



Repubblica Italiana
In nome del popolo italiano
Tribunale di Roma
Terza Sezione civile

Il Giudice, dott. Guido Romano, ha pronunciato la seguente

sentenza

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 72194 del ruolo contenzioso generale dell'anno 2012 posta in deliberazione all'udienza del 19 maggio 2015, con concessione alle parti del termine di giorni sessanta per il deposito di comparse conclusionali e di giorni venti per repliche e vertente

tra

in proprio e nella qualità di legale rappresentante della **Holding S.r.l.**, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Marzio, n. 1, presso lo studio dell'avv. Francesco Macario che la rappresenta e difende, in virtù di delega posta a margine dell'atto di citazione,

attrice;

e

Intesa Sanpaolo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via Leonida Bissolati, n. 76, presso lo studio dell'avv. Benedetto Gargani che la rappresenta e difende, in virtù di delega posta a margine della comparsa di costituzione e risposta,

convenuta;

e



G.C.B. **S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via G.G. Belli, n. 27 presso lo studio degli avv.ti Giuseppina Ivone e Maria Grazia Sirna che la rappresentano e difendono, in virtù di delega posta a margine della comparsa di costituzione e risposta,

convenuta;

e

terzo chiamato in causa, contumace;

Oggetto: Contratti derivati

Conclusioni delle parti: come da verbale del 19 maggio 2015

ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato, la Holding e la Sig.ra Ida convenivano in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, la Intesa San Paolo S.p.a. e la G.C.B.

S.r.l. per sentir accogliere le seguenti conclusioni: «accertare e dichiarare la nullità del contratto finanziario di Interest Rate Swap-Gap Floater stipulato tra G.C.B. s.r.l. e Intesa San Paolo S.P.A.; per l'effetto, ordinare alla convenuta Banca di astenersi dal procedere a ulteriori addebiti sui conti intrattenuti dalla convenuta G.C.B. presso la Banca stessa, in esecuzione del predetto contratto, fino alla definizione del giudizio di merito; ordinare altresì alla convenuta Banca di astenersi da qualsiasi segnalazione periodica alla Centrale Rischi della Banca d'Italia e a ogni altro sistema di informazione creditizia, per le predette operazioni, fino alla definizione del giudizio di merito; condannare, infine, la convenuta Banca a risarcire all'attrice il danno provocato, in via diretta e indiretta, dalla scorrettezza della Banca nella negoziazione e nella gestione del rapporto di cui è causa, nell'ammontare che risulterà in corso di causa e in ogni caso con liquidazione equitativa, ai sensi dell'art.1226 c.c.».



A fondamento della svolta domanda, l'attrice rappresentava che: la Holding S.r.l. è proprietaria dell'intero capitale sociale della C.G.B. S.r.l.; la Sig.ra è fideiussore della C.G.B. S.r.l., in relazione alle obbligazioni assunte nei confronti della Intesa Sanpaolo S.p.A.; tra l'agosto ed il settembre 2012, l'attrice apprendeva che l'amministratore unico della C.G.B. S.r.l., Sig. aveva sottoscritto una rinuncia ad agire nei confronti della Banca convenuta in relazione al prodotto finanziario collaterale al leasing immobiliare concesso alla predetta società per l'acquisto di un immobile sito in Roma; a seguito di richieste inoltrate dall'attrice, il Sig. evidenziava di essere stato indotto a sottoscrivere la rinuncia per la forte pressione psicologica subita da parte della banca; successivamente, l'attrice apprendeva che in data 2 agosto 2006 la C.G.B. S.r.l. aveva sottoscritto con la banca convenuta un documento denominato "Derivati OTC. Tassi d'interesse. Condizioni contrattuali" relativo ad operazioni in strumenti finanziari, negoziati al di fuori dei mercati regolamentati; in data 8 agosto 2006, la banca inviava alla società ulteriore comunicazione con cui si confermavano le condizioni ed i termini del contratto derivato che si intendeva stipulato tra le parti, secondo quanto disposto telefonicamente in data 4 agosto 2006; il capitale di riferimento del derivato era stato quantificato in €. 11.500.462,00 in ammortamento coincidente con il canone a tasso variabile sul quale la convenuta prospettava la copertura offerta dal derivato in oggetto; il contratto avrebbe avuto inizio in data 8 agosto 2006 e termine in data 6 giugno 2021 con pagamento mensile e flussi di competenza distribuiti tra i contraenti secondo quanto ivi indicato; in relazione a tale operazione, i Sig.ri e rilasciavano personalmente fideiussione omnibus in favore della banca; il contratto in argomento è nullo per difetto di forma scritta e per mancato rispetto degli obblighi informativi; il contratto è altresì nullo per vizio della causa e per immeritevolezza.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'attrice concludeva per come sopra evidenziato.

Si costituiva la Intesa Sanpaolo S.p.A. la quale - richiesta preliminarmente la chiamata in causa del sig. Gregari e della G.C.B. s.r.l., respinta ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione e previa ogni opportuna declaratoria del caso, dichiarare il difetto di legittimazione attiva della Holding s.r.l. a proporre le



domande formalizzate con l'atto di citazione; dichiarare inammissibili ovvero rigettare tutte le domande attoree perchè infondate sia in fatto che in diritto; in ogni caso, in accoglimento della domanda riconvenzionale proposta da Intesa San Paolo S.p.A., condannare la G.C.B.

S.r.l. nonché i sigg. e - in solido tra loro - al pagamento, in favore della medesima Banca, dell'importo pari quantomeno ad euro 1.114.982,60, quale sommatoria dei flussi differenziali dovuti alla Banca sino al 6 dicembre 2012, con l'aggiunta degli ulteriori differenziali negativi maturati e maturandi, oltre interessi convenzionali e rivalutazione dalla domanda al saldo”.

Si costituiva, altresì, la G.C.B. S.r.l., chiedendo l'integrale accoglimento delle conclusioni formulate dall'attrice.

Rimasto contumace il Sig. (chiamato in causa dalla Intesa Sanpaolo S.p.A.) ed istruita la causa mediante consulenza tecnica disposta d'ufficio ed affidata al dott. Giovanni Giovannelli, successivamente, all'udienza del 19 maggio 2015, le parti precisavano le rispettive conclusioni come da relativo verbale, e la causa veniva trattenuta in decisione con concessione alle parti del termine di giorni sessanta per il deposito di comparse conclusionali e di giorni venti per repliche.

1. La Sig.ra e la Holding S.r.l. hanno instaurato il presente giudizio, in primo luogo, al fine di sentire accertare «la nullità del contratto finanziario di Interest Rate Swap-Gap Floater stipulato tra G.C.B. s.r.l. e Intesa San Paolo S.P.A.».

Preliminarmente occorre esaminare l'eccezione, sollevata dalla banca convenuta, di difetto di legittimazione attiva della Holding S.r.l. a proporre le domande formalizzate nell'atto di citazione. Precisamente, a dire dell'istituto convenuto, la Holdig S.r.l., in quanto socia unica della G.C.B. S.r.l. non sarebbe legittimata a chiedere l'accertamento della nullità di un contratto di cui essa non è parte (tale essendo, soltanto, la predetta G.C.B. S.r.l.).

L'eccezione è fondata.



Secondo costante orientamento giurisprudenziale, nelle società di capitali, che sono titolari di distinta personalità giuridica e di un proprio patrimonio, l'interesse del socio al potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente è tutelabile esclusivamente con strumenti interni, rappresentati dalla partecipazione alla vita sociale e dalla possibilità di insorgere contro le deliberazioni o di far valere la responsabilità degli organi sociali, mentre non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni ed in particolare ad impugnare i negozi giuridici stipulati dalla società, la cui validità, anche nelle ipotesi di nullità per illiceità dell'oggetto, della causa o dei motivi, resta contestabile solo dalla società stessa, senza che in contrario il socio possa invocare la norma dell'art. 1421 c.c. (Cass., 15 novembre 1999, n. 12615). Tale orientamento è stato, peraltro, recentemente ribadito e sviluppato (cfr., Cass., 25 febbraio 2009, n. 4579 secondo la quale nelle società di capitali, dotate di distinta personalità giuridica e titolari di un proprio autonomo patrimonio, l'interesse del socio al potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente è tutelabile esclusivamente con strumenti interni, ivi compresa la possibilità di insorgere contro le deliberazioni invalide, e non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni, ed in particolare ad impugnare i negozi giuridici stipulati dalla società, la cui validità, anche qualora ne venga sostenuta la radicale nullità, resta contestabile solo dalla società stessa).

La difesa della Holding S.r.l. contesta tale conclusione evidenziando come l'attrice ha chiesto che «venisse dichiarata la nullità dei contratti impugnati (ossia del contratto quadro Derivato OTC, e del collegato prodotto finanziario Interest Rate Swap), non nella qualità di socio unico della G.C.B. S.r.l. (...), bensì in via autonoma, in virtù della legittimazione pacificamente riconosciuta agli aventi causa dall'art. 1421 c.c.».

Il rilievo non appare fondato. Infatti, sulla base delle stesse deduzioni di parte attrice, nel caso di specie non appare legittimo dissociare lo *status* di socio dall'interesse all'accertamento della nullità. Invero, non si vede quale interesse potrebbe avere la parte a far rilevare la nullità del contratto derivato "dall'esterno", prescindendo dalla qualità di socio nella G.C.B. S.r.l. Parte attrice richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo è legittimato ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 1421 c.c., il soggetto che fornisca la prova della sussistenza



di un proprio concreto interesse ad agire, ovvero della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica, mediante la dimostrazione che la situazione di incertezza esistente produce un danno giuridicamente rilevante e che la pronuncia richiesta sia rilevante ai fini della decisione della lite (Cass., 7 gennaio 2002, n. 88; Cass., 11 gennaio 2001, n. 338: si riporta comunque la massima ufficiale della prima delle due richiamate pronunce: la disposizione dell'art. 1421 c.c., in virtù del quale la nullità del negozio può esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse, non esime il soggetto che propone la relativa azione dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della dimostrazione, da parte dell'attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica, senza che sia sufficiente il bisogno di rimuovere una situazione di incertezza, occorrendo pur sempre dimostrare che questa produce un danno giuridicamente rilevante).

Ebbene, proprio tali principi, che appaiono pienamente condivisibili, dimostrano l'inesistenza della legittimazione attiva della Holding S.r.l. Infatti, ad avviso del Tribunale, non può dirsi sussistente, per effetto della nullità del contratto o, meglio, per effetto della esecuzione del contratto nullo, una lesione attuale del diritto della Holding S.r.l. ed un conseguente danno alla sfera giuridica di tale società.

Infatti, il pregiudizio subito dal socio della parte contraente il negozio giuridico costituisce (non già una lesione attuale di un proprio diritto), ma un mero riflesso dei danni eventualmente recati al patrimonio sociale. Il socio, anche unico, della società ha solo un interesse "mediato" alla rimozione di un negozio posto in essere dalla società, interesse "mediato", dunque, che non rientra nella nozione di interesse preso in considerazione dalla norma di cui all'art. 1421 c.c. a fondamento della legittimazione a far valere la nullità di un contratto.

Segue dalle precedenti considerazioni che deve essere dichiarato il difetto di legittimazione attiva della Holding S.r.l.

2. Secondo la difesa dell'istituto di credito convenuto, l'accoglimento dell'eccezione preliminare sollevata sarebbe idoneo a definire il giudizio.



L'argomento non è fondato per una pluralità di considerazioni.

In primo luogo, giova ricordare che il presente giudizio è stato instaurato anche dalla Sig.ra _____ nella qualità di fideiussore delle obbligazioni assunte dalla G.C.B.

S.r.l. nei confronti della Intesa Sanpaolo S.p.A. Ebbene, in tale qualità, la Sig.ra _____ è legittimata a far accertare la nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa dell'obbligazione assunta dal debitore principale nei confronti del terzo tendendo altrimenti il contratto di garanzia ad assicurare un risultato che l'ordinamento _____ vieta _____ (arg. _____ da Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262). In altre parole, l'invalidità del contratto presupposto si estende al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita.

D'altra parte, la stessa Intesa Sanpaolo ha chiesto, in via riconvenzionale, la condanna della G.C.B. _____ S.r.l. e dei sigg. _____ e

_____ in solido tra loro, al pagamento dell'importo di €. 1.114.982,60 «quale sommatoria dei flussi differenziali dovuti alla Banca sino al 6 dicembre 2012, con l'aggiunta degli ulteriori differenziali negativi maturati e maturandi».

Ebbene, per giurisprudenza del tutto costante, a fronte di una domanda di adempimento proposta da una delle parti, il giudice ha comunque l'obbligo di rilevare d'ufficio la nullità negoziale e di procedere al suo eventuale accertamento. Conseguentemente, nel caso di specie, anche a volere prescindere dalla legittimazione del fideiussore, il giudice potrebbe comunque valutare la nullità del contratto, già dedotta dalla parte attrice.

Parte convenuta deduce, poi, che la G.C.B. _____ S.r.l. avrebbe «formalizzato una rinuncia a qualsivoglia diritto, azione o pretesa, nei confronti della banca esponente, in relazione a tutti i contratti per cui è causa» (comparsa di costituzione e risposta, pag. 7).

Ora, anche a volere prescindere dall'esame della circostanza se la dichiarazione invocata dalla Intesa Sanpaolo possa effettivamente essere qualificata come transazione ed a prescindere dal ogni ulteriore considerazione circa la validità della rinuncia in presenza di un titolo nullo, giova evidenziare che, in tale documento (doc. 11 di parte convenuta) si legge che: «con istanza di mediazione datata 10/1/2011 G.C.B. _____ S.r.l.



ha promosso un procedimento conciliativo (...) lamentando, con riferimento ai rapporti contrattuali di cui ai punti precedenti [il contratto derivato su tassi di interesse del tipo Gap Floater], la generica violazione, da parte di Intesa Sanpaolo S.p.A., degli obblighi gravanti sugli intermediari ai sensi del d.lgs. 58/1998 e del regolamento Consob di attuazione n. 11522/1998 e chiedendo nei confronti della Banca il ristoro delle conseguenti perdite (...). G.C.B.

S.r.l. (...) dichiara pertanto di non aver nulla a pretendere da Intesa Sanpaolo S.p.A. (...) per qualsiasi titolo o causa dedotta o deducibile ed anche solo connessa ai contratti di cui in premessa».

Ebbene, una lettura complessiva del documento porta a ritenere che la rinuncia espressa dalla G.C.B. S.r.l. - limitata ai soli profili relativi al mancato rispetto, da parte dell'istituto bancario, degli obblighi informativi - non impedisce alla parte (e al fideiussore) di agire per far valere la nullità del contratto derivato per profili attinenti ai vizi della causa.

3. Chiarite le questioni di natura preliminare, può ora passarsi all'esame, nel merito, della nullità del contratto di *swap* intercorso tra la G.C.B.

S.r.l. e la Intesa Sanpaolo S.p.A.: peraltro, l'esame avrà ad oggetto esclusivamente il profilo relativo al vizio della causa ed alla immeritevolezza della operazione, profilo questo che risulta assorbente rispetto alla deduzione concernente il mancato rispetto degli obblighi informativi.

Appare, tuttavia, preliminarmente opportuno ricostruire il contenuto e le modalità di funzionamento dei contratti derivati, anche alla luce delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, espletata nel corso dell'istruttoria. Orbene, uno *swap* è un contratto con il quale due parti si accordano per scambiarsi un'intera serie di pagamenti futuri; con esso vengono altresì stabilite la date in cui scambiare i flussi di pagamento (cedole) e le modalità di calcolo degli stessi.

Va premesso che lo *swap* costituisce una operazione finanziaria che, per come diffusasi nella pratica, conosce diverse tipologie (ad es., su interessi, su indici, su valute, su merci), ciascuna con sue determinate caratteristiche e variabili accomunabili sotto una definizione sufficientemente generica: quella di scambio, allo scadere di uno o più termini



prefissati, di due somme di denaro, calcolate con riguardo ad un ammontare di riferimento, quest'ultimo di regola non oggetto di scambio, sulla base di due diversi parametri.

Secondo la definizione maggiormente in uso - adottata, peraltro, dalla Consob in alcune sue delibere - lo swap è il contratto mediante il quale 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 interesse.

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 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).

Più nel dettaglio, un *interest rate swap* (IRS) è un contratto di *swap* in cui i pagamenti sono determinati sulla base di un tasso di interesse (in genere l'Euribor o il Libor). In tale contratto due parti (il cliente e la controparte bancaria) si impegnano a scambiarsi, a date fissate e per un arco temporale prestabilito, somme di denaro, quantificate applicando ad un dato importo di riferimento (detto capitale "nozionale", che non è oggetto di scambio tra le parti), due diverse tipologie di tassi di interesse.

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 dalla controparte che intende tutelarsi dal rischio di rialzo del saggio di interesse; 7) il tasso variabile di riferimento 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 nozionale, che può essere fisso (*bullet IRS*) nel caso in cui la copertura sia riferita ad un finanziamento di medio-lungo termine, o in cui il capitale venga restituito interamente solo alla scadenza, o a scalare nel tempo (*amortising IRS*), 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 una 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 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 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., 19 maggio 2005, n. 10598 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., 18 febbraio 2010, n. 52 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 comma 5 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" (norma secondo cui "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 giuoco.

Così individuata la natura giuridica del contratto, occorre passare ad esaminarne l'oggetto e la causa. Secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza di merito nel derivato, l'oggetto del contratto è costituito da uno scambio di differenziali a determinate



scadenze, mentre la sua causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono” e nello scambio di rischi finanziari (Corte d’Appello di Milano, 18 settembre 2013, n. 3459).

Lo schema contrattuale ha quindi il suo fulcro e la sua causa contrattuale astratta nella condivisione di un rischio con i 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” (“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.” - Relazione del 18 marzo 2009 del Direttore Generale protempore della Consob Antonio Rosati alla 6a Commissione Finanze e Tesoro del Senato “Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni”; “Un contratto di IRS si dice: par quando il “tasso parametro cliente” e 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; not par, quando il “tasso parametro cliente” e 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. - Relazione del CTU dott. Giovannelli).



Ciò detto, anche a voler ritenere, come opinato dalla convenuta, che il derivato c.d. “par” sia una mera opzione teorica, nella pratica irrealizzabile per via della differente natura, del diverso ruolo di mercato e del diverso peso contrattuale dei contraenti, 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, non vuol dire 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 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.

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 etc.) 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”.

Conseguentemente, come correttamente rilevato dall’ausiliare del giudice, 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.

4. Ebbene, nel caso di specie, il contratto di *swap* oggetto di causa è conforme al primo criterio indicato. Infatti, per come si evince dalla consulenza tecnica (pagg. 45-46), l’ausiliare del giudice, correggendo un errore contenuto nella prima bozza della relazione, ha accertato che sussiste una sostanziale corrispondenza tra il nozionale dell’IRS ed il complessivo debito della G.C.B. relativo al contratto di locazione finanziaria.

Parimenti, per quanto attiene ai punti indicati ai nn. 3 e 4, dall’analisi condotta dal ctu emerge che effettivamente le scadenze e la durata dell’IRS sottoscritto dalla GCB sono coerenti, rispettivamente, con le date di pagamento delle rate d’ammortamento e con la durata del contratto di locazione finanziaria oggetto di copertura.

Ciò nonostante, il dott. Giovanni Giovannelli è pervenuto alla conclusione che il contratto in esame non possa dirsi di copertura difettando il presupposto indicato al n. 2.

In particolare, per quanto riguarda l’aspetto relativo al tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell’IRS, da un esame delle condizioni contrattuali sottoscritte dalle parti emerge chiaramente che non sempre il tasso applicato al nozionale era previsto che variasse in modo correlato a quello applicato al tasso del debito della GCB. La correlazione tra tali tassi dovrebbe tendenzialmente garantire che all’aumentare del tasso (Euribor a 3 mesi)



sull'esposizione finanziaria del cliente corrisponda una variazione del tasso parametro cliente indicato nell'IRS, tale da generare un complessivo incremento dell'importo delle cedole a favore del cliente. In particolare, per tutto il periodo compreso tra il 6 agosto 2006 e il 6 agosto 2008 la GCB, per effetto del contratto di IRS, avrebbe incassato cedole positive ciascuna di importo pari allo 0,1% del nozionale, e ciò indipendentemente dall'andamento del tasso Euribor a 3 mesi. Con tale struttura del derivato viene meno, però, la suddetta correlazione, necessaria per attribuire una finalità di copertura all'IRS. L'assenza di una finalità di copertura dell'IRS emerge altresì con riferimento al periodo successivo al 6 agosto 2008 per il quale i parametri dello swap sono stati fissati in maniera tale che la GCB avrebbe conseguito cedole nette positive, crescenti al crescere del tasso Euribor a 3 mesi, ma solo fino al raggiungimento di una determinata soglia del tasso interbancario, pari: al 4,75% per il periodo dal 6 agosto 2008 al 6 agosto 2011, ed al 5,75% per il periodo 6 agosto 2011 - 6 giugno 2021. Superata tale soglia la cedola netta a favore della società si sarebbe ridotta (invece che aumentare), risultando pari allo 0,10% del nozionale.

Secondo le condivisibili osservazioni del dott. Giovannelli, il derivato pertanto è strutturato in maniera tale che l'effetto di copertura viene meno in caso di rialzo dell'Euribor a 3 mesi.

Tale struttura dello swap in esame appare contrastante con una finalità di mera copertura dal rischio di tasso di interesse. Infatti, per poter riconoscere allo swap in esame una finalità di copertura le cedole nette a favore della GCB dovrebbero aumentare, e non diminuire, al crescere del tasso Euribor a 3 mesi applicato al finanziamento passivo, consentendo così alla società di poter compensare la maggiore onerosità delle rate di ammortamento.

Anche in replica alle osservazioni dei consulenti di parte, l'ausiliare del giudice, ribadito che, per potere un IRS avere una funzione di copertura è necessario che all'aumentare del tasso di riferimento del debito oggetto di copertura corrisponda sempre un adeguato aumento della cedola netta a favore del cliente, ha rilevato che nel derivato in esame tale condizione non si verifica, in quanto all'aumentare dell'euribor a 3 mesi oltre una certa soglia, la cedola netta a favore del cliente, invece di aumentare, si riduce, per fermarsi all'irrisorio



importo dello 0,1% del nozionale, a motivo della presenza, nella struttura dell'IRS, di un'opzione di tipo *digital* (o binaria).

Inoltre, sempre in replica alle osservazioni della Intesa Sanpaolo, il ctu ha correttamente osservato che, nel caso di specie, il cliente non sarebbe mai rimasto indenne dal rialzo dei tassi, e ciò in quanto all'aumentare del tasso *euribor* a 3 mesi la cedola netta a suo favore, oltre una certa soglia, sarebbe diminuita fino ad attestarsi, come riconosciuto dallo stesso consulente, ad una percentuale del nozionale "assai limitata" (0,1% del nozionale).

Alla luce delle precedenti considerazioni, deve essere dichiarata la nullità del contratto di *interest rate swap* - tipologia *Gap Floater* stipulato in data 8 agosto 2006 tra la G.C.B. S.r.l. e la Intesa Sanpaolo S.p.A.

5. Dalla accertata nullità del contratto appena menzionato discende il rigetto della domanda riconvenzionale proposta dall'istituto di credito convenuto essendo inammissibile la richiesta di adempimento di un contratto di cui si è accertata la nullità per difetto di causa.

6. Deve essere, invece, rigettata la domanda, proposta dagli attori, di condanna della Intesa Sanpaolo S.p.A. al risarcimento dei danni subiti.

Sul punto, appare sufficiente evidenziare l'assoluta genericità, sul punto, delle allegazioni della Holding S.r.l. e della Sig.ra i quali si sono limitati a dedurre che la già avvenuta segnalazione presso la centrale rischi della Banca d'Italia avrebbe impedito alla Holding S.r.l. ed alle altre società del gruppo ed ai soggetti fideiussori l'ulteriore accesso al credito costringendo peraltro gli attori a far fronte all'indebitamento della G.C.B. "con varie operazioni (in taluni casi, di vera e propria svendita) sul proprio patrimonio immobiliare" (cfr., atto di citazione, pagg. 14-15).

Come si vede, manca ogni riferimento a situazioni dotate di una qualche concretezza.

Sotto altro profilo, giova osservare come la G.C.B.

S.r.l., intervenendo nel giudizio, abbia aderito alle domande proposte dagli attori, ma non abbia dedotto l'esistenza di danni subiti in proprio.

Infine, nessuna pronunzia si impone con riferimento ai punti 2. e 3. delle conclusioni dell'atto di citazione in quanto, per come si evince dalla locuzione usata ("fino alla definizione



del giudizio di merito”), si tratta di domanda cautelari sulla quale la parte non ha insistito nel corso del procedimento.

7. Per completezza di esposizione, va, infine, evidenziato come, nella comparsa conclusionale, parte attrice abbia dedotto che “all’accertamento e alla successiva dichiarazione di nullità dei contratti oggetto del presente giudizio consegua, quanto meno, la necessaria restituzione dei flussi negativi addebitati dalla Banca sulla base di contratti nulli (pari, s’è detto, all’importo complessivo di Euro 1.581.007,70, quale importo espressamente quantificato dal CTU, cui andranno aggiunti gli interessi), anche in virtù della disciplina di ripetizione dell’indebitato ex art. 2033 c.c., come di recente ribadito dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che “dalla pronuncia di nullità, in forza della disciplina della ripetizione dell’indebitato (art. 2033 c.c.) discende la condanna della Banca alla restituzione dei flussi negativi addebitati alla società” (App. Milano 18 settembre 2013, cit)”. (comparsa conclusionale, pag. 18).

Ebbene, anche a volere prescindere dalla circostanza che gli attori non sarebbero legittimati a svolgere l’azione per la ripetizione dell’indebitato (tale legittimazione spettando esclusivamente al titolare del diritto e, quindi, alla parte contraente il negozio nullo: nel caso di specie, alla G.C.B.

S.r.l. che, tuttavia, nessuna domanda ha svolto sul punto), il Tribunale osserva che la domanda di ripetizione dell’indebitato non è mai stata formalmente proposta neppure in sede di udienza di precisazione delle conclusioni, nel corso della quale la parte ha fatto generico riferimento alle conclusioni già rassegnate negli scritti difensivi precedenti e, in particolare, nell’atto di citazione.

Nessuna pronuncia si impone, conseguentemente, anche con riferimento a tale profilo.

8. L’accertato difetto di legittimazione attiva della Holding S.r.l., il rigetto della domanda di risarcimento del danno e l’esistenza di contrasti, in dottrina ed in giurisprudenza, sulla qualificazione giuridica dei contratti derivati impongono la compensazione integrale tra tutte le parti delle spese del presente giudizio. Le spese della consulenza tecnica, già liquidate in corso di causa, devono essere definitivamente poste a



carico della Intesa Sanpaolo S.p.A., rimasta soccombente in ordine alla domanda di accertamento della nullità.

p.q.m.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando in persona del dott. Guido Romano, così provvede:

- I) *dichiara il difetto di legittimazione attiva della Holdin S.r.l.;*
- II) *dichiara la nullità del contratto di interest rate swap - tipologia Gap Floater stipulato in data 8 agosto 2006 tra la G.C.B. S.r.l. e la Intesa Sanpaolo S.p.A.*
- III) *rigetta la domanda risarcitoria proposta da parte attrice;*
- IV) *rigetta la domanda riconvenzionale proposta dalla Intesa Sanpaolo S.p.A.;*
- V) *compensa integralmente, tra tutte le parti, le spese del presente giudizio.*
- VI) *pone definitivamente a carico di parte Intesa Sanpaolo S.p.A. le spese della consulenza tecnica d'ufficio.*

Roma, 4 gennaio 2016

Il Giudice
(dott. Guido Romano)

