

N. R.G. 111/2020



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

Sezione SESTA CIVILE

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 111/2020

tra

111 S.R.L.

ATTORE/I

e

111 S.P.A.

CONVENUTA

Oggi **23 settembre 2021** ad ore 9.32 innanzi al dott.
comparsi:

Per 111 S.R.L. l'avv. 111 in sost. avv. F 111 D. 111 (che si
dichiara antistatario)

Per 111 S.P.A. l'avv.

E' altresì presente ai fini della pratica forense la dott.ssa F 111.

I procuratori delle parti si riportano agli atti, insistono nelle relative istanze e discutono la
causa.

Previa camera di consiglio il Giudice pronuncia sentenza *ex art. 281 sexies c.p.c.*

Il Giudice

dott. 111

CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 3890afcb1bd749c65b115f6ecffad6c8
a: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 575b802c199fef63a6aea2d29cb02bef



**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**

Sezione SESTA CIVILE

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO il Tribunale, nella persona del Giudice dott.

... ha pronunciato ex art. 281 *sexies* c.p.c. la seguente**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 1000/2020 promossa da:

S.R.L. (C.F. ...), con il patrocinio dell'avv. F

D/..., elettivamente domiciliato in VIA ... PERUGIA presso il difensore avv. ...

ATTRICE

contro

S.P.A. (C.F. ...), con il patrocinio dell'avv.

) CORSO

MILANO, elettivamente domiciliato in VIA ... presso il difensore avv. ...

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Per ... S.R.L.

1 Accertare e dichiarare per i motivi di cui in narrativa (Motivo I, II, III, IV) la nullità del contratto derivato IRSL 16.07.2014 e per l'effetto **condannare** S.p.a. alla restituzione di tutti i flussi addebitati fino a aprile 2021 nella misura data dalla sommatoria delle contabili in atti o nella diversa misura che dovesse essere accertata in corso di causa, nonché alla restituzione di tutti i flussi che verranno addebitati fino alla naturale scadenza del contratto (novembre 2022), oltre interessi dal dì del dovuto al saldo;

2 Accertare e dichiarare per i motivi di cui in narrativa (motivo V, VI) l'inadempimento di ... ai doveri di cui all'art. 21 D. lgs. n. 58/98 e norme di attuazione Regolamento Consob n. 16190 del 29.10.2007, nonché al dovere di cui all'art. 31, comma 2, lett. C) Regolamento all'art. 31, comma 2, lett. C) e per l'effetto dichiarare la risoluzione del contratto derivato IRSL 16.07.2014 e **condannare**

alla restituzione di tutti i flussi addebitati fino a aprile 2021 nella misura data dalla sommatoria delle contabili in atti o nella diversa misura che dovesse essere accertata in corso di causa, nonché alla restituzione di tutti i flussi che verranno addebitati fino alla naturale scadenza del contratto (novembre 2022) oltre interessi dal dì del dovuto al saldo;

Con vittoria di spese e del compenso professionale di lite.

In via istruttoria, con ogni più ampia riserva alla luce delle deduzioni e produzioni avversarie, si chiede ammettersi consulenza tecnica contabile che, sulla scorta della documentazione in atti, accerti le illecità denunciate nei motivi di ricorso e, per l'effetto, quantifichi le somme ripetibili con riserva di specificare i singoli quesiti all'esito della nomina del C.T.U.

Si producono i seguenti documenti per come indicati: 13. Verifica partita iva A.E.; 14 estratto polisweb+ storico polisweb + atto citazione + procura speciale ... srl F 15. Visure registro imprese; 16. Andamento grafico euribor 3m.

Per ...



- (a) in via preliminare: accertare e dichiarare la nullità dell'atto di citazione notificato dall' [redacted] e S.r.l., nonché della procura alle liti, per i motivi esposti in atti, con ogni conseguente provvedimento;
- (b) in via principale: respingere tutte le domande formulate dalla [redacted] S.r.l., in quanto inammissibili ed infondate, in fatto e in diritto, per le ragioni esposte in narrativa, assolvendo [redacted] S.p.A. da ogni avversaria pretesa;
- (c) in via subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle avverse pretese:
- (i) rideterminare e quantificare il danno risarcibile, ovvero l'importo eventualmente dovuto in favore di [redacted], alla luce delle considerazioni svolte in atti dalla scrivente difesa, anche con condanna ex art. 1458 c.c. alla restituzione degli eventuali accreditamenti ricevuti o ricevendi dalla società attrice in considerazione del contratto in essere;
- (ii) accertare e dichiarare il concorso colposo di [redacted] S.r.l., ai sensi dell'art. 1227 c.c., per i motivi esposti in atti;
- (d) in via istruttoria: si producono, oltre all'atto di citazione, alla procura notarile del 13 maggio 2019 del Notaio [redacted] e Racc. n. 16.231 [allegato a)] ed alla procura alle liti [allegato b)], i documenti dal n. 1 a 11 di cui in narrativa, meglio descritti nell'indice redatto ex art. 74 disp. attuaz. c.p.c.. Con riserva di ogni ulteriore deduzione e produzione in via istruttoria nei termini che saranno assegnati ai sensi dell'art. 183, VI comma, cod. proc. civ. e di cui si fa sin d'ora istanza.
- (e) in ogni caso: con vittoria di spese, competenze e degli accessori come per legge. I sottoscritti procuratori dichiarano - ai sensi dell'art. 14 T.U. 115/2012, così come modificato dalla legge n. 183 dell'anno 2011 - assumendomi ogni responsabilità ai sensi di legge, che la convenuta non propone domanda riconvenzionale, non modifica le domande già proposte e non chiede la chiamata in causa di terzi.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

s.r.l. contesta la validità di un contratto derivato concluso con la convenuta [redacted] s.p.a., della quale chiede la condanna alla restituzione della somme addebitate in esecuzione dello stesso, nonché la risoluzione del medesimo.

1. Circa la validità della procura, si richiama quanto già riportato a verbale all'udienza del 25.3.2021, ossia la sufficienza ai fini della validità della procura della circostanza che la stessa risulti rilasciata da persona indicata come il legale rappresentante dell'impresa attrice. Quanto al fatto che risulti solo una firma e non due, come eccepito da parte convenuta sull'assunto che due sono gli amministratori della società attrice e che dalla visura camerale prodotta all'udienza il potere di rappresentanza non risulta fornito in modo disgiuntivo, si ritiene l'eccezione infondata. Benché il punto non sia specificamente risolto dal legislatore, la tesi di una rappresentanza disgiuntiva appare preferibile sia argomentando dagli artt. 1716 c. 2 e 2203 c. 3 c.c., che prevedono una legittimazione disgiunta dei plurimi mandatari o institori, sia tenuto conto che la direttiva 68/151/CEE, i.e. la prima direttiva comunitaria, dava proprio un'indicazione nel senso suddetto, ossia che la rappresentanza congiunta doveva essere oggetto di apposito adempimento pubblicitario (cfr. art. 9 par. 3).

Il vero problema è se la procura, di per sé valida, provenga dal soggetto legittimato dal punto di vista sostanziale, ossia la parte contrattuale. Infatti, come contestato dalla convenuta, i



contratti oggetto di causa ed i rapporti dedotti in giudizio sono riconducibili non già alla " S.r.l.", che ha rilasciato la procura, bensì alla " S.r.l.".

La questione si ritiene di natura meramente fattuale. Da questo punto di vista, parte attrice ha replicato l'identità della compagine societaria, alla luce del fatto che identici sono i dati di cui alla visura camerale (sede legale e partita iva), relativa alla e s.r.l. con quelli indicati in procura e nell'epigrafe dell'atto di citazione; anche tramite verifica presso l'Agenzia delle entrate, come da doc. 13, emerge come la partita i.v.a. indicata in citazione sia relativa alla s.r.l. Legittimo il dubbio, verosimile il mero refuso (tanto più che non sono emerse circostanze fattuali, quali per es. l'ubicazione di sedi societarie, che potrebbero favorire una confusione con una diversa società s.r.l.).

2. Nel merito si ritiene la nullità del derivato concluso in data 16.7.2014, stante la mancata indicazione della formula per il calcolo del c.d. mark to market.

Parte attrice eccepisce la nullità del derivato sotto il profilo della nullità del suo oggetto, per mancata indicazione della formula relativa al calcolo del c.d. mark to market.

Il derivato costituisce uno strumento "over the counter", ossia trattato al di fuori del mercato; tale caratteristica incide fortemente sulla sua valutazione, non potendo la stessa desumersi dall'esame di altre operazioni correnti di mercato relative allo stesso strumento finanziario. Il valore del derivato è dato in questo caso dalla sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione. Tale valutazione ovviamente necessita di essere sviluppata attraverso un procedimento matematico che attualizzi quello che, in base allo scenario economico, appare essere il prevedibile svolgimento del rapporto.

A tale scopo peraltro è indubbio che sussistano plurime formule matematiche, data la complessità della valutazione. Si può parlare di una metodologia di calcolo, più che di una singola formula: ma è indubbio che una formula si debba applicare e che quest'ultima di fatto la scelga la società che costruisce il derivato.

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

L'indeterminatezza del *Mark to Market* assume particolare rilevanza in casi, come quello in esame, in cui tale valore è stato quantificato dalla banca in occasione della rinegoziazione del derivato originariamente stipulato, come peraltro ricordato dalla stessa convenuta.

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

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

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



si è rilevato come la formula divenga operante solo nel caso in cui si proceda a una chiusura anticipata del rapporto, sicché sarebbe un elemento contrattuale solo eventuale e non necessario; in particolare, non assumerebbe alcuna rilevanza nella fase genetica del contratto; per tali ragioni, in difetto di indicazione non sussisterebbe nullità alcuna.

Tale ricostruzione, tuttavia, non tiene in giusta considerazione il fatto che il *Mark to Market*, quale sommatoria attualizzata di differenziali futuri attesi, rappresenta, sia pure nella dimensione temporalmente contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari, ossia l'oggetto stesso del contratto; attiene alla dimensione fisiologica di tali contratti, rientrando nella logica degli eventi che nel corso degli anni subentra la necessità di modellare i parametri di scambio dei flussi finanziari al modificarsi delle condizioni macro economiche degli indici di riferimento.

In sostanza la determinazione del mark to market è una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate (ossia la scelta di una di esse di dare chiusura anticipata al rapporto, piuttosto che altri casi di necessaria interruzione anticipata, come ad esempio i casi di ammissione a procedure concorsuali della cliente o a procedura di liquidazione coatta della banca). In tali casi, quindi, l'oggetto del contratto, costituito dal differenziale dei contrapposti flussi finanziari, viene determinato attraverso il *Mark to Market*, il quale, rappresentando una sua specifica modalità di espressione, è esso stesso l'oggetto del contratto.

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

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

Del resto, se così non fosse, non sarebbe possibile quantificare in termini oggettivi (ossia: vincolanti per entrambe le parti) il valore dello strumento finanziario. Ciò risulta paradossale, perché ferma restando l'aleatorietà del contratto in esame, è chiaro che lo stesso non si può ridurre a una mera scommessa al pari di una lotteria (Cass. s.u. n. 8770/2020, peraltro neppure integralmente condivisibile); la diffusione sul mercato finanziario del tipo di accordo in esame postula quantomeno, ai fini di una sua valutazione di meritevolezza, la possibilità di attribuirgli un valore in ogni momento, di modo da consentirne una corretta rappresentazione economica (cfr. l'art. 2427 bis cit.). Essenziale alla meritevolezza del contratto in esame è non solo la presenza di un prezzo (i.e. le prestazioni) ma anche l'indicazione del (metodo di calcolo del suo) valore.

Stante l'assenza del punto, il derivato è nullo.



3. Obietta parte convenuta (cfr. comparsa di costituzione) che

“gli art. 76 l. fall. e art. 203 TUF non indicano un criterio di determinazione del valore del contratto.

Il secondo comma dell’art. 203 recita che *«per l’applicazione dell’articolo 76 della legge fallimentare agli strumenti finanziari e alle operazioni indicati nel comma 1, può farsi riferimento anche al costo di sostituzione dei medesimi, calcolato secondo i valori di mercato alla data di dichiarazione di fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa»*.

Insomma, se la legge richiede che il costo di sostituzione (*Mark-to-Market*) venga calcolato secondo i valori di mercato, senza stabilire alcuna formula matematica o meno, perché mai il contratto derivato dovrebbe essere nullo se privo di tale formula?

Il legislatore ha inoltre espressamente stabilito nell’art. 7, Decreto Legislativo 21 maggio 2004, n. 170 che *«la clausola di close-out netting è valida ed ha effetto in conformità di quanto dalla stessa previsto»*. L’art. 1, lett. f), d.lgs. 170/2004 definisce la clausola di *close-out netting* (clausola di interruzione dei rapporti e pagamento del saldo netto) come *«la clausola di un contratto di garanzia finanziaria o di un contratto che comprende un contratto di garanzia finanziaria oppure, in mancanza di una previsione contrattuale, una norma di legge in base alla quale, in caso di evento determinante l’escussione della garanzia finanziaria [...]»*. In sostanza si ha un riconoscimento legislativo di tali clausole che non contengono alcuna formula matematica”.

Eppure la stessa parte afferma che *“non è possibile predeterminare formule matematiche univoche di calcolo dei contratti derivati (che non hanno mercato ufficiale), i quali risentono di una valorizzazione di mercato in base a valutazioni anche soggettive dell’operatore, talché non ha senso affermare che le parti dovessero predeterminare una modalità di valuation, che impone necessariamente anche l’accesso a strumenti specifici per valutare le curve previsionali del momento”*.

Proprio l’assenza di formule specifiche nonché di un mercato di riferimento dei derivati otc (che non sono di fatto suscettibili di essere ceduti, essendo calibrati sulle esigenze specifiche della parte), oltre alla presenza di elementi soggettivi, inducono a ritenere necessaria l’indicazione di un criterio di calcolo al quale le parti siano vincolate per valutare univocamente il contratto derivato. D’altro canto, il richiamo a una soggettività non pare consentito in un ordinamento che richiede che il contratto abbia un oggetto determinato o quantomeno determinabile.

In definitiva, non si può ritenere sulla base delle norme citate che siccome la legge postula dei contratti privi di formula di calcolo del valore attuale degli stessi, come dimostra il fatto che in questi casi debba operare il valore di mercato, ciò significa che i suddetti contratti non possano essere nulli, tenuto conto che vengono pur sempre in rilievo nullità di protezione, che come tali non comportano necessariamente la nullità del contratto se quest’ultimo è a favore del contraente c.d. debole.

4. Alla nullità consegue l’obbligo di restituzione delle somme versate. Che vi siano stati versamenti infatti è punto non contestato dalla convenuta.



Il pagamento è comprovato dalla documentazione relativa agli addebiti e/o alle operazioni in conto corrente, prodotte sub doc. 5.

I danni, in difetto di specifiche allegazioni, sono dati esclusivamente dagli interessi legali.

Sono quindi dovute le seguenti somme, oltre interessi al tasso legale ex art. 1284 c. I c.c. fino alla data della notifica dell'atto di citazione (25.11.2020) e al tasso ex art. 1284 c. IV c.c. fino al saldo effettivo

Addebito	Valuta
5039,07	19.5.2016
5667,01	21.11.2016
5470,12	19.5.2017
5542,02	20.11.2017
5271,29	21.5.2018
5083,30	19.11.2018
4871,62	20.5.2019
4698,98	19.11.2019
4717,83	19.5.2020
4216,61	19.11.2020
Totale:	
50.577,85	

Spese pari a € . oltre spese generali 15% e c.p.a. (non anche i.v.a. essendo parte attrice soggetto passivo d'imposta che, come tale, già porta a credito l'i.v.a. esposta in fattura dal suo patrocinante), con distrazione delle spese in favore dell'a , dichiaratosi (a mezzo del suo sostituto d'udienza) anticipatore delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda o eccezione respinta

DICHIARA

La nullità del contratto derivato irsl 16.07.2014

CONDANNA

C. s.p.a. al pagamento in favore di s.r.l. di € 50.577,85, oltre interessi al tasso ex art. 1284 c. I c.c. fino alla data del 25.11.2020 e interessi al tasso ex art. 1284 c. IV c.c. dal giorno successivo fino al saldo effettivo sui singoli addebiti, come da punto 4 della motivazione, oltre a €) oltre spese generali 15% e c.p.a., con distrazione delle spese ex art. 93 c.p.c. in favore dell'avv. C. F.

Sentenza resa ex articolo 281 *sexies* c.p.c., pubblicata mediante allegazione al verbale.

Milano, 23 settembre 2021

Il Giudice

dott.

