

Tribunale di Vicenza, 29 gennaio 2009 – Pres. Colasanto – Est. Limitone.

**Contratti (in genere) – Intermediazione finanziaria – Swap – Natura aleatoria – Conseguenze (d.lgs. n. 58/1998; Reg. CONSOB n. 11522/1998).**

**Contratti (in genere) – Intermediazione finanziaria – Derivati – Rinegoziazione – Natura speculativa – Sussiste (d.lgs. n. 58/1998; Reg. CONSOB n. 11522/1998).**

**Contratti (in genere) – Intermediazione finanziaria – Swap – Obblighi informativi – Operatore qualificato – Dichiarazione di possesso dei requisiti – Caratteristiche (d.lgs. n. 58/1998; Reg. CONSOB n. 11522/1998).**

**Contratti (in genere) – Intermediazione finanziaria – Inosservanza di obblighi informativi – Nullità – Esclusione – Responsabilità precontrattuale – Sussiste – Risarcimento del danno – Ammissibilità – Criteri (artt. 21, lett. a) e b), d.lgs. n. 58/1998; 28 Reg. CONSOB n. 11522/1998; artt. 1337, 1338 c.c.).**

**Contratti (in genere) – Arbitrato – Intermediazione finanziaria – Contratto quadro – Clausola compromissoria – Applicabilità agli ordini – Esclusione (d.lgs. n. 58/1998; Reg. CONSOB n. 11522/1998; art. 808 c.p.c.).**

**Rapporti bancari – Segnalazione alla Centrale Rischi – Conseguenze – Recesso di altra Banca dai rapporti con il cliente – Modalità (delibera del CICR del 16 maggio 1962, istitutiva della Centrale Rischi).**

**Contratti in genere – Principi generali – Buona fede e correttezza – Solidarietà – Rilievo costituzionale – Immediata precettività (artt. 2 Cost.; 1337, 1338 c.c.).**

*Lo swap è uno strumento finanziario aleatorio, che soggiace perciò alla normativa TUIF e CONSOB, obblighi informativi ivi previsti inclusi. (gl) (riproduzione riservata)*

*La rinegoziazione di un derivato aumenta la esposizione al rischio del cliente e perciò, lungi dall'aver natura assicurativa, determina la natura speculativa dello strumento finanziario. (gl) (riproduzione riservata)*

*La dichiarazione resa dall'operatore che si afferma essere qualificato deve rappresentare in maniera corretta e corrispondente a verità il possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, e deve fare specificamente riferimento a fatti (non ad opinioni), effettivamente indicativi di tale competenza ed esperienza, altrimenti risolvendosi in una mera proclamazione autoreferenziale. (gl) (riproduzione riservata)*

*La violazione degli obblighi informativi in materia di intermediazione mobiliare non genera la radicale nullità del negozio stipulato, poiché tali informazioni costituiscono elementi estrinseci alla fattispecie negoziale, essendo utili solo per la valutazione della convenienza dell'operazione, che non può dirsi perciò mancante del consenso. Rimane l'obbligo risarcitorio fondato sulla responsabilità contrattuale di cui all'art. 1337 c.c., per la perdita subita in conseguenza delle operazioni bancarie compiute senza adeguata informazione e ragguagliato al minor vantaggio o maggior aggravio economico causato dal contegno sleale della parte. (gl) (riproduzione riservata)*

*La clausola che compromette in arbitri le liti insorgende in relazione al contratto quadro non si estende necessariamente anche alle controversie relative agli ordini effettuati sulla base di*

*quel contratto, atteso che la clausola compromissoria deve essere interpretata restrittivamente, poiché deroga alla competenza del giudice ordinario. (gl) (riproduzione riservata)*

*La sola segnalazione alla Centrale Rischi da parte di un Istituto di credito non legittima di per sé un altro Istituto di credito ad operare il recesso immediato da tutti rapporti in essere con un imprenditore, senza avere prima verificato lo stato dei rapporti con la Banca che ha fatto la segnalazione (che potrebbe averli ridefiniti) e la possibilità concreta di proseguire i rapporti con il proprio cliente, preavvisandolo formalmente del possibile recesso. (gl) (riproduzione riservata)*

*Il principio di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della costituzione, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo tale da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato. (gl) (riproduzione riservata)*

## **IL CASO.it**

omissis

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con ricorso depositato il 20.11.2006 il Banco \* chiedeva ed otteneva decreto ingiuntivo nei confronti di W. srl (debitore principale), W. G. H. e M. T. D. (garanti), per il pagamento della somma di € 347.505,42 quale debito rinveniente da mutuo chirografario e contratti I.R.S. con clausola di provvisoria esecutività.

Con atto di citazione notificato il 6.2.2007 la W. srl, W. G. H. e M. T. D. proponevano opposizione al decreto ingiunto, esponendo: a) chela Banca aveva operato il recesso senza fornire spiegazioni, ma probabilmente per il mancato pagamento di una sola rata del mutuo della W. srl, quando avrebbe potuto attingere per la compensazione con il corrispondente saldo attivo di uno dei conti correnti di appoggio del fideiussore W. G. H.; b) che il signor T. P. aveva offerto il pagamento della rata scaduta, ma la Banca si era - illegittimamente, ex art. 1180 c.c. - rifiutata di riceverlo, affermando che la pratica era già stata passata al contenzioso; c) che W. srl aveva sempre pagato le rate con un certo ritardo, beneficiando della tolleranza della Banca, fino ad allora concessa; d) che la Banca era passata direttamente alla fase monitoria, senza aver prima messo in mora la debitrice; che non era ben chiaro come la Banca avesse calcolato le somme dovute sulla base dei contratti di interest rate swap, e così valeva pure per il debito da mutuo, in relazione al quale non aveva dato atto del prelievo autogestito dal conto corrente del fideiussore W. G. H. di € 6.500,00; e) che la Banca aveva fatto valere tre contratti di I.R.S., uno dei quali (€ 8.150,00) era stato stipulato (in data 26.3.2003) prima di entrambi i contratti quadro di riferimento (del 23.9.2003 e del 5.4.2004); f) che, pertanto, oltre al contratto di I.R.S. (ex art. 23 T.U.F.), anche il decreto ingiuntivo era nullo; g) che in entrambi i contratti quadro vi era clausola compromissoria, con la conseguente necessità di revocare il decreto ingiuntivo; h) che doveva quindi essere cancellata anche l'ipoteca giudiziale iscritta; nel merito, gli opposenti affermavano: a) che il recesso della Banca era illegittimo, posto che aveva chiesto il rientro di ben € 347.505,42, a fronte del mancato pagamento della somma di € 6.164,72, anche tenuto conto dell'offerta di pagamento di quest'ultima, e non ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 1186 c.c.; b) che, in relazione ai contratti di I.R.S., la Banca non aveva rispettato le regole stabilite dal T.U.F. (art. 21) e dal Reg. CONSOB n. 11522/1998 (art. 26); c) che, in subordine, i detti contratti dovevano intendersi risolti per l'inadempimento della Banca rispetto alle indicazioni contenute nel contratto quadro, per eccesso di copertura; d) che, in estremo subordine, i contratti dovevano essere annullati per errore, essenziale e riconoscibile, rispetto agli scopi del contraente; e) che vi era stato dolo della Banca; f) che, comunque, non erano corretti gli ammontari delle somme ingiunte; g) in via riconvenzionale, chiedeva il risarcimento del danno, per la revoca immediata degli affidamenti, che aveva dato luogo ad analogo comportamento di un altro istituto di credito; per quanto riguarda la posizione di M. T. D., escludeva che avesse mai assunto la veste di garante di W. srl, e

disconosceva la firma apposta in calce al doc. n. 7 dell'opposta, nonché la conformità del medesimo all'originale.

Si costituiva la Banca esponendo: che il primo contratto quadro era stato stipulato il 28.5.2002, prima del primo I.R.S.; che il contratto di mutuo non prevedeva clausola arbitrale e, comunque, che i fideiussori non avevano sottoscritto la medesima; che, anche a voler revocare il decreto ingiuntivo nei confronti di W. srl, l'ipoteca iscritta sui beni del garante non poteva essere cancellata; che la somma di € 6.500,00 era stata conteggiata in compensazione con il saldo passivo di c/c ed era estranea al decreto ingiuntivo; che il mutuo era stato legittimamente risolto ai sensi dell'art. 9 del medesimo (mancato pagamento anche di una sola rata); che, comunque, gli adempimenti erano stati sempre irregolari; che, in ogni caso, il recesso si fondava anche sulla segnalazione a sofferenza di un altro istituto di credito (il 3.5.2006); chiedeva la verifica della sottoscrizione apposta in calce al proprio doc. 7 ed il rigetto della domanda riconvenzionale.

Seguiva rituale scambio di memorie.

## **IL CASO.it**

Con istanza depositata il 19.4.2007, W. srl, W. G. H. e M. T. D. chiedevano la fissazione dell'udienza davanti al Collegio.

La causa era istruita documentalmente, con ctu e per testi, e discussa all'udienza del 26.9.2008, ed era trattenuta dal Collegio per la decisione.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Sull'eccezione di arbitrato.

L'eccezione, proposta dagli attori-opponenti al decreto ingiuntivo, non è fondata.

La clausola oggetto di eccezione di arbitrato, infatti, compromette in arbitri ogni controversia derivante dal contratto quadro del 22.5.2002, non però anche quelle inerenti i singoli contratti di swap stipulati successivamente, né tanto meno le questioni relative alla violazione di obblighi di informazione previsti dalla legge in funzione della stipulazione dei futuri singoli contratti di swap, avvenuta rispettivamente il 26.3.2003, il 10.5.2004 ed il 22.2.2006.

Inoltre, in questa causa si fa questione della efficacia della dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante della W. srl, secondo cui la società sarebbe operatore qualificato ai fini della esenzione per la Banca dagli obblighi informativi nei confronti dell'altro contraente.

Tale dichiarazione è per vero contenuta in una lettera del 28.5.2002 inviata alla Banca a firma di W. G. H., che è rimasta ben distinta dal contratto quadro, ed aveva la funzione di preparare la stipulazione dei singoli futuri ordini di swap, esonerando la Banca dai suoi obblighi informativi.

Pertanto, deve ritenersi che le questioni che riguardano l'efficacia della dichiarazione e le conseguenze risarcitorie della violazione degli obblighi informativi inerenti la stipulazione dei singoli contratti swap siano rimaste estranee alla deroga convenzionale alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, e non coperte dall'eccezione di arbitrato, atteso che la clausola compromissoria deve essere interpretata restrittivamente, poiché deroga alla competenza del giudice ordinario.

D'altro canto, la proposizione di domanda di risarcimento inerente questioni non coperte dalla clausola arbitrale, che implicano la cognizione del medesimo rapporto oggetto di competenza arbitrale, non può non importare una rinuncia implicita a quest'ultima ed alla relativa eccezione, per quanto riguarda i profili di cognizione (rapporto fondato sul contratto-quadro) presupposti della cognizione della questione (violazione di obblighi informativi previsti dalla legge - e non dal contratto quadro - in funzione della futura stipulazione di contratti swap, sulla base di una dichiarazione esterna al contratto quadro) oggetto di esame nella materia non compromessa in arbitri.

Sotto analogo profilo, è stato ritenuto che la clausola che demanda agli arbitri la cognizione delle controversie attinenti alla interpretazione ed esecuzione del contratto non è applicabile alla diversa domanda di risarcimento danni, e che a fronte di più domande connesse di cui solo alcune rientrano nella competenza arbitrale, questa viene assorbita ed esclusa da quella ordinaria (v. Cass. 6 novembre 2007 n. 23088), viepiù - come nel caso di specie - allo scopo di evitare un contrasto di giudicati in una materia attinente non tanto e non solo questioni connesse, bensì il medesimo rapporto controverso.

Sull'eccezione di difetto di legittimazione passiva di M. T. D..

## **IL CASO.it**

Si prende atto della rinuncia alle conseguenti domande, proposte dalla M. T. D., a seguito delle risultanze della ctu, che ha accertato come vera la sua firma in calce alla prestazione di

garanzia.

Sui contratti di Interest Rate Swap.

I contratti di swap stipulati il 26.3.2003, il 10.5.2004 ed il 22.2.2006, tutti estinti in data 8.11.2006, con passaggio a debito del totale di € 124.350,00, provenivano dalla rinegoziazione di altri precedenti SWAP (v. pag. 5 ctu), cioè lo spostamento del rischio contrattuale relativo ad un determinato derivato su di un derivato stipulato in epoca successiva ed in sostituzione del precedente, del quale posticipa la perdita individuando una nuova scadenza: aumenta così l'esposizione al rischio e si riduce proporzionalmente l'adeguatezza dell'operazione rispetto a quel cliente.

Essi, lungi dall'aver natura assicurativa, come dovrebbero, determinano invece un eccesso di copertura, nel senso che il cliente viene esposto ad un rischio superiore a quello che si vuole neutralizzare e non si riscontrano i presupposti per correlare i contratti ad effettive posizioni detenute dal cliente stesso (v. ctu pag. 7), dunque gli SWAP non coprivano affatto un rischio, bensì lo generavano, come si è visto, unicamente a carico della W. srl, risolvendosi in strumenti non di copertura, bensì speculativi (v. ctu, pag. 17).

Le rinegoziazione dei derivati, com'è avvenuto nel caso di specie, aggrava la natura puramente speculativa degli SWAP, rendendo ancora più labile (se non evanescente) il collegamento con effettive posizioni di bilancio della società contraente.

Essa, infatti, si sostanzia in una operazione che tende a posticipare la sopportazione di una perdita, confidando in eventi futuri che in qualche modo possono neutralizzarla o ridurla (v. la chiara spiegazione contabile del fenomeno a pag. 7s ctu).

La complessità del meccanismo degli SWAP che W. srl ha stipulato non poteva essere compresa pianamente dal suo legale rappresentante, come ha posto in evidenza il Ctù, soprattutto con riguardo al valore di mercato (mark to market o fair value), sicché si spiega l'esigenza che alla dichiarazione autoreferenziale (e, nel caso in esame, come si è detto, persino inutile) rilasciata dall'operatore si accompagni l'indicazione di specifiche concrete circostanze da cui desumere che l'esperienza che è stata dichiarata effettivamente sussiste per motivi che sono riconoscibili oggettivamente dallo stesso intermediario finanziario.

Bene ha definito il Ctù tale dichiarazione, quando sia priva di riscontri esterni oggettivi, come una mera autoproclamazione, imposta, o anche solo richiesta, all'unico scopo di conseguire la disapplicazione della disciplina imperativa.

La dichiarazione della W. srl è di questo tenore: "la società è in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operatori in strumenti finanziari ai sensi del regolamento Consob 11522/98 art. 31 comma 2", che letteralmente non significa neppure che l'operatore dichiarante è esperto di strumenti finanziari, bensì che lo è di operatori in strumenti finanziari, cioè che conosce i soggetti, ma non gli strumenti, quindi, anche a volerle dare un qualche rilievo, non potrebbe certo attribuire esperienza qualificata in materia di SWAP e perciò esonerare l'intermediario dai suoi obblighi informativi.

Lo swap è uno strumento finanziario aleatorio, (cfr. Cass. 19 maggio 2005 n. 10598, Mass. CED n. 580900), che soggiace perciò alla normativa TUIF e CONSOB, obblighi informativi ivi previsti inclusi.

I contratti swap con finalità speculativa, infatti, sono assolutamente imprevedibili nei loro sviluppi finanziari, possono comportare conseguenze del tutto sproporzionate in aumento rispetto al rischio che pretendono di voler coprire, e non è possibile prevedere per il normale cliente quando esploderanno, e in ogni caso ciò avviene a favore normalmente dell'intermediario finanziario che li ha collocati.

Gli swap con finalità non speculativa, cioè di mera copertura (hedging), presentano meno rischi di quelli con finalità speculativa (trading), sicché la loro disciplina dipende proprio dalla finalità, dichiarata e comunque riscontrata.

Il punto è proprio questo: se il contratto ha finalità speculativa, il rischio finanziario per il cliente è molto alto e la legge appronta per lui una particolare disciplina di protezione contenuta nel Reg. CONSOB, il precedente adottato con la delibera n. 11522 del 1998 ed il vigente con la delibera n. 16190 del 2007.

La prima questione che si pone, dunque, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, più o meno di protezione, è quella di stabilire se il contratto swap abbia finalità speculativa o di copertura.

## IL CASO.it

Secondo la CONSOB (Comunicazione n. DI/99013791 del 26.2.1999), gli strumenti finanziari hanno finalità di copertura quando: a) siano posti in essere esplicitamente per ridurre gli

elementi di rischio delle altre posizioni del cliente (c.d. posizioni base); b) vi sia un'elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dello strumento che costituisce l'oggetto della copertura e lo strumento finanziario utilizzato con questa finalità; c) le predette condizioni siano state chiaramente documentate ed approvate nell'ambito dei controlli interni, anche in generale con riferimento a tipologie di contratti ricorrenti.

Inoltre, deve esistere una connessione tra il contratto derivato di copertura e le corrispondenti voci di bilancio, relative alle operazioni che si vogliono coprire, che manca nei derivati di W. srl (cfr. ctu pag. 7).

### **IL CASO.it**

In secondo luogo, come è stato bene evidenziato in dottrina, non deve verificarsi un c.d. eccesso di copertura (come nel caso di specie, cfr. la ctu a pag. 7), per il quale lo swap non serva solo a sollevare il cliente dai rischi di una precedente sua operazione, ma presenti anche delle componenti di rischio aggiuntive, che ne differenziano e connotano autonomamente la diversa natura, rendendo lo swap uno strumento speculativo.

Si pone a questo punto la questione, che non è di poco momento nell'ottica della protezione del cliente da eventi speculativi non ben conosciuti, della attribuzione al medesimo della qualifica di operatore qualificato, ovvero di quella, di cui si parla nel vigente Regolamento CONSOB, di operatore professionale.

La ridetta qualità di operatore qualificato, o di operatore professionale, comporta l'attenuazione della tutela legislativa, che si giustifica, come è stato bene evidenziato in dottrina, in ragione dell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra i soggetti del mercato, da cui sorge l'esigenza, fatta propria dal legislatore, di approntare norme paternalistiche, cioè di maggior protezione, che garantiscano al cliente non professionale un livello di maggiore informazione e consapevolezza rispetto ai prodotti che egli va a trattare.

Ed infatti le regole di condotta destinate agli intermediari riguardano i casi in cui essi operino con investitori non professionali.

Gli operatori qualificati sono individuati dal Reg. CONSOB n. 11522/98, che all'art. 31 elenca alcuni soggetti professionali (fondazioni bancarie, intermediari autorizzati, società di gestione del risparmio, etc.) e, quel che più ora interessa, "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante", con il che il problema si sposta sul valore che può avere la dichiarazione del legale rappresentante, che viene fatta immancabilmente sottoscrivere dalla banca nel momento in cui essa vende un prodotto alla società.

Attenta dottrina ha enunciato alcuni parametri di riferimento per considerare la dichiarazione di cui si tratta produttiva degli effetti di esonero dall'applicazione degli obblighi di protezione del cliente predisposti dalla legge:

a) è necessario che la società o la persona giuridica siano dotate di risorse umane ed organizzative preposte al settore finanziario, pena l'occasionalità della competenza in materia;

b) l'ente deve aver maturato, appunto non in via occasionale, ma nel tempo, attraverso la propria struttura finanziaria, una competenza ed esperienza tali da avere la necessaria conoscenza del mercato in cui si muove e dei prodotti che tratta.

Spesso, il legale rappresentante della società dà atto di tale competenza ed esperienza mediante la sottoscrizione di una dichiarazione predisposta dalla banca, che ricalca il testo legislativo, in buona sostanza enunciando una mera petizione di principio attraverso una clausola di stile, che ha perso perciò del tutto il suo significato nel momento stesso in cui viene inserita in un modulo o formulario ed è isolatamente ed acriticamente sottoscritta.

La giurisprudenza ha esattamente affermato che tale dichiarazione non può avere il valore di una autocertificazione (Trib. Torino 18 settembre 2007, *ILCASO.it*, 2007), ma deve rappresentare in maniera corretta e corrispondente a verità il possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale a dire che il possesso della specifica competenza ed esperienza è un prerequisito della stessa dichiarazione, e che senza tale possesso la mera dichiarazione non può avere l'effetto di rendere operatore professionale chi non lo è già.

Insomma, la dichiarazione del rappresentante legale dell'ente attesta il possesso, non lo crea.

### **IL CASO.it**

Perché abbia l'effetto scriminante voluto dalla legge la dichiarazione deve fare specificamente riferimento a fatti (non opinioni), effettivamente indicativi di tale competenza ed esperienza,

altrimenti risolvendosi in una prassi applicativa generalizzata non conforme alla ratio dell'art. 31 del Reg. CONSOB n. 11522/98 (Trib Torino, cit.).

## **IL CASO.it**

Si ritiene che debba essere l'intermediario, in un'ottica di maggior responsabilizzazione della sua funzione, ricavabile dall'art. 21, co. 1, lett. a), TUIF, a doversi sincerare del grado effettivo di esperienza e competenza del cliente, verificando la concreta rispondenza tra il dato reale e quanto dichiarato dal legale rappresentante.

Nulla di ciò nel caso in esame: né la specifica competenza dell'operatore è richiamata in modo concreto nella dichiarazione, né la Banca ha fornito prova aliunde di tale specifica e concreta competenza.

Ne segue l'irrilevanza della dichiarazione resa dal legale rappresentante della W. srl, anche per ragioni di significato intrinseco, che non è congruente neppure in astratto – come si è detto – con la finalità della stessa dichiarazione.

La eventualità che l'operatore abbia stipulato già in altre occasioni altri contratti di I.R.S., sempre in assenza di precisi e concreti riscontri circa la sua qualifica professionale non ne fa certo un operatore qualificato, bensì semmai, in assenza di prova contraria, ne fa un soggetto più volte inconsapevolmente colpito dall'imprevedibile meccanismo di aumento del debito legato agli swap.

Di qui l'irrilevanza della dichiarazione di essere operatore qualificato resa da un soggetto che abbia stipulato più swap in momenti diversi nel tempo, se l'ente non abbia mai capito nulla del meccanismo esponenziale con cui poteva crescere il suo debito.

Stante l'irrilevanza della dichiarazione della W. srl, la Banca avrebbe dovuto adempiere a precisi obblighi informativi circa il prodotto che stava collocando.

L'obbligo di informazione si ricava, oltre che dalla norma di cui all'art. 21, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 58/1998 (diligenza e correttezza), anche, e più specificamente, da quella di cui all'art. 28 del Reg. CONSOB n. 11522/1998, secondo il quale gli intermediari devono fornire all'investitore, prima di ogni operazione, informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione in atto, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento.

La Banca non ha fornito tali informazioni.

Deve dunque ritenersi che tutti gli ordini di acquisto siano avvenuti in palese violazione degli obblighi di informativa di cui agli artt. 21, lett. a) e b), d.lgs. n. 58/1998 e 28 Reg. CONSOB n. 11522/1998.

Le norme violate dal collocatore costituiscono senz'altro norme imperative (Cass. 29 settembre 2005 n. 19024, Mass. CED n. 583654), essendo poste a tutela di interessi pubblicistici che trascendono gli interessi delle parti, individuabili, da un lato, nella tutela dei risparmiatori uti singuli, e dall'altro lato nella tutela del risparmio pubblico quale elemento di valore dell'economia nazionale, oltre al corretto andamento delle contrattazioni di borsa in funzione antispeculativa, pure in funzione dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari (sui valori tutelati dalle norme in materia di collocamento del risparmio privato: Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, Fall. 2002, 377 e G.civ. 2001, I, 2109).

Alle violazioni de quibus non necessariamente consegue la radicale nullità del negozio stipulato in occasione delle stesse, poiché gli obblighi di informazione sono elementi estrinseci alla stretta fattispecie negoziale, in quanto non riguardano elementi strutturali del contratto, ma soltanto utili per la valutazione della convenienza o meno dell'operazione, sicché la loro violazione neppure dà luogo a mancanza del consenso del cliente (Cass. 29 settembre 2005 n. 19024; Cass. 9 gennaio 2004 n. 111; Cass. 25 settembre 2003 n. 14234).

Rimane tuttavia un obbligo risarcitorio per la perdita subita dal cliente in conseguenza delle operazioni compiute illegittimamente senza adeguata informazione, cioè a dire che l'illegittimità della non informazione è di per sé stessa fonte di una autonoma responsabilità del soggetto collocatore, a prescindere dalla non incidenza della sua attività illegittima sull'atto negoziale, che rimane valido.

Il risarcimento, in tali ipotesi, deve essere ragguagliato al minor vantaggio o maggior aggravio economico causato dal contegno sleale di una parte (Cass. 11 luglio 1976 n. 2840; Cass. 16 agosto 1990 n. 8318).

## **IL CASO.it**

La violazione degli obblighi di informazione di cui si tratta costituisce infatti un'ipotesi di responsabilità contrattuale (così intesa in quanto consegue alla violazione di specifici obblighi di legge o contrattuali) che può essere fatta risalire alla norma di cui all'art. 1337 c.c., che

impone, alla stregua di una clausola generale, di astenersi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti, nonché di fornire alla controparte ogni elemento rilevante ai fini della stipulazione del contratto, che la stessa parteconosca o debba conoscere con l'ordinaria diligenza (cfr. Cass. 29 settembre 2005 n. 19024, che però la qualifica come responsabilità extracontrattuale, in quanto precontrattuale).

### **IL CASO.it**

Cosicché la violazione della norma di cui all'art. 1337 c.c. diventa rilevante non solo nei casi in cui si verifichi la rottura ingiustificata delle trattative (con la mancata conclusione del contratto) o il contratto sia invalido o inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche ove il contratto posto in essere sia valido ed efficace, e tuttavia fonte di pregiudizio per la parte che ha subito il comportamento scorretto (cfr., analogamente, l'art. 1440 c.c.; Cass. 29 settembre 2005 n. 19024, Mass. CED n. 583654).

Si tratta, dunque, soltanto di risarcire una perdita conseguente alla violazione di un obbligo di legge posto come tale a tutela del risparmio, senza incidenza sul negozio e senza dover indagare su eventuali vicende negoziali alternative, il che atterrebbe alla sfera privatorum, mentre la vicenda omissiva attiene al diritto pubblico dell'economia.

Il risarcimento deve essere determinato nella misura del valore monetario perduto nell'operazione in conseguenza del mancato assolvimento colpevole dell'obbligo di informativa, dedotto quanto è stato incassato, cioè, in definitiva, il differenziale tra guadagni e perdite, che il Ctu ha individuato (v. pag. 17) nella somma di € 28.915,00.

Sul residuo si devono calcolare gli interessi legali dal giorno della domanda giudiziale, in quanto si tratta di inadempimento contrattuale (v. Cass. 9 febbraio 2005 n. 2634) fino all'effettivo saldo.

Per le stesse ragioni, rimane non dovuto dalla W. srl e dai garanti il totale importo passato a sofferenza in ragione dell'estinzione degli SWAP, di € 124.350,00 (ctu, pag. 17).

Il decreto ingiuntivo dovrà pertanto essere revocato, e dichiarata dovuta la diversa minor somma scaturente dal mutuo, pari ad € 221.859,31, residuo capitale alla data del 30.9.2006, oltre agli interessi al tasso convenzionale (Euribor a tre mesi + 1,5%, come da contratto di mutuo, art. 2a) dal 1° ottobre 2006 al saldo, accertata dal Ctu senza contestazioni sul quantum (v. pag. 17 ctu), deducendo il danno subito per effetto dei contratti SWAP.

Sul recesso della Banca dal mutuo.

Il recesso di cui si lamentano gli oppositori è stato attuato dalla Banca convenuta con lettera in data 8.11.2006 da tutti i rapporti in essere con la W. srl, e con effetto immediato, a seguito del ritardo nel pagamento di una rata del mutuo, in un contesto in cui non era certo la prima volta che W. pagava con ritardo, ed anzi rifiutando il pagamento da parte di un terzo, debitore a propria volta della W. srl (v. la testimonianza di T. P.).

La Banca afferma di avere dovuto ricorrere al recesso immediato a seguito della segnalazione alla Centrale Rischi effettuata da Banca, tuttavia, nella lettera dell'8.11.2006, essa non dà nessuna spiegazione del recesso, né fa riferimento alla segnalazione alla Centrale Rischi da parte di un altro Istituto di credito, che sembra quindi più una giustificazione a posteriori del suo operato che la vera causa del recesso dai rapporti con la W. srl.

Il recesso invece è stato improvviso, secondo una prassi di abuso di posizione dominante, senza che sia stato preceduto da particolari preavvisi scritti, come si converrebbe nell'ambito di un rapporto ormai consolidato tra operatori economici che dovrebbero sempre agire in base a regole di reciproco rispetto e tutela, non di abuso.

Senz'altro il recesso sarebbe stato legittimo, se fosse stato preceduto da uno specifico avviso e dalla possibilità offerta di sanare le morosità, essendo comunque evidente che, per un imprenditore, l'immediato rientro da posizioni a debito con il finanziatore è quasi sempre impossibile e determina insolvenza, se questa situazione non è già presente prima, sicché il finanziatore dovrebbe sempre agire con grande prudenza prima di costituire esso stesso la causa della crisi finanziaria del soggetto finanziato, che al primo si è affidato per svolgere la propria intrapresa.

### **IL CASO.it**

Il principio di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della costituzione, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo tale da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne

consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato (cfr. Cass. 27 ottobre 2006 n. 23273, Mass. CED n. 593456; Cass. 6 agosto 2008 n. 21250, Mass. CED n. 604664; Cass. 25 novembre 2008 n. 28056, Mass. CED n. 605685).

Nel caso di specie, il recesso immediato deve ritenersi pertanto illegittimo, alla stregua di una prassi contraria alla correttezza commerciale ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto, anche se non ha come tale causato la crisi finanziaria di W. srl, che già da anni versava in difficoltà.

Sul risarcimento dei danni.

## **IL CASO.it**

Oltre al danno specificamente riconducibile ai contratti di swap, cioè le perdite subite dalla W. srl in relazione ad essi, che è assodato, viene in evidenza anche il danno conseguente al recesso improvviso della Banca da tutti i rapporti intrattenuti con W. srl, come è prospettato dagli oppositori.

Tuttavia, per quanto improvviso e illegittimo, il recesso del Banco \* si è innestato in una situazione più complessa in cui già si trovava W. srl con il sistema bancario.

E' pacifico il recesso di Banca da tutti i rapporti con W. srl, comunicatole il 3.5.2006.

W. srl era segnalata alla Centrale Rischi dal 15.7.2004 (cfr. doc. 17 della convenuta e doc. 5, da cui risultano le segnalazioni nel periodo febbraio 2006-gennaio 2007), per cui è arbitrario, in termini di nesso di causalità, affermare che la segnalazione alla Centrale Rischi di Banca è stata di per sé la causa scatenante del recesso del Banco \*, operato con lettera in data 8.11.2006.

Gli attori non hanno né fornito, né allegato, tanto da consentire un eventuale liquidazione del danno in via equitativa, una adeguata prova circa il danno che sarebbe conseguito alla inopinata condotta di recesso della Banca.

Essi hanno chiesto una ctu volta ad accertare il valore degli immobili venduti dal garante W. G. H. per ristrutturare i debiti della società con il sistema bancario (dunque non solo con l'odierna convenuta-opposta), affermando che il danno sarebbe consistito nel valore degli immobili venduti, il cui realizzo è stato "destinato al risanamento di W." (v. pag. 52 citazione).

In realtà, se il ricavato è andato a saldare i debiti di W. srl, o comunque "per addivenire alla ristrutturazione di W. srl" (tale è la impostazione proposta del quesito per la ctu a pag. 7, sub B, dell'istanza di fissazione udienza; cfr. pag. 4 della memoria conclusionale del 18.9.2007, in cui è spiegato lo scopo della ctu), nessun danno il garante ha subito sotto questo profilo a causa del recesso della Banca convenuta sotto un duplice profilo: da un lato, egli può in seguito recuperare dal debitore garantito quanto ha pagato; dall'altro lato, non vi è prova certa che la necessità di ristrutturare il debito con le banche sia dipesa solo ed esclusivamente, e con collegamento causale diretto, dal recesso operato dalla Banca convenuta, piuttosto che da una situazione complessiva in cui il Banco \* ha adottato la scelta più radicale, ma si imponeva comunque una revisione di tutti i rapporti bancari di W. srl, attuata mediante la ristrutturazione, favorita dall'intervento del garante.

Per vero, se W. srl era segnalata alla Centrale Rischi dal 15.7.2004 (doc. 17 della Banca convenuta, nonché il doc. 5, da cui risultano le segnalazioni dal febbraio 2006 al gennaio 2007), è arbitrario affermare che proprio il recesso del Banco \*, operato con lettera in data 8.11.2006, per quanto posto in essere con modalità intempestive, e per questo illegittime, abbia cagionato di per sé il danno consistito specificamente nella necessità che il fideiussore abbia dovuto liquidare il patrimonio immobiliare personale, posto che la società doveva in qualche modo sistemare diverse posizioni con le Banche all'epoca creditrici.

E infatti Banca, nel 2004, aveva concesso una dilazione a due anni (citazione pag. 51), per cui nel 2006 W. srl avrebbe dovuto, come ha fatto, ristrutturare il suo debito con Banca, posto che, dopo avere riconosciuto la propria esposizione debitoria nei confronti di Banca con comunicazione 8.2.2005, sottoscritta anche dai garanti, ed essersi impegnata a saldarla entro il 15.7.2006 secondo le rate accordate dalla stessa Banca, non ha poi ottemperato, costringendo la Banca alla comunicazione di recesso del 3.5.2006 (cfr. la narrativa del ricorso per ottenere decreto ingiuntivo di Banca del 14.12.2006, pag. 3, doc. 16 attoreo).

Insomma, quello che gli attori prospettano come un dissesto causato dalla Banca convenuta, era in realtà una situazione debitoria complessa giunta probabilmente ormai ad un punto tale che non si poteva fare altro che chiamare in aiuto i garanti, senza nulla togliere al fatto che il recesso immediato del Banco \* non si poteva giustificare, proprio in un contesto di possibile



ristrutturazione complessiva del debito bancario di W. srl, e rimane perciò la sua valutazione di illegittimità, ma senza conseguenze sul piano risarcitorio, per mancanza della (prova della) adeguatezza sul piano causale.

L'ipoteca giudiziale, iscritta sulla base del decreto ingiuntivo, da revocare, rimane a garanzia del minor credito accertato con la sentenza, il cui titolo esecutivo si sostituisce a quello anteriore.

Le spese si compensano inter partes, attesa la reciproca parziale soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale, in composizione collegiale,  
definitivamente pronunciando;

**IL CASO.it**

ogni contraria ed altra istanza rigettata;

revoca il decreto ingiuntivo opposto, emesso inter partes dal Presidente di questo Tribunale il 24 novembre 2006;

dichiara illegittimo il recesso del Banco \* dal contratto di mutuo erogato a W. srl, operato con lettera dell'8 novembre 2006;

condanna la W. srl, W. G. H. e M. T. D. a pagare al Banco \* scarl, ed ai suoi successori, la somma pari ad € 192.944,31 (€ 221.859,31, - € 28.915,00), oltre interessi al tasso convenzionale (Euribor a tre mesi + 1,5%) dal 1° ottobre 2006 al saldo;

compensa le spese processuali tra tutte le parti.

Così deciso in Camera di consiglio il giorno 26.9.2008.