DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

SENTENZA N° 3513/2012
REPERTORIO N° 2946/2012

23 MAR. 2012

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. LAURA COSENTINI	Presidente
dott. FRANCESCO MATTEO FERRARI	Giudice Relatore
dott. PAOLO GUIDI	Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **44613/2008** promossa da:

D **SPA** (C.F.), con il proc. dom. avv. , Via ,

attrice

contro

SPA (C.F.), con il proc. dom. , VIA

convenuta

Conclusioni: v. allegati.

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

AVANTI IL TRIBUNALE CIVILE DI MILANO

(Sezione VI – RG 44613/08)

* * *

Nella causa promossa da

D S.p.A.

con l'avv.

, attrice

nei confronti di

S.p.A.

con l'avv.

convenuta

Nota di precisazione delle conclusioni

* * *

Vista l'istanza di fissazione udienza notificata da Banca il 2 febbraio 2009 D S.p.A precisa le seguenti

conclusioni

Voglia il Tribunale Ill.mo, accertati i fatti esposti e respinta ogni diversa domanda ed eccezione,

- accertare e dichiarare che Banca S.p.A. si è resa, per mancato rispetto dell'art. 21 D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 nonché degli art. 26, 27, 28 e 29 del Reg. Consob 11522/98 e comunque per violazione delle regole e dei principi in materia d'intermediazione finanziaria, gravemente inadempiente, agli obblighi informativi e comportamentali posti a carico degli intermediari finanziari in relazione ai contratti Z.E.T.A. ATLANTIC ed EXTRA Swap in atti,

Copyright dirittobancario.it

e per l'effetto, condannarla al risarcimento di tutti i danni patiti da D S.p.A, e quindi al pagamento in favore della stessa dell'importo di € 739.035,62 ovvero dell'importo maggiore o minore che venisse accertato e liquidato in corso di causa, oltre a tutti i costi e alle commissioni versate da D S.p.A. in esecuzione dei contratti oggetto di causa, oltre gli interessi legali dal dovuto all'effettivo saldo;

- in subordine accertare la violazione da parte di Banca S.p.A. dell'art. 21 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 nonché degli art. 26, 27, 28 e 29 del Reg. Consob n. 11522/98 e per gli effetti dichiarare la nullità dei contratti Z.E.T.A. ATLANTIC ed EXTRA Swap in atti e condannare conseguentemente Banca S.p.A. alla restituzione di tutte le somme pagate da D S.p.A., oltre a costi e commissioni, in esecuzione dei contratti nella misura che sarà accertata in corso di causa e comunque non inferiore ad € 739.035,62 oltre agli interessi dal dovuto all'effettivo saldo;

- in via istruttoria ammettersi CTU in ordine alla concreta adeguatezza o meno dei "derivati" rispetto alla effettiva e concreta situazione finanziaria di D ed in modo particolare ai mutui da quest'ultima assunti, ed in essere;

- ammettersi prova, per testi e per interpello del legale rappresentante di parte convenuta, sulle seguenti circostanze di fatto:

1) vero che i funzionari e dipendenti della filiale di di (sportello CAB), in occasione della negoziazione e sottoscrizione dei contratti derivati in atti hanno dichiarato e prospettato a D S.p.A. la loro funzione di copertura e comunque di limitazione del rischio di rialzo dei tassi di interesse cui erano sottoposti i contratti di mutuo e gli affidamenti bancari sottoscritti da D S.p.A.

Copyright dirittobancario.it

2) Vero che D S.p.A. ha concluso i contratti derivati in atti senza ricevere dai funzionari informazione alcuna relativamente alle modalità operative, alle possibili conseguenze economiche, ed in generale circa le reali caratteristiche finanziarie dei contratti derivati proposti.

3) Vero che nel 1999 ed ogni anno sino al 2003 D consegnava ai funzionari di S.p.A. filiale di copia del proprio bilancio dell'esercizio precedente.

4) Vero che in occasione della stipula del contratto Atlantic Swap del 2001, in atti, i funzionari di hanno chiesto al legale rappresentante di D S.p.A la sottoscrizione dei moduli di dichiarazione in bianco prodotti in atti.

5) Vero che il legale rappresentante di D non sottoscriveva i moduli di cui al capitolo 4 che precede.

6) Vero che in occasione della stipula del contratto extra Swap del 2003, in atti, i funzionari di hanno chiesto al legale rappresentante di D S.p.A la sottoscrizione dei moduli di dichiarazione in bianco prodotti in atti.

7) Vero che il legale rappresentante di D non sottoscriveva i moduli di cui al capitolo 6 che precede.

8) Vero che i contratti proposti da erano i primi investimenti finanziari in strumenti finanziari derivati per D S.p.A.

Si indicano quali testi i signori F G di e T C di .

- in ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite.

* * *

Milano, lì 12 febbraio 2009.

(Avv.

Copyright dirittobancario.it

CHIEDE

che ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n. 5/2003, il Presidente dell'adito Tribunale voglia designare il Giudice relatore, affinché questi, nei modi e nei termini di Legge, emetta il Decreto di fissazione di udienza come previsto dall'art. 12 D.Lgs. n. 5/2003 con il contenuto ivi indicato, con i provvedimenti conseguenti.

Ciò premesso, la convenuta, come sopra rappresentata e difesa rassegna le seguenti

CONCLUSIONI per la convenuta

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso e rigettata ogni contraria istanza ed eccezione:

In via principale, respingere nel miglior modo, per le ragioni esposte in narrativa, le domande, eccezioni e deduzioni tutte proposte dalla società attrice contro S.p.A. assolvendola da ogni avversaria pretesa.

In via subordinata, nella non creduta ipotesi di accoglimento delle domande avversarie dirette ad ottenere la dichiarazione di nullità dei contratti per cui è causa, condannare la società attrice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a restituire alla convenuta

S.p.A. tutte le somme percepite (a qualsiasi titolo e in particolare a titolo di *up-front* e flussi) relativamente ai contratti per cui è causa, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data del ricevimento a quella della pronuncia, disponendo la compensazione delle somme reciprocamente dovute.

Ancora in via subordinata, nella denegata ipotesi di accertamento del

Copyright dirittobancario.it

grave inadempimento di S.p.A. e di accoglimento della domanda di risarcimento del danno, dichiarare o disporre la compensazione delle somme eventualmente di spettanza della società attrice con tutte le somme dalla stessa ricevute (a qualsiasi titolo e in particolare a titolo di *up front* e flussi) maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria; inoltre condannare la società attrice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a concorrere al risarcimento del danno nella misura ritenuta di giustizia determinato dalla mancata diligenza tenuta nel rapporto con S.p.A. e comunque per aver determinato o concorso a determinare le conseguenze dalla stessa attrice lamentate in causa.

In ogni caso, condannare la società attrice in persona del legale rappresentante *pro tempore* a rifondere alla convenuta S.p.A. tutte le spese del giudizio e di difesa, oltre ad IVA, CPA e spese generali.

In via istruttoria, rigettare, per i motivi illustrati in narrativa, le richieste *ex adverso* formulate di Consulenza Tecnica d'Ufficio e di prova per testi e per interpello del legale rappresentante di S.p.A. sulle circostanze di fatto dedotte ai capitoli di prova **nn. 1-2-3-4-5-6-7-8.**

Ancora in via istruttoria, nella denegata ipotesi di ammissione dei capitoli di prova formulati da controparte *sub* **nn. 1-2**, ammettere S.p.A. a prova contraria e, in particolare, i Sig.ri F P, G C, E V e A D S, tutti presso S.p.A.

Copyright dirittobancario.it

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato D s.p.a, conveniva in giudizio s.p.a., al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni conseguenti alla stipula di tre contratti in derivati.

L'attrice in particolare esponeva:

- che il 18.7.2000 stipulava con la convenuta un contratto denominato Z.E.T.A. Swap della durata di tre anni e riferito a un nozionale di euro 2.528.284,50;
- che detto contratto era stato presentato dai funzionari della banca come strutturato al fine di consentire all'attrice di cautelarsi a fronte del rischio di oscillazione dei tassi di interesse in relazione all'esposizione debitoria di D nei confronti del sistema bancario;

  che tre giorni dopo la stipula di tale contratto il legale rappresentante dell'attrice, dietro le pressioni da parte dei funzionari di banca, sottoscriveva una dichiarazione autoreferenziale, qualificando la D quale operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB;
- che il contratto concluso sin da subito dava luogo a ingenti perdite per l'attrice, tanto che proponeva a D di risolvere anticipatamente il negozio e di rimodellarlo mediante la stipula il 30.10.2001 di un nuovo contratto denominato Atlantic CMS Swap;
- che tale secondo contratto presentava parametri finanziari modificati rispetto al primo, nonché una scadenza posticipata all'1.11.2006;
- che anche in tale occasione la convenuta precisava come il secondo contratto avrebbe avuto la medesima funzione del primo, ma strutturato su parametri più favorevoli per la cliente, al fine di recuperare le perdite già determinatesi per effetto dello Z.E.T.A. Swap;
- che D , in occasione della stipula di tale secondo contratto, si rifiutava di sottoscrivere una nuova dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 Reg. CONSOB;
- che, tuttavia, anche il nuovo contratto produceva oneri finanziari sfavorevoli a carico dell'attrice, tanto che il 28.2.2003 D accettava di rinegoziare il proprio rapporto,

Copyright dirittobancario.it

stipulando un terzo contratto, denominato Extra 2 Swap;

- che anche con tale terzo contratto venivano variati i parametri finanziari di riferimento e, in particolare, prolungata la scadenza sino al 3.3.2008 e aumentato il nozionale di riferimento sino a quattro milioni di euro;
- che con tale ultimo contratto, inoltre, veniva prevista apposita clausola di liquidazione del rapporto alla sua scadenza, con quantificazione degli importi dovuti tramite il richiamo a una formula matematica estremamente complessa;
- che anche in occasione della stipula di tale ultimo contratto D non rilasciava nuova dichiarazione di operatore qualificato;

che, a differenza di quanto prospettato dalla convenuta, tutti e tre i contratti conclusi difettavano della finalità conservativa prospettata e, soprattutto, non erano giustificabili e ricollegabili alla situazione debitoria di D al momento della loro stipula;

- che, infatti, l'attrice aveva essenzialmente rapporti debitori con le banche tutti a breve termine e a tassi fissi e/o concordati di volta in volta con la controparte;
- che, pertanto, tali esposizioni debitorie, destinate per loro stessa natura a variare notevolmente con il tempo e comunque regolamentate in forza di condizioni economiche differenti, di volta in volta concordate, per definizione non davano luogo a un rischio uniforme di variazione dei tassi di interesse, suscettibile di essere eliminato o attenuato mediante la stipula di contratti derivati del tipo di quelli sottoposti da ;
- che, infatti, i parametri finanziari previsti in tali contratti, fissati per tutta la durata del rapporto, non erano in alcun modo agganciabili a condizioni di finanziamenti a breve termine fra loro estremamente diversificate, mutevoli nell'arco di pochi mesi e soggette a sempre nuove contrattazioni e possibilità di recesso;
- che per quanto riguardava, invece, i debiti a lungo termine, D aveva contratto nel 1995 un mutuo per un miliardo e duecento milioni di lire, nel 1996 un altro mutuo di tre miliardi di

Copyright dirittobancario.it

lire e nel 2000 un terzo mutuo di quattro miliardi di lire;

- che i primi due mutui avevano una durata rispettivamente sino al 31 dicembre 2002 e al 5 novembre 2001, per cui le scadenze erano del tutto incompatibili con il primo contratto ZETA Swap stipulato nel luglio 2000 e destinato ad operare sino al 17.7.2003;
- che, infatti, alla data di stipula di tale contratto il capitale dei due mutui era stato già in massima parte restituito, a fronte di un nozionale nettamente superiore al debito residuo e, oltretutto, determinato in misura fissa sino alla scadenza (cd. nozionale bullet);
- che gli altri due contratti di swap, addirittura, coincidevano o erano successivi alla scadenza dei primi due contratti di mutuo;
- che, inoltre, il primo mutuo era strutturato sulla base di un tasso di interesse fisso, mentre il secondo mutuo aveva un tasso di interesse variabile, ma a condizioni completamente sganciate da quelle prese come riferimento con i contratti di swap;
- che il terzo mutuo, ottenuto dopo la stipula dello ZETA Swap, aveva decorrenza e scadenza finale del tutto incompatibili con i successivi contratti di swap, tanto che il terzo contratto derivato era destinato a operare per due anni oltre l'estinzione del prestito, comportando che per tale periodo l'attrice sarebbe rimasta esposta al rischio finanziario generato dallo swap, nonostante non fosse più tenuta a corrispondere interessi passivi in relazione al rapporto sottostante;
- che tali circostanze evidenziavano come i tre contratti di swap stipulati non avessero la dichiarata funzione di copertura, ma fossero di natura speculativa, rispondendo all'interesse esclusivo della stessa e non della cliente;
- che i tre contratti in esame avevano alla loro scadenza comportato una perdita complessiva per l'attrice di euro 739.035,62, di cui circa la metà era stata determinata per effetto della clausola di liquidazione del terzo contratto;
- che aveva agito in violazione del disposto di cui all'art. 21 TUF, che impone

Copyright dirittobancario.it

all'intermediario finanziario di operare con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e, quindi, sottoponendo a costoro contratti che fossero confacenti con le loro esigenze;

- che tale disposizione trovava applicazione generale, anche in relazione ai clienti operatori qualificati;
- che, in ogni caso, la dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 Reg. CONSOB non era comunque efficace e idonea ad escludere la disciplina dettata a tutela degli investitori non professionali, considerato come la stessa fosse stata rilasciata in assenza dei presupposti sostanziali di esperienza e conoscenza dei mercati finanziari e dei contratti in derivati, circostanza perfettamente nota a
- che, pertanto, si era resa responsabile della violazione anche delle disposizioni regolamentari, la cui applicabilità sarebbe stata teoricamente esclusa nei confronti degli operatori qualificati ;
- che, quindi, non aveva ottemperato agli obblighi informativi imposti dall'art. 28 Reg. CONSOB, sia in occasione della stipula dei contratti, sia con riferimento alla loro chiusura e rinegoziazione;
- che, inoltre, la convenuta aveva violato l'art. 29 Reg. CONSOB, sottoponendo all'attrice operazioni finanziarie evidentemente non adeguate al cliente;
- che gli inadempimenti della convenuta avevano cagionato un danno, pari alle perdite patite per effetto dei tre swaps conclusi;
- che, in subordine, tali somme dovevano comunque essere restituite, costituendo un indebito conseguente alla nullità dei tre contratti per violazione di norme imperative poste a tutela dei risparmiatori.

Si costituiva ritualmente in giudizio s.p.a., contestando quanto ex adverso dedotto e, in particolare, rilevando come i contratti conclusi fossero compatibili con l'esposizione debitoria complessiva effettivamente esistente in capo all'attrice, così come documentata dalle

Copyright dirittobancario.it

segnalazioni in Centrale Rischi; che tutta l'informativa era stata regolarmente fornita; che l'attrice aveva dichiarato di essere operatore qualificato non solo tre giorni dopo la stipula del primo swap, ma già anche in occasione della stipula del contratto quadro.

Successivamente allo scambio di memorie di replica, presentata l'istanza di fissazione dell'udienza, il Tribunale disponeva consulenza tecnica di ufficio diretta ad accertare la natura dei contratti oggetto di causa e la loro compatibilità con la reale esposizione debitoria dell'attrice.

All'esito, la causa era rinviata all'odierna udienza e decisa dal Tribunale in composizione collegiale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento.

Parte attrice, infatti, oltre a contestare l'efficacia e la validità della dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB, ha comunque essenzialmente imputato a di non avere improntato la propria condotta contrattuale agli obblighi imposti all'intermediario finanziario dall'art. 21 TUF, norma destinata a trovare piena applicazione anche nei confronti della clientela riconducibile al novero degli operatori qualificati, non essendone esclusa l'operatività dal citato art. 31 Reg. CONSOB.

In particolare D ha lamentato come, in occasione della stipula di tutti e tre i contratti di swap, la banca fosse venuta meno ai propri obblighi di operare secondo le esigenze e gli interessi specifici del cliente.

L'art. 21 TUF, infatti, dispone che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati debbano comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; l'interesse del cliente, quindi, deve sempre essere posto quale punto di riferimento dell'attività professionale espletata dall'intermediario finanziario, mentre nel caso di specie sin dall'inizio del rapporto, ossia già in occasione della stipula del primo contratto di swap, avrebbe proposto scientemente a D un prodotto

Copyright dirittobancario.it

incongruente con le conosciute esigenze dell'attrice e, quindi, strutturalmente inidoneo a soddisfare le necessità alla quali, almeno teoricamente, il contratto sarebbe stato ricollegato.

Tale condotta, contrastante con quanto imposto dall'art. 21 TUF, come si è detto applicabile anche là dove l'attrice fosse inquadrata quale operatore qualificato, avrebbe a detta di D concretato un inadempimento grave di , tale da giustificarne la condanna al risarcimento dei danni che ne sono discesi in capo alla cliente.

Le contestazioni attoree hanno trovato adeguato riscontro nelle risultanze istruttorie acquisite nel corso del giudizio.

In proposito, infatti, è bene sin da subito rilevare come fra le parti fosse sostanzialmente pacifico l'obiettivo perseguito da D con i contratti di swap proposti da , ossia approntare una copertura dai rischi connessi alle oscillazioni dei tassi di interesse, a fronte dell'esposizione debitoria della società.

Tale obiettivo di copertura, infatti, non solo non è stato oggetto di specifica contestazione da parte della convenuta, ma è stato riconosciuto espressamente in udienza dal procuratore speciale di , ossia il dott. C , il quale, descrivendo la natura dei contratti sottoposti a D , ha precisato come il primo di essi rispondesse a una funzione di pura copertura all'interno di barriere predeterminate, in modo da assicurare una protezione molto elevata a fronte del rischio di innalzamento dei tassi di interesse; tale contratto era stato calibrato tenendo conto dei rischi corsi da D in relazione al variare dei tassi di interesse, prendendo come punti di riferimento sia i mutui in corso, sia la situazione complessiva degli affidamenti a tasso variabile che la cliente aveva sui conti correnti.

In seguito ai risultati fortemente penalizzanti per l'attrice provocati da tale primo contratto, essendosi delineato dopo i fatti dell'11.9.2001 un andamento al ribasso dei tassi di interesse, proponeva

Copyright dirittobancario.it

un IRS con cui la cliente pagava un tasso fisso e, viceversa, incassava un tasso variabile legato all'Euribor, a condizione che il Libor non raggiungesse predeterminati livelli.

Il dott. C precisava come anche tale secondo contratto avesse una funzione di copertura pura.

Diversa era, invece, la natura del terzo contratto, l'Extra 2 Swap, in quanto lo stesso presentava caratteristiche miste, affiancando profili di mera copertura con la previsione di una clausola di liquidazione finale del rapporto con un moltiplicatore per 10, per cui il flusso di cassa alla scadenza, positivo o negativo che fosse per D , sarebbe stato moltiplicato per 10, per effetto della leva pattuita; tale clausola finale, peraltro inequivocabilmente espressa nel contratto, aveva una connotazione tipicamente speculativa, non trovando giustificazione in una prospettiva di mera copertura e sul punto il dott. C dichiarava di non conoscere le ragioni che avessero spinto l'attrice a rinegoziare il secondo swap conservativo con quello da ultimo descritto.

In realtà anche in tale caso deve registrarsi come nel corso del giudizio sia risultata pacifica fra le parti la ragione che aveva portato a rinegoziare il secondo contratto con la stipula dell'Extra 2 Swap, ossia cercare con la clausola finale di liquidazione di recuperare le perdite sino ad allora provocate dai primi due contratti: la clausola finale speculativa, quindi, si era risolta in una sorta di scommessa accettata da Dilaplast nel tentativo di rientrare dalle perdite dei primi due contratti.

Se, pertanto, deve riconoscersi come dato assodato la funzione di copertura pura dei contratti oggetto di causa, quanto meno in relazione ai primi due swaps, ritiene il Tribunale che vadano condivise le censure mosse dall'attrice in ordine all'intrinseca inadeguatezza tipologica degli strumenti finanziari offerti da a fronte degli interessi di D , così come perfettamente noti alla banca e da questa apertamente riconosciuti.

Copyright dirittobancario.it

E', al riguardo, opportuno precisare che l'inadeguatezza di cui si sta parlando ben differisca dalla valutazione prettamente soggettiva di adeguatezza dell'investimento o dell'operazione alla quale fa riferimento l'art. 29 del Reg. CONSOB, considerato come tale ultima disposizione, peraltro suscettibile di trovare applicazione solo nei confronti degli investitori non qualificati, preveda che gli intermediari debbano astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate al profilo di rischio del cliente, a meno che questi, debitamente avvisato, non confermi per iscritto la volontà a che l'operazione finanziaria sia comunque perfezionata.

Nel caso in esame, viceversa, non si pone un problema di valutare se i contratti di swaps sottoscritti fossero compatibili con il profilo di rischio di D e se, quindi, prima di proporli avrebbe dovuto avvisare la cliente di tale inadeguatezza e ottenere una conferma consapevole dell'ordine da parte della attrice; al contrario, dato per scontato che tali contratti fossero compatibili con il profilo di D , comunque, in forza degli obblighi contrattuali generali discendenti dal citato art. 21 TUF, avrebbe dovuto proporre strumenti che fossero rispondenti alle esigenze della cliente, pacificamente note all'intermediario.

Fatta tale premessa, ritiene il Tribunale come la doglianza mossa dall'attrice di inadeguatezza, nei termini sopra illustrati, vada riconosciuta come fondata in primo luogo a fronte di una disamina del rischio oggetto di copertura e, conseguentemente, del nozionale di riferimento al quale sono stati ricollegati i tre contratti di swaps.

Per quanto attiene, infatti, al primo profilo, la convenuta ha evidenziato come, a fronte di una esposizione debitoria complessiva di D superiore a tredici milioni di euro, come emergente dalla Centrale Rischi interbancaria, trovasse giustificazione parametrare i primi due swaps a un nozionale di riferimento di circa due milioni e mezzo di euro, così come elevare il nozionale a quattro milioni di euro con l'Extra 2 Swap, in quanto a suo dire si sarebbe potuta riscontrare una incongruità con gli

Copyright dirittobancario.it

interessi di copertura della cliente solo là dove il nozionale fosse stato maggiore rispetto all'esposizione debitoria da fronteggiare, ma non certo nel caso opposto.

Sennonché D ha documentato la profonda differenziazione della propria esposizione debitoria, costituita in gran misura da debiti a breve termine a condizioni eterogenee, dipendendo essenzialmente dalle diversificate durate e dalla contrattazione di volta in volta con diversi istituti di credito dei tassi di interesse da applicare; e solo in parte più ridotta da contratti di mutuo a medio/lungo termine, peraltro con scadenze oggettivamente incompatibili con la durata dei contratti derivati sottoposti da .

In particolare, in relazione a questi ultimi, va rilevato come l'attrice abbia documentato tre contratti di finanziamento, di cui i primi due risultavano in fase già avanzata alla stipula del primo swap, tanto che il capitale residuo da rimborsare a quella data era ormai fortemente ridotto, tale da non giustificare il nozionale adottato, mentre il terzo finanziamento non era stato ancora neppure contratto.

Alla stipula dell'Extra 2 Swap, inoltre, i primi due finanziamenti erano già esauriti, mentre il terzo era destinato a essere chiuso ben due anni prima della programmata scadenza del contratto derivato.

In ordine agli affidamenti in conto corrente, invece, le condizioni contrattuali gravanti sull'attrice erano fra loro differenziate e, quindi, difficilmente conciliabili con uno strumento di copertura calibrato a lungo termine e a condizioni predeterminate in modo rigido.

A fronte, peraltro, delle dichiarazioni rese in udienza da Unicredit, per tramite del proprio procuratore speciale dott. C , sappiamo che i contratti erano stati calibrati facendo riferimento non solo ai finanziamenti, ma anche agli affidamenti in conto corrente a tassi variabili, secondo quanto risultava dalle segnalazioni in Centrale Rischi, circostanza che porta a ritenere, nella prospettiva della convenuta, che l'esigenza di copertura fosse stata valutata facendo riferimento al dato costante di tali esposizioni debitorie a breve e, verosimilmente, al costo medio delle stesse in termini di oneri passivi.

Copyright dirittobancario.it

Sennonché, anche volendo ammettere come tecnicamente corretta - e di ciò si dubita - un'operazione di copertura a lungo termine ricollegata a esposizioni debitorie a breve fra di loro estremamente eterogenee e diversificate, rimarrebbe comunque incomprensibile la scelta del nozionale adottato, risultando lo stesso del tutto sganciato dal monte debiti emergente dalla Centrale Rischi.

Se, infatti, l'interesse dell'attrice era munirsi di una copertura dal rischio di oscillazione dei tassi di interesse da corrispondere in relazione alla propria esposizione debitoria, avrebbe dovuto prospettare uno strumento atto ad assicurare tale risultato con riferimento all'intera esposizione presa in considerazione o, diversamente, chiarire quali fossero stati i criteri di selezione dei debiti da prendere in esame al fine di calibrare il nozionale di riferimento.

Viceversa, come si è detto, la convenuta da un lato ha più volte ribadito come i contratti fossero stati delineati facendo richiamo non solo ai finanziamenti a medio lungo termine (come invece ritenuto logico e funzionalmente corretto da parte dell'attrice), ma anche agli affidamenti in conto corrente, dall'altro lato, tuttavia, non ha mai chiarito per quale ragione e secondo quale interesse del cliente il nozionale fosse stato quantificato nella misura convenuta, anziché in misura maggiore o minore.

Tale difetto di collegamento con la situazione specifica dell'attrice, in mancanza di adeguata ragione giustificatrice, attenua grandemente la funzione di copertura del prodotto, funzione invece pacificamente riconosciuta come causa concreta del contratto.

Parimenti, sotto il profilo strutturale, la finalità di copertura pura attribuita ai primi due swaps mal si concilia con i parametri tecnici di operatività dei contratti, se solo si consideri come i flussi di cassa fossero stati agganciati a indici di riferimento non ricollegabili all'esposizione debitoria dell'attrice; ciò valga, in particolare, per il richiamo all'indice Libor, non risultando nella massa debiti di D voci passive i cui oneri fossero ricollegati a tale valore di riferimento, con il risultato di scollegare l'operatività del contratto alla variazione favorevole o meno dei tassi di interesse effettivi applicati ai

Copyright dirittobancario.it

debiti dell'attrice e, quindi, attenuare la funzione di copertura pura che il contratto avrebbe dovuto avere per rispondere all'interesse della cliente della banca.

L'incongruenza tipologica e per nozionale dei primi due contratti di swap rispetto alle effettive esigenze dell'attrice, porta, pertanto già di per sé a ritenere come tali prodotti finanziari non rispondessero all'interesse dell'attrice, a prescindere da ogni ulteriore valutazione in ordine alla effettiva perseguibilità dell'obiettivo di copertura sulla base delle soglie dei tassi prese in considerazione al fine di orientare tra le parti i flussi di cassa.

Pari discorso, peraltro, deve essere condotto anche con riferimento al terzo contratto derivato stipulato dalle parti, l'Extra 2 Swap, in riferimento al quale si ripropone il problema riguardante l'incongruenza del nozionale di riferimento, elevato a quattro milioni di euro, rispetto alla situazione debitoria dell'attrice, tanto se riferita ai debiti a medio/lungo periodo ancora esistenti, quanto se ricollegata alla complessiva situazione, comprensiva delle posizioni passive a breve termine; in relazione a tale ultimo contratto, inoltre, si pone un ulteriore rilievo a fronte dei finanziamenti a lungo termine, in quanto l'unico mutuo ancora acceso era comunque destinato ad essere interamente estinto ben due anni prima della scadenza programmata dell'Extra 2 Swap, rilevandosi, quindi, anche un evidente scollamento sul piano propriamente temporale tra il derivato e la situazione sottostante di riferimento.

Le considerazioni esposte in ordine ai primi due contratti, in termini di loro inadeguatezza strutturale e tipologica a soddisfare gli interessi dell'attrice, non vengono meno anche in riferimento all'ultimo swap, nonostante lo stesso non fosse pacificamente finalizzato a una finalità di copertura pura, presentando una componente indiscutibilmente speculativa.

Si è detto come parte attrice non abbia negato di avere accettato tale ultimo contratto, essendo consapevole degli effetti speculativi derivanti dalla leva per 10 contenuta nella clausola di finale liquidazione del rapporto; va, tuttavia, ribadito come la volontà negoziale confluita nella stipula di tale

Copyright dirittobancario.it

ultimo contratto fosse stata di fatto "coartata" dall'intento di recuperare le perdite create dai precedenti contratti, ossia dai due swaps la cui stipulazione, come si è visto, non è stata corrispondente all'esigenze di D .

In sostanza, quindi, l'inadempimento di agli obblighi alla stessa discendenti dall'art. 21 TUF, così come concretatosi con la proposta e quindi il perfezionamento dei primi due derivati che avrebbero dovuto soddisfare l'interesse di copertura della cliente, si è riverberato sul terzo contratto, il cui perfezionamento è stato sollecitato e favorito dalla esigenza, questa sì sopravvenuta, dell'attrice di recuperare i risultati fortemente negativi dei primi due contratti.

Considerato l'indiscusso collegamento negoziale esistente tra i tre contratti in derivati stipulati dalle parti, essendo pacificamente ciascuno la rinegoziazione del precedente, deve concludersi come l'inadempimento posto in essere dalla convenuta abbia interessato l'intero rapporto intercorso con D preso in esame con la presente controversia, avendo improntato la propria condotta contrattuale in aperto contrasto con le reali esigenze e gli interessi della cliente, interessi, come si è detto, all'intermediario perfettamente noti, come dalla stessa banca riconosciuto e dichiarato nel corso del giudizio.

In sostanza, infatti, la convenuta, nella propria attività di intermediario finanziario, ha proposto a D dei prodotti finanziari che per la loro stessa natura e struttura operativa non erano in grado di soddisfare le esigenze di copertura richieste e volute dalla cliente, violando in tal modo la regola di condotta contrattuale fondamentale dettata dall'art. 21 TUF e procurando in tal modo all'attrice un danno.

L'inadempimento accertato in capo alla convenuta, pertanto, giustifica l'accoglimento della domanda attorea a prescindere, come si è detto, da una analisi della validità ed efficacia della dichiarazione

Copyright dirittobancario.it

autoreferenziale di operatore qualificato rilasciata dall'attrice e da questa contestata, per essere non rispondente alla propria reale situazione.

In accoglimento della domanda attorea, pertanto, la convenuta va condannata a risarcire l'attrice dei danni discesi dalla condotta inadempiente sopra accertata, danni da individuarsi nella sommatoria dei flussi di cassa negativi addebitati a D per effetto dei tre swaps e, quindi, in euro 739.035,62, da maggiorarsi di soli interessi (come da domanda) al tasso legale dal 13.6.2008 (data della notifica della citazione) al saldo.

In relazione alla liquidazione del danno oggetto di risarcimento, infatti, non può essere accolta l'ulteriore pretesa attorea in merito a "tutti i costi e alle commissioni versate da D s.p.a. in esecuzione dei contratti oggetto di causa", in quanto il pregiudizio derivante dall'avere sostenuto tali esborsi deve considerarsi assorbito nella rifusione di tutti i "risultati" negativi dei tre contratti, trattandosi di condanna idonea a riportare l'attrice nella medesima situazione patrimoniale in cui versava prima della stipula dei contratti viziati dall'inadempimento della controparte.

D'altro canto, peraltro, lo scollegamento denunciato tra i derivati stipulati e la situazione debitoria di parte attrice non consente neppure di individuare se e in che misura la perdita determinata dallo swap abbia coinciso con un minore onere passivo gravante sull'attrice in relazione ai debiti sottostanti e, quindi, di circoscrivere all'interno del flusso di cassa finale complessivo l'importo che non si prospetterebbe quale danno per D ; in proposito, infatti, significativo è il fatto che la stessa banca non abbia neppure prospettato una difesa sul punto, evidentemente consapevole dell'impossibilità di controbilanciare in concreto i flussi dei derivati con gli oneri passivi sostenuti dalla cliente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e, a seguito dell'abrogazione della tariffa forense disposta dall'art. 9 del decreto-legge n. 1/2012 e in mancanza dell'emanazione del decreto ministeriale ivi previsto, la liquidazione di esse va effettuata considerando l'importanza dell'opera prestata e il decoro

Copyright dirittobancario.it

della professione ai sensi dell'art. 2233 c.c; dette spese, quindi, si liquidano in complessivi euro 24.778,00, oltre c.p.a. e oltre euro 1.318,00 per spese documentate (fra le quali non si ricomprende il compenso al consulente di parte in difetto di idonea prova dell'esborso).

A carico della convenuta vanno poste in via definitiva anche le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 18.670,00, oltre a i.v.a. e previdenza e oltre a euro 698,00 a titolo di rimborso spese; nonché euro 5.345,00, oltre i.v.a. e previdenza, quale spesa riguardante l'opera prestata dal coadiutore del c.t.u., ing. Maurizio Mastropirro.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento della domanda proposta da D s.p.a. nei confronti di s.p.a., condanna quest'ultima a pagare all'attrice a titolo di risarcimento danni la somma di euro 739.035,62, oltre a interessi al tasso legale dal 13.6.2008 al saldo;
- condanna la convenuta a rifondere l'attrice delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 24.778,00, oltre c.p.a. e oltre euro 1.318,00 per spese;
- pone definitivamente a carico della convenuta le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 18.670,00, oltre a i.v.a. e previdenza e oltre a euro 698,00 a titolo di rimborso spese; nonché euro 5.345,00, oltre i.v.a. e previdenza, quale spesa riguardante l'opera prestata dal coadiutore del c.t.u., ing. M M .

Così deciso in Milano il 7 marzo 2012

Il giudice rel. Il Presidente

Francesco Ferrari Laura Cosentini

23 MAR. 2012
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Paola CALLEA

Copyright dirittobancario.it