

IL TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI VERONA

SEZIONE 4^A CIVILE

composta dai seguenti Magistrati:

DOTT. ANDREA MIRENDA	PRESIDENTE
DOTT. MASSIMO VACCARI	GIUDICE REL.
DOTT. PIERPAOLO LANNI	GIUDICE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

OGGETTO:INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

nella causa civile promossa con atto di citazione ritualmente notificato N. 10509 Cron. Uff. Notifiche
TRIBUNALE DI VERONA

DA

F. S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in (OMISSIS), Via (OMISSIS), C.F.:
(OMISSIS);

elettivamente domiciliata in Verona presso lo studio dell'Avv.to (OMISSIS) che la rappresenta e difende,
unitamente agli Avv.ti prof. (OMISSIS) come da mandato a margine dell'atto di citazione.

ATTRICE

CONTRO

U. C. B. S.P.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in (OMISSIS), Via (OMISSIS), C.F.
e P.IVA n.: (OMISSIS);

elettivamente domiciliata in Verona presso lo studio dell'Avv.to (OMISSIS) che la rappresenta e difende
giusta procura generale alle liti rilasciata in data 31.10.2007 in autentica dott. (OMISSIS), notaio in Verona,
n. (OMISSIS) di rep. e n. (OMISSIS) racc.

CONVENUTA

CONCLUSIONI

PARTE ATTRICE:

Voglia l'III.mo Tribunale di Verona, respinta ogni contraria eccezione e deduzione, accertare e dichiarare la grave illegittimità della condotta serbata da U. C. B. s.p.a. nei confronti della F. S.P.A. e per l'effetto,

- in via principale, dichiarare nulli per violazione di norme imperative ex art. 1418 cod. civ. o comunque annullare, in tutto o in parte, i contratti derivati sottoscritti dalla società attrice con la medesima banca in data 14/03/2002, 18/03/2003, 03/06/2003, 28/11/2003, 03/02/2005 e 18/07/2006 e, conseguentemente, condannare la U. C. B. s.p. a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a pagare all'attrice la somma di almeno €. 430.000, oltre alle successive perdite che eventualmente matureranno in corso di causa, ovvero la maggiore o minore somma che sarà accertata in corso di causa, oltre a interessi anche anatocistici dal giorno del dovuto al saldo effettivo ed alle spese tutte sopportate dalla società medesima per gli investimenti contestati;

- in via subordinata, dichiarare risolti per fatto e colpa della U. C. B. s.p.a., in tutto o in parte, i contratti derivati stipulati tra le parti in data 14/03/2002, 18/03/2003, 03/06/2003, 28/11/2003, 03/02/2005 e 18/07/2006 e, conseguentemente, condannare la U. C. B. s.p. a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a pagare all'attrice la somma di almeno €. 430.000, oltre alle successive perdite che eventualmente matureranno in corso di causa, ovvero la maggiore o minore somma che sarà provata in corso di causa, oltre a interessi anche anatocistici dal giorno del dovuto al saldo effettivo ed alle spese tutte sopportate dalla società medesima per gli investimenti contestati;

- in via ulteriormente subordinata, condannare la medesima convenuta, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al risarcimento dei danni cagionati alla F. s.p. a. per effetto della sua condotta negligente, quantificati in almeno €.430.000, ovvero nella maggiore o minore somma che sarà provata nel corso del giudizio, oltre interessi anche anatocistici e rivalutazione monetaria, dal giorno del dovuto sino al saldo effettivo;

- nella denegata e non creduta ipotesi in cui venga dichiarata la validità del contratto derivato stipulato in data 18/07/2006, condannare la U. C. B. s.p.a. a pagare alla F. S.P.A. gli importi illegittimamente trattenuti al momento della rinegoziazione dei successivi contratti, pari ad almeno €. 207.000,00 ovvero alla maggiore o minore somma che sarà provata nel corso del giudizio, oltre interessi anche anatocistici e rivalutazione monetaria, dal giorno del dovuto sino al saldo effettivo;

- in ogni caso, condannare la U. C. B. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, all'integrale pagamento delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio.

PARTE CONVENUTA:

Voglia codesto III.mo Tribunale, ogni diversa domanda, deduzione, eccezione ed istanza anche istruttoria respinta, così giudicare:

- in via principale: respingersi, nel miglior modo, perché prescritte, e comunque infondate per i motivi di cui agli atti difensivi, le domande tutte proposte dalla società F. s.p.a;
- in via subordinata: nella non creduta ipotesi di accoglimento delle domande avversarie dirette ad ottenere la nullità, l'annullamento o la risoluzione dei contratti per cui è causa, condannarsi la società attrice, in persona del legale rappresentante pro tempore, a restituire alla Banca tutte le somme percepite in esecuzione dei contratti impugnati a qualsiasi titolo, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data di ricevimento a quella della pronuncia, disponendo la compensazione sulle somme reciprocamente dovute.
- in via ulteriormente subordinata In denegata ipotesi di accoglimento della domanda di risarcimento del danno, condannare la società attrice, in persona del legale rappresentante pro tempore, a concorrere al risarcimento del danno nella misura ritenuta di giustizia determinato dalla mancata diligenza nel rapporto con la Banca e comunque per aver concorso a determinare le conseguenze dalla stessa lamentate in causa; disporre la compensazione sulle somme eventualmente di spettanza della società attrice.
- in ogni caso: condannarsi la società F. s.p.a in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere alla Banca convenuta le spese di giudizio, comprensive di IVA, CPA e contributo forfetario per il rimborso delle spese generali.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Iter del giudizio e prospettazioni delle parti.

Per esigenze di chiarezza espositiva è opportuno innanzitutto dar conto degli assunti delle due parti.

La società attrice ha esposto che:

- in data 14 marzo 2002, era stata indotta da un funzionario del C. I. S.p.a., poi fusi in U. B. d'I., poi divenuta U. C. B. S.p.A. (d'ora innanzi per brevità solo U.) a concludere un contratto su derivati, denominato Atlantic swap, avente un valore nozionale di euro 1.000.000,00 e durata di cinque anni e che la sottoscrizione di esso era avvenuta presso la propria sede;
- successivamente, per la precisione in data 18 marzo 2003, U. aveva proposto ad essa attrice la sostituzione del primo derivato con un nuovo contratto di Atlantic swap che era stato sottoscritto con le medesime modalità già attuate con il primo contratto ma con un importo di riferimento di euro 1.600.000,00 e una durata sempre di cinque anni;
- in data 03 giugno 2003 la convenuta aveva proposto ad essa attrice di estinguere anticipatamente anche tale secondo contratto e di sostituirlo con un nuovo contratto denominato Sunrise swap avente sempre una durata di cinque anni e un nozionale ancora di euro 1.600.000,00;
- tale contratto in data 2 novembre 2003 era stato sostituito con un nuovo contratto di sunrise swap avente un nozionale sempre di euro 1.600.000,00 e durata quattro anni e sei mesi;

- quest'ultimo contratto era durato fino al 03 febbraio 2005 allorchè , sempre su proposta della convenuta, era stato estinto e sostituito con un nuovo contratto, denominato Variabile Protetto Differenziale swap, di durata di sette anni e nozionale incrementato ad euro 2.500.000;
- il 18 luglio 2006 la convenuta aveva proposto l'estinzione anticipata anche di quest'ultimo contratto e la sostituzione dello stesso con un contratto denominato Irs variabile protetto con importo di riferimento sempre di euro 2.500.000,00 ma durata incrementata fino ad otto anni;
- quest'ultimo contratto era ancora in vigore alla data della redazione dell'atto di citazione e aveva cagionato ad essa attrice perdite per euro 285.000,00.

Sulla base di tale esposizione l'attrice ha dedotto che nessuno dei predetti contratti aveva avuto le caratteristiche proprie della categoria alla quale appartenevano, poiché erano stati congegnati non per assicurare una efficace funzione contro il rialzo dei tassi di interesse ma per generare uno squilibrio a favore dello stesso istituto di credito, dal quale quest'ultimo aveva tratto consistenti vantaggi economici.

Ancora la F. ha lamentato, sempre sotto il profilo sostanziale, che dall'esame finanziario dei medesimi contratti era emerso che, all'atto della sottoscrizione di ciascuno di essi, l'istituto di credito aveva trattenuto di fatto, senza comunicarglielo, somme consistenti, a titolo di commissioni occulte che ha esattamente quantificato. A detta della società attrice l'applicazione di tali commissioni aveva determinato valori iniziali negativi per ciascun contratto e aveva quindi avvantaggiato la convenuta, contribuendo in maniera decisiva al consolidamento delle perdite per essa.

L'attrice ha poi dedotto che i contratti era stati sottoscritti in assenza del contratto quadro, che, a suo dire, era stato concluso il 30 maggio 2002, quando il primo contratto derivato recava la data del 14 marzo 2002, nonché presso la propria sede in Empoli ma in essi non era stata indicata la facoltà per il cliente di recedere come previsto dall'art. 30 settimo comma Tuf..

La F. Spa ha anche assunto che la banca non aveva comunque assolto agli oneri comportamentali posti a suo carico dall'art. 21 del Tuf e dalle norme del regolamento Consob n.11522/1998, atteso che la convenuta non l'aveva informata circa le reali caratteristiche e i rischi dei contratti che le aveva proposto, avendoglieli rappresentati come idonei strumenti per cautelarla contro il possibile aumento dei tassi di interesse, né aveva tenuto conto della sua pregressa esperienza sul mercato finanziario proponendole così degli strumenti inadeguati alle proprie esigenze. Ancora la convenuta aveva operato in situazione di conflitto di interessi, senza rappresentarglielo, dal momento che la struttura dei contratti era stata squilibrata a vantaggio di essa.

Sulla scorta di tale esposizione l'attrice ha chiesto, in via principale, che venga dichiarata la nullità dei suddetti contratti ai sensi dell'art. 1418 c.c. , o che essi siano annullati ai sensi dell'art. 1427 c.c. e che la convenuta sia condannata a corrisponderle la somma di euro 430.000,00 oltre a quelle che fossero maturate successivamente. In via subordinata l'attrice ha svolto domanda di risoluzione dei medesimi contratti per grave inadempimento della convenuta con la conseguente condanna di essa al pagamento del

predetto importo anche a titolo di risarcimento danni. In via subordinata all'accertamento della validità del contratto del 18 luglio 2006 la F. ha chiesto la condanna della convenuta al pagamento in proprio favore della somma di euro 207.000,00 pari all'ammontare delle commissioni occulte che, a suo dire, le erano state applicate dalla convenuta in relazione ai contratti di swap sopra citati.

U., nel costituirsi ritualmente in giudizio, ha resistito alle domande avversarie con diffuse argomentazioni sia in punto di fatto che in punto di diritto.

In particolare l'istituto di credito ha negato di essere stata tenuta ad osservare le norme che prevedevano obblighi comportamentali a carico dell'intermediario richiamate da controparte, dal momento che il legale rappresentante di essa in ben sei occasioni aveva rilasciato la dichiarazione di essere operatore qualificato e in tre di esse con atto distinto dal contratto di swap.

La causa è giunta a decisione senza nessuna attività istruttoria avendo il G.D rigettato le istanze istruttorie delle parti ed essendo quel decreto stato confermato dal collegio.

2. L'eccezione preliminare sollevata da parte convenuta

Ciò detto con riguardo alle prospettazioni delle parti e all'iter del giudizio occorre esaminare, preliminarmente, l'eccezione di inammissibilità delle domande attoree, che la convenuta ha sollevato nella memoria conclusiva, sulla base del rilievo secondo cui le parti avevano risolto consensualmente tutti i contratti di swap, ad eccezione dell'ultimo, con la conseguenza che difetterebbe anche l'interesse ad agire della F. Spa.

Il rilievo è fondato con riguardo alla domanda di risoluzione avente ad oggetto i primi cinque contratti di swap conclusi dall'attrice atteso che la F. è pacificamente receduta da essi e la domanda di risoluzione postula necessariamente la vigenza del contratto che ne costituisce l'oggetto, cosicché non è più concepibile una volta che gli effetti di quell'accordo siano venuti meno.

L'attrice mantiene invece un interesse a far accertare, con riguardo agli stessi contratti, i vizi formali e l'inadempimento della convenuta agli obblighi comportamentali che ha lamentato ai fini, rispettivamente, della domanda di nullità e di quella risarcitoria che ha svolto.

3. La rilevanza delle dichiarazioni di operatore qualificato rilasciate dall'attrice rispetto al prospettato inadempimento da parte della convenuta degli obblighi comportamentali e di quello di osservanza della forma scritta per il contratto

In ordine logico vanno innanzitutto esaminati gli assunti dell'attrice relativi al preteso mancato assolvimento da parte dei funzionari della convenuta degli obblighi comportamentali, ivi compresi quelli di osservanza della forma scritta per il contratto quadro del 30 maggio 2002 e di inserimento nei singoli contratti di swap per cui è causa della facoltà di recesso.

Orbene essi vanno disattesi in quanto si fondano su una serie di disposizioni del T.U.F e del regolamento Consob 11522/98 che non possono trovare applicazione nel caso di specie, alla luce della circostanza che il legale rappresentante della attrice, al momento della conclusione dei contratti per cui è causa, ha dichiarato di “possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari” nonché di essere consapevole delle conseguenze di tale dichiarazione, con conseguente applicazione della disciplina derogatoria dell’art. 31 reg. Consob 11522/98. (cfr. le autonome dichiarazioni prodotte sub 9 e 26 e le premesse dei contratti normativi prodotti sub 15 e 27 da parte convenuta)

L’attrice ha obiettato che tale dichiarazione è inefficace, e comunque insufficiente a dimostrare una effettiva competenza in materia finanziaria avendo l’intermediario il dovere di desumerla da circostanze oggettive.

Orbene una simile prospettazione non tiene conto di quanto la Corte di Cassazione ha stabilito con la pronuncia del 26 maggio 2009 n.12138 i cui passaggi motivazionali sono pienamente condivisi da questo Collegio, anche perché sono in linea con la posizione che questo Tribunale ha assunto da tempo con riguardo alla questione dell’efficacia della c.d. dichiarazione di operatore qualificato.

In tale sentenza la Suprema Corte ha affermato che la dichiarazione ex art. 13 regolamento Consob 2 luglio 1991, n. 5387, analoga, per non dire identica, a quella prevista dall’art. 31 reg. Consob 11522/98, 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 dall’obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, il giudice, può porre, ai sensi dell’art. 116 c.p.c., anche solo essa a base della propria decisione ai fini della verifica dell’esistenza della competenza ed esperienza dell’investitore.

La Corte di Cassazione nella pronuncia citata ha ulteriormente precisato che, nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, grava su chi detta discordanza intende dedurre, al fine di escludere in concreto la propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l’onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell’intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità, in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell’intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente.

Orbene, a fronte di tali indicazioni, era onere dell’attrice prima di tutto allegare e poi dimostrare quali fossero stati i dati oggettivi conoscibili, o a conoscenza dell’istituto di credito convenuto, idonei a smentire quanto dichiarato dal proprio legale rappresentante mentre essa non vi ha provveduto.

Per contro la convenuta, sebbene non avesse avuto nessun onere al riguardo, alla luce dei principi sopra citati, ha fornito, plurimi elementi oggettivi a pieno conforto delle dichiarazioni sottoscritte dalla F..

In particolare già in comparsa di risposta ha allegato e documentato una precisa circostanza di fatto, peraltro mai contestata dall’attrice, che risulta sufficientemente indicativa della esperienza di questa nelle

operazioni in strumenti derivati. U. ha infatti precisato che già prima di concludere le operazioni per cui è causa la F., oltre ad aver ricevuto e sottoscritto il documento sui rischi generali negli strumenti finanziari, aveva concluso una operazione in strumenti derivati su cambi poiché in data 11 aprile 2001 aveva sottoscritto un contratto denominato K1 forward performing nonché un contratto normativo relativo ad operazioni di currency option e forward fx transaction (rispettivamente doc. 3, 4 e 5 di parte convenuta).

A quanto fin qui detto deve aggiungersi che anche la concreta operatività nei contratti di swap per cui è causa, alla quale si è dedicata l'attrice, vale a confermare tale giudizio poiché attraverso di essa la F. deve aver acquisito una sempre maggiore consapevolezza dei meccanismi operativi di tale tipologia di contratti.

A conferma di tale giudizio va poi rimarcato che nei contratti del 3 febbraio 2005 e del 18 luglio 2006 (rispettivamente doc. 23 e 28 di parte convenuta) erano contenute numerose spiegazioni sulle conseguenze economiche della risoluzione del contratto immediatamente precedente (su tale aspetto si tornerà nel prossimo paragrafo).

Con riguardo al profilo delle successive rinegoziazioni deve escludersi poi che esse abbiano comportato un vantaggio solo per la convenuta perché ad esse l'attrice è addivenuta nella prospettiva di differire l'esborso finanziario nei confronti di U., conseguente al valore negativo dei derivati.

Ad avviso del collegio gli obblighi comportamentali specificamente individuati dalla attrice non possono poi essere fatti discendere dalla norma generale dell'art. 21 del Tuf, ponendo così di fatto nel nulla la dichiarazione ex art. 31 reg. Consob, secondo quanto proposto anche da alcune recenti pronunce di merito.

Non va infatti dimenticato che, l'art. 31 reg. Consob 11522/1998 costituisce applicazione dell'art. 6 del d. lgs. 58/1998 che, a sua volta, ha dato attuazione alla direttiva 93/22/Cee del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari.

Quest'ultimo provvedimento, come chiarito dalla già citata sentenza n.12138/2009 della Suprema Corte, nel fare riferimento all'opportunità di tener conto delle esigenze di tutele differenziate delle possibili diverse categorie di investitori, riconosceva al legislatore nazionale un certo margine di discrezionalità circa i parametri da utilizzare per la individuazione delle categorie per le quali attuare forme di tutela differenziate.

Il legislatore nazionale, nell'esercizio della predetta discrezionalità, ha inserito tra le categorie di soggetti sottratti agli obblighi di cui agli artt. 27, 28, e 29 reg. Consob, che costituiscono una specificazione dei criteri generali di cui all'art. 21 Tuf e delle regole di comportamento fissate dall'art. 26 reg. Consob, anche le società e persone giuridiche che rilascino la dichiarazione autoreferenziale.

Ora non è possibile invocare le predette norme, che hanno, per l'appunto, carattere generale, per sottoporre l'intermediario che operi con un soggetto che rivesta la qualifica di operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 reg. Consob, a quegli stessi specifici obblighi comportamentali fissati dagli artt. 27, 28 e 29 reg.

Consob, perché, così facendo, si finirebbe per aggirare, di fatto, la disciplina regolamentare che, come detto, è conforme a quella comunitaria.

Il richiamo alle norme generali in esame è consentito, innanzitutto, per configurare doveri di comportamento degli intermediari, anche nei confronti degli operatori qualificati, diversi da quelli contemplati negli artt. 27, 28 e 29 reg. Consob, quali ad esempio quelli enucleabili dall'art. 26 reg. Consob, che, a dispetto della rubrica, individua anche alcune specifiche regole di condotta per l'intermediario (si pensi all'obbligo di astensione dai comportamenti che possano avvantaggiare un investitore a danno di un altro, a quello di eseguire con tempestività le disposizioni impartite dagli investitori, a quello di operare al fine di contenere i costi a carico degli investitori).

Con specifico riguardo all'obbligo informativo derivante dall'art. 21 lett. b) del tuf deve invece osservarsi come esso permanga nei confronti di un soggetto che abbia rilasciato la dichiarazione autoreferenziale solo in presenza di elementi oggettivi, conosciuti o conoscibili dall'intermediario, dai quali si evinca una difformità tra l'evidenza documentale e la realtà fattuale.

Alla luce delle superiori considerazioni la sottoscrizione da parte del legale rappresentante dell'attrice della dichiarazione di operatore qualificato comporta, ai sensi dell'art. 31 reg. Consob 11522/98, l'inapplicabilità delle norme che la F. ha indicato come fonti degli obblighi comportamentali dei funzionari della banca convenuta, nonché di quello di osservanza della forma scritta per l'accordo quadro (rilievo che peraltro doveva intendersi limitato al primo in ordine di tempo dei contratti di swap) e di quello dell'inserimento nei contratti per cui è causa della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 30 comma 7° del T.U.F.

Con riguardo a quest'ultima allegazione occorre poi considerare che difetta comunque il presupposto per l'applicazione della norma sopra richiamata, ossia che la convenuta abbia posto in essere una attività di collocamento nei confronti dell'attrice, atteso che la Suprema corte con recentissima pronuncia (Cassazione civile, sez. I, 14 febbraio 2012, n. 2065) ha stabilito che "La disciplina del recesso, dettata dall'art. 30, comma 6, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 con riguardo alle offerte fuori sede concernenti il collocamento di strumenti finanziari, è inapplicabile ai contratti di negoziazione di obbligazioni eseguiti in attuazione di un contratto-quadro, sottoscritto fra la banca e il cliente, in quanto tali contratti non costituiscono un servizio di collocamento, che si caratterizza per l'esistenza di un accordo tra l'emittente (o l'offerente) e l'intermediario collocatore, finalizzato all'offerta ad un pubblico indeterminato di strumenti finanziari, emessi a condizioni di tempo e prezzo predeterminati, ed, inoltre, il legislatore ha limitato la tutela dello "ius poenitendi" agli investitori che abbiano definito l'investimento per essere stati raggiunti all'esterno dei luoghi di pertinenza del proponente e, quindi, siano stati esposti al rischio di assumere decisioni poco meditate.

4. Le doglianze attoree relative alla mancata o non corretta rappresentazione da parte della convenuta dell'effettivo contenuto dei contratti per cui è causa e alla applicazione di commissioni occulte.

Merita una distinta disamina l'assunto attoreo relativo alla mancata o inesatta informazione da parte della convenuta sull'applicazione, al momento della conclusione dei singoli contratti di swap per cui è processo,

di quelle che l'attrice ha definito come commissioni occulte e che, a suo dire, U., operando come intermediario, avrebbe trattenuto per sé.

In particolare occorre stabilire se tale omissione sia stata causa di un vizio del consenso della F. che giustifichi l'annullamento dei contratti di swap per cui è causa.

Orbene la prospettazione risulta sul punto alquanto generica poiché la difesa della F. Spa ha richiamato congiuntamente gli artt. 1427, 1429 e 1439 c.c., sebbene queste ultime due norme abbiano presupposti di applicazione diversi (la prima infatti postula che l'errore sia essenziale e riconoscibile) e sia nota la difficoltà di configurare un dolo omissivo quale causa di annullamento di un contratto.

L'attrice poi non ha minimamente illustrato i presupposti giuridici delle due azioni di annullamento che ha svolto. Infatti da un lato non ha spiegato per quale ragione l'errore sulle c.d. commissioni implicite avrebbe avuto carattere essenziale e nemmeno come potesse essere riconosciuto dalla convenuta, nel momento in cui la Fattor rivestiva la qualità di operatore qualificato. Con riguardo al prospettato dolo, necessariamente di carattere omissivo, occorre invece tener presente che, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, "esso rileva solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito: pertanto il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto (sentenze 20/4/2006 n. 9253; 11/10/1994 n. 8295; 18/10/1991 n. 11038). La reticenza ed il silenzio quindi non sono sufficienti a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del "deceptus", che devono essere tali da configurarsi quali malizia o astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito (sentenza 12/2/2003 n. 2104)" Cass., sez. II, 31 maggio 2010 n.13231).

Nella specie la attrice, cui incombeva il relativo onere probatorio, non ha dedotto tutti gli elementi necessari ad integrare il preteso dolo omissivo della controparte, con specifico riferimento sia al contesto nel quale il silenzio da essa tenuto avrebbe dovuto inserirsi per essere rilevante, sia alla idoneità del silenzio stesso sulle circostanze sopra dedotte dalla ricorrente ad incidere sulla sua determinazione volitiva. Essa, infatti, si è limitata ad articolare un capitolo di prova del tutto generico diretto a dimostrare il contegno omissivo del funzionario della convenuta con cui definì le condizioni contrattuali.

A prescindere da tali considerazioni l'assunto attoreo muove poi da alcuni presupposti di fatto erronei e fuorvianti, a cominciare dalla nozione di commissione implicita.

Per comprendere esattamente il significato di tale espressione è opportuno illustrare sinteticamente le modalità operative tipiche della conclusione dei contratti di swap. Solitamente la banca non assume un rischio di mercato nel momento in cui conclude un contratto con l'impresa cliente, poiché, a fronte di esso, ne conclude uno speculare con un soggetto terzo (generalmente un altro istituto di credito). La banca assume invece un rischio di credito sia nei confronti del cliente sia nei confronti del soggetto con il quale

viene stipulato il contratto di segno contrario, diretto a neutralizzare il primo, sebbene il secondo rischio sia di solito inferiore al primo.

I predetti profili operativi consentono allora di comprendere come, in ogni operazione di swap, esista un margine lordo (questa è l'espressione più corretta anziché quella di commissione) implicito a favore della banca, che è costituito, da un lato, dalle condizioni più favorevoli che la stessa spunta sul mercato per concludere il contratto di segno contrario, e, dall'altro, dalla copertura del rischio di credito e dei costi operativi.

E' evidente, poi, come tale margine lordo di intermediazione non comporti, né al momento della conclusione dello swap né durante la sua vigenza, un esborso a favore dell'istituto di credito da parte del cliente ma consista nella differenza tra il valore corrente (c.d. fair value) del contratto al momento della sua rilevazione e il fair value di analogo contratto stipulato, a condizioni praticate sul mercato, con soggetti terzi. Peraltro è opportuno chiarire che alla stipulazione del contratto il mark to market è solo astrattamente nullo mentre di fatto è normalmente positivo per la banca, risentendo del predetto margine lordo (l'indicazione del valore par del derivato, riportata nel documento sui rischi generali negli investimenti finanziari, in conformità all'Allegato 3 al Regolamento Consob n. 11522/98, par. 4, parte B, deve essere pertanto riferita al prezzo, distinto dalle commissioni e/o dal margine di intermediazione percepito dall'intermediario).

Solo nel caso in cui il contratto di swap giunga alla sua naturale scadenza o venga risolto anticipatamente il cliente è tenuto a corrispondere all'istituto di credito il c.d. costo di uscita del derivato, comprensivo anche del margine di intermediazione. L'entità di questa voce è tanto maggiore quanto più elevato è il numero delle rinegoziazioni che il contratto di swap abbia subito poiché, in occasione di ciascuna di esse, la banca effettua delle operazioni di ricopertura, con le caratteristiche sopra descritte, maturando in relazione a ciascuna di esse un margine di intermediazione, dato dalla differenza tra il mark to market e la somma riconosciuta al cliente a titolo di up front .

Le considerazioni sin qui svolte consentono quindi di affermare che l'esistenza del margine lordo non è di per sé segno di una patologia dell'operazione ma è anzi del tutto fisiologica, a meno che l'importo di esso sia eccessivo comportando uno sbilanciamento dell'operazione a danno del cliente.

L'assunto della difesa attorea secondo cui esso costituirebbe di per sé un lucro per l'istituto di credito risulta quindi fuorviante poiché non tiene conto di tale rilevante aspetto.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte la domanda di annullamento dei contratti in esame per vizio del consenso risulta anche incongrua sia sotto il profilo giuridico che sotto quello finanziario.

Con riguardo al primo aspetto essa infatti è funzionale alla domanda di condanna alla restituzione di una somma che si assume essere stata trattenuta dalla convenuta per commissioni implicite, e che è stata quantificata in complessivi euro 207.000,00, laddove nessun esborso o addebito è ancora avvenuto a tale titolo in favore dell'istituto di credito, dal momento che l'ultimo contratto di swap, stipulato in data 18

luglio 2006, è ancora in essere (si noti che l'attrice ha invece effettuato esborsi a titolo di differenziali negativi per euro 146.000,00). A ben vedere, in coerenza con le caratteristiche proprie dei contratti di swap sopra illustrate, l'attrice avrebbe dovuto avanzare domanda di condanna della convenuta al pagamento di una somma diretta a riequilibrare il profilo economico delle operazioni per cui è causa, così da ridurre il margine lordo a favore della stessa, ma una simile domanda postula la volontà di mantenere in essere il contratto, se questo sia ancora in vigore, o comunque di trarre vantaggio da esso confermandone quindi l'adeguatezza. Risulta invece inconciliabile con tutte le domande caducatorie svolte nel presente giudizio ed in particolare con quella di annullamento per errore poiché è sintomatica dell'assenza del carattere dell'essenzialità dell'errore.

Le spese di lite vanno poste a carico dell'attrice, in applicazione del criterio della soccombenza, e si liquidano come in dispositivo in via equitativa, stante il mancato deposito di nota spese.

P.Q.M.

Il Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando ogni diversa ragione ed eccezione disattesa così decide:

- dichiara inammissibile la domanda di risoluzione avanzata dall'attrice con riguardo ai primi cinque contratti di swap per cui è causa;
- rigetta tutte le restanti domande avanzate dall'attrice nei confronti della convenuta e per l'effetto condanna l'attrice a rifondere alla convenuta le spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 7.500,00 di cui 2.500,00 per diritti, 5.000,00 per onorari, oltre rimborso spese generali nella misura del 12,5 % su diritti e onorari, Iva se dovuta e Cpa.

Verona 27 marzo 2012

Il Presidente

il Giudice Estensore