



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Trento II^a Sezione riunita in
Camera di Consiglio nelle persone dei Signori

Magistrati:

1. DOTT. FLORINDO NUZZI PRESIDENTE
2. DOTT. FERNANDO PLATANIA CONSIGLIERE REL.
3. DOTT. LAURA PAOLUCCI CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta a ruolo in data
01.03.2007 al n. 56/2007 R.G. promossa con atto di citazione
notificato in data 22.02.2007

DA

IL CASO.it

~~BRIGNONE ENRICO FIDUCIARIO DI BRIGNONE ANDREA E~~

C. in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in
Pergine Valsugana (TN), rappresentata e difesa dall'Avv.to Stefano
Pantezzi di Trento, domiciliatario, giusta delega a margine dell'atto di
citazione di prime cure.

- APPELLANTE -

N° <u>46/09</u>SENTENZA
N°...56/2007 R.G.
N° <u>345</u>CRON
N° <u>128</u>REP.
OGGETTO: Intermediazione finanziaria (S.I.M.) Contratti di Borsa CODICE: 143131

CONTRO

~~UNICREDITO D'IMPRESA~~ S.P.A., con sede in Verona,
Via Garibaldi n. 1 Cap. soc. € 4.107.000.000 iscrizione al registro
delle Imprese di Verona C.F. e P. IVA n. ~~03666720269~~ / cod. ABI
~~036669~~ - banca iscritta all'Albo delle Banche e appartenente al
Gruppo bancario ~~Unicredit Italiano~~ iscritto all'Albo dei gruppi
bancari al n. ~~036669~~ aderente al Fondo interbancario di Tutela dei
depositi, rappresentata e difesa giusta procura generale alle liti
rilasciata in data ~~25 marzo 2009~~ in autentica dr. ~~Zanone Giorgio~~
notaio in Verona, n. ~~460566~~ di rep. e n. 20400 fasc. dell'Avv.to ~~Paolo~~
~~Dalmatello~~ del Foro di Milano e dall'avv. ~~Giorgio Fedinelli~~, anche in
via disgiuntiva tra loro, con domicilio eletto presso il suo studio in
Trento.

- APPELLATA -

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

Causa ritenuta in decisione sulla base delle seguenti

CONCLUSIONI

DI PARTE APPELLANTE:

(da foglio di conclusioni allegato al verbale di udienza d.d.
07.10.2008);

nel merito: in parziale riforma dell'impugnata sentenza:

- OMISSIS -

derivati, il sig. sauro, altro responsabile derivati, il sig. ~~Cecconi~~ allora responsabile di filiale;

2. nel merito:

respingere l'appello proposto in via principale da ~~Bagnara Iniziativa~~ S.a.s. di ~~Bagnara Andrea~~ e C.;

in accoglimento del presente appello incidentale e in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Trento n. 927/06 in data 1 giugno 2006/23 settembre 2006, respingere ogni domanda proposta da ~~Bagnara Iniziativa~~ S.a.s. di ~~Bagnara Andrea~~ e C. nei confronti di ~~UniCredit Banca d'Impresa~~ S.p.A. assolvendo la medesima da ogni avversaria pretesa;

condannare ~~Bagnara Iniziativa~~ S.a.s. di ~~Bagnara Andrea~~ e C. a restituire a ~~UniCredit Banca d'Impresa~~ S.p.A. quanto da quest'ultima versato alla ~~Bagnara Iniziativa~~ S.a.s. di ~~Bagnara Andrea~~ e C. e cioè la somma di complessivi euro 16.874,87;

condannare ~~Bagnara Iniziativa~~ S.a.s. di ~~Bagnara Andrea~~ e C. al rimborso ad ~~UniCredit Banca d'Impresa~~ S.p.A. di spese, diritti e onorari per entrambi i gradi del giudizio come da note spese che verranno depositate.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione del 22 febbraio 2007 la sas ~~Bagnara Iniziativa~~ di ~~Bagnara Andrea~~ proponeva appello avverso la sentenza del Tribunale di Trento n. 927/06 del 23 settembre 2006 con la quale erano state parzialmente respinte le domande di nullità e di

invalidità, con conseguente restituzione delle somme già addebitate, proposte nei confronti della ~~Unicredit Banca d'Impresa~~ spa in relazione a tre contratti swap.

Veniva premesso che la società aveva stipulato con la Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto nel 1998 un mutuo ipotecario dell'importo di lire 1.400 milioni a tasso variabile. La stessa banca, due anni dopo, aveva proposto di stipulare un contratto derivato che fungesse da copertura per il rischio di mutamento dei tassi.

Veniva, quindi, stipulato un primo contratto il 4 ottobre 2000 per l'importo di lire 1.500 milioni con un tasso parametro cliente iniziale del 4,70% e poi del 5,55% dopo un anno e del 6,15% dopo il secondo anno ed un tasso parametro banca pari all'Euribor a tre mesi.

Tale contratto aveva generato perdite per la società pari ad euro 16.675,12; aveva chiesto conseguentemente, il recesso dal contratto; la Banca per aderire alla richiesta però aveva domandato una penale di 62.500 euro ovvero la stipula di un altro contratto.

Non potendo corrispondere l'ingente somma la Brugnara stipulava un altro contratto che, però, aveva comportato il pagamento di ulteriori 5.681,18 euro per differenziali di tassi di interesse.

Per recedere dal contratto la Banca aveva, quindi, preteso il pagamento della somma di euro 32.000 ovvero la stipula di un ulteriore contratto swap che però aveva generato perdite per ulteriori 14.894,01 euro di perdite fino al 30 marzo 2005 e di ulteriori 36.457,61 euro fino al 30 dicembre 2006.

La sentenza di primo grado aveva riconosciuto la nullità solo del primo dei contratti stipulati in quanto non era risultato provata la sottoscrizione da parte del Brugnara della dichiarazione con la quale lo stesso poteva essere considerato operatore professionale; per gli altri due contratti era risultato, invece, provata la preventiva sottoscrizione della dichiarazione di possesso dei requisiti speciali di competenza.

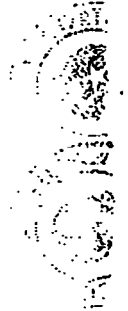
Ciò premesso la sentenza veniva innanzitutto impugnata perché relativamente alla restituzione, pure disposta, della somma di euro 16.675,12 gli interessi venivano fatti decorrere solo dalla data della domanda e non dalla data dei singoli pagamenti. La Banca, infatti, era pienamente consapevole dell'assoluta mancanza dei requisiti per la stipula del primo contratto tenuto conto che in giudizio era stata in un primo tempo prodotta un documento da cui emergeva l'avvenuto rilascio della dichiarazione di professionalità; successivamente la Banca aveva nel corso del giudizio dichiarato di non volersene avvalere ben conoscendone la falsità; ciò dimostrava la piena malafede della Banca che pertanto doveva restituire le somme percepite con gli interessi dal momento dell'incasso. Comunque le somme dovute a titolo di indebito dovevano essere incrementate del maggior danno moratorio conseguente dagli interessi pagati sul conto corrente affidato intrattenuto con la banca e sul quale erano stati regolati gli effetti del contratto dichiarato nullo.

La sentenza veniva, però, censurata nella parte in cui aveva rigettato la domanda di nullità, annullamento o risoluzione degli altri due contratti swap stipulati e considerati validi dal primo giudice.

In particolare non era condivisibile la decisione del Tribunale di considerare sufficiente la mera dichiarazione di professionalità inserita nel contratto poiché essa doveva, al contrario, precedere la stipula del contratto. In altre parole solo se preventivamente il cliente avesse potuto essere considerato avere competenze professionali, si sarebbe potuto stipulare un contratto di swap; ma così non era stato.

Inoltre non era sufficiente ai fini della mancata applicazione delle speciali norme di salvaguardia la mera dichiarazione del legale rappresentante della società.

Comunque anche a seguire la tesi della Banca per la quale la dichiarazione aveva lo scopo di consentire alla Banca di fare affidamento sulla dichiarazione stessa, era emerso dal giudizio di primo grado che la Banca sapeva perfettamente dell'inesperienza della società nel settore finanziario avendo la stessa in precedenza operato nella sola produzione di paste alimentari. Persino le modalità con le quali veniva effettuata la dichiarazione era significativa della perfetta conoscenza del fatto che il Brugnara non poteva essere considerato operatore professionale ai fini della disapplicazione della normativa di salvaguardia.



Il Tribunale non aveva poi tenuto conto che l'applicazione delle norme degli artt. 1341 e segg. cc avrebbero dovuto comportare l'approvazione specifica della dichiarazione di professionalità.

Il contratto inoltre era nullo per mancanza dell'alea.

Come sempre specificato, la stipula dei contratti swap era funzionale ad una operazione di copertura del rischio derivante dalla stipula di un contratto di mutuo a tasso variabile.

Nella specie, però, l'operazione, per come era stata congegnata, non poteva di fatto rappresentare una copertura poiché in base alle clausole contrattuali l'effetto di copertura sarebbe sorto solo se il tasso euribor avesse superato un livello di fatto mai verificatosi né prevedibilmente verificabile in base a tutte le valutazioni economiche più accreditate (tanto più che la banca si era riservata di modificare le condizioni del contratto). Nella sostanza la Banca non assumeva alcun rischio, rischio che pertanto ricadeva esclusivamente sul cliente.

La Banca si era comportata in assoluta mala fede e ciò doveva portare in ogni caso all'annullamento o alla risoluzione dei contratti.

Vera da considerare che i contratti erano stati stipulati fuori sede e tutti i contratti non menzionavano la facoltà di recesso nei sette giorni successivi. Era errata la posizione del Tribunale che aveva ritenuto tale norma inapplicabile qualificando come professionale la Brugnara.

Doveva in ogni caso essere ridotta la penale per eccessiva onerosità.

Si costituiva in giudizio la Unicredit Banca spa.

Osservava in primo luogo che era errato il presupposto dal quale muoveva l'appellante secondo cui la stipula del contratto quadro dovesse essere preceduta dall'accertamento dei requisiti di professionalità.

Da ciò derivava che nessun ostacolo sussisteva al fatto che la dichiarazione di professionalità fosse inserita nel contratto normativo stipulato con la Banca.

L'interpretazione data dall'appellante in ordine al significato della disposizione era errata poiché per lo stesso art. 31 del regolamento, la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società era sufficiente per escludere l'applicazione della normativa di garanzia prevista per i clienti non professionali.

Non era, neppure, fondata la tesi della mancanza di alea. All'epoca infatti tutte le previsioni erano nel senso di una forte ascesa dei tassi di interesse.

Relativamente alla censura in ordine alla mancata applicazione delle disposizioni in tema di vizi del consenso si osservava che l'appellante non aveva mai domandato l'annullamento ma solo la nullità; pertanto la domanda non poteva essere accolta in alcun caso.

Relativamente alla domanda di nullità per essere stato il contratto stipulato fuori sede, la banca osservava che il regolamento emanato dalla Consob poteva effettivamente precisare le ipotesi nelle quali non dovessero trovare applicazione le norme di garanzia.

Non era possibile ritenere che la Banca versasse in mala fede ai fini della determinazione del momento della decorrenza degli interessi.

Veniva proposto appello incidentale in relazione alla statuizione del primo giudice circa la nullità del primo contratto per mancata indicazione nello stesso della natura di operatore qualificato posto che, anche indipendentemente dall'apposizione di una specifica crocetta in corrispondenza delle varie ipotesi previste dalla norma, la dichiarazione del Brugnara non poteva riferirsi che a quella concernente le società .

Nel corso del giudizio di appello veniva disposta consulenza tecnica.

All'udienza del 7 ottobre 2008 i procuratori delle parti precisavano le conclusioni riportate in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di esaminare gli aspetti davvero decisivi della presente vicenda bisogna premettere che le domande da ultimo proposte dall'appellante sono in parte diverse da quelle introdotte in un primo tempo.

Pertanto per il divieto di introduzione di domande nuove (che ha influenzato la decisione della Corte di non ulteriormente estendere gli accertamenti del ctu agli aspetti richiesti dall'appellante in una sua apposita memoria), le valutazioni della Corte devono necessariamente essere limitate alle domande ritualmente proposte così come di seguito interpretate.



Ciò posto, il punto effettivamente nodale della vicenda ruota intorno al valore da attribuire alla dichiarazione autoreferenziale effettuata dal Brugnara quale legale rappresentante legale della società appellante.

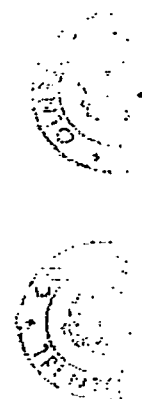
La dichiarazione (contenuta nel contratto normativo datato Lavis 4 dicembre 2002) era del seguente letterale tenore: il cliente ... in persona del sottoscritto legale rappresentante dichiara di rientrare nella categoria degli operatori qualificati ai sensi dell'art. 31 secondo comma, regolamento Consob... essendo in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di contratti in strumenti finanziari con particolare riferimento ai contratti menzionati nel presente accordo normativo”.

Sull' idoneità della dichiarazione autoreferenziale, com'è noto, si sono formati in giurisprudenza due diversi orientamenti di merito (mancando un precedente della Cassazione), il primo dei quali (sostanzialmente facente capo alla giurisprudenza milanese, che, però, è meno monolitica di quel che si afferma) ritiene sostanzialmente sufficiente la mera dichiarazione della parte (ovviamente in relazione al regolamento Consob vigente all'epoca), mentre il secondo (per comodità di esposizione, riferibile ai Tribunali piemontesi) ritiene non sufficiente l'autodichiarazione ai fini di escludere la normativa di garanzia prevista dalle norme del testo unico della finanza e del regolamento Consob.

In questo quadro giurisprudenziale è, però, intervenuta un'importante decisione della Corte d'Appello di Venezia, sulla quale le parti sono state invitate a discutere già in sede di precisazione delle conclusioni da parte di questa Corte (ancorchè ciò non emerga dal verbale dell'udienza) e che ha affrontato un tema differente da quello oggetto del presente giudizio ma che ha rilevanza indiretta ai fini di dare una corretta interpretazione della norma in questione.

In primo luogo si osserva che la posizione rigidamente formalistica seguita dalla Corte d'appello di Milano (la cui decisione risale all'ottobre 2007, ben prima, pertanto, dello scoppio "dell'emergenza derivati", circostanza che certamente ha avuto influenza sulla decisione della Corte milanese e che certamente avrà influenza sulle decisioni che verranno in futuro assunte dai giudici di merito ed anche, non se ne dubita, dalla Corte di Cassazione che verrà sicuramente chiamata a decidere anche la presente fattispecie, com'è assolutamente logico) secondo cui "il tenore letterale della norma e la differente disciplina prevista per le persone fisiche e le società e persone giuridiche non rientranti nella prima categoria porta ad escludere che anche per queste ultime il possesso dei requisiti di operatore qualificato debba essere documentato" non è neppure completamente seguita dal Tribunale di Milano (il cui orientamento è pure invocato dalla Banca) che, infatti, nella sentenza 15 ottobre 2008 (rinvenibile ne il caso.it, sez I giurisprudenza pag. 1413) non condivide l'orientamento di quel giudice d'appello specificando in

particolare che l'intermediario "in considerazione della rilevanza della dichiarazione prevista dall'ultima parte dell'art. 31, comma 2°, reg Consob doveva informare la controparte del significato della dichiarazione e delle sue conseguenze; l'intermediario dunque, perché possa dirsi che abbia rispettato i doveri di cui all'art. 21 co. 1 lett. a) tuf, doveri di carattere generale validi anche quando la sua controparte è un operatore qualificato, doveva prima di raccogliere la dichiarazione di cui all'art. 31 co. 2 ultima parte avvertire la cliente persona giuridica o società del significato della dichiarazione e delle conseguenze che da essa ne derivavano in termini di minore protezione quanto agli obblighi di informazione. E' evidente poi che l'intermediario doveva, in quel primo contatto con la cliente, avere la ragionevole certezza che la sua controparte avesse compreso l'avvertimento e la comunicazione data. Una volta che l'intermediario, in termini di assoluta trasparenza e correttezza avesse spiegato al cliente il significato, la portata della dichiarazione e la diminuzione di protezione che ne conseguiva (atteso che essa con la dichiarazione ammetteva di potere comprendere autonomamente la portata ed i rischi delle operazioni finanziarie richieste all'intermediario) non era tenuto a verificare l'effettiva sussistenza della conoscenza ed esperienza dichiarata, semprecchè non fosse del tutto evidente che la società o persona giuridica ignorava completamente il settore finanziario e quindi salvo sempre il dovere



dell'intermediario di tenere conto della conoscenza effettiva che aveva della controparte".

Il lungo stralcio della sentenza del Tribunale di Milano è stato riportato al fine di dimostrare, non solo, che l'orientamento invocato dalla Banca a sostegno della sua tesi è tutt'altro che monolitico ma soprattutto per evidenziare che esso è chiaramente in evoluzione anche (e forse, soprattutto) in relazione all'emergenza di casi nei quali, in modo eclatante, le operazioni finanziarie più speculative sono state proposte a clienti che non erano in grado affatto di valutare la complessità dei contratti che pure venivano loro proposti.

Ciò posto, ritiene la Corte che la questione debba muovere da una corretta, obiettiva (e non funzionale ad interessi settoriali) interpretazione del più volte richiamato art. 31 del regolamento Consob (all'epoca vigente) per il quale, come unanimemente ritenuto, si prevedevano tre diverse categorie di operatori qualificati: la prima composta da soggetti che professionalmente operavano nel settore finanziario; la seconda da persone fisiche che documentavano il possesso dei requisiti di professionalità previsti per i soggetti che svolgono funzione di amministrazione; la terza composta dalle società e persone giuridiche (anche pubbliche) in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante.



Bisogna notare che la norma regolamentare non era ben costruita (come, invece, è l'odierno regolamento) perché non separava nettamente le tre categorie, avendo collocato dopo le persone fisiche (rientranti nella seconda categoria di soggetti), le fondazioni bancarie (rientranti certamente nella prima delle categorie prima indicate); tuttavia tale imprecisione "costruttiva" non sembra particolarmente significativa apparendo sufficientemente chiaro che la disposizione dell'art. 31 reg. Consob regolava tre, e solo tre, diverse categorie di operatori.

Alle tre categorie, come prima individuate, corrispondevano tre diversi livelli di protezione; per gli operatori finanziari (quelli più propriamente professionali) la norma regolamentare non predisponeva strumenti di tutela endogena; ciò era certamente logico poiché la garanzia era data proprio e soltanto dalla loro stessa natura. Eppure non è affatto privo di significato notare che tale categoria era prevista come composta da soggetti facilmente identificabili come "professionali"; si trattava, infatti, di soggetti "certificati" come professionali perché tutti iscritti a vario titolo in albi professionali o facilmente identificabili per avere strumenti finanziari quotati (intermediari autorizzati, società di gestione del risparmio, Sicav, fondi pensione, assicurazioni, società straniere omologabili ai soggetti prima indicati, società emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, società iscritte negli elenchi previsti dalla legge bancaria, fondazioni bancarie).

Il soggetto bancario che contrattava con tali soggetti non doveva far altro che constatare (in modo agevolissimo) l'appartenenza dei soggetti ad uno delle categorie professionali indicate.

Alla seconda categoria corrispondeva il più alto livello di protezione; le persone fisiche per potere essere considerate operatori qualificati dovevano "documentare il possesso dei requisiti di professionalità previsti per l'assunzione di funzioni di amministratore di società di intermediazione finanziaria"; in altre parole le persone fisiche dovevano fornire alle banche le prove del possesso dei requisiti indicati nel d.m. 11 novembre 1998 n. 468 e, quindi, fondamentalmente la maturazione di una esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l'esercizio di attività di amministrazione o di controllo presso imprese; attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo; attività d'insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche; svolgimento di funzioni amministrative o dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo.

Alla terza categoria (quella che più interessa la presente fattispecie) corrispondeva un livello intermedio di garanzia; non quello minimo degli operatori professionali; non quello massimo delle persone fisiche.



Il legislatore regolamentare aveva previsto, infatti, per le società e persone giuridiche, come per tutti gli altri operatori, il possesso di una specifica competenza, competenza che, non potendo essere desunta dall'iscrizione a particolari albi professionali (o per essere emittenti di strumenti finanziari in mercati regolamentati), doveva essere "dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Se si accedesse alla tesi propugnata dalla Banca (e dalla Corte d'appello di Milano, ma non dal Tribunale di Milano, nei suoi più recenti pronunciamenti) per cui sarebbe bastata la sola generica dichiarazione della parte "di rientrare nella categoria degli operatori professionali" perché avente una "specificità competenza ed esperienza" (come si esprime, letteralmente la dichiarazione del Brugnara, come prima riportata) si otterrebbe l'inaccettabile conseguenza che la categoria collocata a livello intermedio di protezione, come prima individuata, avrebbe goduto di una tutela addirittura inferiore a quella degli stessi operatori "tecnici" il cui possesso di esperienza era comprovato in via esterna ed obiettiva dalla loro iscrizione in albi professionali tenuti da soggetti pubblici chiamati anche a verificare la sussistenza dei parametri di iscrizione, mentre per tali soggetti la qualifica sarebbe risultata solo da una mera dichiarazione autonoma.

In altre parole, accedendo alla tesi della banca sarebbe bastato per essi quell'autodichiarazione che non sarebbe stata sufficiente neppure per i soggetti "apertamente professionali" che erano considerati tali non perché così autodichiaratisi ma perché

fondamentalmente le loro qualificazioni emergevano da tutto il complesso della loro attività tanto da essere tutti identificabili in base all'iscrizione in speciali albi (ovvero per essere emittenti di strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati).

E', però, vero che il livello di protezione delle società e delle persone giuridiche doveva essere inferiore rispetto a quella delle persone fisiche che dovevano "documentare il possesso dei requisiti per essere amministratori di sim".

Nel senso indicato dalla norma, il documentare non era ovviamente fine a se stesso ma per provare, per consentire all'intermediario di effettuare valutazioni sui documenti proposti; e ciò significa che da un lato le persone fisiche dovevano produrre alle banche la documentazione comprovante il possesso dei requisiti e dall'altro le banche avevano l'obbligo di valutare che la documentazione loro fornita fosse idonea ad accertare l'idoneità astratta dei loro clienti ad assumere le funzioni di amministratore di Sim.

IL CASO.it

Il livello di protezione delle società si doveva collocare, quindi, ad un livello intermedio: non era necessario che la parte documentasse, cioè provasse qualcosa, ma era necessario, però, che dichiarasse non la propria competenza (che costituisce il risultato finale del giudizio), ma le proprie esperienze in misura idonea a ritenere di essere in grado di comprendere la complessità dei contratti che si venivano a proporre in ragione della esperienza dichiarata.

La banca, quindi, non doveva accertare la veridicità del "curriculum" esposto dal cliente né preoccuparsi di acquisire la documentazione comprovante le dichiarazioni della parte; doveva, però, accertarsi che il cliente dichiarasse delle esperienze che la banca stessa avesse potuto assumere (con un giudizio di ragionevolezza) come sufficienti per comprendere la straordinaria complessità dei contratti che proponeva. Solo così, infatti, poteva essere interpretato il dato letterale della disposizione che considerava operatori qualificati "le società in possesso di una specifica competenza ed esperienza...espresamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Si può evidentemente criticare il fatto che il legislatore abbia usato il singolare "dichiarata" con riferimento ai sostantivi femminili "competenza ed esperienza" dovendo semmai essere utilizzato il plurale femminile "dichiarate"; ma l'improprietà linguistica è significativa proprio della volontà del legislatore di collegare la dichiarazione all'elencazione degli elementi da cui desumere "l'esperienza". Dichiarare l'esperienza significava indicare i fatti da cui poteva desumersi l'esperienza e non auto esprimere il risultato di un giudizio (tanto più se basato su fatti neppure dichiarati).

Si ribadisce ancora una volta che aderire alla tesi della difesa della Banca significa puramente e semplicemente azzerare il livello di protezione di soggetti che nella scala prevista dal legislatore avevano, però, un grado di protezione intermedio.

Si tratta di una posizione espressamente fatta propria da una parte della giurisprudenza di merito, non solo Trib. Novara 18 gennaio 2007 (in *Le Società* 2008,6,755), ma anche e soprattutto dalla Corte d'Appello di Venezia 16 luglio 2008 (in *Il Corriere del Merito*, 2008,12,1261) che ha deciso una questione differente rispetto a quella oggetto del presente giudizio, ma comunque assai rilevante.

Premesso che il tentativo di sminuire la portata dell'indicata decisione della Corte d'appello di Venezia proposto dalla difesa della Banca in comparsa conclusionale appare, sia detto senza alcuna nota polemica, espressione più di imbarazzo che di legittima non condivisione della statuizione, il vero significato della decisione della Corte d'appello sta tutto nel fatto che essa ha confermato la sanzione irrogata dalla Consob proprio all'Istituto di credito oggi appellato in ragione della "mancanza di verifica sulla dichiarazione di operatore qualificato resa dal cliente, rilevante ai sensi dell'art. 31 reg. Consob onde assicurare l'effettiva esperienza e competenza dello stesso e dunque la comprensione della complessa struttura delle operazioni proposte".

IL CASO.it

Il fatto che non fossero state attuate procedura di verifica non è stato, dunque, considerato fonte di responsabilità solo da parte di qualche autorità giudiziaria di merito (ancorchè ciò non sarebbe comunque irrilevante), ma dalla stessa Consob, ovvero esattamente dall'Autorità che il regolamento in questione ha emanato.

Si può criticare la scelta del legislatore di affidare il giudizio sulle violazioni delle norme regolamentari allo stesso soggetto che le norme regolamentari emana, ma tale scelta (ancorchè mitigata da normative dirette a tutelare l'indipendenza dei vari uffici interessati all'irrogazione delle sanzioni), è stata posta a tutela degli operatori finanziari e non certo a tutela dei soggetti che con gli operatori finanziari trattano; e ciò, costituisce ulteriore motivo per valutare con attenzione la sanzione irrogata nella specie e le sue motivazioni.

La rilevanza della decisione (come la banca e la sua difesa hanno in realtà perfettamente compreso) sta, pertanto, nel fatto che essa smentisce in modo assoluto l'interpretazione del regolamento data dalla Banca tanto da essere stata sanzionata dalla Consob (con deliberazione avallata dalla Corte d'appello chiamata a conoscere del controllo del procedimento sanzionatorio) la prassi di meramente recepire la dichiarazione stessa.

IL CASO.it

Anche la Consob nella sostanza ha fatto completamente propria la tesi che qui si propugna con forza e cioè che la dichiarazione non era autoreferenziale ma attestativa di esperienze che dovevano, poi, da parte della Banca essere ragionevolmente valutate al fine di accertare che tali esperienze fossero effettivamente in grado di far comprendere alla società la natura dei contratti che si andavano a stipulare.

E' facile sottolineare che la dichiarazione del ~~banca~~ (come sopra riportata nella sua interezza) non attestava alcuna esperienza; anzi esprimeva una valutazione giuridica (la natura professionale)

IL CASO.it

laddove, invece, la dichiarazione doveva avere per oggetto solo la comunicazione delle esperienze al fine di consentire alla Banca di avere la certezza di avere a che fare con un soggetto professionale ai sensi e per gli effetti dell'art. 31.

IL CASO.it

Le considerazioni che precedono, che se non ci si inganna, trovano fondamento in una rigorosa esegesi delle disposizioni di legge, determinano l'effetto che ai contratti si dovevano applicare le norme ordinarie e non quelle speciali previste per gli operatori professionali. E tra queste proprio quella dell'art. 30 del TUF (in tema di contratti stipulati fuori sede che sono nulli se non viene indicata la facoltà di recesso nel contratto) espressamente e dichiaratamente invocata dalla Brugnara fin dal primo atto del giudizio (pag 16).

Che il contratto normativo sia stato stipulato fuori sede l'ha assunto la parte nell'atto di citazione (pag 15) ed avverso tale espressa indicazione la Banca ha assunto (pag. 28 e 29 della comparsa di risposta) soltanto la non applicabilità della normativa in ragione della natura professionale della ~~Brugnara~~. Se cade, però, per tutte le ragioni illustrate, la qualifica di operatore professionale, trova piena applicazione la sanzione della nullità prevista dall'art. 30 TUF.

IL CASO.it

E' doveroso ricordare che il d.lgs 2003/5 art 4. impone al convenuto di prendere "posizione sui fatti posti dall'altra parte a fondamento della domanda". Quindi la contestazione deve essere esplicita e netta; nella specie, non solo, la difesa della parte è stata sicuramente inconciliabile con la volontà di contestare il fatto, ma anche in atto di

comparsa di risposta d'appello (dopo che nell'atto introduttivo si era ribadito tale motivo di nullità) si è, solo, contestato che il primo giudice avesse preso atto della sottoscrizione fuori dai locali del contratto quadro ma non del fatto che il contratto quadro fosse stato stipulato fuori dalla sede della Banca.

Sebbene le osservazioni che precedono esimerebbero la Corte dall'affrontare l'appello incidentale proposto dalla Banca ritiene questo giudice necessario affrontare alcuni aspetti dell'appello incidentale stesso.

IL CASO.it

Esso ruota nella sostanza nel fatto di ritenere che la mancata indicazione (con una sola crocetta, si badi), nel contratto quadro del 4 ottobre 2000 della categoria entro la quale la Brugnara sas doveva ricomprendersi per essere considerato operatore professionale non costituirebbe motivo da cui inferire la violazione delle disposizioni del testo unico della finanza poiché la sola categoria possibile nella quale la Brugnara avrebbe potuto rientrare sarebbe stata quella delle società aventi una specifica competenza.

Come si vede la banca intende ancora una volta porre nel nulla lo stesso significato della disposizione di legge. Il ragionamento della banca è nella sostanza il seguente: siccome la società cliente ha stipulato un contratto quadro relativo a swap, vuol dire che la stessa ha l'esperienza per stipularlo. Ma la legge pretende esattamente il contrario; solo se la società ha dichiarato esperienze tali da poterla

fare ritenere "operatore professionale" può stipulare un contratto di swap.

Ma non si può poi non stigmatizzare con la massima forza il fatto che la Banca, ancora oggi, ritenga che l'assunzione di rischi specialissimi possa avvenire con la semplice apposizione di una crocetta su un modulo prestampato senza alcuna altra valutazione dell'effettiva natura del cliente. Si tratta di un modo di operare che pone il cliente in una posizione di totale soggezione rispetto alla banca (o meglio ai suoi funzionari spesso incentivati ad operare così per esclusive ragioni di carriera personale).

IL CASO.it

Ma le considerazioni che precedono non sono affatto funzionali a valutazioni di carattere morale; esse sono funzionali rispetto a valutazioni di carattere esclusivamente giuridico.

La Brugnara non ha stipulato tre diversi contratti di swaps ciascuno indipendentemente dall'altro; in realtà è successo che il secondo contratto di swap è stato stipulato per risolvere consensualmente il primo contratto che aveva avuto esiti assai negativi per la Brugnara ed il terzo per risolvere consensualmente il secondo contratto di swap che aveva avuto esiti ancora negativi.

Di ciò v'è prova nella consulenza tecnica.

Infatti il primo dei contratti di swap (quello del 4 ottobre 2000 per il quale il ~~Brugnara~~ non aveva effettuato alcuna dichiarazione di "esperienza pregressa, neppure sotto forma di crocetta su uno spazio apposito) aveva generato per la società appellante alla data del 4



dicembre 2002 rilevanti perdite e che per "uscire dal contratto" erano state chieste alla società euro 62.500.

A tale data, per potere evitare il pagamento dell'indicata somma, si è prevista la stipula di un altro contratto (extra swap del 4 dicembre 2002, quello per il quale la dichiarazione di "esperienza" v'è stata ma nei termini che in precedenza la Corte ha stimato insufficienti) che prevedeva un "up front", un incasso in altre parole, di 62.500 euro idoneo a compensare esattamente l'onere del recesso che, infatti, non fu pagato dalla ~~Bank~~ perché compensato con l'up front indicato.

Ma le condizioni per addivenire alla stipula di tale contratto (il cui up front si noti è determinato in modo tanto oscuro che il consulente tecnico non ha fornito sul punto alcuna specificazione per cui il ctu si è limitato a dire che "il valore del up front risulta pari a quanto determinato dalla banca, sulla base di valutazioni che risultano soggetti a verifica da parte dell'autorità di vigilanza") erano assolutamente onerose (soprattutto nella componente generatrice di liquidazione periodica).

Il valore dell'up front, infatti, è tanto più alto quanto più negativo è il valore del contratto per il cliente; l'up front in sostanza costituisce un pagamento immediato a favore del cliente in ragione dell'accettazione di un rischio maggiore perché tale up front rappresenta il pagamento del costo implicito del contratto.

Ebbene per il secondo contratto, l'up front è stato determinato dalle perdite del primo contratto stipulato secondo le del tutto irregolari (ed anche fonte di nullità) modalità prima illustrate.

Il tasso parametro cliente (per le liquidazioni periodiche), per questo secondo contratto, era stato fissato in modo tale che la ~~Brugnara~~ avrebbe dovuto pagare alla Banca, ogni tre mesi somme, tutte le volte in cui l'euribor a tre mesi fosse stato inferiore al 7%.

Il tasso euribor a tre mesi alla data di stipula del secondo contratto era al 3% in costante calo dal dicembre 2000; mai nella sua serie storica l'euribor si è avvicinato alla soglia del 7% neppure nei mesi scorsi nei quali, com'è noto per effetto della crisi finanziaria, v'è stata una impennata del tasso euribor (a tre mesi) che l'ha portato fino alla soglia del 5,23% ad ottobre 2008.

IL CASO.it

Il secondo contratto, come emergente dalla consulenza tecnica, poi, prevedeva la liquidazione di un importo finale commisurato al superamento di una determinata soglia tra i tassi euribor e quelli trentennali; nella sostanza il cliente avrebbe incassato alla scadenza del rapporto una somma se la differenza fosse stata superiore all'1,30% mentre avrebbe pagato una somma alla banca se la differenza fosse stata inferiore a tale soglia.

In base alla determinazione del ctu (che ha risposto ad un esplicito quesito della Corte) se il contratto fosse andato a scadenza, essendosi la soglia media dell'ultimo anno di vita del contratto concretamente attestata allo 0,538% (oggi che conosciamo tali dati), la Brugnara

avrebbe dovuto pagare alla banca (oltre tutte le altre cifre periodicamente liquidabili in base agli indicati termini contrattuali) un ulteriore importo pari a circa 55 mila euro (vedi tabella allegata alla ctu).

Sul punto bisogna doverosamente osservare che il dato effettivo non è, però, idoneo a fondare un giudizio certo come, invece, è possibile per il parametro collegato per l'euribor perché, come evidenziato dal ctu, la differenza tra euribor e tasso trentennale è stata, invece, quasi sempre superiore al livello dell' 1,30%.

In realtà proprio il fatto che la previsione del contratto avrebbe (di fatto) comportato un'ulteriore (e significativa) perdita per la Brugnara (anche per la componente liquidazione finale), sebbene tale previsione non potesse affatto ritenersi facilmente ipotizzabile alla luce delle serie storiche dell'andamento dei differenziali di tassi, dimostra, ad avviso della Corte in modo piuttosto sicuro, come la Banca potesse fare affidamento su interpretazioni dei mercati straordinariamente più sofisticate di quelle a disposizione, non solo, di clienti sprovveduti, ma anche, di clienti assai sofisticati ma aventi a disposizione strumenti conoscitivi comunque non paragonabili a quelli degli operatori finanziari professionali (ed a prescindere dal fatto che il ctu ha tratto alcuni suoi dati, dai quali desumere che il differenziale tra tassi a breve ed a lunga scadenza, prevedibile alla stipula del contratto, sarebbe stato superiore all'1,30% e conseguentemente avrebbe portato una corresponsione di somme a

favore del cliente, dagli studi della Lehmann Brothers, banca d'affari americana ben nota alle cronache non certo per il suo successo).

Ma dopo la risoluzione del secondo contratto che ha previsto il pagamento per la ~~Frangona~~ di un importo di euro 32.000 determinato senza alcun motivo apparente (perché della determinazione di questo costo non sono stati neppure genericamente indicati i criteri) è stato stipulato un terzo contratto che ancora una volta ha previsto un "up front" appunto (e non casualmente) di 32.000 euro.

IL CASO.it

Il consulente ha accertato, per quest'ultimo contratto, che si sono sempre verificate le condizioni contrattuali che determinavano il pagamento trimestrale da parte del cliente di somme anche ingenti dell'ordine di euro 2.000 per ogni trimestre.

Dunque com'è storicamente ed indiscutibilmente emerso i tre contratti avevano uno stretto collegamento essendo la ragione della stipula del secondo ravvisabile esclusivamente nella risoluzione consensuale del primo e la stipula del terzo fondato solo sulla risoluzione consensuale del secondo.

Ciò determina la necessità di valutare le tre fattispecie negoziali non già separatamente ma sempre unitariamente poiché nella sostanza il rapporto è stato unico ancorchè sviluppatosi in fasi diverse (e con condizioni per la ~~Frangona~~ progressivamente peggiori).

Ne deriva che le vicende relative alla stipula del secondo e del terzo contratto (di cui ai capitoli di prova richiesti) non rilevano in modo

autonomo poiché le vicende contrattuali successive sono soltanto lo sviluppo della prima.

IL CASO.it

Da ciò l'irrilevanza delle prove dirette a dimostrare come all'appellante fossero state illustrate le clausole dei contratti di swap stipulati successivamente al primo poiché la vicenda deve essere esaminata anche e soprattutto con riferimento al primo dei contratti su derivati stipulati (ed al primo dei contratti quadro) dei quali gli altri due costituiscono non autonomo sviluppo ma diretta ed immediata conseguenza. Se cade il primo per nullità derivante dalla violazione dell'art. 30 tuf (atteso che la stipula del contratto fuori sede emerge perfino dalla narrativa di cui alla comparsa di risposta alla pag. 3 e dalla mancata previsione della clausola di recesso a discrezione) cadono necessariamente anche gli altri (per effetto dell'intrinseco collegamento negoziale, v. Cass 21 luglio 2004 n. 13580, stante l'evidente nesso teleologico tra i negozi stessi per essere la cessazione del precedente dipendente strettamente dalla stipula del successivo) perfino se non vi fosse per essi (come pure vi è) autonoma ipotesi di nullità.

IL CASO.it

Per effetto della nullità devono essere restituite alla società Brugnara le ulteriori somme versate in adempimento dei contratti non dichiarati nulli dal Tribunale di Trento e che invece, per tutte le considerazioni che precedono devono essere dichiarati nulli.

Va sottolineato per completezza che nella specie non trova applicazione la nota giurisprudenza (che questa Corte condivide

totalmente e convintamente) della Corte di Cassazione sugli effetti della violazione delle norme del testo unico (e dei regolamenti Consob) poiché la nullità non è dichiarata in via virtuale ma solo e perché imposta, dichiaratamente ed apertamente, dall'art. 30 co. 7° del Testo unico della Finanza. Quindi la dichiarazione di nullità dipende strettamente dalla mera applicazione della legge che prevede proprio la nullità come sanzione per il fatto che il contratto stipulato fuori sede non sia stata prevista la possibilità di recesso.

La somma esposta in atto di citazione d'appello, come pagata per effetto dei contratti dichiarati nulli, non è stata oggetto di alcuna contestazione espressa o tacita della banca nella comparsa di risposta in grado d'appello (come doveroso stante l'applicazione delle già richiamate norme sul processo societario e più in generale sull'efficacia della non contestazione dei fatti posti a fondamento della domanda). Ne consegue che la Unicredit Banca d'Impresa deve restituire l'importo di euro 50.545,19 oltre gli interessi di legge dalla data di incasso delle singole somme liquidate in esecuzione dei contratti dichiarati nulli.

IL CASO.it

In primo luogo la restituzione trova fondamento nelle norme sull'indebitato per effetto delle quali le somme percepite in adempimento di un contratto nullo devono essere restituite.

Quanto alla decorrenza degli interessi si deve condividere la richiesta dell'appellante di far decorrere gli interessi dalle singole date di percezione e non dalla domanda giudiziale; a prescindere che talune

somme sono state versate dopo la domanda giudiziale, si osserva che la Banca deve considerarsi in mala fede.

Sull'intermediario spetta espressamente un onere di comportarsi in applicazione rigorosa delle norme di legge e l'iniziativa del primo contratto è stata della Banca (come emergente dalla narrativa dell'atto di costituzione e risposta di primo grado) che ha proposto condizioni economiche assolutamente penalizzanti per la Brugnara.

Si ricorda che già il primo contratto prevedeva un tasso cliente dopo il primo anno del 5,55% (livello mai raggiunto dall'euribor e del 6,15% dopo il secondo anno).

IL CASO.it

Molto la Banca ha enfatizzato la circostanza che i tassi di interesse si prevedeva fossero destinati a salire.

Ad avviso della Corte si dimentica che il contratto è stato stipulato dopo l'ingresso dell'Italia nell'euro e quindi quando l'aspettativa era semmai esattamente quella della discesa dei tassi (come poi si è verificata). Osserva altresì la Corte, ovviamente con il senno di poi, ma sol perché questa Corte oggi decide su fatti passati, che è davvero singolare che tutte le previsioni che portavano a risultati favorevoli alla Banca si sono avverate e tutte le previsioni che portavano a risultati negativi per il cliente si sono avverate; persino quelle (difficilmente ipotizzabili, se ne conviene, all'atto della stipula del secondo contratto) che riguardavano il differenziale tra tassi di interesse a breve e lunga scadenza. Ad avviso della Corte, la mala fede, in questo caso deve essere anche desunta dal fatto che vi era una

tale differenza tra il livello di cognizioni tecniche tra la banca (che aveva dietro di sé, puramente e semplicemente, uffici studi di altissimo livello ed informazioni planetarie) ed un cliente (che operava nel settore delle paste alimentari in una realtà al più regionale) che rendeva il cliente alla mercè della banca. La banca ha operato, va detto con molta chiarezza, avendo tutte le informazioni necessarie mentre nessuna delle informazioni in possesso alla banca è stata comunicata al cliente. Si noti che spiegare il contratto, come si assume essere avvenuto (vedasi i capitoli di prova con riferimento peraltro al secondo contratto) non è comunicare le informazioni di cui si è in possesso ma semplicemente spiegare il meccanismo operativo del contratto.

IL CASO.it

Inoltre la mancanza della dichiarazione (non solo idonea, per il primo contratto, ma proprio la sua assoluta mancanza) era chiarissima e gli altri contratti sono conseguenza diretta ed immediata della chiusura del primo. La stipula dei contratti successivi non elimina gli effetti della malafede che la banca aveva già manifestato all'atto della stipula del primo contratto ma, anzi, vi trova conferma tanto più che le condizioni proposte, come già indicato, erano assai penalizzanti e frutto di un evidente e perfettamente voluto (ed anche scontato dalla Banca) deficit informativo della Brugnara.

Manca, invece, la prova che la ~~Brugnara~~ abbia subito una perdita patrimoniale in considerazione della stipula dei contratti nulli diversa

e superiore a quella compensata dalla restituzione delle somme come prima disposte.

Infatti la società appellante collega tale danno agli interessi pagati sulle somme prelevate dai suoi conti correnti che assume affidati (e nemmeno sugli interessi pagati sul mutuo).

Com'è evidente, non è rilevante che i conti dai quali sarebbero state prelevate le somme fossero affidati ma solo che sui conti si siano stati pagati concretamente interessi per effetto del prelievo delle somme; di ciò, però, non v'è nessuna prova e la sola dichiarazione non contrastata non è sufficiente poiché il fatto allegato è del tutto generico.

IL CASO.it

V'è poi un'altra ragione che esclude la possibilità di riconoscere il chiesto risarcimento dei danni. Se la Brugnara ha pagato interessi, essi hanno costituito componenti negative del reddito d'impresa di quegli anni e quindi di fatto non v'è stato un effettivo danno per l'impresa (mancando ogni bilancio da cui desumere dati diversi).

Naturalmente per le ragioni che precedono deve essere accolta la domanda di decorrenza degli interessi sulle somme già riconosciute dal primo giudice dalle singole date di pagamento.

Alla soccombenza segue, infine, la condanna alla rifusione delle spese di lite liquidate come in dispositivo per entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

La Corte d'appello di Trento, definitivamente pronunciando in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Trento n. 927/06 del 23 settembre 2006;

dichiara

la nullità del contratto extra swap del 4 dicembre 2002 e del contratto sunrise swap del 26 giugno 2003;

condanna

la ~~Unicredit Banca d'Imprese~~ spa a restituire alla ~~Banca Imminente~~ sas l'importo di euro 50.545,19 oltre gli interessi di legge dalla data di incasso delle singole somme liquidate in esecuzione dei contratti dichiarati nulli nonché a pagare gli interessi legali sulle somme percepite in adempimento del contratto interest rate swap (già dichiarato nullo con la sentenza impugnata) dalla data di incasso delle singole somme;


condanna

la ~~Unicredit Banca d'Imprese~~ spa a rifondere le spese di lite liquidate per il primo grado in euro 11.873 di cui 1.500 per diritti, euro 10.000 per onorari ed euro 373 per spese ed per il secondo grado in euro 11.243 di cui euro 10.000 per onorari, euro 1.200 per diritti ed euro 43 per spese (oltre tutte quelle spese di consulenza tecnica) (oltre iva cpa e rimb. Spese generali)

Così deciso in Trento, 10 febbraio 2009

L'ESTENSORE

DR. FERNANDO PLATANIA



IL PRESIDENTE

DR. FLORINDO NUZZI



IL CANCELLIERE
(RENATO UDERZO)

Depositata in Cancelleria il 5 MAR. 2009

IL CANCELLIERE
(RENATO UDERZO)

PER COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE
Aut. 66 Let a) DPR 431/86
Tronto, N. 13 MAR. 2009
IL CANCELLIERE
(M. R. SALLUSTI)

