

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesco Ferrari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 19041/2011 promossa da:

SOCIETÀ SPA

ATTRICE

contro

BANCA SPA

CONVENUTA

Conclusioni: v. allegati.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, SOCIETÀ SPA conveniva in giudizio BANCA SPA al fine di ottenere: la dichiarazione di nullità e comunque di invalidità del contratto *interest rate swap* concluso in data 8 ottobre 2008 per mancanza dei requisiti essenziali (mancata abilitazione di parte attrice a stipulare contratti derivati e difetto di adeguatezza dell'investimento proposto rispetto al profilo dell'investitore), per difetto di causa (essendo il contratto sin dall'origine privo di aleatorietà bilaterale) e per difetto di accordo (non corrispondenza tra proposta e accettazione nel Contratto Quadro); in subordine, l'annullamento del contratto medesimo per errore essenziale e riconoscibile; in ulteriore subordine, l'accertamento dell'inadempimento e del conseguente risarcimento del danno di natura precontrattuale e contrattuale per le violazioni degli obblighi informativi previsti dagli artt. 21 e 23 TUF, 39 e 40 Reg. Consob 16190/07 e delle disposizioni del contratto quadro e accordo normativo *inter partes*; in ogni caso, la condanna di parte convenuta al pagamento in favore di parte attrice dell'importo di € 87.131,30 o quella diversa misura, oltre interessi, a titolo di risarcimento danni, nonché la condanna alla rifusione di spese, diritti e onorari.

L'attrice in particolare esponeva:

- che, in data 31 ottobre 2006, SOCIETA' SPA aveva stipulato con BANCA SPA un contratto di leasing della durata di 15 anni per l'acquisto di un immobile verso il corrispettivo di € 2.346.000,00, con ratei mensili e tasso d'interesse variabile pari all'EURIBOR 360 a 3 mesi;

- che dalla stipula sino al settembre 2008 L'EURIBOR, inizialmente pari al 3,9%, era aumentato progressivamente sino a raggiungere il 5,3%;

- che, pertanto, in data 8 ottobre 2008, al legale rappresentante della società attrice A. C. veniva proposta, da parte dell'istituto di credito, la stipula di un contratto *interest rate swap*, che avrebbe consentito di minimizzare il rischio legato al rialzo dei tassi d'interesse;

- che, a seguito di informazioni (da parte attrice ritenute carenti e insufficienti) ricevute dalla banca, la società attrice si era determinata alla stipula del proposto contratto finanziario, nella medesima data 8 ottobre 2008;

- che, dal giorno successivo alla stipula del contratto (in cui l'Euribor era pari al 5,39%), il predetto tasso aveva iniziato una costante discesa durata sino al dicembre 2009, attestandosi allo 0,822 %;

- che, in conseguenza di ciò, la società attrice si era vista costretta a versare alla banca interessi aggiuntivi pari al capitale nozionale moltiplicato per la differenza tra il tasso certo convenuto (4,09%) e il valore corrente dell'EURIBOR, cosicché, invece di compensare l'aumento dei tassi d'interesse come prospettato, aveva pagato alla convenuta somme per un importo globale pari a € 87.131,30;

- che, nel marzo 2009, il sig. C. (legale rappresentante della società attrice) si era recato in banca per la contestazione dell'addebito di interessi nascenti dal contratto di SWAP e per chiedere la risoluzione anticipata del medesimo, apprendendo in tale sede che la risoluzione anticipata avrebbe comportato costi pari a € 75.000,00;

- che le successive trattative intercorse tra le parti, volte alla rinegoziazione delle condizioni economiche o alla stipula di un nuovo contratto, non erano poi andate a buon fine;

- che la società attrice, con raccomandata inviata dal proprio legale in data 12 aprile 2010, aveva contestato alla banca la validità del contratto di swap nonché la violazione degli obblighi imposti dalla normativa di settore, invitando l'odierna convenuta al rimborso di quanto versato in esecuzione del negozio medesimo;

- che la banca aveva successivamente replicato con raccomandata del 10 maggio 2010, asserendo la piena legittimità del contratto stipulato e rigettando ogni ipotesi transattiva;

- che, in data 26 ottobre 2010 il C., (legale rappresentante della società attrice) recatosi in banca, aveva appreso che il testo dell'accordo normativo in proprio possesso era diverso da quello detenuto dalla banca, in particolare essendo differente il contenuto dell'ultima pagina.

Si costituiva ritualmente in giudizio BANCA SPA, contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in particolare, evidenziando che: le domande attoree erano da rigettarsi in quanto proposte fraudolentemente e slealmente, in applicazione del rimedio della c.d. *exceptio doli generalis*; in subordine, le domande di nullità, annullamento per errore e accertamento della responsabilità precontrattuale e contrattuale erano inconferenti e comunque infondate nel merito, in considerazione della diligenza e correttezza tenute dalla convenuta e dell'assolvimento, da parte di quest'ultima, degli obblighi informativi previsti dalla normativa di riferimento; in ogni caso, in ipotesi di accoglimento delle domande attoree, anche l'attore avrebbe dovuto restituire quanto percepito in esecuzione del contratto; infine, i danni richiesti dall'attore erano indimostrati e comunque imprevedibili ed evitabili con l'ordinaria diligenza.

A seguito di precisazione delle conclusioni avvenuta all'udienza del 31 ottobre 2013, la causa era trattenuta in decisione, previo deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica ad opera di entrambe le parti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è infondata e, pertanto, va rigettata.

1. NULLITÀ DEL CONTRATTO SWAP PER MANCANZA DEI REQUISITI ESSENZIALI.

Con il PRIMO MOTIVO, l'attore deduceva la nullità del contratto *interest rate swap* stipulato con la convenuta in data 8 ottobre 2008 per mancanza del requisito essenziale costituito dalla valutazione di adeguatezza del profilo del cliente rispetto all'operazione di investimento effettuata (in tal caso, in strumenti finanziari derivati), sulla base di parametri quali l'esperienza in materia di investimenti in prodotti finanziari, la situazione finanziaria, gli obiettivi di investimento e la propensione al rischio (art. 21 T.U.F.). L'assunto del ricorrente è che il contratto sarebbe nullo per inadeguatezza, essendo destinato soltanto ad investitori professionali, in possesso di specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 3 par. 3 dell'accordo quadro, l'attrice ha segnatamente dichiarato "di essere in possesso di una specifica competenza e esperienza in materia di strumenti finanziari", sulla base degli studi, della professione svolta, dell'operatività abituale in strumenti e prodotti finanziari da parte della struttura aziendale preposta alla parte finanziaria.

Inoltre, è stato attestato dal legale rappresentante che la struttura aziendale ha una media conoscenza dei principali strumenti e prodotti finanziari, comprendendone i principali rischi e le dinamiche: sul punto, va osservato che l'elencazione di strumenti quali obbligazioni, azioni e fondi comuni è solo di natura

esemplificativa e, inoltre, che il tipo di contratto stipulato- seppur trattasi di derivato- è la forma più elementare di swap (c.d. *plain vanilla o interest rate*), il funzionamento del quale è sicuramente comprensibile anche da parte di chi possiede una media (e non elevata) cognizione delle operazioni di investimento in prodotti finanziari.

Inoltre, dalla documentazione informativa consegnata al cliente, con specifico riferimento al contratto di swap, emerge come si faccia onere all'investitore, prima di sottoscrivere il contratto, *"di aver ben compreso in quale modo e con quale rapidità le variazioni del parametro di riferimento si riflettono sulla determinazione dei differenziali che dovrà pagare o ricevere"*.

In considerazione di ciò, stante la sufficiente informazione fornita dalla banca convenuta, con l'avvenuta sottoscrizione del contratto l'attrice dimostra di aver ben compreso il profilo di rischiosità specifica dell'investimento nel prodotto finanziario derivato in questione, avendo inoltre specificamente dichiarato *"scelgo di trasformare i miei oneri finanziari da variabili a fissi per avere certezza dei flussi di cassa attesi. Mi proteggo da un potenziale rialzo dei tassi d'interesse, ma non beneficio di un eventuale ribasso degli stessi"*.

Peraltro, la banca convenuta ha sufficientemente e adeguatamente informato il cliente anche sotto il profilo degli obiettivi di investimento (anch'essi debitamente sottoscritti) in relazione alla tipologia contrattuale prescelta, nel senso che *"il prodotto si rivolge ad un Cliente che ha contratto un debito a tasso variabile, consentendogli di minimizzare il rischio legato al rialzo dei tassi di interesse"*.

Lo stesso strumento contrattuale prescelto appare del tutto coerente con gli obiettivi predetti, avendo il cliente dichiarato, nell'analisi del profilo finanziario, di voler *"contenere le oscillazioni del portafoglio accettando una crescita limitata"*.

Inoltre, vi è stata adeguata e coerente informazione sul punto degli svantaggi economici potenzialmente derivanti dalla stipula del contratto (dei quali, specificamente, si duole parte attrice), mediante l'indicazione che *"il tasso certo elimina del tutto la possibilità di beneficiare di eventuali riduzioni dei tassi d'interesse"*.

D'altra parte, il cliente è stato debitamente informato (*"il tasso certo consente al Cliente di avere certezza dei flussi finanziari legati al proprio indebitamento rendendolo indifferente all'andamento dei tassi d'interesse"*) anche sui vantaggi, del tutto conformemente all'obiettivo dichiarato e perseguito dal medesimo, costituendo circostanza pacifica e non contestata (anzi, esposta dall'attore sin dalla propria costituzione) che egli si fosse determinato a stipulare il contratto di swap per contenere gli effetti negativi dei rialzi del tasso d'interesse Euribor a 3 mesi sottostante al contratto di leasing stipulato precedentemente.

La banca, in sintesi, ha prospettato al cliente (che ha accettato e sottoscritto previa adeguata informazione precontrattuale) un prodotto finanziario sostanzialmente adeguato alle esigenze rappresentate da quest'ultimo (la pianificazione e stabilizzazione del debito di interessi sottostante al leasing), da attuarsi mediante la conversione del tasso variabile (per definizione incerto) in precedenza applicato, con un tasso fisso predeterminato con soglia del 4,09 %.

Lo specifico profilo del rischio affrontato dal cliente viene valutato anche in relazione alla possibilità di estinzione anticipata del contratto (dei costi eccessivi della quale si duole, appunto, l'attore), con l'avvertenza informativa che *"potrebbe non essere possibile porre termine al contratto prima della scadenza concordata, se non sostenendo oneri elevati"*.

Infine, per quanto concerne la solidità patrimoniale- anch'essa oggetto di adeguata e sufficiente informazione- è profilo che qui non rileva, in quanto ciò che conta è la solvibilità della banca e non del cliente investitore, perché sia garantita l'effettiva percezione dei differenziali positivi eventualmente maturati da quest'ultimo.

Fatte queste premesse e ritenuta infondata nel merito la domanda di nullità (essendo stato in concreto rispettato il canone di adeguatezza ex art.21 T.U.F.), va rilevato che in ogni caso non è conferente il richiamo di parte attrice alla sanzione giuridica di nullità per difetto di un presupposto negoziale indispensabile o comunque per violazione di un divieto di contrattare in difetto di adeguatezza dell'operazione di investimento.

Infatti, secondo il tradizionale e costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità (espresso a partire da Cass. n. 26724/07), *"in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di sorretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere discostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod.*

civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso".

Pertanto, l'asserita violazione dei doveri informativi ad opera della convenuta in relazione all'adeguatezza dell'operazione di investimento nel prodotto derivato, ove dimostrata, avrebbe potuto dar luogo semplicemente alla responsabilità da inadempimento precontrattuale o contrattuale della banca ma non essere presidiata dalla sanzione di nullità del contratto swap (o dell'accordo normativo a monte), non prevista da alcuna norma ordinamentale.

Priva di pregio risulta essere la deduzione di parte attrice in base alla quale quest'ultima non sarebbe abilitata a stipulare contratti derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati. Infatti, il questionario profilatura MIFID risulta essere stato stipulato dal Casati a titolo personale e non quale legale rappresentante della società attrice; inoltre, non vi si legge "NON abilitato ad operare in derivati OTC", bensì "NDG abilitato ad operare in derivati OTC": l'acronimo NDG sta a significare Numero di Direzione Generale e contraddistingue il codice identificativo attribuito dalla banca al cliente. Quindi, contrariamente alla tesi difensiva sostenuta, il C. (legale rappresentante della società attrice) risulta essere chiaramente abilitato, anche a titolo personale, ad investire in prodotti derivati.

2. NULLITÀ DEL CONTRATTO SWAP PER DIFETTO DI CAUSA.

Con il SECONDO MOTIVO, la società attrice deduceva la nullità del contratto *interest rate swap* stipulato, per difetto *ab origine* dell'elemento essenziale costituito dalla causa tipica aleatoria essendo la banca (al momento della stipula) in grado di determinare *ex ante* (sulla base del tasso *forward*) la tendenza al ribasso del tasso Euribor, con conseguenti differenziali negativi e addebiti di interessi a carico del cliente (ipotesi concreta verificatasi subito dopo la stipula).

Anche la presente doglianza risulta essere priva di fondamento, in quanto il ribasso dei tassi Euribor - manifestatosi poco tempo dopo la stipula del contratto a seguito di decisioni delle Banche Centrali in considerazione della stagnazione economica - è *factum principis* che costituisce, piuttosto, concretizzazione dell'alea contrattuale accettata anche da parte attrice.

Peraltro, prescindere dall'imprevedibilità *ex ante* delle condizioni economiche mondiali delle conseguenti decisioni autoritativamente assunte, il contratto si è rivelato *ex post*, seppur in misura minima, inizialmente vantaggioso anche per l'attore che ha percepito dopo il primo trimestre un differenziale positivo pari a € 6.124,10 in data 12 gennaio 2009: ciò è sufficiente per affermare la sussistenza anche in concreto dell'aleatorietà bilaterale del contratto swap.



Ciò premesso, va chiarito che la causa tipica dello swap è piuttosto costituita dallo scambio di flussi finanziari in base alle variazioni dei tassi, mentre lo scambio reciproco dei rischi commerciali (che è soltanto la conseguenza della variazione predetta) è elemento esterno al negozio e ne connota la natura tendenzialmente aleatoria ed economicamente incerta per le parti contraenti. La mancanza di alea bilaterale, pertanto, non potrebbe neanche astrattamente determinare la nullità negoziale per difetto di causa.

3. NULLITÀ DEL CONTRATTO SWAP PER DIFETTO DI ACCORDO

L'attore deduceva, inoltre, la nullità dell'accordo quadro, in quanto il testo in possesso della banca sarebbe stato diverso da quello in mano alla società attrice (che non conterrebbe il riepilogo delle clausole vessatorie e la relativa sottoscrizione), essendo diversa l'ultima pagina.

L'asserita carenza di incontro delle volontà negoziali è assunto infondato, in quanto del tutto indimostrato, non comprendendosi in cosa dovesse consistere la divergenza dei documenti prodotti dalle parti, risultando gli stessi del tutto identici.

A ciò si aggiunga che le clausole risultano essere state predisposte unilateralmente dalla convenuta e doppiamente sottoscritte dalla società attrice nella lettera di accettazione, come da chiare indicazioni fornite dalla banca nella proposta di stipula.

4. ANNULLAMENTO DEL CONTRATTO PER ERRORE

Con un ulteriore motivo, la società attrice deduceva l'annullabilità del contratto per errore essenziale (che cadrebbe sulla qualità dell'oggetto) e riconoscibile: il negozio sarebbe stato concluso sulla base di una falsa rappresentazione della realtà fornita dall'istituto di credito, ossia sulla base dell'informazione secondo cui lo swap avrebbe compensato l'aumento dei ratei del leasing già in essere.

Il rilievo è del tutto destituito di fondamento, in quanto l'errata rappresentazione della realtà (asseritamente inficiante la volontà negoziale dell'attore) appartiene alla sfera di per sé irrilevante dei motivi soggettivi che hanno indotto la parte a concludere il contratto e, piuttosto, attiene specificamente alla convenienza economica dell'operazione negoziale.

Da ultimo, Cass. n. 18039/2012 ha in tal senso affermato che *"in tema d'intermediazione finanziaria, le informazioni che devono essere preventivamente fornite dall'intermediario, non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma gli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi di mancanza di consenso; deve, pertanto,*

essere esclusa non solo la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti fondamentali previsti dall'art. 1325 cod. civ., qual è il consenso-accordo, ma anche la sua annullabilità per errore, come nel caso in cui l'investitore si dolga di aver acquistato non un titolo diverso, o con caratteristiche diverse, da un altro, ma un titolo privo del positivo andamento sperato, così prospettando una valutazione che rimane confinata nel campo dei motivi".

5. INADEMPIMENTO E RISARCIMENTO DANNI.

Infine, l'attore deduceva un comportamento di BANCA SPA tenuto in violazione dei doveri di diligenza, correttezza e trasparenza, in quanto il contratto swap e l'accordo informativo sarebbero stati stipulati nella medesima giornata del 8 ottobre 2008 (non consentendo ai legali rappresentanti un approfondito e consapevole esame dei lunghi e complessi articoli in essi contenuti); inoltre, rilevava che la scheda tecnica di accompagnamento non conteneva un'analisi comparativa dei rischi.

Tali asserzioni, tuttavia, non colgono nel segno in quanto: da un lato, nulla esclude che le trattative siano iniziate già in precedenza (ad esempio, il documento di "analisi del profilo finanziario" reca la l'indicazione del 19 settembre 2008 ore 10,30 quale data di apertura della posizione del cliente) e, comunque, la normativa di settore impone semplicemente un obbligo di adeguata informazione da parte dell'intermediario finanziario, non prevedendo alcun termine dilatorio che debba precedere la stipula; dall'altro lato, lo standard di informazioni dovute non si spinge fino all'approfondita valutazione di ogni possibile rischio economico dell'affare, la quale è rimessa alla prudente diligenza del contraente *causa cognita*.

In conclusione, la domanda di condanna al risarcimento dei danni è da rigettarsi in quanto non vi è stato alcun inadempimento o violazione del principio di buona fede da parte di BANCA SPA., insussistenza che assorbe ogni ulteriore valutazione in ordine al nesso causale, al danno-evento e al danno-conseguenza.

Nulla risulta dovuto a titolo di rimborso, pertanto, da parte convenuta alla società attrice, di quanto percepito in esecuzione del contratto *interest rate swap* stipulato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi € 6.500,00, oltre CPA.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- rigetta tutte le domande proposte da SOCIETA' SPA nei confronti di BANC... SPA.;
 - condanna l'attrice a rifondere la convenuta delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 6.500,00, oltre CPA.
- Così deciso in Milano il 22 gennaio 2014

Il giudice

Francesco Ferrari

La minuta del provvedimento è stata redatta dal Magistrato Ordinario in Tirocinio Francesco Pipicelli.

 **Ex Parte Creditoris**
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris**
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris**
Rivista di Informazione Giuridica

 **Ex Parte Creditoris**
Rivista di Informazione Giuridica