

N° 1126/13

Il Tribunale di Salerno - Prima Sezione Civile - riunito in
Camera di Consiglio nelle persone dei Sigg. Magistrati

Dott. Roberto RICCIARDI *presidente est.*

Dott.ssa Elvira BELLANTONI *giudice*

Dott. Guerino IANNICELLI *giudice*

ha pronunciato la seguente

L CASO SENTENZA
nella causa civile iscritta al n. R.G. e vertente
tra

avv.ti L. d L e M. P

E

S.P.A. U BANCA D'I

avv.ti U.d'A e G. F

letti gli artt. 281 sexies c.p.c. e 16, co. 5°, decr. leg.
17.1.2003 n. 5 ;

preso atto degli elementi di fatto della presente
controversia, per come riportati negli atti di causa ;

lette le conclusioni in epigrafe riportate, osserva e rileva quanto segue .

Elementi di fatto e svolgimento del processo

Sin dal 1999 la _____ (di seguito _____) stipulava con la filiale di Salerno della s.p.a. U _____ un contratto di conto corrente bancario con apertura di credito, fino alla concorrenza dell'importo di due miliardi delle vecchie lire .

Successivamente la banca, a copertura dei rischi derivanti dalla variazione dei tassi di interesse, proponeva alla

_____ la stipula di un contratto swap, rientrante nel novero dei cc.dd. strumenti finanziari derivati, caratterizzati dal fatto che l'andamento dei titoli acquistati non è predeterminato, al momento della stipula del contratto, ma varia a seconda dell'andamento di altri titoli (azionari, monetari, indici di mercato), da cui " deriva " il suo valore nominale .

Alla stipula del primo contratto swap ne sono seguiti altri due, atteso l'esito negativo dei primi due .

A gennaio del 2007 la banca U _____ , essendo venuta a conoscenza della iscrizione della _____ alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, comunicava alla sua cliente il recesso dal contratto swap, chiedendo contestualmente il pagamento dell'importo di euro 187.860,00, costituente il

valore negativo, al momento del recesso, dei titoli derivati acquistati con il contratto swap n. 03060400162 .

Avverso tale richiesta la _____ ed il _____

_____, in proprio e nella qualità di legittimati della società, proponevano la presente azione, con due distinti giudizi successivamente riuniti .

Con tale azione gli attori chiedevano dichiararsi la nullità, o comunque la risoluzione, del contratto swap n. 03060400162, ovvero l'ultimo dei contratti sottoscritti, per la sua illegittimità; per l'effetto, dichiararsi, altresì, la illegittimità degli effetti dell'intervenuto recesso dal contratto swap, nonché della richiesta di condanna al pagamento dell'importo di euro 187.860,00, quale saldo negativo del suddetto contratto .

Si costituivano in giudizio la s.p.a. Banca U _____ e, con atto di intervento volontario, la s.p.a. U _____ Banca d'I _____, le quali eccepivano che il contratto swap impugnato dalla _____ era stato sottoscritto dalla sola U _____ Banca d'I _____ per cui, attesa la natura contrattuale dell'azione intrapresa, chiedevano il rigetto della domanda nei confronti della Banca U _____, in quanto priva di legittimazione passiva .

Nel merito, le convenute eccepivano la piena legittimità del loro operato sotto diversi profili .

In particolare, le convenute eccepivano che il contratto swap era pienamente legittimo, in quanto stipulato con operatore qualificato, come legittimo andava considerato il recesso dal contratto, in quanto la segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, da cui la legittimità del recesso, era avvenuta non su iniziativa della U , ma di altri creditori .

Con provvedimento emesso in data 21.8.2007 il giud. design. disponeva il mutamento del rito da ordinario in societario, ai sensi dell'art. 1, punto d) del decr. leg. n. 5/2003, avendo ad oggetto la presente controversia i rapporti in materia di intermediazione mobiliare, nonché servizi e contratti di investimento .

In istruttoria è stata anzitutto ammessa ed espletata una prova testimoniale, sulle motivazioni e sulle modalità che hanno portato alla stipula dei contratti swap .

E' stata altresì disposta una consulenza tecnica sulle caratteristiche dei prodotti finanziari acquistati con i contratti swap, affidata al dr. R. R .

Infine la causa, rimessa ad udienza collegiale, è stata riservata per la decisione, con la concessione dei termini e nelle forme di cui all'art. 16, comma 5, decr. leg. n. 5/2003 .

Motivi della decisione

1) Giuste le deduzioni difensive della banca convenuta, deve anzitutto ritenersi che l'unica legittimata passiva del presente giudizio sia la s.p.a. U C B , in quanto subentrata alla s.p.a. U Banca di I , originaria contraente del rapporto sorto con la stipulato in data 3.6.2003 e contraddistinto con il numero 03060400162 .

Ne consegue che una eventuale condanna va posta a carico della sola società subentrata U C B .

1/a) Peraltro, ha citato in giudizio anche la s.p.a. U , con la quale erano stati stipulati i primi due contratti di swap, da cui ha poi tratto origine l'ultimo contratto sottoscritto in data 3.6.2003 .

Orbene, una tale vocatio in ius non appare del tutto inappropriata, risultando giustificata dal fatto che il rapporto nasce con i primi due contratti di swap, per poi concludersi con il terzo che ci occupa, sostitutivo dei primi due .

Ciò, peraltro, potrà avere un suo rilievo solo ai fini della regolazione delle spese giudiziali, fermo restando che una eventuale condanna, per la natura contrattuale dell'azione, potrà porsi a carico della sola U C

B , subentrata a chi aveva sottoscritto il contratto del 3.6.2003 .

2) Si è già osservato con la ordinanza istruttoria depositata in data 4.7.2011 che la

ha chiesto invalidarsi il contratto di swap stipulato con la banca U per almeno due ordini di motivi: il primo attiene a dedotti profili di nullità del contratto per mancanza di causa e per un giudizio di sua non meritevolezza ex art. 1322 c.c.; il secondo riguarda, invece, dedotti profili di nullità per il venir meno della banca ai suoi doveri informativi sui rischi dell'investimento proposto, per come previsti dalle norme inserite nel t.u.f. e nel collegato regolamento Consob .

3) Sotto il primo profilo ha già rilevato il Tribunale che i contratti swap possono avere una duplice funzione: o meramente speculativa, come per qualsiasi altro tipo di investimento in strumenti finanziari, fatto da grandi speculatori o da piccoli risparmiatori; o di garanzia ovvero assicurativa, quando al contratto swap si affianca altro tipo di rapporto contrattuale .

Nel caso di specie è indubbio che il contratto swap stipulato tra le parti abbia avuto una funzione di garanzia, in quanto è pacifico che la aveva stipulato con la U anche un contratto di c/c bancario con

una rilevante apertura di credito della quale si era ampiamente servita .

Tale funzione di garanzia è poi riconosciuta dalla stessa banca, la quale, a pag. 7 della sua comparsa di costituzione e risposta, sottolinea che il rilevante affido concesso alla : " rende opportuno per l'attrice di cautelarsi contro un previsto, all'epoca, aumento dei tassi di interesse " .

Inoltre, tale rapporto tra il principale contratto di c/c bancario ed il contratto di swap rende anche prospettabile un collegamento negoziale tra i due contratti, con tutto quello che ne consegue in termini di concezione unitaria dell'intero rapporto, quale unica fattispecie complessa .

Tuttavia, pur in presenza di una tale funzione assicurativa, il contratto swap ha dato un esito negativo per il correntista, anche di una certa rilevanza, il quale sembra stridere con la funzione di garanzia dello swap .

Del pari appare stridente che un contratto swap, da più parti ritenuto assimilabile alla scommessa, debba svolgere una funzione assicurativa, quando la caratteristica della scommessa è proprio quella di lasciare all'alea il vantaggio o il sacrificio contrattuale (in sostanza, il correntista sarebbe tutelato dai rischi di aumenti dei tassi di interesse, stipulando altro contratto non meno rischioso,

anche perche legato ad indecifrabili andamenti dei mercati finanziari) .

Come si arrivi, poi, ai suddetti esiti negativi non è dato sapere, soprattutto perche gli strumenti proposti hanno natura esclusivamente finanziaria, non ancorata ad alcun parametro economico che consenta di comprendere i motivi del ribasso dei titoli o del loro rialzo (si pensi, in contrario, al cattivo andamento di azioni di grandi società di capitali, dovuto ad un verificabile calo delle vendite o del fatturato) .

Si consideri, poi, che molto spesso i titoli acquistati sono emanati da società finanziarie di remota provenienza, di incerta attività, e di cui a stento si conosce la nazionalità e la sede .

Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, l'adito Tribunale, con la già citata ordinanza depositata in data 4.7.2011, ha disposto accertamenti tecnico-contabili, volti soprattutto ad appurare se i contratti swap, fatti sottoscrivere dalla banca U potessero in concreto assolvere ad una tale funzione assicurativa e di copertura o se, in contrario, andassero ad aggiungere nuovi rischi, magari superiori a quelli già insiti nelle oscillazioni degli interessi, stipulati a tasso variabile dalla soc. nel principale contratto di c/c bancario .

4) Gli accertamenti svolti dal consulente di ufficio, dr. R R , hanno sostanzialmente confermato le “ perplessità “ che avevano indotto il Giudicante a far svolgere approfondimenti, circa la natura e le caratteristiche principali del prodotto finanziario proposto dalla Banca U alla

4/a) Ha anzitutto rilevato l'ausiliare che, al momento della stipula del contratto swap, la era già fortemente indebitata nei confronti delle banche, e della U in particolare, per importi consistenti, pari a circa dieci milioni di euro .

Dunque, in una condizione di questo tipo, di forte indebitamento di un correntista, appare già inopportuno ed incongruo che la banca, invece che studiare un serio e proporzionato piano di rientro dal debito, proponga la stipula di un nuovo contratto, che aggiunge nuovi elementi di rischio ad una situazione di per sè già fortemente compromessa .

Elementi di rischio, poi, che potrebbero andare bene per un normale contratto di investimento, ma non nella presente fattispecie, ove l'unico vantaggio per il correntista non è quello di lucrare un guadagno, nella ipotesi di esito favorevole dell'investimento, ma solo

quello di vedersi ridotta la iniziale esposizione debitoria derivante dal contratto di c/c bancario .

Comportamenti di buona fede, prudenza e correttezza professionale, che è lecito pretendere da società preposte ad una così delicata funzione di sostegno alla economia, avrebbero dovuto indurre la banca a studiare un serio piano di sostegno alle iniziative imprenditoriali proprie della , invece che proporre iniziative azzardate e meramente speculative, che nulla hanno a che vedere con l'oggetto sociale perseguito dalla correntista . .

Un siffatto comportamento negoziale stride del tutto con le finalità proprie della banca, le quali sono essenzialmente quelle di garantire liquidità al ceto imprenditoriale, che gli consenta di competere con mezzi appropriati sui mercati nazionali ed internazionali .

Se poi l'attività non va per il verso giusto, se le aziende versano in una condizione di difficoltà economica, si studiano adeguati piani di rilancio ovvero, nella peggiore delle ipotesi, graduali piani di rientro dal debito, non certo si aggiungono nuovi fattori di rischio ad una condizione economica già deficitaria .

4/b) Ha poi rilevato l'ausiliare che il contratto swap sottoscritto dalla prevedeva che il cliente avrebbe pagato un tasso variabile (Euribor a tre mesi,

oltre ad uno spread), finchè i tassi del mercato fossero rimasti sotto determinate soglie, mentre avrebbe pagato un tasso fisso, qualora i suddetti tassi avessero superato una certa soglia pattuita .

Tale soglia è stata poi pattuita al 3,25 % il primo anno, 4,75 % il secondo anno e 6,88 % il terzo anno .

Inoltre, nella ipotesi in cui il tasso variabile Euribor a tre mesi non avesse superato le suddette soglie fissate, la

si impegnava comunque a pagare un c.d. “ spread “, pattuito, come da contratto, allo 0,6 per il primo anno, 1,5 per il secondo e 1,75 dal terzo anno fino alla scadenza contrattuale .

Orbenc, il consulente di ufficio ha anzitutto verificato che i tassi Euribor non hanno mai superato il tasso soglia, così da non far scattare la copertura assicurativa della banca .

Inoltre - ha verificato il c.t.u. - soprattutto il tasso soglia previsto al terzo anno non era mai stato raggiunto nella storia del parametro ed era, dunque, di difficilissima, se non impossibile, attuazione .

Ciò peraltro - come pure evidenziato dall'ausiliare - anche in considerazione della c.d. teoria delle aspettative, la quale prevede l'applicazione di formule e strumenti matematici del tutto ignoti e, come tali, incontrollabili dal cliente .

Dunque, di tutta evidenza, il contratto swap predisposto dalla banca prevedeva parametri eccessivamente sbilanciati in suo favore, così da non attuare un equo contemperamento tra gli interessi in gioco .

Peraltro, anche nella ipotesi di tassi Euribor a tre mesi al ribasso, l'andamento favorevole del mercato per la s.r.l.

P. si sarebbe comunque vanificato, attesa la clausola contrattuale che prevedeva un pagamento dello spread in favore della banca, ove i tassi Euribor a tre mesi si fossero mantenuti al di sotto del tasso soglia pattuito .

4/c) Come se non bastasse, il contratto swap prevedeva anche una clausola finale, completamente ed ulteriormente sbilanciata in favore della banca .

Anzitutto, tale clausola è racchiusa in una formula matematica di difficile, se non impossibile, comprensione (fattore $k = 10 \times \text{cms } 30y - \text{cms } 2y - 1,115$) .

Siffatta clausola, inoltre, prende a base del calcolo tassi con scadenza a trenta anni e a due anni: tassi liberamente selezionati dalla banca, di ignota provenienza, oltre che con scadenza decisamente eccessiva, così da far prospettare anche profili di nullità contrattuale per indeterminatezza dell'oggetto .

Infine, il tasso scaturente da tale formula va moltiplicato per dieci, così da fornire un dato finale sicuramente

favorevole per la banca e di assoluta certezza, per essa, che non si sarebbero mai verificate le condizioni della sua copertura assicurativa .

Infatti, siffatta clausola finale prevedeva che, ove il tasso scaturente dalla formula matematica anzidetta fosse stato negativo, la _____ sarebbe stata tenuta a pagare alla banca .

Ora, atteso che il dato proveniente dalla formula matematica - derivante da calcoli lasciati al mero arbitrio della banca, difficilmente prevedibili per il cliente - dipendeva dal differenziale dei tassi a durata eccessiva, cui andava detratto un ridotto aggiustamento nell'ordine di un punto percentuale circa, ciò aumentava il rischio, se non l'assoluta certezza, di un tasso finale k negativo per il cliente .

Peraltro, siffatto calcolo andava fatto alla naturale scadenza contrattuale del rapporto, mentre è stato anticipato alla scadenza del 26.1.2007, ovvero quando la banca ha ritenuto di poter risolvere il contratto per la intervenuta segnalazione della _____ alla Centrale Rischi Interbancaria .

5) Questo Tribunale, così come tanti altri in Italia, si è spesso trovato ad esaminare controversie che vedevano

come parti il ceto bancario, da un lato, correntisti, piccoli e grandi risparmiatori o investitori, dall'altro .

In siffatte controversie il Giudicante, nell'assumere la decisione, ha spesso fatto uno specifico richiamo alle norme contenute nel codice civile, di portata più generica ed astratta, come quelle di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che pure impongono non facilmente inquadrabili comportamenti secondo correttezza e diligenza .

Al riguardo, si è segnalato come stia prendendo sempre più corpo, anche nelle sentenze emesse dalla Suprema Corte, una tendenza ad attribuire a tali principi una applicazione sempre più diretta ed immediatamente precettiva, specie quando esse si traducano in abusi del diritto pur esistente e spettante, ovvero in abusi di posizione dominante o di dipendenza economica .

Dunque, tutte fattispecie, come la presente che ci occupa, che si connotano per il fatto che una delle due parti abbia una posizione dominante, in forza della quale tende ad imporre alla parte più debole clausole da essa predisposte e sulle quali l'altra parte non può in alcun modo incidere: clausole che, se pur osservate alla lettera, possono portare ad abusi da parte di chi le ha volute e predisposte (cfr., in particolare, Cass. n. 20106/2009, la quale, tra le altre, cita l'ipotesi di contratti predisposti dalle banche che

prevedono il recesso ad nutum dai rapporti di c/c bancario, esercitabile anche senza, o con un irrisorio, termine di preavviso).

Nella specie, non può di certo considerarsi di buona fede, nella predisposizione del contratto, il comportamento tenuto dalla banca, la quale ha di fatto costretto il cliente a sottoscrivere un contratto del quale ignorava quasi del tutto il contenuto e la portata, in quanto esso si fondava su clausole incomprensibili e sulle quali il correntista non poteva in alcun modo incidere .

6) Sempre in materia di rapporti bancari ed, in particolare, quelli nei quali la banca assume la veste di intermediario mobiliare nei contratti di investimento, in molte decisioni di merito, anche di questo Tribunale, si è sostenuta la tesi della nullità ex art. 1322 c.c. dei contratti predisposti dalla banca, quando si è avuto modo di verificare che l'alea è tutta concentrata nella sfera del risparmiatore (c. d. contratto aleatorio unilaterale, cfr. Trib. Firenze 10.4.2007 e Trib. Brindisi 8.7.2008) .

Orbene, perchè un contratto possa a ragione considerarsi aleatorio, occorre che il vantaggio o il sacrificio, per ciascuna delle parti, dipenda dall'alea, dalla sorte .

In mancanza di una tale componente, paritaria per entrambe le parti, non può a ragione parlarsi di contratto aleatorio .

Nella specie, siffatti contratti sono da tutti ritenuti come assimilabili alla scommessa, tipico contratto aleatorio, donde dovrebbero presentare una componente di fortuna, divisa in parti eguali tra i contraenti .

Ove una tale suddivisione paritaria dell'alea non sia riscontrabile, senza voler scomodare le norme in tema di annullabilità del contratto per artifici o raggiri, deve escludersi che siffatti contratti possano meritare la tutela del nostro ordinamento, in quanto troppo sbilanciati in favore del singolo contraente banca, il quale si presenta " al tavolo di gioco " con molte più possibilità di successo rispetto all'altro giocatore, per aver esso stesso dettato le regole del gioco .

Come se non bastasse, le regole del gioco sono state anche consegnate da un operatore professionale, in danno del cliente sprovveduto, approfittando della fiducia accordatagli e del fatto che esso fosse privo delle necessarie cognizioni tecnico-giuridiche .

6/a) Nella specie - a parere del Tribunale - non sembra possa dubitarsi che il contratto swap, stipulato tra la Banca U e la , rientri nella illecita

categoria dei contratti aleatori unilaterali, in quanto troppo sbilanciato in favore dell'Istituto di Credito .

Invero, il tasso soglia - ovvero quello oltre il quale paga la banca - risulta fissato in maniera troppo vantaggiosa per il garante, specie per quel che riguarda dal terzo anno di vita in avanti del rapporto, in quanto prevede un valore mai raggiunto nella storia del parametro, pari al 6,88 % .

Inoltre, e questo probabilmente è l'aspetto più inquietante, il contratto prevede una clausola finale di salvezza per la banca, che la mette al riparo da ogni rischio, in quanto moltiplica per dieci il tasso soglia fissato, così da rendere la sua garanzia di fatto inarrivabile .

Infine, tale clausola è inserita in una formula matematica di ostica interpretazione anche per il lettore più avveduto, e con componenti - in particolare i titoli di investimento a trent'anni - di ignota provenienza e, come tale, non verificabili .

In tali casi - ritiene il Tribunale - compete al giudice un controllo particolarmente pregnante di quel contratto, in quanto spesso le conseguenze negative per la parte debole derivano dall'esame complessivo e comparato delle clausole: tali conseguenze, dunque, possono sfuggire anche a chi, pur con media diligenza, esamini il contratto prima di sottoscriverlo .

Inoltre, tale considerazione serve anche a confutare l'ovvia eccezione di controparte che trattasi pur sempre di un contratto liberamente accettato dalla parte, alla quale nulla impediva di sottoscriverlo .

Invero, senza voler " scomodare " le norme in tema di annullamento del contratto per gli artifizii o raggiri posti in essere da una parte, è facile individuare, come già in precedenza rilevato, comportamenti della banca contrari ai principi di buona fede e di solidarietà tra consociati .

Ciò, peraltro, a tacere del fatto che, probabilmente, profili di annullabilità del contratto non sarebbero del tutto insostenibili, vista la maniera criptica con la quale è stato presentato .

7) In conclusione, ritiene il Tribunale che la domanda proposta dalla _____ e da

_____, anche in proprio, possa essere accolta per tutte le motivazioni sopra esposte .

Va pertanto dichiarata la nullità ex art. 1322 c.c. del contratto specifico extra 2 swap n. 03060400162, stipulato, in origine, tra la s.r.l.

_____ e la s.p.a. U _____ Banca d'h _____ .

Al riguardo, va solo sottolineato che non sembra contestabile che alla declaratoria di non meritevolezza del contratto atipico segua quella della nullità .

Trattasi, invero, di un contratto avente causa illecita, in quanto non riconosciuta dall'ordinamento per contrarietà a norma imperativa, quale quella che impone la predisposizione di contratti atipici solo a condizione che persegua interessi meritevoli di tutela (artt. 1322 e 1343 c.c.): il contratto con causa illecita, poi, è sanzionato con la nullità, secondo quanto disposto dal successivo art. 1418 c.c. .

Una tale declaratoria comporta anzitutto la non debenza dell'importo di euro 187.860,00, in quanto richiesto dalla banca in esecuzione di un contratto nullo .

Una tale declaratoria, poi, non sembra comportare alcun obbligo di restituzione di quanto versato dalla in esecuzione del suddetto contratto, in quanto al riguardo nessuna prova di pagamento viene offerta dalla società attrice .

8) Va detto infine, per completezza, che le motivazioni addotte a sostegno della nullità ex art. 1322 c.c. rendono del tutto inutile l'esame del profilo di nullità più volte invocato dall'attore ex artt. 21 e ss t.u.f., ovvero di invalidità del contratto per l'omessa previsione della facoltà di recesso in favore del contraente aderente alla proposta: invero, tale profilo, pur in astratto ipotizzabile, attiene ad un singolo aspetto del rapporto, mentre la

nullità riscontrata investe il contratto nella sua interezza, così da renderlo nullo in radice .

9) Le spese giudiziali, ivi comprese quelle della consulenza di ufficio, seguono la soccombenza e vanno pertanto poste a carico della U. C. B. , secondo la liquidazione di cui al dispositivo che segue .

Possono, invece, interamente compensarsi le spese giudiziali nei rapporti tra la e la s.p.a. U. Banca, atteso che, come già in precedenza rilevato, la vocatio in ius trova piena giustificazione nel fatto che il rapporto tra le parti nasce e si sviluppa in virtù dei primi due contratti swap, stipulati con la U. . Peraltro, di tutta evidenza, le società U e U C B: sono tra loro collegate, così da appartenere ad un unico gruppo di interesse, per cui hanno agito in esecuzione della medesima strategia negoziale .

Pertanto, anche per tali motivi la citazione in giudizio della U appare pienamente giustificata .

P. Q. M.

ACCOGLIE la domanda e, per l'effetto, dichiara la nullità del contratto denominato specifico extra 2 swap n. 03060400162, in origine stipulato tra la s.p.a. U Banca d'I e la ex art. 1322 c.c. ;

DICHIARA pertanto che, a tale titolo, nulla è dovuto dalla
società attrice alla banca convenuta ;

DICHIARA, in particolare, non dovuto dalla

l'importo di euro

187.860,00, richiesto dalla s.p.a. U C

B ;

RIGETTA la domanda di restituzione proposta dalla

in quanto nulla è provato circa il versamento di

somme di denaro in esecuzione del suddetto contratto ;

CONDANNA la banca convenuta soccombente al
pagamento delle spese giudiziali, liquidandole in
complessivi euro 8.720,00, di cui 8.320,00 per compenso
professionale, oltre i.v.a. e c.a.p. ;

PONE a definitivo carico della banca soccombente le
spese della consulenza tecnica di ufficio, secondo la
liquidazione già operata in istruttoria .

Così deciso in Salerno in data 14.4.2013.

IL PRESIDENTE ESTENSORE

Il direttore amministrativo
dott.ssa Eleonora Gambardella

