

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Verona
Sezione III Civile

Il Tribunale, in persona del Giudice Unico Massimo Vaccari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. omissis/2015 R.G. promossa da:

SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE

ATTRICE

Contro

BANCA

CONVENUTA

CONCLUSIONI

PARTE ATTRICE

Come da verbale di udienza del 9 febbraio 2017

PARTE CONVENUTA

Come da verbale di udienza del 9 febbraio 2017

MOTIVI DELLA DECISIONE

E' opportuno innanzitutto precisare che la domanda attorea è finalizzata a far accertare, ai fini restitutori di quanto indebitamente corrisposto, nonché agli ulteriori fini risarcitori descritti in atti, la nullità, per difetto di causa, di quattro contratti di swap che SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE aveva concluso tra il 18 luglio 2003 e il 25 gennaio 2006 con la convenuta.

L'attrice ha anche svolto domanda di annullamento per dolo dei medesimi contratti sulla base dell'assunto che l'istituto di credito le aveva fatto credere che essi servissero al mantenimento delle linee di credito delle quali essa aveva bisogno per continuare ad operare.

L'attrice infine ha addebitato all'istituto di credito convenuto, ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione svolta in via subordinata, con riguardo all'ultimo dei contratti conclusi (quello del 25 gennaio 2006), i seguenti comportamenti:

- la violazione dell'obbligo, previsto dall'art. 21 comma 2° T.U.F. e dall'art. 26, lett. f) reg. Consob, di assicurare ai propri clienti un equo trattamento, costi contenuti e il miglior risultato possibile;
- l'omesso avvertimento di essersi trovata in una situazione di conflitto di interessi, prima dell'effettuazione delle singole operazioni, derivante dalla circostanza che le stesse erano state tutte concluse dall'istituto di credito in contropartita diretta;
- la violazione dell'obbligo di cui all'art. 21, comma 1, t.u.f. e dell'art. 56 reg. Consob 11522/98 per non aver predisposto misure e procedure idonee ad evitare la rispondenza dei contratti per cui è causa alle esigenze dei clienti;
- l'inosservanza dell'obbligo derivante dall'art. 26, lett. e) reg. Consob n.11522/1998 per non aver acquisito una conoscenza degli strumenti finanziari proposti adeguata alla prestazione da fornire;

Sentenza, Tribunale di Verona, Giudice Massimo Vaccari, n. 1660 del 23 giugno 2017

- la violazione dell'art. 21, lett. a) del T.U.F per non aver operato con diligenza, correttezza e trasparenza e in modo che il proprio cliente fosse adeguatamente informato sulle caratteristiche dei contratti conclusi poiché la convenuta non le aveva comunicato né il mark to market delle operazioni offerte né il metodo di calcolo adottato per determinarlo;
- la violazione dell'art. 23, comma 2, T.U.F. poiché i contratti quadro succedutisi non avevano indicato i costi di estinzione anticipata dei contratti di swap;
- la violazione dell'art. 32, comma 5 reg. Consob per non aver preventivamente comunicato all'investitore il prezzo di vendita dei prodotti finanziari;
- la violazione degli artt. 28, comma 1, lett. b) e comma 2, 27 e 29 reg. Consob. per non aver fornito informazioni complete in ordine agli effetti delle operazioni ed ai rischi che SOCIETA' IN LIQUIDAZIONE avrebbe assunto, per aver proposto dei prodotti incompatibili rispetto agli obiettivi e alle caratteristiche dell'attrice, per non aver consegnato il documento sui rischi generali degli strumenti finanziari, per aver negoziato in situazione di conflitto di interessi.

BANCA, nel costituirsi ritualmente in giudizio, ha eccepito in via preliminare di merito la prescrizione delle domande subordinate di controparte, di annullamento e di risarcimento danni per responsabilità pre-contrattuale o contrattuale e, con riguardo al merito, 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 stato tenuto ad osservare le norme che prevedono 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.

Ciò detto con riguardo agli assunti delle parti in via preliminare va dichiarata inammissibile la domanda di risoluzione dell'unico dei contratti per cui è causa che era ancora in essere al momento dell'inizio del giudizio atteso che esso nel frattempo è giunto alla sua naturale scadenza ed ha quindi perso efficacia.

Ad identica conclusione deve pervenirsi con riguardo alla domanda di nullità (trattasi di domanda di accertamento a differenza di quella di risoluzione) dei contratti per pretesa mancata indicazione dell'oggetto.

Essa, infatti è stata formulata per la prima volta con la memoria ex art. 183 VI, comma n. 1, c.p.c. e inoltre si fonda su una prospettazione, in punto di fatto, che è in palese contraddizione con quella svolta fino a quel momento dall'attrice.

Infatti in atto di citazione SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE aveva sostenuto che quel dato rientrava nel corredo di informazioni che la convenuta avrebbe dovuto fornirle, postulando quindi che esso costituisse l'esplicitazione delle perdite potenziali delle operazioni concluse (pagg. 23 e 24 dell'atto di citazione).

Con la memoria succitata invece l'attrice ha prospettato che il mark to market costituisse l'oggetto dei singoli contratti di swap, senza nemmeno spiegare come tale assunto potesse conciliarsi con il precedente secondo il quale il dato costituiva, in linea con le nozioni di diritto finanziario, il corrispettivo del valore negativo del derivato, ovvero la perdita potenziale che lo strumento finanziario presenta nel momento della sua rinegoziazione.

Venendo al merito le domande attoree sono tutte infondate e vanno pertanto rigettate.

Sentenza, Tribunale di Verona, Giudice Massimo Vaccari, n. 1660 del 23 giugno 2017

Quanto alla domanda di nullità dei contratti per difetto di causa tale conclusione discende dalla considerazione che, come ripetutamente affermato sia in dottrina che in giurisprudenza, la causa tipica dello swap è costituita dallo scambio di flussi finanziari in base alla variazione dei tassi, mentre lo scambio reciproco dei rischi commerciali (che è soltanto la conseguenza della variazione predetta) è elemento esterno al negozio e ne connota la natura tendenzialmente aleatoria ed economicamente incerta per le parti contraenti. La mancanza di alea bilaterale, pertanto, non potrebbe neanche astrattamente determinare la nullità negoziale per difetto di causa.

Quanto alla domanda di annullamento meritano invece di essere condivisi i puntuali rilievi di grave contraddittorietà della esposizione in fatto sulla quale essa si fonda, che la convenuta ha svolto in comparsa di costituzione e risposta.

L'assunto peraltro presupponeva che, al momento della conclusione dei singoli contratti di swap, l'attrice avesse avuto degli affidamenti in scadenza e che essi le furono rinnovati dopo che aveva stipulato i contratti di swap mentre nessuna prova, necessariamente documentale, è stata fornita sul punto, con conseguente totale irrilevanza dei capitoli di prova di cui l'attrice ha chiesto l'ammissione (capitoli nn. 8,9, 12-14), i quali peraltro non precisano nemmeno quali sarebbero stati gli affidamenti in questione.

Si tratta ora di esaminare gli assunti dell'attrice relativi al preteso mancato assolvimento da parte dei funzionari della convenuta degli obblighi comportamentali.

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. l'autonoma dichiarazione prodotta sub 5 e le premesse dei contratti normativi prodotti sub 1 e 13 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

Sentenza, Tribunale di Verona, Giudice Massimo Vaccari, n. 1660 del 23 giugno 2017

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 principii sopra citati, ha fornito, plurimi elementi oggettivi a pieno conforto delle dichiarazioni sottoscritte dalla SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE.

In particolare già in comparsa di risposta ha allegato e documentato delle precise circostanze di fatto, peraltro mai contestate dall'attrice, che risulta sufficientemente indicativa della esperienza di questa nelle operazioni in strumenti derivati. BANCA ha infatti precisato che, già prima di concludere le operazioni per cui è causa la SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE, aveva concluso altre due operazioni in strumenti derivati, che sono state parimenti impugnate davanti a questo Tribunale con esito sfavorevole per l'attrice (cfr. sentenza del 13 maggio 2016 prodotta dalla 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 SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE deve aver acquisito una sempre maggiore consapevolezza del meccanismi operativi di tale tipologia di contratti.

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 BANCA, conseguente al valore negativo dei derivati.

Ad avviso di questo giudice poi 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.

Quanto poi all'ulteriore assunto dell'attrice secondo il quale la convenuta avrebbe taciuto i costi derivanti a suo carico dai contratti per cui è causa esso, sebbene alquanto generico, pare riferirsi innanzitutto alle c.d. commissioni implicite.

Orbene, per comprendere esattamente il significato di tale espressione è opportuno illustrare sinteticamente le modalità operative tipiche della conclusione dei contratti di swap.

Sentenza, Tribunale di Verona, Giudice Massimo Vaccari, n. 1660 del 23 giugno 2017

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, in coerenza con le caratteristiche proprie dei contratti di swap sopra illustrate, che 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 della sua essenzialità.

Peraltro con riguardo al *mark to market*, come opportunamente evidenziato dalla convenuta, al momento della estinzione anticipata del secondo contratto era stato esplicitato che esso aveva comportato una "perdita"; che il corrispondente importo sarebbe stato accreditato dalla Banca a SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE per compensare tale perdita; che il valore della Nuova Operazione (cioè dell'Inflazione swap) sarebbe risultato perciò inizialmente negativo e che tale "valore" nel corso dell'operazione "avrebbe potuto variare in aumento o diminuzione" e quindi la perdita aumentare.

Infine, a prescindere dalle considerazioni sin qui esposte, deve evidenziarsi come con riguardo alla domanda di condanna restitutoria e risarcitoria della somma di euro 20.703,00 la attrice non abbia dimostrato di aver effettuato pagamenti di tale importo alla convenuta.

Venendo alla regolamentazione delle spese di lite esse vanno poste a carico dell'attrice in applicazione del principio della soccombenza.

Sentenza, Tribunale di Verona, Giudice Massimo Vaccari, n. 1660 del 23 giugno 2017

Alla liquidazione delle somme spettanti a titolo di compenso si procede come in dispositivo sulla base del d.m. 55/2014 ritenendo la controversia di valore indeterminato avuto riguardo alla domanda subordinata avanzata dall'attrice con la conseguenza che è errata la diversa valutazione che la difesa attorea ha formulato al riguardo al fine della determinazione del contributo unificato.

In particolare il compenso per le fasi di studio ed introduttiva può essere determinato assumendo a riferimento i corrispondenti valori medi di liquidazione previsti dal succitato regolamento mentre quello per la fase istruttoria e per la fase decisionale va quantificato in una somma pari ai corrispondenti valori medi di liquidazione, ridotti del 50 %, alla luce della considerazione che la prima è consistita nel solo deposito delle memorie ex art. 183 VI comma c.p.c. e nella partecipazione a due udienze mentre nella fase decisionale le parti hanno ripreso le medesime argomentazioni che avevano già svolto in precedenza, in difetto di risultanze istruttorie.

Sull'importo riconosciuto a titolo di compenso alla convenuta opposta spetta anche il rimborso delle spese generali nella misura massima consentita del 15 % della somma sopra indicata.

P.Q.M.

Il Giudice unico del Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando ogni diversa ragione ed eccezione disattesa e respinta, dichiara inammissibili le domande di quella di risoluzione del contratto del 25 gennaio 2006 e quelle di nullità dei contratti per cui è causa per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto avanzate dall'attrice;

rigetta tutte le altre domande di parte attrice e condanna la stessa a rifondere alla convenuta le spese del presente giudizio, che liquida nella somma di euro 8.705,00, oltre rimborso spese generali nella misura del 15 % del compenso, Iva, se dovuta, e Cpa.

Verona 23/06/2017

il Giudice
Dott. Massimo Vaccari

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*