Tribunale Milano 16 giugno 2015 – Est. Francesco Ferrari

Nei contratti di swap, la causa va individuata nello scambio di due rischi connessi, i quali, assunti dai due contraenti, derivano dall'entità degli importi che nello svolgimento del rapporto matureranno a carico di ognuno e determinano, quindi, i differenziali che alla scadenza potranno risultare a carico dell'una o dell'altra parte.

La componente aleatoria è intrinseca alla natura del derivato, il quale può definirsi una "scommessa" legalmente autorizzata a fronte di un interesse meritevole di tutela, la quale caratterizza sia il derivato con finalità di copertura sia quello con finalità speculative.

Nella determinazione dell'oggetto del contratto di swap, per l'indicazione del Mark to market non è sufficiente il richiamo alle quotidiane rilevazione dei tassi di interesse, ma è necessaria l'indicazione della formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato; in mancanza di tale indicazione, in mancanza cioè della esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dall'intermediario costituisce un dato non verificabile e rimesso, pertanto, all'arbitrio di una delle parti del contratto.

Il fatto che il Mark to market sia destinato ad operare esclusivamente nell'ipotesi in cui una delle parti scelga di chiudere in via anticipata il contratto non esclude che l'MtM costituisca elemento essenziale del negozio la cui mancata indicazione, attraverso l'esplicitazione della formula matematica di riferimento per l'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato, comporta la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 1418 c.c..

La circostanza che, ai sensi dell'articolo 2427 bis c.c., la società, nella nota integrativa di bilancio, debba indicare il fair value del contratto derivato – ossia il valore in sé dello

strumento finanziario – mediante l’indicazione dell’MtM, può essere in interpretata come conferma che tale elemento è una componente necessaria dell’oggetto del contratto.