



Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. _____

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE I CIVILE

RIUNITA IN CAMERA DI CONSIGLIO NELLE PERSONE DEI
SIGNORI MAGISTRATI

Dott.ssa	Caterina MAZZITELLI	PRESIDENTE
Dott.ssa	Federica LA MARCA	CONSIGLIERE REL.
Dott.ssa	Tiziana MACCARRONE	CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n.

promossa da

_____, rappresentata e difesa, per procura in atti, dall'avv. S. Zuccarello
ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Torino v. Magenta 36;
APPELLANTE

contro

_____, rappresentata e difesa, per procura in atti, dall'_____
ed elettivamente domiciliata presso lo stesso ir _____

APPELLATO

CONCLUSIONI DELLE PARTI

PER PARTE APPELLANTE

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, riformare la sentenza impugnata n.
3462/2014 del Tribunale Civile di Torino, sez. I, depositata in data 12 maggio
2014 e pubblicata il 13 maggio 2014 ed, in accoglimento del presente appello,
così statuire:

Nel merito

Previa declaratoria di inefficacia e/o inesistenza dei contratti quadro del
6.3.2002 e del 29.10.2003 e, in ogni caso, accertata le nullità dei contratti

CR n. 1408/16

REP n. 1042/16

21 GIU 2016

oggetto:

intermediazione

finanziaria





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

derivati per cui è causa per le ragioni esposte nell'atto di appello (vizio di causa - III° motivo di impugnazione) accertare e dichiarare la nullità del "Contratto di interest rate swap 7581-SWAP135153UB2" del 6 marzo 2002, del contratto "Sunrise swap" del 29 ottobre 2003 e del contratto "IRS Variabile protetto differenziale SWAP446703UB-SWAP446704UB" del 6 luglio 2005. Conseguentemente e per l'effetto condannare la

in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in , alla restituzione in favore della società attrice della somma di € 70.779,72 per come conteggiata e provata in atti, o di quell'altra somma che sarà ritenuta di giustizia, maggiorata degli interessi e rivalutazione monetaria come per legge dalla data dei pagamenti.

In via alternativa

previa declaratoria di invalidità e/o di inefficacia della dichiarazione ex art. 31 del Regolamento Intermediari (del. Consob n. 11522/98, in allora vigente), conseguentemente accertare e dichiarare l'inadempimento della Banca convenuta per violazione di tutti gli obblighi comportamentali di cui al TUIF (d.lgs. n. 58/98) e del Regolamento Consob n. 11522/98. Per l'effetto

in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in

al pagamento in favore della società attrice a titolo di risarcimento del danno della somma di € 70.779,72 o di quell'altra somma che sarà ritenuta di giustizia, maggiorata degli interessi e rivalutazione monetaria come per legge dalla data delle operazioni,

In via gradata

Accertare e dichiarare il grave inadempimento della Banca convenuta per i motivi tutti esposti in atti e per l'effetto dichiarare, ex artt. 1353 e 1355 cc, la risoluzione del contratto Irs Variabile Protetto Differenziale del 6 luglio 2005 (ancora vigente tra le parti), con ogni ulteriore statuizione di legge in termini restitutori e/o risarcitori; conseguentemente e per l'effetto condannare la

in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in , alla restituzione in favore della società attrice della somma di € 70.779,72 per come conteggiata e provata in atti, o di quell'altra somma che sarà ritenuta di giustizia, maggiorata degli interessi e rivalutazione monetaria come per legge dalla data dei pagamenti.

In ogni caso

Condannare parte appellata alla restituzione di quanto già pagato da Spaf in conseguenza della condanna alle spese di lite del giudizio di primo grado, dalla Sentenza quantificate in € 8.000,00 oltre IVA, cpa e spese forfettarie e maggiorazioni di legge;

- con vittoria di spese e competenze, di contributo spese forfettario dei due gradi di giudizio, con distrazione in favore del difensore antistatario.

la





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

PER PARTE APPELLATA

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, confermare integralmente la Sentenza appellata (n. 3462/14 pubbl. 13.5.2014) dichiarando che la Banca nulla deve per i fatti dedotti in causa e respingere tutti i motivi di appello proposti dalla medesima, conseguentemente respingere tutte le domande formulate dalla medesima con vittoria di spese, diritti e onorari di lite, oltre IVA e CPA e spese forfettarie 15%, anche per questo grado del giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La vicenda oggetto di causa e le posizioni delle parti sono così riassunte nella sentenza impugnata.

“Con citazione notificata il 30 dicembre 2011 – _____ ocato in giudizio innanzi a questo Tribunale l’_____ esponendo che:

- essa, società familiare operante nel settore della produzione e del commercio all'ingrosso di articoli funebri, intratteneva dal 1996 rapporti con la banca _____ consistenti per lo più in ordinari rapporti di conto corrente, mutuo e leasing;
- il 6 marzo 2002, su iniziativa della banca, aveva concluso un contratto quadro contenente norme relative alle operazioni di interest rate swap, proposto dalla banca quale strumento di copertura del rischio di oscillazioni dei tassi, cui essa risultava esposta in relazione a linee di credito che le erano state concesse dalla banca;
- in occasione della conclusione di tale contratto la banca non aveva svolto alcuna indagine sulle sue conoscenze in materia di strumenti finanziari derivati ed all'amministratore non era stata fatta sottoscrivere alcuna dichiarazione di essere operatore qualificato;
- nella stessa data la banca le aveva proposto la stipula di un primo contratto in strumenti derivati, denominato interest rate swap 7581-SWAP135153UB2, con un importo nozionale di riferimento di € 50.000, data di inizio all'8 marzo 2002 e data di scadenza all'8 marzo 2007, al tasso parametro indicato nel contratto;
- il 29 ottobre 2003 aveva concluso con la banca convenuta un contratto per il deposito e l'amministrazione di titoli e per la negoziazione di strumenti finanziari, ed anche in tale occasione la banca non aveva svolto alcuna indagine sulle sue conoscenze ed esperienze in materia di strumenti finanziari, né era stata resa alcuna dichiarazione di operatore qualificato;
- contestualmente la banca aveva proposto la rimodulazione del primo contratto stipulato il 6 marzo 2002 e quindi essa il 29 ottobre 2003 aveva chiesto alla banca l'estinzione anticipata del primo contratto, autorizzando l'addebito sul proprio conto corrente del mark to market a lei sfavorevole, pari

lan





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. _____/14

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

alla somma di euro 41.000, concludendo nella stessa data un secondo contratto, denominato Sunrise swap, con un importo nozionale di riferimento di euro 50.000, data iniziale al 31 ottobre 2003 e finale al 31 ottobre 2008, parametri e tassi indicati nel contratto, up-front pagato dalla banca in suo favore pari al costo dell'anticipata estinzione del contratto precedente, e cioè pari ad euro 41.000;

- dopo circa un anno e mezzo la banca aveva proposto la rimodulazione anche del secondo contratto di swap del 29 ottobre 2003, e quindi il 6 luglio 2005 essa aveva chiesto alla banca l'estinzione anticipata di tale contratto, autorizzando l'addebito sul proprio conto del mark to market a lei sfavorevole, pari a € 46.300, e nella stessa data aveva concluso un nuovo contratto denominato IRS Variabile protetto differenziale SWAP446703UB - SWAP446704UB, con importo nozionale di riferimento di € 500.000, data iniziale all'8 luglio 2005 e finale all'8 luglio 2012, tassi indicati nel contratto e con up-front pagato dalla banca alla _____ al costo della estinzione anticipata del contratto precedente, dunque ad € 46.300;

- tutti tali contratti dovevano, però, essere ritenuti geneticamente viziati e quindi nulli, in quanto strutturati in modo da generare sicuri vantaggi economici per la banca e sicure perdite per la attrice;

- la banca, inoltre, aveva agito in violazione di tutti gli obblighi di comportamento posti a carico degli intermediari finanziari dalla normativa di settore e degli obblighi generali di correttezza e buona fede stabiliti dal codice civile, con la conseguente sussistenza dei presupposti per la risoluzione dell'ultimo contratto di swap per inadempimento della banca e la condanna della stessa al risarcimento di tutti i danni conseguenti a tali violazioni, poste in essere dalla banca medesima;

- le perdite che l'attrice aveva subito in conseguenza della esecuzione di tali contratti di swap erano pari alla somma complessiva di euro 67.930,20, di cui aveva chiesto vanamente alla banca il risarcimento.

Tanto premesso in fatto ha eccepito la nullità di tutti tali contratti di swap per difetto di causa e di oggetto, a causa ed in considerazione della mancanza di una equilibrata distribuzione dell'alea tra le parti contraenti, in quanto tali contratti erano strutturati sin dall'origine in modo tale da produrre perdite esclusivamente in capo ad una sola parte, escludendo in tal modo l'alea che ne avrebbe dovuto caratterizzare la struttura, con la conseguente nullità ai sensi degli articoli 1418 e 1325 del codice civile.

La convenuta, inoltre, aveva violato gli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari, essendo inefficace la propria dichiarazione di essere operatore qualificato, avendo sempre svolto operazioni semplici e non attività speculative sui mercati finanziari e non avendo in precedenza mai negoziato strumenti derivati, né con la convenuta né con altre banche o altri intermediari autorizzati.

Ha eccepito anche la inadeguatezza degli strumenti rispetto alle proprie esigenze, non avendo funzione di copertura i contratti di swap stipulati con la convenuta, dunque per tipologia, ed anche per frequenza.

buil





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2216/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

Ha pertanto concluso chiedendo l'accertamento della nullità di tali contratti con la condanna della convenuta alla restituzione della suddetta somma di euro 67.930,20, in alternativa la risoluzione per inadempimento della convenuta dell'ultimo contratto di swap, stipulato il 6 luglio 2005, con la condanna, anche in via risarcitoria, della convenuta alla restituzione della medesima somma di euro 67.930,20.

La banca convenuta, costituitasi tempestivamente, con comparsa depositata il 22 marzo 2012, essendo stata indicata quella dell'11 aprile 2012 quale udienza di prima comparizione, ha resistito a tali domande, esponendo che:

- all'inizio del 2002 l'amministratore della società attrice aveva espresso ai funzionari della banca le proprie preoccupazioni circa la possibilità di un rialzo dei tassi di interesse, che avrebbe comportato un corrispondente aumento degli oneri finanziari sull'indebitamento della società, in quel momento pari a circa 1,4 milioni di euro, dicendo anche di voler cercare di evitare di dover pagare tassi di interesse più elevati degli anni precedenti;
- in quell'occasione i funzionari della banca avevano prospettato all'amministratore dell'attrice la possibilità di stipulare contratti di swap, mediante i quali l'attrice avrebbe potuto scambiare con la banca, in relazione ad un importo di riferimento, tassi variabili, come l'Euribor, per quelli a carico della banca, e tassi fissi per quelli a carico della attrice;
- scegliendo di applicare tassi fissi a suo carico l'attrice avrebbe pertanto potuto determinare gli oneri sull'indebitamento, per la parte di esso corrispondente all'importo di riferimento dello swap; nella stessa occasione i funzionari della banca avevano precisato che il contratto avrebbe potuto generare pagamenti periodici a carico del cliente, se e nella misura in cui i tassi fissi variabili fossero stati inferiori al tasso fisso pattuito;
- l'amministratore dell'attrice aveva quindi esaminato una proposta formulata dalla banca di un contratto di swap di durata quinquennale, con importo di riferimento pari a euro 500.000, con la possibilità di pagare tassi fissi a fronte di quello variabile Euribor a carico della banca;
- successivamente, il 6 marzo 2002 le parti si erano incontrate presso i locali della banca e l'amministratore della attrice aveva rilasciato alla banca una dichiarazione ai sensi dell'articolo 31 del regolamento Consob 11522/98, secondo la quale la società possedeva una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, dando atto che di conseguenza il rapporto di swap sarebbe stato regolato dalle previsioni e dalle disposizioni concernenti gli operatori qualificati, così come previsto dall'articolo 31 suddetto;
- quindi le parti avevano concluso un primo contratto quadro per regolare le operazioni di interest rate swap, nelle premesse la società aveva ribadito la suddetta dichiarazione di operatore qualificato, e successivamente un contratto denominato IRS composto, avente le caratteristiche definite nei precedenti incontri tra l'amministratore della società ed i funzionari della banca;
- nell'ottobre 2003 le parti si erano incontrate e avevano discusso dell'andamento dei tassi di interesse, del fatto che il previsto aumento dei tassi

lan





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

non si era verificato e che quindi il contratto di swap in corso andava assumendo un valore di mercato, il cosiddetto mark to market, o MTM, negativo, e quindi i funzionari della banca avevano illustrato alla attrice le possibili alternative (il mantenimento del contratto in corso, la sua estinzione anticipata con pagamento del predetto valore negativo, o la sua sostituzione con un nuovo contratto di swap, i cui parametri avrebbero potuto essere determinati in modo da assorbire quel valore negativo);

- il 29 ottobre 2003 era quindi stato risolto consensualmente il contratto di swap in corso e sottoscritto un nuovo contratto, denominato SUNRISE SWAP, nel quale il legale rappresentante della attrice aveva ribadito di essere operatore qualificato, sottoscrivendo una nuova dichiarazione in tal senso, diretta alla banca nella sua nuova denominazione;

- nel luglio 2005 le parti si erano incontrate nuovamente per valutare l'andamento dei contratti in corso e avevano constatato che, in un contesto di tassi di mercato particolarmente bassi, il suddetto contratto denominato SUNRISE SWAP aveva assunto un valore negativo, pari ad euro 43.300, ed era stata quindi discussa una nuova sostituzione del contratto: la banca ne aveva proposto uno denominato IRS Variabile Protetto Differenziale, avente una struttura simile a quello in corso, ma prevedendo come parametro tassi fissi più favorevoli;

- il 6 luglio 2005 le parti avevano quindi concordato la risoluzione anticipata del suddetto contratto SUNRISE SWAP e la sua sostituzione con un nuovo contratto, denominato IRS Variabile Protetto Differenziale, di pari importo nozionale.

Tanto premesso in fatto ha contestato la dedotta nullità dei contratti di swap stipulati dall'attrice per difetto di causa, in quanto l'eventuale squilibrio tra le prestazioni o lo sbilanciamento dell'alea non determinava affatto un difetto di causa o di oggetto dei contratti, con la conseguente insussistenza della nullità prospettata dalla attrice.

Ha contestato anche la prospettata nullità per la natura usuraria dei tassi e la mancata costituzione della provvista, in quanto la somma pagata dalla banca a titolo di up front era volta a compensare il costo di estinzione del precedente contratto di swap e costituiva anche un corrispettivo pattuito dalle parti unitamente ai parametri del contratto di swap successivo, con la conseguenza che i pagamenti effettuati dalla attrice non erano altro che la regolazione dei contrapposti pagamenti periodici previsti dal contratto e dipendevano da eventi aleatori, quali l'evoluzione degli indici (tassi di interesse), in precedenza pattuiti. Ha contestato anche l'inadempimento agli obblighi informativi lamentato dalla attrice, anche alla luce della dichiarazione di essere operatore qualificato sottoscritta dall'amministratore dell'attrice ai sensi dell'articolo 31 del regolamento Consob 11522/98, di cui non poteva essere ravvisata l'inefficacia prospettata dalla attrice, essendo la dichiarazione conforme al disposto del secondo comma dell'articolo 31 del Regolamento Intermediari.

Ha pertanto concluso per il rigetto delle domande della attrice e, in subordine, per l'accertamento della responsabilità concorrente dell'attrice e la riduzione del





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

risarcimento dovutole”.

La causa veniva istruita mediante assunzione di prove orali.

Con sentenza del 13.5.2014 il Tribunale di Torino rigettava le domande di parte attrice e la condannava alla rifusione delle spese di causa a favore di Unicredit s.p.a.

Il Tribunale, premessa una disamina sulla tipologia degli strumenti derivati oggetto di causa, riteneva che: - non era ravvisabile la nullità per mancanza di causa in concreto e per violazione di legge, a causa del superamento dei tassi cosiddetti usurari e per la mancata consegna della somma oggetto di tali contratti, in quanto non sembrava sussistente l'assenza di rischio per la banca e, dunque, di alea (con la conseguente mancanza di causa quale lamentata dalla attrice), giacché tali contratti rientravano nello schema generale del contratto di swap, più volte ritenuto valido, lecito e ammissibile, consistendo, come evidenziato, nello scambio fra le parti, in relazione ad un importo di riferimento dell'andamento dei due tassi (il cui andamento non era noto a priori, con la conseguenza che non era condivisibile l'affermazione della attrice circa l'insussistenza di alea o rischio per la banca); non era quindi necessaria la consulenza tecnica d'ufficio richiesta dalla attrice; - pur prescindendo dal rilievo che i contratti di swap in questione non rientrano in alcune delle tipologie di contratti di finanziamento previste dalla legge antiusura (l. 108/96) e non hanno, comunque, scopo di finanziamento, i tassi parametro erano chiaramente, per quello che risultava da quanto indicato nei contratti, inferiori ai cosiddetti tassi soglia previsti dalla legge anti usura, mentre la censura relativa al mancato pagamento del cosiddetto importo di riferimento risultava non conferente, in quanto i contratti in questione non erano contratti di mutuo, ma contratti aleatori con riferimento ad un importo nozionale che non doveva essere corrisposto ma costituiva quello al quale fare riferimento per verificare l'andamento dei tassi per ciascuna delle due parti, onde determinare alla scadenza quella a debito e quella a credito; - la dichiarazione di operatore qualificato più volte resa dall'amministratore della società attrice era pienamente valida ed efficace; - la società attrice aveva affermato la non veridicità di tale dichiarazione ed anche la consapevolezza in capo alla Banca di tale circostanza (elementi che, se provati dal cliente, erano secondo la giurisprudenza idonei a eliminare l'efficacia di tale dichiarazione) ma ciò non era stato provato; infatti, da quanto riferito dai testi escussi non erano emersi elementi significativi a sostegno della non veridicità di tale attestazione e della consapevolezza di tale circostanza in capo alla banca. Le dipendenti della società, impiegate amministrative da lungo tempo presso l'attrice, si erano infatti limitate a riferire che la società attrice intratteneva ordinari rapporti di conto corrente prevalentemente con la banca convenuta e di non essere state informate della stipula dei contratti di swap, il cui esito aveva costituito una sorpresa anche per l'amministratore della attrice il quale, secondo la loro concorde impressione, era stato sorpreso dalla scoperta di addebiti in conseguenza di tale contratto. Le stesse avevano anche riferito che l'ufficio amministrativo della società era composto solamente da loro due,

lan





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

trattandosi di una piccola società familiare, e che la società si avvaleva della collaborazione di un commercialista solamente per la dichiarazione dei redditi. Il funzionario della banca che aveva trattato con l'amministratore della convenuta in occasione della stipula del primo contratto di swap, aveva riferito di aver illustrato all'amministratore della attrice scopi e struttura del contratto di swap, che gli era sembrato fossero stati ben compresi; lo stesso aveva anche riferito di aver sottoposto all'amministratore della attrice la dichiarazione di operatore qualificato che poi lo stesso aveva sottoscritto, spiegandogliene il contenuto e la funzione, avendo tra l'altro la società attrice una consistente esposizione debitoria, pari a oltre un milione di euro, ed essendo quindi interessata ad evitare i rischi conseguenti all'andamento dei tassi in relazione a tale esposizione. Nelle fasi successive, in occasione delle verifiche circa l'andamento dei contratti e l'esame delle possibili alternative, le informazioni circa l'andamento dei contratti e le possibili alternative a disposizione della società erano state fornite da _____, il quale aveva illustrato all'amministratore della società le possibili alternative e le caratteristiche del nuovo contratto. Anche in occasione della successiva rinegoziazione, nel 2005, analoghe informazioni erano state fornite all'amministratore della società da _____. Il contenuto del nuovo contratto di swap, sottoscritto dall'attrice nel 2005, era stato elaborato da _____. _____, anch'essa funzionaria della banca convenuta, che ne aveva illustrato le caratteristiche alla _____ per consentire di spiegarle all'amministratore della attrice. Dunque la dichiarazione di operatore qualificato rilasciata dall'attrice non poteva essere considerata non veritiera o inefficace, non essendo emersi elementi per affermarne la contrarietà al vero, posto che quanto riferito dalle dipendenti della attrice _____ a ne attestava solo le piccole dimensioni e la ridotta struttura operativa, ma non consentiva di escluderne l'esperienza e le conoscenze dichiarate; - di conseguenza tale dichiarazione esimeva l'intermediario finanziario dagli obblighi informativi di cui agli articoli 27, 28, 29 e 30, comma 1, del regolamento Consob ("A eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62.", così il primo comma dell'art. 31 del suddetto regolamento Consob); - in ogni caso, quanto riferito da tutti i dipendenti della banca convenuta escussi come testi consentiva di escludere le prospettate violazioni degli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari, dunque della banca convenuta, essendo stato concordemente ed unanimemente riferito che le caratteristiche dei vari contratti di swap erano più volte stati illustrati, unitamente alle alternative possibili, all'amministratore della società attrice, e che tali operazioni si giustificavano in ragione della rilevante esposizione debitoria della attrice, pari a oltre un milione di euro, che tra l'altro ne contraddiceva le ridotte dimensioni dalla stessa prospettate; - non era

lae





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

necessario che per informare sufficientemente l'attrice della natura, delle caratteristiche e dei possibili esiti di tali contratti dovessero essere sottoposti all'amministratore della attrice prospetti di calcolo o previsioni di andamento dei tassi, ben potendo tali illustrazioni essere effettuate attraverso la spiegazione della struttura del contratto e del suo carattere; - non era ravvisabile la nullità dei contratti di swap a causa della mancata sottoscrizione del contratto quadro per la negoziazione, raccolta e trasmissione di ordini di compravendita di strumenti finanziari, peraltro prospettata per la prima volta dalla attrice con la conclusionale, in quanto i contratti di swap in questione erano regolati dal contratto quadro concluso dalla attrice il 6 marzo 2002 e, soprattutto, erano stati conclusi direttamente tra la attrice e la convenuta, in contropartita diretta, con la conseguente non necessità del rispetto delle forme previste dal contratto normativo concluso dalle parti per la raccolta degli ordini di acquisto di strumenti finanziari; - anche le doglianze relative alla mancata comunicazione dei c.d. costi impliciti (per commissioni e altri oneri) erano tardive, non essendo contenute nell'atto introduttivo del giudizio, e non determinando, comunque, anche qualora sussistenti, né la nullità dei contratti né il diritto al risarcimento di danni, per mancanza di prova del nesso di causa tra il prospettato inadempimento della banca ed il danno conseguente al pagamento di detti costi impliciti.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'attrice, la quale resisteva parte appellata. All'udienza del 23.2.2016 le parti precisavano le conclusioni così come riportate in epigrafe e la causa veniva trattenuta a decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.

L'appello proposto dalla attrice si articola sui seguenti motivi.

Con il **primo motivo** l'appellante deduce la invalidità ed inefficacia delle dichiarazioni ex art. 31 Reg. Consob 11522/98 sottoscritte nel 2002 e nel 2003 rilevando la erronea lettura, da parte del primo Giudice, dei principi giurisprudenziali in materia, i quali concordemente affermano che la dichiarazione in questione non opera nel caso in cui vi siano elementi che oggettivamente dimostrino che tale dichiarazione non sia veritiera e che tale non corrispondenza al vero sia facilmente conoscibile dall'intermediario; richiama gli elementi indiziari a sostegno della non veridicità della dichiarazione e della consapevolezza dell'intermediario costituiti da: - l' avere la società una struttura di gestione estremamente semplificata di tipo familiare, circostanza questa della quale l'attrice era assolutamente a conoscenza (cfr. visura camerale); - l'operare la società in un mercato territoriale limitato alla cinta torinese (circostanza anche questa nota alla Banca); - l' esercitare una attività volta alla produzione e al commercio all'ingrosso di articoli funebri tant'è che lo statuto non prevedeva diverse attività di tipo finanziario; - il non avere mai operato con l'attrice, fino al 2002, nel mercato speculativo e men che meno





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

in quello altamente rischioso dei derivati e, segnatamente, degli swap; - il non avere la società in portafoglio titoli e strumenti finanziari a rischio capitale; - l'essere il ... gale rappresentante della società, inesperto in materia e l'essere la Banca consapevole di ciò, così come era consapevole che la società non aveva un ufficio dedicato al rischio finanziario né si avvaleva di consulenti esterni.

Tutti tali elementi erano stati confermati dalle deposizioni testimoniali, anche dei funzionari di banca.

L'appellata eccepisce l'inammissibilità del motivo perché contenente solo una diversa valutazione dei fatti; nel merito sostiene la piena idoneità delle dichiarazioni ad integrare i presupposti ex art. 31 Reg. Consob contenendo l'ammissione della conoscenza ed esperienza in strumenti finanziari.

Con il **secondo motivo** l'appellante deduce la nullità dei due contratti quadro del 6.3.2002 e del 29.10.2003 - e dei conseguenti contratti derivati - perché carenti di elementi essenziali rappresentati in primo luogo dalle informazioni relative alla costituzione dei titoli di provvista o garanzia, come prescritto dalla Comunicazione CONSOB dell'11.11.1998; l'allegazione, secondo l'appellante, era tempestiva perché già introdotta con l'atto di ciazione.

Con il **terzo motivo** l'appellante deduce la nullità dei contratti derivati per assenza di causa in astratto, di causa concreta e di alea relazionale, nonché per mancata informativa su tutti i costi connessi all'operazione e sulle commissioni implicite.

Parte appellata su questi due motivi condivide il decusum del primo Giudice.

Con il **quarto motivo** di appello la società deduce la violazione dell'art. 21 comma 1 lett. a), b), c), d), e) TUF e degli artt. 1175, 1176 e 1375 c.c. Sostiene l'appellante che, anche qualora la dichiarazione resa ex art. 31 Reg. Consob dovesse considerarsi valida ed efficace, non verrebbero comunque meno gli obblighi contenuti nelle citate norme, atteso che la valida dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob comporterebbe la deroga solo agli artt. 27, 28, 29 e 30 dello stesso regolamento Consob; gli obblighi comportamentali sanciti dall'art. 21 TUF erano stati violati dall'intermediario in quanto: - non erano state fornite adeguate informazioni sulle conseguenze della sottoscrizione; - la Banca non aveva illustrato, anche tramite l'ausilio di intellegibili modelli esplicativi, il meccanismo di funzionamento (le formule dei differenziali che dovrà pagare o ricevere); - la Banca non aveva mai illustrato le condizioni di mercato esistenti alla data di sottoscrizione dei singoli contratti di swap, nonché la proiezione dei tassi al momento della conclusione di ogni singolo e specifico contratto di swap, limitandosi a dare generiche informazioni su modelli contrattuali base (i Plain Vanilla Swap) diversi da quelli realmente sottoscritti dalla società (tutti aventi natura e caratteristiche speculative); - la Banca non aveva mai illustrato alla ... la valutazione iniziale (il c.d. pricing) di ogni contratto al momento della sua sottoscrizione; - la Banca, in occasione delle rimodulazione dei contratti, non aveva illustrato alla Spaf i meccanismi di computo dell'up-front, omettendo ogni informazione in merito al fatto che la somma erogata a titolo di up-front in occasione della prima e della seconda rimodulazione non era

Cal





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

sufficiente a (ri)equilibrare contratti già originariamente sbilanciati a sfavore della Banca, così facendo, la Banca, sempre in occasione della rimodulazione dei contratti, aveva nascosto alla Banca la presenza di sostanziose "commissioni implicite", corrispondenti alla differenza tra il valore dell'up-front erogato e il valore, al momento della sottoscrizione, del singolo contratto di swap; tali omissioni informative (la cui prova liberatoria gravava comunque, ex art. 23, comma 6, TUIF, sulla Banca convenuta) integravano senz'altro un inadempimento grave della Banca che giustificava – ex artt. 1353 e 1355 c.c. – la risoluzione dell'ultimo contratto di swap ancora vigente tra le parti (ovvero del contratto Irs Variabile Protetto Differenziale del 06/07/2005) e, in ogni caso, il diritto della Banca al risarcimento del danno patrimoniale sofferto in ragione dell'esecuzione di tutti i contratti controversi.

Afferma l'appellata che in ogni caso la Banca aveva informato l'appellante, sia per mezzo di documenti sia verbalmente, della natura e rischiosità dei prodotti finanziari in questione.

Con il **quinto motivo** di impugnazione l'appellante lamenta l'omessa motivazione del Tribunale in ordine alla doglianza di imposizione di tassi usurari connessi alla rimodulazione del debito eseguita nel 2003 e nel 2005, come dimostrato dalla perizia di parte già depositata in primo grado.

L'appellata contesta tale motivo affermando la non pertinenza della doglianza, come già rilevato dal primo Giudice.

Con il **sesto motivo** di appello la società lamenta comunque la condanna alle spese di causa chiedendone la compensazione anche parziale.

2.

Convieni esaminare in primo luogo il primo motivo di gravame afferente la validità ed efficacia della dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Regolamento Consob perché decisivo ai fini del giudizio.

Va in primo luogo ritenuta l'ammissibilità di tale motivo, a differenza di quanto rilevato da parte appellata, in quanto lo stesso contiene la specifica censura alla sentenza impugnata di aver trascurato le risultanze delle prove documentali e orali emergenti dagli atti le quali, se correttamente valutate, avrebbero portato secondo l'appellante ad una diversa conclusione circa il raggiungimento della prova della non veridicità della dichiarazione e della conoscenza di tale non veridicità da parte dell'intermediario. In questi termini il motivo è pienamente ammissibile proprio perché contiene una censura specifica alle valutazioni del primo Giudice e una ricostruzione dei fatti, emergente dalle prove, difforme da quella accolta dal Tribunale.

In sostanza il Tribunale aveva affermato che non era provata la non veridicità della dichiarazione, e di conseguenza la consapevolezza dell'intermediario di ciò, sulla scorta delle prove orali assunte, mentre l'appellante sostiene che, proprio da tali prove orali nonché da ulteriori elementi indiziari trascurati dal primo Giudice, emergerebbe la dimostrazione della non veridicità delle dichiarazioni, sicché il motivo va ritenuto ammissibile.

lan





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

L'art. 31 del suddetto regolamento prevede che: "Art. 31 (Rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori) 1. A eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lett. e), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lett. b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lett. b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62. 2. Per operatori qualificati si intendono gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Tale ultima ipotesi è quella astrattamente applicabile alla società appellante.

In merito alla valenza della dichiarazione di operatore qualificato si è pronunciata la Suprema Corte - in un caso disciplinato dal Regolamento Consob n. 5387/1991 il cui art. 13 è peraltro di tenore identico all'art. 31 del Regolamento n. 11522/1998 qui applicabile - in questo senso: "*Quindi, in base alla citata disposizione regolamentare, la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo. Appare al riguardo evidente la ratio della norma in esame, volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione. Tali considerazioni inducono a ritenere che, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; Cass. 1973/1662;*

12

Firmato Da: RUSCAZIO MARIA STEFANIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#f: 6e7a4





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repart. n. 1042/2016 del 21/06/2016

1981/5025; 2002/16127; 2006/13212) - esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richiede di compiere operazioni nel settore dei valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario con riferimento a tale specifica questione, ai sensi della L. n.1 del 1991, art. 13, comma 10, (cfr. Cass. 1998/5784; 2000/4085; 2002/10268; 2003/15172; 2005/4651). Nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente" (Cass. n. 12138/2009).

La sentenza citata, così come richiesto dalla norma Regolamentare applicabile al caso di specie, parte dal presupposto che la dichiarazione debba riguardare sia la conoscenza sia l'esperienza dell'operatore in materia di operazioni in strumenti finanziari; sottolinea poi la ratio della dichiarazione che è quella di richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione e delle sue conseguenze.

Precisa che la dichiarazione di cui all'art. 31 non costituisce "dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo" e da ciò non può che discendere che è la stessa dichiarazione, proveniente dall'investitore, che deve contenere tale giudizio, proprio ai fini di una consapevole assunzione di responsabilità sul punto, non potendo invece tale valutazione essere desunta dalla banca sulla base di altri elementi.

Va ancora rilevato, condividendosi sul punto quanto richiamato dall'appellata, che l'intermediario non ha alcun onere di effettuare ulteriori e particolari indagini sulla competenza e esperienza del cliente, allorquando lo stesso è una società, obblighi invece sussistenti nel caso di persona fisica, posto che l'art. 31 citato prevede che le persone fisiche debbano "documentare" (e non solo dichiarare) il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo. Infine deve essere sottolineato che, secondo i citati principi enucleati dalla Suprema Corte coerentemente con quanto stabilito dall'art. 31 Reg. Consob per le società, l'onere di dimostrare la non veridicità della dichiarazione e la conoscenza da parte dell'intermediario di tale circostanza incombe sul cliente.

E al riguardo l'appellante ha dedotto che: - la società aveva una struttura di

Cal





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

gestione estremamente semplificata di tipo familiare, circostanza questa della quale Unicredit era assolutamente a conoscenza (cfr. visura camerale); - la società operava in un mercato territoriale limitato alla cinta torinese (circostanza anche questa nota alla Banca); - la società esercitava una attività volta alla produzione e al commercio all'ingrosso di articoli funebri tant'è che lo statuto non prevedeva diverse attività di tipo finanziario; - la società non aveva mai operato con _____, fino al 2002, nel mercato speculativo e men che meno in quello altamente rischioso dei derivati e, segnatamente, degli swap; - la società non aveva in portafoglio titoli e strumenti finanziari a rischio capitale; - il _____, legale rappresentante della società, era inesperto in materia e la Banca era consapevole di ciò, così come era consapevole che la società non aveva un ufficio dedicato al rischio finanziario né si avvaleva di consulenti esterni.

Ritiene questa Corte che parte appellante abbia fornito la prova - sulla stessa incombente - della non veridicità di tali dichiarazioni e della conoscenza da parte dell'intermediario dello scostamento della dichiarazione dalla effettiva realtà dei fatti.

Quanto al profilo della non veridicità della dichiarazione, va infatti considerato l'attuale oggetto sociale della _____ come risultante dalla visura prodotta (doc. 2 di parte appellante) così descritto "la società ha per oggetto...la produzione e il commercio all'ingrosso di articoli funebri ed accessori ornamentali e/o strumentali per mobili ed edilizia in genere...la società per il raggiungimento dell'oggetto sociale può compiere tutte le operazioni commerciali, industriali, immobiliari ed inoltre in via non prevalente e del tutto accessoria e strumentale ...operazioni finanziarie e mobiliari"; è vero che l'oggetto sociale precedente alle modifiche statutarie del 2010, e dunque esistente all'epoca delle operazioni contestate, non indicava il carattere solo accessorio e strumentale dell'attività finanziaria ma in ogni caso, stante il principale oggetto sociale della _____ appare evidente che le attività di natura finanziaria fossero comunque e pur sempre da ritenersi accessorie a quella di produzione e commercio di articoli funebri.

Il capitale sociale era di € 100.000 e i dipendenti erano mediamente 8 il che dimostra le dimensioni certo non rilevanti della società.

Dall'istruttoria orale emerge poi pienamente la non competenza e la non esperienza della società in materia di operazioni in strumenti finanziari.

Sia la teste _____ che la teste _____ dipendenti di _____, hanno dichiarato che la società intratteneva rapporti da tempo con _____ per usuali operazioni bancarie in conto corrente di cui si occupavano appunto le due impiegate, e che l'unico contratto di swap era stato appunto quello oggetto di causa perché per il resto la società aveva ordinari rapporti con la banca, ossia conti correnti e mutui. Il _____ non aveva concluso contratti analoghi (di swap) con altre banche perché "non era il suo campo".

Entrambe hanno riferito che esse si occupavano di tutto, senza l'ausilio di alcun consulente e che la società si avvaleva solo della collaborazione di un commercialista per la dichiarazione dei redditi, della quale si occupavano

la





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

sempre le due impiegate insieme con la segretaria del commercialista. L'assoluta assenza di competenza e di esperienza in strumenti finanziari è poi anche confermata dalle dichiarazioni dei testi dipendenti della Banca.

Il teste _____ – funzionario di banca che per primo aveva proposto alla _____ l'operazione in swap – ha dichiarato che “la decisione di stipulare il contratto di swap del 2002 nacque a seguito della discesa dei tassi verificatasi dopo l'11 settembre 2001 ed in considerazione della notevole esposizione debitoria della _____ a tasso variabile; in particolare fu spiegato a _____ che con lo strumento dei contratti di swap avrebbe potuto ricondurre il suo indebitamento ad tasso fisso per un determinato importo e per una determinata durata che sono stati scelti consensualmente. Conoscevo il _____ dal 2000 e fino al 2002 aveva intrattenuto con la banca ordinari rapporti di conto corrente, pagamenti ed affidamenti. Mi sembra che il _____ avesse una adeguata capacità di comprendere ciò che gli veniva sottoposto e che lo avesse sempre compreso. Ripeto che prima dell'11 settembre 2001 i tassi erano molto elevati, che successivamente erano discesi in misura significativa e quindi _____ aveva deciso di fermarli quanto al loro saggio alla data dei contratti di swap. In particolare quando era stato espresso il timore per un possibile rialzo dei tassi la banca aveva proposto lo strumento dello swap per domare il pericolo del possibile rialzo dei tassi. Il meccanismo di funzionamento del contratto era stato spiegato al _____ trattandosi tra l'altro di un meccanismo piuttosto semplice, e cioè dello scambio dell'andamento tra il tasso fisso e quello variabile su un determinato importo e per un determinato periodo. Era stato spiegato al _____ che il contratto avrebbe potuto determinare dei pagamenti in caso di andamento negativo dei tassi variabili. Dopo aver illustrato le caratteristiche e gli obiettivi del contratto il _____ E decise di concluderlo e ciò avvenne negli uffici della _____ di _____; in tale occasione venne sottoposta e fatta firmare al _____ anche la dichiarazione di operatore qualificato (doc. 3 di parte convenuta): al _____ era stato detto che quella dichiarazione stava a significare che egli era in grado di comprendere ciò che io gli avevo appena spiegato, cioè il contenuto del contratto di swap. Io infatti gli avevo illustrato come ho già detto il meccanismo ed il funzionamento del contratto, che mi pareva il _____ E _____ compreso, come ho già detto. Ripeto che facendo sottoscrivere al _____ la dichiarazione di operatore qualificato gli avevo spiegato che quella dichiarazione significava che lui era in grado di comprendere il significato del contratto che avrebbe poi concluso, significato che io gli avevo spiegato. Non erano state fatte previsioni di mercato, ma solo spiegato _____ che se il tasso variabile fosse stato superiore a quello fisso stabilito avrebbe incassato mentre se fosse stato inferiore avrebbe dovuto pagare, senza fare da parte mia previsioni. Il _____ era consapevole di avere un rischio conseguente alla esposizione debitoria di oltre un milione di euro a tasso variabile, rischio che il contratto di swap poteva mitigare.”

Anche i testi _____ hanno reso dichiarazioni analoghe.

ban





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

Da quanto sopra risulta inequivocabilmente come non rispondesse a verità né il fatto che la società avesse competenze in materia di strumenti finanziari, né soprattutto che avesse esperienze in proposito. L'operatività della società sino al 2002, ed anche successivamente a quanto risulta, ad eccezione dei contratti oggetto di causa, è sempre consistita nella ordinaria operatività bancaria su conti correnti, anche con affidamenti, ma senza che sia emersa alcuna altra attività finanziaria della società, quale anche solo la negoziazione di titoli di stato o obbligazionari o altre operazioni finanziarie più o meno complesse. D'altronde appare evidente che una società che presentava una elevata esposizione debitoria verso la banca per affidamenti in essere non disponesse di liquidità per operare in titoli o comunque per investire in strumenti finanziari somme di denaro; tanto è vero che l'operatività in swap fu possibile proprio perché la stessa non comportava l'immediata messa a disposizione da parte del cliente di alcuna somma di denaro ed evidentemente per ciò era stata proposta alla cliente.

Deve quindi ritenersi dimostrato come la dichiarazione resa dalla società nel 2002 e nel 2003 di essere in possesso dei requisiti per essere considerata operatore qualificato, ossia di avere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, non corrispondesse alla realtà.

Anche la consapevolezza della Banca della non veridicità di tale dichiarazione emerge pacificamente dagli atti.

Innanzitutto è apparso che la società nel 2002 presentava una rilevante esposizione debitoria nei confronti di per affidamenti di cui godeva; è dunque evidente che la Banca conosceva perfettamente la situazione economica e patrimoniale della società e ne faceva oggetto di periodico monitoraggio; è infatti presumibile che, come pacificamente avviene sulla base delle procedure interne degli istituti di Credito che presiedono alla concessione dei finanziamenti, la Banca disponesse sia dei dati della società (atto costitutivo, statuto, periodiche visure camerali) dai quali emergeva l'oggetto sociale della stessa, sia dei bilanci e della situazione patrimoniale della società, dai quali risultava l'assenza di qualsivoglia investimento da parte della cliente in titoli o altri strumenti finanziari; senza contare che l'esistenza di un patrimonio mobiliare della società sarebbe stato oggetto di garanzie a favore della banca che invece non risultano.

Ove poi si consideri che, secondo quanto riferito dai testi e non contestato, i rapporti con l'istituto bancario, risalivano ad anni addietro, appare evidente come la Banca dovesse indubbiamente essere in possesso della situazione finanziaria e patrimoniale della società nel tempo, avendo concesso affidamenti alla medesima.

Tale pacifica conoscenza da parte di Unicredit della inesistenza di qualsivoglia pregressa esperienza finanziaria in capo alla società emerge non soltanto presuntivamente ma anche chiaramente dalle deposizioni dei testi; il teste ha riferito espressamente che la precedente operatività della società era limitata ai normali rapporti di conto corrente e di finanziamento, che fu la banca a proporre alla società l'operazione in swap, che di tale tipo di strumento

ban





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

finanziario la società nulla sapeva. Ed in effetti i testi dipendenti della banca hanno posto l'accento proprio sul fatto che essi avevano fornito al ... e le spiegazioni necessarie per comprendere la tipologia dell'operazione, sconosciuta allo stesso.

Riferendo della dichiarazione di operatore qualificato, il teste ... ha dichiarato che al ... stato detto che quella dichiarazione stava a significare che egli era in grado di comprendere ciò che gli era stato appena spiegato, cioè il contenuto del contratto di swap, indicazione però senz'altro parziale visto che la dichiarazione attestava anche una pregressa esperienza in strumenti finanziari.

In conclusione risulta pienamente provato che la ... e il ... prima della stipulazione del primo contratto di swap, non avessero alcuna esperienza non solo in strumenti derivati, ma in generale in strumenti finanziari, e non avessero neanche alcuna competenza in materia.

Risulta altresì provato che la Banca fosse pienamente consapevole della non veridicità della dichiarazione rilasciata dalla ... in punto precedente esperienza e competenza specifica, risultando invece alla Banca che la ... non avesse mai operato in strumenti finanziari non solo del tipo di quelli proposti ma neppure in generale.

D'altronde significativo è il fatto che, come riferito dal teste ..., "dopo aver illustrato le caratteristiche e gli obiettivi del contratto il ... cise di concluderlo e ciò avvenne negli uffici della ... di tale occasione venne sottoposta e fatta firmare al ... nche la dichiarazione di operatore qualificato (doc. 3 di parte convenuta): al ... ra stato detto che quella dichiarazione stava a significare che egli era in grado di comprendere ciò che io gli avevo appena spiegato, cioè il contenuto del contratto di swap"; tale affermazione è significativa perché, nella corretta prassi, l'accertamento della qualità di operatore qualificato avrebbe dovuto senz'altro precedere la proposta da parte di ... finalizzata all'investimento in derivati e non essere sottoposta successivamente all'investitore solo per "regolarizzare" il rapporto, come pare essere avvenuto.

Da ultimo va osservato che a fronte degli elementi di prova relativi alla non veridicità della dichiarazione e alla conoscenza di ciò da parte della banca, allegati da parte appellante, e ritenuti provati per quanto sopra detto, non ha svolto alcuna contestazione né ha allegato differenti elementi atti a dimostrare una diversa realtà dei fatti, in ordine ad esempio alla sussistenza di un portafoglio titoli o di una precedente operatività in strumenti finanziari (circostanza che la Banca avrebbe potuto facilmente provare essendo in possesso della relativa documentazione se esistente).

Di conseguenza, per i motivi esposti, i contratti oggetto di causa debbono considerarsi stipulati con la ... non quale "operatore qualificato" ex art. 31 Regolamento Consob, sicché debbono essere esaminati i motivi afferenti la violazione di obblighi comportamentali che la banca, in assenza di detta dichiarazione, era tenuta a rispettare.





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

3.

Sgombrato il campo infatti dalla sussistenza della qualità di operatore qualificato in capo all'appellante, è evidente che l'intermediario era tenuto al rispetto degli obblighi di cui agli artt. 27, 28, 29, 30, comma 1, Regolamento Consob (ad altri sopra richiamati). In primo grado l'appellante aveva diffusamente allegato la violazione, oltre che dell'art. 21 TUF, anche degli artt. 27, 28, 29 Regolamento CONSOB, lamentando la violazione delle norme sul conflitto di interessi, sugli obblighi informativi e sulla adeguatezza degli investimenti, profili assorbiti dal riconoscimento fatto dal Tribunale della validità della dichiarazione di operatore qualificato, e riproposti dall'appellante in questo grado.

L'appello sul punto è fondato.

Innanzitutto, quanto al profilo relativo all'adeguatezza, l'art. 29 del Regolamento Consob recita "Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. 2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. 3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

A tale norma fa da corollario la previsione di cui all'art. 23 comma 6 del TUF che stabilisce che nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la diligenza richiesta, e dunque anche di aver osservato le disposizioni di cui all'art. 29 Regolamento Consob.

E' principio pacifico infatti che *"nelle operazioni finanziarie non adeguate ordinate dall'investitore, l'intermediario finanziario deve fornire informazioni sulla non adeguatezza dell'ordine ricevuto e nel caso d'insistenza sullo stesso è fondamentale acquisire la prova scritta delle suddette informazioni da inserirsi nell'ordine di esecuzione dell'operazione. In caso contrario l'intermediario è tenuto successivamente a risarcire all'investitore il danno subito a causa di tale operazione"* (Cassazione civile, sez. I, 29/10/2010, n. 22147).

Quanto al profilo dell'inadeguatezza dell'operazione, si osserva che la banca appellata in primo grado ha affermato che l'operazione era adeguata vista la finalità di copertura.

Al riguardo va considerato che la finalità di copertura del rischio, mirante alla riduzione del rischio finanziario legato all'andamento del tasso di interesse (a fronte degli affidamenti in essere della società appellante) non elimina di per sé la caratteristica di rischiosità del prodotto, stante la sua aleatorietà; lo stesso





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

documento sui rischi generali (doc. 11 di parte appellata) consegnato dalla Banca alla [redacted] prevede alla lettera B che "gli strumenti finanziari derivati sono caratterizzati da una rischiosità molto elevata il cui apprezzamento da parte dell'investitore è ostacolato dalla loro complessità"; precisa poi che "una volta valutato il rischio dell'operazione l'investitore e l'intermediario devono verificare se l'investimento è adeguato per l'investitore con particolare riferimento alla situazione patrimoniale, agli obiettivi di investimento e alla esperienza nel campo degli investimenti in strumenti finanziari derivati".

Specificamente con riferimento agli swap, il documento precisa che "i contratti di swap comportano un elevato grado di rischio".

E' dunque pacifico, perché esposto dallo stesso Intermediario, che il prodotto finanziario in oggetto dovesse essere considerato rischioso e, non essendo applicabile l'art. 31 Regolamento Consob, non fosse sottratto alla valutazione di adeguatezza da parte della Banca, e ciò indipendentemente dalla finalità di copertura che nulla incide sulla necessità del rispetto del parametro dell'adeguatezza.

Ora deve concludersi che lo strumento in questione non fosse adeguato al profilo della [redacted]

Innanzitutto neppure risulta essere stata effettuata una profilatura del cliente, e ciò coerentemente con il fatto che la banca riteneva efficace la dichiarazione di operatore qualificato e dunque l'esonero dell'intermediario dall'osservanza degli artt. 27, 28 e 29 Reg. CONSOB, ma la opposta conclusione cui si è giunti rende evidente la violazione dell'obbligo in questione.

La mancanza di tale profilatura (obbligatoria ex art. 28 citato) rende già evidente l'inadeguatezza dell'operazione; in ogni caso, per quanto già sopra riferito, la assoluta inesperienza della appellante in operazioni in strumenti finanziari, ben nota alla Banca, comporta che il prodotto oggetto di causa, lo swap, ritenuto ad elevato grado di rischio, non fosse affatto adeguato alla situazione dell'investitore, essendo necessaria una propensione al rischio "alta" come espressamente indicato nel Documento rischi generali proveniente dalla stessa Banca intermediaria.

Al fine di ottemperare compiutamente alle prescrizioni dell'art. 29 Regolamento Consob, ed in assenza di profilatura, era dunque necessario che la Banca effettuasse una valutazione di adeguatezza o meno del prodotto tenuto conto anche di circostanze non dichiarate espressamente dal cliente e derivanti dalla sua conoscenza pregressa dell'operatività dello stesso.

Nulla di tutto questo pare sia stato compiuto; le difese della banca negano in radice la necessità di effettuare siffatte valutazioni, negando addirittura che nel caso in esame dovesse essere valutato il requisito dell'adeguatezza, sicché non può che concludersi, in ossequio ai principi in materia di onere probatorio, che l'intermediario non ha dimostrato: 1) di aver valutato in concreto l'effettiva situazione del cliente limitandosi a recepire l'indicazione di operatore qualificato; 2) di aver effettuato una valutazione circa l'adeguatezza dell'operazione in swap, superando invece tale adempimento sul presupposto della sua non necessità.





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

Va quindi ritenuto violato l'obbligo di astensione dell'intermediario dall'eseguire tali operazioni, in assenza di alcuna specifica informativa sulla inadeguatezza delle medesime.

La violazione dell'obbligo di astensione comporta quindi l' inadempimento della banca nella conclusione dei contratti di swap che la Banca non avrebbe potuto proporre né stipulare con la ragione della inadeguatezza di tale strumento rispetto alle caratteristiche di investitore della medesima.

Ne consegue il diritto dell'appellante al risarcimento del danno.

Quanto riferito assorbe gli altri motivi concernenti sia la violazione degli altri obblighi comportamentali di cui agli artt. 27 e 28 Reg. Consob, sia quelli riguardanti i lamentati profili di nullità.

4.

Nell'atto di citazione in primo grado la aveva domandato il risarcimento del danno quantificato in € 67.930,20 o della somma maggiore o minore accertanda; l'appellante aveva prodotto, unitamente a tale atto di citazione, le contabili bancarie sino all'8.7.2011 in cui risultavano addebiti per "regolamento prodotti derivati interest rate swap"; ha poi prodotto una ulteriore contabile di addebito del gennaio 2012 e pertanto con la prima memoria ex art. 183 6° comma c.p.c. ha aggiornato l'importo richiesto a € 70.779,72; ha inoltre prodotto una perizia di parte del dott.

Nelle conclusioni dell'atto di appello ha domanda l'accoglimento di quelle svolte in primo grado e dunque il risarcimento dell'importo di € 70.779,72. All'udienza di precisazione delle conclusioni in questo grado ha ribadito la richiesta risarcitoria pari a € 70.779,72. Peraltro solo nella memoria di replica l'appellante ha introdotto un diverso profilo di quantificazione del danno basato sul contenuto della perizia, già comunque depositata in primo grado, che porterebbe l'importo dovuto a complessivi € 120.932,00.

Ora, dalla perizia non si evince in alcun modo che tale importo costituisca l'effettivo danno patito dall'appellante, poichè la quantificazione dei flussi negativi fatta dal perito appare incrementata di oneri occulti che allo stato non risultano essere stati addebitati.

Deve pertanto essere considerato l'importo di € 70.779,72, che rappresenta la somma degli oneri effettivamente addebitati sul c/c dell'appelante per i contratti oggetto di causa.

La Banca appellata ha affermato che l'appellante non avrebbe provato il lamentato danno di € 67.930,20 essendosi basata solo sulle risultanze di una consulenza di parte; il rilievo non è però corretto risultando prodotte, come si è detto, tutte le contabili di addebito delle somme di cui sopra sul c/c dell'appellante. La somma di € 70.779,72 va dunque riconosciuta all'appellante a titolo risarcitorio; sulla stessa, trattandosi di debito di valore, va applicata la rivalutazione monetaria e decorrono gli interessi al tasso legale dalla data della domanda (notifica atto di citazione: 30.12.2011) sulla somma via via annualmente rivalutata.

Stante l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza di primo grado





Sentenza n. 1036/2016 pubbl. il 21/06/2016

RG n. 2042/2014

Repert. n. 1042/2016 del 21/06/2016

deve procedersi ad una nuova complessiva regolamentazione delle spese di causa per i due gradi di giudizio. Non sussistono ragioni per discostarsi dal principio della soccombenza, per cui l'appellata va condannata alla rifusione delle spese dei due gradi di giudizio a favore dell'appellante, spese che si liquidano ai sensi del DM 55/2014, tenuto conto del valore della causa, delle fasi di studio, introduttiva e decisoria, e per il primo grado anche istruttoria, e così, per il primo grado, in complessivi € 13.430,00 e per il presente grado in complessivi € 9.515,00, il tutto oltre rimborso forfettario, IVA e CPA, con distrazione a favore del difensore antistatario; la domanda dell'appellante di restituzione della somma di € 8.000 liquidata a titolo di spese di causa nella sentenza di primo grado, astrattamente fondata, non può però essere accolta non avendo l'appellante fornito prova dell'avvenuto pagamento di detta somma.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Torino, definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, in riforma della sentenza del Tribunale di Torino del 13.5.2014, dichiara tenuta e condanna al pagamento, a titolo di risarcimento del danno, a favore della della somma di € 70.779,72 con la rivalutazione monetaria e gli interessi legali via via annualmente maturati dal 30.12.2011; dichiara tenuta e condanna alla rifusione a favore di delle spese dei due gradi di giudizio, che liquida, per il primo grado, in complessivi € 13.430,00 e per il presente grado in complessivi € 9.515,00, il tutto oltre rimborso forfettario, IVA e CPA, con distrazione a favore del difensore antistatario; Così deciso nella Camera di Consiglio della Prima Sezione Civile in data 10 giugno 2016.
Il Consigliere est.
Dott.ssa Federica La Marca

Il Presidente
Dott. ssa Caterina Mazzitelli

Direttore Amministrativo
RUSCAZIO *Dr.ssa Maria Stefania*

DEPOSITATO nella Cancelleria della Corte

d'Appello di Torino li 21 GIU 2016
DIRETTORE AMMINISTRATIVO
RUSCAZIO *Dr.ssa Maria Stefania*

MINUTA DEPOSITATA in Cancelleria
in data 21/06/2016 al n. 1036/2016 del 21/06/2016

