

Tribunale di Verona, 3 marzo 2010 – Pres. Rizzo – Est. Vaccari.

**Contratti di Swap – Domanda di risoluzione – Vigenza nel contratto – Necessità – Rinegoziazione dei contratti – Risoluzione – Esclusione.**

**Contratti di swap – Rinegoziazione – Modifica dei parametri – Cumulo della perdita – Stipula dell'ultimo contratto – Interesse ad agire – Sussistenza.**

*La domanda di risoluzione postula necessariamente la vigenza del contratto che ne costituisce l'oggetto; detta domanda deve quindi essere respinta una volta che gli effetti di quell'accordo siano venuti meno per l'iniziativa di una o di entrambe le parti contrattuali. (Nella specie, il Tribunale ha respinto la domanda volta ad ottenere il pagamento della somma dei differenziali negativi derivanti dalla stipula di vari contratti di swap convenzionalmente risolti dalle parti e le cui perdite venivano addebitate al cliente nell'ambito dei contratti successivi). (fb) (riproduzione riservata)*

*Qualora si faccia luogo alla rinegoziazione di più contratti di swap con modifica dei relativi parametri di riferimento e quindi con caratteristiche via via differenti, è solo all'atto della conclusione dell'ultimo rapporto contrattuale che la perdita potenziale cumulata nei vari contratti può diventare effettiva per il cliente poiché solo in quel momento l'intermediario può richiedere la corresponsione del valore negativo accumulatosi. (fb) (riproduzione riservata)*

## IL CASO.it

omissis

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Per esigenze di chiarezza espositiva è opportuno innanzitutto dar conto degli assunti delle due parti.

La società attrice ha esposto che, in data 20 novembre 2001, era stata indotta da un funzionario della Banca1 a concludere due contratti su derivati, entrambi denominati convertible swap, ma aventi, uno, un importo di riferimento di L.3.000.000.000 ed efficacia dal 22.11.2001 al 22.11.2004, e, l'altro, dell'importo di riferimento di L.4.000.000.000 ed efficacia dal 22.11.2001 al 22.11.2006.

Successivamente, per la precisione in data 28 novembre 2002, Banca2, che era succeduta a Banca1, aveva indotto essa attrice a provvedere ad una rimodulazione delle suddette due operazioni attraverso la estinzione delle stesse e la conclusione di un nuovo contratto, denominato Atlantic Swap,.

In seguito, analogamente a quanto era accaduto in precedenza, Banca2 l'aveva indotta ad estinguere il contratto da ultimo citato e a concludere altri contratti che non erano oggetto del presente giudizio ma di un arbitrato che si accingeva a proporre.

L'Atlantic swap, a detta dell'attrice, aveva inglobato e trascinato la perdita potenziale accumulata dalle due precedenti operazioni ed anzi Banca2 Banca di Impresa l'aveva indotta a concluderlo proprio rappresentandole la prospettiva di ridurre il differenziale negativo che quelle due operazioni avevano determinato.

L'attrice ha evidenziato ancora che, contrariamente ad ogni previsione dell'istituto di credito convenuto, il differenziale negativo, era aumentato significativamente anche nel periodo di vigenza del contratto Atlantic swap, al punto che, nel momento in cui era stato estinto, ammontava ad euro 373.000,00 ed essa, oltre a vedersi prelevare tale importo aveva subito ulteriori perdite trimestrali, in sede di regolamentazione periodica dei differenziali, per ulteriori euro 8.000,00.

Sulla base di tale esposizione l'attrice ha dedotto la nullità dei predetti contratti, per mancanza o illiceità della causa, sulla base dell'assunto che essa, all'epoca della loro conclusione, non aveva un'esposizione con il sistema bancario che giustificasse la loro

conclusione.

Ancora l'attrice ha sostenuto che i contratti in esame sono nulli perché, all'atto della loro stipulazione, era stata violata la disciplina di settore sotto molteplici profili.

Innanzitutto poiché, a suo dire, erano stati conclusi presso la sua sede il funzionario che era stato incaricato di tener i contatti con essa attrice non aveva avuto la qualifica, a ciò necessaria, di promotore finanziario. Inoltre la banca non aveva comunque assolto agli oneri comportamentali posti a suo carico dalla succitata normativa atteso che il suddetto funzionario non aveva mai rappresentato ad essa attrice i rischi ingentissimi propri di tali operazioni e non aveva assolto agli obblighi di best execution. Ancora, ha precisato la S., poiché le operazioni non erano state adeguate alle sue caratteristiche di investitore Banca2 avrebbe anche dovuto astenersi da esse.

Sulla scorta di tale esposizione l'attrice ha chiesto che venga dichiarata la nullità dei suddetti contratti, o che essi siano annullati o dichiarati inefficaci, e che la convenuta sia condannata a restituire le somme che ha pagato in forza di essi, quantificate in euro 381.000,00 ed ancora, previo, se del caso accertamento dell'inadempimento della convenuta agli obblighi per essa derivanti da tali contratti, al risarcimento dei danni conseguenti, quantificati sempre nella predetto importo di euro 381.000,00

Banca2 Banca di Impresa nel costituirsi ritualmente in giudizio ha resistito alle domande avversarie e, rispetto alla esposizione di controparte, ha aggiunto quanto segue:

- l'attrice aveva omesso di riferire che i due contratti di convertible swap avevano prodotto differenziali positivi per complessivi euro 19.709,12;
- le parti avevano convenuto sulla opportunità di rimodulare i predetti due contratti dal momento che erano divenuti non più convenienti per l'attrice a causa di un imprevisto andamento dei tassi di interesse;
- il costo di tale chiusura anticipata era stato di complessivi euro 116.000,00, di cui 74.000,00 per un contratto ed euro 42.000,00 per l'altro, ed essa convenuta aveva concesso all'attrice degli up front di pari ammontare per fronteggiare quell'onere, cosicché il mark to market prodotto dalla chiusura anticipata dei due contratti di convertibile swap era stato conglobato nel nuovo contratto di atlantic swap e tale operazione non aveva avuto nessun costo effettivo per l'attrice;

### **IL CASO.it**

- l'attrice, che seguiva molto da vicino l'andamento dei contratti, nel constatare che l'ammontare dei differenziali stava aumentando aveva chiesto di chiuderli anticipatamente e di concludere un nuovo contratto ed era quindi receduta dal contratto di Atlantic swap, ottenendo, anche in questo caso, il riconoscimento da parte della banca della somma necessaria per pagare il costo di estinzione anticipata per l'ammontare di euro 373.000,00;
- il petitum della domande di parte attrice era costituito dalla somma dei due differenziali negativi prodotti dall'atlantic swap e dall'ammontare del costo di estinzione anticipata dello stesso ma, scorporando quest'ultimo, si poteva cogliere che l'operatività dei due contratti di swap aveva prodotto differenziali positivi per euro 19.709,12 e differenziali negativi per euro 7.924,59 e quindi, in ipotesi di accoglimento della domanda principale, l'attrice avrebbe dovuto restituire ad essa convenuta la somma di euro 11.779,53 in accoglimento della domanda riconvenzionale subordinata che svolgeva.

Contestualmente alla conclusione del contratto di atlantic swap, ha proseguito la convenuta, l'attrice ha concluso un contratto di sunrise swap, previa sottoscrizione di un nuovo contratto normativo per le operazioni di interest rate swap. S., sempre secondo la convenuta, ha rimodulato anche tale ultimo contratto chiudendolo anticipatamente e concludendo in data 26 aprile 2005 un contratto denominato Irs. Gli ultimi due contratti, a detta di Banca2, sono stati conclusi in forza del succitato contratto quadro, che conteneva una clausola compromissoria che prevede l'attivazione di una procedura di arbitrato rituale, procedura che era stata poi effettivamente promossa dall'attrice.

Sulla scorta di tali allegazioni la convenuta ha eccepito, in via preliminare, il difetto di interesse dell'attrice a svolgere le domande, anche in considerazione del fatto che, in ipotesi di loro accoglimento, essa avrebbe dovuto restituire una somma superiore a quella che aveva corrisposto nel corso dei rapporti. Con riguardo al merito ha dedotto che, contrariamente a quanto sostenuto da controparte, essa aveva perfettamente compreso la natura e le caratteristiche dei contratti che aveva concluso, sia perché in essi erano contenuti delle specifiche avvertenze sia perché S. aveva ricevuto periodicamente l'accredito e l'addebito dei differenziali e l'addebito del mark to market relativo ai contratti chiusi

anticipatamente e l'accredito dei corrispondenti up front e, dopo la prima operazione, aveva potuto verificare come funzionassero tali contratti e quindi che essi potevano produrre perdite.

Ancora l'assunto di controparte, secondo cui non aveva nessuna esposizione debitoria nei confronti del sistema bancario era infondato, secondo la convenuta, atteso che nel periodo interessato dai contratti essa a crediti nei confronti del sistema bancario per oltre dieci milioni di euro utilizzati per circa la metà.

Banca2 ha anche contestato che i contratti fossero stati privi di causa atteso che, a suo giudizio, la loro causa consisteva nell'alea e ha negato di essere stata tenuta ad osservare le norme richiamate da controparte, dal momento che il legale rappresentate di essa in ben quattro occasioni aveva rilasciato la dichiarazione di essere operatore qualificato e, in ogni caso, aveva ricoperto analoghe cariche in altre società, così da acquisire un'esperienza che gli aveva consentito di acquisire conoscenze effettive in ordine ai meccanismi di funzionamento del contratto.

1. Ragioni di inammissibilità delle domande di risoluzione, annullamento e nullità dei contratti di swap avanzate dall'attrice relativamente al valore negativo dei contratti (pari ad euro 373.000,00)

1.1 Va innanzitutto evidenziato che le domande di nullità, annullamento e risoluzione avanzate dall'attrice sono inammissibili per quanto riguarda la somma di euro 373.000,00.

Tale conclusione deriva dalla considerazione che l'attrice è pacificamente receduta dai contratti impugnati nel presente giudizio e, contestualmente al recesso da ognuno di essi, ha concluso un nuovo contratto avente parametri e caratteristiche diversi dal precedente (meccanismo che nella prassi dei contratti su derivati viene definito come rimodulazione).

A ben vedere tale circostanza influisce in maniera diversa sulla ammissibilità della domanda di risoluzione e su quella delle altre domande caducatorie avanzate dall'attrice nel presente giudizio.

### **IL CASO.it**

Infatti la domanda di risoluzione postula necessariamente la vigenza del contratto che ne costituisce l'oggetto, cosicché non è più concepibile una volta che gli effetti di quell'accordo siano venuti meno per l'iniziativa di una o di entrambe le parti contrattuali.

1.2 Le domande di nullità e annullamento, invece, ben possono essere proposte anche dalla parte che sia receduta da tale contratto, a condizione che abbia un interesse ad ottenere una pronuncia sul punto, interesse che è ravvisabile allorché, ad esempio, possa ottenere la restituzione di quanto abbia versato in esecuzione di quell'accordo.

Sul punto giova rammentare il principio ribadito anche di recente dalla Suprema Corte secondo cui: "L'interesse ad agire richiede non solo l'accertamento di una situazione giuridica ma anche che la parte prospetti l'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice poiché il processo non può essere utilizzato solo in previsione di possibili effetti futuri pregiudizievoli per l'attore senza che siano ammissibili questioni di interpretazioni di norme, se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda principale di tutela del diritto ed alla prospettazione del risultato utile e concreto che la parte in tal modo intende perseguire. (Cass. civ. Sez. III Sent., 28/11/2008, n. 28405).

E' appena il caso di aggiungere che la domanda di risarcimento dei danni che si assumono conseguenti al comportamento tenuto dalla controparte nel corso del rapporto di swap non presuppone necessariamente una domanda a monte diretta a travolgere il contratto ma solo l'accertamento, anche in via meramente incidentale, della sussistenza del motivo di nullità o annullamento o dell'inadempimento della controparte. La domanda di risarcimento danni pertanto ben può essere proposta in relazione ad un contratto che sia stato risolto consensualmente o dal quale l'attore sia receduto.

Orbene nel caso di specie l'attrice non potrebbe ottenere la restituzione della parte più consistente della somma da essa quantificata e deve pertanto escludersi il suo interesse ad ottenere una pronuncia di nullità o annullamento relativamente ad essa.

Per meglio comprendere le ragioni di tale conclusione è opportuno, innanzitutto, chiarire in che cosa consista il meccanismo della rinegoziazione o rimodulazione nei contratti di swap e quali siano le ragioni per cui si addiviene ad esso.

Rinegoziare il contratto di swap significa modificare i parametri di riferimento del contratto precedente. Possono essere variati tanto l'entità del nozionale, quanto i tassi parametro, così come, infine, la durata del contratto.

Alla rinegoziazione si giunge, di solito, al momento dell'estinzione di un precedente contratto di swap, allorché maturi in favore dell'istituto di credito un diritto ad ottenere il corrispettivo del valore negativo del derivato, ovvero la perdita potenziale che lo strumento finanziario presenta in quel momento (pari al c.d. mark to market).

Come alternativa al pagamento di somme di danaro, talvolta ingenti, il cliente può estinguere il precedente rapporto e concludere un nuovo contratto di swap avente caratteristiche diverse dal primo.

In questi casi il valore negativo del contratto è generalmente compensato, sotto il profilo contabile, dalla banca attraverso il rilascio di una somma di ammontare corrispondente (c.d. up-front), operazione attraverso la quale la perdita subita non viene estinta ma viene posticipata, ossia trasferita tutta al nuovo contratto che parte già con un valore negativo da recuperare.

E' appena il caso di evidenziare che in questi casi la compensazione tra il debito maturato nel corso del rapporto in capo all'investitore e il credito acquistato dall'istituto di credito è un'operazione meramente contabile giacché, con essa, la banca non effettua nessun esborso in favore dell'investitore né rinuncia al credito che abbia maturato nei suoi confronti nel corso del rapporto ma lo trasferisce sul nuovo rapporto.

Va parimenti segnalato che è solo al momento della conclusione, naturale o anticipata, dell'ultimo rapporto contrattuale della serie, senza che ad essa si accompagni una nuova rimodulazione, che la perdita potenziale dei vari contratti può diventare effettiva per il sottoscrittore, poiché l'istituto di credito può richiedere la corresponsione del valore negativo del derivato a quella data.

### **IL CASO.it**

Occorre peraltro precisare che in questi casi l'investitore può chiedere in via giudiziale una pronuncia di accertamento negativo e non di condanna proprio perché, in virtù del meccanismo sopra descritto, non ha ancora effettuato nessun esborso nei confronti dell'istituto di credito a titolo di mark to market.

Orbene tornando al caso di specie è stata la stessa attrice ad ammettere di non aver effettuato, in conformità allo schema sopra detto, nessun esborso in favore della convenuta, a fronte del mtm negativo. Essa infatti, dopo aver sostenuto, in atto di citazione, di aver effettivamente corrisposto tale importo, pari, pacificamente, ad euro 373.000,00, nella memoria ex ar. 6 D.L.vo 5/2003 ha dichiarato espressamente che tale perdita fu "inglobata nel contratto successivo (nd.r si tratta del contratto allegato alla presente (e per l'accertamento della cui nullità pende come dato atto anche da controparte giudizio arbitrale)". D'altro canto l'attrice in atto di citazione aveva dichiarato che già il contratto di Atlantic swap aveva inglobato e trascinato la perdita potenziale accumulata dalle prime due operazioni cosicché è inevitabile che, a seguito della rimodulazione anche di quel contratto, la perdita dei contratti più risalenti venne trasferita sul nuovo contratto.

Ciò detto la declaratoria di inammissibilità delle domande di nullità e annullamento avanzate dalla attrice per difetto di interesse ad agire discende dalla considerazione che l'ultimo contratto in ordine di tempo che essa concluse in virtù del meccanismo delle rimodulazioni, come osservato dalla convenuta, non è oggetto del presente giudizio. E' pacifico infatti che venne stipulato sotto la vigenza di un contratto quadro concluso in data 29 luglio 2003, che in virtù della clausola arbitrale contenutavi, è stato impugnato mediante attivazione del procedimento arbitrale previsto da tale pattuizione, con esito, peraltro, sfavorevole all'attrice.

E' evidente, alla luce di tali emergenze, che l'attrice non potrebbe comunque ottenere una condanna alla restituzione di quanto, in ipotesi, avesse versato nel corso dei diversi contratti di swap in mancanza della caducazione dell'ultimo di essi che ha concluso.

1.3 A prescindere dalle considerazioni fin qui svolte non può sottacersi che, per effetto del meccanismo delle rimodulazioni che si è descritto sopra, l'attrice non ha effettuato nessun esborso in favore della convenuta a titolo di Mtm, cosicché difetta anche lo stesso presupposto di fatto della domanda di ripetizione. Parimenti deve escludersi che l'attrice abbia subito un danno di tale importo.

2. Ammissibilità delle domande caducatorie e risarcitorie dell'attrice dirette ad ottenere, a titolo di ripetizione di indebito o di risarcimento danni, la somma di euro 7.924,59

E' pacifico, essendo stato espressamente ammesso dalla convenuta, che il contratto di Atlantic swap ha prodotto dei differenziali negativi, pari a complessivi euro 7.924,59 (cfr. pag. 5 della comparsa di costituzione e risposta della convenuta), e che S. ha provveduto a

versare tale importo.

Orbene con riguardo a tale somma è ravvisabile, a differenza di quanto visto nel precedente paragrafo, un interesse dell'attrice ad ottenere una declaratoria di nullità del contratto o a far accertare l'inadempimento da parte della convenuta agli obblighi comportamentali giacché esso costituisce, in tesi, l'ammontare dell'indebito o del ristoro che le andrebbero riconosciuti qualora venisse accolta una o l'altra delle due suddette domande.

Né può condividersi l'assunto della convenuta secondo cui, anche con riguardo a tale somma, difetterebbe l'interesse dell'attrice poiché essa dovrebbe restituire la somma percepita durante la vigenza dei contratti di convertibile swap a titolo di differenziali positivi. Infatti tali contratti, dopo quanto detto sopra, non verrebbero comunque travolti cosicché ad essi non conseguirebbe nessun effetto restitutorio in favore di Banca2 Banca.

3. Infondatezza delle domande caducatorie e risarcitorie dell'attrice dirette ad ottenere, a titolo di ripetizione di indebitato o di risarcimento, danni, la somma di euro 7.924,59

Passando ad esaminare i motivi di nullità del contratto di atlantic swap che sono stati prospettati dall'attrice deve rilevarsi l'infondatezza.

Invero sul punto giova rilevare che secondo un'autorevole dottrina, pienamente condivisa da questo collegio il contratto di swap, a prescindere dalle sue caratteristiche, ha una causa lecita e tipica consistente nello scambio di pagamenti il cui ammontare è determinato sulla base di parametri di riferimento diversi.

Peraltro non può sottacersi che, nel caso di specie nel contratto quadro del 20.11.2001, all'art. 4, era stata evidenziata anche l'aleatorietà dei contratti che fossero stati conclusi sulla base di esso cosicché l'attrice ebbe la possibilità di valutare la loro rispondenza alle sue esigenze.

L'ulteriore rilievo dell'attrice secondo cui al momento della conclusione del contratto essa non aveva una esposizione nei confronti del sistema creditizio che giustificasse l'operazione risulta generico (per rendersene conto è sufficiente rinviare alle prime righe di pag. 4 dell'atto di citazione nelle quali si legge che "nessuna fisiologia esposizione sussisteva negli anni 2001, 2002 e 2003 nei riguardi tanto di possibili variazioni di tassi di interesse quanto delle loro fluttuazioni").

Per quanto riguarda l'ulteriore assunto dell'attrice, relativo al preteso mancato assolvimento da parte dei funzionari della convenuta degli obblighi comportamentali e al mancato inserimento nei contratti per cui è causa della facoltà di recesso, essi vanno disattesi in quanto si fondano su una serie di disposizioni del T.U.F e del regolamento Consob 11522/98 che non possono trovare applicazione nel caso di specie, dal momento che il legale rappresentante della attrice in più occasioni, ossia una prima volta nel corpo del contratto quadro sopra citato, e poi con dichiarazione autonoma da lui sottoscritta del 27 novembre 2002 (doc. 8 bis di parte convenuta) e nel contratto normativo del 29 luglio 2003 (doc. 12 di parte convenuta), ha dichiarato di "possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari" nonché di essere consapevole delle conseguenze di tale dichiarazione.

L'attrice ha obiettato che tale dichiarazione è inefficace e comunque insufficiente a dimostrare una effettiva competenza in materia finanziaria avendo l'intermediario il dovere di desumerla da circostanze oggettive.

Orbene tale prospettazione non tiene conto di quanto la Corte di Cassazione ha stabilito con la pronuncia del 26 maggio 2009 n.12138 i cui passaggi motivazionali sono pienamente condivisi da questo Collegio anche perché sono in linea con la posizione che questo Tribunale ha assunto da tempo con riguardo alla questione dell'efficacia della c.d. dichiarazione di operatore qualificato.

In tale sentenza la Suprema Corte ha affermato che la dichiarazione ex art. 13 regolamento Consob 2 luglio 1991, n. 5387, analoga per non dire identica a quella prevista dall'art. 31 reg. Consob 11522/98, pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non alla affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo, esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e in presenza di contrarie allegazioni offerte dalla parte il giudice, anche il comportamento processuale ed extra processuale delle parti, può porre anche solo essa a base della propria decisione ai fini della verifica dell'esistenza della competenza ed esperienza dell'investitore.

La Suprema Corte nella sentenza esaminata ha ulteriormente precisato che nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale

**IL CASO.it**

dichiarazione rappresentata, grava su chi detta discordanza intende dedurre, al fine di escludere in concreto la propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità, in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente.

Orbene a fronte di tali indicazioni era onere dell'attrice prima di tutto allegare e poi dimostrare quali fossero stati i dati oggettivi conoscibili, o a conoscenza dell'istituto di credito convenuto, idonei a smentire quanto dichiarato dal proprio legale rappresentante mentre essa non vi ha provveduto.

**IL CASO.it**

Le spese di lite vanno poste a carico dell'attrice in applicazione del criterio della soccombenza e si liquidano come in dispositivo in via equitativa stante il mancato deposito di nota spese.

P.Q.M

Il Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando ogni diversa ragione ed eccezione disattesa così decide:

- dichiara inammissibili le domande dell'attrice volte ad ottenere, a titolo di ripetizione di indebitto e di risarcimento danni l'importo di euro 373.000,00 ;
- rigetta le residue domande avanzate dall'attrice;
- condanna l'attrice a rifondere alla convenuta le spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 7.500,00 di cui 2.500,00 per diritti, 5.000,00 per onorari, oltre rimborso spese generali nella misura del 12,5 % su diritti e onorari, Iva se dovuta e Cpa.

Verona 03 marzo 2010