Si costituiva in giudizio l'opposta Unicredit S.p.a. che, chiesta la concessione della provvisoria esecutorietà, concludeva per l'accoglimento delle conclusioni riportate in epigrafe.

Con ordinanza pronunciata all'udienza del 16/6/2015 era rigettata l'istanza ex art. 648 c.p.c., essendosi “ ... constatato che sul conto corrente di appoggio risultavano addebitati i differenziali prodotti dallo SWAP ...” ed essendosi “ ... ritenuto necessario, al fine di determinare l'esatta entità e debenza degli importi, procedere all'attività istruttoria, ...” (cfr. verbale di udienza).

La causa era istruita documentalmente e con ammissione di ctu contabile.

All'udienza del 3/4/2017 venivano precisate le conclusioni e la causa era trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di legge per il deposito di comparse conclusionali (60 giorni) e di repliche (ulteriori 20 giorni): i termini ex artt. 281 quinquies e 190 c.p.c. scadevano il 26/6/2017.

Con sentenza non definitiva n° 19956/2017 del 14-23/10/2017 era stata rigettata la domanda accertamento della nullità della certificazione bancaria, della nullità del contratto di conto corrente n° 30092859 ed in particolare della clausola sugli interessi ultralegali ed era stata disposta la rimessione della causa sul ruolo per approfondimenti istruttori sulla base dei principi enunciati in motivazione in ordine al contratto derivato IRS.



Con separata e contestuale ordinanza era appunto disposta la rimessione della causa sul ruolo con fissazione al 7/11/2017 dell'udienza di ricomparizione delle parti e del Ctu; alla luce dei principi esposti nella sentenza non definitiva in tema di contratto derivato IRS e di obblighi di condotta ex D.Lgs 58/1998 TUF veniva disposta l'integrazione della ctu sulla base di un nuovo quesito, con fissazione di un nuovo calendario del processo ex art. 81 bis disp. att. c.p.c..

Depositata l'integrazione della ctu, alla successiva udienza del 12/3/2018, cui la causa era stata rinviata d'ufficio a seguito del decreto del Presidente del Tribunale del 26/2/2018 (prot. n° 3155), le parti precisavano le conclusioni come riportate in epigrafe e, a richiesta, venivano concessi nuovamente i termini ex art. 190 c.p.c., scaduti il 31/5/2018.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'opposizione è infondata e va rigettata.

Appare opportuno richiamare, in quanto rilevante ai fini della decisione ed ormai intangibile in questa sede, le argomentazioni svolte nella richiamata sentenza non definitiva n° 19956/2017 del 14-23/10/2017, in cui, per quanto qui di interesse, era stata evidenziato che: "

... Prima di tutto giova ricordare che il decreto ingiuntivo è un accertamento anticipatorio con attitudine al giudicato e che, instauratosi il contraddittorio a seguito dell'opposizione, si apre un giudizio a cognizione piena caratterizzato dalle ordinarie regole processuali (cfr. art. 645, 2° comma, c.p.c.) anche in relazione al regime degli oneri allegatori e probatori (cfr. Cass. 17371/2003; Cass. 6421/2003), con la conseguenza che oggetto del giudizio di opposizione non è tanto la valutazione di legittimità e di validità del decreto ingiuntivo opposto, quanto la fondatezza o meno della pretesa creditoria, originariamente azionata in via monitoria, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza (cfr. Cass. 15026/2005; Cass. 15186/2003; Cass. 6663/2002); quindi il diritto del preteso creditore (formalmente convenuto, ma sostanzialmente attore) deve essere adeguatamente provato, indipendentemente dall'esistenza -ovvero, persistenza- dei presupposti di legge richiesti per l'emissione del decreto ingiuntivo (cfr. Cass. 20613/2011).

Orbene l'odierna opposta (attrice sostanziale) ha agito in via monitoria per ottenere il pagamento della complessiva somma di 10.989.697,09 euro a titolo di saldo del conto corrente n° 30092859, oltre interessi maturati dal 7/8/2014 al tasso dell'1%, rilevando che nel corso del rapporto aveva periodicamente inviato alla correntista, già Biopower S.p.a., gli estratti conto, senza mai ricevere contestazioni di sorta; che in data 16/6/2014 aveva inviato



comunicazione di recesso dal rapporto di conto corrente con richiesta di rientro dalla esposizione maturata; che in mancanza di adempimento, si era reso necessario agire in via monitoria (cfr. ricorso monitorio).

Da parte sua l'opponente ha eccepito l'infondatezza della pretesa dell'ingiungente per mancanza di prova del credito esatto in via monitoria, non essendo sufficiente l'estratto conto ex art. 50 TUB, e per violazione della disciplina legale in tema di interessi ultralegali nonché per l'avvenuto conteggio delle partite contabili derivanti da contratto derivato IRS, illegittimo sotto vari profili; in particolare è stata eccepita la nullità-annullabilità del contratto derivato per mancanza di informazione sulla rischiosità dello strumento ovvero sulla adeguatezza delle operazione, il tutto in violazione dell'art. 21 D.Lgs 58/1998 TUF, ovvero per difetto di causa, trattandosi di un contratto con alea a carico del solo correntista, ovvero ancora per vizi della volontà. E' stato altresì eccepita una 'illegittimità ab origine della pretesa', atteso che la pretesa della banca era " ... senza ombra di dubbio illogica e priva di fondamento giuridico, oltre che permeata da aspetti che presentano (o potrebbero presentare) elementi di rilevanza penale ...", con conseguente contestazione della " ... pretesa creditoria per tutti gli aspetti illeciti suindicati sia di natura civilistica che penalistica (nullità del contratto per illiceità dell'oggetto, nonché per illiceità della causa ...) (cfr. atto di citazione). Inoltre, " ... in merito al contratto di conto corrente n° 000030092859 ed ai connessi/accessori contratti c/c n° 00050006884 – 000030078798, ..." la società attrice " ... impugna(va) tutti i contratti, tutti i saldi, tutti i saggi di interesse applicati nel corso dei rapporti richiesti e non specificati ...", rilevando che " ... nessun saggio d'interesse ultralegale è stato mai sottoscritto dall'attrice opponente, né questi appaiono dalla documentazione prodotta da controparte, la quale non ha depositato né la copia integrale del contratto di conto corrente n° 30092859, né la copia dei contratti accessori c/c n° 00050006884 – 000030078798 né tanto più una semplice scrittura aziendale dalla qual evincere l'applicazione dei tassi richiesti e conteggiati artatamente dall'Azienda di credito ..." (cfr. atto di citazione).

Nulla invece è stato contestato in relazione alle note tematiche in tema di anatocismo e di usura ex L. 108/1996: è ben vero, al riguardo, che la violazione della disciplina di legge comporta profili di nullità, rilevabili anche d'ufficio, ma non va dimenticato che il tutto deve pur sempre avvenire in relazione ai fatti allegati e provati e nel caso di specie nulla è stato allegato e provato.

Da parte sua la banca convenuta, nel contestare le eccezioni di parte attrice, ha allegato, quanto al contratto di conto corrente, che la modulistica contrattuale in atti -il



contratto di conto corrente n° 30092859 era stato regolarmente sottoscritto in data 21/11/2007- eliminava in radice ogni fondatezza alla doglianza dell'opponente quanto alla pattuizione ed applicazione degli interessi ultralegale; che la doglianza era in ogni caso assolutamente generica, non supportata neanche da una relazione contabile di parte; che nel contratto quadro per la regolamentazione dei contratti IRS era stato espressamente previsto che sul conto corrente in questione sarebbero transitati tutti i flussi (attivi e passivi) legati al derivato e che correttamente erano state addebitate sul predetto conto corrente le poste contabili (attive e passive) connesse alla operatività dei derivati. In relazione al contratto IRS, nel rilevare l'assoluta genericità della contestazione contenuta nell'atto di citazione, la banca opposta allegava che nell'agosto del 2007 la ██████████ (attualmente ██████████ ██████████) era stata autorizzata dalla Regione Campania a costruire una centrale elettrica alimentata a biomassa combustibile nel Comune di Pignataro Maggiore; che al fine di realizzare detta centrale, l'attrice aveva ricevuto un finanziamento di 36 milioni di euro da Unipol S.p.a.; che nel contratto di finanziamento Unipol S.p.a. aveva richiesto espressamente che entro tre mesi dalla sottoscrizione ██████████ stipulasse un contratto 'di copertura del tasso di interesse ... della durata minima di 8 anni e di un importo nozionale minimo pari al 50% dell'importo complessivo utilizzato del finanziamento ...'; che la predetta sola s la Biopower S.p.a. aveva incaricato la Professional BKW Italia S.p.a. di compiere indagini di mercato al fine di individuare l'operatore bancario che proponesse il contratto si swap più adatto alle proprie esigenze; che nel corso di tale indagine la predetta ██████████ aveva preso contatti con varie banche ed anche con essa convenuta; che in data 11/6/2008 la Biopower S.p.a. aveva sottoscritto con essa convenuta il contratto di consulenza in materia di investimenti su strumenti finanziari derivati, nonché l'accordo quadro per la regolamentazione di IRS, provvedendosi in tale occasione alla raccolta delle informazioni necessarie per la profilatura cliente, oltre che alla consegna del documento informativo in tema di conflitto di interessi della banca; che era stata elaborata una proposta di IRS, risultata prescelta fra le altre pervenuta a ██████████; che infatti con delibera del 14/7/2008 il CdA di ██████████ aveva deciso di stipulare con essa convenuta il contratto swap, con delega ad un consigliere per l'incombente; che in data 16/7/2008 il consigliere delegato aveva sottoscritto 'il verbale di esito consulenza – valutazione adeguatezza' dell'operazione di swap; che in tale occasione le parti si erano accordate per il perfezionamento di un IRS con nozionale di 24 milioni di euro e la società attrice aveva ricevuto anche la scheda informativa del prodotto derivato, ove erano chiarite le caratteristiche del prodotto, nonché le finalità e i rischi; che il contratto era stato sottoscritto



il 18/7/2008; che le vicende del progetto e della società attrice avevano determinato un aggravamento della posizione debitoria, cui aveva fatto seguito nel giugno del 2014 il recesso dal contratto di conto corrente, la revoca delle fidejussioni bancarie concesse e la risoluzione del contratto derivato, con conseguente ricorso all'Autorità Giudiziaria.

Tanto doverosamente premesso in ordine alla posizione processuale delle parti, si osserva, applicando i principi generali in materia di adempimento contrattuale e di riparto dei relativi oneri allegatori e probatori, che nell'azione di adempimento -come nel caso di domanda di condanna contenuta in un ricorso monitorio- il creditore è tenuto a provare l'esistenza della fonte (negoziale o legale) del suo diritto e la scadenza del termine per l'adempimento, ma non anche l'inadempimento da parte dell'obbligato, che va meramente allegato, dovendo infatti essere quest'ultimo, cioè il debitore convenuto, a provare l'esistenza di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo dell'altrui pretesa (cfr. Cass. SU 13533/2001; Cass. 9439/2008; Cass. 15677/2009; Cass. 3373/2010; Cass. 15659/2011; Cass. 7530/2012; Cass. 8901/2013; Cass. 826/2015).

Dunque è in primo luogo onere dell'opposta (attrice sostanziale) fornire la prova della fondatezza della pretesa esatta in via monitoria, con riferimento all'intera durata del rapporto.

Inoltre, ricordato che la certificazione ex art. 50 TUB -si tratta di dichiarazione unilaterale di un funzionario della banca creditrice accompagnata dalla certificazione della sua conformità alle scritture contabili e da un'attestazione di verità e liquidità del credito- perde di rilevanza probatoria nel giudizio di opposizione, potendo invero rivestire efficacia probatoria solo nel procedimento per decreto ingiuntivo, va ribadito che in questo giudizio a cognizione e contraddittorio pieno, oltre al contratto di conto corrente, devono essere prodotti dalla parte opposta tutti gli estratti conto, destinati a dare conto di tutte le movimentazioni debitorie e creditorie intervenute nel corso di tutta la durata del rapporto.

Nel caso di specie il Ctù ha evidenziato che " ... dall'esame della documentazione prodotta in atti risultano presenti tutti gli estratti conto emessi da Unicredit dall'inizio alla fine del rapporto ... " (cfr. ctù a pag. 8): sulla ctù poi si tornerà.

Va pertanto rigettata la domanda attorea in ordine all'eccezione di nullità della certificazione bancaria, vertendosi a tutto concedere, in relazione alla certificazione ex art. 50 TUB, in una questione di efficacia probatoria nel giudizio di opposizione.

L'oggetto di causa riguarda, alla luce delle superiori osservazioni, unicamente il c/c 30092859, essendo assolutamente generica qualsiasi altra contestazione di parte attrice in



ordine ai non meglio indicati “ ... connessi/accessori contratti c/c n° 00050006884 – 000030078798 ... ” (cfr. citazione).

Appare opportuno delineare, sia pure schematicamente, il quadro di riferimento, in relazione alle specifiche contestazioni sollevate dalla parte attrice a margine del citato conto corrente n° 30092859. ...

... In ordine alla contestazione di parte attrice sulla pretesa illegittima applicazione di interessi ultralegali, valgono le seguenti osservazioni in punto di fatto.

Premesso che non vi è contestazione o domanda in ordine ad eventuali profili di nullità per vizi formali o per difetto di sottoscrizioni, emerge in concreto la prova della pattuizione degli interessi ultralegali e delle condizioni economiche, come risulta dal contratto di conto corrente n° 30092859 del 21/11/2007 in atti.

Sul punto appare sufficiente riportare quanto esposto dall'ausiliare nella propria relazione definitiva a proposito del fatto che: “ ... I documenti contrattuali in atti sono i seguenti, emessi e contestualmente firmati dalle Parti: 15 gennaio 2007 – foglio informativo analitico del conto corrente; 23 febbraio 2007 – documento di sintesi; 21 novembre 2007 - lettera Unicredit di conferma di apertura del conto n. 30092859 con annesse le norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e i servizi connessi; 21 novembre 2007 - atto integrativo dei contratti in essere con Unicredit Banca d'Impresa; 21 novembre 2007 - norme che regolano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti ed assegni sull'Italia e sull'estero. ... ” e che “ ... Il contratto di apertura del conto corrente del 21 novembre 2007 rimanda, per le condizioni economiche pattuite, ad una “tabella” allegata che si ritiene essere quella contenuta nel “documento di sintesi” redatto da Unicredit e sottoscritto dal correntista. Le condizioni del contratto di apertura erano le seguenti: Tasso creditori TAN/TE 0,030% / 0,030%; Tasso debitore per utilizzi oltre il limite di fido TAN/TE 14,000% / 14,752%; Commissione Massimo Scoperto oltre il limite di fido TAN 1,10%; Singola operazione centralizzata € 1,50; Singola operazione ordinaria € 2,00; Spese fisse trimestrali di liquidazione € 35,00; Maggiorazione con di liquidazione con interessi debitori € 25,00 ... ” (cfr. ctu a pagg. 8-9).

Il consulente ha anche precisato che “ ... le variazioni intervenute nel corso del rapporto sono rilevabili nei prospetti ‘Elementi per il conteggio delle competenze’ contenuti negli estratti conto trimestrali e, inoltre, la loro comunicazione preventiva si ritrova nei documenti periodici inviati dalla banca aventi per oggetto ‘Proposta di modifica unilaterale del contratto’ così come previsto dal sopra citato art. 118. ... ” (cfr. ctu a pag. 10); inoltre, richiamato il citato art. 13 del contratto, ha evidenziato che “ ... pur in presenza di valide



pattuizioni, Unicredit non sempre ha rispettato il termine preventivo di sette giorni per comunicare le variazioni; ciò è evidenziato nella colonna 'giorni' là dove la differenza positiva sta proprio ad indicare che la comunicazione, non solo non avvenuta con il preavviso dovuto, ma addirittura in un momento successivo alla data di applicazione della modifica. ...", sottolineando peraltro, con richiamo alla elaborazione grafica predisposta, che " ... i casi di tardiva comunicazione ... non hanno comportato una variazione di interessi debitori; infatti: la variazione intervenuta con effetto dal 31 marzo 2008 non riguarda gli interessi debitori; la variazione intervenuta il primo gennaio 2009 non influisce in quanto il primo estratto conto successivo -quello al 31 marzo 2009- non evidenzia numeri debitori e quindi il miglioramento del tasso passivo per il correntista non ha avuto alcun effetto perché nel trimestre considerato non si sono registrati saldi passivi; le variazioni comunicate il 6 aprile, 25 maggio e primo giugno 2009 riguardano variazioni del tasso attivo per il cliente oppure, come nel caso precedente, riguardano un trimestre senza numeri debitori; le variazioni comunicate il 31 luglio e il 7 settembre 2009 riguardano solo il tasso attivo per il cliente. ..." (cfr. ctu a pagg. 10 e 13).

In conclusione, tenuto conto dell'unica contestazione di parte attrice (illegittima applicazione di interessi ultralegali) ed in mancanza di profili di nullità in sede contrattuale o nel corso del rapporto, risulta che validamente erano stati pattuiti i tassi di interesse ultralegali e che altrettanto non illegittima è risultata, in relazione alla contestazione oggetto di causa, la condotta della banca convenuta in ordine alla gestione del contratto di conto corrente n. 30092859.

Alla luce delle superiori premesse in fatto e in diritto, va pertanto rigettata la domanda di nullità della certificazione bancaria, di nullità del contratto di conto corrente n° 30092859 ed in particolare della clausola sugli interessi ultralegali. Come detto non possono ritenersi oggetto di causa, per difetto di qualsivoglia precisa contestazione e rilevanza con il decreto ingiuntivo opposto, i non meglio indicati " ... connessi/accessori contratti c/c n° 00050006884 – 000030078798 ..." (cfr. citazione). ..." (cfr. citata sentenza non definitiva).

Come detto, con la citata sentenza non definitiva è stata rigettata la domanda attorea di dichiarazione della nullità della certificazione bancaria e di dichiarazione della nullità del contratto di conto corrente n° 30092859 ed in particolare della clausola sugli interessi ultralegali: si tratta di questioni non più esaminabili in questa sede.

Sempre nella predetta sentenza non definitiva si è poi inteso evidenziare, in relazione alla tematica dei contratti IRS, alcuni profili, rilevanti ai fini della decisione.



Anche in questo caso per comodità espositiva appare opportuno riportare le argomentazioni svolte nella citata sentenza non definitiva nei seguenti termini: “ ...

... In relazione alla tematica dei contratti IRS ed alle contestazioni di parte attrice, valgono le seguenti osservazioni di carattere generale.

...

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

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

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

Tra i suddetti elementi assume particolare rilievo il ‘capitale nozionale’, che può essere fisso (bullet IRS), in cui si persegue la copertura dei rischi di oscillazione degli interessi relativi ad un finanziamento di medio-lungo termine, in cui il capitale venga restituito interamente solo alla scadenza, o a scalare nel tempo (amortising IRS), come nel caso in cui la copertura sia riferita ad un finanziamento che prevede un piano di ammortamento del capitale da restituire.

La forma più semplice di IRS è quella denominata Plain vanilla (o fixed to floating interest rate swap). Nel plain vanilla le parti (cliente e banca) si scambiano flussi di denaro, applicando al nozionale rispettivamente un tasso di interesse fisso e un tasso variabile, quest’ultimo rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi. In realtà, non avviene mai lo scambio delle intere cedole di interessi, ma soltanto del differenziale generato fra interessi a debito ed a credito.



A partire dagli anni '90 accanto ai plain vanilla le banche hanno introdotto dei nuovi strumenti derivati, detti strutturati, che combinano il classico plain vanilla con opzioni di tipo 'cap' o 'floor'. L'opzione 'cap' (letteralmente 'cappello') è un'opzione che fissa un tetto massimo all'oscillazione verso l'alto del tasso variabile; in tal modo, per tassi al di sopra della soglia stabilita si attiva l'opzione e, quindi, ci si protegge dall'aumento dei tassi. L'opzione 'floor' (letteralmente 'pavimento'), invece, è un'opzione che fissa un limite minimo all'oscillazione del tasso variabile e serve a proteggere da un eccessivo ribasso dei tassi. La composizione tra l'acquisto di un'opzione 'cap' e la vendita di un'opzione 'floor' genera un contratto 'collar' (letteralmente 'colletto'), mediante il quale viene fissata una fascia di oscillazione del tasso variabile individuato.

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

Indipendentemente dalla finalità per la quale viene stipulato, il contratto di swap è un contratto aleatorio.

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

Il carattere aleatorio del contratto di swap si desume in via interpretativa anche dal dato normativo offerto dall'art. 23, 5° comma, del TUF che statuisce che "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile", in base al quale è previsto che "non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti". L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco.

Tanto premesso in ordine alla natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminarne l'oggetto e la causa.

Mentre può ritenersi largamente condiviso l'orientamento della giurisprudenza che individua l'oggetto del contratto nello scambio di differenziali a determinate scadenze, la definizione della sua causa è certamente più controversa, rinvenendosi alcune pronunce di merito che la riassumono in ogni caso in "una scommessa che entrambe le parti assumono" e nello scambio di rischi finanziari (Corte d'Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459) e



altre che fanno riferimento ad una nozione di causa in concreto, distinguendo i contratti con finalità di copertura da quelli con finalità speculativa.

Lo schema contrattuale ha quindi, in ogni caso, il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio da parte dei contraenti, che sono ab origine portatori di interessi contrapposti in ordine alla concretizzazione dello stesso.

Al momento della conclusione del contratto, i due tassi dovrebbero avere uguale quotazione e medesima prospettiva futura di evoluzione. In astratto, quindi, il derivato dovrebbe configurarsi come 'par' (cfr. Relazione del 18 marzo 2009 del Direttore Generale della Consob alla 6^a Commissione Finanze e Tesoro del Senato a margine della 'Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni': " ... i contratti 'par' sono strutturati in modo tale che le prestazioni delle due controparti sono agganciate al livello dei tassi di interesse corrente al momento della stipula del contratto; a tale data il contratto ha quindi un valore di mercato nullo per entrambe le controparti. I contratti 'non par', invece, presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato. In generale, i termini finanziari della transazione vengono riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti pur di incassare la somma di denaro; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di up-front... ").

Un contratto di IRS si dice, dunque, 'par' quando il 'tasso parametro cliente' ed il 'tasso parametro banca' sono definiti in maniera tale che il 'present value' (valore attuale) dei pagamenti a carico del cliente risulti uguale a quello dei pagamenti a carico della banca. In tale ipotesi il contratto di IRS ha un valore attuale dei flussi finanziari nullo per entrambi i contraenti.

Si dice invece 'not par', quando il 'tasso parametro cliente' ed il 'tasso parametro banca' sono definiti in modo tale che il present value dei pagamenti a carico del cliente risulti superiore al valore attuale dei pagamenti a carico della banca. Ciò implica che, sulla base dei dati ed aspettative circa l'andamento dei tassi disponibili alla data di sottoscrizione, il cliente sosterrà complessivamente delle perdite finanziarie correlate all'IRS, mentre corrispondentemente la banca conseguirà un guadagno finanziario.

Ciò detto, anche a voler ritenere, come opinato da gran parte degli analisti finanziari, che il derivato c.d. 'par' sia una mera opzione teorica, nella pratica irrealizzabile per via della differente natura, del diverso ruolo di mercato, del diverso peso contrattuale dei contraenti e l'interesse della banca a vedersi remunerato il servizio reso, lo sbilanciamento tra i rischi assunti dai contraenti non potrebbe mai giungere ad obliterare del tutto la natura necessariamente bilaterale che deve caratterizzare l'alea di questo genere di contratti.

Un passaggio, che quindi è opportuno sottolineare nella ricostruzione teorica del contratto di swap, con importanti riflessi a livello causale, è che l'alea che lo caratterizza deve essere necessariamente bilaterale.

In altre parole, l'incertezza del futuro prezzamento dei valori a cui i differenziali sono indicizzati e la connessa alea devono rappresentare un rischio presente e reale in capo ai contraenti, anche se non necessariamente equamente distribuito. Parlare di alea bilaterale, quindi, vuol dire non che l'alea debba incidere in maniera uguale sui patrimoni dei contraenti,



ma che vi deve essere a monte una componente di rischio apprezzabile in capo ad entrambi, anche se di diversa entità.

In conclusione, secondo la ricostruzione che appare preferibile, l'alea bilaterale -ovvero l'incertezza sull'andamento dei due differenziali contrapposti- rappresenta un elemento essenziale della causa del contratto di swap, elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere.

Tale ricostruzione consente di elaborare un parametro di valutazione valido tanto per lo swap con funzione di copertura quanto per lo swap con funzione meramente speculativa, con l'avvertenza -da un lato- che nello swap, che nasce con dichiarata funzione di copertura, la valutazione circa l'eventuale squilibrio dell'alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l'operazione sottostante di finanziamento, l'interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell'intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell'interesse dell'investitore, e -dall'altro- che contratti che non consentono la valutazione positiva di tali elementi devono ritenersi privi del requisito della causa di cui all'art. 1325 c.c., inteso come idoneità dello stesso a soddisfare gli interessi in concreto perseguiti ed esplicitati nello stesso contratto da entrambe le parti.

Ciò posto, l'Organo di vigilanza dei mercati finanziari, la CONSOB, con la Direttiva 26 febbraio 1999, n. 9901391 ha chiarito che, affinché le operazioni su derivati possano essere considerate di copertura, è necessario che: "a) le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente (c.d. posizioni base); b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno".

Al riguardo, come da consolidata giurisprudenza dell'Ufficio, è stato precisato che "... affinché al derivato possa essere riconosciuta una finalità di 'copertura' è necessario che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS; 4) la durata del debito e quella dell'IRS." (cfr. Tribunale Roma 8 gennaio 2016), con la precisazione che, ai fini della validità del contratto di IRS, si ritiene necessaria la compresenza di tutte le anzidette condizioni, dovendosi addivenire ad una dichiarazione di nullità del contratto in esame qualora dovesse mancare anche una sola di esse.

In punto di fatto si osserva che da ultimo, in comparsa conclusionale, l'attrice ha introdotto, come preteso profilo di invalidità ab origine del contratto derivato, la questione della presunta 'manipolazione' dell'Euribor, tasso preso in considerazione come riferimento per la determinazione del flusso finanziario a favore della cliente, ma si tratta di doglianza nuova, posta alla base di domanda di nullità (cfr. comparsa conclusionale: "... Tali contratti di prestito ancorati all'Euribor sono dunque nulli per indeterminatezza relativa al tasso manipolato (ex art. 1284 c.c.) e per contrarietà, dell'oggetto del contratto, all'ordine pubblico ed economico (combinato disposto art. 1418 2° co. e art.1346 c.c.). ..."), non oggetto di alcuna allegazione in precedenza.



Invero, ricordato che la comparsa conclusionale ha funzione meramente illustrativa di quanto precedentemente allegato, dedotto, eccepito e provato, rileva il Giudice che, mentre nulla era stato prospettato in citazione, se non un generico riferimento alla nullità del contratto per mancanza di causa, attesa l'alea a carico di una sola parte, nella memoria ex art. 183/6 n° 1 c.p.c. quest'ultima questione era stata maggiormente approfondita, ma senza alcun riferimento a detta pretesa 'manipolazione' dell'Euribor; infatti in detta memoria si legge, fra l'altro, che " ... In sostanza la Banca ha trasformato lo swap in un gioco non equo in cui non vi era alcuna possibilità vantaggiosa per la società Araba, se non per se stessa. Tale tipologia di contratti sono considerati nulli dalla giurisprudenza, in quanto considerati speculativi e, quindi altamente aleatori, decisamente strutturati a vantaggio della Banca. Quest'ultima infatti, conosceva sin dall'inizio tutte le condizioni di mercato per ricavarne il proprio ed esclusivo interesse a sfavore del contraente, senza evidenziare e informare adeguatamente di tutti gli scenari probabilistici rischiosi per il cliente, come si è evidenziato nell'atto di opposizione; si pensi già all'indice variabile in ordine al tasso Euribor semestrale a partire dal 2008, il quale costantemente è diminuito a vantaggio solo ed esclusivamente della Banca sino ad oggi (era nota tale circostanza in virtù dell'andamento del mercato finanziario). ... " e che " ... In questo quadro, la banca ha stipulato non un contratto di derivato di garanzia e/o a copertura, bensì un contratto a monte speculativo (ed irrazionale), in quanto artatamente era già a conoscenza che solo la società avrebbe dovuto versargli indebiti interessi (alla banca) senza che l'Unicredit avrebbe sborsato un solo euro di interesse, anche in ragione della diminuzione costante dell'indice Euribor (infatti dal 2008 in poi è sempre diminuito tale indice); non ha informato in concreto il cliente sui relativi rischi e/o ha violato tutta la complessiva materia di comunicazioni di trasparenza bancaria in merito al rapporto negoziale. Tanto è vero che come ammesso nella comparsa di risposta è stato realizzato un contratto di fatto speculativo. ... " (memoria ex art. 183/6 n° 1 c.p.c.).

Dunque l'allegazione di parte attrice riguardava, oltre al profilo della nullità per mancanza di causa, il profilo della pretesa asimmetria informativa e quindi della violazione degli obblighi di condotta diligente da parte dell'intermediario in relazione al prevedibile andamento del mercato finanziario -sul punto poi si tornerà-, ma non era stata neanche genericamente allegata un'ipotesi di 'manipolazione' dell'Euribor semestrale, cui si è invece fatto irriflettivamente riferimento in comparsa conclusionale. In citazione si è fatto riferimento ad un procedimento presso la locale Procura della Repubblica, ma senza alcun riferimento specifico.

Altra premessa da fare, visto il richiamo di parte attrice in citazione all'art. 21 del D.Lgs 58/1998 TUF -all'atto della stipula del contratto quadro la materia era disciplinata, ratione temporis, dal D.Lgs 58/1998 (TUF), entrato in vigore l'1/7/1998, già in più parti modificato dal D.Lgs 164/2007, entrato in vigore in data 1/11/2007, così come il Regolamento Consob n° 11522/1998 era stato sostituito dal Regolamento n° 16190/2007 del 29/10/2007, pubblicato sulla GU 255 del 2/11/2007- è che, contrariamente a quanto è dato leggere in citazione, l'eventuale inosservanza delle suddette disposizioni in tema di condotta diligente e trasparente da parte dell'intermediario finanziario non è di per sé causa di nullità contrattuale, ma -a tutto concedere- di inadempimento contrattuale.

Torna a questo punto utile l'insegnamento della Cassazione (cfr. Cass. SU 26724/2007), che, riprendendo la nota distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, ha sostanzialmente evidenziato che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula che siffatta violazione attiene ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, come del resto si desume dal dato testuale dell'art. 1418, 1° comma, c.c. che si riferisce al contratto e non a comportamenti antecedenti o



successivi delle parti ("Il contratto è nullo quando è contrario a norma imperativa"), con la conseguenza che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto ovvero nella sua esecuzione non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista dalla legge, così come prescritto dall'art. 1418, 3° comma, c.c.. Anche la violazione di regole di comportamento può quindi in ipotesi portare all'invalidità del contratto, ma questo avviene solo nei casi espressamente stabiliti dalla legge: nulla risulta al riguardo.

Si tratta di orientamento talmente pacifico (cfr. Cass. 8462/2014; Cass. 2414/2016; Cass. 11401/2016) che non appare necessario soffermarsi oltre.

Lo stesso discorso vale per l'annullamento in ipotesi ricollegato alla violazione di detta normativa; quindi l'asserita violazione degli obblighi di condotta, in ipotesi posta alla base della domanda di annullamento, potrebbe, se fondata, rilevare solo in termini di inadempimento contrattuale, ma non anche in termini di vizio del consenso (cfr., in relazione alla precedente normativa, ma il principio è sempre valido, Cass. 18039/2012).

Punto di partenza è il richiamo art. 21 del D.Lgs 58/1998 T.U.F. che, nel testo vigente all'epoca dei fatti (giugno 2008) e per quanto qui di interesse, prevede che "nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività" (comma 1°) e che "Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori: a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra i clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti del conflitto di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati" (comma 1° bis).

In attuazione delle succitate norme di legge di cui all'art. 21 del TUF, il Regolamento Consob n. 16190/07 del 29/10/07 prevede a carico dei soggetti abilitati, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, l'obbligo di fornire informazioni corrette, chiare e non fuorvianti e ben comprensibili (artt. 27 e 28); ulteriori e minute disposizioni sul contenuto dell'informazione sono contenute nei successivi articoli da 29 a 33, mentre nel successivo art. 34 sono previste precise e specifiche disposizioni quanto alle modalità e ai termini delle informazioni, che devono essere fornite prima della stipula di qualsiasi contratto e prima che il cliente sia vincolato da contratti ed anche in occasione di qualsiasi rilevante modifica delle informazioni precedentemente fornite.

Analogamente è previsto in capo agli intermediari l'obbligo di richiesta di informazioni dai clienti sulle proprie conoscenze ed esperienze nel settore degli investimenti, sulla propria situazione finanziaria e sugli obiettivi di investimento auspicati, con previsione di obbligo di



astensione dal compiere l'operazione in caso di mancato ottenimento di dette informazioni (art. 39 e ss Regolamento Consob 16190/07).

Si tratta di un obbligo di diligente e trasparente condotta, che si sostanzia nel fornire ed acquisire adeguate informazioni, come già previsto dal precedente Regolamento Consob 11522/98.

Dunque, ricordato che la legge impone, prima dell'effettuazione di operazioni finanziarie da parte dell'intermediario in favore del cliente, la stipula per iscritto di un contratto quadro -il suddetto contratto quadro, da qualificare come contratto di intermediazione finanziaria e da ricondurre alla figura del contratto di mandato (cfr. Cass. 384/2012), dà origine ad un rapporto continuativo di prestazione di servizi di intermediazione e disciplina i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente e proprio per questo è destinato ad assolvere alla funzione appunto di contratto quadro rispetto alle successive attività negoziali, in cui poi si estrinsecherà l'espletamento dei servizi di investimento ed accessori-, si osserva che sono previsti a carico dell'intermediario specifici obblighi di condotta informata e diligente nonché trasparente che, in base alla ricostruzione operata dalla citata Cass. SSUU 26724/2007, in parte attengono alla fase precedente alla stipulazione del c.d. contratto quadro e in parte attengono alla fase successiva alla stipulazione del contratto quadro e quindi alla sua corretta esecuzione nell'interesse del cliente.

L'osservanza delle più volte richiamate regole di comportamento si ripresenta a carico dell'intermediario tutte le volte in cui, nell'ambito dell'esecuzione del contratto quadro avente ad oggetto l'esecuzione di ordini di investimento/disinvestimento, si debbano compiere nuove operazioni finanziarie, a seguito di nuovi ordini del cliente (cfr. citata Cass. SU 26724/2007).

Per quanto riguarda l'oggetto dell'informazione, è ormai principio tralaticio nella giurisprudenza di merito e di legittimità che non è sufficiente la mera descrizione dell'operazione in sé considerata né la semplice avvertenza che si limiti a far generico riferimento all'inadeguatezza dell'operazione rispetto alle informazioni ricevute; quindi si è ritenuto in giurisprudenza che l'idoneità dell'informazione debba essere valutata in stretta connessione con l'adeguatezza dell'operazione in relazione anche alle caratteristiche soggettive del cliente (cfr. Cass. 17340/2008; Cass. 22147/2010).

Dunque è necessaria un'informazione 'personalizzata' sia nel contenuto che nell'esposizione in relazione allo specifico oggetto dell'ordine ed alla qualità del cliente, con la conseguenza che la prova, eventualmente offerta dalla banca, deve consentire al giudice di dare conto di quali concrete avvertenze e specifiche indicazioni sul tipo di rischio sotteso all'operazione sono state fornite al cliente, in modo tale da rendere pienamente consapevoli le sue scelte.

Fissati questi principi di diritto e delimitato l'oggetto del giudizio in relazione alla contestata condotta di parte convenuta, appare necessario, alla luce delle superiori osservazioni, procedere ad un approfondimento istruttorio in ordine al su indicato scambio di rischi finanziari fra le parti (c.d. alea bilaterale) ed alla prevedibilità, per un operatore professionale qual è la banca convenuta, dell'andamento del mercato finanziario e degli scenari ipotizzabili. ...” (cfr. sentenza non definitiva).

Prima di procedere oltre, è bene ricordare che si verte in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, rilasciato per la complessiva somma di 10.989.697,09 euro, quale saldo



debitore del c/c 30092859 alla data del 7/8/2014, e che con la più volte richiamata sentenza non definitiva si è dato conto della manifesta infondatezza delle doglianze della società opponente in ordine agli interessi ultralegali e della piena idoneità, da un punto di vista probatorio ed ai fini della corretta ricostruzione del rapporto fra le parti, della documentazione contabile (contratto di conto corrente ed estratti conto) prodotta in atti.

In tale contesto si osserva, alla luce delle risultanze della prima ctu in risposta al quesito sub 'D', che il CtU ha precisato che " ... Il conto corrente n. 30092859 intestato ad [REDACTED] stato chiuso il 7 agosto 2014, con un saldo a debito di € 10.989.697,09 "*per giro conto a sofferenza*". Su detto conto sono ovviamente transitati gli importi di cui al punto 4.6 per complessivi € 8.254.133,38; come detto in precedenza l'importo di € 285.000 addebitato ad [REDACTED] non risulta essere transitato per il predetto conto corrente. ..." e che " ... ha ricostruito il rapporto di conto corrente esistente tra le Parti eliminando sia le partite correlate al contratto di SWAP -di cui alla tabella al punto 4.6 per complessivi € 8.254.133,38-, sia i maggiori oneri finanziari addebitati da Unicredit per effetto della contabilizzazione delle suddette partite. ...", con la precisazione, come risulta da apposita tabella, che il saldo finale al 7/8/2014 era pari a -10.989.697,09 euro (secondo quanto contabilizzato dalla banca e risultante dagli estratti conto) e che era pari a -116.593,32 euro (escludendo le 'movimentazioni' contabili SWAP) e che pertanto l'incidenza sul saldo definitivo dei movimenti SWAP era pari a 10.873.103,77 euro, che costituisce invero la differenza fra i primi due importi.

Dunque in ogni caso sarebbe dovuta dalla società attrice alla banca convenuta -come minimo- la somma di 116.593,32 euro, risultante a debito dell'opponente, escludendo le 'movimentazioni' SWAP; quindi, previa revoca del decreto ingiuntivo, sarebbe ben possibile condannare la società opponente al pagamento, quanto meno, della predetta somma di 116.593,32 euro, somma, rinveniente 'a debito' nel c/c 30092859, rispetto alla quale nessuna contestazione è stata mossa o, quelle mosse, sono state già considerate infondate.

La possibilità di revoca del decreto ingiuntivo opposto e di contestuale condanna per la differenza è pacifica in giurisprudenza, in quanto sia con il ricorso per decreto ingiuntivo che con la domanda di rigetto dell'opposizione vi è esercizio di un'azione di condanna (cfr. Cass. 10104/1996; Cass. 9021/2005); quindi non vi sarebbe alcun vizio di extrapetizione neanche a fronte di una mera richiesta di conferma del decreto ingiuntivo opposto e nulla impedirebbe, in caso di revoca del decreto ingiuntivo per parziale infondatezza della pretesa azionata in via monitoria ovvero per pagamenti medio tempo eseguiti dall'opponente ovvero per questioni formali attinenti al decreto monitorio, che l'opponente possa essere condannato



al pagamento della somma accertata come ancora dovuta alla data della sentenza (cfr. Cass. 1954/2009; Cass. 9021/2005; Cass. 15186/2003; Cass. 15339/2000); si consideri inoltre l'art. 653, 2° comma, c.p.c., in tema di accoglimento parziale dell'opposizione, ed il generale principio che nel più sta il meno (cfr. Cass. 28660/2013: "*Nella domanda di condanna al pagamento di una determinata somma di danaro deve ritenersi sempre implicita la richiesta della condanna al pagamento di una somma minore, con la conseguenza che la pronuncia del giudice del merito di condanna ad una somma minore di quella richiesta non è viziata da extrapetizione*").

Nella seconda comparsa conclusionale la società attrice ha allegato, sul presupposto della nullità del contratto derivato, che ciò avrebbe comportato la nullità anche " ... dei conti di appoggio ed accessori ..." (cfr. citata comparsa conclusionale di parte attrice: " ... In questo quadro il contratto di derivato è assolutamente nullo, così anche i conti di appoggio e accessori ad esso sono invalidi, ...").

La tesi non è assolutamente condivisibile, in quanto l'eventuale invalidità del contratto derivato non potrebbe incidere sulla validità del contratto di conto corrente di appoggio, ma -a tutto concedere- potrebbe incidere sulle sole poste (attive o passive) che, derivanti appunto dal contratto IRS, hanno inciso sul saldo finale; del resto tutti i profili di nullità del conto corrente, per come evidenziati in citazione, sono stati esaminati nella ricordata sentenza non definitiva e sul punto nulla può essere più deciso.

Di conseguenza la somma di 116.593,32 euro, rinveniente 'a debito' nel c/c 30092859, sarebbe comunque dovuta, in quanto appunto non 'incisa' dall'andamento del contratto IRS.

Si tratta ora di verificare, se sia o meno dovuta anche l'ulteriore somma di 10.873.103,77 euro che, come rilevato dal Ctu, costituisce l'incidenza sul saldo negativo, alla data del 7/8/2014, delle movimentazioni SWAP, riportate sul citato conto corrente n° 30092859.

E' bene precisare che, non essendovi in detti contratti IRS scambi di denaro ma solo flussi positivi e negativi in relazione ai tassi di riferimento, la somma di 10.873.103,77 euro non costituisce un importo realmente uscito dalle casse della banca, ma rappresenta solo, in base alla pretesa dell'ingiungente e del dato contrattuale, il saldo negativo (a carico della cliente) dei ricordati flussi positivi e negativi e quindi un preteso debito della banca maturato a carico della cliente, odierna opponente.

Come già argomentato nella sentenza non definitiva, si ribadisce che non possono essere oggetto di causa le questioni, prospettate come profilo di invalidità *ab origine* del contratto derivato, connesse alla pretesa 'manipolazione' dell'Euribor semestrale, tasso preso



in considerazione come riferimento per la determinazione del flusso finanziario in dare o in avere: sul punto valgono le argomentazioni già svolte e nulla può essere ulteriormente deciso.

Tanto premesso e per quanto qui ancora di interesse, si osserva che con la citata ordinanza pronunciata all'udienza dell'8/3/2016 era stato conferito al Ctu anche l'incarico di rispondere ai quesiti sub C) e D), articolati nei seguenti termini: " ... C) *Relativamente invece al contratto derivato Interest Rate Swap, sottoscritto il 14/7/08: 1) descriva il funzionamento, sotto il profilo economico-finanziario, del citato contratto di swap intercorso tra le parti a pretesa copertura, come allegato dalla banca convenuta, di pregressa esposizione debitoria con Unipol Spa della società attrice; 2) indichi se il nozionale preso a riferimento nel contratto swap corrispondesse effettivamente al complessivo debito della società attrice relativo alla richiamata esposizione; 3) specifichi se, in ragione dell'indebitamento dell'attrice verso la Unipol Spa e delle specifiche del contratto descritto al punto 1 che precede, possa dirsi che il contratto di swap abbia avuto una finalità di mera copertura dei rischi derivanti dalle oscillazioni dei tassi; 4) evidenzi se il contratto abbia indicato, con sufficiente chiarezza, i rischi a carico della società attrice sia in merito alle possibili perdite derivanti dallo swap, sia in merito al possibile deprezzamento del mark to market e quindi del costo di estinzione; 5) specifichi le relative corresponsioni effettuate da una parte nei confronti dell'altra sulla base del contratto di swap; 6) specifichi se, nel caso di specie, vi siano stati pagamenti -a titolo di 'costi impliciti'- non espressamente previsti nel contratto, evidenziandone eventualmente l'entità; 7) accerti se e quali siano state le eventuali perdite, a titolo di addebiti, versamenti di differenziali alle scadenze ed a qualsiasi altro titolo, complessivamente subite dalla società attrice in dipendenza dello swap per cui è causa ...*" e "... D) *Conteggio finale: All'esito dei conteggi richiesti, determini il Ctu analiticamente i rapporti di dare/avere alla data di notifica dell'atto di citazione ovvero della chiusura del conto corrente, verificando in particolare se, come dedotto dall'attrice, risultino essere state conteggiate nel conto corrente partite contabili rappresentate dal contratto Swap. ...*" (cfr. citata ordinanza, pronunciata all'udienza dell'8/3/2016); per comodità espositiva si parlerà genericamente anche di 'originaria ctu'.

Inoltre con l'ordinanza contestuale alla ricordata sentenza non definitiva ed alla luce dei principi esposti in sentenza in tema di contratto derivato IRS e di obblighi di condotta ex D.Lgs 58/1998 TUF, è stato conferito al Ctu anche l'ulteriore quesito ad integrazione della precedente relazione, nei seguenti termini: " ... *Alla luce della documentazione in atti e della sentenza non definitiva, provveda il Ctu, dettagliatamente richiamati il contenuto e le modalità di funzionamento del contratto swap per cui è causa, a valutare se tale modalità di funzionamento poteva astrattamente -sulla base di una valutazione ex ante e tenuto conto dell'andamento dei mercati finanziari all'epoca della stipulazione dei contratti e del prevedibile andamento dei mercati stessi- essere conveniente per la parte attrice e consentirle di realizzare un concreto vantaggio; a verificare (sempre con valutazione ex ante) se il suindicato contratto era idoneo ad assolvere alla funzione di copertura del richiamato finanziamento con Unipol S.p.a., anche tenuto conto della delibera del CdA di Biopower S.p.a. del 14/7/2008, ovvero se abbia aumentato il rischio di subire perdite; a precisare analiticamente, con riferimento ai richiamati 'numerosi prospetti illustrativi', se il contratto abbia indicato, con sufficiente chiarezza, i rischi in concreto a carico della società attrice sia in merito alle possibili perdite derivanti dallo swap, sia in merito al possibile deprezzamento del mark to market e quindi del costo di estinzione; ad indicare se, all'epoca della stipulazione del contratto derivato per cui è causa, erano disponibili altri strumenti finanziari idonei a perseguire l'interesse della parte attrice e meno rischiosi*" (cfr. citata ordinanza 14/10/2017); per comodità espositiva si parlerà anche di 'ctu integrativa'.



Premesso, come poi si vedrà, che la banca mutuante Unipol aveva richiesto una copertura del tasso di interesse con strumento derivato per un importo nozionale minimo pari al 50% dell'importo complessivo utilizzato del finanziamento, si deve allora verificare, in primo luogo, se lo strumento in questione assolvesse o meno a detta funzione di 'copertura' alla luce della ricordata Direttiva Consob n° 9901391, cui si è dato conto nella sentenza non definitiva, unitamente al richiamo alla normativa primaria e secondaria in tema di intermediazione finanziaria.

Sul punto nodale della controversia nella sentenza non definitiva si era dato atto che è imprescindibile, ai fini del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., l'accertamento dell'esistenza dalla c.d. alea bilaterale e quindi l'accertamento dell'esistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, accertamento necessario tanto per lo swap con funzione di copertura quanto per lo swap con funzione meramente speculativa, con la precisazione “ *... che nello swap, che nasce con dichiarata funzione di copertura, la valutazione circa l'eventuale squilibrio dell'alea deve essere effettuata in maniera più rigorosa, tenendo anche a mente il collegamento con l'operazione sottostante di finanziamento, l'interesse concreto del cliente al contenimento del rischio e la funzione dell'intermediario, sempre tenuto ex art. 21 TUF ad agire nell'interesse dell'investitore, e ... che contratti che non consentono la valutazione positiva di tali elementi devono ritenersi privi del requisito della causa di cui all'art. 1325 c.c., inteso come idoneità dello stesso a soddisfare gli interessi in concreto perseguiti ed esplicitati nello stesso contratto da entrambe le parti. ...*” (cfr. citata sentenza non definitiva).

Non possono essere presi in considerazione altri orientamenti giurisprudenziali o altre possibili soluzioni, diverse da quelle desumibili dai punti motivazionali fissati nella sentenza non definitiva, conformemente alla giurisprudenza dell'Ufficio (cfr. richiamata sentenza Tribunale Roma 8/1/2016).

Dunque si ribadisce, come già evidenziato nella più volte ricordata sentenza non definitiva, che il faro da seguire è appunto la citata Direttiva Consob 26 febbraio 1999, n° 9901391, in base alla quale è previsto -appare opportuno riportarlo- che le operazioni su derivati possono ritenersi di 'copertura', se “ ... a) le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da



evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno ...”.

Orbene, con riferimento all’originaria ctu, l’ausiliare, in risposta al quesito C 1), aveva evidenziato che “ ... A fronte di un piano di rientro di € 36.000.000 verso il creditore Unipol, Araba Fenice ha acceso un contratto SWAP con un nozionale di € 24.000.000 pari ai 2/3 dell’esposizione debitoria. Con il rimborso progressivo del debito, la cui estinzione era prevista per dicembre 2021, diminuiva progressivamente il nozionale sempre in misura tale da mantenere il rapporto di 2/3 tra il debito residuo e il nozionale. ...”; che “ ... Il contratto SWAP ha la finalità di contenere il rischio di oscillazione dei tassi di interesse di un contratto di finanziamento; il particolare funzionamento di detto contratto prevede che a scadenze prefissate il cliente versi alla banca interessi calcolati ad un tasso fisso preconcordato, e che contestualmente la banca riconosca al cliente interessi ad un tasso variabile determinato sulla base di elementi preconcordati. Si tratta quindi di un accordo che il debitore ritiene conveniente sottoscrivere nel caso in cui, nel particolare momento in cui esso viene concluso, quello che egli ritiene poter essere il presumibile andamento futuro dei tassi presenta eccessivi margini di incertezza e rischiosità. ...”; che “ ... Essendo un contratto che nel tempo può comportare rischi anche elevati per il correntista, la normativa vigente prevede che la sua conclusione debba essere preceduta da un’accurata indagine che l’istituto di credito deve effettuare, e che deve risultare da un ‘verbale di esito consulenza – valutazione di adeguatezza’. Con tale attività la banca deve illustrare in dettaglio i rischi potenziali dell’operazione, ed accertarsi che, sulla base della posizione finanziaria del cliente e della sua propensione al rischio, il contratto sia adeguato alle reali esigenze della controparte. ...” e che “ ... In applicazione di tale principio, con cadenza semestrale, Unicredit contabilizzava sul conto corrente intrattenuto con Araba Fenice: addebito degli interessi in misura fissa pari al 5,10%, accredito degli interessi in misura variabile, pari all’Euribor a sei mesi senza maggiorazione ...” (cfr. ctu originaria).

In risposta al quesito sub 2) l’ausiliare aveva evidenziato che “ ... Dalla documentazione presente negli atti di causa, e più precisamente a pagina 2/6 del documento denominato ‘Prodotti derivati OTC – Verbale di esito consulenza valutazione adeguatezza’, la ‘situazione indebitamento’ per la quale [redacted] ha chiesto la copertura mediante contratto IRS, risultava essere pari a € 36.000.000. Nello stesso documento, facendo riferimento specifico al predetto indebitamento, le parti fissano il nozionale massimo in € 24.000.000 e la durata dell’operazione non superiore a quindici anni. ...”, mentre in relazione al quesito sub 3) aveva rilevato che “ ... Dalla documentazione negli atti di causa, tra l’altro,



si evidenzia che il contratto di IRS fu sottoscritto proprio per limitare i rischi di oscillazione dei tassi di interesse; tale finalità è stata espressamente indicata nel documento allegato alla lettera di Unicredit ad [REDACTED] dell'11 giugno 2008, in risposta alla domanda n. 9, là dove viene espressamente indicata l'opzione b) 'Ottimizzazione – Le operazioni mirano a gestire attivamente i rischi di mercato ai quali sono esposti i valori dell'attivo e del passivo e/o i flussi di cassa futuri, eventualmente determinando anche l'esposizione a rischi differenti da quelli esistenti in origine'. Si evidenzia che, tra le scelte alternative, non è stata espressamente indicata l'ipotesi dell'intento speculativo. ..." (cfr. ctu originaria).

In ordine alla connessione fra il finanziamento e il contratto derivato e quindi alla funzione di copertura il Ctu, in sede di replica alle osservazioni del Ctp di parte attrice, aveva evidenziato che " ... il nozionale preso a riferimento nel contratto swap, per espressa manifestazione delle Parti, corrispondeva solo ai due terzi della parte del debito della società attrice meglio identificato come 'Linea A'. ..." e, proprio con riferimento alle su riportate Comunicazioni Consob richiamate dal Ctp di parte attrice, che " ... a) dalla documentazione esaminata appare inequivocabile che la finalità dell'operazione fosse quella di ridurre la rischiosità di altre posizioni debitorie; b) la 'elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dello strumento finanziario utilizzato e dell'oggetto della copertura' si ritiene possa riscontrarsi rilevando identica scadenza tra i due contratti e costante mantenimento del rapporto tra il residuo nozionale (Hedged Notional) e il residuo debito del rapporto sottostante (Loan Notional), così come si evidenzia dalla tabella che, nel fascicolo di Parte Attrice, risulta inserita subito dopo il documento n. 5, tabella che viene qui di seguito riportata ..." (cfr. ctu originaria).

In relazione al riferimento alla Linea 'A' si osserva che nel 'Verbale di esito consulenza - valutazione adeguatezza', debitamente sottoscritta dalla cliente, a proposito della 'situazione indebitamento' è dato leggere che " ... in base alle informazioni che ci avete fornito, risultano appena erogati o in fase di erogazione nuovi finanziamenti: ... [x] altri debiti a Medio/lungo (redatto a stampa) ... P.F. (vergato a penna) ... euro (redatto a stampa) ... 36.000.000,00 LINEA A e (sotto la predetta cifra) ... 9.000.000,00 " B (cifre e parole vergate a penna) ..." e, a proposito della 'tipologia di copertura', ove risultava barrata l'indicazione 'operazione richiesta dal cliente', che " ... Di seguito indichiamo le caratteristiche fondamentali della vostra richiesta di copertura mediante operazione in strumenti finanziari derivati OTC: ... [x] SPECIFICA – su una particolare posta del vostro indebitamento (le cui caratteristiche sono indicate nella successiva sezione 'Tipologia di prodotti OTC'): Tipologia Prodotto ... LINEA A P. Financing Massimo 24/milioni ..."



(indicazione vergata a penna) ed altresì che "... in funzione del vostro indebitamento come sopra indicato, il nozionale dell'operazione non potrà essere superiore ad euro ... 24 milioni ..." (indicazione vergata a penna).

Nella prima comparsa conclusionale parte attrice, richiamando il predetto verbale di esito consulenza -valutazione adeguatezza- e l'importo complessivo risultante nel richiamato settore 'situazione indebitamento' con riferimento al periodo dicembre 2007-maggio 2008 (totale cassa: euro 4.000.000,00; di cui totale residuo Medio Lungo: euro 4.000.000,00; Altri debiti a Medio/lungo: euro 36.000.000,00 linea A e euro 9.000.000,00 Linea B), aveva allegato che "... Dal documento appare evidente pertanto l'assenza di correlazione tra capitale nozionale di riferimento del derivato (26 milioni di euro) e l'importo dell'indebitamento complessivo (49 milioni di euro) ovvero l'importo della c.d. 'linea A' pari a 36 milioni di euro. ..." (cfr. prima comparsa conclusionale di parte attrice).

Sul dato oggettivo, ossia sul dato della correlazione fra indebitamento e capitale nozionale di riferimento, va ricordato che la mutuante Unipol S.p.a. aveva chiesto che, entro tre mesi dalla stipula del contratto di mutuo, l'odierna attrice provvedesse alla stipula di un contratto di copertura dei tassi di interesse "... della durata minima di 8 anni e di un importo nozionale minimo pari al 50% dell'importo complessivo utilizzato del finanziamento ..." (cfr. doc. 8 di parte convenuta: verbale del Cda del 14/7/2008, in cui viene richiamato il punto 'h' del contratto di mutuo).

La circostanza che la società attrice cercasse un prodotto di copertura, al fine di concludere l'operazione di mutuo con Unipol, si può ritenere pacifica e conosciuta anche dalla banca convenuta.

Dal verbale del Consiglio di Amministrazione del 14/7/2008 della ██████████ prodotto dalla stessa convenuta, risulta che in occasione di detta riunione, convocata per decidere proprio in ordine alla "... stipula di un contratto di copertura del tasso di interesse del Contratto di project financing in essere con Unipol Merchant e delibere conseguenziali ..." (n° 1 all'odg), "... Il Presidente evidenzia che al punto (h) del contratto di finanziamento Unipol è previsto quanto segue: '(h) il Prenditore provvederà alla stipula entro tre mesi dalla data di sottoscrizione del presente Contratto di un contratto di copertura del tasso di interesse del Contratto ('Swap') in via preferenziale, a parità di condizioni, con UB della durata minima di 8 anni e di un importo nozionale minimo pari al 50% dell'importo complessivo utilizzato del finanziamento di cui al presente contratto'. In riferimento a ciò la società deve provvedere alla stipula di un contratto di copertura come previsto al punto 'h' del project financing. A tal scopo e dopo varie indagini di mercato svolte dal socio Professional BKW



Italia S.p.a., è stata scelta l'offerta informale del 29/5/2008 ricevuta dalla Unicredit Corporate Banking S.p.a., che riportava le seguenti condizioni: 'partenza forward, con effetto contabile a partire dall'1/1/2011 in amortizing fino al 31/12/2021 (11 anni); contabilizzazioni semestrali posticipate, parametro Euribor 6 mesi; IRS: cliente paga tasso fisso 4,745%/cliente incassa Euribor 6 mesi ...' e che " ... il Consiglio, dopo esauriente discussione, all'unanimità delibera di accettare l'offerta con le variazioni che saranno intervenute al momento della stipula del contratto, precisando che il predetto contratto di copertura 'swap' dovrà riguardare almeno il 50% della tranche 'A' del project financing, ovvero coprire subito (e non con partenza forward) le fasi di indebitamento ed il conseguente ammortamento, in linea con il prospetto che si allega al presente verbale, dando ampio mandato a tal fine all'ing. Tombolillo di perfezionare tutti gli atti necessari, il tutto con attestazione di rato e valido; di provvedere, nel caso in cui l'entità del debito residuo riferito al finanziamento collegato alla sottoscritta operazione di copertura 'swap' risultasse variata in diminuzione e/o azzerata rispetto al predetto piano di ammortamento allegato, alla riduzione e/o chiusura anticipata della medesima operazione di copertura 'swap' ..." (cfr. doc. 8 di parte convenuta: verbale del CdA di Biopower S.p.a.; pagg. 56-58 di 100).

Analogamente tutta la documentazione prodotta dalla banca convenuta prova che questa fosse l'esigenza manifestata dalla cliente e che l'offerta della banca fosse appunto destinata ad offrire una tale copertura.

In tale quadro si tratta ora di verificare la sussistenza in concreto della necessaria " ... elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dello strumento finanziario utilizzato e dell'oggetto della copertura ...".

In atti non risulta la produzione di copia del contratto di mutuo dell'attrice con Unipol Banca S.p.a..

Al riguardo, premesso che l'onere di provare il rispetto della normativa primaria e secondaria in tema di intermediazione finanziaria grava sull'intermediario, viepiù nel caso in cui lo stesso agisca come opposto (attore sostanziale), è intuitivo che gravava sulla banca, al fine di provare l'avvenuto rispetto della più volte richiamata Direttiva Consob del 1999, l'onere di produrre o, se impossibilitata in quanto ad essa mai consegnato, di chiedere l'esibizione di copia del predetto contratto di mutuo fra l'attrice ed Unipol.

Peraltro, ricordato -come già esposto nella citata sentenza non definitiva- che "... affinché al derivato possa essere riconosciuta una finalità di 'copertura' è necessario che vi sia una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2)



il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'IRS; 4) la durata del debito e quella dell'IRS." (cfr. Tribunale Roma 8 gennaio 2016) e che, ai fini della validità del contratto di IRS, si ritiene necessaria la compresenza di tutte le anzidette condizioni, dovendosi addivenire ad una dichiarazione di nullità del contratto qualora dovesse mancare anche una sola di esse, osserva il Giudice che detta lacuna documentale è di fatto superabile alla luce delle osservazioni svolte dal Ctu, sostanzialmente condivisibili per quanto riguarda il profilo 'contabile', sulla base della documentazione rinvenuta in atti: si rammenta al riguardo che nell'ordinamento processuale-civilistico vige il principio della libera utilizzabilità delle prove, comunque validamente acquisite al processo, indipendentemente dalla parte che le abbia prodotte.

A pag. 20, punto 5.1.2 dell'originaria consulenza, il Ctu, in risposta alle osservazioni del Ctp di parte attrice (" ... Il CT ritiene che, sulla base della documentazione riversata in atti, sia impossibile rispondere al quesito posto in quanto, a suo dire, non sono noti i termini di confronto con il contratto di finanziamento stipulato da [REDACTED] con Unipol. Il CT ritiene sia opportuno che il CTU acquisisca da Unicredit e/o da terzi le informazioni necessarie per tale verifica. ..."), aveva evidenziato l'ostacolo processuale ad una tale richiesta (" ... Il CTU preliminarmente evidenzia che la richiesta formulata dal Dott. Barbera in ordine alla acquisizione di ulteriore documentazione oltre agli atti di causa, non è stata formulata nel corso delle operazioni peritali. ...") ed aveva desunto " ... l'elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dello strumento finanziario utilizzato e dell'oggetto della copertura ..." dalla " ... identica scadenza tra i due contratti e costante mantenimento del rapporto tra il residuo nozionale (Hedged Notional) e il residuo debito del rapporto sottostante (Loan Notional), così come si evidenzia dalla tabella che, nel fascicolo di Parte Attrice, risulta inserita subito dopo il documento n. 5 ..." (cfr. originaria ctu, a pag. 20, punto 5.1.2).

Orbene, a parte la considerazione che l'onere probatorio gravava sulla banca, tenuta a provare, in base a conferente allegazione, di aver correttamente adempiuto alle indicazioni della citata Direttiva Consob e a provare l'infondatezza della sollevata eccezione di nullità per difetto di causa, osserva il Giudice che le considerazioni del Ctu sulla compiuta osservanza delle disposizioni della citata Direttiva Consob sono per alcuni profili sostanzialmente condivisibili e per altri comunque facilmente integrabili dalle osservazioni che seguono.

Nella ctu originaria si legge, con riferimento al punto 5.1.1 (pag. 20), che " ... il nozionale preso a riferimento nel contratto swap, per espressa manifestazione delle Parti, corrispondeva solo ai due terzi della parte del debito della società attrice meglio identificato



come 'Linea A'. ...” e, con riferimento al punto 5.1.2 (pagg. 20 e 21), che “ ... a) dalla documentazione esaminata appare inequivocabile che la finalità dell'operazione fosse quella di ridurre la rischiosità di altre posizioni debitorie; ...”; che “ ... b) la 'elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dello strumento finanziario utilizzato e dell'oggetto della copertura' si ritiene possa riscontrarsi rilevando identica scadenza tra i due contratti e costante mantenimento del rapporto tra il residuo nozionale (Hedged Notional) e il residuo debito del rapporto sottostante (Loan Notional), così come si evidenzia dalla tabella che, nel fascicolo di Parte Attrice, risulta inserita subito dopo il documento n. 5, tabella che viene qui di seguito riportata ... Quanto all'affermazione del Dott. Barbera in ordine alla necessità che il derivato, per essere considerato di copertura, debba avere la stessa durata ed il 'sottostante' debba averne lo stesso importo, ciò non appare esplicitamente richiesto dai provvedimenti Consob di cui sopra; ...” e che “ ... c) quanto alle procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni ricorrano effettivamente, ciò può essere desunto dal verbale del Consiglio di Amministrazione di Araba Fenice del 14 luglio 2008 (in atti fascicolo di parte Unicredit, documento n. 8) nel quale si legge che la società, nel sottoscrivere il contratto di finanziamento con Unipol, aveva espressamente previsto la necessità di stipulare un contratto di copertura del tasso di interesse e, proprio al fine di individuare la proposta più conveniente, il CdA 'dopo varie indagini di mercato svolte dal socio Professional [REDACTED] è stata scelta l'offerta informale del 29 maggio 2008 ricevuta dalla Unicredit Corporate Banking S.p.A.' ...” (cfr. ctu originaria).

Le corrette valutazioni e conclusioni del Ctu, in tema di funzione di copertura, trovano supporto nella documentazione in atti, da cui si evidenzia per l'appunto che era stata la [REDACTED] p.a. a richiedere un determinato prodotto finanziario sulla base delle richieste della banca mutuante Unipol S.p.a. e delle condizioni individuate dalla Professional BKW Italia S.p.a., indicato nella delibera del CdA di [REDACTED] n. come socio (cfr. doc. 8 di parte convenuta).

Del resto la prova provata della finalità di copertura, in relazione alla specifica richiesta della mutuante Unipol S.p.a., e quindi dell'infondatezza *in parte qua* di ogni doglianza di parte opponente, si ricava proprio dal verbale del Consiglio di Amministrazione del 14/7/2008 della [REDACTED] prodotto dalla convenuta, da cui risulta che in occasione di detta riunione, convocata per decidere proprio in ordine alla “... stipula di un contratto di copertura del tasso di interesse del Contratto di project financing in essere con Unipol Merchant e delibere conseguenziali ...” (n° 1 all'odg), “... Il Presidente evidenzia che al punto (h) del contratto di finanziamento Unipol è previsto quanto segue: '(h) il Prenditore



provvederà alla stipula entro tre mesi dalla data di sottoscrizione del presente Contratto di un contratto di copertura del tasso di interesse del Contratto ('Swap') in via preferenziale, a parità di condizioni, con UB della durata minima di 8 anni e di un importo nozionale minimo pari al 50% dell'importo complessivo utilizzato del finanziamento di cui al presente contratto'. In riferimento a ciò la società deve provvedere alla stipula di un contratto di copertura come previsto al punto 'h' del project financing. A tal scopo e dopo varie indagini di mercato svolte dal socio Professional BKW Italia S.p.a., è stata scelta l'offerta informale del 29/5/2008 ricevuta dalla Unicredit Corporate Banking S.p.a., che riportava le seguenti condizioni: 'partenza forward, con effetto contabile a partire dall'1/1/2011 in amortizing fino al 31/12/2021 (11 anni); contabilizzazioni semestrali posticipate, parametro Euribor 6 mesi; IRS: cliente paga tasso fisso 4,745%/cliente incassa Euribor 6 mesi ..." e che "... il Consiglio, dopo esauriente discussione, all'unanimità delibera di accettare l'offerta con le variazioni che saranno intervenute al momento della stipula del contratto, precisando che il predetto contratto di copertura 'swap' dovrà riguardare almeno il 50% della tranche 'A' del project financing, ovvero coprire subito (e non con partenza forward) le fasi di indebitamento ed il conseguente ammortamento, in linea con il prospetto che si allega al presente verbale, dando ampio mandato a tal fine all'ing. Tombolillo di perfezionare tutti gli atti necessari, il tutto con attestazione di rato e valido; di provvedere, nel caso in cui l'entità del debito residuo riferito al finanziamento collegato alla sottoscritta operazione di copertura 'swap' risultasse variata in diminuzione e/o azzerata rispetto al predetto piano di ammortamento allegato, alla riduzione e/o chiusura anticipata della medesima operazione di copertura 'swap' ..." (cfr. doc. 8 di parte convenuta: verbale del CdA di [REDACTED] pagg. 56-58 di 100).

Addirittura risulta che il CdA, nonostante la previsione che, a parità di condizioni, la mutuante Unipol avrebbe preferito la stipula del contratto derivato con UB (verosimilmente Unipol Banca), ha deciso di scegliere, a seguito delle indagini effettuate dalla Professional BKW Italia S.p.a., l'offerta formulata da UniCredit, offerta che, riportata nel verbale del CdA, doveva evidentemente essere stata ben esaminata, vagliata, ponderata e raffrontata con altre proposte e ritenuta preferibile, per cui appare difficile sostenere che non vi fosse stata adeguata informazione anche sui rischi insiti e sul soddisfacimento della funzione perseguita. Del resto la stessa assoluta rilevanza finanziaria dell'operazione doveva evidentemente aver imposto un'opportuna ed approfondita valutazione, anche comparativa, delle varie soluzioni offerte dal mercato e dei possibili scenari futuri.

Inoltre era stato dato mandato al consigliere Tombolillo anche di modificare, in sede di conclusione del contratto, le modalità di copertura (cfr. citato verbale: "... ovvero coprire da



subito (e non con partenza forward) le fasi di indebitamento ed il conseguente ammortamento ...”), a dimostrazione che la [REDACTED] aveva ‘potere’ contrattuale e non si poteva né si può ora configurare come parte debole, in balia dei voleri e degli interessi di Unicredit S.p.a.

Ulteriori elementi a conferma della pacifica funzione di copertura in relazione al richiamato project financing si ricavano dal ‘Verbale di esito della consulenza - valutazione adeguatezza’ (cfr. doc. 9 di parte convenuta: verbale del 16/7/2018, debitamente sottoscritto dal citato ing. Tombolillo) nonché dalla relativa Scheda Informativa, ugualmente sottoscritta dal citato ing. Tombolillo (cfr. doc. 10: scheda informativa).

Ulteriori elementi, a riprova che si trattava di richiesta proveniente dal cliente, si ricavano altresì dal documento definito ‘conclusione di operazione in derivati OTC’, con riferimento al contratto quadro del precedente 11/6/2008, in cui risulta, come data iniziale del contratto, il 22/7/2008 e non più l’1/1/2011, come nella proposta originaria di Unicredit S.p.a. (cfr. citato verbale del CdA, a pag. 56): sul punto valgono le superiori osservazioni sulla capacità contrattuale di [REDACTED]

Sempre in tema di funzione di copertura, in relazione a quanto prescritto dalla più volte citata Direttiva Consob, si osserva che nella consulenza originaria, in replica alle osservazioni del Ctp di parte attrice, il Ctu aveva ribadito che “ ... il nozionale preso a riferimento nel contratto swap, per espressa manifestazione delle Parti, corrispondeva solo ai due terzi della parte del debito della società attrice meglio identificato come “Linea A”. ...” (cfr. originaria ctu, a pag. 20, punto 5.1.1).

Al riguardo, ritenuto soddisfatto il primo requisito formale sulla finalità di copertura perseguita dalle parti, emergono elementi fattuali per poter in concreto procedere ad un giudizio positivo sull’elevata correlazione, tale risultando a tal fine la tabella, inserita subito dopo il documento n. 5 e richiamata dal Ctu, che reca in calce, fra l’indicazione della [REDACTED] e la sottoscrizione di Giampiero Tombolillo, la scritta a penna ‘Si approva il piano di ammortamento di cui sopra’: si tratta di locuzione e di sottoscrizione non contestate.

Sullo specifico punto il Ctu nella consulenza originaria aveva precisato che risultava identica scadenza tra i due contratti ed un costante mantenimento del rapporto tra il residuo nozionale (Hedged Notional) e il residuo debito del rapporto sottostante (Loan Notional),

In tale contesto appaiono appunto decisivi sia il fatto che l’esigenza di un contratto derivato era imposta dal contratto di mutuo con l’Unipol sia il fatto che il CdA di [REDACTED] S.p.a., nonostante la previsione al richiamato punto ‘h’ del contratto di finanziamento che, a parità di condizioni, la mutuante Unipol avrebbe ‘preferito’ la stipula del contratto derivato



con UB (verosimilmente Unipol Banca), aveva deciso di scegliere, a seguito delle indagini di mercato effettuate dalla BKW Italia S.p.a., l'offerta formulata da UniCredit, sia altresì il fatto che detta offerta, proprio perché oggetto di scelta, doveva essere stata vagliata e ponderata.

Del resto la stessa banca mutuante (Unipol) aveva fatto riferimento alla necessità di un contratto di copertura del tasso di interesse del contratto di mutuo della durata minima di 8 anni e di un importo nozionale minimo pari al 50% dell'importo complessivo utilizzato del finanziamento e che quindi i suddetti parametri (di durata e di ampiezza della copertura) costituivano requisiti minimi, evidentemente ritenuti soddisfatti dalla mutuante Unipol.

Pur non essendo condivisibile il riferimento, quanto al terzo requisito del 'controllo interno', al fatto che lo stesso sarebbe desumibile, come riportato nella ctu originaria, " ... dal verbale del Consiglio di Amministrazione di [REDACTED] 14 luglio 2008 ...", si osserva che detto requisito risulta comunque soddisfatto.

Premesso che il 'controllo interno' riguarda l'intermediario e non il cliente, assumono rilievo in tale contesto gli obblighi di condotta diligente, di cui alla richiamata normativa primaria e secondaria in tema di intermediazione finanziaria, ed in particolare la condotta diligente e la predisposizione di una struttura che consenta di perseguire al meglio gli interessi del cliente (cfr. Cass. 19013/2017 sul rilievo della normativa primaria e secondaria in tema di giudizio di meritevolezza).

A quest'ultimo riguardo, ricordato che l'eventuale violazione della normativa primaria e secondaria in tema di intermediazione rileva in termini di inadempimento contrattuale, si osserva che con la citata ordinanza 14/10/2017 si era dato corso all'ammissione della ctu integrativa " ... *alla luce dei principi esposti in sentenza in tema di contratto derivato IRS e di obblighi di condotta ex D.Lgs 58/1998 TUF* ...".

A questo punto si deve esaminare il profilo della pretesa asimmetria informativa e quindi della *recepta* violazione degli obblighi di condotta diligente da parte dell'intermediario in relazione al prevedibile andamento del mercato.

Nel contesto fattuale su ricostruito, appare difficile ipotizzare -si passa al profilo dei richiamati obblighi di informazione ex art. 21 TUF- che vi possa essere stato un *deficit* informativo in capo alla [REDACTED] a causa di una pretesa condotta non diligente della banca: vanno sicuramente esclusi, in difetto di conferente allegazione e prova, profili di dolo e di condotta addirittura illecita, cui ha fatto genericamente riferimento parte attrice in citazione.

Al riguardo, oltre a quanto detto sulla fase di scelta dell'offerta migliore proprio per adempiere ad una obbligazione di 'copertura' prevista nel contratto di finanziamento con



Unipol e sul 'potere contrattuale' di [REDACTED] in sede di stipula del contratto derivato, vanno richiamati: a) il contratto Quadro dell'11/6/2008 (cfr. doc. 4 di parte convenuta: accordo quadro per la regolamentazione di contratto di Interest Rate Swap con clienti al dettaglio); b) il contratto di Consulenza dello stesso 11/6/2008 (cfr. doc. 5 di parte convenuta: contratto di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari derivati negoziati OTC, in cui risulta all'art. 4, debitamente accettato ex art. 1341 c.c., che "Le parti riconoscono e dichiarano espressamente che i contratto sui quali la banca presta consulenza hanno natura di contratti aleatori e, conseguentemente, si danno reciprocamente atto che, ai sensi dell'art. 1469 codice civile, non ne potrà essere richiesta -in caso di successiva stipulazione-la risoluzione per eccessiva onerosità. Le parti sono inoltre consapevoli che ai contratti, ai sensi della vigente normativa, non si applica l'art. 1933 codice civile. Il cliente prende atto che le obbligazioni che deriveranno alla parti a seguito dell'eventuale stipulazione dei contratto saranno soggette a notevoli variazioni e che, pertanto, la loro conclusioni comporta l'assunzione di un elevato rischio nonché la possibilità di conseguire elevati risultato negativi, preventivamente non quantificabili, non sussistendo, tra l'altro, alcuna garanzia di mantenimento di eventuali risultati positivi"); c) il documento sulla profilatura della cliente (cfr. doc. 6 di parte convenuta) e d) il documento informativo e relativo allegato (cfr. doc. 7 di parte convenuta): si tratta di documenti tutti sottoscritti dalla cliente Biopower S.p.a. o dalla stessa ricevuti con dichiarazione di consegna debitamente firmata.

Dalla scheda di profilatura risultano indicazioni sul grado di conoscenza (indicata come 'ALTA') in tema di derivati; sulla struttura organizzativa interna della cliente, con presenza di struttura organizzativa dedicata all'attività finanziaria con consolidata esperienza in strumenti finanziari e/o nella gestione dei rischi finanziari; sull'orizzonte temporale dell'operazione (indicata come maggiore di 120 mesi); sulla finalità dell'operazione (ottimizzazione); sulla situazione finanziaria; ecc.

Nella prima comparsa conclusionale, come poi ripetuto nella seconda comparsa conclusionale, l'attrice, a pretesa smentita di quanto a suo tempo dichiarato dalla assistita in sede di profilatura, ha allegato che la predetta società " ... era stata costituita al solo fine di realizzare una centrale per la produzione di energia elettrica ed oggettivamente non aveva alcuna struttura ed esperienza in materia finanziaria ...", ma detta allegazione è smentita nei fatti dalle indagini di mercato che la [REDACTED], indicata come socia della stessa [REDACTED] a., aveva effettuato sul mercato prima di scegliere l'offerta formulata da Unicredit e poi, come visto, ulteriormente adeguata alle richieste della stessa [REDACTED] (cfr. verbale del CdA) in sede di stipula del contratto derivato.



Inoltre, a conforto di quanto detto, osserva il Giudice che, in relazione al terzo quesito della ctu integrativa (*“precisare analiticamente, con riferimento ai richiamati ‘numerosi prospetti illustrativi’, se il contratto abbia indicato, con sufficiente chiarezza, i rischi in concreto a carico della società attrice sia in merito alle possibili perdite derivanti dallo swap, sia in merito al possibile deprezzamento del mark to market e quindi del costo di estinzione ...”*), il Ctu ha evidenziato che “ ... Dall’analisi del contratto e dei numerosi prospetti illustrativi si può ritenere che il contratto abbia indicato con sufficiente chiarezza i rischi, sia in merito alle possibili perdite derivanti dallo swap, sia in merito al possibile deprezzamento del mark to market, e quindi del costo di estinzione; ...” (cfr. consulenza integrativa).

Dunque risulta, in base alle osservazioni del Ctu anche nella consulenza integrativa, adeguatamente soddisfatti gli obblighi informativi.

Come detto, risultano in atti, fra gli altri, il Verbale di esito della consulenza sulla valutazione dell’adeguatezza dell’operazione (cfr. doc. 9 di parte convenuta); la Scheda Informativa (cfr. doc. 10); la Conferma dell’operazione in derivati OTC (cfr. doc. 11) e la comunicazione di superamento dell’importo soglia (cfr. doc. 13).

Ulteriore profilo, in relazione al quale esaminare il requisito della meritevolezza, riguarda lo specifico obbligo dell’intermediario di curare al meglio l’interesse del cliente.

Nella consulenza integrativa il Ctu, con riferimento al primo quesito (*“valutare se tale modalità di funzionamento poteva astrattamente -sulla base di una valutazione ex ante e tenuto conto dell’andamento dei mercati finanziari all’epoca della stipulazione dei contratti e del prevedibile andamento dei mercati stessi- essere conveniente per la parte attrice e consentirle di realizzare un concreto vantaggio”*), ha evidenziato che “ ... Dall’andamento dei mercati finanziari e dal prevedibile andamento si può fondatamente ritenere che per [REDACTED] con una valutazione ex ante- il realizzo di un concreto vantaggio poteva considerarsi alquanto improbabile. ...” e, in relazione al secondo quesito (*“verificare (sempre con valutazione ex ante) se il suindicato contratto era idoneo ad assolvere alla funzione di copertura del richiamato finanziamento con Unipol S.p.A., anche tenuto conto della delibera del CdA di [REDACTED] del 14 luglio 2008, ovvero se abbia aumentato il rischio di subire perdite”*), che “ ... Per la natura del derivato non può dirsi che il contratto sottoscritto da [REDACTED], in ragione del finanziamento Unipol e della delibera del CdA di [REDACTED] abbia avuto una esclusiva finalità di copertura dei rischi, in quanto lo stesso contratto inevitabilmente ha contemplato una componente speculativa per entrambe le parti, fondata sulle presumibili future oscillazioni dei tassi e quindi con assunzione, sempre inevitabile, del conseguente rischio di subire perdite. ...” (cfr. ctu integrativa).



A fronte di ciò, nella seconda comparsa conclusionale la società attrice ha richiamato, facendole proprie, le osservazioni del proprio Ctp, in cui si era evidenziato che “ ... nel contratto sottoscritto tra le parti e nei documenti allegati di corredo al contratto non vi è traccia alcuna della una ‘curva probabilistica futura dei tassi di swap’ che, qualora esplicitata, avrebbe consentito di approssimare un calcolo del MtM. ...”; che “ ... L’assenza della curva probabilistica futura dei tassi di swap impedisce conseguentemente la previsione ed il calcolo del MtM che pertanto non è stato calcolato o è stato calcolato all’oscuro del cliente. ...” e che “ ... Non risulta altresì esplicitata l’indicazione del criterio matematico di calcolo del prezzo valore del derivato ...” (cfr. citata seconda comparsa conclusionale); quindi ha evidenziato che “ ... (i) è del tutto assente dai documenti esaminati l’indicazione certa ed univoca dell’algoritmo matematico con cui poter determinare il MtM al variare dei vari scenari probabilistici; (ii) dai documenti contrattuali non risulta che la banca abbia rappresentato al proprio cliente Araba Fenice l’evoluzione probabilistica futura dell’euribor a partire dal 2008 (che ha avuto un continuo segno negativo per il cliente), pur avendo maggiori conoscenze del mercato finanziario rispetto al cliente e potendo altresì ricorrere agevolmente a costose ed elaborate banche dati di settore. ...” (cfr. citata seconda comparsa conclusionale).

Nella seconda comparsa conclusionale la banca convenuta, nel contestare le ‘nuove’ conclusioni cui era arrivato il Ctu in sede di consulenza integrativa e nel richiedere il richiamo a chiarimenti del Ctu, ha invece evidenziato che “ ... il Ctu, nell’analisi da ultimo effettuata, ha tenuto conto dei soli valori storici dell’*Euribor 6* mesi precedenti la data di stipula e non ha invece tenuto conto dei tassi attesi, né tantomeno della probabilità che gli stessi si realizzino, valutata appunto alla data di stipula dello strumento finanziario derivato. ...”; che “ ... La previsione svolta dal CTU non è pertanto corretta poiché non tiene conto delle attese e delle probabilità che queste si verifichino in futuro. Non si può cioè ritenere condivisibile la conclusione del CTU basata su dati storici e non già su valutazioni prospettiche; ciò senza una completa stima della distribuzione di probabilità dei possibili esiti del derivato valutati alla stipula. ...”; che “ ... A dimostrazione che l’alea dello strumento finanziario era equamente distribuita tra le parti, e dunque era probabile un vantaggio per il cliente, il CTP della BANCA, Prof. Busato, ha proceduto a costruire la funzione di densità delle distribuzioni del mark to market (ex ante, in apertura) dell’operazione in esame, applicando il modello Hull White ad I fattore mediante una simulazione dei tassi con il Metodo Montecarlo (calibrando il modello in base ai tassi forniti da Bloomberg Financial). La distribuzione di probabilità collega i valori che può assumere lo strumento finanziario con le probabilità che tali valori possano realizzarsi. ...” e che “ ... La stima della distribuzione di probabilità del valore



dell'operazione dimostra incontrovertibilmente che gli esiti positivi o negativi dello strumento finanziario erano ugualmente probabili. ..." (cfr. seconda comparsa conclusionale di parte convenuta).

In punto di fatto, si osserva che la convenuta ha prodotto, come proprio doc. 10, la Scheda Informativa, di cui un esemplare è stato consegnato all'attrice in data 16/7/2008 con firma non contestata del più volte richiamato Tombolillo Giampiero per la società attrice, in cui, fra le altre indicazioni, risulta riportato, sotto la voce 'andamento storico', anche un grafico che illustra "... l'andamento storico del tasso Euribor a sei mesi rilevato giornalmente nel periodo dal 2/1/2001 al 15/5/2008 ..." -si tratta dello stesso grafico poi riportato nella ctu integrativa- ed una tabella che "... riporta la distribuzione dei valori dell'Euribor a 6 mesi rilevati giornalmente nel periodo dal 2/1/2001 al 15/5/2008. Nel periodo considerato l'Euribor a 6 mesi ha assunto un valore medio pari a 3,18%, con un minimo a 1,92 % e uno massimo a 4,92% ...", con la precisazione, con adeguato risalto cromatico e segnalazione 'avvertenza importante', che "... i dati riportati in questa sezione si riferiscono al passato; i risultati passati non sono indicativi dei risultati futuri ..." (cfr. citato doc. 10, contenente anche l'indicazione sui 'rischi specifici del prodotto').

Orbene, premesso che verosimilmente il riferimento, contenuto nella risposta al secondo quesito della ctu integrativa, alla "... componente speculativa ..." deve essere inteso come riferito alla "... componente aleatoria ...", in quanto solo così ha un senso il successivo riferimento ad "... entrambe le parti ..." ed alle "... presumibili future oscillazioni dei tassi ..." nonché al "... conseguente rischio di subire perdite ...", osserva il Giudice che il Ctu ha dato conferma del carattere bilaterale dell'alea nel senso indicato nella sentenza non definitiva. Per quanto riguarda l'emersa funzione di copertura appare sufficiente richiamare le superiori osservazioni, basate anche sulle stesse considerazioni del Ctu svolte nella prima consulenza a margine della Direttiva Consob 1999.

In relazione a questo specifico profilo con ulteriore quesito della ctu integrativa era stato chiesto al Ctu di "... indicare se, all'epoca della stipulazione del contratto derivato per cui è causa, erano disponibili altri strumenti finanziari idonei a perseguire l'interesse della parte attrice e meno rischiosi ..." e l'ausiliare ha concluso nel senso che "... Per scegliere una forma contrattuale di mera copertura del rischio di oscillazione dei tassi e comunque meno rischiosa dell'IRS, a giudizio del CTU sarebbe stato più opportuno scegliere altri strumenti, quali, ad esempio, l'*Interest rate cap* che si limita a fissare un limite di oscillazione dei tassi prevedendo un prezzo per tale copertura ..." (cfr. ctu integrativa, a pag. 20).



Al riguardo il Ctu, dopo l'elencazione (cfr. pag. 15 della consulenza integrativa) delle varie opzioni (interest rate cap, interest rate floor e interest rate collar), ha rilevato che " ... Dall'analisi del derivato sottoscritto da [REDACTED] si può constatare che la società, in accordo con la banca, ha sottoscritto l'interest rate swap maggiormente utilizzato, e cioè un accordo in base al quale due controparti si scambiano periodicamente dei flussi di pagamento, che vengono calcolati applicando al capitale nominale, da una parte, un tasso di interesse fisso, dall'altra un tasso variabile legato a un parametro di indicizzazione. Lo scopo dell'operazione di IRS è quello di cambiare il tasso di interesse al quale è regolata una determinata passività (oppure attività). ..." e che " ... Per la natura del derivato, scambio periodico di flussi di pagamento, non può dirsi che il contratto sottoscritto da [REDACTED], in ragione del finanziamento Unipol e della delibera del CdA di [REDACTED] ha avuto una esclusiva finalità di copertura dei rischi, in quanto lo stesso contratto inevitabilmente contempla una componente speculativa per entrambe le parti, fondata sulle presumibili future oscillazioni dei tassi e quindi con assunzione, sempre inevitabile, di un rischio di subire perdite. Per avere un derivato pensato per la mera copertura del rischio, si potevano scegliere altre soluzioni come, ad esempio, l'*Interest rate cap*. ..." (cfr. ctu integrativa a pagg. 15 e 16).

Dunque -a detta del Ctu- la funzione di copertura del rischio si sarebbe potuta ottenere con la strumento 'interest rate cap' (IRC), asseritamente meno rischioso dello strumento 'interest rate swap' (IRS); in particolare ha specificato che lo strumento 'Interest rate cap' " ... è un contratto in base al quale l'acquirente ha il diritto di ricevere dal venditore, contro il pagamento di un premio, per tutta la durata del contratto e alle scadenze prestabilite, la differenza (se positiva) tra un tasso variabile di riferimento, rilevato alle varie cadenze prefissate, e un tasso massimo (strake rate) indicato nel contratto. In questo caso essa rappresenta una vera e propria assicurazione contro il rischio di rialzo dei tassi" (cfr. ctu integrativa).

Sul punto, oltre a richiamare quanto detto in ordine al rilevato carattere bilaterale dell'alea -ciò si desume dalla risposta al quesito 2 della ctu integrativa-, va richiamato il 'Verbale di esito consulenza - valutazione di adeguatezza' del 16/7/2008, ove, in relazione " ... alle finalità dell'operazione in derivati OTC ...", era stata fornirà l'indicazione che " ... è Vostra intenzione: ... [x] trasformare una particolare posta o percentuale dell'indebitamento da tasso variabile a tasso fisso ..." (cfr. doc. 9 di parte convenuta a pag. 2/6); quindi l'interesse perseguito dall'odierna attrice, in linea evidentemente con quanto richiesto dalla mutuante Unipol (cfr. citato verbale del CdA dell'attrice), era appunto quello di 'trasformare' in fisso il tasso variabile del mutuo.



Sul punto, a prescindere da ogni altra considerazione sulle caratteristiche dei vari prodotti richiamati nella ctu integrativa, ciò che rileva è che la stipula di un IRC avrebbe comunque imposto un costo fisso, di cui non risulta l'ammontare così da consentire di valutarne anche la convenienza economica, costo invece non previsto nel caso dell'IRS che, come noto, prevede lo 'scambio' di flussi finanziari positivi e negativi in funzione dell'andamento dei tassi di riferimento.

Non va poi dimenticato che il prodotto finanziario in questione era stato appositamente richiesto dalla società attrice, specificamente per soddisfare quanto richiesto nel contatto di finanziamento con Unipol, e che lo stesso era stato oggetto di scelta comparativa sul mercato da parte di soggetto terzo alle parti oggi in causa.

Tutte le deduzioni di parte attrice trovano un limite fattuale proprio nella specificità dell'odierna controversia, in cui appunto vi è un soggetto (l'odierna attrice) che, per poter realizzare un'operazione di assoluta rilevanza finanziaria, aveva 'richiesto' al mercato un contratto di copertura e che, dopo la scelta comparativa operata sul mercato da un soggetto terzo [REDACTED], ha scelto l'offerta di Unicredit S.p.a., poi anche modificata, a dimostrazione di pari 'potere contrattuale': sul punto valgono le superiori osservazioni anche sul rilievo della scelta caduta su Unicredit S.p.a., anziché sulla stessa Unipol Banca S.p.a., e sulla ritenuta (dalla mutuante Unipol) idoneità del prodotto e della funzione assolta.

Dunque assume rilievo, come elemento caratterizzante l'odierna controversia, proprio quanto detto sulle indagini comparative svolte per conto della stessa società attrice prima della scelta in favore della proposta formulata dall'odierna convenuta e sul 'potere contrattuale' della stessa società attrice.

E' ben evidente -come già detto- che le ricerche sul mercato, che avevano poi portato a scegliere proprio l'offerta di Unicredit S.p.a., addirittura preferita a quella proposta dalla stessa società mutuante (cfr. citato verbale del CdA: richiamo del punto 'h' del contratto di mutuo con Unipol: " ... il Prenditore provvederà alla stipula ... di un contratto di copertura del tasso di interesse del contratto ... in via preferenziale, a parità di condizioni, con UB ..."), avevano dovuto chiaramente comportare un'analisi comparativa (cfr. citato verbale del CdA della società attrice: "... dopo varie indagini di mercato svolte dal socio Professional [REDACTED] [REDACTED] ...") dei costi e dei benefici e quindi anche la valutazione, viepiù -come detto- alla luce dell'assoluta rilevanza finanziaria dell'operazione, dell'evoluzione storica dei tassi di riferimento e delle prospettive future.

Alla luce delle risultanze di causa, non è fondata la doglianza di parte attrice in ordine alla pretesa nullità del contratto IRS per mancanza di causa.



In conclusione risulta che la banca abbia adempiuto ai propri obblighi di condotta diligente, avendo provveduto ad una puntuale informazione attiva e passiva in relazione alle caratteristiche soggettive della cliente ed oggettive del prodotto, ben avendo tenuto conto degli interessi della cliente stessa, come manifestati in relazione al contratto di finanziamento con Unipol.

Inoltre la convenuta non può rispondere di come poi in concreto siano evoluti i tassi di riferimento.

Si deve ora passare ad esaminare il profilo dei rapporti di dare ed avere.

In base al contratto derivato era previsto che lo stesso fosse 'appoggiato' sul conto corrente in essere, ove appunto dovevano transitare le poste attive e passive derivanti dal contratto IRS.

Nella ctu originaria il Ctù, in risposta al quesito C 5), ha evidenziato che " ... Sulla base delle pattuizioni contrattuali, ogni semestre solare Unicredit ha provveduto a contabilizzare sul conto corrente n. 30092859 intestato ad [REDACTED] la differenza tra quanto da questa dovuto per interesse fisso al 5,10%, e quanto al cliente dovuto dalla stessa banca per l'Euribor a 6 mesi. ...", evidenziando (con apposita tabella riassuntiva) che al 2/7/2014 l'importo registrato sul conto corrente, quale differenza fra flussi a favore della banca e flussi a favore del cliente, era pari a -8.254.133,38 euro e specificando che " ... L'importo addebitato da Unicredit il 2 luglio 2014 corrisponde al Costo di Sostituzione basato sul Mark To Market vigente alla predetta data così come previsto dall'art. 19 dell' 'accordo quadro per la regolamentazione di contratti di Interest Rate Swap'. ..." e che " ... In aggiunta a ciò, dall'esame dei documenti di causa, ad [REDACTED] sarebbero dovuti addebitare ulteriori oneri per complessivi € 285.000, espressamente previsti nel documento sottoscritto il 18 luglio 2008 e denominato 'Conclusione di operazione in derivati OTC'. Dall'esame degli estratti conto bancari non esiste però traccia di tale addebito. ..." (cfr. ctu originaria).

In risposta al quesito C 7), dopo che in risposta al quesito C 6) era stato precisato che " ... Dall'esame dei documenti bancari non appaiono ulteriori addebiti ad [REDACTED] collegati al contratto in questione rispetto a quelli di cui alla tabella di cui al punto precedente. ...", l'ausiliare ha osservato che " ... In considerazione delle risposte di cui ai punti precedenti, il CTU ritiene che, per il contratto di swap per cui è causa, [REDACTED] e abbia sostenuto perdite, addebiti, versamenti di differenziali in misura pari a quanto evidenziato al punto 4.6 (quesito C 5). ..." e che " ... E' evidente che l'addebito degli importi di cui sopra ha comportato per [REDACTED] anche un conseguente calcolo di maggiori interessi passivi sul conto corrente. ...".



Per quanto riguarda più propriamente i rapporti di dare ed avere, in risposta al quesito D), il Ctu ha precisato -come detto- che “ ... il conto corrente n. 30092859 intestato ad [REDACTED] è stato chiuso il 7 agosto 2014, con un saldo a debito di € 10.989.697,09 “per giro conto a sofferenza”. Su detto conto sono ovviamente transitati gli importi di cui al punto 4.6 per complessivi € 8.254.133,38; come detto in precedenza l'importo di € 285.000 addebitato ad [REDACTED] non risulta essere transitato per il predetto conto corrente ...” e che aveva “ ... ricostruito il rapporto di conto corrente esistente tra le Parti eliminando sia le partite correlate al contratto di SWAP – di cui alla tabella al punto 4.6 per complessivi € 8.254.133,38 -, sia i maggiori oneri finanziari addebitati da Unicredit per effetto della contabilizzazione delle suddette partite. ...”.

Alla luce delle superiori osservazioni sulla validità del derivato è pertanto dovuta anche l'ulteriore somma di 10.873.103,77 euro, relativa alla complessiva incidenza sul saldo definitivo delle 'movimentazioni' SWAP.

In conclusione, essendo dovuta tanto la somma di 116.593,32 euro quale saldo debitorio del conto corrente, scevro dall'incidenza delle 'movimentazioni' contabili connesse al contratto derivato, quanto la somma di 10.873.103,77 euro, relativa appunto al contratto IRS, è dovuto dalla società attrice il complessivo importo di 10.989.697,09 euro, pari alla somma esatta in via monitoria.

Tali essendo le risultanze di causa, l'opposizione va rigettata.

Nella memoria conclusionale di replica parte convenuta ha instato per la condanna di parte attrice ex art. 96/3 c.p.c..

Non ritiene il Giudice, anche alla luce della complessità della controversia, di dover esercitare l'invocato potere sanzionatorio ex art. 96/3 c.p.c..

Le spese di lite, liquidate in dispositivo in base al Decreto Ministero Giustizia n° 55 del 10/3/2014, seguono la soccombenza.

Per la relativa quantificazione si è fatto riferimento allo scaglione di valore '8.000.001 – 16.000.000' ed agli importi al minimo, tenuto conto della natura e del valore della controversia (importo del d.i.), della qualità e quantità delle questioni trattate e dell'attività complessivamente svolta dal difensore.

Le spese di ctu, liquidate con separato e contestuale decreto, vanno definitivamente poste per intero a carico della società opponente.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:



- rigetta l'opposizione e conferma integralmente il decreto ingiuntivo opposto n° 23702/2014 emesso dal Tribunale di Roma in data 21/10/2014 (R.G. 62914/2014), che va munito di efficacia esecutiva;
- condanna l'opponente [REDACTED] in liquidazione (già [REDACTED] [REDACTED] al pagamento, in favore dell'opposta Unicredit S.p.a., delle spese di lite, che liquida in 47.070,00 euro per compensi professionali, oltre rimborso forfettario, Cp ed Iva come per legge;
- rigetta la domanda di parte convenuta di condanna dell'attrice ex art. 96/3 c.p.c.;
- pone definitivamente e per intero a carico dell'opponente le spese di ctu, liquidate con separato e contestuale decreto.

Così deciso a Roma, il 4/9/2018

il Giudice

dott. Francesco Remo Scerrato

