



- PARTE CONVENUTA -

Udienza collegiale: 20 maggio 2011

\*\*\*

### CONCLUSIONI DELLE PARTI

#### PER PARTE ATTRICE

Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione

Piaccia al Giudice Illustrissimo

In via preliminare: dichiarare la nullità dei contratti derivati sottoscritti dall'esponente rispettivamente in data 30 giugno 2000, 2 novembre 2000, 26 giugno 2001, 25 marzo 2002, 11 luglio 2003, 29 luglio 2004, 7 ottobre 2005, 9 ottobre 2007 ai sensi e per gli effetti degli artt. 1418 c.c. 1325 e 1427 c.c. e per violazione delle norme

contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli artt. 24-26-27-28-29-31-37 del reg. Consob da considerarsi quali norme imperative

In via preliminare di graduato subordine: dichiarare l'annullabilità dei contratti derivati sottoscritti dall'esponente rispettivamente in data 26 giugno 2001, 25 marzo 2002, 11 luglio 2003, 29 luglio 2004, 7 ottobre 2005, 9 ottobre 2007; ai sensi e per gli effetti degli articoli 1427, 1428, 1429 c.c. e 1433, 1439 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli artt. 24-26-27-28-29-31-37 del reg. Consob da considerarsi quali norme imperative

In via preliminare di subordine: dichiarare la risoluzione del contratto derivato IRS swap protetto sottoscritto dall'esponente in data 9 ottobre 2007, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1337, 1453, 1455 c.c. e per violazione delle norme contenute nell'art. 21 del d.lgs 58/98 e segnatamente per gli artt. 24-26-27-28-29-31-37 del

real

reg. Consob e per violazione delle nuove norme del regolamento Intermediari (art. 40-42 Mifid) da considerarsi quali norme imperative

Nel merito: attesa la mancata osservanza degli obblighi di informazione da parte della convenuta, dichiarare tenuto e condannare l'istituto di credito ~~\_\_\_\_\_~~ ~~\_\_\_\_\_~~ spa al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. e per l'effetto dichiarare tenuta e condannare ~~\_\_\_\_\_~~ spa a rifondere

la somma complessiva di € 152.669,99 (commissioni implicite e interessi passivi),

già detratta la somma corrisposta a favore dell'esponente (interessi attivi) con condanna generica al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

- condannare l'istituto di credito ~~\_\_\_\_\_~~ nell'ipotesi in cui il giudice non ritenesse nullo, ma risette per inadempimento, alla restituzione della somma di € 152.669,99, oltre al risarcimento dei danni ex art. 1453-1710 e 1714 c.c.

danni di cui si chiede la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c.

- condannare l'istituto di credito ~~\_\_\_\_\_~~ a corrispondere a favore della ~~\_\_\_\_\_~~ il tasso d'interesse legale maturato sulle somme erogate a titolo di commissioni implicite e interessi passivi, dai giorni della sottoscrizione dei contratti derivati del 26 giugno 2001, 25 marzo 2002, 11 luglio 2003, 29 luglio 2004, 7 ottobre 2005, 9 ottobre 2007, sino alla data dell'effettiva restituzione della somma.

Il tutto con favore degli onorari e delle spese di giudizio

In via istruttoria: omissis"

PER PARTE CONVENUTA

Voglia l'Ill.mo Tribunale,

respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione;

In via istruttoria: omissis

nel merito in via principale: rigettare tutte le domande avversarie, per i motivi di cui in narrativa

nel merito in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento totale o parziale della domanda di nullità o di annullabilità o di risoluzione dei contratti di swap stipulati fra l'attrice e la convenuta, dichiarare tenuta e condannare la ~~\_\_\_\_\_~~

~~\_\_\_\_\_~~ alla restituzione di tutte le somme incassate a titolo di canoni periodici, maggiorate di interessi legali e rivalutazione monetaria dall'incasso al saldo; nella denegata ipotesi in cui fosse dichiarata la nullità o annullabilità dei contratti conclusi a causa dell'invalidità o l'inefficacia delle dichiarazioni ex art. 31 sottoscritte dal legale rappresentante della ~~\_\_\_\_\_~~ ridurre in via equitativa il quantum ~~\_\_\_\_\_~~ in considerazione del concorso di colpa della stessa attrice (nella persona del legale rappresentante) nel cagionare il danno (art. 1227 c.c.)

In ogni caso, con vittoria di spese ed onorari di giudizio"

\*\*\*

#### MOTIVI DELLA DECISIONE IN FATTO ED IN DIRITTO

1. Con atto di citazione ex art. 2 D.Lgs. n. 5/2003, notificato in data 5 giugno 2008, la società ~~\_\_\_\_\_~~ esponeva: che era cliente dell'Istituto ~~\_\_\_\_\_~~ d'Impresa filiale di Torino Barriera di Milano dove operava con un conto corrente bancario effettuando semplici operazioni ed usufruendo di una linea di fido; che nel giugno 2000 veniva contattata da due funzionari che le rappresentavano l'opportunità di sottoscrivere un contratto denominato convertible swap che avrebbe avuto la funzione di garantire la copertura dei rischi legati alle variazioni dei tassi di interesse e cambio, che nel novembre 2000 il contratto veniva modificato e veniva ulteriormente modificato in data 26 giugno 2001 sottoscrivendo un contratto di Q-

may

3Dzeta; che tutti i contratti erano in perdita e per arginare le perdite in data 25 marzo 2002 veniva sottoscritto un nuovo contratto denominato Atlantic swap, che tale operazione comportava ulteriori perdite e che quindi veniva modificata in data 11 luglio 2003 con un contratto swap Sunrise ed in data 29 luglio 2004 con un ulteriore contratto (Inflazione swap); seguivano poi ulteriori contratti in data 7 ottobre 2005 (IRS variabile protetto differenziale) ed in data 9 ottobre 2007 (IRS protetto), che tali contratti comportavano una perdita pari ad € 155.922,99 ed asseriva che la ~~banca~~ ~~Sindaco~~ non apparteneva alla categoria degli operatori qualificati contestando l'autenticità della sottoscrizione della dichiarazione 30 giugno 2000, che i contratti erano nulli per assenza di valida causa e cioè senza che vi fosse la necessità da parte dell'azienda di stipulare un contratto che fosse idoneo a coprire il rischio di fluttuazione dei tassi e dovevano essere restando al gioco ed alla scommessa, che non vi era stata alcuna informazione circa la rischiosità del contratto, nè la consegna del documento sui rischi generali da cui avrebbe potuto ricavare l'esperienza della società in materia di investimenti e di propensione al rischio e che i contratti erano inadeguati, che la banca aveva operato in conflitto di interessi nel senso che nella vendita dello swap *l'operazione era stata eseguita con riferimento ad un pacchetto di prodotti derivati ciascuno con una propria vita e contenuti nel "sottostante" in cui comparivano obbligazioni facenti parte del portafoglio della banca*, che i contratti erano stati proposti alla sede della società e ciò in violazione dell'art. 31 TUF, assumeva che la banca era risultata inadempiente rispetto alle finalità prospettate all'atto dell'offerta dell'investimento, che la condotta della banca era censurabile ai sensi degli art. 6 e 21 Reg. Consob e 24 TUF non essendo prevista alcuna limitazione assumendo un eccesso di liti di mandato. Rassegnava le conclusioni di cui in epigrafe.

Si costituiva la convenuta la quale esponeva che la società attorea aveva un fatturato annuo medio di cinque milioni di euro circa, era leader nel campo della manutenzione degli apparecchi informativi ed aveva avuto nell'arco del rapporto con la convenuta varie forme di finanziamento, che il legale rappresentante il 30 giugno 2000 aveva sottoscritto la dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob sottoscrivendo anche un contratto di interest swap e che prima di detta sottoscrizione la [REDACTED]

[REDACTED] era stata edotta delle conseguenze delle sottoscrizione e del prodotto, che a quella data l'indebitamento della società era quasi pari ad € 2 milioni e la società era preoccupata per l'andamento dei tassi, che sia in quell'occasione, che nelle varie fasi di rimodulazione vi era stata informativa completa e lo strumento scelto era quello più adeguato alle esigenze del cliente ed assumeva che la dichiarazione del legale rappresentante era elemento necessario e sufficiente per attribuire la qualifica

di operatore qualificato, che tale dichiarazione aveva in ogni caso contribuito a cagionare il danno ed eccepiva quindi il concorso di colpa della società, che la società sulla base degli elementi a disposizione della banca poteva considerarsi operatore qualificato in quanto alla data del primo swap operava con numerosi istituti di credito, aveva variegata linee di credito, era una società di discrete dimensioni abituata ad operare con le banche e lo stesso [REDACTED] risultava avere le caratteristiche per poter essere considerato un operatore qualificato ai sensi del DM 11.11.1998 n. 468, che vi erano stati più incontri in cui veniva spiegato sia il primo contratto che i contratti successivi ed erano coerenti con l'indebitamento, che nel caso di specie non si applicava l'art. 31 TUF essendo stato inserito dopo i fatti di causa, che non vi era stata violazione da parte della banca di norme imperative nè poteva applicarsi l'art. 1933 c.c. per espressa disposizione di legge, che i contratti non erano privi di causa, in quanto la causa del contratto di swap è ravvisata in uno

real

scambio di flussi basati su parametri decisi dalle parti, che il capitale nozionale era inferiore all'indebitamento, che non si applicava l'art. 24 TUF non trattandosi di gestione di portafogli, che non sussisteva conflitto di interessi eccependo l'incomprensibilità della contestazione attorea e rassegnava le conclusioni sopra trascritte, chiedendo, altresì, la verifica della firma posta in calce al documento producendo le scritture di comparazione e proponeva istanze istruttorie.

Nella memoria ex art. 6 parte attrice ribadiva con riferimento all'ultimo contratto (9 ottobre 2007) che era in vigore la disciplina Mifid e nella memoria ex art. 7 parte convenuta contestava che con riferimento all'ultimo contratto fosse entrata in vigore la disciplina Mifid, entrata in vigore il 1.11.2007.

Le parti scambiavano ulteriori memorie ex art. 7. In data 18 maggio 2009 veniva notificata istanza di fissazione d'udienza. Con decreto in data 26-29 giugno 2009, il

giudice relatore fissava udienza avanti il Collegio per il giorno 30 aprile 2010. Depositate le comparse conclusionali, a detta udienza avanti il Collegio, comparivano i legali delle parti che discutevano la causa. Il Collegio, con ordinanza riservata, disponeva CTU volta ad accertare la verifica della scrittura privata e successivamente con ordinanza 17 dicembre 2010 ammetteva le prove orali. Esperite le prove orali veniva fissata nuova udienza dinanzi al Collegio per il giorno 20 maggio 2011 nel corso della quale le parti discutevano la causa anche con riferimento alle prove orali ed il Collegio attesa la complessità della controversia, riservava il deposito della sentenza nei trenta giorni successivi.

2. Parte attrice nelle conclusioni chiedeva dichiararsi la nullità dei contratti sotto tre profili, per mancanza di causa, per violazione dell'art. 31 TUF e per violazione di norme imperative (nonché impropriamente per errore).

Tali censure sono infondate alla luce delle argomentazioni che seguono.

2.1. Con riferimento alla mancanza di causa, l'attore confonde la causa con il motivo dell'operazione.

A prescindere dal fatto che parte attrice non ha provato (ed in materia di nullità l'onere della prova incombe alla stessa parte attrice non trovando applicazione l'art. 23 TUF) che la società non avesse alcuna esigenza di far fronte all'aumento dei tassi, atteso che gli stessi testi attorei ~~Vitelli e Vito~~ dichiaravano che lo scopo era quello di tutelare l'azienda contro il rischio di innalzamento dei tassi e che lo strumento serviva a coprire i costi degli interessi passivi (cfr. test. ~~Vitelli, Vito~~ verb. ud. 1.3.2011), osserva il Collegio che in ogni caso la causa del contratto non si identifica con il motivo in forza del quale le parti stipulano un determinato negozio, ma si identifica con la funzione economico-sociale del negozio obiettivamente perseguita ed il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata. Essa dunque

è ontologicamente distinta dagli scopi particolari che ciascuna parte persegue, i quali ad essa non equivalgono anche se sono comuni (Cass. 1244/83, 4921/80, 7844/93).

Nel contratto di swap la causa viene individuata nello scambio di flussi basati su parametri decisi dalle parti: tale definizione è espressamente prevista dal contratto quadro dove si precisa che le parti si obbligano reciprocamente ad eseguire dei pagamenti il cui ammontare è determinato sulla base di parametri di riferimento diversi determinando il tasso parametro cliente ed il tasso parametro banca definiti come tasso percentuale fisso o variabile nominale annuo determinato nei singoli contratti base a cui verranno determinati gli importi dovuti (cfr. doc. 3 conv.). Pertanto i contratti non erano privi di causa.

2.2 Assumeva poi parte attrice che i contratti di swap devono essere equiparati ad una scommessa ai sensi dell'art. 1933 c.c.

Tale assunto non è fondato.

Infatti lo stesso art. 23 TUF al comma 5 recita che "nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'art. 18 comma 5 lettera a) non si applica l'art. 1933 c.c."

E non avrebbe alcuna giustificazione invocare l'art. 1933 c.c. a fronte di contratti autorizzati e disciplinati dalla legge.

2.3. Parte attrice allega la nullità del contratto per violazione di norme imperative.

Una prima osservazione si impone atteso che parte attrice richiamava tra le norme imperative anche gli art 24 e 37 n Reg. Consob 11522/98, norme che non sono applicabili al caso di specie in quanto si riferiscono alla gestione di patrimoni.

In ogni caso la violazione di norme imperative non comporta nullità del contratto.

Infatti le Sezioni Unite della Suprema Corte con le sentenze n. 26724/07 e 26725/07

hanno escluso che alla violazione di dette norme ne consegua la nullità del contratto.

La Suprema Corte, pur evidenziando che le norme di cui all'art 21 TUF ed artt. 26 e segg. Reg. Consob citato (così come la disciplina precedente) hanno carattere imperativo, ha dettato il principio secondo cui la loro mancata osservanza non dà luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative. La violazione di dette norme, se realizzata nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, dà luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento del danno; se riguarda, invece, le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto, dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento (o inesatto adempimento), con la conseguente possibilità di risoluzione del contratto quadro.

not

oltre agli obblighi risarcitori secondo i principi generali in tema di inadempimento contrattuale.

Pertanto anche sotto tale profilo la domanda di nullità non è fondata.

2.4. Parte attrice eccepiva poi la nullità per essere stati i contratti stipulati fuori sede.

Anche tale censura è infondata sia in fatto che in diritto.

L'art. 31 TUF deve essere letto congiuntamente all'art. 30 il quale recita "per offerta

fuori sede si intendono la promozione e il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente ... b) di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio".

Nel caso di specie non si tratta di un'attività di promozione o collocamento ma di una particolare forma di negoziazione di strumenti finanziari. E' vero che parte della

giurisprudenza di merito estende il termine di collocamento anche alle semplici ipotesi di negoziazione, ma tale interpretazione non è condivisibile, alla luce del tenore letterale della norma, che è chiaro e non consente interpretazione estensiva. Il collocamento di strumenti finanziari deve essere inteso in senso tecnico. Tale interpretazione è supportata da un dato letterale e cioè la circostanza che la norma non di applichi alle offerte pubbliche di vendita o di sottoscrizione di azioni di cui al comma 8. Proprio in considerazione di tale dato normativo deve ritenersi che il collocamento sia la vendita indifferenziata ad un numero non predeterminato di persone. Nè detta attività può rientrare nell'ambito della promozione. Tale differenza emerge dalla lettura dell'art. 30 reg. Consob citato il quale distingue tra le attività di negoziazione di prodotti finanziari tra cui sono compresi i derivati ed i warrant (comma 2 lett e) dalle attività di collocamento e promozione fuori sede ed a distanza disciplinate dal comma 3 di detto articolo.

In ogni caso manca la prova che la sottoscrizione dei contratti fosse avvenuta presso la sede della società. Infatti lo stesso teste attoreo ~~V. [redacted]~~ (cfr. test. ~~V. [redacted]~~ cit) affermava che uno dei due incontri era avvenuto presso la banca circostanza sostanzialmente confermata dalla teste ~~A. [redacted]~~ la quale riferiva che alcuni incontri preliminari si tenevano presso la società ed altri presso la banca (cfr. test. ~~A. [redacted]~~ verb. ud. 13 aprile 2011) ed il teste Di ~~Stefano [redacted]~~ riferiva che il contratto era stato stipulato in filiale (cfr. test. ~~Di Stefano [redacted]~~ verb ud. 1 marzo 2011).

E detta prova doveva essere fornita da parte attrice, atteso che se è vero che l'onere di provare il fatto costitutivo che caratterizza la nullità, incombe a chi pone la domanda o eccepisce la nullità. Infatti pur sussistendo il potere d'ufficio del giudice di rilevare la nullità tale potere va coordinato con il principio della domanda e con i principi in materia di onere della prova, con la conseguenza che incombeva a parte

attrice dimostrare che il contratto non era stato stipulato presso i locali della banca. Tale principio si desume dalle numerose sentenze della Suprema Corte (tra cui Cass. SS.UU 21095/04, 2637/03, 21301/06, 5953/05) che sottolineano come incomba a chi chiede la nullità provare l'elemento costitutivo della propria richiesta. Pertanto anche sotto questo profilo la domanda di nullità non è fondata.

3. Parte attrice chiedeva poi la pronuncia di annullamento del contratto per errore e per dolo, richiamando altresì le norme imperative.

Anche tale domanda non è fondata.

Infatti le contestazioni devono essere precise e che nel caso di specie manca del tutto la specificità delle stesse.

Non solo ma parte attrice a cui incombeva l'onere della prova non ha assolto tale onere, atteso che lo stesso teste attoreo ~~V. [redacted]~~ (in ciò contraddicendo la teste ~~V. [redacted]~~ che pertanto non si ritiene attendibile), riferiva testualmente "i contratti venivano fatti

per coprire rischi di perdite subite.....lo scopo era quello di contenere il costo degli oneri finanziari ... ci dicevano che era ancorato ad un determinato parametro ma non posso ricordare quale. Illustravano che il tasso era ancorato a dei parametri per cui doveva stare entro tali parametri cioè tra il più basso ed il più alto" (cfr. test. ~~Vitelli~~ cit.). E' vero che il teste ~~Vitelli~~ asseriva che non erano stati comunicati i rischi nel caso in cui l'andamento dei tassi fosse diverso dalle prospettive, ma tale dichiarazione veniva smentita da tutti i testi di parte convenuta (cfr. teste ~~Ag...~~

~~...~~, ecc) con la conseguenza che non può considerarsi raggiunta la prova che la banca aveva omesso di comunicare gli elementi essenziali ai fini di valutare l'operazione.

A ciò si aggiunga che la semplice omissione delle doverose informazioni, concretizzandosi in un mero silenzio, consente di annullare il contratto soltanto

quando si inserisca in un comportamento più complesso, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia a indurre in errore, mentre non costituisce causa invalidante la semplice inerzia della parte che si limiti a non contrastare la percezione che l'altro contraente abbia della realtà sia pure con riguardo ad elementi salienti dell'accordo (Cass. 5549/05, 9353/06). Nel caso in cui ci si dolga di una "falsa informazione", ciò può determinare l'annullabilità del contratto solo se intenzionale (ovvero con coscienza e volontà di ingannare la controparte per indurla a concludere il contratto), mentre non assume rilevanza l'inganno involontario o puramente colposo (Cass. 7322/86, 26172/07).

Va pertanto escluso che la mera violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario o la comunicazione di notizie imprecise rendano di per sé annullabile il contratto, ove manchi la prova specifica di artifici e/o raggiri che abbiano ingenerato nell'investitore una rappresentazione alterata della realtà.

4. Parimenti deve respingersi la domanda di risoluzione del contratto concluso in data 9 ottobre 2007 (parte attrice nell'istanza di fissazione d'udienza abbandonava le richieste di risoluzione degli altri contratti).

Parte attrice assumeva che la banca era inadempiente atteso che la ██████████ ██████████ non aveva mai effettuato operazioni finanziarie a rischio e neppure aveva necessità di copertura su aumenti del valore della moneta estera su quella europea e che inoltre l'obiettivo di copertura non era stato rispettato; era risultata altresì inadempiente in quanto non aveva osservato le norme imperative. Da ciò ne derivava la risoluzione del contratto.

La domanda è infondata. Infatti come si è detto sopra la banca attraverso l'escussione dei propri testi e finanche dall'escussione dei testi attorei ha dimostrato che l'operazione era volta a coprire l'azienda dal rischio di aumento di tassi

d'interesse ed i successivi contratti avevano altresì la funzione di recuperare le perdite patite. I testi di parte convenuta chiarivano che non era mai stato affermato che detto strumento aveva finalità assicurative e tali dichiarazioni trovano conferma anche nelle stesse dichiarazioni del teste ██████████ (cfr: test. citate).

La circostanza che tale finalità non si sia realizzata non è imputabile alla convenuta, bensì ad un anomalo andamento dei tassi a causa delle crisi internazionali, andamento non prevedibile al momento della stipula dei contratti.

D'altra parte contrariamente a quanto asserito da parte attrice, la quale ha richiamato una diversa normativa non applicabile nel caso di specie, non trattandosi di gestione di patrimoni, la banca aveva ben monitorato l'andamento degli strumenti finanziari, tanto è vero che era stata più volte proposta la rimodulazione del contratto in modo da arginare le perdite subite.

Quanto alla violazione di norme imperative si deve osservare che nel caso di specie non si applica neppure all'ultimo contratto la Mifid, bensì la disciplina precedente ed in ogni caso l'inadempimento non integra i requisiti della gravità richiesta per la risoluzione del contratto.

5. Ulteriore domanda è quella del risarcimento del danno da inadempimento per violazione di norme imperative.

Parte attrice assumeva che erano state violate le norme di cui agli artt. 26, 27, 28 e 28 Reg. Consob citato.

Al fine di valutare se sussista inadempimento sotto tale profilo è necessario accertare se la società ~~██████████~~ non possa essere considerato operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob atteso che agli operatori qualificati non si applicano gli obblighi informativi.

5.1 A norma dell'art. 31 cpv Reg. Consob cit. "per operatori qualificati si intendono gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentari, le società iscritte negli elenchi di cui agli artt. 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385, i promotori finanziari, le persone che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono le funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

scat

L'art. 31 Reg Consob cit. dunque, analogamente a quanto previsto l'art. 13 Reg. Consob 1991/5387 ha definito come operatore qualificato, come si è detto 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."*

Come affermato dalla Suprema Corte con sentenza 26 giugno 2009 n. 12138 la natura di operatore qualificato discende da due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori, l'altro di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo.

La ratio della norma in esame, come affermato dalla Suprema Corte, è quella di chiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere un accertamento sulla corrispondenza tra la dichiarazione e la situazione di fatto, anche perchè tale accertamento non è richiesto da alcuna norma.

Pertanto si deve ritenere che *"in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari – pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo – esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata,*

possa costituire argomento di prova – che il giudice..... può porre a base della propria decisione".

Fatta questa premessa, osserva il Collegio che nel caso di specie la dichiarazione in data 30 giugno 2000 non è stata sottoscritta dal signor ██████████, atteso che a seguito del giudizio di verificaione è emerso che "la firma-sigla apposta sul documento n. 2 conv. contestata dal sig. ██████████, effettivamente non gli appartiene ed è invece riconducibile ad un diverso autore" (cfr. CTU ██████████).

conclusione questa non contestata dalla convenuta.

Assume peraltro la convenuta che la sottoscrizione era stata apposta dalla signora Croce, amministratore delegato della società con tutti i poteri.

E' vero che la ██████████ era amministratore della società, peraltro dalla visura prodotta da parte convenuta pare desumersi che la stessa solo nel 2001 assumeva la carica

di amministratore delegato, mentre la dichiarazione è stata resa quando la stessa non aveva i poteri.

In ogni caso la norma richiede che un'espressa dichiarazione da parte del legale rappresentante, con la conseguenza che vi deve essere corrispondenza tra il soggetto che rende la dichiarazione ed il soggetto che la sottoscrive. Nel caso di specie la dichiarazione risulta sottoscritta da persona diversa da quella che l'ha resa, essendovi l'apposizione di una semplice sigla sopra il timbro della società senza l'indicazione che la sottoscrizione è quella del legale rappresentante.

Pertanto anche a voler ritenere che la ██████████ fosse all'epoca già legale rappresentante, la stessa non rendeva alcuna dichiarazione limitando ad apporre la propria sottoscrizione alla dichiarazione riconducibile ad altro soggetto.

Nè contrariamente a quanto asserito da parte convenuta tale condotta può rilevare ai sensi del concorso di colpa, atteso che la banca aveva od avrebbe dovuto avere

qualora si fosse comportata in modo diligente la documentazione atta a provare chi avesse i poteri e soprattutto era in possesso degli specimen di firma tali da consentire alla stessa immediatamente di appurare la non genuinità della dichiarazione redatta.

Alla luce di tali considerazioni, difettando una valida dichiarazione ai sensi dell'art. 31 reg. Consob cit. non può attribuirsi alla ~~\_\_\_\_\_~~ la qualifica di operatore qualificato.

5.2 Parte attrice censurava la condotta della banca sotto più profili.

Quanto al conflitto di interessi la censura è infondata tenuto conto che gli swap non avevano nessun rapporto sottostante ma costituivano uno scambio di flussi.

Viceversa è fondata la censura che si trattava di operazione non adeguate.

Assunse la convenuta che la società usufruiva di variegata linee di credito e

diverse forme di finanziamento. Peraltro, a prescindere dal fatto che tali affermazioni non risultano suffragate da alcun elemento, parte convenuta non ha neppure allegato che la ~~\_\_\_\_\_~~ aveva esperienza in campo finanziario, in quanto adusa ad effettuare investimenti rischiosi (ad esempio titoli ad alto rischio, operazioni sui cambi) o avesse già in passato effettuato investimenti in prodotti derivati.

Ritiene infatti il Collegio che a fronte di un soggetto che in passato non aveva mai investito in strumenti finanziari, ma la cui operatività era limitata a strumenti bancari, quali apertura di credito, forme di finanziamento quali mutui, anticipo fatture e simili l'investimento in prodotti derivati non fosse adeguato. Infatti se è vero che tale forma di investimento, contrariamente a quanto asserito da parte attrice era astrattamente idonea a fronteggiare l'esigenza della ~~\_\_\_\_\_~~ di arginare le perdite per il rialzo di tassi di interesse, non era adeguata in considerazione della tipologia

dell'investitore, trattandosi di una impresa produttiva, che non operava nei mercati finanziari. La circostanza che la stessa avesse un fatturato di circa cinque milioni di euro annui come emerge dai bilanci prodotti da parte convenuta (cfr. doc. 13 conv.) non dimostra affatto che la stessa avesse esperienza finanziaria e propensione al rischio tale da poter far ritenere che l'investimento in derivati fosse adeguato. Anzi le peculiarità di tale investimento sono tali da necessitare una buona conoscenza dell'andamento dei tassi e dei mercati finanziari. E la prova di tale conoscenza doveva essere data dalla convenuta e non è stata data.

Pertanto avendo la banca posto in essere un'operazione inadeguata senza avvertire il cliente di tale circostanza e chiedere l'autorizzazione per iscritto ai sensi dell'art. 29 Reg. Consob cit. costituisce inadempimento.

5.3 Si tratta di accertare se vi sia prova del nesso di causa tra inadempimento e danno.

In linea generale "applicando il principio sull'onere della prova nella materia contrattuale enunciato dalle Sezioni unite (Sentenza n. 13533 del 30/10/2001) l'investitore dovrà allegare l'inadempimento di quelle obbligazioni disciplinate dal T.U.F. e dalla normativa regolamentare e dovrà fornire la prova del danno e del nesso di causalità (quest'ultimo anche sulla base di presunzioni: cfr. Sez. 3<sup>a</sup>, n. 2305 del 02/02/2007) tra questo e l'inadempimento" (Cass. sez. I n. 3773/09), con la conseguenza che sarebbe l'investitore a dover provare la sussistenza del nesso di causa tra inadempimento e danno.

Senonchè tale principio subisce una deroga nel caso in cui la banca abbia posto in essere un'operazione che non poteva eseguire, atteso che le Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 26724/07 hanno specificato che ciò che rileva "è il compimento stesso dell'operazione che non avrebbe dovuto affatto aver luogo. Ai

fini dell'individuazione di un eventuale danno risarcibile subito dal cliente e del nesso di causalità tra detto danno e l'illegittimo comportamento imputabile all'intermediario, assumono rilievo le conseguenze del fatto che l'intermediario medesimo non si sia astenuto dal compiere un'operazione dalla quale, in quelle circostanze, avrebbe dovuto astenersi (sempre che, s'intende, risulti provato che nel caso in esame aveva l'obbligo di astenersene), non quelle derivanti dalle modalità con cui l'operazione è stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario".

Pertanto alla luce di tale principio il nesso di causa tra condotta inadempiente e danno è in re ipsa.

Tali conclusioni esimono il Collegio dalla disamina delle altre censure proposte dall'attrice nei confronti della banca.

5.4 In punto danno la convenuta non ha contestato il danno in comparsa di risposta e solo successivamente assumeva che il danno non era stato provato.

La mancata contestazione dell'importo rende pacifico il dato. D'altra parte la stessa convenuta ammetteva che il danno ammonterebbe tra 190.000 e 200.000 euro e pertanto è riconoscibile la somma di € 200.000,00.

Nessuna altra somma è riconoscibile a titolo di capitale o interessi sulle commissioni implicite o sugli interessi corrisposti, non avendo parte attrice a cui incombeva l'onere della prova fornito elementi da cui potesse ravvisarsi la debenza di dette somme. Infatti l'importo sopra indicato è attualizzato e, quindi, sullo stesso non sono dovuti rivalutazione ed interessi.

6. Conformemente al principio di soccombenza parte convenuta deve essere tenuta al pagamento delle spese di causa.

Tali spese, considerato il grado di difficoltà della causa, l'entità delle attività processuali svolte ed ogni altro elemento di determinazione, vengono liquidate come in dispositivo, previa verifica delle singole attività espletate e voci liquidabili, non avendo parte attrice depositato nota spese.

Le spese di CTU devono essere poste a carico della convenuta.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE DI TORINO,

definitivamente pronunciando;  
respinta ogni altra istanza, eccezione o deduzione,  
nel contraddittorio delle parti;  
- dichiara tenuta e condanna [redacted] al  
pagamento in favore di [redacted] della somma di € 200.000,00 a

titolo di risarcimento danni, oltre ad interessi legali dalla data della presente sentenza al saldo;

- respinge tutte le ulteriori domande proposte dagli attori.
- dichiara altresì tenuta e condanna [redacted] al pagamento in favore di [redacted] delle spese processuali, che liquida in complessive € [redacted] (di cui € [redacted] per esposti, € [redacted] per diritti di procuratore, € [redacted] per onorari e € [redacted] per spese generali), oltre a CPA ed IVA come per legge

Così deciso dalla prima sezione civile in data 20 maggio 2011

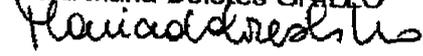
IL PRESIDENTE

dott.a Giovanna DOMINICI



IL GIUDICE ESTENSORE

dott.a Maria Dolores GRILLO



Minuta consegnata in Cancelleria  
in data 15.6.2011

Il Cancelliere

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Lidia Maria BISON

TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO  
DEPOSITATO IN CANCELLERIA

13 GIU. 2011

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Lidia Maria BISON