

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Venezia, prima sezione civile, in composizione monocratica nella persona della dott.ssa Gabriella Zanon, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 9516/2009 R.G. promossa

DA

ALFA SPA

- ATTRICE -

CONTRO

BANCA

- CONVENUTA -

C.L. e M.L.

- CONVENUTI -

OGGETTO: Intermediazione mobiliare

CONCLUSIONI

Come da fogli allegati al verbale dell'udienza 27 febbraio 2013

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

ALFA SPA

ha convenuto in giudizio BANCA

ed i suoi dipendenti C.L. e M.M.

chiedendo pronuncia di

accertamento

- della nullità dei contratti quadro del 12.12.2002 e del 2.1.2003 e di tutte le operazioni poste in essere in esecuzione dei medesimi, per mancanza della forma scritta prevista dall'art.23 T.U.F., con conseguente condanna della banca alla restituzione di euro 300.671,05 già pagati a titolo di flussi negativi sulle operazioni di *swap* fino al 30.9.2009 nonché alla restituzione delle eventuali ulteriori somme che essa attrice fosse chiamata a versare nelle more del giudizio, oltre agli interessi moratori ed al maggior danno;
 - che ALFA SPA non era tenuta a versare quanto ancora sarebbe dovuto a titolo di pagamento per i flussi trimestrali sullo Interest Rate Swap ancora in essere;
 - della nullità dell'operazione di Extra Swap del 12.12.2002 per mancanza del contratto quadro ex art.23 T.U.F. e 30 Reg. Consob n.11522/98, non essendo tale operazione posta in essere in esecuzione al contratto quadro del 12.12.2002, in quanto estranea alla causa ed all'oggetto di questo, con conseguente condanna della banca alla restituzione delle somme addebitate a
- ALFA SPA in relazione a detta operazione, pari ad euro 110.000,00, od alla somma maggiore o minore accertata in corso di causa, oltre agli interessi moratori ed al maggior danno, ex art.1224 c.c.;
- dell'irrelevanza e/o inefficacia e/o inesistenza e/o invalidità della/e dichiarazione/i ex art.31, secondo comma, Reg. Consob n.11522/98





sottoscritta/e da essa attrice;

- della responsabilità precontrattuale della banca nonché dei suoi dipendenti C.L. e M.M. , per avere tenuto, nella fase che ha preceduto ed accompagnato la stipulazione degli accordi normativi e nella fase che ha preceduto ed accompagnato la stipulazione dei diversi contratti in strumenti finanziari derivati, un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede, con conseguente condanna della banca, in solido con i suoi dipendenti C. e M. , al risarcimento del danno, nella misura del maggior aggravio economico sopportato dalla società per effetto della sottoscrizione di contratti derivati che, se la banca ed i suoi dipendenti avessero tenuto un comportamento corretto, non sarebbero stati conclusi, danno pari complessivamente all'importo di euro 300.671,15 già addebitato in conto, oltre alle somme che saranno addebitate alle scadenze previste dal contratto di Interest Rate Swap ancora in essere, oltre agli interessi moratori ed al maggior danno ex art.1224 c.c.;
- in via alternativa o cumulativa, ma comunque senza duplicazione degli importi, l'inadempimento della banca e dei suoi dipendenti C. e M. alla disciplina in materia di prestazione di servizi di investimento (v. art.21 T.U.F., artt. 26, 27 secondo comma, 28, 29, 61 e 62 Reg. Consob. n.11522/98) con conseguente risoluzione dei contratti normativi e dei contratti di *swap* e condanna della banca e dei suoi dipendenti C. e M. al risarcimento di tutti i danni subiti:

Svolgeva inoltre domande in via subordinata volte ad ottenere declaratoria di nullità degli accordi normativi e dei contratti di *swap* per violazione degli artt.1322, 1325, 1343 e/o 1346 c.c. ed in ogni caso per contrarietà a norme imperative, con conseguente declaratoria di insussistenza di ogni pretesa della

Donnan



banca in relazione a tali contratti e condanna della banca stessa alla restituzione delle somme già versate e delle ulteriori somme che essa attrice fosse chiamata a versare nel corso del giudizio.

In via ulteriormente subordinata chiedeva l'annullamento degli accordi normativi e dei contratti di swap ex artt. 1427, 1428, 1429, 1439 c.c. con conseguente condanna della banca alle restituzioni ovvero, in via alternativa al risarcimento del danno ex art. 1440 c.c..

La banca convenuta, costituendosi in giudizio, ha preliminarmente eccepito l'incompetenza del Giudice adito in ragione della clausola compromissoria di cui all'art. 15 del 'Contratto normativo relativo ad operazioni di "Interest Rate Swap" con operatori qualificati' del 2.1.2003 (v. doc. 18 fascicolo parte convenuta) in base alla quale *"Ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti derivante dal presente contratto normativo o da ciascun contratto specifico, oppure ai medesimi inerente, verrà deferita ad un collegio di tre arbitri il quale giudicherà in via rituale procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. cod. proc. civ."*; in via preliminare subordinata la banca ha eccepito l'incompetenza dell'intestato Tribunale in ragione della clausola di deroga alla competenza di cui all'art. 13 del 'Contratto relativo ad operazioni su strumenti derivati interest rate swap, interest rate cap, interest rate floor, interest rate collar, forward rate agreement, swaption, opzioni su titoli e su indici' del 12.12.2002 (v. doc. 13 fascicolo di parte convenuta) che prevede la competenza esclusiva del foro di Verona per le controversie relative ad esso ed ai singoli contratti (in via subordinata limitatamente alla prima operazione di Extra Swap del 12.12.2002); in via ulteriormente subordinata ha eccepito l'incompetenza territoriale del Tribunale adito in favore del Tribunale di Verona, quale foro territorialmente competente secondo gli ordinari criteri di collegamento.





Nel merito, previa separazione della causa proposta nei confronti di ALFA SPA nei confronti della banca da quella proposta contro i dipendenti (C. e M.), ha chiesto il rigetto delle domande attoree.

La causa, istruita sulle prove per interrogatorio formale e testimoniali ammesse, è passata in decisione sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza del 27.2.2013.

Vanno (ri)esaminate le eccezioni di incompetenza del Giudice adito tempestivamente sollevate dalla banca convenuta in comparsa di costituzione e risposta, sopra illustrate, in quanto idonee a definire il giudizio.

Parte attrice ha contrastato le ridette eccezioni sulla base del rilievo che sia il contratto-quadro normativo del 2.1.2003 sia il contratto-quadro del 12.12.2002 difettano della sottoscrizione della banca predisponente.

Con ordinanza del 17.12.2010 si è ritenuta condivisibile quella giurisprudenza che ha precisato come la produzione in giudizio da parte della banca del contratto-quadro da essa non sottoscritto non possa valere come equipollente della sottoscrizione del contratto, richiesta dalla legge a pena di nullità, se il consenso prestato con la originaria sottoscrizione sia stato revocato prima della produzione, sicché l'eccezione di nullità del contratto quadro per mancata sottoscrizione della banca, proposta da parte attrice prima della produzione del contratto da parte della convenuta, deve essere intesa quale revoca implicita del consenso prestato (cfr. Cass. 17.10.2006 n.22223; Trib. Torino 29.9.2010 in www.ilcaso.it).

Conseguentemente, sulla base del rilievo che nel caso di specie la nullità dei contratti del 12.12.2002 e del 2.1.2003 e la conseguente nullità delle operazioni era stata eccepita da parte attrice sin dall'atto di citazione, le eccezioni di incompetenza sotto il duplice profilo sopra evidenziato (in forza della clausola compromissoria e della previsione pattizia di un foro esclusivo) non sono state

ritenute fondate.

Tale decisione interlocutoria va adesso rivista, alla luce del mutato orientamento di questo Giudice sul punto (v., in fattispecie analoga, sentenza Trib. Venezia n.2319/12 pubblicata il 7.12.2012).

Parte attrice assume la nullità dei contratti quadro in oggetto (dalla medesima prodotti sub doc.3 e doc.6) in quanto privi della sottoscrizione della banca; tali contratti andrebbero pertanto dichiarati nulli per mancanza della forma scritta prevista dall'art.23 T.U.F. a pena di nullità.

Ne discenderebbe che, *"mancando in radice il contratto quadro, devono ritenersi nulli tutti i contratti di swap specifici conclusi tra la BANCA e ALFA SPA, che ad essi fanno riferimento"* (v. pagg.26 e 27 atto di citazione)

Anche la banca ha prodotto i contratti quadro privi della propria sottoscrizione (v. docc. 13 e 18).

L'eccezione di nullità è infondata per i seguenti motivi.

Va in primo luogo rilevato che l'art. 23 D. Lgs. n.58/08 (T.U.F.) richiede la forma scritta del contratto per la negoziazione di valori mobiliari (*"I contratti relativi alla prestazione di servizio di investimento ... sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. ... Nei casi di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo."*).

Nel caso di specie ciò che manca è la prova della sottoscrizione, da parte della banca, dei contratti quadri in oggetto.

Va in proposito rilevato che trova senz'altro applicazione anche in materia di intermediazione mobiliare il consolidato orientamento della giurisprudenza in base al quale *"Ai fini della sussistenza del requisito della forma scritta nei contratti non occorre che la volontà negoziale sia manifestata dai contraenti"*



contestualmente e in un unico documento, dovendosi ritenere il contratto perfezionato anche qualora le sottoscrizioni siano contenute in documenti diversi, anche cronologicamente distinti, qualora, sulla base di una valutazione rimessa al giudice di merito, si accerti che il secondo documento è inscindibilmente collegato al primo, si da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo" (v. Cass. 13.2.2007 n.3088; Cass. 22.2.2000 n.1989; Cass. 22.5.1979 n.2952).

Nel caso di specie, tuttavia, non vi sono due, o più, documenti dai quali inferire in modo inequivocabile l'avvenuta conclusione dell'accordo, nei termini precisati dalla citata giurisprudenza (tutte le copie in atti recano infatti la sola sottoscrizione del cliente), mentre la rilevanza della produzione documentale delle convenute, nella prospettiva di considerare perfezionato il contratto mediante la sua produzione in causa al fine di farne valere gli effetti nei confronti dell'altro contraente è esclusa dalla circostanza che l'attrice ne ha eccepito la nullità in atto di citazione, con ciò revocando il consenso già prestato.

Con riguardo poi alla dichiarazione del legale rappresentante di ALFA SPA *"Vi confermiamo di aver ricevuto da Voi una lettera del seguente tenore, che riportiamo integralmente e sottoscriviamo per accettazione: "Vi preghiamo di confermarci la Vostra volontà di concludere con noi il seguente accordo normativo (di seguito "accordo") contenente la disciplina di futuri contratti specifici ...", va richiamata la costante giurisprudenza che, con riferimento ai contratti soggetti all'obbligo di forma scritta ad substantiam, ha precisato che "la manifestazione scritta della volontà di uno dei contraenti (la quale concorre alla formazione del negozio con efficacia pari alla volontà dell'altro) non può essere sostituita da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né – quand'anche*



contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto – come prova del medesimo.” (v. Cass. 18.6.2003 n.9887, Cass. 28.5.1997 n.4709).

Ad avviso di questo Giudice, ciò che assume rilievo al fine di ritenere validamente concluso il contratto quadro in oggetto è piuttosto la peculiare natura della nullità formale dei contratti per la prestazione dei servizi di investimento; tale nullità, a norma del terzo comma dell'art.23 T.U.F., *“può essere fatta valere solo dal cliente”*.

Non si è di fronte, pertanto, ad una “classica” nullità assoluta, eccepibile, a mente dell'art.1421 c.c., da chiunque vi abbia interesse e rilevabile anche d'ufficio dal Giudice. Si tratta, invece, di una nullità relativa, c.d. “di protezione”, in quanto volta, appunto, a “proteggere” il cliente dagli effetti a lui pregiudizievoli derivanti da un contratto privo di forma scritta, non in grado di garantire la funzione informativa propria di tale strumento.

La forma scritta nei contratti quadro per la prestazione di servizi di investimento, è stato osservato da recente giurisprudenza di merito, assolve alla funzione *“di dare certezza, nel preminente interesse del cliente, all'autorizzazione data alla banca a svolgere un determinato servizio di investimento e, altresì, del tipo di servizio di investimento che la banca si impegna ad offrire e delle informazioni di base sul servizio e sui suoi costi”* (v. Tribunale Novara 24.7.2012 n.569 in www.ilcaso.it).

Il contratto quadro, ancorché non redatto per iscritto, produce effetti se il cliente non agisce in giudizio per invalidarlo, mentre l'intermediario è vincolato dall'iniziativa del cliente.

Ed allora, alla luce della particolare natura di protezione della nullità in oggetto, a tutela di una forma scritta del contratto nell'esclusivo interesse del cliente (tant'è che la banca non può eccepirla), appare coerente ritenere che il requisito della



forma scritta sia assolto anche se il contratto risulta sottoscritto dalla sola parte protetta, ossia il cliente, considerato che la finalità perseguita dall'obbligo di forma scritta ex art.23 T.U.F. - rendere edotto l'investitore dei contenuti informativi prescritti - risulta raggiunto.

Il carattere documentale del contratto garantisce certezza in ordine al contenuto dello stesso, mentre la sottoscrizione dello stesso da parte del cliente garantisce che di quel contenuto il cliente stesso è stato reso edotto.

La sottoscrizione infatti, a rigori, non investe la forma, ma piuttosto, come autorevolmente osservato in dottrina (v. il riferimento a pag.4 della memoria di replica della banca) "lo strumento tecnico di imputazione di una volontà manifestata in forma certa".

Non è revocabile in dubbio che nel caso di specie, dove, appunto, ciò che difetta nelle copie dei contratti dimesse in atti è la sottoscrizione della banca, che la volontà manifestata in essi sia imputabile alla banca medesima che, sulla base della prospettazione della stessa parte attrice, ha predisposto i contratti in oggetto e vi ha dato esecuzione, senza neppure potersi dolere, giusta la previsione dell'art.23 T.U.F., del difetto della forma scritta.

Sicché, anche sulla base di tali considerazioni, il requisito di forma scritta previsto dalla norma citata a pena di nullità relativa è soddisfatto.

Vale infine osservare che gli atti esecutivi dei ridetti contratti (il riferimento è alle operazioni elencate da pag.7 a pag. 20 dell'atto di citazione), costituiscono poi evidente espressione dell'adesione del cliente ai contratti stessi, sicché non vi sono i presupposti per dichiararne la nullità.

Va ritenuta, per quanto sopra esposto, la validità dei contratti quadro di data 12.12.2002 e del 2.1.2003 e, per l'effetto, degli ordini di acquisto che ad essi fanno riferimento.



In particolare, in relazione alla richiesta declaratoria di nullità degli ordini di acquisto, va rilevato che solo la norma di cui all'art. 23 TUF - che prescrive la necessaria forma scritta per il c.d. contratto quadro - è norma che stabilisce un vero e proprio requisito di validità dalla cui violazione può derivare la nullità del contratto quadro, sicché non vi è margine per dichiarare la nullità dei singoli ordini di acquisto, quali operazioni poste in essere in esecuzione del contratto quadro.

Se i contratti quadro in oggetto sono validi diventano allora attuali le eccezioni di incompetenza in forza della clausola compromissoria e della previsione pattizia di un foro esclusivo.

La banca convenuta ha eccepito in via pregiudiziale l'incompetenza del Giudice ordinario adito sul presupposto della compromissione della controversia in arbitri.

Ed infatti l'art.15 del "contratto normativo relativo ad operazioni di investimento di "interest rate swap" con operatori qualificati, deputato a disciplinare le operazioni di swap poste in essere in sua applicazione, devolve all'art.15, secondo comma, "*ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti*" derivante dal contratto stesso, da ciascun contratto specifico (*rectius*: dalle operazioni poste in essere in sua esecuzione) o ai medesimi inerente, ad un collegio di tre arbitri il quale giudicherà in via rituale procedendo ai sensi degli artt.816 e ss. c.p.c..

La controversia insorta tra le parti, oggetto della presente lite, avuto riguardo al tenore delle domande attoree, rientra indubbiamente nell'oggetto della clausola arbitrale.

Non vale in contrario osservare che dall'esame di taluni "contratti" non si evincerebbe "*alcun riferimento a qualsivoglia accordo-quadro dal quale trarre una qualche disciplina attinente alla competenza*" (v. memoria depositata da parte attrice in data 16.4.2010; il riferimento è ai docc.8, 9, 10 e 11).

Come si è già detto non si tratta di contratti, ma di operazioni poste in essere in esecuzione del contratto quadro efficace *inter partes*, ossia l'accordo normativo del 2.1.2003, questo si prevedente la clausola compromissoria, all'art.15, secondo comma. Quali operazioni attuative del contratto vigente *ratione temporis* tali atti non necessitavano pertanto di uno specifico richiamo ad esso, né, tanto meno, della previsione di un'autonoma clausola compromissoria.

Con riguardo poi alla circostanza che l'operazione di swap posta in essere in data 12.12.2002 fosse riconducibile al contratto quadro concluso tra le parti in pari data, che non prevedeva una clausola compromissoria (bensì la competenza esclusiva del foro di Verona), vale osservare che dalla stessa prospettazione attorea si evince l'indissolubile collegamento funzionale delle operazioni in derivati per cui è lite, oltre al rilievo che le parti, concludendo un nuovo contratto-quadro dopo appena venti giorni dalla conclusione del primo e prima dell'estinzione dell'operazione del 12.12.2012, hanno evidentemente inteso rimodulare i rapporti tra loro esistenti.

Non vi è dubbio poi che, sulla base della stessa allegazione attorea (*"Le minusvalenze generate dalla prima operazione in derivati innescarono un meccanismo - quello delle c.d. rimodulazioni - che portò la società ad accettare l'indicazione della BANCA di sottoscrivere nuovi contratti ..."*) la controversia relativa alla prima operazione in derivati sia *"inerente"*, ai sensi e per gli effetti dell'art.15, secondo comma del contratto normativo 2.1.2003 alla controversia relativa a detto contratto quadro ed alle operazioni poste in essere in esecuzione del medesimo.

Va inoltre rilevato che la nuova formulazione dell'art.808-*quater* c.p.c. prevede che *"nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto"*





o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”; il richiamo al rapporto in senso ampio consente di sostenere la possibilità di un unico arbitrato anche per le controversie riguardanti i contratti e le operazioni precedenti tra loro collegati.

Né si può dubitare della validità della clausola compromissoria in oggetto, specificamente approvata per iscritto da ALFA SPA

Va infatti tenuto conto che l'art.6 del D. Lgs. 179/2007, per cui *“la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta”* trova applicazione solo nei confronti degli investitori classificati – secondo la classificazione entrata in vigore dopo il recepimento della Direttiva MIFID – come “clienti al dettaglio”, diversi quindi dai clienti professionali di cui all'art.6, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* T.U.F..

La contrattazione in strumenti finanziari derivati è stata sottoscritta prima del recepimento della Direttiva MIFID, sicché la clausola compromissoria inserita nel contratto quadro in oggetto deve ritenersi valida.

Quanto alla natura della pronuncia da adottare in presenza di una valida clausola compromissoria, va rilevato che l'esplicita attribuzione al lodo dell'efficacia di sentenza del giudice ordinario (v. art. 824-*bis* c.p.c., introdotto dal D. Lgs. 40/2006) ha conseguentemente determinato la riconduzione dell'eccezione di compromesso alla disciplina della competenza dei rapporti tra i poteri del giudice ordinario e quelli degli arbitri in forza della convenzione di arbitrato (v. art.819-*ter*, commi 2°, 3°, 4° e 5°, come modificato dal D. Lgs. 40/2006); sicché risultano superate anche le questioni che in precedenza sorgevano sul se la sussistenza di una convenzione arbitrale costituisse, nel giudizio ordinario instaurato sul

medesimo oggetto, eccezione di rito piuttosto che eccezione di merito, come si riteneva da ultimo (*“l’eccezione, con la quale si deduca l’esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato rituale, non attiene alla competenza, ma al merito, essendo diretta a far valere non l’incompetenza del giudice adito, ma la rinuncia convenzionale delle parti all’azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, e, quindi, l’improponibilità della domanda”* (v. Cass. 8.8.2001 n. 10925; nello stesso senso, *inter alios*, Cass. 4.6.2003 n. 8910), con la conseguenza che la pronuncia sulla relativa questione era impugnabile nei modi ordinari (Cass. 21.7.2004 n.13516).

Sul fondamento delle considerazioni che precedono, si deve dunque dichiarare l’incompetenza del Tribunale adito, in quanto le domande formulate da parte attrice nei confronti della banca rientrano tra le controversie previste dalla clausola arbitrale di cui all’15, secondo comma, del contratto normativo sopra richiamato.

L’eccezione sollevata in via principale dalla banca convenuta va quindi accolta, restando assorbita ogni ulteriore questione tra parte attrice e banca attinente al merito della controversia.

Vanno a questo punto esaminate le domande proposte da parte attrice nei confronti dei dipendenti della banca C.L. e M.M., necessariamente escluse dall’ambito di applicazione della clausola compromissoria.

Tali domande hanno ad oggetto l’accertamento della responsabilità precontrattuale di C. e M. *“per avere tenuto, nella fase che ha preceduto ed accompagnato la stipulazione degli accordi normativi, come pure nella fase che ha preceduto ed accompagnato la stipulazione dei diversi contratti in strumenti finanziari derivati ... un comportamento contrario ai doveri di*

ARIO DI VENEZIA



correttezza e buona fede” e/o, in via alternativa o cumulativa, l'accertamento dell'inadempimento dei predetti *“alla disciplina in materia di prestazione dei servizi d'investimento ed in particolare la violazione dell'art.21 t.u.f., degli articoli 26, 27 comma 2°, 28, 29, 61 e 62 Reg Consob n.11522/98”* e la conseguente condanna degli stessi, in solido con la banca, al risarcimento del danno.

Ai fini della decisione di dette domande l'attenzione va focalizzata sulla dichiarazione di operatore qualificato sottoscritta dal legale rappresentante della società attrice in data 12.12.2002 (v. doc.15 fascicolo convenuti *“Il sottoscritto P.O. _____ in qualità di Legale Rappresentante della ALFA SPA _____ ai sensi e per gli effetti dell'art.31 del Regolamento Consob n.11522 del 1° luglio 1998 e successive modifiche ed integrazioni della presentazione dei servizi di investimento, dichiara sotto la propria responsabilità che la predetta Società/Persona Giuridica possiede una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari. In relazione a quanto sopra, la prestazione dei servizi di investimento dalla stessa richiestaVI verrà resa in deroga alle disposizioni del suddetto regolamento Consob richiamate dal citato art.31.”*) A detta dichiarazione veniva allegato il testo dell'art.31 Reg. Consob.

Il legale rappresentante della società attrice ha quindi dichiarato di essere in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari e di rientrare quindi nella categoria degli operatori qualificati ai sensi dell'art.31 Reg. Consob n.11522/98.

Tale dichiarazione - non contestata nella sua esistenza ed autenticità - esonera pertanto la banca ed i suoi dipendenti dall'osservanza degli obblighi e delle informative sopra richiamati, la cui violazione è affermata da parte attrice.



Con riferimento alla rilevanza di detta dichiarazione - questa si contestata dall'attrice -, la giurisprudenza di legittimità ha di recente avuto modo di precisare che *"In tema di contratti di intermediazione mobiliare, ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - ai sensi dell'art.13 del Regolamento Consob approvato con delibera 2 luglio 1991, n.5387 - la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso; pertanto, salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, ex art.116 cod.proc.civ., anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro"* (v. Cass. 26.5.2009 n.12138 con sentenza relativa alla dichiarazione di cui all'art. 13 del Regolamento Consob n.5387/1991, ma evidentemente applicabile anche al caso di specie).

In senso analogo si era già pronunciata anche la giurisprudenza di merito (v. Tribunale di Milano 7.4.2008; Corte di Appello di Milano 12.10.2008 secondo la quale *"Sotto la vigenza dell'art.31, comma 2, reg. Consob n.11522/1998, gli intermediari finanziari - intrattenendo rapporti contrattuali con società o persone giuridiche che abbiano dichiarato per iscritto di essere operatori qualificati - non hanno l'obbligo di verificare la sussistenza del possesso della specifica*



competenza ed esperienza in materia di operazioni e strumenti finanziari dichiarata dal legale rappresentante”.

Quanto alle doglianze attoree relative alla ridetta dichiarazione, osserva il Tribunale che il fatto che i documenti sottoscritti dal legale rappresentante della società fossero stati predisposti dalla banca non è di per sé rilevante, considerato che è usuale che la documentazione contrattuale inerente ad un rapporto con la banca venga unilateralmente predisposta da quest'ultima.

Quanto, invece, alla veridicità delle dichiarazioni - questione che investe il profilo sostanziale del rapporto - rileva la richiamata pronuncia della Suprema Corte (Cass. 26.5.2009 n.12138), in base alla quale *“nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intende dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere”* di provare sia *“la mancanza di detti requisiti”* che *“la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno della 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”.*

All'esito dell'espletata istruttoria non può dirsi che parte attrice abbia provato l'esistenza di circostanze che consentano di escludere tale sua qualità, o comunque la propria competenza ed esperienza nel campo delle operazioni in valori mobiliari, e la conoscenza o la conoscibilità di tali circostanze da parte della banca intermediaria.

Già dalla documentazione in atti emerge come l'attività svolta da ALFA SPA società con un significativo giro d'affari anche all'estero, non riconducibile certo ad un'impresa di tipo familiare - abbia comportato e comporti l'intenso utilizzo

del sistema bancario ed in particolare la richiesta e l'utilizzo di importanti affidamenti.

E' poi documentalmente provato che ALFA SPA nell'ottobre 2006 aveva in essere derivati finanziari con istituti diversi da BANCA (v. doc.43 e 45 fascicolo convenuti), mentre la collegata BETA s.r.l. aveva a sua volta concluso con la banca convenuta due contratti normativi ed effettuato in loro attuazione numerose operazioni in derivati (v. docc.75 e 76 fascicolo convenuti).

A fronte di tali già significativi dati documentali, parte attrice non ha fornito la prova di quali fossero i diversi elementi sulla base dei quali la banca, tramite i dipendenti qui convenuti, avrebbe dovuto evincere la propria incompetenza ed inesperienza in materia.

Alla luce della richiamata sentenza, la quale, in adesione all'orientamento dominante in giurisprudenza (v., quanto alla giurisprudenza di merito, Tribunale Torino 23.11.2009; Tribunale Torino 30.11.2009; Tribunale Udine 13.4.2010; Tribunale Bari 15.7.2010; Tribunale Rimini 12.10.2010), attribuisce alla dichiarazione in oggetto la specifica funzione di evitare all'intermediario l'obbligo di effettuare accertamenti in ordine all'assenza della qualità di operatore qualificato, l'istruttoria orale espletata non ha provato che l'intermediario era a conoscenza dell'assenza della qualità di operatore qualificato o che tale assenza, e la conseguente natura di cliente ordinario, si sarebbe potuta agevolmente ricavare dalla documentazione in possesso dell'intermediario stesso, per essere manifesta o comunque non implicando la necessità di attente analisi.

Ed anzi l'istruttoria orale ha messo a fuoco il ruolo chiave del rag. TIZIO già dipendente di ALFA SPA in qualità di responsabile amministrativo finanziario, il quale seguiva tutti i rapporti con le banche con le quali operava la società (non solo BANCA , ma anche altre banche)

e vantava un'esperienza in materia dei primi swap con il gruppo^x del quale era allora dipendente.

Il rag. TIZIO ha seguito, per conto di ALFA SPA, tutti i contratti e tutte le operazioni di derivati per cui è lite.

Il rag. TIZIO, è stato indicato dalla teste CAIA (dipendente BANCA specialista in derivati) come unico interlocutore per conto di ALFA SPA (ed anche per BETA) e descritto dalla stessa come esperto in materia di derivati (*"... con me parlava di derivati era il mio interlocutore; ha un'esperienza tecnica, l'ho rilevata nel corso degli incontri con lui; dopo che io fornivo le mie spiegazioni sulle caratteristiche del prodotto lui faceva le sue considerazioni sull'andamento del mercato anche perché lui non operava solo in Italia ma anche nell'est Europa; aveva una visione ampia del mercato"*).

A fronte dei dati documentali agli atti e della circostanza che anche gli altri testi indotti dalla banca hanno riferito del ruolo di responsabile finanziario del rag. TIZIO per ALFA SPA, unico interlocutore della società con la banca (v. testimonianze di G.P. e M.P.), assume poco rilievo e deve essere anzi valutata con prudenza, la testimonianza resa dallo stesso rag. TIZIO là dove mira a sminuire il proprio ruolo (*"Non è vero che ero esperto finanziario, svolgevo un ruolo della gestione ordinaria delle operazioni finanziarie"*).

In ogni caso la testimonianza resa dal TIZIO non è di per sé idonea ad escludere la valenza della dichiarazione di operatore qualificato agli atti di causa.

Sotto altro profilo appare rilevante considerare la natura della dichiarazione di operatore qualificato. Essa non è riconducibile ad una confessione, e quindi al più ampio ambito delle dichiarazioni di scienza, in quanto non ha ad oggetto un fatto obiettivo, bensì presenta un contenuto valutativo (come evidenziato dalla Suprema Corte); il fatto in essa dichiarato (*rectius*: il giudizio) non è poi sfavorevole al

dichiarante e favorevole all'altra parte, ex art.2730 c.c..

Alla dichiarazione di operatore qualificato va poi riconosciuta, accanto alla componente valutativa, una componente volitiva, considerato che con essa il legale rappresentante della società cliente vuole, dando atto della competenza ed esperienza della società rappresentata, l'applicazione dello "statuto" dell'operatore qualificato.

Sicché il legale rappresentante, quale soggetto legittimato a rappresentare di fronte ai terzi la società e ad esprimerne la volontà, nel rilasciare per iscritto tale dichiarazione esprime la volontà anche degli effetti giuridici della stessa.

Se allora la dichiarazione in parola ha natura (anche) negoziale, alla parte che l'ha sottoscritta e ne contesta la veridicità e voglia superare l'effetto di minor tutela derivante dalla stessa (non applicabilità degli artt.27-30 Regolamento Consob) incombe l'onere di farla oggetto di una specifica domanda giudiziale di annullamento per errore essenziale e riconoscibile, che nella specie non è stata proposta.

In definitiva, considerato che, all'esito dell'espletata istruttoria, la valenza della dichiarazione di operatore qualificato non risulta superata dalle allegazioni e dalle prove attoree né dalle domande proposte e ad essa relative, le domande di accertamento della responsabilità precontrattuale dei dipendenti ^{M. e C.}

(che peraltro hanno partecipato solo ad alcune delle negoziazioni) per violazione degli obblighi informativi e la conseguente domanda risarcitoria vanno rigettate.

Sussistono giusti motivi, in considerazione dell'incertezza giurisprudenziale in ordine alla questione relativa alla nullità dei contratti di intermediazione per difetto di forma, per compensare le spese di lite tra parte attrice e la banca.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono invece la soccombenza di parte attrice rispetto ai convenuti ^{M. e C.}



P.Q.M.

Il Tribunale di Venezia in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa promossa da ALFA s.p.a., BANCA C.L. e M.M., ogni diversa domanda ed eccezione respinta, così provvede:

- 1) accertata la validità dei contratti-quadro conclusi in data 12.12.2012 e 2.1.2013, dichiara l'incompetenza del Tribunale adito in relazione alle domande proposte da ALFA s.p.a. nei confronti di BANCA essendo la controversia deferita alla decisione di collegio arbitrale;
- 2) rigetta le domande proposte da ALFA s.p.a. nei confronti di C.L. e M.M.
- 3) compensa tra le spese di lite tra ALFA s.p.a. ed BANCA
- 4) condanna ALFA s.p.a. a rifondere a C.L. e M.M. le spese di lite che liquida per compensi in euro 12.200,00, oltre CPA ed IVA.

Venezia, 21 giugno 2013

Il Giudice
(Dott.ssa Gabriella ZANON)

Gabriella Zanon

Depositato nella Cancelleria
del Tribunale di Venezia

oggi

6 LUG. 2013

IL CANCELLIERE
FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Alle Zanon