DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

N° 112/2015

SENTENZA CIVILE

N. 112

depositata il 23 GEN. 2015

R.G. 2099/2010

Cron. 204/2015

Rep. 116/2015

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

III sezione civile

riunita in Camera di Consiglio in persona dei Magistrati:

dott. GIUSEPPE COLONNA — **Presidente**

dott. GIOVANNI PILATI — **Consigliere**

dott. LUCIA FERRIGNO — **Consigliere rel.**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in grado di appello iscritta al promossa da

APPELLANTE

contro

APPELLATO

in punto a: appello avverso la sentenza n.1079/2009 del Tribunale di Parma;

oggetto: intermediazione mobiliare;

CONCLUSIONI

La società appellante chiede e conclude:

"Piaccia alla Corte ecc.ma, contrariis rejectis:

1) riformare, in accoglimento del presente gravame, la sentenza n.1079/2009 del Tribunale di Parma del 01.07/17.08.2009 e

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

2) conseguentemente, accogliere le conclusioni rassegnate con l'atto di citazione in data 30/10/2006, con la memoria di riassunzione del giudizio ex art. 6 D.Lgs.n.315/2003 notificata in data 23-31/07/2007 e con l'istanza di fissazione d'udienza ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs.n.5/2003 da aversi come integralmente trascritte;

3) con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi di giudizio"

la Banca appellata chiede e conclude:

"Ogni diversa e contraria domanda, eccezione e deduzione respinta, voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello così giudicare

Respingere le domande tutte proposte da srl con l'atto di citazione in appello.

Con rifusione delle spese di lite, comprensive di IVA, CPA e contributo forfettario per il rimborso delle spese generali"

LA CORTE

udita la relazione del Consigliere designato dott. Lucia Ferrigno, lette le conclusioni come precisate dalle parti, visti gli atti ed i documenti di causa, ha così deciso

FATTO e DIRITTO

Con sentenza n.1079 1.7/17.8.2009 il Tribunale di Parma, accertata l'appartenenza dell'attrice società s.r.l. alla categoria degli "operatori qualificati" ai sensi dell'art. 31 Regolamento Consob n.11522/1998 ed il conseguente esonero, per la convenuta , dagli obblighi di informazione sulla natura e sui rischi degli investimenti in prodotti finanziari effettuati per conto del cliente, respingeva la domanda della s.r.l. di dichiarazione di inesistenza o nullità del contratto di "Sunrise Swap n.298434-453" o "Sunrise Swap 5 anni" concluso tra le parti, spese di lite interamente compensate.

Avverso la sentenza proponeva appello la società s.r.l. e ne chiedeva la riforma sulla base di 16 motivi di gravame con accoglimento delle domande proposte con l'atto di citazione introduttivo del giudizio, con la memoria ex art. 6 D.Lgs.n.3/2005 "*e con l'istanza di fissazione d'udienza ai sensi dell'art. 8*" del suddetto decreto.

La società ( ) si costituiva in giudizio contestando il fondamento del gravame di cui chiedeva il rigetto con vittoria di spese.

Posta la causa in decisione, le parti precisavano le rispettive conclusioni come riportate in epigrafe.

Va in primo luogo dato atto che, ai fini delle domande proposte in prime cure dalla s.r.l., si deve tener conto unicamente delle conclusioni definitive contenute nell'istanza di fissazione d'udienza notificata a controparte in data 20.10.2007.

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

Ciò premesso, con il **primo motivo** di gravame la censura la sentenza per contraddittorietà rilevando che il Tribunale, dopo aver "*ritenuto 'inammissibile la richiesta della 'nullità/inesistenza' anche del 'contratto quadro' del 10.7.2003*" (pag.8), nel paragrafo successivo si sarebbe espresso in senso contrario.

Il motivo è infondato.

Nel citato passo a pag 8 della sentenza il Tribunale non ha, infatti, espresso una propria valutazione sulla inammissibilità della domanda attrice di dichiarazione di "nullità/inesistenza" del contratto quadro datato 10.7.2003 (doc.19 Banca), ma si è limitato a riportare il contenuto dell'eccezione sollevata da parte convenuta su questo punto, dal che l'insussistenza del lamentato vizio.

Con il **secondo motivo** la cesura la sentenza per avere, il Tribunale, escluso la nullità del contratto "Sunrise Swap" per cui è causa nonostante la Banca, a fronte del "*disconoscimento formale*" della copia del contratto quadro datato 10.7.2003, che ne avrebbe dovuto costituirne il presupposto di validità, non era stata in grado di produrre in atti l'originale privando il suddetto documento di ogni rilevanza probatoria. E senza la sussistenza di un valido contatto quadro non si sarebbe neppure potuto ipotizzare "*nel concreto un 'operatore qualificato'*" ai sensi dell'art. 31 Regolamento Consob n.11522/1998, come invece fatto dal primo Giudice.

Il motivo è inconferente.

Il Tribunale, a fronte del disconoscimento, da parte della società s.r.l., della firma apposta in calce al contratto quadro datato 10.7.2003 prodotto in copia da controparte, non ha utilizzato la suddetta scrittura ai fini della decisione.

Il Tribunale ha, infatti, ritenuto che il contratto quadro contenente le "*norme relative alle operazioni di interest rate swap tra* ", a cui era succeduta la convenuta , "*ed operatori qualificati*", stipulato tra le parti in data 15.10.2001 (doc.5 Banca), non essendo stata "*azionata la procedura di 'recesso' ex art. 12 delle condizioni*", fosse idoneo a costituire il presupposto di validità, ai sensi dell'art. 23 T.U.I.F., del successivo contratto "Sunrise Swap" in questione.

Il Tribunale ha anche ritenuto che il disconoscimento della sottoscrizione in calce al contratto quadro 10.7.2003, non potesse privare di effetti la dichiarazione di appartenenza alla categoria di "Operatore Qualificato" sottoscritta dal legale rappresentante della lo stesso 10.7.2003 (doc.20 Banca), e la sentenza va esente da censura su questo punto.

Il Tribunale ha, infatti, correttamente affermato che "*la dichiarazione della di rientrare tra gli 'operatori qualificati' costituisce (..) premessa, non effetto del contratto quadro*" tanto più ove si

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

consideri che , legale rappresentante della , risulta aver sottoscritto, in precedenza, ovvero il 15.10.2001 ed il 19.11.2002, altre due "*dichiarazioni autorefenziali*" di ugual contenuto (doc.6,14 Banca).

Con il **terzo motivo** la censura la sentenza nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto che l'impugnata operazione "Sunrise Swap" fosse "*sorretta*" da un valido contratto quadro "*essendo ancora in corso fra le parti quello sottoscritto il 15 ottobre 2001 per il quale non risulta azionata la procedura di 'recesso' ex art.12 delle condizioni*".

Il primo Giudice avrebbe, in particolare, errato nel non considerare che il contratto quadro 15.10.2001 (doc.5 Banca) non era stato sottoscritto da per cui la convenuta , succeduta a dopo vari passaggi societari, non poteva essersi "*appropriata*" del "*testo contrattuale*" assumendo "*su di sé tutti i vicoli che ne derivano*".

Parimenti avrebbe errato il primo Giudice nel far riferimento alla "procedura di recesso" ex art. 12 atteso che il contratto quadro 15.10.2001 era stato modificato e sostituito da quello datato 10.7.2003.

Il motivo è infondato.

Per quanto concerne il fatto che il contratto quadro 15.10.2001 sia stato firmato solo dalla s.r.l. e non dalla , si tratta di vizio di forma non più rilevabile in questa sede, come *ex adverso* eccepito.

Ai sensi dell'art. 23 T.U.I.F. la nullità del c.d. contratto quadro per mancanza di forma scritta *ad substantiam* è rilevabile solo dal cliente. Trattandosi, dunque, di nullità relativa, non rilevabile d'ufficio, essa era soggetta al regime delle preclusioni sancito dall'ormai abrogato art.6 D.Lgs. n.5/2003, ai sensi del quale l'attore, con la memoria di replica prevista dalla citata norma, poteva, a pena di decadenza, proporre nuove domande ed eccezioni che fossero conseguenza della domanda riconvenzionale o delle difese proposte dal convenuto.

Ebbene, a fronte della ricostruzione dei complessi rapporti tra le parti esposta dalla convenuta nella propria comparsa di costituzione e risposta, l'attrice s.r.l., preso atto della produzione avversaria del contratto quadro 15.10.2001 (doc.5) e di quello 10.7.2003 (doc.19), con la propria memoria ex art. 6 D.Lgs.n5/2003 disconobbe formalmente, ex art. 214 c.p.c., la sottoscrizione in calce a quest'ultimo contratto mentre non eccepì espressamente la nullità, e non ne chiese l'accertamento pur essendone onerata, del contratto quadro 15.10.2001 (per non essere stato sottoscritto dalla).

Copyright dirittobancario.it
dirittobancario.it

DIRITTOBANCARIO giurisprudenza

La questione è pertanto preclusa in questa sede ai sensi dell'art. 345 c.p.c. nel testo vigente *ratione temporis*.

Per quanto concerne poi l'asserita erroneità del richiamo alle condizioni pattuite con il contratto quadro 15.10.2001 (ritenuto in sentenza valido presupposto dell'operazione in derivati di cui si discute) trattandosi di contratto sostituito da quello datato 10.7.2003, si tratta di assunto privo di consistenza atteso che il Tribunale ha ritenuto quest'ultimo contratto quadro privo di effetti stante il disconoscimento operato dall'attrice.

Con il **quarto motivo**, peraltro di difficile comprensione, l'appellante pare dolersi della mancata dichiarazione di nullità "*di tutte le operazioni*" in derivati intercorse tra le parti in quanto anche quelle precedenti al Sunrise Swap per cui è causa, non risultavano concluse mediante quello "*scambio di corrispondenza*" previsto nel contratto quadro 15.10.2001.

Anche tale motivo non può essere condiviso.

In prime cure la si limitò ad impugnare il contratto "Sunrise Swap 5 anni" per mancata conferma scritta da parte di entrambi i contraenti, per inesistenza del contratto quadro 10.7.2003 che ne avrebbe dovuto costituire il presupposto di validità (per falsità della firma in calce attribuita ad essa), per difetto di causa ex art. 1325 c.c., e chiese anche l'annullamento "per dolo" dei suddetti contratti, mentre nessuna domanda propose con riferimento alle precedenti negoziazioni in derivati intercorse con la Banca, negoziazioni che la stessa aveva peraltro descritto ed illustrato, senza nulla rilevare in ordine alla loro validità ed efficacia, nell'atto introduttivo del giudizio (v. atto di cit. e istanza di fissazione d'udienza).

La contestazione di operazioni diverse da quella originariamente impugnata non è dunque più ammessa in questa sede ostandovi il disposto dell'art. 345 c.p.c..

Con il **quinto motivo** la ribadisce che il Tribunale avrebbe errato nel considerare, ai fini della decisione, il contratto quadro datato 15.10.2001 trattandosi di documento negoziale non sottoscritto dalla , e si tratta di doglianza infondata per le ragioni già esposte in relazione al secondo motivo di appello.

La deduce anche che ai sensi dell'art. 5 del contratto quadro 15.10.2001 per aversi "*conclusione dei contratti*" in derivati essi avrebbero dovuto essere "*confermati per iscritto, anche mediante invio di telefax, ad opera di ciascuna delle parti, secondo i modelli contrattuali di volta in volta impiegati..*", e poiché "*tra la 'documentazione' in atti non si rinviene quella che, 'ad opera di ciascuna delle parti', avrebbe dovuto consistere nelle 'conferme di contratto' nel rispetto delle*

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

'forme convenzionali' che sarebbero state volute dalle parti, dalla loro inosservanza ne sarebbe dovuto discendere, giusta art. 1352 c.c., l'esclusione della validità delle compiute operazioni".

Anche tale difesa non può essere condivisa.

La Suprema Corte ha già avuto occasione di chiarire, e l'orientamento è stato recepito anche dal Tribunale e la sentenza non è stata censurata *in parte qua*, "*che il potere del giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale nullità (o inesistenza) di un atto negoziale va coordinato con il principio della domanda, fissato negli art. 99 e 112 c.p.c.; soltanto quando la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea, per essere l'atto elemento costitutivo della domanda, essa può essere rilevata dl giudice in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'iniziativa delle parti (anche attraverso il mutamento delle difese); qualora, invece, sia la parte (*come nel caso di specie n.d.r.*) a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dall'interessato e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati...* " (Cass. n.18062/2004; Cass.SS.UU.n.21095/2004; Cass.n.6003/2006; 12627/2006; n.1550/2007).

Ebbene, dall'applicazione di tali principi consegue che avendo la , in prime cure, impugnato di nullità il contratto "Sunrise Swap 5 anni" per ragioni diverse dalla mancata osservanza della forma convenzionale ex art. 1352 c.c., tale vizio non può essere dedotto, o rilevato d'ufficio, in questa sede, come eccepito dalla Banca appellata.

Con il **sesto motivo** la rileva la nullità "*dell'operazione di 'Atlantic Swap'*" di cui al doc.16 avversario datato 19.11.2002 "*per inesistenza della volontà contrattuale di conferire gli ordini di borsa*".

Il motivo è inammissibile in quanto volto all'accertamento della nullità di un contratto che esula dalla materia del contendere.

Come si è detto la ha impugnato, in prime cure, il contratto "Sunrise Swap 5 anni" di cui al doc.18 avversario. La precedente operazione di "Atlantic Swap" è stata menzionata dal Tribunale per illustrare i rapporti che avevano preceduto quello per cui è causa e la stessa in citazione dedusse di aver inviato "*all'Istituto una richiesta (..) di estinzione anticipata dell'operazione Atlantic Swap perfezionatasi tra le parti il 19/11/2002 (..) il motivo di tale 'richiesta di unwinding' era da ricercarsi nel fatto*" che le "*aveva consigliato e, quindi, proposto (..) di valutare una nuova forma di Swap - verrebbe da dire l'ennesima posto che già l'Atlantic Swap rappresentava la 'rimodulazione' di uno precedente del 15.10.2001 – stante i risultati del tutto insoddisfacenti fino allora ottenuti*". Dopo tale premessa la illustrò le ragioni poste a

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

fondamento della domanda di accertamento dell'inesistenza, nullità o di annullamento o risoluzione (domanda poi abbandonata) dell'operazione "Sunrice Swap 5 anni" intercorsa tra le parti successivamente alla conclusione del rapporto "Atlantic Swap" in relazione al quale nulla eccepì neppure nelle sue ulteriori difese.

La validità ed efficacia di quest'ultimo contratto non può dunque essere messa in discussione in questa sede in quanto estranea alla materia del contendere, come delineata in prime cure.

Con il **settimo motivo** di gravame la rileva che la "*conferma di contratto di Atlantic Swap*" datata 19.11.2002 (doc.12 Banca) era "*caratterizzata dal non essere promanante 'ad opera di ciascuna delle parti' sia per la -solita- mancanza di firma da parte dell'Appellata, ma anche dell'Appellante dato che quella che compare è priva da parte dello sconosciuto sottoscrittore di quella 'contemplatio domini' che 'pur non richiedendo l'uso di formule sacramentali, deve risultare dallo stesso documento e non aliunde*".

Il motivo è inammissibile fondandosi su eccezioni nuove volte ad inficiare la validità di un contratto ("Atlantic Swap") la cui efficacia era stata pacificamente riconosciuta in citazione (si rileva, tra l'altro, che dal raffronto della firma in calce alla "*conferma di contratto di Atlantic Swap*" e quelle pacificamente riferibili alla s.r.l., si evince chiaramente trattarsi della firma di legale rappresentante della suddetta società che sottoscrisse, in tale veste, anche l'ordine relativo, appunto, all'Atlantic Swap – doc.16 Banca).

Con l'**ottavo motivo** l'appellante impugna la sentenza nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto che il 19.11.2002 essa , dopo aver comunicato "*l'intenzione di recedere*" dal contratto di IRS (Interest Rate Swap) concluso il 15.10.2001 (doc.11 Banca), sottoscrisse, lo stesso 19.11.2002, altra dichiarazione di appartenenza alla categoria degli operatori qualificati ex art. 31 Reg. Consob (doc.14 Banca) "*nonché altro contratto-quadro (doc.13)*".

Deduce, in particolare, che essendo il contratto quadro prodotto da controparte al suo doc. 13 privo di data, il Tribunale avrebbe dovuto dubitare della data della dichiarazione ex art. 31 di cui al doc.14 avversario.

L'argomento è privo di pregio.

La "dichiarazione autorefenziale" a cui si riferisce l'appellante è datata 19.11.2002 per cui non si vede per quale ragione il Tribunale avrebbe dovuto dubitare della collocazione temporale di tale scrittura.

Sotto altro profilo l'appellante si duole del fatto che il Tribunale abbia ritenuto frutto di errore materiale l'indicazione della data (10.7.2004 invece che 10.7.2003) della "*richiesta di unwinding*"

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

relativa all'Atlantic Swap (doc.17 Banca) e del modulo d'ordine relativo all'operazione "*Sunrise Swap 5 anni*" per cui è causa (doc.18 Banca), documenti sottoscritti, entrambi, da essa s.r.l..

Il motivo è infondato.

Il Tribunale ha ritenuto di collocare al 10.7.2003 la richiesta di estinzione anticipata dell'operazione di Atlantic Swap ("*richiesta di unwinding*") ed il modulo d'ordine relativo all'operazione di "Sunrise Swap 5 anni", nonostante i detti documenti risultassero datati "10.7.2004" sia perché la sottoscrizione, da parte della Banca, del modulo d'ordine riportava tale ultima data, sia perché calcolando a ritroso, dalla data di scadenza indicata nell'ordine (14.7.2008), i 5 anni di durata dell'operazione "Sunrise Swap", si arrivava, appunto, al 2003 e non al 2004.

E tale assunto merita di essere condiviso.

Come esposto in sentenza, e sul punto non c'è contestazione, l'operazione Sunrise Swap in questione ha avuto esecuzione dal mese di luglio 2003 al mese di ottobre 2006.

Ed il fatto che dal mese di luglio 2003 al 13.4.2005 (doc.9 ap.nti), la non abbia sollevato alcuna contestazione sulla sussistenza del rapporto, conferma che sia la richiesta anticipata di estinzione del precedente prodotto finanziario (Atlantic Swap), che l'ordine Sunrise Swap inteso a rimodularlo vadano collocati al 10.7.2003 e non al 10.7.2004, così come esposto in sentenza.

Con il **nono motivo** la si duole che il Tribunale abbia ritenuto concluso il contratto "*Sunrise Swap 5 anni*" in oggetto nonostante fosse prodotto agli atti solo il relativo ordine (doc. 18 Banca) costituente una mera "*bozza*" dell'operazione che, per avere efficacia negoziale, avrebbe dovuto essere "*trasfusa*" nella "*conferma di contratto di Sunrise Swap 298434-435*" (doc.4 ap.nte). Il che non era avvenuto dato che tale "*conferma di contratto*" non era stata sottoscritta da essa e neppure da (doc.4 ap.nte).

Il motivo è infondato.

Il Tribunale ha ritenuto che il modulo d'ordine "Sunrise Swap 5 anni" datato 10.7.2004 (*rectius* 10.7.2003 per le ragioni di cui sopra) contenesse "*tutti gli estremi per darvi esecuzione (denominazione, tassi, durata, valore di riferimento ecc.). In particolare, la Banca si impegnava a riconoscere alla controparte, per l'intera durata dello Swap, interessi trimestrali calcolati 'sull'importo di riferimento' (€1.500.000,00) in misura pari al tasso 'Euribor 3 mesi'; la s.r.l., di contro, si impegnava, per il primo anno, a pagare alla Banca interessi trimestrali, calcolati sull''importo di riferimento', pari al tasso 'Euribor 3 mesi' maggiorato di 0,80 punti (in pratica a pagare alla Banca un tasso di interesse fisso dello 0,8% del capitale di riferimento); nel secondo*

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

periodo di vigenza dello Swap gli interessi che la società si impegnava a pagare si ricavano dall'applicazione di formule matematiche".

Ciò premesso in punto di fatto, e poiché il suddetto ordine era stato sottoscritto anche dalla Banca, il primo Giudice ha ritenuto che l'operazione si fosse "*perfezionata (per iscritto) già con la contestuale firma dei contraenti sul modulo d'ordine: solo la sua esecuzione avrebbe avuto bisogno di conferma*".

E l'assunto va esente da censura.

Considerato il contenuto del modulo (doc.18 Banca), così come riportato in sentenza, e sul punto non c'è contestazione, non può certo ritenersi, come vorrebbe l'appellante, trattarsi di ordine "*assolutamente sintetico*".

Ed a diversa opinione non può portare il fatto, pure rilevato dall'appellante, che nell'ordine fossero riportare anche "formule matematiche" trattandosi di quelle stesse formule risultanti nella "*conferma di contratto di Sunrise Swap 298434-435*" (doc.4 ap.nte) che, qualora debitamente sottoscritta dalle parti, sarebbe stata idonea, secondo la stessa per la conclusione dell'operazione in questione.

Va altresì osservato, come puntualmente rilevato in sentenza, che la nel sottoscrive l'ordine "Sunrise Swap 5 anni", prese atto che la Banca avrebbe dato conferma scritta della sua "*esecuzione*" secondo "*i termini e le condizioni*" di cui all'ordine stesso. E tale circostanza conferma ulteriormente che nella comune volontà delle parti il contratto si concluse con l'apposizione delle rispettive sottoscrizioni, mentre la conferma successiva avrebbe dovuto riguardare solo la sua messa in esecuzione, poi pacificamente effettuata e mantenuta sino alla data di proposizione del presente giudizio. D'altro canto la società attrice, tramite il suo legale, con missiva del 16.12.2005 (doc.29 Banca) lamentò l'eccessivo "*squilibrio*" derivante, in suo danno, dal "*contratto Sunrise Swap*" senza più mettere in dubbio la sua regolare conclusione. E ciò costituisce ulteriore riscontro del fatto che la fosse ben consapevole che con la manifestazione di volontà di cui all'ordine del 10.7.2003, accettato da controparte, era sorto quel vincolo negoziale poi contestato in questa sede.

Con il **decimo motivo** la censura la sentenza nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto (pag. 19) che essa appellante "*avesse inteso il significato e la portata di quanto*" previsto nel contratto.

Deporrebbe, infatti, in senso contrario la presenza, nel "*modulo d'ordine*" di "*meri dati di quanto ordinato*" e la non utilizzabilità della "*conferma di contratto Sunrise Swap 298434-435*" perché mai sottoscritta dalle parti.

La doglianza va disattesa.

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

Il Tribunale ha ritenuto, con motivazione esente da vizi logici, che la fosse consapevole della "*finalità, di tipo speculativo*" nel contratto trattandosi della "ristrutturazione" dei due precedenti rapporti aventi ad aggetto analoghi prodotti derivati (per loro natura altamente rischiosi) ed essendo, la "*seguita da un professionista anche nel suo rapporto con le Banche*".

La questione circa il contenuto delle informazioni fornite da è comunque priva di concreto rilievo nell'ambito del proposto motivo di gravame.

Il Tribunale ha, infatti, accertato l'appartenenza della alla categoria degli Operatori Qualificati ex art. 31 Regolamento Consob ed il conseguente esonero di dagli obblighi di informazione sulla natura e sui rischi degli strumenti finanziari negoziati.

Con l'**undicesimo motivo** l'appellante si duole ulteriormente della sua ritenuta consapevolezza delle finalità, di "*tipo speculativo*", del contratto Sunrise Swap trattandosi di circostanza a suo dire smentita dal teste . Deduce, altresì, che il Tribunale avrebbe dovuto "*escludere, e sin dal momento 'genetico', la 'causa' del contratto perché*", come emerso dalle deposizioni di e di , quest'ultimo già dipendente , "*l'importo nozionale*" di un milione e mezzo di euro era stato fissato tenendo conto non dell'esposizione, nei confronti del sistema bancario, di essa s.r.l., bensì dell'indebitamento di tutte le società facenti capo al suo legale rappresentante sig.

Il motivo è infondato.

Il teste , dopo aver precisato di non essere stato "*presente alla stipulazione dei contratti*" ha riferito che quando il gli sottopose "*quanto prospettatogli dai funzionari della banca*" gli disse anche di aver "*inteso trattarsi di una sorta di assicurazione contro il rischio futuro di innalzamento dei tassi*" e che nel 2004, quando si accorse "*dell'entità dei costi che gli stavano addebitando*" esso lo accompagnò "*ai colloqui con i funzionari della banca*".

Ebbene, il fatto che il fosse convinto che i tre contratti in derivati da lui conclusi con la Banca fossero finalizzati ad una "*assicurazione contro il rischio futuro dei tassi*" è smentito dalle avvertenze contenute nel contratto quadro relative alle "*operazioni di interest rate swap*" da lui sottoscritto, quale legale rappresentante della s.r.l., il 15.10.2001 (doc.5 Banca).

All'art. 5 si legge, infatti, "*che il valore dei contratti oggetto del presente accordo è soggetto a notevoli variazioni e che, pertanto, l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili, non sussistendo, dunque, alcuna garanzia di mantenere invariato il valore di detto investimento*". Ed una clausola di identico

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

contenuto compare anche nel contratto quadro relativo "*alle operazioni di interest rate swap*", sottoscritto sempre dalla prodotto al doc.13 di e dalla stessa collocato temporalmente al 19.11.2002, data dell'ordine relativo all'operazione Atlantic Swap (doc. 16 Banca).

Tali risultanze, ed il fatto che la dal 2001, data di inizio della sua operatività in derivati, al 2004 (data indicata dal teste) ebbe modo di constatare la contabilizzazione, sul suo c/c, delle somme corrispondenti ai flussi prodotti dai contratti di IRS via via stipulati e delle perdite che dagli stessi potevano derivare, portano ad escludere che con le suddette operazioni la società ritenesse di essersi posta al riparo del rischio di un futuro "*innalzamento dei tassi*".

Per quanto concerne poi la ritenuta incongruità del nozionale del contratto di Sunrise Swap in oggetto, si tratta di eccezione nuova, intesa ad una pronuncia di nullità del suddetto contratto per mancanza di causa fondata su circostanze mai dedotte prima e come tale inammissibile per le ragioni già sopra esposte (con la memoria ex art. 6 D.Lgs.n.5/2003 la aveva chiesto dichiararsi la nullità del contratto "*per difetto di causa ex art. 1325 c.c. data la pressoché totale assenza di alea nei confronti della banca rispetto alla natura del contratto*" -senza nulla rilevare in merito all'incongruità del capitale nozionale- domanda peraltro ritenuta inammissibile dal primo Giudice).

Si tratterebbe, comunque, di un'asserita inadeguatezza del contratto rispetto al profilo del cliente che la Banca non aveva l'obbligo di evidenziare, secondo le forme di cui all'art. 29 Reg. Consob n.11522/1998, trattandosi di norma non applicabile nei confronti degli Operatori Qualificati (il capitale nozionale è l'importo assunto come base per l'adempimento degli obblighi associati ad uno strumento derivato ed è così denominato perché è un capitale fittizio che non viene scambiato tra le parti. In un contratto di IRS, come quello di specie, non si ha, infatti, scambio di valuta ma solo la liquidazione, tra le parti, del differenziale degli interessi maturati, in un periodo di tempo determinato, sul "capitale nozionale").

Con il **dodicesimo motivo** di appello la continua a lamentare che il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto provata la sua consapevolezza delle conseguenze che sarebbero derivate dal contratto Sunrise Swap in oggetto ed ancora una volta richiama, a propria difesa, la deposizione del teste

Il motivo è infondato per le ragioni già esposte in relazione ai motivi 10 ed 11.

Con il **tredicesimo motivo** la assume che il Tribunale avrebbe "*errato (..) a rigettare la domanda di nullità del contratto per vizio della causa*".

Copyright dirittobancario.it
dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

Il motivo è inammissibile.

Il Tribunale non ha, infatti, respinto, nel merito, tale domanda (fondata, come si è detto, sulla asserita "*pressoché totale assenza di alea*"), ma l'ha dichiarata inammissibile in quanto proposta solo con la memoria ex art. 6 D.Lgs. n.5/2003 e non trovando la propria giustificazione nelle difese della Banca convenuta.

Il Tribunale ha, in particolare, rilevato che in citazione l'attrice aveva fatto richiamo alla sussistenza di "*un'alea di tipo esclusivamente unilaterale*" solo per porre in dubbio la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti sotto il profilo dell'art. 1322 c.c. ("*dubbio peraltro fugato dalla giurisprudenza*") senza alcun richiamo all'art. 1325 c.c. (v. pag. 3 cit.) e su questo punto la sentenza non è stata oggetto di specifica censura.

Con il **quattordicesimo motivo**, di assai difficile comprensione, la pare dolersi del fatto che il Tribunale abbia affermato "*l'equazione (..) tra 'rimodulazione'*" dell'operazione di Atlantic Swap e consapevolezza, di essa appellante, del "*tipo speculativo*" del nuovo contratto Sunrise Swap trattandosi di "*equazione*" negata dalla stessa convenuta laddove aveva evidenziato "*che le condizioni 'rimodulate' sarebbero 'aggiornate' in base a 'più attendibili previsioni' delle quali s'ignora ogni cosa..!*".

Il motivo, per quanto è dato comprendere, va respinto.

Il Tribunale ha ritenuto che essendo il contratto Sunrise Swap una "*rimodulazione*" dell'operazione Atlantic Swap anticipatamente estinta dalla (circostanza peraltro riferita in citazione dalla stessa società attrice), non era sostenibile che essa ne ignorasse il carattere speculativo. E tale argomento non appare in contraddizione con le difese della Banca la quale aveva anche prodotto le c.d. curve *forward* di aspettativa (doc.10) che indicavano un'attesa al rialzo dei tassi e la conseguente opportunità di ristrutturare i contratti via via conclusi con controparte.

In ogni caso la Banca non era tenuta a particolari informazioni sul rischio connesso al prescelto strumento finanziario stante l'esenzione dai relativi obblighi ex art. 31 Reg. Consob.

Con il **quindicesimo motivo** l'appellante censura la sentenza nella parte in cui il Tribunale ha accertato l'appartenenza, di essa , alla categoria degli operatori qualificati ex art. 31 Reg. Consob n.11522/1998.

Il motivo è infondato.

Come rilevato dal Tribunale, ai sensi dell'art.31, 2° co., Reg. Consob, nel testo vigente *ratione temporis*, nell'ambito della categoria degli operatori qualificati è compresa "*ogni società o persona*

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Il Tribunale ha altresì dato atto che "*in qualità di legale rappresentante di ebbe (a più riprese) a firmare, sotto la sua responsabilità, una dichiarazione del seguente letterale tenore: '..che la predetta società possiede una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari..'*", del tutto conforme alla c.d. dichiarazione autoreferziale richiesta dal citato art. 31. (v. doc. n.6 datato 15.10.2001, doc.n.14 datato 19.11.2002; doc.n.20 datato 10.7.2003; la il 15.10.2001 sottoscrisse anche il testo dell'art. 31 Reg. Consob per cui non vi è dubbio che fosse consapevole delle finalità e della portata della citata norma –doc.7 Banca).

Ciò premesso in punto di fatto, il Tribunale ha richiamato l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui "*in tema di contratti di intermediazione mobiliare, ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari (...) la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione in suo possesso; pertanto salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, ex art. 116 c.p.c., anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro*" (Cass.n.12138/2009).

In applicazione di tali principi il Tribunale ha poi ritenuto che "*la non abbia soddisfatto l'onere probatorio come delineato dalla S.C., non avendo allegato alcuna circostanza specifica dalla quale desumere la mancanza del dichiarato requisito della competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari*".

Il primo Giudice ha, in particolare, reputato essere "*insufficiente*", sotto tale profilo, "*il richiamo alle 'dimensioni' dell'impresa, suffragato dalla produzione dei bilanci (doc.5) (...) atteso che se consente di attribuire la qualità di piccolo-media impresa all'attrice, non offre riscontro all'assenza di esperienze pregresse tali da farle comprendere la natura dei contratti che si*

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

andavano a stipulare, in pratica uno all'anno dal 2001, come si è visto". Parimenti ininfluente è stata ritenuta "*l'allegazione della mancanza dei requisiti dimensionali e di esperienza specifica fissati dal nuovo regolamento intermediari, in attuazione della Direttiva 2004/39/Ce*", trattandosi di normativa "*che non era ancora in vigore al momento della stipulazione del contratto di swap di cui si discute*".

Ebbene, l'appellante non censura nessuno di tali passi motivazionali della sentenza ma lamenta che il Tribunale avrebbe dovuto "*desumere*" la mancanza dei requisiti, in capo ad essa , per essere considerata operatore qualificato, dal "*comportamento extraprocessuale e processuale delle parti*". Dopo di che, a conferma di tale assunto, deduce il "*fatto notorio che la Consob ha comminato, con la delibera n.16069 del 01.08.2007, al termine delle indagini svolte sull'operato dell'* *la sanzione pecuniaria di €268.500,00 e di €511.200,00 comminata a carico dell'allora con delibera n.16070 del 01/8/2007 confermate entrambe dalla Corte d'Appello di, rispettivamente, Milano con il decreto del 13.11.2008 e Venezia con il decreto del 16.07.2008*".

Si tratta, con ogni evidenza, di difesa del tutto nuova, fondata su fatti in precedenza non allegati, non provati, non desumibili dal primo Giudice *ex actis*, e come tali inammissibili (sul tema, ampiamente: Cass.ord. SS.UU,n.10531/2013).

La Suprema Corte ha infatti chiarito che anche la mera difesa è soggetta "*agli oneri deduttivi e probatori della parte interessata e, segnatamente, ove con essa si introducano nuovi temi di indagine, alle preclusioni connesse all'esatta identificazione del thema decidendum e del thema probandum, con l'ulteriore conseguenza che l'esclusione dal thema decidendum dei fatti tardivamente contestati (e la loro conseguente inopponibilità nelle fasi successive del processo) si verifica solo allorché il giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne l'esistenza o l'inesistenza, 'ex officio', in base alle risultanze ritualmente acquisite*" (Cass.n.18207/2010).

La dichiarata inammissibilità non consente di entrare nel merito dei richiamati provvedimenti la cui rilevanza, nel caso di specie, è decisamente contestata da controparte.

Continuando nella stessa linea difensiva la assume che se il Tribunale avesse tenuto conto dei suddetti provvedimenti della Consob e delle Corti d'Appello di Milano e Venezia, avrebbe potuto "*desumere la prova*" che la Banca appellata "*nonostante la 'politica di gruppo' di sua appartenenza fosse (...) quella 'dichiarata' della 'vendita di prodotti derivati atti ad assicurare la copertura di rischi finanziari (soprattutto di piccole e medie imprese)'*" in realtà la finalità perseguita era quella di "*gestione del rischio di insolvibilità del cliente*", con valenza "*meramente speculativa*" a suo

Copyright dirittobancario.it

dirittobancario.it

carico, atteso che "*a fronte di un costo certo, il cliente si esponeva a nuovi rischi, sicché solo condizioni di mercato particolarmente favorevoli avrebbero consentito di armonizzare i ricarichi applicati dalla Banca*".

Poste tali premesse l'appellante deduce che "*se fosse stata per davvero 'operatore qualificato'*", come erroneamente ritenuto dal Tribunale, "*avrebbe dovuto desumere quel che la Consob prima e la Corte d'Appello di Milano hanno potuto accertare, a conclusione di specifiche, quanto complesse 'indagini'*" e non avrebbe, quindi, di certo negoziato i prodotti in questione.

Anche tali argomenti vanno disattesi in quanto gravati dal medesimo vizio di inammissibilità di cui si è detto.

In ogni caso è opportuno rilevare che la pare voler desumere l'assenza dei requisiti richiesti dall'art. 31 Reg. Consob per rientrare nella categoria degli operatori qualificati, dal fatto che se avesse effettivamente avuto quella dichiarata competenza ed esperienza in materia finanziaria non si sarebbe esposta ad una "perdita" sicura, quale quella, a suo dire, conseguente alle concluse negoziazioni in prodotti derivati, a fronte di un utile pressoché certo per la banca.

Ma queste sono valutazioni sulla natura e sugli effetti del contratto, e non circostanze di fatto, conosciute o conoscibili dalla banca, da cui poter desumere, seguendo i principi fissati dalla giurisprudenza di legittimità, che la non fosse in realtà in possesso di quella esperienza necessaria a farle comprendere appieno le finalità ed i gravi rischi di operazioni sofisticate come quelle in derivati di cui si discute.

Con il **sedicesimo motivo** l'appellante lamenta che il Tribunale non abbia accertato il collegamento tra i "*molteplici contratti di Swap*" dedotti in giudizio, caratterizzati da una "*sostanziale unitarietà causale*". E "*dato che l'ultimo contratto di 'Sunrise Swap 298434-435' è quello che si collega a quelli stipulati precedentemente (..) non potrà che discenderne che, se cade (..) il primo per nullità derivante dalla violazione dell'art. 30 tuf o, comunque, per una qualsiasi della altre di cui ai capi che precedono, cadono necessariamente anche gli altri (per effetto dell'intrinseco collegamento negoziale)*".

Il motivo è infondato.

Per quanto concerne il richiamo all'art. 30 T.U.F. sulla nullità dei contratti di collocamento in strumenti finanziari conclusi fuori sede per omessa indicazione della facoltà di recesso del cliente, si tratta di norma che il Tribunale ha ritenuto non applicabile agli operatori qualificati ex art. 31 Reg. Consob n.11522/1998, e la sentenza non è stata minimamente censurata su questo punto.

Copyright dirittobancario.it

DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

In ogni caso ciò che rileva è che la non ha impugnato, chiedendone la dichiarazione di nullità, il primo contratto IRS (Interest Rate Swap) del 15.10.2001 e neppure quello successivo Atlantic Swap, ma solo il terzo "Sunrise Swap" del 10.7.2003. Dall'invalidità, mai dedotta, delle prime due operazioni la non può pertanto pretendere, in questa sede, di farne derivare, sulla base di un collegamento negoziale parimenti mai prospettato, la nullità dell'ultima operazione in Swap di cui si discute.

Le esposte considerazioni portano al rigetto dell'appello.

Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate, come in dispositivo, ai sensi del D.M.n.55/2014 essendosi, l'attività di difesa delle parti, conclusa dopo la sua entrata in vigore.

P. Q. M.

La Corte, definitivamente decidendo

1)- respinge l'appello proposto dalla società s.r.l. avverso la sentenza n.1079/2009 del Tribunale di Parma;

2)- condanna la società appellante al rimborso, a favore della , delle spese del grado che liquida in per compensi professionali, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA.

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio della III sezione civile della Corte d'Appello, il 16 dicembre 2014

Il Consigliere est.
dott. Rosia Ferrigno

Il Presidente
dott. Giuseppe Colonna

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Lorella Soldati

CORTE D'APPELLO BOLOGNA
Depositato in Cancelleria
lì 23 GEN 2015
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Lorella Soldati

Copyright dirittobancario.it
dirittobancario.it