

**Tribunale di Verona – Sentenza 15.11.2012
(Composizione monocratica - Giudice VACCARI)**

N. 709/2013

SENT. CONT. 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale civile e penale di Verona

Sezione 4[^] civile

Il G.U. Dott. MASSIMO VACCARI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

OGGETTO: BANCARI

nella causa civile promossa con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo ritualmente notificato

DA

NC S.R.L. G.M.B.H. e AD

ATTORI - OPPONENTI

CONTRO

U S.P.A., quale società incorporante UCB S.P.A.

CONVENUTA - OPPOSTA

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con decreto del 12 ottobre 2010, notificato il 20 ottobre 2010, il giudice designato del Tribunale di Verona, in accoglimento del ricorso proposto da UCB S.p.A (d'ora innanzi, per brevità solo UCB), ingiungeva alla NC s.r.l. G.M.B.H (d'ora innanzi, per brevità, solo NC) e al fideiussore della stessa AD di pagare in favore della prima la somma complessiva di euro 1.171.325,64, oltre interessi ai tassi contrattuali rispettivamente previsti dal 5 ottobre 2010 al saldo. Nel ricorso monitorio UCB aveva sostenuto che il predetto credito derivava da alcuni rapporti che la NC aveva intrattenuto con la CRV alla quale essa era succeduta e per la precisione: euro 573.247,54, quale saldo debitore del conto corrente n. (omissis) sul quale era stata concessa una apertura di credito; euro 475.115,17 per aperta anticipi export n. (omissis); euro 122.962,93, per apertura di mutuo chirografario a tasso variabile n. (omissis).

La NC e AD hanno convenuto in giudizio avanti a questo Tribunale Unicredit Corporate Banking S.p.A. per sentir accogliere le conclusioni di merito di cui in epigrafe.

Gli attori a sostegno di tali domande hanno, innanzitutto, dedotto che le perdite accumulate sul conto corrente sopra citato erano state il risultato di una serie di operazioni in strumenti derivati, meglio descritte in atto di citazione, alla cui conclusione la NC era stata indotta dalla CRV, in virtù di un accordo normativo concluso il 17 luglio 2000, che si erano rivelate inadatte alle esigenze e competenze della stessa attrice, sebbene fossero state rimodulate più volte, e l'ultima delle quali era stata consensualmente risolta in data 9 novembre 2007.

Gli opposenti hanno quindi lamentato la nullità di tali contratti per mancanza di causa in quanto, a loro dire, avevano avuto una funzione speculativa, sebbene fossero stati stipulati al fine di neutralizzare le oscillazioni dei tassi di interesse applicabili ai finanziamenti che la NC aveva allora in essere. Ancora gli attori hanno dedotto la invalidità dei contratti su derivati per errore o dolo poiché, contrariamente a quanto era stato prospettato al proprio legale rappresentante, al momento delle singole rinegoziazioni esse non erano state risolte anticipatamente a costo zero. Ancora gli attori hanno assunto la nullità del contratto quadro e dei contratti di swap conclusi in esecuzione di esso perché non era stato osservato il requisito della forma scritta ad substantiam, dal momento che il primo era stato sottoscritto solo dal cliente e non anche dall'istituto di credito e perché non vi era stato inserito l'avviso della facoltà di recedere ai sensi dell'art. 30 T.U.F

Ancora gli attori hanno sostenuto che la banca convenuta aveva violato gli obblighi comportamentali derivanti a suo carico dagli artt. 21, comma primo, lett. a) Tuf e dagli artt. 26, 27, 28 e 29 reg. Consob n.11522/1998 dal momento che non aveva fornito le informazioni necessarie a comprendere le reali caratteristiche dei contratti che aveva concluso la NC e che comunque erano stati inadeguati alle sue caratteristiche di investitore.

Gli opposenti hanno poi dedotto con specifico riguardo al credito per anticipo fatture:

- la nullità del ricorso monitorio perché la relativa domanda non era stata corredata dalla indicazione delle fatture che erano rimaste insolite;

- l'insussistenza del credito azionato dal momento che l'istituto di credito non aveva assolto all'onere probatorio su di esso gravante, quale cessionario dei crediti, di dimostrare la loro esigibilità e l'insolvenza dei debitori ceduti;
- che il contratto di affidamento sottoscritto il 12 febbraio 2010 consentiva alla società una apertura di credito fino all'importo massimo di euro 100.000,00 cosicchè la domanda di ingiunzione di euro 475.115,17 non poteva trovare giustificazione in esso.

Con riguardo agli altri rapporti bancari citati nel ricorso monitorio gli attori hanno sostenuto che:

- la convenuta era receduta dagli stessi senza fornire nessuna spiegazione di tale decisione e senza che vi fossero state circostanze idonee a giustificarla e quindi in violazione dell'obbligo di buona fede,
- a dimostrazione del credito ingiunto la convenuta nella fase monitoria aveva prodotto dei meri prospetti riportanti l'esposizione della NC che erano del tutto assimilabili ad un salda-conto;
- sulla somma richiesta a titolo di ripetizione dell'affidamento per anticipo export aveva addebitato interessi ad un tasso superiore a quello legale, che non erano stati convenuti tra le parti, e applicando la capitalizzazione trimestrale degli stessi.

Gli attori hanno poi affermato l'incompetenza per territorio del Tribunale di Verona a pronunciarsi sul ricorso monitorio nei confronti dell'AD sulla base del rilievo che lo stesso aveva la qualità di consumatore e risiedeva nella provincia di Trento, con la conseguenza che il Tribunale di quella città era competente al riguardo.

A seguito della fusione per incorporazione di UCB in U S.p.A gli attori previa autorizzazione del giudice hanno chiamato in causa tale società che si è costituita ritualmente in giudizio e ha resistito alle domande avversarie assumendone la infondatezza.

In particolare U S.p.A. ha affermato che:

- dall'anno 2000 fino al momento della introduzione del giudizio le operazioni in strumenti finanziari non erano mai state contestate dagli attori e il numero di contratti in derivati che aveva stipulato NC ne confermava l'esperienza e la qualità di operatore qualificato;

- le domande della NC, oltre che prescritte, erano inammissibili dal momento che, con lettera del 9 novembre 2007, le parti avevano risolto consensualmente e in via anticipata il contratto che avrebbe dovuto giungere a scadenza l'11 maggio 2014 e nella stessa occasione NC aveva dichiarato di rinunciare espressamente ad ogni pretesa comunque e anche indirettamente riferita ai contratti in derivati e si era impegnata a ripianare a semplice richiesta il debito nei confronti di U Spa;
- nei contratti di anticipo fatture erano state individuate esattamente gli anticipi e le fatture rimaste insolute e il recesso dai rapporti era stato determinato da un protesto di un assenso di oltre centomila euro nei confronti dell'AD in data 6 agosto 2010;
- a sostegno del ricorso era stata prodotta copia integrale degli estratti conto.

All'udienza di prima comparizione il procuratore degli attori ha avanzato istanza di concessione dei termini ex art. 183, comma 6, cpc mentre quello di parte convenuta chiedeva la fissazione di udienza di precisazione delle conclusioni e il G.I. accoglieva quest'ultima fissando udienza di precisazione delle conclusioni e discussione orale alla udienza di discussione orale a parziale modifica del precedente provvedimento il giudice assegnava alle parti termini massimi di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

1.L'eccezione di incompetenza per territorio

In via preliminare va esaminata l'eccezione di incompetenza per territorio che è stata sollevata dall'attore AD sul presupposto della propria qualità di consumatore. Essa invero è palesemente destituita di fondamento alla luce del consolidato orientamento, opportunamente richiamato dalla difesa della convenuta, secondo cui la fideiussione che accede a contratti bancari stipulati da una società di capitali (ipotesi verificatasi nel caso di specie) deve ritenersi, per estensione oggettiva, stipulata da soggetto non consumatore. Si veda in particolare Cass. sez. I, 12/11/2008, n. 27005 che ha affermato che: *“Sebbene la fideiussione non possa essere inclusa, di per sé, fra i contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi intercorrenti tra un professionista e un consumatore, previsti dall'art. 1469 bis c.c. nel testo anteriore alla l. 21*

dicembre 1999 n. 526, tuttavia, anche nel vigore della precedente formulazione, per la fideiussione che accede a contratti bancari deve ritenersi sussistente il requisito oggettivo, per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive, introdotta dalla l. 6 febbraio 1996 n. 52. Ciò a causa del collegamento contrattuale che intercorre tra contratto costitutivo del debito principale garantito e il contratto costitutivo dell'obbligazione fideiussoria. Quanto al requisito soggettivo di applicabilità della medesima disciplina, la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore".

2. Sulla discrezionalità del giudice nella concessione dei termini ex art. 183 c.p.c.

Sempre in via preliminare deve essere esaminata l'ulteriore doglianza di parte attrice relativa al rigetto dell'istanza di concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. avanzata alla udienza di prima comparizione.

E' indubbio che dottrina e giurisprudenza prevalenti (per quella di legittimità, invero formatasi sulla disciplina anteriore alla riforma del 2005, si veda per la tesi favorevole alla obbligatorietà dei termini: Cass. 24 maggio 2000, n.6808 e per quella favorevole alla loro discrezionalità: Cass. 27 marzo 2009, n.7556), ritengono, sulla base della collocazione e della formulazione della norma, che la c.d. appendice scritta della trattazione sia una facoltà incondizionata delle parti, immune da qualsiasi vaglio preventivo del giudice che, pertanto, a fronte di una richiesta in tal senso di anche una sola di esse, è tenuto a concedere i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. (con la precisazione che la memoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 1 può essere utilizzata per precisare e modificare le domande e le eccezioni già proposte: cfr. sul punto Cass. Sez.Un. 14 febbraio 2011 n. 3567).

All'interno di tale orientamento si distingue la posizione di chi reputa che sia possibile sottrarsi alla previsione in esame solo nei casi in cui le parti rinuncino a chiedere termini per ulteriori allegazioni e richieste istruttorie ovvero completino tali attività nel corso della stessa udienza senza far richiesta dei termini previsti.

Questo giudice ritiene però che a favore della tesi contraria militino argomenti più convincenti a cominciare da quello, seppur non decisivo, che la norma in esame, fin dal momento in cui è stata modificata ad opera della l. 80/2005,

utilizza il termine “concede” per descrivere il provvedimento del giudice conseguente alla richiesta di termini. La scelta infatti non pare del tutto casuale, specie se si considera che nella versione immediatamente precedente il termine impiegato era stato “fissa”.

Un ulteriore, e più consistente, argomento a favore della tesi della discrezionalità nella assegnazione dei termini ex art. 183 c.p.c. è però ravvisabile nel disposto dell’art. 80 bis disp. att. c.p.c. che consente al giudice di rimettere la causa in decisione fin dalla prima udienza. Si noti che questa norma è stata mantenuta nel corso dei plurimi interventi sul codice di rito che si sono susseguiti dal 1950 ad oggi e l’affermazione che si rinviene in alcune pronunce di merito, richiamate anche dalla difesa degli attori, secondo cui essa è stata tacitamente abrogata non convince affatto perché presuppone una reiterata disattenzione del legislatore sul punto.

Un commentatore ha, più acutamente, osservato che la norma in esame ha perso la funzione che aveva nel momento in cui venne introdotta nel codice, allorquando fu abbandonato il principio di preclusione, vigente con il codice del 1940, a favore di quello di libertà e, conseguentemente, si attribuì alle parti la facoltà di nuove allegazioni e nuove richieste istruttorie sino al momento della rimessione della causa al collegio, al fine di risolvere il problema della decisione della causa che si fosse rivelata immediatamente matura per la definizione.

La norma quindi avrebbe inteso riconoscere *un diritto delle parti* alla decisione immediata in un sistema che, non favorendo la concentrazione processuale, non la considerava un obiettivo primario. In un sistema, quale quello attuale, che si ispira al principio di preclusione, il problema della decisione immediata della causa sarebbe un falso problema, perché la fase di trattazione in senso stretto si esaurisce (o dovrebbe esaurirsi) in tempi rapidi, di guisa che attendere che le parti consumino i loro poteri di fissazione definitiva del *thema decidendum* e del *thema probandum* non rappresenta un grande attentato al valore della concentrazione processuale.

In realtà, ad avviso di questo giudice, plurime sono le ragioni che giustificano la permanenza della disposizione anche nell’attuale sistema processuale. Innanzitutto essa non è esattamente sovrapponibile all’art. 187, primo comma, c.p.c. dal momento che quest’ultima norma, collocandosi dopo la disciplina della fase di trattazione, consente al giudice di rimettere la causa in decisione dopo

che quella fase si sia conclusa, mentre l'art. 80 bis disp. att. ricollega tale potere alla udienza di prima comparizione. Essa quindi ha una funzione acceleratoria dell'iter processuale, di cui è possibile cogliere l'utilità sulla base di una serie di considerazioni.

Se si attribuisce alle parti il diritto di ottenere la concessione dei termini ex art. 183, comma 6, svincolandolo dalla verifica sulla sussistenza di una effettiva esigenza di integrazione, inevitabilmente le si induce a ricorrere di regola all'appendice scritta e finanche ad esercitare impropriamente la facoltà loro concessa, e proprio questo atteggiamento è frequentemente riscontrabile nella prassi nella quale spesso le memorie ai sensi degli artt. 183, comma 6, nn. 1 e 2 vengono utilizzate dalle parti non già per precisare o modificare le domande ma per una impropria illustrazione scritta dei rispettivi assunti.

Si noti poi che, nel caso in cui una sola delle parti abbia chiesto la concessione dei termini senza un'effettiva esigenza difensiva, e quindi con intenti dilatori, l'interpretazione qui avversata consente ad essa di beneficiare di un periodo di tempo che non sempre è contenuto (invero ai termini massimi derivanti dall'art. 183, comma 6, c.p.c. si deve aggiungere quello necessario al giudice per valutare le istanze) e può quindi ritardare lo svolgimento del processo e risultare pregiudizievole per la parte o le parti che si fossero opposte a quella richiesta.

Non si vede perché, nel contrasto tra la parte che richieda l'appendice scritta della trattazione e quella che aspiri ad una decisione immediata, debba necessariamente prevalere la prima, senza consentire che sia il giudice a risolvere tale divergenza, valutando la sussistenza dei presupposti per dar corso al suddetto sviluppo.

Questi aspetti sono ancor più evidenti nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo, quale è la presente, nelle quali uno dei parametri che il giudice deve valutare ai sensi dell'art. 648 c.p.c., ai fini della concessione della p.e., è quello che la causa sia "di pronta soluzione". Tale espressione implica che il giudice possa stimare, già alla udienza di prima comparizione, se la causa possa giungere celermente a decisione ed è evidente come tale valutazione debba e possa prescindere dall'istanza di concessione di termini ai sensi dell'art. 183 comma 6, c.p.c. che una o entrambe le parti abbiano avanzato.

Le considerazioni sin qui svolte inducono allora ad attribuire al mantenimento dell'art 80 bis disp. att. nel codice un significato diverso da quello che gli ha

riservato la tesi sopra citata, soprattutto se esso viene letto in coordinamento con l'art. 175 c.p.c.

Il combinato disposto di tali norme consente infatti al giudice di realizzare, attraverso un ponderato esercizio del potere di direzione del processo, un equo contemperamento tra esigenze di azione-difesa delle parti ed esigenze di una celere definizione del giudizio, che, oltre a trovare copertura costituzionale nell'art. 111, comma 2, Cost., sono ancor più attuali e cogenti dopo che con l'art. 55 del d.l. 22 giugno 2012, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, che ha aggiunto un articolo 2 bis alla legge 89/2001, è stato normativamente fissato in tre anni il termine di ragionevole durata del giudizio di primo grado .

Né può condividersi l'obiezione secondo cui l'interpretazione qui sostenuta lede necessariamente il diritto di difesa e di contraddittorio delle parti.

Essa infatti non considera che, allorquando, insieme al rigetto della istanza di concessione dei termini, venga fissata udienza di precisazione delle conclusioni, la parte che si ritiene pregiudicata da tale provvedimento ha la possibilità di reiterare la propria istanza, motivandola adeguatamente, fino alla predetta udienza, al fine di indurre il giudice a revocare il provvedimento di diniego. Peraltro va evidenziato come, in simili casi, tale parte non possa limitarsi a rinnovare l'istanza ma abbia anche l'onere di precisare o modificare le proprie domande e avanzare le richieste istruttorie che avrebbe inteso formulare nei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. perché solo in questo modo il giudice è messo in condizioni di valutare l'ammissibilità delle prime e l'ammissibilità e la rilevanza delle seconde e, di conseguenza, anche se sia stato lesa o meno il diritto di difesa del richiedente. Parte attrice invece all'udienza di precisazione delle conclusioni ha riproposto le medesime conclusioni di cui all'atto di citazione.

Qualora ciò non accada, come nel caso di specie, può escludersi che vi sia stata lesione di tale diritto e si ha anzi conferma del carattere pretestuoso dell'istanza che era stata avanzata ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c.

Sul punto occorre rammentare che proprio alcune pronunce della Suprema Corte che pure, con riferimento alla disciplina ante riforma del 2005, hanno riconosciuto, sotto il profilo astratto, la nullità della sentenza nel caso di mancata concessione dei termini ex art. 183 c.p.c. hanno escluso che un simile vizio sia idoneo a ledere in concreto il diritto di difesa sulla base della considerazione che

“non è sufficiente la mera rilevazione dell'avvenuta violazione, potendo questa assumere rilievo solo nel caso in cui la parte interessata con specifico mezzo di gravame deduca quale pregiudizio concreto da quella violazione sia derivato ai propri diritti” (Cass. 9 aprile 2008 n. 9169; Cass. 27 febbraio 2007 n.4448 invece non ha nemmeno ravvisato una nullità in simili casi ma solo il presupposto per la rimessione in termini).

Orbene proprio queste lacune sono ravvisabili nel contegno processuale tenuto da parte attrice nel caso di specie.

Ciò detto va qui ribadito che la documentazione versata in atti dalle parti e alcune incontestate circostanze valgono ad acclarare la infondatezza di tutte le domande attoree, e, insieme ad essa la superfluità della concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. come meglio si vedrà nei prossimi paragrafi.

3. L'incidenza della rinuncia sottoscritta da NC il 9 novembre 2007 sulle domande della stessa aventi ad oggetto i singoli contratti di swap impugnati e su quella di risoluzione svolta dall'AD.

Venendo al merito va innanzitutto affermata l'infondatezza della domanda di risoluzione svolta dagli attori con riguardo ai singoli contratti di swap, alla luce della considerazione che essi sono stati risolti consensualmente diverso tempo prima dell'inizio del presente giudizio e l'ultimo in ordine di tempo, ossia il contratto denominato “inflazione swap”, con la dichiarazione del 9 novembre 2007 che è stata prodotta come doc. 15 dalla convenuta.

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 esso siano venuti meno.

Le domande di nullità e annullamento, invece, ben possono essere proposte anche nel caso in cui il contratto che ne costituisce oggetto abbia perso efficacia qualora, come nel caso di specie, siano dirette a prevenire una domanda di condanna da parte della controparte che si fondi su di esso.

Peraltro il contenuto dell'accordo sopra citato giustifica anche il rigetto di tutte le domande avanzate dalla NC in relazione ai predetti contratti, anche quelle risarcitorie e di ripetizione di indebito, rispetto alle quali la predetta società era la sola tra gli attori legittimata a svolgerle. Invero la difesa di parte opponente al fine di giustificare la legittimazione attiva dell'AD sul punto ha richiamato il

disposto dell'art. 1945 c.c. ma questa norma consente al fideiussore di sollevare, al pari del soggetto garantito, le eccezioni che investono il rapporto garantito ma non gli riconoscono anche il diritto a far valere un diritto di contenuto patrimoniale fondato su quel rapporto.

Orbene con la dichiarazione del 9 novembre 2007 le parti rinunciarono ad ogni eventuale ulteriore reciproca pretesa che fosse stata anche indirettamente riferita al contratto risolto e la NC assunse l'impegno a ripianare a semplice richiesta l'eventuale esposizione del contro corrente, comprensiva del costo di risoluzione anticipata.

Si noti che in tal modo l'attrice rinunciò espressamente a far valere eventuali diritti che fossero derivati in capo ad essa dall'ultimo contratto di swap che in ordine di tempo aveva concluso ma, al tempo stesso, tenuto conto delle peculiari caratteristiche del meccanismo delle rinegoziazioni, anche ai diritti che poteva aver acquistato in relazione ai precedenti contratti di swap che erano stati successivamente rinegoziati prima di giungere a quell'ultima operazione.

Va infatti decisamente disatteso l'assunto della difesa attorea secondo cui, poiché i predetti contratti, pur collegati tra loro, furono comunque distinti, l'eventuale acquiescenza prestata da NC rispetto all'ultimo non avrebbe potuto estendersi agli altri poiché esso postula una ricostruzione giuridica del meccanismo delle rinegoziazioni non condivisibile.

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 (altrimenti detta ristrutturazione o rimodulazione) si giunge, di solito, al momento dell'estinzione di un precedente contratto di swap, allorquando maturi in favore di una delle parti il 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, le parti possono scegliere di 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 dalla parte creditrice attraverso il rilascio di una somma di ammontare corrispondente (c.d. up-front). E' opportuno evidenziare che, attraverso questa

operazione, l'obbligazione di pagare la somma dovuta in base alla perdita verificatasi nel primo derivato viene estinta e sostituita con altra obbligazione incorporata nell'up front e trasferita tutta al nuovo contratto che parte già con un valore negativo da recuperare.

E' evidente pertanto che è solo all'atto della conclusione, naturale o anticipata, dell'ultimo rapporto contrattuale della serie, senza che ad essa si accompagni una nuova rimodulazione, che la perdita, fino a quel momento solo potenziale, dei vari contratti rinegoziati può diventare effettiva per la parte debitrice poiché l'altra parte può richiedere la corresponsione del valore negativo del derivato a quella data, che ingloba tutte le perdite verificatesi in relazione ai vari contratti che lo hanno preceduto.

Orbene se è indubbio che i diversi contratti di swap conclusi con le successive rinegoziazioni rappresentino entità distinte, ognuna delle quali dotate di una propria causa, essi sono però legati tra loro da un nesso economico la cui natura giuridica è alquanto controversa.

Secondo una prima tesi tale nesso integrerebbe una ipotesi di collegamento negoziale (in tal senso si sono espressi, nella giurisprudenza di merito: Corte App. Trento 5 marzo 2009 e Trib. Milano 19 aprile 2011) ma essa risulta assai poco convincente poiché non si cura di spiegare per quale ragione tra i singoli contratti di swap non siano ravvisabili gli indici che la giurisprudenza ha individuato come tipici del collegamento negoziale, quali la contestualità e la correlazione delle pattuizioni, la corrispettività delle prestazioni oggetto dei diversi contratti, la circostanza che uno dei negozi costituisce una modalità di esecuzione dell'altro o comunque è rivolto ad agevolare l'altro, la circostanza che uno dei negozi trovi la sua ragione o causa remota nell'altro.

A ben vedere tutti questi elementi di collegamento sussistono invece, come è stato osservato in dottrina, tra accordo di risoluzione anticipata e successivo contratto di swap poiché il primo precede e giustifica la conclusione del secondo. Alla luce di quanto sopra detto è evidente infatti che, nella maggior parte dei casi, il contraente si determina a risolvere il primo swap soltanto in presenza di un secondo contestuale nuovo swap che consenta di evitare di pagare l'importo della risoluzione anticipata del primo grazie alla compensazione con il pagamento (up front) che trova giustificazione nella conclusione del secondo swap.

In questi casi quindi le parti estinguono il primo swap facendo così sorgere l'obbligazione di pagamento della perdita dallo stesso generata che contestualmente estinguono, facendo sorgere una nuova obbligazione in virtù di un nuovo titolo. E' così che il nuovo swap assume una funzione che è necessariamente speculativa in quanto è diretto a ridurre o a differire nel tempo il concreto realizzarsi della perdita provocata dallo swap precedente.

Tali considerazioni inducono a condividere una diversa opzione interpretativa che riconduce la rinegoziazione dei derivati avente i presupposti e le finalità sopra dette all'istituto della novazione oggettiva e a ravvisarne gli estremi nel caso di specie atteso che gli attori hanno affermato, a corredo della loro prospettazione, che i contratti di swap furono di volta in volta conclusi nella prospettiva, che, a loro dire, gli era stata rappresentata dall'istituto di credito, di trarre da essi maggiori vantaggi di quelli derivati alla NC dai contratti risolti.

Da tali premesse di ordine giuridico consegue che l'atto dispositivo compiuto dalla attrice, con la dichiarazione del 9 novembre 2007, con riguardo all'ultimo e unico contratto di swap ancora in essere a quella data ha implicato la rinuncia anche agli eventuali crediti, risarcitori o restitutori, che potevano essere sorti in capo ad essa dai precedenti contratti.

Si noti che, per tentare di opporsi a tali conseguenze, la difesa attorea ha sostenuto che l'accordo solutorio del 9 novembre 2007 è comunque annullabile per dolo dell'istituto di credito ma non solo all'udienza di precisazione delle conclusioni non ha formulato, come ben avrebbe potuto dopo quanto si è detto al paragrafo 2, nessuna domanda conseguente ad una simile allegazione ma nemmeno ha sufficientemente circostanziato il proprio assunto, spiegando con quali specifiche condotte i funzionari dell'istituto di credito avrebbero indotto il legale rappresentante della NC a concludere quell'accordo.

4. La infondatezza delle domanda di nullità del contratto quadro per difetto di forma scritta ad substantiam, per violazione dell'art. 30 T.U.F, e per difetto di causa e di quelle di nullità e annullamento dei singoli contratti di swap svolte dall'Antonini

Rimangono ora da valutare la domanda di nullità del contratto quadro per preteso difetto di forma scritta ad substantiam, per difetto di causa e per violazione dell'art. 30 T.U.F. avanzate dall'AD quale fideiussore della NC.

La prima doglianza è palesemente destituita di fondamento poiché, contrariamente a quanto sostenuto dagli attori, la sottoscrizione del funzionario dell'istituto di credito che risulta apposta in calce alla terza pagina del contratto normativo (doc. 5) non può che riferirsi all'intero contenuto dell'accordo e non alle sole clausole vessatorie in esso presenti, specie se si considera che una simile specifica funzione della sottoscrizione della parte che aveva predisposto quelle clausole non avrebbe avuto senso.

Con riguardo alla domanda di nullità fondata sull'art. 30 T.U.F. invece difetta il presupposto per l'applicazione di tale norma, ossia che la convenuta abbia posto in essere una attività di collocamento nei confronti dell'attrice, atteso che la Suprema corte con recentissima pronuncia (Cassazione civile, sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065) ha stabilito che *“La disciplina del recesso, dettata dall'art. 30, comma 6, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 con riguardo alle offerte fuori sede concernenti il collocamento di strumenti finanziari, è inapplicabile ai contratti di negoziazione di obbligazioni eseguiti in attuazione di un contratto-quadro, sottoscritto fra la banca e il cliente, in quanto tali contratti non costituiscono un servizio di collocamento, che si caratterizza per l'esistenza di un accordo tra l'emittente (o l'offerente) e l'intermediario collocatore, finalizzato all'offerta ad un pubblico indeterminato di strumenti finanziari, emessi a condizioni di tempo e prezzo predeterminati, ed, inoltre, il legislatore ha limitato la tutela dello "ius poenitendi" agli investitori che abbiano definito l'investimento per essere stati raggiunti all'esterno dei luoghi di pertinenza del proponente e, quindi, siano stati esposti al rischio di assumere decisioni poco meditate.*

Anche il rilievo di nullità dei singoli contratti di swap per mancanza di causa va disatteso. Sul piano strettamente dogmatico soccorre il rilievo per cui si ha qui riguardo a modelli contrattuali aleatori oramai tipizzati, ancorchè in forma assai aperta (artt 1, commi 2 e 3, T.U.F.): ne consegue, già in astratto, la meritevolezza di tutela giuridica e la liceità della funzione economico-sociale con essi perseguita. Per contro, laddove con la ricordata eccezione l'attrice intendesse piuttosto rimarcare la carenza di una necessità, per così dire, pratica di accedere ai contratti in parola (ciò è a dire la carenza di una giustificazione sostanziale dei negozi in strumenti derivati), non si potrebbe allora fare a meno di rilevare come detti derivati fossero stati conclusi come strumenti finanziari volti espressamente a calmierare il c.d. *rischio tassi*, qui

legato alle non modeste esposizioni della società attrice verso il ceto bancario (v. le richieste di anticipi fatture e di mutuo in atti).

Per quanto attiene alla domanda di annullamento dei singoli contratti di swap svolta dall'AD sul presupposto della violazione da parte dei funzionari della CRV delle norme di condotta gravanti sugli intermediari finanziari è necessario rammentare che, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. S.U. 19 dicembre 2007 n.6725), tale violazione può *“dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria.”*

5. La doglianza attorea relative alla mancata o non corretta rappresentazione da parte della convenuta dell'effettivo contenuto dei contratti per cui è causa e alla applicazione di commissioni implicite

Merita una distinta disamina l'assunto attoreo relativo alla mancata o inesatta informazione da parte dell'istituto di credito sull'applicazione, al momento della conclusione dei singoli contratti di swap per cui è processo, di quelle che l'attrice ha definito come commissioni implicite e che, a suo dire, CRV, operando come intermediario, avrebbe trattenuto per sé.

In particolare occorre stabilire se tale omissione sia stata causa di un vizio del consenso della NC che giustifichi l'annullamento dei contratti di swap per cui è causa.

Orbene la prospettazione risulta sul punto alquanto generica poiché la difesa attorea ha invocato sia l'annullamento per errore che quello per dolo, sebbene queste ultime due norme abbiano presupposti di applicazione diversi (la prima infatti postula che l'errore sia essenziale e riconoscibile) e sia nota la difficoltà di configurare un dolo omissivo quale causa di annullamento di un contratto.

L'attrice poi non ha minimamente illustrato i presupposti giuridici delle due azioni di annullamento che ha svolto. Infatti da un lato non ha spiegato per quale ragione l'errore sulle c.d. commissioni implicite avrebbe avuto carattere

essenziale e nemmeno come potesse essere riconosciuto dalla convenuta, nel momento in cui la rivestiva la qualità di operatore qualificato. Con riguardo al prospettato dolo, necessariamente di carattere omissivo, occorre invece tener presente che, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, *“esso rileva solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito: pertanto il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto (sentenze 20/4/2006 n. 9253; 11/10/1994 n. 8295; 18/10/1991 n. 11038). La reticenza ed il silenzio quindi non sono sufficienti a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del "deceptus", che devono essere tali da configurarsi quali malizia o astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito (sentenza 12/2/2003 n. 2104)”* Cass., sez. II, 31 maggio 2010 n.13231).

Nella specie l'attore, cui incombeva il relativo onere probatorio, non ha dedotto tutti gli elementi necessari ad integrare il preteso dolo omissivo della controparte, con specifico riferimento sia al contesto nel quale il silenzio da essa tenuto avrebbe dovuto inserirsi per essere rilevante, sia alla idoneità del silenzio stesso sulle circostanze sopra dedotte dalla ricorrente ad incidere sulla sua determinazione volitiva. Essa, infatti, si è limitata ad articolare un capitolo di prova del tutto generico diretto a dimostrare il contegno omissivo del funzionario della convenuta con cui definì le condizioni contrattuali.

A prescindere da tali considerazioni l'assunto attoreo muove poi da alcuni presupposti di fatto erronei e fuorvianti, a cominciare dalla nozione di commissione implicita.

Per comprendere esattamente il significato di tale espressione è opportuno illustrare sinteticamente le modalità operative tipiche della conclusione dei contratti di swap. Solitamente la banca non assume un rischio di mercato nel momento in cui conclude un contratto con l'impresa cliente, poiché, a fronte di esso, ne conclude uno speculare con un soggetto terzo (generalmente un altro istituto di credito). La banca assume invece un rischio di credito sia nei confronti del cliente sia nei confronti del soggetto con il quale viene stipulato il contratto

di segno contrario, diretto a neutralizzare il primo, sebbene il secondo rischio sia di solito inferiore al primo.

I predetti profili operativi consentono allora di comprendere come, in ogni operazione di swap, esista un margine lordo (questa è l'espressione più corretta anziché quella di commissione) implicito a favore della banca, che è costituito, da un lato, dalle condizioni più favorevoli che la stessa spunta sul mercato per concludere il contratto di segno contrario, e, dall'altro, dalla copertura del rischio di credito e dei costi operativi.

E' evidente, poi, come tale margine lordo di intermediazione non comporti, né al momento della conclusione dello swap né durante la sua vigenza, un esborso a favore dell'istituto di credito da parte del cliente ma consista nella differenza tra il valore corrente (c.d. fair value) del contratto al momento della sua rilevazione e il fair value di analogo contratto stipulato, a condizioni praticate sul mercato, con soggetti terzi. Peraltro è opportuno chiarire che alla stipulazione del contratto il mark to market è solo astrattamente nullo mentre di fatto è normalmente positivo per la banca, risentendo del predetto margine lordo (l'indicazione del valore par del derivato, riportata nel documento sui rischi generali negli investimenti finanziari, in conformità all'Allegato 3 al Regolamento Consob n. 11522/98, par. 4, parte B, deve essere pertanto riferita al prezzo, distinto dalle commissioni e/o dal margine di intermediazione percepito dall'intermediario).

Solo nel caso in cui il contratto di swap giunga alla sua naturale scadenza o venga risolto anticipatamente il cliente è tenuto a corrispondere all'istituto di credito il c.d. costo di uscita del derivato, comprensivo anche del margine di intermediazione. L'entità di questa voce è tanto maggiore quanto più elevato è il numero delle rinegoziazioni che il contratto di swap abbia subito poiché, in occasione di ciascuna di esse, la banca effettua delle operazioni di ricopertura, con le caratteristiche sopra descritte, maturando in relazione a ciascuna di esse un margine di intermediazione, dato dalla differenza tra il *mark to market* e la somma riconosciuta al cliente a titolo di *up front*.

Le considerazioni sin qui svolte consentono quindi di affermare che l'esistenza del margine lordo non è di per sé segno di una patologia dell'operazione ma è anzi del tutto fisiologica, a meno che l'importo di esso sia eccessivo comportando uno sbilanciamento dell'operazione a danno del cliente.

L'assunto della difesa attorea secondo cui esso costituirebbe di per sè un lucro per l'istituto di credito risulta quindi fuorviante poiché non tiene conto di tale rilevante aspetto.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte la domanda di annullamento dei contratti in esame per vizio del consenso risulta anche incongrua sotto il profilo finanziario.

In coerenza con le caratteristiche proprie dei contratti di swap sopra illustrate, l'attrice avrebbe dovuto avanzare domanda di condanna della convenuta al pagamento di una somma diretta a riequilibrare il profilo economico delle operazioni per cui è causa, così da ridurre il margine lordo a favore della stessa, ma una simile domanda postula la volontà di mantenere in essere il contratto, se questo sia ancora in vigore, o comunque di trarre vantaggio da esso confermandone quindi l'adeguatezza. Risulta invece inconciliabile con tutte le domande caducatorie svolte nel presente giudizio ed in particolare con quella di annullamento per errore poiché è sintomatica dell'assenza del carattere dell'essenzialità di questo stato soggettivo.

6. I rilievi riguardanti i contratti bancari conclusi da NC

Anche questi rilievi sono tutti infondati.

Quanto all'assunto secondo cui l'istituto di credito non avrebbe precisato l'entità delle somme che avrebbe anticipato in relazione alle fatture emesse dalla Newport in base ai rapporti di anticipi export, esso è smentito dal contenuto dei contratti stessi nei quali (doc. 18) sono elencate le fatture in questione e i relativi importi, essendo evidente che la domanda di ingiunzione dell'istituto di credito si riferisce al loro intero ammontare.

Quanto alla doglianza secondo cui la banca convenuta non avrebbe fornito prova dell'esigibilità del credito e della insolvenza dei debitori ad essa ceduti dalla NC in virtù del contratto di affidamento del 12 febbraio 2010 essa non tiene conto del fatto che, come evidenziato anche dal patrocinio degli attori, all'art. 2 comma quarto di tale contratto la società opponente aveva assunto l'obbligo "di rimborsare l'anticipazione dei crediti ceduti e comunque di garantire l'incasso effettivo di essi anche in deroga al disposto dell'art. 1267, comma secondo, c.c." Tale garanzia risulta pienamente legittima alla luce del disposto dell'art. 1267, comma primo, prima parte c.c. e, contrariamente a quanto

sostenuto dagli attori, non integra affatto “il patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente” menzionato dall’ultima parte di tale norma che allude ad accordi che comportino per il cedente oneri economici maggiori di quelli ordinariamente previsti e consistenti nella corresponsione di un importo comprensivo della somma ricevuta dal cedente, oltre agli interessi, alle spese sostenute e al risarcimento del danno.

Anche a voler ritenere poi che tale clausola sia inefficace (*rectius* invalida) nella parte in cui ha inteso derogare al secondo comma dell’art. 1267 c.c., dal momento che quest’ultima norma indica le ipotesi in cui la garanzia non opera (mancata realizzazione del credito per insolvenza del debitore dovuta a negligenza del cessionario nell’iniziare o nel proseguire le istanze avverso lo stesso), l’onere di dimostrare la ricorrenza di esse, e quindi essenzialmente la negligenza del cessionario, grava sul cedente ed esso nel caso di specie non solo non è stato assolto ma è stato addirittura negato.

Per quanto riguarda l’ulteriore rilievo attoreo secondo cui non sarebbe stato osservato il limite dell’affidamento (euro 100.000,00), a prescindere dalla considerazione che gli attori non hanno chiarito quale sarebbe la conseguenza giuridica di tale discrepanza sul rapporto di affidamento, deve osservarsi come da essa possa evincersi che le parti, nel corso del rapporto, abbiano inteso derogare di fatto a quel limite con un comportamento concludente.

Quanto alla doglianza relativa alla mancata pattuizione della misura del tasso di interesse applicato dalla convenuta al rapporto di affidamento, e dalla stessa indicato, nel ricorso monitorio, nel 7,9 % annuo, deve osservarsi che allorché, come nel caso di specie, il contratto di affidamento non indichi il tasso di interesse a debito occorre aver riguardo a quello previsto nel contratto di conto corrente al quale il primo è collegato. D’altro canto le parti avevano espressamente pattuito il rinvio alle norme e condizioni che regolavano in servizio di conto corrente per quanto non previsto o derogato dal contratto di affidamento (cfr. punto 1 delle norme generali del contratto di affidamento). Ciò detto il tasso stabilito dal contratto di conto corrente (13 % annuo) era ben superiore a quello applicato al rapporto di affidamento dall’istituto di credito cosicchè risultano pienamente osservate le previsioni contrattuali.

In relazione alla documentazione prodotta a sostegno del ricorso monitorio deve osservarsi, innanzitutto, che, con specifico riferimento al salda conto,

esso non è del tutto privo di rilievo probatorio nel giudizio di cognizione introdotto dalla opposizione a decreto ingiuntivo, come sembrano ritenere gli opposenti, ma costituisce un elemento liberamente apprezzabile dal giudice (in questi termini cfr. Cass. sez. un., 18 luglio 1994, n. 6707, Cass. 01 marzo 1995 n.2460, e Cass., 17 aprile 1996, n. 3630). In ogni caso la convenuta già in quella fase aveva prodotto a miglior riprova del proprio credito alcuni estratti conto (relativi al periodo dal 31.12.2009 al 5 ottobre 2010) e al momento della sua costituzione in giudizio ha integrato tale documentazione producendo gli estratti conto relativi al rapporto di conto corrente dal gennaio 2002 ad oggi, che non sono stati oggetto di specifica contestazione da parte degli attori, cosicché essi costituiscono prova idonea del credito ingiunto.

Anche il rilievo attoreo riguardante l'applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori va disatteso. Tale modalità di conteggio risulta effettivamente stabilita dal contratto di conto corrente ma, a fronte di tale previsione, la convenuta ha affermato di essersi adeguata alla delibera Cicr del 9 febbraio 2000 e l'attrice non ha contestato tale deduzione che inoltre risulta assai verosimile tenuto conto della vicinanza tra il momento della conclusione del contratto di conto corrente (5 luglio 1999) e quello della approvazione di tale delibera.

Non può condividersi nemmeno l'assunto attoreo secondo cui la decisione della banca convenuta di recedere con un preavviso del tutto esiguo dai rapporti intrattenuti con la NC, tutti a tempo indeterminato ad eccezione di quello di mutuo, fu contraria al canone generale della buona fede.

Tale facoltà, infatti, oltre ad essere stata espressamente prevista nei contratti stipulati dalle parti (cfr. in particolare l'art. 14 del contratto di conto corrente, artt. 17 e 18 del contratto di affidamento), fu esercitata in presenza di una circostanza oggettiva che ne giustificava l'esercizio e che, oltre ad essere stata comprovata dalla convenuta non è stata minimamente contestata dagli attori, ossia il protesto di un assegno di importo rilevante (euro 100.000,00) che era stato emesso dall'AD in qualità di legale rappresentante della NC (cfr., visura cerved prodotta sub 13 dalla convenuta opposta)

Venendo alla regolamentazione delle spese di lite l'oggettiva controvertibilità di alcune delle questioni oggetto del giudizio, come quella della discrezionalità dei termini ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c o quella della natura giuridica delle

rinegoziazioni, integra le gravi ed eccezionali ragioni che giustificano, ai sensi dell'art. 92, comma 2 c.p.c, la loro integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Verona definitivamente pronunciando, ogni diversa ragione ed eccezione disattesa e respinta, rigetta le domande avanzate dagli attori oppositori nei confronti della convenuta opposta e compensa tra le parti le spese del giudizio.

Verona 15 novembre 2012

Il Giudice Unico