

SENTENZA 6308/2013
RELAZIONE



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

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

dott. Paolo Guidi	Presidente Relatore
dott. Antonio Stefani	Giudice
dott. Francesco Ferrari	Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. promossa da:

L. M & C. DEI FRAT.LLI A SOCIETÀ DI ESERCIZIO S.P.A.
S S.P.A. (C.F.),

con il patrocinio dell'avv. INZITARI BRUNO elettivamente domiciliato in Via Visconti Di Modrone, 36 20122 MILANO presso il difensore avv. INZITARI BRUNO

ATTORI

contro

U SPA, già U C B SPA (C.F.), con il
patrocinio dell'avv. D P. , elettivamente domiciliato in
D. P. presso il difensore avv.

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come segue.

assumendo le seguenti definitive

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Giudice Adito,

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso,
- rigettata ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione,

A. In via principale:

- previa, all'occorrenza, declaratoria della irrilevanza e/o inefficacia e/o inesistenza e/o invalidità delle dichiarazioni ex art. 31, 2° comma, Reg. Consob n. 11522/98 sottoscritte dalle attrici,

1. Accertare e dichiarare la responsabilità precontrattuale della BANCA per avere tenuto, nella fase che ha preceduto ed accompagnato la stipulazione dei contratti denominati "*Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra credito italiano ed operatori qualificati*", come pure nella fase che ha preceduto ed accompagnato la stipulazione dei diversi contratti in strumenti finanziari derivati di cui in narrativa, un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede, e, conseguentemente, condannare la BANCA al risarcimento del danno così cagionato a M ed a S, nella misura del maggior aggravio economico sopportato dalla società per effetto della sottoscrizione di contratti derivati che, se la BANCA avesse tenuto un comportamento corretto, non sarebbero stati conclusi, danno pari ad Euro 921.879,85 quanto a M e ad Euro 174.786,28 quanto a S oltre interessi e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti al saldo, ovvero alla somma maggiore o minore che verrà accertata nel corso del giudizio.

2. In via alternativa o cumulativa ma comunque senza duplicazione degli importi richiesti, accertare e dichiarare l'inadempimento della BANCA convenuta alla

disciplina in materia di prestazione dei servizi d'investimento ed in particolare la violazione dell'art. 21 T.U.F., degli articoli 26, 27 comma 2°, 28, 29, 61 e 62 Reg. Consob n. 11522/98, è, conseguentemente, all'occorrenza dichiarare la risoluzione ex art. 1453 c.c. dei contratti denominati "*Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra credito italiano ed operatori qualificati*" e dei contratti di *swap* descritti in narrativa, nonché, e comunque in ogni caso, condannare essa BANCA al risarcimento di tutti i danni subiti da M e da S per effetto di tale inadempimento, danno da quantificarsi in misura pari all'ammontare delle perdite subite dalle attrici in conseguenza dei contratti di *swap* di cui in narrativa, vale a dire pari ad Euro 921.879,85 quanto a M e ad Euro 174.786,28 quanto a S, oltre interessi e rivalutazione monetaria dai singoli pagamenti al saldo, ovvero alla somma maggiore o minore che verrà accertata nel corso del giudizio.

B. In via subordinata:

- Previa, all'occorrenza, declaratoria della irrilevanza e/o inefficacia e/o inesistenza e/o invalidità delle dichiarazioni ex art. 31, 2° comma, Reg. Consob n. 11522/98 sottoscritte dalle attrici, dichiarare la nullità per impossibilità oggettiva del loro oggetto ed in ogni caso per contrarietà a norme imperative (in particolare i principi generali di correttezza e buona fede, nonché la disciplina posta dagli artt. 21 ss. T.U.F. e ulteriormente precisati dal Reg. Consob n. 11522/98) dei contratti denominati "*Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra credito italiano ed operatori qualificati*" e dei contratti di *swap* descritti in narrativa, dichiarando insussistente ogni pretesa della BANCA relativa a tali contratti, e, conseguentemente

condannare la BANCA alla restituzione in favore di M^o e di S^o di tutte le somme versate in esecuzione di detti contratti nulli, pari ad Euro 921.879,85 quanto a M e ad Euro 174.786,28 quanto a S o alla somma maggiore o minore che verrà accertata nel corso del giudizio oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data dei singoli pagamenti al saldo.

C. In via ulteriormente subordinata:

1. Annullare ex artt. 1427-1428-1429-1439 c.c. i contratti denominati “*Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra credito italiano ed operatori qualificati*” ed i contratti di *swap* di cui in narrativa per tutti i motivi di cui al precedente paragrafo 9., e, conseguentemente,

condannare la BANCA convenuta a restituire alle attrici l’importo di Euro 921.879,85 quanto a M e di Euro 174.786,28 quanto a S, ovvero la maggiore o minor somma accertanda in corso di causa, oltre agli interessi legali maturati dal giorno dei singoli pagamenti non dovuti al saldo effettivo e oltre rivalutazione monetaria,

2. ovvero, alternativamente, condannare la BANCA ex art. 1440 c.c. al risarcimento del danno sopportato da M e da S per effetto del suo comportamento contrario a buona fede, da quantificarsi nell’importo di Euro 921.879,85 quanto a M e di Euro 174.786,28 quanto a S, ovvero la maggiore o minor somma accertanda in corso di causa, oltre agli interessi legali maturati dal giorno dei singoli pagamenti non dovuti al saldo effettivo e oltre rivalutazione monetaria.

D. In ogni caso:

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio.

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Giudice adito,

emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso e rigettata ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione:

- **In via principale**, respingere nel miglior modo, per le ragioni espone in narrativa, le domande tutte formulate dalle società attrici nell'atto di citazione introduttivo del presente giudizio.

- **In via subordinata**, nella non creduta ipotesi di accoglimento delle domande avversarie dirette ad ottenere la dichiarazione di nullità o la risoluzione dei contratti per cui è causa, condannare le società attrici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a restituire alla Banca tutte le somme percepite (a titolo di "up front" e di flussi) relativamente ai contratti per cui è causa, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data del ricevimento a quella della pronuncia, disponendo la compensazione sulle somme reciprocamente dovute.

- **In via istruttoria**, ci si oppone all'istanza *ex adverso* formulata ai sensi dell'art. 210 c.p.c. di esibizione delle relazioni ed accertamenti sottesi alle delibere Consob nn. 1609 e 16070 per i motivi esposti in narrativa, nonché alla disposizione di CTU.

Si insiste per l'ammissione dei seguenti capitoli di prova, con i testi indicati di seguito:

- 1) vero che in data 22 febbraio del 2002 aveva luogo un incontro tra Dott. S , il Rag. F ed il Sig.ri D , gestore della posizione, e G , responsabile di filiale, in occasione del quale si valutava l'opportunità di dare inizio ad un'operatività in strumenti finanziari derivati IRS;
- 2) vero che la sottoscrizione da parte del legale rappresentante della dichiarazione di competenza *ex art. 31 comma 2 Reg. Consob 11522/98* fu preceduta da un'informativa da parte del Sig. D in

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato in data 11 agosto 2008 la società L. M & C. dei F.lli A Società di Esercizio s.p.a. e la società S s.p.a. convenivano in giudizio ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs 5/2003 U C B Spa (già U E d'I S.p.A.), ora U Spa, per sentirne dichiarare la responsabilità, precontrattuale e/o contrattuale, in relazione ai danni occorsi alle società a seguito della sottoscrizione di contratti in strumenti finanziari derivati (swap) e la conseguente condanna al risarcimento di tali danni da quantificarsi nell'importo di Euro 921.879,85 quanto a M e di Euro 174.786,28 quanto a S , oltre interessi moratori e maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c.

Con il medesimo atto le società attrici domandavano l'accertamento dell'inesistenza/invalidità/inefficacia delle dichiarazioni ex art. 31, secondo comma, Reg. Consob n. 11522/98 rilasciate dal proprio legale rappresentante in quanto non corrispondenti all'effettiva esperienza e competenza delle società e dei soggetti che per essa operavano, così risultando illegittima la disapplicazione della disciplina di legge e regolamentare posta a tutela dei clienti investitori.

Pertanto, sulla base dell'inadempimento della banca alla disciplina dettata in materia di prestazione dei servizi di investimento – in particolare gli artt. 21 t.u.f. e 26, 27, 28, 29, 61 e 62 Reg. Consob n. 11522/98 – le società attrici domandavano dichiararsi “all’occorrenza” la risoluzione ex art. 1453 c.c. dei contratti quadro e dei contratti di swap sottoscritti tra le parti, ovvero, in subordine, la nullità degli stessi per contrarietà a norme imperative, con conseguente condanna della banca convenuta alla restituzione di tutte le somme versate in esecuzione di detti contratti.

Infine M e S facevano altresì valere l'annullabilità ex artt. 1427, 1428, 1429, 1439 c.c. dei suddetti contratti, con le medesime conseguenze risarcitorie e/o restitutorie.

La banca convenuta si costituiva con comparsa di risposta in data 14 novembre 2008 e concludeva per l'integrale rigetto delle domande attoree, sostenendo la piena efficacia delle dichiarazioni rese dal legale rappresentante ex art. 31 Reg. Consob n. 11522/98 e comunque l'infondatezza di ogni rilievo attinente la diligenza e la professionalità dell'istituto di credito.

Dopo gli ulteriori scambi di memorie le società attrici notificavano in data 4 marzo 2009 istanza di fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 5/03, ritualmente depositata nel termine di legge, e si innestava quindi la fase *apud iudicem*. Con ordinanza del 9-16 febbraio 2011, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 19 gennaio 2011, il collegio ammetteva la prova per testi articolata dalle parti con tutti i testimoni indicati (il teste F , già dipendente delle società attrici, ed alcuni dipendenti della banca convenuta) ed ammetteva la CTU richiesta dalle attrici – formulando apposito quesito - sul rilievo che vi era la necessità di “*approfondire la natura di copertura o speculativa degli accordi di swap stipulati tra le parti, sia ai fini della valutazione del sinallagma*”

genetico che funzionale, che ai fini di valutare la pregnanza dell'obbligo informativo, ed essendo necessario ricostruire gli effetti della successione dei vari contratti ed i costi complessivi derivati alle parti". Espletate le prove orali e depositato l'elaborato in data 2 agosto 2012, si procedeva ad un'ultima fase di contraddittorio cartolare, e si giungeva all'ultima udienza di discussione orale del 6 febbraio 2013, al termine della quale il collegio tratteneva la causa in decisione.

Motivi della decisione

1. I contratti stipulati.

I rapporti sorti tra le parti consistono in due serie contrattuali (una per società) appartenenti alla tipologia dei derivati su tassi di interesse denominati *swap*.

In particolare, quanto alla M..., sulla base di contratto quadro e dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 reg. Consob stipulati e firmati nel febbraio 2002:

- è stato sottoscritto in data 22 febbraio 2002 un primo contratto derivato denominato *Atlantic CMS Swap* (con durata quinquennale, nozionale di euro 8 milioni, periodicità trimestrale dello scambio flussi, tasso parametro della banca ancorato al tasso CMS, vale a dire *Constant Maturity Swap*, a 30 anni e quello del cliente o fisso ovvero ancorato al Libor a seconda del verificarsi di specifiche circostanze, v. Ctu pag. 5 e segg.);
- in data 23 settembre 2002 è stata effettuata una rimodulazione del medesimo contratto, con variazione dei tassi parametro (è venuto meno il riferimento al CMS ed il tasso della banca veniva ancorato all'Euribor);
- in data 29 maggio 2003 si è verificata la chiusura di tale contratto e la sottoscrizione del contratto denominato *Sunrise Swap*, con riconoscimento di *up front* di euro 480.000,00 e pattuizione di durata dal 2 giugno 2003 al 2 giugno 2008, medesimo nozionale, medesimo scambio trimestrale, con complesse previsioni per quanto riguarda l'enucleazione dei tassi parametro e incastro nel suo contesto di vari meccanismi opzionali, infine con effetto leva pari a 4 della componente CMS;
- a sua volta tale *Sunrise Swap* in data 21 novembre 2003 veniva estinto e poi ristrutturato nella forma di un nuovo *Sunrise Swap* con durata dal 2 giugno 2003 al 2 giugno 2008, caratterizzato da un effetto leva pari a 5 della componente CMS, per cui il valore nominale del derivato risultava moltiplicato per 5 volte e pari quindi a 40 milioni di euro.

Tale serie contrattuale è giunta ad esaurimento ed i flussi finanziari pagati negli anni dalla M... a U... ammontano complessivamente ad euro 921.879,85.

Quanto alla S..., sulla base di contratto quadro e dichiarazione autoreferenziale stipulati e firmati nel settembre 2002:

- è stato sottoscritto in data 24 settembre 2002 un primo contratto denominato *Atlantic CMS Swap*;

- in data 29 maggio 2003 si è verificata la chiusura di tale contratto e la sottoscrizione del contratto denominato *Sunrise Swap*, con durata dal 2 giugno 2003 al 2 giugno 2008, a sua volta estinto e poi ristrutturato nella forma di un nuovo *Sunrise Swap* con durata dal 2 settembre 2003 al 2 giugno 2008.

Anche tale serie contrattuale è giunta ad esaurimento ed i flussi finanziari versati dalla S alla banca ammontano complessivamente ad euro 174.786,28.

2. Le dichiarazioni inerenti lo status di operatori qualificati.

Le parti attrici hanno lamentato la violazione da parte della banca convenuta di tutti gli obblighi informativi e di protezione previsti dall'art. 21 TUF e dagli artt. 26-29 del reg. Consob 11522/1998 a favore del cliente che effettuò operazioni finanziarie avvalendosi della struttura professionale dell'intermediario finanziario.

La banca convenuta ha dedotto l'irrelevanza di tutte queste questioni, posto che l'attrice aveva una dichiarata, e comunque effettiva, esperienza in strumenti finanziari ed in particolare in strumenti derivati. Trattavasi cioè, secondo parte convenuta, di una "*società in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante*", rientrava quindi - sia pur solo in virtù dell'ultima parte del disposto dell'art. 31 comma 2 reg. Intermediari - nella categoria degli operatori qualificati e nei suoi confronti non potevano pertanto trovare applicazione gli articoli della normativa di settore richiamati¹. Va da sé, quindi, che la trattazione della tematica degli obblighi comportamentali dell'intermediario finanziario, delle eventuali violazioni e dei correlati rimedi deve essere preceduta, nel caso di specie, dall'analisi della concreta efficacia ed operatività della dichiarazione autoreferenziale che, ex art. 31 comma 2 ultima parte reg. Consob², è

¹ 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, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62.

² Art. 31

(Rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori)

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

stata redatta emessa e firmata da M e S nella persona del legale rappresentante³ e che si esprime nel senso della sussistenza dei requisiti di competenza ed esperienza⁴. Nell'*incipit* dei contratti quadro era riportata una frase simile a quelle delle dichiarazioni in questione, dove le società ribadivano di essere operatori qualificati ai sensi del reg. Consob.

Rileva il collegio che la sottoscrizione di tali documenti non costituisce elemento sufficiente per affermare la natura di operatore qualificato delle società attrici, e l'applicabilità del relativo "statuto".

All'uopo richiama, condividendola, l'impostazione di recente sentenza della Suprema Corte⁵, che si pone su una linea mediana rispetto a quegli orientamenti che postulavano una sorta di valenza in qualche modo confessoria di tale dichiarazione o che, al contrario, ne svalutavano del tutto gli effetti in favore di un accertamento di natura sostanziale sulla competenza ed esperienza demandato al momento dell'instaurazione

*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, i promotori finanziari, 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***

³ V. Doc. 4 e 6 produzione parte attrice.

⁴ "Il sottoscritto G S, in qualità di legale rappresentante di M & C. di f.lli A Spa, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 31 Reg. Consob 11522/1998 emanato in attuazione del d.lgs. 58/98, dichiara sotto la sua responsabilità che la predetta società possiede una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati. Pertanto i rapporti con Voi verranno gestiti e regolati dalle previsioni e disposizioni concernenti gli operatori qualificati così come previsto dal succitato art. 31". Analoga è la dichiarazione relativa a S .

⁵ Corte di Cassazione, Sez. I Civile 26 maggio 2009, n. 12138 – Pres. Vitrone – Rel. Schirò. *L'art. 13 del regolamento di cui alla delibera Consob 2 luglio 1991, n. 5387, secondo il quale è classificabile come operatore qualificato anche «ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto», esonera l'intermediario dal verificare l'effettiva esperienza dichiarata nel senso che, in mancanza di elementi contrari già in suo possesso, la semplice dichiarazione in questione, pur non costituendo dichiarazione confessoria in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non alla affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo, esonera l'intermediario dalle verifiche sul punto. Tale dichiarazione, inoltre, in difetto di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata e di ulteriori riscontri, può costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti - può porre a fondamento della propria decisione anche come unica fonte di prova per quanto riguarda la sussistenza in capo all'investitore della sua natura di operatore qualificato e la diligenza prestata dall'intermediario.*

del rapporto alla controparte (sicuramente) professionale ed in caso di controversia al giudice.

Il dato letterale della disposizione di cui all'art. 31 reg. Consob, con l'indicazione del possesso della competenza ed esperienza nel periodare principale ed il riferimento alla dichiarazione per iscritto nella subordinata, pone un evidente accento sul requisito di ordine effettuale. Il che non deve portare necessariamente a svalutare l'importanza della dichiarazione medesima nei più vari contesti, tra le parti ovvero in sede giudiziaria.

La dichiarazione per iscritto della propria competenza nel settore finanziario costituisce una attestazione proveniente da una persona apicale a livello di un ente che nel caso di specie è un operatore commerciale ed è indispensabile in quanto costituisce la presa d'atto del soggetto giuridico della diminuzione del regime di tutela a suo favore.

Al di là di ciò, e rispetto all'effettivo possesso in capo al dichiarante della detta competenza ed esperienza, per tale dichiarazione può e deve ritagliarsi un ruolo a livello probatorio, esonerando la controparte da quelle verifiche non imposte dai dati già noti e potendo costituire in sede contenziosa argomento di prova a favore della sussistenza dei requisiti sostanziali dell'operatore qualificato.

In definitiva l'intermediario che riceve tale dichiarazione può essere considerato esonerato dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto (ma, quantomeno sulla base di sempre immanenti obblighi di buona fede, non potrà non tener conto di dati certi di inesperienza ed incompetenza in suo possesso) e lo stesso giudice, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, può porre la medesima dichiarazione a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri.

Grava invece su chi intenda dedurre la discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti, idonee a superare il detto argomento di prova e conosciute dalla Banca all'epoca della stipulazione dei contratti.

3. Segue. Le dichiarazioni inerenti lo status di operatori qualificati.

Alla luce dell'istruttoria svolta, il collegio ritiene che le parti attrici hanno esaurientemente provato sia la loro inesperienza ed incompetenza in materia di derivati che 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*⁶, in maniera tale da surclassare e superare quanto affermato dal legale rappresentante in concomitanza con la stipula dei contratti su derivati.

⁶ V., per il riferimento alla agevole conoscibilità, la motivazione della sentenza della Suprema Corte richiamata; e non è ulteriore rilevare che il concetto di conoscibilità, seppur definito *agevole*, richiama per forza di cose un obbligo professionale di valutazione dei dati di cui è in possesso, la cui violazione connota il concetto normativo di colpa.

In via preliminare va osservato che tali dichiarazioni sono state rese in un contesto di relazioni tra le parti ove la loro valenza probatoria, che parte convenuta auspica in questa sede, non è delle più convincenti; ed infatti:

- ❖ non sono state le società attrici a dare inizio alla trattativa volta a stipulare derivati di copertura, e di contattare all'uopo U..., bensì è stata questa ultima, sulla base dei dati suo possesso inerenti la clientela in generale e le società attrici in particolare, tra cui evidentemente il notevole indebitamento col sistema bancario, a prendere l'iniziativa di prospettare ad una serie di imprese, tra cui le controparti oggi in causa, di procedere alla stipula di siffatti derivati (sul punto vedasi deposizione F..., che non è minimamente contrastata dalle deposizioni dei dipendenti della banca);
- ❖ a seguito di queste sollecitazioni e dell'accordo finalizzato a giungere alla stipula è stata parte convenuta che ha predisposto i documenti in questione, e li ha portati alla firma del legale rappresentante;
- ❖ questi, del resto, ha proceduto alla firma di tali dichiarazioni nel contesto del blocco dei documenti da firmare che sono stati portati alla sua attenzione, senza che sia stata richiamata al riguardo una sia pur minima attenzione ai concreti effetti della dichiarazione;
- ❖ in particolare, seppure nella dichiarazione predisposta vi era il riferimento all'art. 31 comma 2 reg. Consob, non vi era quello al comma 1, per cui non era agevole per chi non tratta abitualmente queste questioni giuridiche ricavare e quindi focalizzare lo statuto deteriore dell'operatore qualificato;
- ❖ del resto il teste D... di parte convenuta ha a chiare lettere affermato che loro stessi non erano in grado di dare nessuna indicazione sulle conseguenze giuridiche di tale dichiarazione, sicchè può concludersi che nessuna informazione o precisazione orale vi è stata al riguardo.

In definitiva, dal complesso delle deposizioni raccolte e raccordate col tenore dell'atto emerge l'apposizione, da parte del legale rappresentante, di una firma "distratta", ove la presa d'atto delle conseguenze di fatto non vi è stata, e ciò principalmente per le modalità comportamentali adottate dai funzionari U... .

Ciò non elimina l'esistenza della dichiarazione sulla pregressa competenza ed esperienza, ma le dà una portata probatoria attenuata, non trovandosi il sottoscrittore in quella situazione conoscitiva in cui gli è adeguatamente chiara la necessità e l'importanza di attestare il vero su certi requisiti effettuali che peraltro sono anche caratterizzati da aspetti valutativi.

Ciò premesso, rileva il Tribunale che M... e S... fanno e facevano parte di un gruppo societario caratterizzato da una struttura imprenditoriale di un certo livello, quantomeno per l'elevato numero di dipendenti, e da un significativo giro d'affari, ma operante nel settore produttivo e merceologico farmaceutico, settore che, all'evidenza, non ha nulla a che spartire col settore finanziario in senso stretto.

Il teste di parte attrice escusso (F...) ha confermato che le società, ed i relativi organi rappresentativi e di gestione, non si sono mai occupati di operazioni finanziarie in

generale e men che meno di derivati, sino all'operatività per cui è causa, loro proposta, come si è detto, da U .

In particolare il F , in linea con la documentazione prodotta da parte attrice, ha precisato che l'emissione obbligazionaria del giugno 2002 (e quindi tra l'altro successiva alla prima operatività in *Swap*) effettuata da M era riservata ai soli soci e membri degli organi sociali ed è stata quasi integralmente sottoscritta dai membri della famiglia S : trattavasi quindi di una semplice operazione di finanziamento interna che nulla ha a che vedere con le complesse operazioni finanziarie per cui è causa.

Nulla quindi l'esperienza nel settore finanziario (né i testi della controparte hanno potuto controdedurre nulla sul punto) ed insufficiente la competenza in materia finanziaria e di derivati.

Il teste F (che, detto *en passant*, è del tutto credibile, sia perché quanto da lui affermato, in linea generale, trova riscontro nel materiale documentale, sia perché dall'anno 2007 non è neanche più dipendente delle società attrici) ha sul punto precisato che l'unica struttura interna che si è occupata di questa contrattualistica era quella stessa che, in linea generale, si occupava dei rapporti con le banche: vale a dire lui medesimo e la segretaria A .

Ebbene, il F (fosse ragioniere o perito industriale) non aveva nessuna formazione nel campo dei derivati, non se ne è mai occupato prima, ed ha dovuto gestire questa tematica con i generici strumenti di comprensione di cui poteva disporre, che per lo più avevano riguardo alla consuetudine nel tempo a contrattare con la banca le condizioni dei finanziamenti da richiedere.

Se poi, come ha affermato il teste D , in questo contesto, magari dopo la primissima operatività, il F era in grado di porre domande sensate sul funzionamento del rapporto e sul flusso dei tassi, ciò non toglie che la sua competenza era comunque troppo bassa, in un contesto ove la banca, invece si avvaleva delle competenze del direttore G che, per quanto riferito, sapeva muoversi abbastanza bene nel capo dei derivati, ed ove la stessa banca, l'anno successivo, ha sentito l'esigenza di creare la figura professionale dell'esperto di derivati (nella persona del G).

In ogni caso il regolamento Consob prevede, per consentire l'effettività della dichiarazione autoreferenziale, la contemporanea presenza dei requisiti dell'esperienza e della competenza, sicché la conclamata insussistenza di ogni esperienza è già tranciante (nel senso dell'insussistenza dei requisiti fattuali previsti dal'art. 31 comma 2 ultima parte).

Solo per completezza, si rimarca che i riferimenti di parte convenuta alla disciplina post Mifid, oltre ad essere ovviamente irrilevanti *ratione temporis*, non tengono conto del fatto che i requisiti di competenza ed esperienza sono stati ivi positivizzati in maniera che mette in ancor più immediata evidenza la loro insussistenza nel caso di specie.

Tale situazione, di totale inesperienza e di insufficiente competenza, era conosciuta o conoscibile da parte della banca.

Il D , infatti, aveva il ruolo di settorista addetto alla posizione del gruppo M ed in tale veste si interfacciava abitualmente con il F in relazione alle necessità

creditizie dell'impresa. Il D, quindi, e con lui la banca, sapeva perfettamente che in tal modo si avviava a proporre al F e quindi alla M dei prodotti che non avevano mai stipulato, interfacciandosi col soggetto con cui sino a quel momento vi erano stati rapporti solo per questioni bancarie in senso stretto, che quindi poteva interloquire sulla misura dei tassi di eventuali finanziamenti, ma non poteva avere esperienza e competenza delle situazioni in cui i tassi divenivano il sottostante di un prodotto finanziario; e va da sé quindi che vi era la consapevolezza, e comunque la piena rappresentabilità, del fatto che non vi era alcuna struttura interna in grado di valutare appieno le conseguenze ed i rischi dell'operatività in derivati, valendosi del gruppo farmaceutico degli stessi soggetti che solo di normali operazioni bancarie sino a quel momento si erano occupati.

Deriva da quanto esposto che le società attrici non erano operatori qualificati ai sensi dell'art. 31 comma 2 reg. Consob, e come tali dovevano godere dello statuto di maggior protezione.

4. La violazione di obblighi comportamentali da parte della banca convenuta.

La banca convenuta risulta aver compiuto plurime violazioni della normativa legislativa e regolamentare; di seguito, si riassumono e si descrivono sinteticamente le principali.

4.1. Le violazioni comportamentali correlate al conflitto di interessi.

La contrattazione in derivati *over the counter*, quali quelli per cui è causa, a differenza di quella in derivati c.d. uniformi, porta con sé un naturale stato di conflittualità tra intermediario e cliente, che discende dall'assommarsi, nel medesimo soggetto, delle qualità di offerente e di consulente; dalla centralità, in relazione al futuro andamento del rapporto, della disciplina stipulata *ab origine*; dal fatto che si tratta di prodotti di secondo livello che dovrebbero essere strutturati in funzione delle specifiche esigenze delle controparti, quanto alla scadenza, alla tipologia del sottostante, alla liquidazione di profitti e perdite, etc; dall'evidente interesse dell'intermediario, controparte contrattuale portatore di un proprio interesse economico, a costruire e proporre un prodotto che possa risultare svantaggioso o inadatto al cliente, posto che ciò si può all'evidenza tradurre in concreti (e rilevanti) guadagni per l'intermediario.

Ci si trova, in definitiva, in un contesto in cui l'intermediario finanziario, lungi dal trarre lucro semplicemente dalle commissioni pattuite per singole operazioni finanziarie ovvero dal regime dei tassi di interesse applicati alle varie tipologie di finanziamenti che offre alla clientela, si trova a gestire con il cliente un rapporto caratterizzato da un rischio uguale e contrario, ove i benefici per il cliente si tramutano in perdite per la banca e le perdite del cliente in correlati introiti per la banca.

Premesso quindi che le operazioni in derivati su tassi di interesse per cui è causa sono state poste in essere in evidente situazione di conflitto di interessi, il collegio deve

rilevare che U ha palesemente violato gli obblighi previsti dall'art. 27 del reg. Consob 11522/1998⁷.

In particolare la banca convenuta ha omesso di informare per iscritto le controparti del cennato interesse in conflitto, della sua natura e della sua estensione, e soprattutto ha omesso di munirsi di una specifica autorizzazione per iscritto a procedere all'operatività in questione, che desse conto della presa d'atto da parte delle società dell'interesse opposto della banca.

Inoltre, e *ad abundantiam*, deve rilevarsi che la banca ha violato l'obbligo di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazione di conflitto, ha violato l'obbligo di agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento, come previsto dall'art. 21 comma 1 lett. C TUF⁸, ed ha altresì violato l'obbligo di contenere i costi a carico di tale operatore commerciale (art. 26 lett. F reg. Consob).

7

Art.

27

(*Conflitti di interessi*)

1. Gli intermediari autorizzati vigilano per l'individuazione dei conflitti di interessi.
2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente.
3. Ove gli intermediari autorizzati, al fine dell'assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi.

⁸ Come è noto, nella nuova stesura del comma inserita dall'art. 4 del d.lgs. n. 164 del 17 settembre 2007, la tutela del contraente in conflitto di interessi con l'operatore professionale è stata rafforzata:

Art. 21 comma 1-bis.

Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie:

- a) *adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti;*
- b) *informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato;*

La concreta esistenza di un grave conflitto di interessi e la sua gestione in maniera non equa e non trasparente sono avvalorate dal fatto che la banca convenuta ha proposto ed indotto a concludere contratti swap che, già nella formulazione iniziale del 22 febbraio 2002, non erano coerenti con le esigenze di copertura della M , in quanto caratterizzati da componenti opzionali correlate al tasso di interesse cms a 30 anni (legato quindi ad aspettative di carattere macroeconomiche di lungo periodo che sono in genere utilizzate dalla banche nelle loro strategie di posizionamento ma che non hanno alcuna giustificazione per una impresa commerciale come la M e la S) a da rischi immanenti e non utili che avrebbero richiesto un continuo monitoraggio che le società attrici non avevano alcuna interesse né possibilità di effettuare (v. pag. 15 della Ctu con riguardo al primo contratto, e nelle pagine successive per gli ulteriori contratti).

4.2. Le violazioni comportamentali correlate ai doveri informativi.

La banca convenuta, prima di effettuare la contrattualistica per cui è causa, non ha fornito alle società investitrici adeguate informazioni sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle specifiche operazioni, la cui conoscenza era necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento, così violando l'art. 28 del cennato regolamento Consob.

Il teste F , in punto informazioni ricevute, ha riferito di ricordare che, nel corso di un incontro tra il settorista D ed il S il primo ha spiegato che questi prodotti dovevano servire a tutelare i rischi per le società connessi al rialzo dei tassi di interesse, escludendo che fossero stati spiegati i rischi che potevano comportare; e che in caso di successiva rimodulazione l'unica spiegazione che veniva fornita era che le operazioni in essere non stavano andando bene e generavano perdite, sicchè consigliavano di spostare il tutto su altri tipi di operazioni.

Il teste D ha riferito che il direttore G ha spiegato bene al S , che peraltro andava e veniva perché aveva molti impegni, ed al F il senso delle operazioni di acquisto di Swap: nella sostanza venne spiegato che si trattava di tramutare un indebitamento da tasso variabile a tasso fisso, facendo un parallelo tra indebitamento effettivo dell'azienda e nozionale; che il rapporto si poteva chiudere prima della scadenza e che in tale caso poteva essere necessario pagare il *mark to market*, a seguito di un eventuale flusso negativo per l'azienda.

Con riguardo alle operazioni successive di estinzione e rimodulazione il teste G ha riferito che ha provveduto a fornire spiegazioni il G , figura professionale esperta in derivati creata a partire dal gennaio 2003, il quale peraltro ha riferito di non avere un

c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

Il profilo di responsabilità individuato con il dovere di non incidere troppo negativamente sugli interessi del cliente era comunque già chiaramente individuato nella normativa vigente al momento dei fatti grazie al riferimento all'obbligo di equo trattamento, come si è già avuto modo di illustrare.

ricordo specifico dei rapporti le società attrici e che, in generale, in siffatti casi provvedeva a spiegare i parametri salienti delle nuove operazioni.

In siffatta maniera sono state fornite informazioni del tutto insufficienti sulla natura delle operazioni che si andavano a stipulare, perché si avallava il fatto che si trattasse di operazioni in tutto e per tutto di copertura, che si limitavano a trasformare l'indebitamento a tasso variabile delle società in indebitamento a tasso fisso, ammortizzando i rischi di un rialzo dei tassi di interesse quando invece si trattava di prodotti ben diversi per le rilevanti componenti opzionali (del tipo *digital* e *collar*), e, dopo la rimodulazione, caratterizzati da un dirompente effetto leva.

Inoltre nessuna informazione è stata fornita sui rischi specifici, correlati al riferimento al tasso Cms a 30 anni, alle opzioni a loro volta correlate al tasso libor, che determinavano una rilevante modifica del *pay off* della società, alle implicanze che tali sinergie, tanto più se unite all'effetto leva, potevano comportare; né vi è stata alcuna attività sia pur generica di simulazione che potesse fornire alle controparti un minimo di contezza pratica in ordine ai diversi possibili scenari, né alcuna indicazione in merito al fatto che prodotti così complessi necessitavano di una struttura di monitoraggio continua.

Informazioni tutte che, va da sé, non potevano certamente essere in via autonoma ricavate dal contratto quadro, che disciplinava nei termini generali l'operatività, o dai contratti relativi alle singole operazioni, che riportavano in maniera ermetica gli specifici dati contrattuali, senza mettere in condizione nessuno di comprendere l'effettiva natura del prodotto, se non con l'ausilio di figure professionali altamente specializzate ed in grado di compiere anche complessi calcoli matematici.

5. Le conseguenze.

Le così ricostruite violazioni comportamentali in capo alla banca convenuta costituiscono grave inadempimento ai suoi obblighi contrattuali che risultano essere in rapporto di causalità col danno verificatosi, a sua volta pari al complesso dei flussi negativi e quindi degli addebiti che nel tempo si sono avuti in danno delle società attrici. Deve quindi essere accolta la domanda di risarcimento danni *ex contractu*⁹, che trova legittimazione nei principi generali in tema di inadempimento e che è vieppiù avallata dal disposto dell'art. 23 comma 6 TUF, che pone in chiara correlazione i giudizi risarcitori con la violazione degli obblighi comportamentali, dovendosi quantificare il danno nella somma complessivamente esborsata dalle parti attrici nel corso del rapporto (euro 921.879,85 per M ed euro 174.786,28 per S), somme in relazione a cui

⁹ Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili 19 dicembre 2007, n. 26724 – Primo Pres. V. Carbone, Rel. R. Rordorf. *Non è precontrattuale la responsabilità in cui incorre l'intermediario che compia operazioni in conflitto di interesse quando dovrebbe astenersene, ma si tratta invece di una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale d'intermediazione finanziaria in essere con il cliente: quindi di una responsabilità contrattuale, con riferimento alla quale il richiamo alla nozione di interesse negativo appare fuor di luogo.*

vanno calcolati e liquidati gli interessi moratori al tasso legale dalla domanda giudiziale al saldo.

Nessun rilievo può avere, sul quantum del danno risarcibile, il fatto che sia stata fatta la scelta di concludere il *Sunrise swap* nel marzo 2003 e di rinegoziarlo nel novembre 2003, con l'intenzione di rinviare le perdite prodotte dai precedenti contratti, inglobando nel contratto ristrutturato il valore negativo già maturato.

Risulta veramente arduo includere tale condotta in un contesto di concorso del fatto colposo del creditore ovvero di evitabilità del danno con la dovuta diligenza, sia perché la banca non era per nulla tenuta a procedere a siffatte nuove contrattazioni, ed anzi potrebbe per converso, e con maggiore fondamento, sostenersi che la stessa banca doveva astenersi da tale ulteriore contrattualistica; sia perché, comunque, in tale fase successiva la situazione di minorata difesa delle società era da considerarsi ancora più accentuata rispetto al momento iniziale, per l'ulteriore complessità dei nuovi prodotti, tanto che la banca ricorreva, in questa nuova fase, a personale altamente specializzato, di cui le parti attrici non disponevano.

Né può avere rilievo in ordine alla quantificazione del danno il fatto che, ove fossero stati stipulati derivati c.d. *plain vanilla*, M avrebbe avuto flussi finanziari negativi per euro 632.928,89 e S per euro 117.346,30, pari all'incirca ai due terzi dei flussi effettivamente verificatisi, e la relativa richiesta di limitare il risarcimento dei danni a queste somme.

Deve osservarsi che il richiamo all'art. 1440 c.c. effettuato da parte convenuta non ha ragion d'essere nel caso di specie, perché i comportamenti censurabili posti in essere dalla banca non attengono alla tematica dei raggiri che, in ipotesi, avrebbero portato a stipulare un contratto con condizioni diverse (dolo incidente), bensì trattasi di comportamenti che, prima ancora della loro valenza sotto il profilo della libera manifestazione del consenso, vengono in rilievo in quanto obbligazioni accessorie cui sono tenuti per legge e regolamento gli intermediari finanziari, la cui violazione costituisce *sic e simpliciter* inadempimento contrattuale.

Ne conseguè che tali inadempimenti devono essere posti in relazione alla concreta fattispecie contrattuale che le parti hanno stipulato, senza poter sovrapporre ad essa una diversa ed ipotetica fattispecie; tanto più che deve aversi riguardo alle conseguenze della mancata astensione dell'intermediario medesimo dal compiere un'operazione, mancata astensione che sarebbe venuta in considerazione anche in relazione ad un derivato c.d. *plain vanilla*; considerazioni cui deve aggiungersi il fatto che non è possibile, sulla base degli atti, stabilire se le parti, in caso di pieno e completo adempimento ad ogni suo obbligo da parte della banca, avrebbero comunque stipulato derivati di pur minore complessità e rischio.

Le determinazioni sulle spese processuali non possono che seguire il criterio della soccombenza ex art. 91 c.p.c., che ricade su parte convenuta.

Pertanto il Tribunale deve condannare U Spa al pagamento delle spese processuali in favore delle parti attrici che si liquidano in euro 25.000,00 per compensi professionali oltre Iva e Cpa.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in composizione collegiale sulle domande proposte dalle società L. M & C. dei Frat.lli A Società di Esercizio S.p.a. e S S.p.a. nei confronti di U S.p.a. così definitivamente provvede ogni altra istanza ed eccezione disattesa:

1. *Dichiara accertata la responsabilità contrattuale della banca convenuta in relazione alla contrattualistica in derivati per cui è causa e per l'effetto condanna U. S.p.a. al pagamento in favore di L. M & C. dei frat.lli A Società di Esercizio S.p.a. della somma di euro 921.879,85 ed al pagamento in favore di S S.p.a. della somma di euro 174.786,28, con interessi al tasso legale dalla notifica della domanda giudiziale al saldo.*
2. *Condanna U S.p.A. al pagamento delle spese processuali in favore delle parti attrici che si liquidano in euro 25.000,00 per compensi professionali oltre ad Iva e Cpa.*

Milano, li 6 febbraio 2013

Il Presidente relatore

Paolo Guidi

