



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI
- Sezione distaccata di Sassari -


composta dai magistrati

dott. M.Teresa Spanu	Presidente rel.
dott. Maria Grixoni	Consigliere
dott. Cinzia Caleffi	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 489 nel Ruolo degli Affari Contenziosi per
l'anno 2017, promossa da

 in persona del legale rappresentante,
elettivamente domiciliata in Cagliari, presso lo studio dell'avv. Andrea
Sorgentone, che la rappresenta e difende anche disgiuntamente agli avv.ti
Antonio Tanza e Maria Serena Camboa per procura speciale in calce
all'atto d'appello,

appellante

contro



[REDACTED], in persona del
legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Sassari, presso lo
studio dell'avv. **[REDACTED]**, rappresentata e difesa dall'avv.
[REDACTED] per procura speciale a margine della comparsa di
costituzione,

appellata

OGGETTO: invalidità contratto di prodotti derivati

All'udienza del 12-07-19 la causa è stata tenuta a decisione sulle seguenti

CONCLUSIONI

Nell'interesse dell'appellante: voglia la Corte

- 1) in via principale, accertare e dichiarare la nullità del contratto quadro di negoziazione, del contratto quadro IRS e di quello di interest rate swap n. 910210155 del 26-10-09, stipulati tra la **[REDACTED]** s.r.l. e la **[REDACTED]** s.p.a., per difetto di forma scritta ex artt. 23 ~~TUF n. 1350~~ n. 13, 1418 c.c.;
- 2) sempre in via principale, accertare e dichiarare la nullità del contratto quadro e del predetto contratto di swap per assenza di causa ex artt. 1325 n. 2, 1343, 1418 c.c., per indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto (mark to market) ex artt. 1346, 1418 c. 2, per illegittimità del tasso di riferimento Euribor e violazione dell'art. 2 legge n. 287/90 nonché per violazione di norme imperative ex artt. 21 e ss. d.lgs. n. 58/98, artt. 27 e ss. Reg. Consob n. 16190/07 e 1418 c.c.;



- 3) in via subordinata, accertare e dichiarare la responsabilità precontrattuale e/o il grave inadempimento contrattuale da parte della [REDACTED] s.p.a. per violazione degli artt. 21 e ss. d.lgs. n. 58/98, artt. 27 e ss. Reg. Consob n. 16190/07 e 1418 c.c. (in particolare, violazione degli obblighi informativi e sull'inadeguatezza e l'inappropriatezza dell'operazione in lite) e risolvere il contratto quadro ed il contratto di swap per cui è causa;
- 4) conseguentemente ed in ogni caso, dichiarare che nulla deve la [REDACTED] s.r.l. alla [REDACTED] s.p.a. (oggi [REDACTED] s.p.a.) in virtù dei rapporti in lite e condannare la banca appellata alla restituzione in favore della società appellante delle somme addebitate in conto e comunque percepite a titolo di commissioni e flussi di cassa, ad oggi per complessivi euro 118.499,65 (salvo errori materiali e/o di calcolo), oltre le ulteriori somme che verranno addebitate nelle more del giudizio, anche a titolo di risarcimento del danno patrimoniale subito, quantificato nel medesimo importo, in entrambi i casi con interessi legali e rivalutazione monetaria dal 2626-10-09 fino all'effettivo soddisfo;
- 5) ancora in via principale ed in ogni caso, ordinare alla banca appellata la cancellazione della segnalazione del mark to market e del saldo debitore di c/c dalla Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia e condannarla al risarcimento del danno patrimoniale e non



patrimoniale subito dalla società appellante a causa di tale illegittima segnalazione, nell'ammontare che sarà determinato secondo l'equo apprezzamento della Corte adita;

- 6) infine, condannare la banca appellata al rimborso delle spese processuali ed al pagamento dei compensi professionali del doppio grado di giudizio.

Nell'interesse dell'appellata: voglia la Corte

- 1) confermare la sentenza n. 527/17 emessa dal Tribunale di Nuoro il 5-10-17 a definizione del giudizio n. 106/14;
- 2) in ogni caso, con vittoria di spese del giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 527/17 il Tribunale di Nuoro respingeva le domande proposte dalla [REDACTED] s.r.l. nei confronti della [REDACTED] s.p.a. (incorporante la [REDACTED] s.p.a.) e volte ad ottenere (i) la nullità del contratto quadro di negoziazione, del contratto quadro IRS e del contratto di Interest Rate Swap per difetto della necessaria forma scritta; (ii) la risoluzione dei predetti contratti per responsabilità precontrattuale e/o contrattuale per grave inadempimento; (iii) la condanna della banca convenuta alla restituzione delle somme percepite senza valido titolo, a titolo di commissioni e flussi di cassa, nonché al risarcimento dei danni, oltre che alla cancellazione della segnalazione alla Centrale Rischi, regolando di conseguenza le spese processuali.



La società [REDACTED] conveniva in giudizio la [REDACTED]
s.p.a., esponendo che:

- in data 20-10-09 aveva stipulato presso la filiale di Nuoro e su pressione dei dipendenti di questa un “accordo normativo per l’operatività in strumenti finanziari derivati OTC su tassi di interesse e valute”, ove risultava classificata “cliente professionale”; contestualmente veniva compilata la profilatura dell’esperienza di strumenti finanziari, classificata media, individuando un obiettivo di investimento moderato, a carattere prudente; non era stato invece perfezionato alcun contratto per la negoziazione di ordini su strumenti finanziari;
- in data 26-10-09 aveva stipulato un contratto di interest rate swap n. 910210155, cui era allegata la scheda informativa contenente, quando alle avvertenze su eventuali svantaggi, l’informazione che il tasso fisso ammortizzato avrebbe privato il cliente della possibilità di usufruire di eventuali cadute dei tassi, mentre non lo avrebbe reso edotto degli addebiti cui poteva andare incontro;
- in data 16-03-2010 era stato stipulato un contratto di leasing per euro 998.800,00 con società del gruppo facente capo al medesimo istituto di credito, il cui rischio di innalzamento dei tassi doveva essere temperato, secondo le assicurazioni del funzionario della banca, dal contratto di IRS già stipulato; all’epoca peraltro le



quotazioni dell'Euribor erano in ribasso sicchè non risultava conveniente e/o comunque opportuno porre in essere un'operazione di copertura del rischio di innalzamento dei tassi;

- la banca, nella sua qualità di consulente, aveva omissis qualsiasi informazione sul grado di rischiosità del prodotto acquistato né aveva verificato che fosse adeguato alle caratteristiche della cliente, venendo meno agli obblighi comportamentali di settore;
- a causa degli ingenti addebiti così formati, si era accumulato un oneroso saldo debitore.

La [REDACTED] s.p.a., costituendosi, respingeva le censure di invalidità mosse dalla società attrice sul presupposto che i soci erano muniti di sufficiente esperienza in materia finanziaria per comprendere la tipologia e il grado di rischio delle operazioni perfezionate e che, in ogni caso, il contratto di prestazione di servizi di investimento conteneva tutte le informazioni necessarie sugli strumenti finanziari: in particolare, il contratto quadro dava atto della volontà del cliente di avvalersi di uno strumento specifico per far fronte alle oscillazioni dei tassi relativi alle operazioni compiute nella propria attività imprenditoriale; allegava inoltre la banca che la società aveva dichiarato di possedere le competenze necessarie per comprendere le caratteristiche e i rischi dei prodotti finanziari.



Alla luce della documentazione versata in causa, il tribunale – premesso che il collegamento funzionale con l’operazione protetta non era escluso dalla stipulazione anteriore dell’IRS, affatto intaccato dalla differente durata e dalla differente rateizzazione, queste ultime riconducibili alla diversa operazione stipulata con il terzo locatore - riteneva assolto l’onere incombente sulla banca di provare la completezza ed esaustività dell’informazione attiva e passiva resa al cliente in occasione della stipula del contratto di prestazione servizi di investimento dedotto in giudizio e del contratto di swap, pur con esecuzione anticipata rispetto al titolo, avuto riguardo al profilo dell’investitore, individuato attraverso il rappresentante legale dell’ente già pratico di operazioni finanziarie per avere in precedenza acquisito specifiche competenze in materia, seppure con profilo finanziario del tipo “prudente”, cui poteva parametrarsi anche il contratto IRS, avente proprio la finalità di contenimento del rischio della fluttuazione dei tassi con modalità espressamente e specificamente determinate.

Riconosciuta la validità dei contratti perfezionati in forma scritta e preceduti dalla necessaria informativa, il primo giudice escludeva altresì il difetto di meritevolezza del risultato economico perseguito, come sostenuto dall’attrice, non potendo a tal fine aversi riguardo al mancato raggiungimento del risultato sperato, trattandosi di contratto aleatorio.



Esclusa la nullità per difetto di forma e/o indeterminatezza dell'oggetto nonché la responsabilità per grave inadempimento agli obblighi informativi, il tribunale reputava l'operazione finanziaria anche indenne da censure nell'ambito della tutela della concorrenza e del mercato e riteneva infondato l'indebito allegato dall'attrice così come le istanze risarcitorie di un pregiudizio rimasto indimostrato nell'*an* e quindi insuscettibile di equo apprezzamento e/o di verifiche esplorative.

Con atto di citazione tempestivamente notificato la [REDACTED] s.r.l. ha proposto appello, deducendo i seguenti motivi:

- 1) violazione degli artt. 112 c.p.c., 1418 c.c. 23 D.Lgs. n. 58/98 per omessa pronuncia sulla domanda di nullità del contratto di swap per difetto di forma scritta, a fronte della deduzione attrice dell'avvio dello Swap prima della sua formale stipulazione in data 26-10-09;
- 2) violazione degli artt. 115-116 e 183 c.p.c., 21 D.Lgs. n. 58/98 e 39 Reg. Consob n. 16190/07 laddove il tribunale non ravvisava la violazione dell'obbligo di informazione passiva, ritenendo il prodotto acquistato adeguato alla profilatura del cliente riportata negli atti, invece del tutto inadatto all'obiettivo dichiarato ed alla tipologia di conoscenze acquisite dalla società in persona del suo amministratore, certamente non operatore qualificato né cliente



professionale, come debitamente contestato dall'attrice nella prima memoria dell'art. 183 c. 6 c.p.c.;

- 3) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1343 e 1322 c.c. e delle direttive Consob, nella parte il giudice riteneva il contratto di IRS meritevole di tutela nonostante non assolvesse in alcun modo alla funzione di copertura del rischio concretamente sopportato dal cliente;
- 4) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1346 e 1418 c.c. laddove la necessaria determinatezza dell'oggetto del contratto era affidata alla fluttuazione successiva dei tassi, mentre mancava il criterio predeterminato per calcolare il mark to market;
- 5) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., 21 TUF, 39 e sss. Reg. Consob n. 16190/07 nella parte in cui il primo giudice negava l'esistenza di un qualche inadempimento imputabile alla convenuta nonostante l'istituto avesse omesso qualsiasi informazione sui rischi di perdita e sul carattere aleatorio dello swap ed in particolare il valore iniziale del mark to market, sull'importo dovuto per il caso di estinzione anticipata, sulla corresponsione di un eventuale up front e sui costi di intermediazione;
- 6) violazione degli artt. 61 e 62 c.p.c. per non avere il tribunale disposto consulenza tecnica d'ufficio allo scopo di verificare la



funzione di copertura dello swap, il suo livello di rischio nonché per quantificare le perdite subite.

L'appellante ha quindi chiesto la riforma della sentenza di primo grado in punto di validità e/o di responsabilità per inadempimento in capo alla banca, oltre alla condanna al risarcimento dei danni, liquidati in base all'ammontare dei differenziali negativi addebitati in conto corrente, documentati in atti ed integrati con quelli nel frattempo maturati. Ha chiesto altresì la riforma integrale delle spese di lite.

Si è costituita [REDACTED] s.p.a., resistendo all'appello e chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

La causa è stata quindi tenuta a decisione all'udienza del 12-07-19 sulla base delle conclusioni sopra trascritte.

MOTIVI DELLA DECISIONE


I motivi di impugnazione sono riferiti sia alla violazione dell'obbligo di forma scritta del contratto ex art. 23 TUF, alla indeterminatezza dell'oggetto del contratto, al difetto genetico di causa sia alla violazione ed all'errata applicazione delle disposizioni normative e regolamentari disciplinanti gli obblighi di informazione attiva e passiva gravanti sull'intermediario finanziario.

La società attrice lamentava in primo grado che l'operazione di acquisto del prodotto SWAP era stata preceduta soltanto da un "accordo normativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati OTC su tassi



di interesse e valute”, sottoscritto in data 20-10-09, cui era allegata la scheda sul suo profilo (conoscenza media degli strumenti finanziari, obiettivi di investimento prudente finalizzati ad una crescita moderata); inoltre, il contratto di swap era stato reso operativo in data 23-10-09, ancor prima della sua formale stipulazione, formalizzata in data 26-10-09, e recava una generica scheda tecnica ove era evidenziata la funzione del contratto di proteggere da eventuali rialzi dei tassi variabili dell’indebitamento, trasformando gli oneri finanziari in misura fissa *per avere certezza dei flussi di cassa attesi*, perdendo però il beneficio dell’eventuale ribasso dei tassi di interesse.

Sempre in punto di validità del contratto, lamentava l’attrice che il contratto non esponeva dettagliatamente i costi, il meccanismo dei flussi scambiati tra le parti ed in particolare il valore iniziale del mark to market, così compromettendo irrimediabilmente la determinabilità dell’oggetto; contestava altresì che il contratto potesse funzionare da copertura del rischio derivante dal rialzo del leasing successivamente stipulato e quindi difettesse di causa meritevole di tutela.

Con riferimento agli obblighi gravanti sull’intermediario, la società  deduceva l’inadempimento agli obblighi di adeguata informativa ad un soggetto con conoscenza media e con obiettivi di investimento prudenti.



Tutte le censure erano respinte dal tribunale e sono state sostanzialmente riprodotte in appello, ad eccezione della questione della violazione del disposto dell'art. 2 L. n. 287/90, giudicata infondata dal tribunale e non censurata con specifica argomentazione da parte dell'appellante, il quale ha inutilmente mantenuto la relativa conclusione nella presente sede.

1. NULLITA' DEL CONTRATTO DI SWAP.

In primo grado l'attrice affermava la violazione dell'art. 23 TUF per mancata sottoscrizione del necessario contratto quadro.

La banca, a sua volta, produceva la copia sottoscritta del contratto regolante la prestazione dei servizi di investimento, richiamato nelle premesse dell'accordo normativo di pari data, ove era anche precisato che il cliente era *"al corrente che l'operatività in derivati OTC è consentita dalla banca unicamente al cliente che operi nell'ambito delle raccomandazioni personalizzate fornite dalla banca nella prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti"*.

L'appellante ha insistito sul difetto di valida forma del contratto di swap, che aveva iniziato a funzionare già in data 23-10-09, ma era stato formalizzato soltanto il successivo 26 ottobre, censurando la sentenza di primo grado laddove con motivazione apparente o comunque insufficiente il tribunale si limitava ad osservare che l'esecuzione anticipata delle prestazioni successivamente disciplinate nel titolo scritto non comportava invalidità di quest'ultimo.



In realtà, va precisato al riguardo che, pur non ammettendosi l'operatività di una ratifica delle prestazioni rese in assenza dell'obbligatoria forma scritta, posto che la *ratio* della normativa invocata dalla società è proprio quella di prescrivere una pattuizione chiara e predeterminata, la circostanza che il rapporto avesse avuto inizio *de facto* tre giorni prima della sottoscrizione del contratto potrebbe al più inficiare l'opponibilità al cliente, che faccia valere il difetto di forma, del risultato negativo dell'operazione di scambio di flussi di quei tre giorni, ma non incide sulla valida esecuzione del contratto perfezionato nella forma prescritta e quindi sul meccanismo swap (pagamento periodico di interessi calcolati sul c.d. nozionale di riferimento) successivamente sviluppatosi.

La censura, laddove mira ad ottenere la nullità dell'intera operazione e ad ottenere il rimborso degli addebiti complessivamente formatisi, è dunque infondata.

Parimenti non può trovare accoglimento la doglianza in punto di difetto di causa e difetto della necessaria determinatezza e/o determinabilità dell'oggetto.

Secondo la società [REDACTED], sarebbe ravvisabile un difetto genetico di causa perché il contratto in questione non avrebbe svolto alcuna funzione di copertura del contratto di leasing stipulato solo in data 16-03-10, con una scadenza diversa (18 anni invece che i dieci dell'IRS) e diversa rateizzazione e quindi in violazione dei parametri stabiliti dalla Consob



per definire lo swap con funzione di copertura; inoltre, all'atto del perfezionamento dello swap le quotazioni dell'Euribor erano in forte ribasso sicchè non era conveniente per il cliente procedere ad un'operazione di assunzione di tassi fissi per calmierare il tasso variabile dell'onere finanziario che si intendeva assumere.

L'argomentazione offerta al riguardo trova riscontro sulla tesi sostenuta da alcuna giurisprudenza di merito, secondo la quale la meritevolezza della funzione assegnata al contratto swap trova il suo limite nella mancanza di un'alea razionale ovverossia conoscibile anticipatamente dal cliente in modo tale da formare il suo consapevole convincimento, venendosi altrimenti a vanificare la funzione economica del negozio.

Giova ricordare che per affermare la nullità di un contratto di Swap per mancanza di causa (in concreto), occorre che l'alea fosse assente *ab origine* nel senso che l'intermediario fosse sottratto alle conseguenze negative dell'affare per avere il medesimo predisposto pattuizioni in modo da far ricadere il rischio unicamente sull'investitore.

Tuttavia, l'andamento dello Swap dipende da fattori esterni non controllabili direttamente dall'intermediario, che rimane esposto a variazioni sfavorevoli dell'indice di riferimento esterno, e per ciò solo mantiene la sua qualità di contratto aleatorio pur in presenza di un maggiore vantaggio della parte che attinga ad un valore a sé favorevole rispetto al vantaggio inferiore della controparte, non potendosi desumere



l'aleatorietà dall'evoluzione successiva del rendimento in corso di esecuzione; l'impossibilità di perseguire in concreto il risultato voluto (quello di copertura) non può certamente desumersi ex post in base ai risultati prodotti dall'operazione nel corso del rapporto contrattuale (cfr. Cass. Civ. sez. I, 13-07-18 n. 18724, ove è commentato al riguardo come sia *“fortemente opinabile, poi, se il giudizio di meritevolezza possa essere impiegato a fini di riequilibrio equitativo del contratto, ma certo – ammesso che ciò sia possibile – l'operazione va almeno compiuta secondo una valutazione operata ex ante, non ex post, sì da giudicare meritevoli i contratti di swap in cui l'investitore ha guadagnato e immeritevoli quelli in cui ha perso”*; id, n. 19013/17, ove è richiamato il disposto della determinazione Consob del 26-02-99, che indicava le condizioni cui era subordinata la funzione di copertura).

La causa sussiste ed è lecita e va individuata nella scommessa accettata dalle parti con riferimento allo scambio di due rischi connessi, che derivano dalla vicendevoles entità degli importi che matureranno a carico di ciascuno e quindi dei differenziali che potranno risultare a carico e a favore di ciascuno (cfr. Trib. Milano 23-06-14; conf. Trib. Torino 24-04-14).

Ne consegue che la minore alea riconoscibile in favore della banca, che sia munita di migliori strumenti di indagine dei mercati e quindi di previsioni sull'andamento dei tassi, non vale ad escludere la natura



aleatoria del contratto che abbia una ragionevole aspettativa di profitto sin dall'origine, avuto riguardo (i) alla naturale imprevedibilità dell'esatta misura del rendimento (comunque sottratto al diretto controllo dell'intermediario) ed (ii) alla facoltà dell'investitore di avvalersi di studi specializzati sul rapporto tra capitale nozionale e durata dell'IRS al fine di verificare l'entità del rischio a suo carico.

Inoltre, la natura aleatoria dei contratti di swap non è certamente di per sé incompatibile con l'esistenza e la liceità della loro causa anche quando hanno natura speculativa e non di copertura (cfr. Cass. Civ. n. 18781/17: *“ i contratti atipici sono infatti validi anche se diretti a fini speculativi, trattandosi di contratti aleatori per i quali è del resto espressamente esclusa, per specifica disposizione di legge, l'applicabilità dell'art. 1933 c.c.”* (art. 23 comma 5 TUF); cfr. anche n. 19013/17, ove è posta in risalto la necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente, cosicché l'esecuzione delle funzione dedotta nel contratto (nella specie era di copertura) anche alla luce dei parametri espressi dalla Consob concreta la causa meritevole di tutela ex art. 1322 c.c.).

All'alea contrattuale va ricondotto il rischio finanziario che espone il cliente a possibili perdite, non preventivamente calcolabili, anche se il contratto viene stipulato per ristrutturare un debito con andamento pluriennale e comporti un indebitamento per effetto della corresponsione del c.d. up front. In quest'ultimo caso, deve escludersi che possa parlarsi



a priori di contratto nullo ove l'up front (ovvero il riequilibrio delle posizioni nei contratti non par; cfr. il par. 4 dell'allegato 3 Reg. Consob n. 11522/98) non venga previsto né versato, dovendosi invece valutare nel singolo caso se *“il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti sia lecito e persegua o meno interessi meritevoli di tutela”* (così Cass. civ. n. 18781/17 cit.; cfr. Cass. Civ. sez. I, 10-01-19 n. 493, ove il c.d. front up nei contratti no par viene giudicato alla stregua di un indebitamento).

Occorre quindi avere riguardo alla funzione economica affidata al contratto di SWAP 26-10-09, la cui natura aleatoria non è contestata in causa.

Dal documento in atti si ricavano il lasso temporale, i parametri del tasso cliente (v. anche la scheda tecnica allegata) e lo scopo concreto perseguito (*“Scelgo di trasformare i miei oneri finanziari da variabili a fissi per avere certezza dei flussi di cassa attesi. Mi proteggo da un potenziale rialzo dei tassi di interesse, ma non beneficio di un eventuale ribasso dei tassi”*); inoltre, la quota capitale costante e la periodicità dell'ammortamento erano riferiti all'importo di euro 908.000,00, pari al valore del leasing stipulato cinque mesi dopo.

Non è pertanto discutibile la funzione di copertura del prodotto acquistato il 26 ottobre, agganciata al nozionale di riferimento del contratto di leasing e rapportata- quanto alla determinazione del tasso



fisso – al tasso variabile di quest’ultimo contratto (Euribor a tre mesi),
come si deduce agevolmente dal raffronto dei due contratti e neppure era
oggetto di specifica contestazione da parte dell’attrice in primo grado.

Si deve dunque concludere che detto contratto soddisfacesse *ab origine*
la enunciata funzione di copertura, secondo i parametri dettati dalla
Consob, invocati dall’appellante, laddove stabiliscono che le operazioni
Irs hanno funzione hedging allorquando sia stata stabilita una
correlazione tra le caratteristiche dello Swap e il finanziamento
“coperto”.

Quanto all’indeterminabilità dell’oggetto, secondo l’appellante l’omessa
indicazione in contratto del mark to market iniziale (oltre che degli altri
elementi rilevanti per un’informazione completa: eventuale up front,
costi di intermediazione e di cessazione anticipata) incideva sulla
consapevolezza in ordine agli elementi essenziali del contratto, in quanto
indeterminati, ciò con particolare al mark to market ovvero al valore
attuale dei flussi di cassa futuri delle singole operazioni, calcolato sulla
base dei fattori di sconto riferibili a ciascun flusso e desunti dalla curva
dei tassi di interesse e dalla curva di volatilità esistente sui mercati
finanziari alla suddetta data.

Ritiene invece questa Corte che la carenza informativa in ordine al valore
iniziale del mark to market non possa comportare la nullità dello swap
per difetto di un elemento essenziale e/o per indeterminatezza



dell'oggetto, posto che *“in assenza di norma specifica che preveda quale oggetto del contratto l'indicazione del mark to market o degli scenari probabilistici, nessun contrasto con norme imperative può rilevarsi rispetto alla impugnata decisione che ha ritenuto non rilevante, ai fini della nullità del contratto, la mancata determinazione del mark to market”* (così Corte d'appello Milano n. 2859/18), ciò sul presupposto che le Sezioni Unite della Cassazione (n. 26724/06) avevano da tempo stabilito che la violazione delle norme di condotta dava luogo a responsabilità dell'intermediario e non a invalidità del contratto, mentre la causa costituiva *“un elemento oggettivo che nulla ha a che vedere con le informazioni rese all'investitore o comunque con la sfera soggettiva delle parti”*.

La questione dunque non verte sul piano della validità del contratto, da valutare in concreto caso per caso con riferimento alla naturale aleatorietà dello swap, sia di copertura che speculativo, bensì sul piano della consenso informato reso dal cliente all'atto della sottoscrizione del contratto d'acquisto, in modo da evitare che questi si trovi inconsapevolmente esposto a costi elevatissimi.

Il piano del contendere si sposta dunque sulla nota distinzione tra regole di comportamento e regole di validità (cfr. Cass. S.U., 19-12-2007 n. 26724: *in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso, c.d. nullità*



virtuale, deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, c.d. contratto quadro, il quale per taluni aspetti può essere accostato alla figura del mandato; può dar luogo invece a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto quadro; cfr. Cass. Civ. sez. I, 12-06-15 n. 12262: “la violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti la fase successiva alla stipulazione del contratto di intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento, o inesatto adempimento, contrattuale. Ne



consegue che l'eventuale loro violazione, oltre che generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria in corso"), di cui infra.

2. RISOLUZIONE PER GRAVE INADEMPIMENTO.

L'appellante si è doluto della decisione di prime cure anche nella parte in cui il tribunale considerava adeguata l'informazione resa dall'intermediario al cliente, classificato correttamente come "professionale", avuto riguardo alle competenze maturate dal legale rappresentante e ricavabili dalla sottoscrizione dell'accordo normativo, dal compimento di pregresse operazioni commerciali e finanziarie e dalla esigenza espressa di cautelarsi dalle fluttuazioni dei tassi.

In merito va ricordato che l'eventuale condotta, contraria agli obblighi informativi e di correttezza, dell'intermediario, il quale abbia taciuto la doverosa informazione sulle caratteristiche del prodotto ceduto, attiene alla responsabilità per inadempimento – come sopra ricordato - e non al difetto genetico del sinallagma contrattuale (v. Cass. civ. sez. I, n. 18781/17; cfr. id, n. 12262/15).

La violazione delle prescrizioni impartite dagli artt. 21 e ss D.L.vo 58/98 *(I soggetti abilitati classificano, sulla base di criteri generali minimi definiti con regolamento dalla Consob, che a tale fine può avvalersi della*



*collaborazione delle associazioni maggiormente rappresentative dei soggetti abilitati e del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, di cui alla legge 30 luglio 1998, n. 281, il grado di rischiosità dei prodotti finanziari e delle gestioni di portafogli d'investimento e rispettano il principio dell'adeguatezza fra le operazioni consigliate agli investitori, o effettuate per conto di essi, e il profilo di ciascun cliente, determinato sulla base della sua esperienza in materia di investimenti in prodotti finanziari, della sua situazione finanziaria, dei suoi obiettivi d'investimento e della sua propensione al rischio, salve le diverse disposizioni espressamente impartite dall'investitore medesimo in forma scritta, ovvero anche mediante comunicazione telefonica o con l'uso di strumenti telematici, purché siano adottate procedure che assicurino l'accertamento della provenienza e la conservazione della documentazione dell'ordine) integra infatti inadempimento della banca all'obbligo di diligenza specifica ed al correlato obbligo di informativa, inadempimento certamente rilevante ai sensi dell'art. 1455 c.c., posto che i requisiti minimi di informativa prescritti dall'art. 21 T.U.F. e dagli artt. 27 e ss.del Regolamento Consob *ratione temporis* applicabile (richiamato dall'appellante il n. 16190/07, che ha dato attuazione alla Direttiva Mifid n. 2004/39/CE), consistono nell'esperimento di una accurata indagine sulla esperienza dell'investitore in materia di acquisti di strumenti finanziari al fine di verificare se il cliente disponga di*



competenze tali da comprendere i rischi inerenti l'operazione, se l'operazione sia adeguata per il cliente ed in particolare corrisponda ai suoi obiettivi di investimento e sia in grado di sopportarla finanziariamente.

E' evidente che detti obblighi sono imposti all'intermediario indipendentemente da una previsione specifica che le parti abbiano fatto nel singolo contratto, a tutela della sicura circolazione dei prodotti finanziari, e la scelta se far valere o meno il rimedio della risoluzione è rimessa alla volontà del cliente.

In sostanza, nella prestazione dei servizi d'investimento gli intermediari devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza ed in particolare: a) acquisire dal cliente le informazioni sulla sua esperienza, situazione finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio; b) disporre di adeguata conoscenza degli strumenti finanziari oggetto dei propri servizi e della situazione economica e finanziaria degli emittenti per informare adeguatamente il cliente su natura, rischi ed implicazioni della specifica operazione di investimento; c) astenersi dall'operare in conflitto di interessi con il cliente o su valori non negoziati nei mercati regolamentati, se non espressamente autorizzati per iscritto; d) avvertire il cliente dell'eventuale inadeguatezza dell'operazione (cfr. Cass. civ. sez. I, n.2535/16).



Detti obblighi informativi (sia quelli relativi alla richiesta di notizie circa le esperienze e la situazione finanziaria del cliente sia quelli concernenti la descrizione adeguata in concreto della tipologia di investimento proposto e/o richiesto), stabiliti a carico dell'intermediario, hanno lo scopo di rendere edotto l'investitore, con modalità esaurienti, della effettiva portata dell'operazione scelta, affinché la volontà del cliente possa formarsi consapevolmente, cosicché l'adeguatezza dell'informazione deve essere rapportata al profilo dell'investitore ed al grado di rischiosità della singola negoziazione (cfr. Cass. Civ. sez. I, 18-05-17 n. 12544: *"In materia di intermediazione finanziaria, gli obblighi d'informazione che gravano sull'intermediario, dal cui inadempimento consegue in via presuntiva l'accertamento del nesso di causalità del danno subito dall'investitore, impongono la comunicazione di tutte le notizie conoscibili in base alla necessaria diligenza professionale e l'indicazione, in modo puntuale, di tutte le specifiche ragioni idonee a rendere un'operazione inadeguata rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ivi comprese quelle attinenti al rischio di default dell'emittente con conseguente mancato rimborso del capitale investito, in quanto tali informazioni costituiscono reali fattori per decidere, in modo effettivamente consapevole, se investire o meno"*).

In ogni caso, l'esposizione a rischio inconsapevole genera a carico dell'intermediario la responsabilità per il pregiudizio patrimoniale



sopportato dall'investitore, nei confronti del quale può ipotizzarsi una riduzione dell'entità del danno risarcibile solo per quegli effetti dannosi che il medesimo avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza cui ciascuno è tenuto nella gestione del proprio patrimonio, *essendo eventualmente a carico della controparte l'onere di allegare e dimostrare l'esistenza di circostanze dalle quali si possa invece logicamente trarre il convincimento che già in epoca anteriore il cliente si fosse reso conto, o fosse comunque in condizioni di rendersi conto, del rischio inerente l'investimento* (Cass. n. 29864/11; Cass. Civ. sez. I, 31-08-15 n. 17333: "*In tema di contratti di intermediazione finanziaria, l'intermediario, che sia rimasto inadempiente agli specifici obblighi informative previsti dalla legge con riferimento alle operazioni inadeguate, non può invocare l'attenuazione della sua responsabilità, ex art. 1227 c.c., per non avere l'investitore condiviso i suggerimenti (nella specie a diversificare o a disinvestire) da lui ricevuti dopo l'esecuzione dell'ordine di acquisto ed entro il termine di scadenza dell'investimento, atteso che una siffatta condotta non comporta un'esposizione volontaria ad un rischio né viola una regola di comune prudenza*"; id, 13-05-16 n. 9892: "*Nella prestazione del servizio di negoziazione titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente e quest'ultimo non rientri in alcuna delle categorie di investitore*



qualificato o professionale previste dalla normativa di settore, non è configurabile un concorso di colpa del medesimo cliente nella produzione del danno, neppure per non essersi informato della rischiosità dei titoli acquistati”; Cass. Civ. sez. I, 31-08-2015 n. 17333: *“In tema di contratti di intermediazione finanziaria, la qualità di operatore qualificato ha un preciso contenuto tecnico giuridico, espressamente disciplinato dall’art. 31 c. 2, del regolamento Consob 1 luglio 1998 n. 11522, e non integrato dal mero riferimento all’entità del patrimonio dell’investitore ed alle sue attitudini imprenditoriali”*; sulla ripartizione dell’onere della prova v. sez. I, n. 4727/18).

Ciò posto, è pacifico in causa che il legale rappresentante della società ██████████ avesse sottoscritto l’accordo normativo del 20-10-09, nel quale dava atto che *“nell’ambito della propria attività ha posto e/o pone in essere operazioni commerciali o finanziarie dalle quali derivano posizioni debitorie /creditorie in euro o in valuta rispetto alle quali intende cautelarsi contro gli effetti delle variazioni dei tassi ... determinando fin da ora la propria posizione di rischio in relazione alle fluttuazioni dei suddetti tassi ... in relazione a quanto precede intende porre in essere con la banca indicata nell’intestazione della presente richiesta di adesione operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati ... non negoziati in mercati regolamentati ... è al corrente della circostanza che l’operatività in derivati OTC è consentita dalla banca*



unicamente al cliente che operi nell'ambito delle raccomandazioni personalizzate fornite dalla banca nella prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti".

Al predetto accordo è allegata l'analisi del profilo finanziario del cliente, ovviamente riferita alla persona fisica del rappresentante legale, portante le seguenti indicazioni: conoscenza media degli strumenti finanziari; competenze specifiche in campo finanziario e costante aggiornamento sull'andamento dei mercati; obiettivi di investimento volti alla crescita moderata nel tempo, tollerando oscillazioni anche apprezzabili del valore del portafoglio; impiego di circa la metà degli investimenti nell'esercizio della propria attività; ipotizzabile acquisto di azioni in misura anche apprezzabile rispetto al totale degli investimenti; aspettative di una certa stabilità della posizione finanziaria se non di una certa crescita. In conclusione il profilo era qualificato prudente.

Riteneva il primo giudice che, sulla scorta di tali informazioni, correttamente la banca potesse contare sulla qualifica "professionale" e di "controparte qualificata" in capo al cliente e che le informazioni ricevute sul prodotto derivato acquistato fossero adeguate al livello di competenza specializzata del cliente.

Vanno, di contro, svolte alcune osservazioni sul contenuto dell'accordo normativo e della profilatura allegata.



In primo luogo l'adesione espressa dal cliente nell'accordo del 20 ottobre è riferita a clausole di stile, predisposte in via generale dalla banca su formulari, che non contengono alcun riferimento alla situazione finanziaria specifica del cliente né riscontrano la sua qualità professionale e/o qualificata nel senso stabilito dall'art. 6 TUF, cosicché tale particolare denotazione del cliente ██████████ s.r.l. non risulta comprovata nelle sue necessarie componenti, in violazione delle in violazione del Regolamento Consob n. 16190/07 laddove prescrive che le informazioni al cliente devono essere rese in modo chiaro e comprensibile in modo da esprimere in modo adeguato al cliente la tipologia del prodotto ed il rischio connesso; elementi in tal senso non possono trarsi, come sembra voler affermare il primo giudice, dal suo oggetto sociale veppiù nell'ipotesi, quale nella specie, il soggetto abbia contestato detta qualità (v. memoria assertiva di primo grado, richiamata dall'appellante; cfr. Cass. Civ. sez. I, n. 10286/18: *“Nella prestazione del servizio di negoziazione di titoli, l'accertata propensione al rischio del cliente che non rivesta le caratteristiche dell'investitore abilitato o professionale non elimina gli obblighi informativi dell'intermediario ma li qualifica in modo peculiare, nel senso che l'esperienza dell'investitore e le sue scelte devono orientare la selettività delle informazioni da fornire, dirigendosi verso quelle specifiche e non generalmente o facilmente accessibili del prodotto, tenuto conto che tanto più elevato è il rischio dell'investimento*



tanto più puntuali devono essere le informazioni da fornire, essendo necessario verificare se le decisioni d'investimento si siano fondate sulla conoscenza effettiva dei rischi conoscibili del prodotto. Pertanto, nell'ipotesi di accertato inadempimento, il fatto lesivo consiste nell'essere stato posto a carico del medesimo cliente un rischio che presumibilmente egli non si sarebbe accollato ove ne fosse stato informato").

In ogni caso, la sottoscrizione di tale accordo, cui è seguito pochi giorni dopo l'acquisto del derivato SWAP, non veniva accompagnata dalle obbligatorie avvertenze del grado di rischio di tale prodotto, essendo stata indicata soltanto la perdita del beneficio da eventuale ribasso dei tassi (conseguenza ovvia dell'assunzione di un tasso fisso), ma non era specificato che nella determinazione del differenziale il cliente sarebbe stato esposto al rischio del pagamento di somme anche ingenti alla banca. Invero, la rappresentazione delle caratteristiche dell'investitore riassunta nella profilatura in atti mal si concilia con la natura aleatoria dell'IRS: un soggetto di media esperienza, che intende perseguire un obiettivo di stabilità e di crescita dell'azienda e che intende utilizzare nella propria attività circa la metà degli investimenti effettuati, non può certamente dirsi in grado di percepire il rischio dei derivati IRS, per quanto il contratto rechi il dettaglio dei tassi e il piano di ammortamento.



Trattasi, come è noto di contratti aleatori atipici, la cui funzione economica e causa concreta consiste nella copertura di un rischio mediante un sistema destinato a depotenziare le incertezze connesse ai costi dei finanziamenti oppure, assente il rischio, in una sorta di scommessa che due operatori contraggono sull'andamento futuro dei tassi di interesse, con i quali le parti si obbligano reciprocamente all'esecuzione, alla scadenza di un termine prestabilito, di una prestazione pecuniaria il cui ammontare è determinato da un evento incerto.

La tipologia di questo prodotto non è coerente ad un obiettivo di crescita moderata, stabile e prudente, nel quale gli investimenti del breve periodo sono in gran parte destinati all'esercizio dell'impresa.

Non sono state allegare analoghe esperienze del cliente nel settore dei derivati o in altri strumenti finanziari, mentre di alcun rilievo sono quelle del padre del rappresentante legale, come individuate dal tribunale.

A fronte del profilo finanziario acquisito dal cliente, la banca avrebbe dovuto astenersi dal far sottoscrivere l'accordo normativo destinato alla futura conclusione di strumenti finanziari e dal proporgli l'acquisto del derivato Irs.

Ricorre dunque l'ipotesi della violazione delle regole di condotta imposte all'intermediario dalle disposizioni di settore con riferimento alla prudente valutazione dell'obiettivo denunciato dall'investitore a seguito



dell'informazione prescritta, valevole anche nel caso di tratti di soggetto che abbia avuto precedenti esperienze nel campo, perché ciò solo non basta a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla Consob (Cass. Civ. sez. I, 25-06-08 n. 17340; cfr. anche id, 29-12-2011 n. 29864: *“la ragione che giustifica l'instaurazione del rapporto contrattuale del cliente con l'intermediario proprio in questo consiste: nel fatto che il cliente affida all'intermediario, in considerazione della qualificazione professionale di quest'ultimo, il compito di informarsi e d'informarlo. Tanto basta ad escludere, fin quando il rapporto contrattuale con l'intermediario è in esecuzione, un onere di informazione ulteriore e diretta a carico del cliente al dettaglio, sia che egli non disponga degli strumenti culturali ed intellettuali a tal fine occorrenti, sia che semplicemente non intenda impiegare il proprio tempo in un'attività di monitoraggio che contrattualmente ha affidato ad un soggetto comunque più qualificato di lui*).

In riforma della sentenza impugnata, deve dunque ritenersi che la convenuta non abbia assolto all'onere sulla medesima gravante di aver osservato le regole stabilite a tutela del consenso (c.d. suitability rule) dell'investitore non professionale, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 23 c. 6 D.Lv. 58/98 (*Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori,*



spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta; cfr. Cass. Civ. n. 18039/12: il giudice di merito, per assolvere l'intermediario finanziario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge, non può limitarsi ad affermare che manca la prova della sua negligenza ovvero dell'inadempimento, ma deve accertare se sussista effettivamente la prova positiva della sua diligenza e dell'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico e, in mancanza di tale prova che è a carico dell'intermediario fornire (ex art. 23 d.lvo n. 58/98), questi sarà tenuto al risarcimento degli eventuali danni causati al risparmiatore"; conf. id, 15-03-16 n. 5089), con la conseguenza che deve essere pronunciata la risoluzione dell'accordo normativo e del contratto di swap stipulato in data 26-10-09 per grave inadempimento dell'intermediario.

La condotta omissiva sopra delineata costituisce infatti inadempimento "grave", ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1218-1453 c.c., giacchè è ragionevole presumere che l'ordinario risparmiatore, se adeguatamente informato delle caratteristiche dell'investimento, non si sarebbe esposto al rischio di perdere il capitale investito (cfr. Cass. Civ. n. 29864/1; id, 18-05-17 n. 12544: *"In materia di intermediazione finanziaria, gli obblighi d'informazione che gravano sull'intermediario, dal cui inadempimento consegue in via presuntiva l'accertamento del nesso di causalità del danno subito dall'investitore, impongono la comunicazione*



di tutte le notizie conoscibili in base alla necessaria diligenza professionale e l'indicazione, in modo puntuale, di tutte le specifiche ragioni idonee a rendere un'operazione inadeguata rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ivi comprese quelle attinenti al rischio di default dell'emittente con conseguente mancato rimborso del capitale investito, in quanto tali informazioni costituiscono reali fattori per decidere, in modo effettivamente consapevole, se investire o meno"; id, n. 29353/18).

Pronunciata la risoluzione, la parte inadempiente è tenuta anche al risarcimento del danno patrimoniale, che la società ha allegato con riferimento all'ammontare dei differenziali negativi addebitati sul conto corrente in misura pari ad euro 125.392,18, somma nella quale si liquida il danno. Sull'importo così liquidato sono altresì dovuti gli interessi legali dalla pronuncia al soddisfo.

La quantificazione dell'addebito di tale valore negativo per la società non è stata oggetto di contestazione nel suo ammontare e non ha dunque necessitato di ulteriori approfondimenti.

Nella quantificazione del danno non possono essere inclusi gli ulteriori importi indicati nella memoria conclusionale di replica, maturati dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, senza che la parte abbia chiesto la rimessione in istruttoria.

La [REDACTED] s.p.a., in persona del legale rappresentante, deve dunque essere condannata al pagamento in favore della [REDACTED] s.r.l.



della somma di euro 125.392,18, oltre interessi in misura legale dalla pronuncia al saldo.

Va altresì accolta la domanda di condanna della banca appellata alla cancellazione della segnalazione della relativa sofferenza presso la Centrale Rischi, mentre deve essere disattesa la domanda risarcitoria da illegittima segnalazione in difetto di specifica allegazione e prova delle conseguenze pregiudizievoli sopportate (cfr. Cass. Civ. sez. VI-III, n. 7594/18).

Le spese processuali di primo e secondo grado, liquidate al valore medio dello scaglione indeterminabile-complessità alta, devono essere poste a carico dell'appellata, secondo soccombenza.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione:

- 1) in accoglimento dell'appello proposto da [REDACTED] s.r.l. avverso la sentenza n. 527/17 del Tribunale di Nuoro, pronuncia la risoluzione per grave inadempimento della [REDACTED] s.p.a. dell'accordo normativo 20-10-09 e del contratto di swap del 26-10-09;
- 2) condanna la [REDACTED] s.p.a., in persona del legale rappresentante, al pagamento in favore della [REDACTED] s.r.l. della somma di euro 125.392,18, oltre interessi in misura legale dalla



pronuncia al saldo nonché alla cancellazione della posizione di sofferenza presso la Centrale Rischi, rigettando nel resto;

- 3) condanna l'appellata alla rifusione in favore dell'appellante delle spese processuali, che liquida in euro 13.880,00 per il primo grado, di cui euro 13.430,00 per compensi ed euro 10.653,50 per il presente grado, di cui euro 9515,00 per compensi, oltre quanto dovuto per legge in entrambi i gradi.

Così deciso in Sassari il 2-01-2020

Il Presidente rel.

Dott. M.Teresa Spanu

