

N° 1385/14



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI SALERNO
I Sezione Civile

DECISIONE 19/02/2014
DEP. MINUT. 19/02/2014
PUBBLICAZIONE 26 MAR 2014

così composto :

dott. Roberto	RICCIARDI	Presidente
dott. Guerino	IANNICELLI	Giudice rel.
dott.ssa Paola	CORABI	Giudice on.

riunito in camera di consiglio, ha emesso la seguente

SENTENZA

ai sensi dell'art. 16 comma 5, seconda parte, del D.L.vo 17.1.2003 n. 5, nella causa civile in primo grado, iscritta al n. del Ruolo generale degli affari contenziosi civili dell'anno , vertente

TRA

E s.r.l., con sede in Nocera Inferiore, ;
elette dom.ta in Salerno al , presso lo studio degli
avv.ti M D C e G F ; che la ~~rappresentano~~ e
difendono per procura a margine dell'atto di citazione;

- attrice -

E

U C Banking s.p.a., (già U Banca d'I s.p.a.), con
sede in Verona alla ;
elette dom.ta in Salerno alla , presso lo studio degli avv.ti
G D S e M R D S , del foro di Napoli, che la
rappresentano e difendono, anche disgiuntamente con l'avv. G F del
foro di Verona, per procura generale alle liti rilasciata con scrittura privata
autenticata in data 25.3.2003;

- convenuta -

CONCLUSIONI

All'udienza del 1.2.2014 le parti si riportavano alle conclusioni rassegnate.

RAGIONI DELLA DECISIONE

La società E s.r.l., titolare di vari conti correnti presso le filiali di Nocera Inferiore e di Salerno della U Banca d'I s.p.a. (già C I), propone azione di nullità dei contratti in derivati conclusi con la banca, in subordine di annullamento, e di risarcimento dei danni, esponendo che:

- a partire da giugno del 2000 U Banca d'I s.p.a. aveva dato corso, attraverso negoziazioni sul conto corrente affidato acceso presso la filiale di Salerno (prima il conto n. 12363 e successivamente il conto n. 4291917), in assenza di un valido “contratto normativo” e di qualsiasi dichiarazione ex art. 31 Regolamento Consob, ad un contratto di “convertible swap” (n. 2146-00 del 7.6.2000), a tre contratti di “dual forward” del 26.2.2002 (n. 133008/009/010 – n. 133008/001/002 – n. 132977/987/994), a sei contratti di “ki forward outperforming limited outlook” del 19.6.2002 (n. 172052/51/50 - n. 172055/54/53 - n. 172056/057/058 - n. 172061/60/59 - n. 172062/063/064 - n. 172067/66/65), a due contratti di “ki forward outperforming” del 4-9-2002 (n. 194223/4 - n. 194225/26) e a quattro contratti di “ko-ki forward outperforming” del 4.9.2002 (n. n. 202281/282 - n. 202281/284 - n. 209970/1 - n. 210972/3);
- la società non ha sottoscritto, nel giugno 2000, il contratto recante “Norme relative alle operazioni di *interest rate swap* tra C: I ed operatori qualificati”, né la dichiarazione di cui all’art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 di cui disconosce le sottoscrizioni, non riferibili al legale rappresentante, ovvero i contratti successivamente posti in essere sulla scorta di tale contratto normativo;
- il difetto di forma scritta determina la nullità dei contratti originari e la nullità derivata delle successive negoziazioni, ovvero, in ogni caso, l’inadempimento contrattuale per violazione della disciplina dettata dal D.L.vo n. 58(98 e Regolamento Consob;
- gli originari contratti sono stati rinegoziati in contratti di “swap” (Sunrise swap) del 27.5.2003;
- nell’ottobre del 2004 il funzionario preposto alla filiale di Nocera Inferiore della banca convenuta, a fronte della richiesta di rinnovo delle linee di credito di circa € 1.550.000,00 con scadenza 30.11.2004, ha “imposto” alla società E di richiedere delle soluzioni di *liability management* al fine di estinguere le operazioni in cambi in scadenza il 24.2.2005 e l’operazione in tassi “sunrise

swap” (capitale nozionale di € 4.000.000) scadente il 29.5.2008, attraverso la sottoscrizione di un contratto di “inflazione swap”, poi stipulato in data 29.10.2004, che, a dire della banca, avrebbero eliminato ogni rischio ed assicurato la “copertura” relativa agli affidamenti concessi;

- nonostante la dichiarazione della società E s.r.l. di non conoscenza degli strumenti finanziari, il contratto è stato stipulato sulla scorta di una precedente dichiarazione di “operatore qualificato” e di accettazione della prestazione dei servizi d’investimento in deroga alle disposizioni del Regolamento Consob n. 11522 del 1.7.1998, emanato in attuazione del D.L.vo 58/1998;

- tutte le operazioni hanno avuto esiti ampiamente negativi, causando alla società perdite incalcolabili, pari a circa € 4 milioni per il solo danno emergente, comprensivo della sorta capitale persa e degli interessi addebitati dalla banca;

- in data 10.11.2007 U Banca d’I s.p.a. ha comunicato sia la risoluzione del contratto derivati “inflazione swap” stipulato in data 29.10.2004 con scadenza 2.11.2014, chiedendo il rimborso della somma di € 529.842,00, sia l’immediata revoca degli affidamenti concessi alla società attrice pari ad € 2.758.866,30;

- oltre alla nullità dei contratti per mancanza di forma scritta, la banca ha disatteso i doveri di diligenza professionale, buona fede e correttezza, in particolare violando le disposizioni sugli obblighi previsti dal D.L.vo n. 58/98 e dal Regolamento Consob n. 11552/98, per aver imposto, al fine di consentire la proroga degli affidamenti, il ricorso a strumenti finanziari altamente rischiosi e non adeguati al profilo del cliente, sia per la normale operatività della società che per la sua mancanza di conoscenza degli strumenti, per aver fornito false rassicurazioni sul loro livello di rischio e sulla loro idoneità ad evitare una perdita sui cambi, per aver indotto il legale rappresentante della società a sottoscrivere una dichiarazione di operatore qualificato, ben conoscendo la falsità di tale dichiarazione, così disapplicando, ai sensi dell’art. 31 del Regolamento, le norme a tutela del cliente;

- il recesso esercitato dalla banca per il contratto derivati “inflazione swap” e la revoca imprevista ed immotivata degli affidamenti, con conseguente chiusura dei conti, sono illegittimi per mancanza di una comunicazione scritta (eseguita con un telegramma) e insussistenza delle ipotesi previste dall’art. 14 del contratto;

- l'improvviso recesso cagiona danni gravissimi all'attività imprenditoriale della società (operante nel settore della produzione di scatole in banda stagnata per industrie conserviere od olearie in ambito nazionale) per l'allarme nel mondo creditizio e la conseguente difficoltà di ricorso ad affidamenti bancari, da determinare in € 2 milioni o in via equitativa.

Conclude: a) in via principale, per la dichiarazione di nullità dei contratti di "swap" per la mancanza della forma scritta del contratto-quadro relativo alle negoziazioni dal giugno 2000 e per violazione delle norme imperative poste a tutela dell'investitore, e, conseguentemente per la condanna della banca convenuta alla restituzione di tutti gli importi investiti, oltre interessi e rivalutazione, ed al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali patiti, come quantificati; b) in via gradata, per l'annullamento, ai sensi degli artt. 1428 n. 1 e 1431 c.c., ovvero, qualora se ne ravvisino gli estremi, ai sensi dell'art. 1439 c.c., con la condanna della banca convenuta alla restituzione di tutti gli importi, oltre interessi e rivalutazione, ed al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, come quantificati; c) in ogni caso, per la condanna della banca, a titolo di responsabilità contrattuale, alla restituzione delle somme ricevute in esecuzione dei contratti e al risarcimento integrale dei danni, patrimoniali e non patrimoniali nella misura quantificata, oltre interessi e rivalutazione, d) in ogni caso, per la condanna della banca, a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, al risarcimento integrale dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, oltre interessi e rivalutazione; e) per la condanna della banca al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, ivi compreso il danno all'immagine personale ed all'attività professionale ed imprenditoriale della società, cagionati dall'illegittima ed improvvisa rottura dei rapporti di credito bancario e dal recesso esercitato in violazione degli accordi contrattuali, nonché dall'illegittimità di eventuali segnalazioni di sofferenza del nominativo della società presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, nella misura di € 2 milioni o in via equitativa.

U Banca d'I s.p.a. (che ha assunto la nuova denominazione di U C Banking s.p.a. dal 1.4.2008), costituitasi, eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice adito, per la previsione del foro convenzionale esclusivo contenuta nel contratto-quadro. Nel merito, sostiene: - che la società ha dichiarato di essere operatore qualificato, ai sensi e per gli effetti

dell'art. 31 del Reg. Consob, con sottoscrizione del rappresentante legale, Mo A , in data 20.4.2001, ed ha contestualmente sottoscritto il contratto normativo ("Norme relative alle operazioni di currency option e forward ex transaction tra C I ed operatori qualificati"), contenente tutte le informazioni sulle caratteristiche e la rischiosità dei prodotti; - che anche i contratti specifici sono stati stipulati in forma scritta; - che, anche in caso di nullità del contratto normativo, il comportamento successivo (la reiterata operatività in derivati, il richiamo al contratto normativo contenuto nei contratti specifici e la dichiarazione di operatore qualificato) ha comportato la ratifica del contratto nullo o la rinuncia alla nullità, trattandosi di nullità relativa nell'interesse dell'investitore; - che la violazione degli obblighi informativi non comporta la nullità del contratto ma solo una responsabilità precontrattuale, che l'attrice non ha dedotto in giudizio, avendo agito, in subordine, solo per far valere la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; - che, comunque, a prescindere dalla dichiarazione di operatore qualificato e dalla natura della responsabilità dedotta in giudizio, non vi è stato alcun inadempimento degli obblighi posti a carico dell'intermediario; - che la società aveva acquisito esperienza per aver operato in strumenti finanziari dello stesso genere con altro istituto di credito, come risulta dall'estratto storico dell'esposizione in derivati in centrale rischi per il periodo da aprile a novembre 2005; - che la forma scritta non è richiesta per i derivati conclusi tra operatori qualificati, ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob; - che l'azione di annullamento è prescritta per tutti i contratti stipulati prima del quinquennio anteriore alla notifica della citazione (prima del 27.11.2002), ai sensi dell'art. 1442 commi 2 e 3 c.c.; - che, comunque, l'attrice non ha indicato il vizio del consenso che inficia il contratto, né le condizioni di essenzialità e riconoscibilità, e con il suo comportamento ha convalidato il contratto annullabile; - che il recesso è stato legittimamente esercitato per le esposizioni debitorie della società oltre gli affidamenti (€ 17.398,98 sul conto corrente ordinario, a fronte di un fido di € 50 mila; € 1.246.052,17 per anticipazioni salvo buon fine, a fronte di un credito accordato di € 1.500.000,00; € 995.415,15 per anticipi a fronte di un accordato di € 1.000.000,00).

All'udienza del 24.3.2009 il rappresentante legale della società attrice, Mi A , ha disconosciuto le sottoscrizioni su tre documenti prodotti in

originale dalla convenuta con la memoria depositata in data 17.3.2009 (“Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra il C I ed operatori qualificati”; dichiarazione di cui all’art. 31 del Regolamento Consob; conferma di contratto di “convertible swap” 2146/00-1 del 7.6.2000). La banca ha contestualmente proposto istanza di verifica delle sottoscrizioni ed il collegio le ha sottoposte ad un accertamento di autenticità mediante consulenza tecnica grafica d’ufficio (espletata dal dott. V M), che ha concluso per la natura apocriфа della firma disconosciuta “Mo A ”, tenuto conto anche dei rilievi e delle note presentate dai consulenti tecnici di parte attrice (dott.ssa M P , che ha concluso in senso conforme) e di parte convenuta (dott.ssa F C , che ha concluso per la genuinità delle grafie).

Va esaminata, pregiudizialmente l’eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Salerno per la previsione del foro convenzionale esclusivo indicato dalle parti nel Tribunale di Milano nel contratto-quadro stipulato in data 20.4.2001 (“Norme relative alle operazioni di currency option e forward ex transaction tra C I ed operatori qualificati”), rispetto al quale non vi è disconoscimento della firma ma indicazione di inoperatività della clausola per lo spostamento di competenza determinato dalla connessione della domanda di nullità delle negoziazioni in strumenti derivati con la domanda di risarcimento dei danni per l’illegittimo recesso dagli affidamenti concessi regolati in conto corrente.

Stante l’inapplicabilità del foro inderogabile del consumatore previsto dal D.L.vo n. 206/05 per le controversie concernenti contratti relativi a strumenti finanziari negoziati nei locali (art. 33 comma 2 lett. u) e fuori dei locali commerciali (art. 63), per la mancanza della qualifica di consumatore nella persona giuridica, la competenza per territorio è regolata in base alle norme comuni, che consentono la deroga ai criteri posti dagli artt. 19 e 20 c.p.c. in favore del foro convenzionale stabilito dalle parti in via esclusiva (art. 28 c.p.c.). L’applicazione della clausola contrattuale sulla competenza deve essere, però, sottoposta a verifica e dipende dalla natura e dall’oggetto della domanda, dall’eccezione proposta dal convenuto e dalla loro fondatezza, in base a quello che risulta dagli atti (art. 38 comma 4 cp.c.). Trattandosi di una clausola contenuta in un contratto (nella specie, un contratto-quadro) e relativa: alle controversie

dipendenti dal contratto, va riconosciuta la sua operatività, ai fini del regolamento della competenza, in tutte le ipotesi in cui la controversia verta sul contratto e/o sui suoi effetti. In sostanza, nelle azioni contrattuali (nullità, annullamento, risoluzione, rescissione) e nelle controversie aventi ad oggetto domande che implicano l'applicazione (azione di adempimento, di responsabilità contrattuale) o la disapplicazione del contratto (azioni di indebito relativo a prestazione resa in base ad un contratto nullo) ovvero nelle controversie nelle quali il titolo contrattuale è mezzo di eccezioni del convenuto. Nel caso di specie, è pacifico che la clausola non ha attinenza con l'azione risarcitoria per il recesso dagli affidamenti bancari in conto corrente e per l'eventuale segnalazione di sofferenza nella centrale rischi. La questione riguarda le altre domande, riferite agli investimenti in prodotti finanziari.

Le azioni contrattuali (sia la domanda di nullità che la domanda di annullamento), in realtà, non hanno ad oggetto un contratto-quadro bensì i contratti di negoziazione dei prodotti finanziari, che l'attrice sostiene nulli per la mancanza della forma scritta di un contratto quadro, non avendo mai sottoscritto quello a firma sconosciuta (denominato "Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra il C I ed operatori qualificati"). In base all'eccezione della banca convenuta, la competenza territoriale esclusiva del Tribunale di Milano dipenderebbe dalla circostanza che tali negoziazioni hanno a monte non il contratto a firma sconosciuta ma il contratto-quadro non sconosciuto e contenente la clausola del foro convenzionale esclusivo (denominato "Norme relative alle operazioni di currency option e forward ex transaction tra C I ed operatori qualificati"). Anche le azioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (quest'ultima, come si vedrà, più propriamente, precontrattuale) si riferiscono, per la parte riguardante i prodotti finanziari, alla violazione degli obblighi previsti dalla disciplina primaria dettata dal testo unico della finanza e dalla normativa secondaria. Da ciò si desume che, secondo le domande proposte dalla società, il contratto-quadro contenente la clausola ex art. 28 c.p.c. esula dalla materia del contendere e non riguarderebbe le negoziazioni oggetto della domanda, che non hanno un valido contratto-quadro a monte; per la convenuta, invece, le negoziazioni sono state poste in essere in esecuzione del contratto con la clausola di competenza. E, perciò, la questione

della competenza non può essere risolta senza l'accertamento del sostrato contrattuale delle negoziazioni finanziarie, dal quale dipende, ove si confermi la competenza del giudice adito, anche la decisione nel merito dell'azione di nullità.

L'art. 23 comma 1 del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria approvato con il D.L.vo 24.2.1998 n. 58 (in seguito, TUF), nel testo applicabile *ratione temporis*, anteriore alla modifica apportata dall'art. 4 del D.L.vo 17.9.2007 n. 164, dispone che *“i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo”*. Ai sensi dell'art. 1 comma 5 TUF, nel testo anteriore alle modifiche dell'art. 1 del D.L.vo n. 164/07, per *“servizi di investimento”* si intendono, tra l'altro, le attività, quando hanno per oggetto strumenti finanziari di: *a) negoziazione per conto proprio; b) negoziazione per conto terzi*”. L'art. 30 comma 1 del Regolamento Consob del 1.7.1998 n. 11552 (di seguito, Regolamento) dispone che *“gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore”*; al comma 2 disciplina il contenuto del contratto, che deve *“a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e warrant; f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio”*.

Dalle disposizioni che precedono, inapplicabili solo nei rapporti dell'intermediario con un operatore qualificato (art. 31 Regolamento), si ricava che i servizi di investimento consistenti nella negoziazione di strumenti finanziari e gli eventuali servizi accessori sono prestati dall'intermediario autorizzato sulla base di un contratto di intermediazione finanziaria (c.d. contratto-quadro o normativo) regolato, quanto alla forma-contenuto, dagli artt. 23 comma 1 del TUF e 30 del Regolamento. Il contratto, inquadrabile in senso ampio nella figura del mandato, ha una causa gestoria e contiene il regolamento dei rapporti tra il cliente e l'intermediario relativi alla prestazione da parte del secondo, per conto del cliente e sulla base di suoi successivi ordini, di attività di negoziazione di strumenti finanziari (mandato ad acquistare o vendere) nonché l'assunzione da parte dell'intermediario dell'obbligo di prestare il servizio nell'interesse del cliente-mandante, dando esecuzione alle sue disposizioni con l'utilizzo della provvista consistente in un deposito o un'apertura di credito. Il contratto può anche contenere un mandato di gestione patrimoniale (servizio di gestione di portafoglio, di cui all'art. 24 TUF) e, comunque, deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, con consegna di una copia al cliente, e deve avere il contenuto minimo indispensabile previsto dall'art. 30 del Regolamento. Le norme di riferimento sono, poi, norme inderogabili, sicché il contratto-quadro non può discostarsi dallo schema legale che detta la forma-contenuto neppure per un diverso accordo tra l'intermediario e il risparmiatore.

Al contratto-quadro si ricollegano, in successione, gli ordini di investimento rivolti alla banca dal cliente (c.d. ordini di borsa), ai quali segue la loro esecuzione (l'atto di negoziazione dei titoli effettuato dalla banca, che è un atto di acquisto, nella negoziazione per conto terzi, o il mero trasferimento, nella negoziazione per conto proprio in contropartita diretta), secondo il regolamento negoziale contenuto nel contratto-quadro. Tali ordini, diversamente da quanto da taluni ritenuto, non danno luogo ad altrettanti contratti di investimento ma consistono nelle istruzioni del mandante al mandatario e l'operazione di acquisto o vendita dei titoli è esecuzione della prestazione alla quale il mandatario è obbligato in base al contratto-quadro di intermediazione.

Non può porsi in dubbio, alla luce del chiaro disposto normativo, che il requisito di forma sia previsto dall'art. 23 TUF per il contratto-quadro, mentre si è discusso se tale requisito sia richiesto anche per i singoli ordini di investimento.

La risposta al quesito dipende dalla qualificazione della natura degli ordini, se aventi natura negoziale (secondo l'opinione che esige la forma scritta anche per gli ordini) o natura non negoziale bensì esecutiva, assimilabili alle istruzioni date dal mandante, di cui all'art. 1711 c.c. (secondo il condivisibile orientamento che nega il requisito formale). La tesi, nettamente prevalente, della non necessità della forma scritta per gli ordini di acquisto trova un supporto normativo nel Regolamento: nell'art. 29, che impone un requisito formale per l'ordine solo nel caso di operazione non adeguata, in relazione alla quale il requisito formale è soddisfatto, oltre che dalla forma scritta, anche dalla registrazione telefonica dell'ordine verbale (che è ammesso in alternativa alla forma scritta); nell'art. 30 comma 2 lett. c), che nel contenuto necessario del contratto-quadro prescrive che debba *“indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni”*; nell'art. 60 commi 1 e 2, il quale prescrive che *“nella prestazione dei propri servizi, gli intermediari autorizzati rilasciano agli investitori, all'atto del ricevimento degli ordini presso la propria sede legale o le proprie dipendenze, una attestazione cartacea contenente: a) il nome dell'investitore; b) l'orario, qualora rilevante con riferimento alle modalità di esecuzione, e la data di ricevimento dell'ordine; c) gli elementi essenziali dell'ordine e le eventuali istruzioni accessorie”* e che *“gli intermediari autorizzati registrano su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori”*; nell'art. 69 comma 1 lett. b), ai sensi del quale *“le attestazioni e le registrazioni magnetiche degli ordini e delle autorizzazioni telefoniche di cui al presente regolamento sono conservate per almeno due anni”*. Dal ché si ricava che nelle operazioni di negoziazione adeguate al profilo di rischio dell'investitore è valido anche l'ordine verbale non documentato su nastro magnetico o su supporto equivalente, salvo diversa modalità concordata tra le parti nel contratto-quadro, ove questo, ad es., richieda la forma scritta *ad probationem* o *ad substantiam*. In tal senso era anche orientata la Suprema Corte prima del testo unico della finanza che, dopo l'entrata in vigore della legge 2.1.1991 n. 1 (“legge Sim”), ha affermato che l'art. 6 lett. c) di detta legge richiede la forma scritta per i

contratti che disciplinano i servizi, cioè i contratti-quadro o normativi e non anche per i negozi speculativi conclusi in loro esecuzione (Cass., 7.9.2001 n. 11495).

In base alle considerazioni svolte, va affermato che la valida stipula di un contratto-quadro, avente la forma ed il contenuto previsti dalla normazione primaria e secondaria, è presupposto indefettibile della validità dell'ordine, sia esso verbale o scritto. Ne consegue che l'ordine impartito alla banca, privo di un contratto-quadro, configura non un atto esecutivo di un valido rapporto contrattuale di intermediazione finanziaria ma un autonomo mandato per la prestazione di un servizio di investimento nullo per insussistenza del contratto formale previsto dall'art. 23 TUF. Sicché, le prestazioni ricevute in base al contratto-ordine nullo (da un lato, la provvista messa a disposizione della banca per l'esecuzione del mandato e, dall'altro, l'acquisto degli strumenti finanziari da parte del cliente, per effetto della negoziazione dei titoli con o senza rappresentanza o in contropartita diretta) consistono in un indebito oggettivo per la nullità del contratto e l'insussistenza della causa dell'attribuzione patrimoniale, con i conseguenti effetti restitutori.

Nel caso di specie, sono stati prodotti due contratti-quadro: l'uno a firma apocrifia e, dunque, da ritenersi inesistente (denominato "Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra il C I ed operatori qualificati"); l'altro, non disconosciuto, stipulato in data 20.4.2001 e contenente la clausola del foro convenzionale esclusivo (denominato "Norme relative alle operazioni di currency option e forward ex transaction tra C I ed operatori qualificati"). Si tratta, perciò, di stabilire, in primo luogo ai fini della competenza, se le negoziazioni sono riferibili o meno al contratto-quadro validamente stipulato.

Dalla consulenza tecnica d'ufficio risulta che le operazioni di investimento effettuate dalla banca e dedotte dalla società nell'atto di citazione sono riconducibili a due tipologie di base di contratti derivati, nettamente distinte: gli swap e le opzioni. Nella prima categoria (appartenenti alla famiglia IRS, interest rate swap) rientrano quelli aventi ad oggetto derivati su tassi di interesse, la cui funzione consiste nel coprire i rischi inerenti le variazioni del tasso di interesse; in questo ambito si collocano: il contratto di "convertible swap" del 7.6.2000 (n. 2146/00-1), a firma apocrifia; il contratto "sunrise swap" del 27.5.2003 (n. 281150/151); il contratto di "inflazione swap" del 29.10.2004 (n. 400532UB).

tassi di cambio tra due valute, nel caso di specie tra l'euro e il dollaro USA, la cui funzione consiste nel coprire i rischi inerenti il modificarsi del tasso di cambio; in questo ambito si collocano: i tre contratti di "dual forward" del 26.2.2002 (n. 133008/009/010 – n. 133008/001/002 – n. 132977/987/994); i sei contratti di "ki forward outperforming limited outlook" del 19.6.2002 (n. 172052/51/50 - n. 172055/54/53 - n. 172056/057/058 - n. 172061/60/59 - n. 172062/063/064 - n. 172067/66/65); i due contratti di "ki forward outperforming" del 4.9.2002 (n. 194223/4 - n. 194225/26); i quattro contratti di "ko-ki forward outperforming" del 4.10.2002 e 4.11.2002 (n. n. 202281/282 - n. 202281/284 - n. 209970/1 - n. 210972/3).

Il consulente tecnico ha accertato che per i derivati appartenenti alla famiglia degli IRS risulta presente in atti un unico contratto-quadro, che è quello a firma apocrifia denominato "Norme relative alle operazioni di interest rate swap tra C I ed operatori qualificati". Per i derivati consistenti in opzioni strutturate, invece, il collegamento con il contratto-quadro dovrebbe riguardare quello, non sconosciuto, denominato "Norme relative alle operazioni di currency option e forward fx transaction tra C I ed operatori qualificati". Ma ciò, secondo la ricostruzione del consulente tecnico, solo apparentemente. E infatti, l'oggetto dei contratti specifici, indicati nell'art. 2 del contratto-quadro, consiste nella vendita, contro pagamento di un premio, di un'opzione elementare su valuta regolarmente scambiata su mercati regolamentati ("currency option") e nell'acquisto o vendita a termine di una valuta, sotto la forma "a termine secco" od "outright" ("forward fx transactions"). Invece, quelle realizzate non sono affatto riconducibili alle elementari operazioni di opzioni su valuta e di acquisto/vendita a termine descritte nell'accordo-quadro. Esse presentano caratteristiche strutturali molto più complesse, dettagliatamente descritte dal consulente tecnico d'ufficio, e sono il frutto della combinazione di più opzioni elementari e "digitali" trattate su un mercato non regolamentato quale l'OTC (Over the Counter). In sostanza, la funzione del contratto-quadro, consistente nel regolamentare operazioni elementari che la banca avrebbe posto in essere sulle oscillazioni dei tassi di cambio, non ha alcuna attinenza con i prodotti finanziari posti in essere, altamente sofisticati e difficilmente comprensibili, basati su di una

“complessa combinazione di opzioni, parte in acquisto e parte in vendita”, che divenivano sempre più “criptici” e scarsamente trasparenti (partendo dai “dual forward” fino ad arrivare agli ancor più complessi “ki forward outperforming”) tanto da vanificare la funzione di copertura.

Da questa ricostruzione emerge, in primo luogo, l’infondatezza dell’eccezione di incompetenza territoriale, poiché il contratto-quadro che contiene la clausola attributiva della competenza esclusiva al Tribunale di Milano non solo non è l’oggetto delle domande attrici, che lo omettono del tutto, ma non risulta avere, contrariamente alle difese della banca convenuta, un effettivo collegamento con alcuno dei prodotti derivati dedotti in giudizio.

Le considerazioni che precedono valgono anche per la decisione nel merito della domanda proposta in via principale, avente ad oggetto la nullità delle operazioni finanziarie, che risulta supportata dall’inesistenza di un contratto-quadro sia per i derivati appartenenti alla categoria swap, data la falsità della firma sul contratto-quadro disconosciuto, sia per i derivati riconducibili alle opzioni strutturate, data la rilevante discrasia tra la previsione relativa all’oggetto dei contratti specifici contenuta nel programma del contratto-quadro non disconosciuto e le operazioni in titoli, di tutt’altra natura, concretamente poste in essere. La domanda di nullità richiede, però, l’esame di due altre questioni poste dalla banca: quella, ampiamente dibattuta, sull’esonero dal requisito formale per le dichiarazioni di operatore qualificato e quella di convalida della nullità.

L’art. 31 del Regolamento Consob dispone, tra l’altro, che le disposizioni di cui all’art. 30 (nullità dei servizi prestati dall’intermediario senza un contratto-quadro e requisiti di forma-contenuto dello stesso) non si applicano nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati, tali intendendosi 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.

Nei documenti acquisiti, vi è una prima “dichiarazione di operatore qualificato”, che è uno dei tre documenti disconosciuti e risultati a firma apocrifia, come tale da ritenersi inesistente. Vi è, poi, una seconda “dichiarazione di operatore qualificato” recante la data del 26.4.2001. La testimonianza assunta in giudizio, all’udienza del 17.10.2010, da E. G., quadro direttivo della

U Banca d'I s.p.a. con funzioni di gestore dei rapporti tra la banca e le imprese clienti, offre la prova che la dichiarazione è stata indotta dalla banca, la quale era perfettamente a conoscenza della sua contrarietà al vero. Sebbene la sua deposizione si riferisca alla prima dichiarazione, il teste ha confermato di aver chiesto alla società di dichiararsi operatore qualificato, contestualmente alla stipula dei contratti swap nell'anno 2000; ha aggiunto che la società E s.r.l. aveva comunicato alla banca, sin dall'inizio del rapporto, la non conoscenza degli strumenti finanziari ed in particolare dei contratti swap, e di aver illustrato di quali prodotti si trattasse, la loro struttura ed i rischi. Tale prova diretta, se non ha un particolare rilievo per la prima dichiarazione, stante la firma apocrifia del legale rappresentante della società, assume un'importanza decisiva per la seconda dichiarazione, perché tale da fondare la prova presuntiva della consapevolezza della banca di non veridicità della seconda dichiarazione a firma autentica. E infatti, se l'organo amministrativo della società non era in grado di intendere il funzionamento degli strumenti più semplici (quali lo swap), a maggior ragione non poteva avere alcuna capacità di comprensione della complessa struttura delle altre e più sofisticate operazioni (le opzioni strutturate). Del resto, la stessa consulenza tecnica dimostra, per il suo elevato tecnicismo, che solo attraverso uno studio attento da parte di esperti del settore, dotati di elevata professionalità, è possibile svelare i reconditi meccanismi che regolano questi prodotti, congegnati in maniera tale da occultare la loro natura aleatoria sostanzialmente unilaterale. Occorre, allora, chiedersi se il mero dato formale della dichiarazione scritta di operatore qualificato prevista dall'art. 31 del Regolamento Consob vale ad esentare l'intermediario dal divieto di procedere alla prestazione dei servizi senza la stipula di un contratto-quadro, anche nel caso in cui l'intermediario sia a conoscenza della non veridicità della dichiarazione.

La Suprema Corte ha affermato che la norma 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 all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo, esonera l'intermediario dalle verifiche sul punto (Cass., 26.5.2009 n. 12138). Secondo il principio di diritto, la mera dichiarazione è sufficiente a meno che la banca non

abbia elementi contrari in suo possesso. Ergo, l'induzione alla dichiarazione e la conoscenza da parte della banca della mancanza di adeguate cognizioni tecniche in relazione alla natura delle operazioni esclude che il mero dato formale, contrario alla verità nota alla banca, esoneri quest'ultima dall'essenziale presupposto del contratto-quadro stipulato in forma scritta con il contenuto richiesto dall'art. 30 del Regolamento Consob.

Quanto all'altra difesa, è contraria al disposto dell'art. 1423 c.c. la tesi della convalida del contratto nullo per il comportamento dell'attrice. Non è, infatti, condivisibile l'argomento secondo cui la convalida è istituto applicabile alle ipotesi di nullità relativa, ai sensi dell'art. 1444 c.c., sull'asserita equiparabilità di essa alle ipotesi di annullabilità, in quanto attribuisce ad una sola parte del contratto, nel cui interesse è prevista l'invalidità, il diritto potestativo alla caducazione degli effetti del contratto. La tesi contrasta con il chiaro disposto dell'art. 23 TUF, che sanziona la nullità del contratto-quadro non redatto per iscritto e dei servizi di investimento prestati in sua assenza con una disciplina di protezione di una parte contrattuale (debole) e di tutela esclusiva del suo interesse alla regolamentazione dei rapporti con l'intermediario professionale secondo un contenuto minimo di tutela rimesso alla normazione secondaria.

La domanda principale di dichiarazione della nullità delle transazioni in contratti derivati va dunque accolta.

Ciò esime dall'esame della domanda di annullamento, che presuppone un contratto avente i requisiti essenziali, e dell'azione di responsabilità per violazione di norme imperative e dei doveri di diligenza professionale, correttezza e trasparenza, di cui all'art. 21 comma 1 lett. a) e b) TUF e all'art. 28 Regolamento Consob (in particolare, per violazione dell'art. 28 comma 1 lett. a) Regolamento, per avere la banca omesso di assumere dall'investitore notizie sulla sua esperienza in investimenti in strumenti finanziari, sui suoi obiettivi di investimento e sulla sua propensione al rischio, inducendolo ad un'operazione incompatibile con il suo profilo di propensione al rischio; per violazione dell'art. 28 comma 1 lett. b) Regolamento, per aver omesso la consegna dei documenti informativi, quali il documento sui rischi generali e l'attestazione di consegna; per non aver fornito adeguata informazione né in merito agli strumenti finanziari, alla natura e rischi delle specifiche operazioni, né in merito al conflitto di ~~interessi~~). Ed infatti, le

sezioni unite della Suprema Corte, chiamate a pronunciarsi anche in assenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, con due sentenze contestuali hanno affrontato la questione della validità del contratto di intermediazione finanziaria stipulato senza l'osservanza degli obblighi precontrattuali ed hanno affermato il principio di diritto, confermando un precedente arresto delle sezioni semplici (Cass., sez. I, 29.9.2005 n. 19024), secondo cui la violazione delle norme di comportamento, quali appunto quelle che impongono gli obblighi di informazione e il divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente, sia che precedano (obblighi precontrattuali) sia che seguano la stipulazione del contratto d'intermediazione (obblighi contrattuali, di fonte negoziale o legale), non determinano mai la nullità del contratto (Cass., sezioni unite, 19.12.2007 n. 26724 e 26725). In particolare, la violazione degli obblighi precontrattuali, fatta salva eventualmente l'annullabilità del contratto per vizio del consenso ex art. 1427 c.c., ove ricorrano le condizioni previste di essenzialità e riconoscibilità, può generare solo la responsabilità precontrattuale dell'intermediario. Trattandosi di ipotesi di responsabilità e non di nullità, che dunque presuppongono la sussistenza di un valido rapporto contrattuale, il loro esame è precluso dall'accoglimento della domanda di nullità per vizio di forma-contenuto del contratto. Diventano, perciò, irrilevanti anche le eccezioni di prescrizione quinquennale e le difese nel merito svolte dalla banca convenuta con riferimento alle azioni di annullamento e di responsabilità.

Venendo alle domande consequenziali all'accoglimento dell'azione di nullità, la società attrice chiede la condanna della banca convenuta alla restituzione integrale delle somme investite.

Il consulente tecnico d'ufficio ha ricostruito la contabilità relativa agli addebiti ed accrediti per le operazioni in derivati, pervenendo a questi risultati: a) le commissioni implicite trattenute dalla banca (costi occulti) ammontano ad € 821.283,37 (€ 663.740,27 sui contratti swap, di cui alla tabella n. 41, pag. 246, ed € 157.543,10 per le operazioni in currency options, di cui alla tabella pag. 251); b) le perdite registrate alle singole date di scadenza da tutti i contratti di currency option ammontano complessivamente ad € 634.520,26 (€ 43.601,09 per i contratti "dual forward", di cui alla tabella n. 42, pag. 248; € 304.687,93 per i sei contratti di "ki forward outperforming limited outlook" del 19.6.2002, di cui alla tabella

pag. 249; € 104.883,97 per i due contratti di “ki forward outperforming” del 4.9.2002, di cui alla tabella pag. 250; € 181.347,27 per i quattro contratti “ko-ki forward outperforming”, di cui alla tabella pag. 251). Complessivamente, le perdite registrate da E in seguito all’operatività in derivati ammontano ad € 1.468.079, per poco più della metà rappresentate da commissioni implicite (euro 821.283,37). Va osservato, però, il “MtM” negativo maturato in data 9.11.2007 (€ 529.842,00), relativo all’estinzione anticipata del contratto “inflazione swap” per il recesso unilaterale operato dalla banca, non è stato addebitato sul conto corrente; l’istituto di credito ne ha chiesto il rientro unitamente a tutti gli affidamenti bancari concessi ed utilizzati dall’azienda. Va, perciò, condiviso il rilievo del consulente tecnico di parte convenuta, secondo cui “MtM”, non riportato nell’estratto conto bancario, non consiste in una perdita effettiva subita da E e non va preso in considerazione. La ricostruzione, escluso tale addebito, dà la perdita subita da E s.r.l. pari ad € 938.237,00 cui vanno aggiunte le competenze maturate (interessi e CMS) su tali accrediti ed addebiti pari ad euro 834.838 fino alla data del 20.12.2007 (passaggio dei crediti risolti/scaduti a sofferenza), aumentate fino ad euro 1.047.433 applicando i tassi legali vigenti fino al 30.6.2013. Tale somma complessiva (€ 1.985.670,00) deve restituita alla società attrice a titolo di indebito oggettivo conseguente alla nullità delle operazioni in derivati, oltre interessi legali successivi al 30.6.2013 sulla sorta capitale. Non è dovuta la rivalutazione monetaria richiesta dalla società attrice, trattandosi di debito di valuta.

La società attrice chiede anche la condanna della banca al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali (danno all’immagine) patiti, nella misura di € 2 milioni o in via equitativa, in conseguenza delle operazioni nulle, dell’ingiustificato recesso della banca dai conti correnti affidati e dell’illegittimità di eventuali segnalazioni di sofferenza del nominativo della società presso la Centrale Rischi della Banca d’Italia.

Il risarcimento del danno per la nullità contrattuale deve comprendere il danno ulteriore rispetto alle perdite subite in conseguenza degli addebiti sul conto corrente, rimborsate a titolo di indebito oggettivo. Il danno ulteriore rispetto alla prestazione resa in esecuzione del contratto nullo configura, in particolare, un’ipotesi di responsabilità precontrattuale, prevista dall’art. 1338 c.c., che pone a

carico del contraente che ha, con dolo o colpa, coinvolto l'altra parte nella stipula del contratto, l'obbligo di risarcire il danno da questi risentito per aver confidato nella validità del contratto. Ai fini della responsabilità precontrattuale occorre, però, che si tratti di una nullità che il contraente leso non poteva conoscere, con esclusione dei casi in cui il danno poteva essere evitato con un comportamento diligente della parte danneggiata. Tale regola, che individua nella responsabilità precontrattuale la tutela dell'affidamento incolpevole, esclude la responsabilità per le ipotesi di nullità che, come nel caso di specie, sono direttamente previste dalla legge. In tal caso, il contraente danneggiato si ritiene in colpa, trattandosi di una nullità che poteva essere conosciuta da entrambe le parti.

Secondo la società attrice, il recesso della banca dai conti correnti affidati, comunicato con telegramma del 10.11.2007, è contrario al principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 cod. civ.), trattandosi di un recesso privo di motivazione che, perciò, configura una responsabilità contrattuale per i danni cagionati all'impresa. Ora, benché il recesso immotivato sia una facoltà riconosciuta dall'art. 1845 c.c., purché rispetti il termine di preavviso, si afferma che non può escludersi la sua illegittimità, per contrarietà al canone di buona fede nell'esecuzione del contratto, ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari. Tali connotati devono, cioè, contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta (Cass., 21.5.1997 n. 4538). Tuttavia, la parte che assume l'illegittimità del recesso per violazione del principio di buona fede ha l'onere di enunciare le ragioni della sua tesi e fornire la prova della violazione del canone di buona fede (Cass., 7.3.2008 n. 6186; Cass. 11 gennaio 2006 n. 394) e del danno risarcibile (Cass. 27.10.2006 n. 23273; Cass. 28.9.2005 n. 18947). Nel caso di specie, la società attrice non ha adeguatamente assolto all'onere di allegazione dalla permanenza nel caso specifico delle condizioni di affidabilità del cliente e del danno cagionato dalla privazione del credito. Di qui il rigetto della domanda.

La domanda risarcitoria relativa ai danni da segnalazione di sofferenza del nominativo della società presso la centrale rischi della Banca d'Italia è meramente eventuale e non provata nel fatto costitutivo (la segnalazione di sofferenza). L'attrice, infatti, non ha fornito la prova documentale della segnalazione, mentre il tabulato fornito al consulente tecnico d'ufficio è inutilizzabile, trattandosi di documento prodotto da una parte già decaduta dalla facoltà processuale e stante l'opposizione della controparte alla sua introduzione nel processo. Ciò ha impedito al consulente di riscontrare la presenza di sconfinamenti e/o sofferenze segnalate da U .

Le domande risarcitorie devono essere, perciò, rigettate.

Il regolamento delle spese processuali segue il principio di soccombenza, di cui all'art. 91 comma 1 c.p.c., con la condanna di parte convenuta al rimborso delle spese e degli onorari di difesa in favore di parte attrice, che si liquidano come in dispositivo, in applicazione dell'art. 9 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, e tenuto conto dei parametri generali e specifici stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14.8.2012. Su richiesta difensiva ex art. 93 comma 1 c.p.c., gli onorari non riscossi e le spese anticipate sono distratte in favore dei difensori. Per il medesimo principio, le spese di consulenza tecnica d'ufficio vanno poste definitivamente ed interamente a carico di parte attrice

PQM

Il Tribunale di Salerno, I sezione civile, definitivamente decidendo in primo grado nella causa civile iscritta al R.G. n. , così provvede:

1. accoglie la domanda principale e, per l'effetto, dichiara la nullità dei contratti relativi alle negoziazioni dei titoli derivati indicati in parte motiva e condanna U C Banking s.p.a. alla restituzione alla società E s.r.l. della somma di € 1.985.670,00 oltre ulteriori interessi legali sulla sorta capitale dal 30.6.2013 al soddisfo;
2. rigetta le altre domande;
3. condanna U C Banking s.p.a. al rimborso delle spese processuali in favore della società E s.r.l., che liquida in € 400,00 per spese vive ed € 12.000,00 per onorari di difesa, oltre Cnap ed Iva come

per legge, con attribuzione ai difensori antistatari, avv.ti M D
C e G F , per dichiarato anticipo;

4. pone definitivamente ed interamente a carico di U C
Banking s.p.a. le spese di consulenza tecnica d'ufficio.

Salerno li **19 FEB 2014**

In caso di diffusione del presente provvedimento, omettere le generalità e gli altri
dati identificativi a norma dell'art. 52 D.L.vo n. 196/03.

Il Giudice estensore
(dott. Guerino IANNICELLI)

Il Presidente
(dott. Roberto RICCARDI)

Il direttore amministrativo
dott.ssa Eleonora Gambardella

