

Tribunale di Bologna, dott.ssa Anna Maria Rossi, sentenza del 07/04/2014

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
QUARTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Anna Maria Rossi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di 1° Grado iscritta al n. r.g. 14638/2012 promossa da:

SOCIETA'

contro
BANCA S.P.A

ATTRICE

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Agisce la SOCIETA', con rito ordinario, riassumendo avanti al Tribunale di Bologna la causa già instaurata avanti al Tribunale di Modena, dichiaratosi incompetente per territorio.

Con l'atto di riassunzione notificato il 4.10.2012 l'attrice chiede l'accoglimento della domanda già formulata nelle precedenti conclusioni, in cui deduce di avere stipulato con scrittura in data 31 ottobre 2001, presso la propria sede, un contratto di "INTEREST RATE SWAP", che le era stato proposto dai funzionari della BANCA, con cui la società aveva in corso dei fidi; più precisamente, afferma che il funzionario di banca aveva prospettato questa operazione come opportuna, per ridurre i rischi derivanti dal fluttuare del tasso di sconto, in relazione ai conti correnti aperti presso la filiale, gradita all'istituto, e tale da mettere in buona luce il cliente, e che per questo l'amministratrice della società si era sentita obbligata a sottoscrivere il contratto, dopo avere sottoscritto, per altro inconsapevolmente, un separato foglio, in cui dichiarava di possedere una specifica esperienza e competenza in materia di operazioni in strumenti finanziari.

Aggiunge che dopo alcune settimane aveva chiesto di recedere dal contratto, formalizzando la richiesta tramite il proprio avvocato; la BANCA le aveva fatto sapere che un'iniziativa giudiziale avrebbe comportato la revoca dei fidi, e che comunque il recesso avrebbe comportato l'immediata debenza degli interessi calcolati sull'intera durata del contratto; per quest'ultima ragione aveva desistito, dal recesso, e si era determinata ad agire in giudizio, per sentire dichiarare nullo, annullabile o comunque inefficace il contratto.

Quanto ai motivi di nullità deduce che la SOCIETA' non poteva definirsi operatore qualificato, ai sensi dell'art.3 l comma 2 Regolamento CONSOB 1.7.1998, contrariamente a quanto era stato fatto sottoscrivere, cosicché il contratto stipulato fuori sede doveva ritenersi invalido, ex art.36 del Regolamento; deduce che nel contratto sottoscritto non sono specificati l'oggetto, la causa e la

durata, rimessi a successivi accordi; che SOCIETA' non aveva mai ricevuto, in seguito, altri contratti sottoscritti, sulla base dell'accordo iniziale; deduce quindi la annullabilità del contratto, o la sua nullità per contrarietà alle norme imperative del Testo Unico 58 del 1998 e del relativo Regolamento CONSOB; la nullità del contratto per mancanza dell'oggetto e della causa; la inesistenza dei contratti successivi, e conclude chiedendo dichiararsi la nullità o inefficacia del contratto di interest rate swap, in via subordinata la rescissione del contratto, ex art.1448 cc, in via ulteriormente subordinata l'intervenuto recesso di **MODEM CARTA**, condannando in ogni caso BANCA SPA a restituire le somme percepite dalla data del recesso alla decisione.

Si è costituita la BANCA, riprendendo integralmente le contestazioni già svolte, in ordine alla fondatezza delle pretese attrici, e deducendo che la P., debitamente informata dai funzionari della banca, aveva sottoscritto il contratto normativo disciplinante operazioni future di INTEREST RATE SWAP nonché il singolo contratto di swap descritto nei suoi elementi caratteristici; aggiunge che il contratto ha avuto un andamento favorevole alla cliente, per l'intero primo anno di durata, e che solo in presenza dei primi addebiti la P. aveva contestato la invalidità del contratto, avanzando profili di illegittimità palesemente pretestuosi.

In rito, deduce l'irritualità della citazione, atteso che il procedimento doveva essere trattato con il rito disegnato dal Dlgsvo 5 del 2003, che si applica alle controversie in materia di intermediazione finanziaria e di servizi di investimento, da chiunque gestiti; chiedeva quindi che il giudice disponesse la cancellazione della causa dal ruolo, ex art.1, comma 5° del citato Dlgsvo.

Nel merito, rileva che:

- A) il contratto di INTEREST RATE SWAP, sotto la prassi, aveva trovato riconoscimento giuridico, dapprima da parte della giurisprudenza, che ne aveva rilevato la funzione economica e sociale, escludendo la proponibilità della eccezione di gioco di cui all'art.1933 cc, quindi dal positivo disposto dell'art.23 TUF dlgsvo 58 del 1998; si tratta di un contratto, in cui vi è una quota di alea, bilaterale, che consiste nella variazione futura dei tassi di interesse;
- B) la dichiarazione resa dalla legale rappresentante della società circa il possesso di specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari non poteva essere ritenuta *tamquam non esset*, tanto più che solo un anno dopo la sottoscrizione era stata contestata;
- C) il contratto normativo ed il contratto di SWAP erano perfettamente delineati, quanto ad oggetto, e il secondo aveva una precisa durata quinquennale;
- D) la rescissione per lesione non poteva essere pronunciata, ex artt.1448 e 1469 cc, attesa la natura aleatoria del contratto;
- E) la domanda di annullamento è del pari infondata, atteso che l'errore "essenziale" e quindi rilevante deve cadere sulla natura o sull'oggetto del contratto, mentre nel caso di specie l'errore attiene al più alla convenienza economica, dal momento che per ben un anno il contratto è stato eseguito senza rilievi.

Conclude chiedendo la cancellazione della causa, ex art.1 comma 5° Dlgsvo 5 del 2003, e nel merito il rigetto della domanda.

La causa, già istruita avanti al Tribunale di Modena, è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni precisate all'udienza del 18.7.2013 come in epigrafe.

**IN RITO, SULLA ISTANZA DI CANCELLAZIONE, CON
CONSEGUENZA DECORRENZA DEI TERMINI DI CUI
ALL'ART.7 DLGSVO 2003, E TRATTAZIONE SECONDO LA
RELATIVA DISCIPLINA**

La riassunzione operata tempestivamente ex art.50 cpc comporta la mera prosecuzione del processo originariamente instaurato; non vi è quindi soluzione di continuità tra il giudizio radicato nel 2004 e l'odierno, da considerarsi a tutti gli effetti già pendente alla data di entrata in vigore dell'art.54 della Legge 69 del 2009 che ha abrogato il rito societario, (salve le norme sull'arbitrato), e tuttavia ha previsto che la disciplina abrogata continui ad applicarsi alle controversie già pendenti alla data della domanda.

Le parti controbattono tuttavia sulla interpretazione della norma, e stilla sua applicazione al presente procedimento, che rappresenta una fattispecie peculiare, perché era sì "pendente" alla data della abrogazione del rito, e tuttavia trattata nelle forme del rito ordinario; la difesa di parte attrice ritiene infatti inammissibile, a seguito della abrogazione del rito societario, una ordinanza di mutamento in favore del rito abrogato, ed interpreta — seppure non esplicitando fino in fondo la propria tesi — l'art.54 5° comma della legge 69 del 2009 come se prevedesse che la disciplina abrogata continui ad applicarsi alle controversie già pendenti alla data della domanda, solo però se già a quel momento trattate con il rito societario.

Si tratta di tesi condivisibile, per le ragioni di generale economia processuale, e alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo, che già hanno condotto ad una rilettura di alcune disposizioni processuali, prima tra tutte il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, contenuto all'art.5 cpc.

L'art.5 cpc prevede infatti che *"La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo"*, e tuttavia la giurisprudenza della Suprema Corte, che nella sua funzione nomofilattica costituisce il diritto vivente, ritiene che l'irrelevanza dei mutamenti legislativi successivi alla proposizione della domanda operi, secondo la lettera dell'art. 5 c.p.c., soltanto nel caso in cui lo *jus superveniens* privi il giudice della giurisdizione o della competenza, non anche in quello esso compori l'attribuzione della giurisdizione o della competenza al giudice che ne era inizialmente privo; in questa ipotesi, la ratio, non anche la lettera della norma, impone di considerare rilevante la legge o il fatto sopravvenuto. "In materia processuale, la legge sopravvenuta ha immediata operatività (anche con riguardo alla giurisdizione o alla competenza) quando valga a radicare la competenza presso il giudice davanti al quale sia stato comunque promosso il giudizio, poiché in tal caso sussistono ragioni di economia processuale che giustificano la deroga all'art. 5 cod. proc. civ." (così Cass.16667 del 2010; vedi anche Cass. 2008, n. 857; Cass. 2004, n. 23701; Cass. 2002, n.415).

Il principio giurisprudenziale elaborato in base all'art. 5 c.p.c., contro la lettera di tale disposizione, induce quindi ad interpretare l'art.54 della legge 69 del 2009 con il medesimo criterio, ritenendo quindi che il rito societario pur abrogato continui ad applicarsi ai procedimenti pendenti, nell'ottica tuttavia di evitare mutamenti e dispersioni, e quindi solo nei casi in cui era stato in concreto seguito, e che pertanto la presente causa debba e possa proseguire nelle forme del rito ordinario. La ratio della limitazione dell'applicazione della nuova disciplina, al pari del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, infatti, risiede nell'esigenza di evitare il

rallentamento dei processi già pendenti, a causa di nuove questioni processuali, determinate dallo jus superveniens, quali il mutamento di rito o le modifiche della giurisdizione o della competenza.

VALUTAZIONE DEL MERITO. IL CONTRATTO STIPULATO.

E' poi principio pacifico e consolidato che nel giudizio riassunto nelle forme dell'art.50 cpc sono pienamente utilizzabili le prove espletate innanzi al giudice dichiaratosi incompetente (Cass. s.u. 1989, n. 2037; da ultimo Cass.11234 del 2013), cosicché la istruttoria è compiuta, e la causa può essere decisa nel merito.

Il contratto intercorso tra le parti è un contratto di "SWAP", ossia un contratto di scambio, a termine, che obbliga ciascuna delle parti a pagare all'altra, a scadenze fisse, un importo il cui ammontare viene determinato applicando dei parametri prestabiliti ad un capitale nazionale.

Si tratta in particolare di "INTEREST RATE SWAP", perché i parametri predefiniti sono costituiti da un tasso fisso per una parte e un tasso variabile per l'altra,

Si tratta (contrariamente a quanto sostiene la parte attrice) di contratti dotati di **causa tipica**, poiché lo SWAP costituisce uno strumento finanziario a tutti gli effetti riconosciuto dall'ordinamento, come si rileva dalla inclusione nella previsione dell'art. 1 TUF 58 del 1998; **può avere contenuto speculativo**, e **marcatamente aleatorio**, quando viene stipulato al solo fine di profittare dell'andamento sperato del mercato dei tassi, ma può avere carattere non speculativo, bensì di copertura, laddove sia volto ad eliminare l'incertezza di un debito contratto a tassi variabili: una azienda che stipula un INTEREST RATE SWAP, infatti, acquisisce la certezza di quanto dovrà pagare, il che può corrispondere a ragioni opportune, per motivi di politica aziendale ovvero perché è ipotizzato un rialzo dei tassi.

Sia il contratto normativo che quello attuativo dello SWAP sono stati depositati in atti, e come può direttamente osservarsi il contratto normativo è privo di termine, ma il contratto di SWAP prevede una durata determinata, di cinque anni, (vedi docc.ti 1 e 2 della difesa della Banca) e definisce sia il capitale nozionale sia le reciproche obbligazioni di pagamento, cosicché la domanda di nullità per difetto di oggetto è infondata, e la pretesa di recedere è destituita di fondamento giuridico, prima del termine contrattuale.

LA DICHIARAZIONE DI OPERATORE QUALIFICATO EX ART.31 REGOLAMENTO CONSOB

Quanto alla doglianza relativa alla dichiarazione di operatore qualificato resa secondo la previsione dell'art. 31 Regolamento CONSOB, a dire della attrice inconsapevolmente o, comunque, senza adeguata cognizione di causa in ordine alle conseguenze che essa produce, si osserva che la giurisprudenza di legittimità ha rilevato che resta salva, in presenza di tale dichiarazione, la possibilità dell'investitore di provare non solo come tali requisiti non fossero esistenti, ma anche che di tale circostanza l'intermediario finanziario fosse consapevole, ovvero che egli fosse in possesso di dati ed elementi oggettivi atti a consentire una diversa valutazione (cfr., fra tutte, Cass. n. 11138/09).

In sostanza, dunque, la presenza della dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato costituisce una mera presunzione semplice, vincibile, in caso di

contestazione, dalla prova positiva della insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di professionalità in materia di strumenti finanziari e dalla prova della conoscenza, ovvero, conoscibilità in concreto, da parte dell'intermediario, delle circostanze dalle quali poter desumere la reale situazione in cui versò l'investitore nel momento in cui rende siffatta dichiarazione.

Tuttavia, nel presente giudizio la attrice si è limitata ad allegare di avere contratto con la banca lo SWAP temendo la revoca dei fidi, e non ha invece né provato, né allegato una situazione discordante, rispetto a quella oggetto di dichiarazione, circa le sue competenze e conoscenze, (dichiarazione che effettivamente corrisponde ai dati documentali acquisiti, trattandosi di amministratore di società di capitali) cosicché il Giudice deve necessariamente arrestarsi allo stato di fatto, e prendere atto della qualità professionale con cui l'amministratore della SOCIETA' all'epoca operò. Ne consegue la piena validità della dichiarazione resa, e delle sue conseguenze.

IN ORDINE ALLE ULTERIORI DOMANDE, DI RESCISSIONE ED ANNULLAMENTO.

D'altro canto, il contratto di INTEREST RATE SWAP è un contratto aleatorio per sua natura, perché la convenienza economica dipende dall'andamento dei tassi di interesse, che avvantaggia l'una o l'altra parte, a seconda che segua una dinamica di crescita o di riduzione, cosicché non si applica la disciplina della rescissione per lesione (peraltro invocata nelle sole conclusioni, ma non precedentemente sviluppata, né illustrata, dalla difesa attrice nei suoi presupposti fattuali). Né può dolersi, la parte attrice, di essere stata tratta in errore, al momento della sottoscrizione, tale da comportare l'annullamento del contratto, atteso che non è stato precisato in che cosa sarebbe consistito l'errore eventualmente commesso, e tuttalpiù pare di comprendere che si è trattato di errore sulla convenienza, che non rientra tra gli elementi essenziali del contratto.

Sotto questo profilo, ha certamente rilievo il fatto che per il primo anno di durata contrattuale, in presenza di un andamento positivo per la SOCIETA', (che ha pagato interessi più bassi di quelli a carico di controparte, incassando alle scadenze le somme differenziali) nulla ha contestato la odierna attrice, che si è doluta del contratto solo dopo i primi addebiti.

Pertanto, la domanda è infondata, e deve essere respinta, sotto ogni profilo; nulla vi è da dire in ordine alla istruttoria, atteso che nelle conclusioni precisate dalla attrice non vi sono istanze istruttorie specifiche; le spese della presente fase del giudizio (le precedenti sono state già liquidate) seguono la soccombenza, come da dispositivo; nella liquidazione si tiene conto dei minimi, trattandosi di mera riproposizione di attività difensive già svolte.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, così dispone: - respinge le domande di parte attrice;

- condanna la attrice a rifondere alla convenuta banca le spese della lite, che liquida in euro 2.000,00 per onorari, oltre iva e cpa

Bologna, 7 aprile 2014

Il Giudice
dott.ssa ANNA MARIA ROSSI