



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
SEZIONE III CIVILE

Il Tribunale, in persona del Giudice Unico, dott.ssa Cecilia Bernardo, ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile di I grado iscritta al n. _____ del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2011, trattenuta in decisione all'udienza del 10.6.2014 e vertente

T R A

S.R.L.

elettivamente domiciliata in PIAZZA ADRIANA, 15 00193 ROMA, presso lo studio dell'avv. DI PIETROPAOLO CLAUDIO, che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. BOGGIANI RITA (BGGRT166C47G782N) Via Zacchetti n. 19 42100 Reggio Emilia ed all'avv. GRASSELLI FRANCO MARIA (GRSFNC54E29H223L) VIA ZACCHETTI N. 19 42124 REGGIO NELL'EMILIA, in virtù di procura in atti.

ATTRICE

E

elettivamente domiciliata in _____ ROMA, presso lo studio dell'avv. _____ che la rappresenta e difende in virtù di procura in atti.

CONVENUTA

OGGETTO: Intermediazione finanziaria (S.I.M.) - Contratti di Borsa.

CONCLUSIONI

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 10.06.2014, i procuratori delle parti concludevano come da verbale in atti e la causa veniva trattenuta in decisione

con l'assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c.

PREMESSO IN FATTO CHE:

Con atto di citazione, ritualmente notificato, srl
conveniva in giudizio la esponendo che:

- per numerosi anni aveva intrattenuto rapporti con la banca convenuta dalla quale aveva ottenuto ampio accesso al credito;
- nel luglio 2001, l'istituto di credito aveva offerto alla società di effettuare un'operazione in strumenti derivati, al fine di tutelarla dalle future oscillazioni del tasso di interesse variabile applicato ai propri finanziamenti;
- sempre al fine di contenere i costi dell'indebitamento, la banca aveva, poi, proseguito, sino alla fine del 2007, con ulteriori operazioni di rinegoziazione del precedente rapporto finanziario, mediante l'acquisto di nuovi derivati nel mercato OTC (Over the Counter);
- la società, mancando di competenze e conoscenze specifiche, aveva acconsentito a dette operazioni, prospettate come di copertura, senza però poterne valutare i rischi finanziari, bensì confidando nelle informazioni pervenute dalla banca;
- solo in seguito era venuta a conoscenza che la banca aveva acquistato in successione una pluralità di strumenti derivati, ciascuna volta estinguendo anticipatamente il rapporto in essere e contestualmente predisponendo nuovi strumenti sempre più complessi ed articolati, con elevata propensione speculativa, così determinando consistenti perdite;
- le perdite maturate erano state occultate dall'Unicredit mediante l'erogazione di finanziamenti (*up-front*), dovuti in ragione della crescente esposizione al rischio progressivamente assunta con l'acquisto dei nuovi derivati;
- la società non era mai stata un operatore qualificato e gli acquisti in derivati erano stati sempre proposti "fuori sede", senza alcuna formalizzazione contrattuale, nonché senza la preliminare sottoscrizione del "contratto-quadro";
- infine, la banca non aveva neppure informato il cliente della presenza di "commissione occulte", trattenute in occasione della stipula di ogni nuovo derivato ed, in ogni caso, queste erano state quantificate in misura eccessiva rispetto all'effettivo "rischio di insolvenza della controparte";
- dette commissioni, oltre che indebitamente trattenute, avevano determinato una maggiorazione dei costi connessi all'indebitamento sottostante, così

determinando il superamento del tasso soglia previsto dalla legge anti-usura (L. n. 108/96).

Premesso ciò, l'odierna attrice chiedeva al Tribunale di pronunciare la declaratoria di nullità, di annullamento o di inefficacia del "contratto-quadro" e di tutti i contratti conclusi in strumenti derivati, per violazione delle norme penali in tema di truffa, usura, esercizio abusivo di intermediazione finanziaria e gestione infedele; per mancanza o illiceità della causa; per mancanza della volontà o per indeterminatezza dell'oggetto del contratto; per dolo contrattuale o errore essenziale; per violazione delle regole di correttezza ed adeguata informazione; per violazione della normativa relativa al conflitto di interessi, agli operatori qualificati, all'attività fuori sede ed all'utilizzo dei promotori finanziari; nonché, infine, per violazione degli obblighi di forma dei contratti posti in essere. Per l'effetto, chiedeva la condanna della banca alla restituzione di tutte le prestazioni eseguite dalla società in favore della convenuta ed al risarcimento dei danni patiti pari all'importo complessivo di euro In via subordinata, chiedeva pronunciarsi la risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. dei negozi suddetti e la contestuale condanna della banca al risarcimento dei danni come sopra descritti.

^^^

Si costituiva in giudizio la la quale chiedeva il rigetto delle domande attoree, evidenziando che:

- era maturato, almeno sino al febbraio 2006, il termine di prescrizione previsto per l'azione di annullamento e di risarcimento del danno;
- la società attrice aveva più volte dichiarato la propria specifica competenza ed esperienza in materia finanziaria, di talché ben poteva considerarsi "operatore qualificato" ai sensi dell'art. 31 del Reg. 11522/98, con applicazione del regime derogatorio in relazione all'art. 23 TUIF ed agli artt. 28, 29, e 30 del Reg. Consob;
- le operazioni in derivati erano state realizzate con l'esclusivo scopo di tutelare la società dai costi di indebitamento e ne erano stati, altresì, compiutamente prospettati i costi e le caratteristiche;
- anzi, l'estinzione anticipata degli strumenti derivati e l'erogazione dell'*up-front* a fronte della successiva rinegoziazione erano state compiute proprio al fine di annullare il risultato negativo maturato, evitando che si consolidasse la perdita alla scadenza naturale del rapporto;
- inoltre, il versamento dell'*up-front*, lungi dall'integrare un finanziamento, aveva costituito uno strumento di riequilibrio della posizione asimmetrica detenuta dal cliente nel successivo acquisto dei derivati;
- infine, le commissioni trattenute dalla banca erano state previste per contemperare i costi connessi al rischio di mercato e di liquidità ed al rischio

di insolvenza della controparte.

OSSERVA IN DIRITTO

1 – Giova premettere, ai fini della delimitazione del *thema decidendum*, che nel presente giudizio l'attrice ha chiesto pronunciarsi la nullità, l'annullabilità o l'inefficacia del contratto-quadro e di qualsiasi operazione in strumenti derivati conclusa con la banca convenuta, nonché, conseguentemente, la condanna alla restituzione delle prestazioni eseguite ed al risarcimento del danno subito. Solo in via subordinata è stata, quindi, dall'attrice spiegata l'azione di risoluzione per inadempimento e la contestuale azione risarcitoria per l'illecito comportamento ascrivito nel rapporto di intermediazione con il cliente.

Ciò detto, la società, in via principale, ha lamentato la violazione di una pluralità di norme imperative, alcune di natura penale, altre contenute nel TUIF e nel Regolamento di attuazione Consob n. 11522/98.

Tra le violazioni oggetto di doglianza, merita rilievo quella afferente al difetto di forma scritta del contratto-quadro e dei successivi negozi aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati. Al riguardo, l'attrice invoca l'applicazione della normativa dettata per gli "operatori non qualificati" e ne fa discendere l'inoperatività del regime derogatorio contenuto nell'art. 31 del Reg. Consob.

Come è noto, il primo comma dell'art. 31 Reg. Consob stabilisce che *"ad 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..."* del medesimo regolamento. In particolare, il richiamato art. 30 del Reg. obbliga gli intermediari finanziari a fornire i propri servizi, previa sottoscrizione di un apposito contratto scritto, così richiamando il requisito formale già statuito dall'art. 23 del TUIF con riferimento alla veste formale del contratto normativo.

^^^^^^

2 - Sulla scorta di tali considerazioni, è evidente che l'attribuzione o meno in capo all'attrice della posizione di operatore qualificato rileva ai fini dell'operatività del regime derogatorio previsto dall'art. 31 comma primo del Reg. Consob e, quindi, in particolare, dell'obbligo di forma scritta per il contratto quadro e per i successivi contratti conclusi in strumenti derivati.

Al riguardo, giova ricordare che la definizione di "operatore qualificato" viene fornita dall'art. 31 secondo comma del Reg Consob 11522/98, in base al quale per "operatore qualificato" si intende, tra gli altri soggetti, anche *"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"*.

In merito la Suprema Corte ha statuito che *"la natura dell'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); l'altro di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richiesta, sottoscritta dal soggetto medesimo" (Cass. sent. n. 12138/2009). La ratio della norma viene rinvenuta nel richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione e nello svincolare l'intermediario dall'obbligo di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto. Pertanto, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza specifica richiesta nelle operazioni in valori mobiliari, esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto.

Ebbene, nel caso *de quo* -pur senza esaminare la ricorrenza del requisito sostanziale- è possibile concludere, sulla scorta della documentazione presente in atti, per la mancanza di una valida dichiarazione autocertificativa. Infatti, il documento (allegato n. 7) prodotto in giudizio da entrambe le parti, seppure proveniente dal rappresentante legale della società attrice, è assolutamente privo di data e di ogni altro elemento idoneo a far ipotizzare una sua anteriorità rispetto all'attività finanziaria in strumenti derivati posta in essere dalla banca per conto del cliente.

Ne discende, pertanto, la piena applicazione del requisito formale prescritto dall'art. 23 del TUIF e dall'art. 30 del Reg. Consob e, pertanto, la nullità del contratto-quadro e delle operazioni finanziarie effettuate per conto della società attrice. Ed infatti, l'unico contratto-quadro depositato dalle parti reca una data posteriore all'attività di investimento realizzata dalla banca, ovvero luglio 2007, sicché la nullità del contratto normativo per mancanza di forma scritta determina a cascata la nullità degli ulteriori acquisti effettuati in strumenti derivati ed in specie dei contratti swap progressivamente stipulati, denominati *interest rate swap scalettato* (2001), *convertible swap* (2002), *interest rate swap bilanciato* (2003), *inflation swap* (2004), *interest rate variabile protetto differenziale* (2005), *interest rate swap Protetto differenziale* (2006), *interest rate swap composto* (2006) ed, infine, *interest rate swap protetto* (2007).

^ ^ ^ ^ ^ ^ ^

3 - Dalla dichiarazione di nullità dei contratti swap discende la condanna della banca alla restituzione dei flussi negativi addebitati alla s.r.l. per effetto dei rapporti invalidati.

Al riguardo, deve, preliminarmente, rilevare che il contratto di swap può essere definito un contratto atipico (in quanto privo di disciplina legislativa specifica), a termine, oneroso ed aleatorio, contraddistinto, per ciò che riguarda l'interest rate swap, dallo scambio a scadenze prefissate dei flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento, detto nozionale. La funzione del contratto è quella di offrire la copertura ad un rischio

connesso ai costi dei finanziamenti, mediante un scommessa tra due operatori sull'andamento futuro dei tassi di interesse. In altri termini la posta passiva derivante dall'aumento del tasso variabile relativo al finanziamento dovrebbe essere, nella prospettiva del cliente, neutralizzata dalla posta attiva costituita dal rapporto tra tasso fisso e tasso variabile nel rapporto swap. Viceversa, se il tasso variabile, anziché aumentare, crolla, ciò rappresenta un indubbio vantaggio per il finanziamento, ma nell'ambito dello swap è il cliente a dover versare la differenza alla banca.

Fatte tali premesse, l'obbligo restitutorio in capo alla banca va quantificato, sulla scorta delle puntuali determinazioni elaborate dalla CTU, nell'importo di euro corrispondente, appunto, alla sommatoria dei differenziali di interesse addebitati in esecuzione dei rapporti finanziari. Si ritengono, anche, condivisibili le conclusioni formulate dalla Ctu in ordine alla debenza delle commissioni implicite pari ad euro *poiché dette commissioni "rappresentano perdite subite dalla società in termini economici le quali non risultano, però, addebitate dalla sul conto corrente n. poiché queste venivano spalmate nel piano di ammortamento dei contratti di swap successivi (che sono stati tutti estinti anticipatamente tranne l'ultimo del quale non si dispone di informazioni in merito ad un'eventuale estinzione anticipata e la cui scadenza originaria è fissata al*. In altri termini, l'elaborato peritale, sulla scorta della documentazione processuale e con ragionamento logico ed ineccepibile, perviene a contenere la portata dell'obbligo restitutorio alle effettive disposizioni di addebito operate sul conto corrente del cliente e corrispondenti agli importi dei differenziali di interesse via via maturati.

^^^^^

4 – Trattandosi di debito di valuta ex art. 2033 c.c., soggetto al principio nominalistico, sulla somma vanno calcolati gli interessi legati decorrenti dal giorno della domanda, giacché proprio l'art. 2033 c.c. stabilisce che, chi ha eseguito un pagamento non dovuto, ha diritto di ripetere ciò che ha pagato, oltre ai frutti ed agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda.

Ebbene, nel caso di specie, stante la mancanza di deduzioni attoree in merito ed il tenore della documentazione in atti, non emerge la prova della mala fede della banca convenuta.

^^^^^

5 – Quanto alla domanda di risarcimento del maggior danno da svalutazione monetaria ex art. 1224 secondo comma c.c., questa deve essere accolta, alla luce delle valutazioni espresse dalle Sezioni Unite della Suprema Corte. Infatti, con sentenza n. 19499 del 16.7.08, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che *"nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norma speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, cod. civ. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti)*

è in generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento - dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare a tale fine il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate -, nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 cod. civ.; - è fatta salva la possibilità del debitore di provare che il creditore non ha subito un maggior danno o che lo ha subito in misura inferiore a quella differenza, in relazione al meno remunerativo uso che avrebbe fatto della somma dovuta se gli fosse stata tempestivamente versata; - il creditore che domandi a titolo di maggior danno una somma superiore a quella differenza è tenuto ad offrire la prova del danno effettivamente subito, quand'anche sia un imprenditore, mediante la produzione di idonea e completa documentazione, e ciò sia che faccia riferimento al tasso dell'interesse corrisposto per il ricorso al credito bancario sia che invochi come parametro l'utilità marginale netta dei propri investimenti; - in entrambi i casi la prova potrà dirsi raggiunta per l'imprenditore solo se, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia presumibile, nel primo caso, che il ricorso o il maggior ricorso al credito bancario abbia effettivamente costituito conseguenza dell'inadempimento, ovvero che l'adempimento tempestivo si sarebbe risolto nella totale o parziale estinzione del debito contratto verso le banche; e, nel secondo, che la somma sarebbe stata impiegata utilmente nell'impresa".

Ciò posto, stante l'assenza di deduzioni al riguardo da parte della debitrice, spetta all'attrice anche il maggior danno ex art. 1224, comma 2 c.c., da quantificarsi nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso di rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi dell'art. 1284 c.c.

Restano, conseguentemente, assorbiti gli ulteriori motivi di nullità prospettati e le domande formulate in via graduata dall'attrice.

^ ^ ^ ^ ^ ^ ^

6 - Le spese di lite tra la parte attrice e la Banca convenuta seguono la soccombenza e vanno liquidate, in ragione dell'accolto, ex DM 55/14 come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando, così provvede:

1) in accoglimento della domanda proposta dalla parte attrice in via principale, **DICHIARA** la nullità del contratto-quadro e dei contratti swap progressivamente stipulati tra le parti in esecuzione del contratto normativo, denominati *interest rate swap scalettato* (2001), *convertible swap* (2002), *interest rate swap bilanciato* (2003),

infation swap (2004), interest rate variabile protetto differenziale (2005), interest rate swap Protetto differenziale (2006), interest rate swap composto (2006) ed, infine, interest rate swap protetto (2007);

2) CONDANNA la _____ alla restituzione, in favore della _____
_____ srl, della somma di € _____ oltre il pagamento degli
interessi legali a decorrere dalla domanda sino al saldo effettivo; nonché al maggior
danno corrispondente alla differenza, a decorrere dalla data di notifica dell'atto di
citazione e sino al soddisfo, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli
di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali
determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 c.c.;

3) CONDANNA la _____ alla rifusione, in favore della _____
_____ srl, delle spese di lite, che liquida in € 550,00 per spese ed € 13.430,00
per compensi, oltre rimborso forfettario ed accessori come per legge.

Così deciso in Roma, il 26.11.2014

Il Giudice

Dott.ssa Cecilia Bernardo

(Provvedimento sottoscritto con firma digitale)

Provvedimento redatto con la collaborazione del MOT dr. Daniele Sodani.