



**BANCHE E POTERI**

[www.bancheepoteri.it](http://www.bancheepoteri.it)

**LA MANCATA INDICAZIONE DEGLI  
SCENARI PROBABILISTICI E DEL MARK  
TO MARKET COMPORTA LA NULLITA'  
DEL CONTRATTO DERIVATO DI  
INTEREST RATE SWAP (Tribunale di  
Arezzo, 22 dicembre 2022, n.  
1359)**

*Autore: Avv. Nicolò Castelli*

Il Tribunale di Arezzo con la recente sentenza n 1359 del 22 dicembre 2022 si è espresso in tema di contratti derivati e, più in particolare, sulla nullità dei contratti di *Interest rate swap* derivante dalla mancata comunicazione – da parte della Banca/Intermediario al cliente – degli elementi essenziali per una consapevole valutazione circa l’alea del contratto.

Il provvedimento trae origine da un atto di citazione attraverso cui una società ha chiesto al Tribunale di accertare e dichiarare la nullità di un contratto di *Interest Rate Swap Multifase* sottoscritto, dietro consiglio della Banca, per coprire l’eventuale variazione al rialzo di un mutuo a tasso variabile intercorrente sempre tra le medesime parti.

I profili di criticità evidenziati dalla società attrice riguardavano: *i*) mancata comunicazione, contestualmente alla stipula del contratto, dei cc.dd. scenari probabilistici; *ii*) mancata indicazione del valore di mercato del contratto (*c.d. mark to market*) nonché *iii*) i criteri per la determinazione del *mark to market*.

Il Tribunale di Arezzo a seguito dell’istruttoria della causa, svolta attraverso l’ausilio di un CTU a tale scopo nominato, ha ritenuto meritevole di accoglimento la domanda della società, dichiarando la nullità del contratto derivato e condannando la Banca/Intermediario a restituire tutte le somme versate dalla Società attrice in esecuzione del contratto, oltre interessi legali moratori (d. lgs. n. 231 del 2012) a far data dalla domanda.



## BANCHE E POTERI

[www.bancheepoteri.it](http://www.bancheepoteri.it)

In particolare, secondo il Tribunale « *la necessaria sussistenza di un'alea "razionale" impone che l'accordo investa il mark to market, (ossia il costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi), gli scenari probabilistici e la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo. La presenza di questi elementi consente, infatti, l'effettiva calcolabilità e dunque la misurabilità qualitativa e quantitativa del rischio del contratto derivato. Al contrario, l'omessa esplicitazione degli elementi sopra richiamati rende l'affare connotato da una irresolutezza di fondo che determina la nullità del relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile). Non si tratta, allora, di semplice violazione di obblighi informativi (come tale idonea ad incidere solo sul piano della responsabilità), ma di una carenza che, tenuto conto delle descritte peculiarità caratterizzanti lo strumento in esame, investe proprio l'essenza del contratto, così da cagionarne la nullità strutturale (Cfr. anche Cass. sez. I, 29 luglio 2021, n. 21830; Cass. sez. I, 10 agosto 2022, n. 24654). ».*

Prosegue la sentenza, affermando che « (...) Né potrebbe assumere rilievo l'eventuale comunicazione del valore del mark to market in sede di esecuzione del contratto, posto che tale eventualità non sarebbe comunque in grado di sanare l'assenza di accordo sull'indicato valore (nei puntuali termini di cui si è detto in precedenza) inficiante la fase della stipulazione del contratto. Quell'accordo, infatti, deve investire, in modo specifico, completo e dettagliato, l'indicazione del criterio (matematico) con il quale si addivene al calcolo del menzionato valore. Nel caso di specie, il contratto non esplicita la formula matematica per il calcolo del valore del mark to market, rimettendone la determinazione "in esclusiva" all' "Agente di Calcolo" e, dunque, sostanzialmente alla discrezionalità e all'arbitrio di una delle parti»

In definitiva, il Tribunale ha accolto le domande attoree poiché ha accertato le seguenti criticità:

- 1) mancata comunicazione degli scenari probabilistici;
- 2) mancata indicazione del valore iniziale del contratto (c.d. *mark to market*);
- 3) mancata indicazione del metodo di calcolo per addivenire al valore del *mark to market*.

Tali carenze determinano la nullità strutturale del contratto derivato poiché privo di un profilo causale chiaro e definito (o definibile).

La detta pronuncia si inserisce all'interno dell'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale proteso a qualificare l'indicazione del *mark to market*, dei suoi criteri di calcolo, l'esplicitazione dei costi impliciti e la prospettazione degli "Scenari probabilistici", quali elementi essenziali del



**BANCHE E POTERI**

**[www.bancheepoteri.it](http://www.bancheepoteri.it)**

contratto derivato, rilevanti a pena di nullità del medesimo per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto e/o carenza della causa in concreto.

Avv. Nicolò Castelli