

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA
QUARTA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, in composizione monocratica nella persona del Giudice Dr.ssa Silvia Romagnoli ha pronunciato la seguente

SENTENZA

SOCIETA' INVESTITRICE

-attrice-

Contro

BANCA + 1

-convenuti-

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione datato 4.6.2012 la società conveniva in giudizio innanzi l'intestato tribunale la Banca nonché (*omissis*) chiedendo:

- in via principale accertarsi e dichiararsi la nullità/annullamento/inefficacia/inopponibilità o comunque l'invalidità dei contratti n. (*omissis*) con conseguente condanna dei convenuti in via solidale e/o diretta e/o alternativa e/o concorrente fra loro alla restituzione di tutte le somme versate ed al risarcimento dei danni di natura contrattuale, extra-contrattuale, patrimoniali e non, prevedibili e non, oltre al maggior danno ex art. 1224 c.c. quantificati in € 1.030.000,00 salvo miglior determinazione in corso di causa;

-in via subordinata accertarsi e dichiararsi la risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. dei contratti predetti con conseguente condanna nei medesimi termini, oltre rivalutazione monetaria e spese di lite.

Con l'atto introduttivo l'attrice deduce la violazione di amplissimo panorama normativo, generale (civile e penale) e speciale (L. 108196, TUB, TUF e relativi Reg. Consob attuativi) traendone le più ampie conseguenze sul piano sanzionatorio.

Premesso che in linea generale va stigmatizzato l'iter argomentativo fondato sulla prospettazione formalistica di astratte violazioni di legge prima che sulle peculiarità del caso concreto, con l'atto introduttivo l'attrice, in sintesi, deduce che la società contraente non era operatore qualificato e la prima autocertificazione ex art. 31 del. Consob n. 11522/1998 era stata rilasciata solo in data 10.7.2007, in epoca successiva alle prime due operazioni in derivati del 2003 e del 2005, che le operazioni in derivati del 2003 e del 2005 erano nulle per violazione degli obblighi di forma e per mancanza del consenso in difetto dei contratti scritti che la Banca non aveva reperito, che l'unico contratto quadro prodotto dalla banca era quello datato 10.7.2007, che il contratto quadro del 2007 non recava l'accettazione della banca e quello del 2008 (doc. A15) era sottoscritto solo nell'ultima pagina.

Quanto specificamente alle operazioni in derivati deduceva che i derivati non avevano finalità di copertura bensì speculativa, che in particolare i derivati celavano costi/oneri occulti che avevano

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Silvia Romagnoli, 29 luglio 2016

consentito alla Banca di percepire somme esorbitanti a fronte di ogni rinegoziazione con squilibrio delle prestazioni delle parti a tutto vantaggio della banca non semplicisticamente dovuto all'alea economica di tali operazioni, che pertanto le operazioni in derivati prefiguravano illeciti penali ex artt. 644 e 640 c.p., erano in violazione della normativa anti-usura ex L. 108/1996, erano nulli per mancanza e/o illiceità della causa e/o contrarietà a norme imperative ovvero annullabili per dolo e/o errore, che la Banca era stata altresì inadempiente ai doveri di buona fede e correttezza contrattuale nonché agli specifici doveri informativi e di adeguatezza ex artt. 21 e 23 TUF/26 e ss. del. Consob 11522/98 e non aveva consegnato il documento sui rischi generali.

La Banca convenuta si è costituita contestando ogni assunto attoreo ed in particolare rilevando

-che alle operazioni in derivati si era proceduto previa acquisizione della dichiarazione di operatore qualificato e sottoscrizione di accordi normativi per operazioni in strumenti derivati;

-che le prime due operazioni in derivati si erano chiuse in forza di risoluzione anticipata su richiesta dell'attrice con conseguente consolidamento ed esaurimento di tutti gli effetti giuridici ed il terzo contratto in derivati era tuttora in corso;

-che la sottoscrizione dell'accordo quadro da parte del solo cliente non comporta nullità ex artt. 117 TUB e 23 TUF;

-che la dichiarazione di operatore qualificato sottoscritta in data 10.7.2007 esonerava la banca dalla verifica di sussistenza dei requisiti di esperienza e competenza e in ogni caso era effettiva e concreta la sussistenza in capo al legale rappresentanza dei requisiti di professionalità;

-che le operazioni in derivati avevano le concrete finalità di copertura perseguite e non vi era stata applicazione di costi occulti e/o illecite finalità di lucro della Banca;

-che ogni pretesa responsabilità a titolo extra-contrattuale era prescritta ex art. 2947 c.c., così come l'azione di annullamento ex art. 1442 c.c. e l'azione di ripetizione;

-che il contratto derivato sottoscritto in data 10.07.2007 era tuttora in corso e pertanto era infondata ogni pretesa restitutoria o risarcitoria fondata sul relativo *mark to market* che non era mai stato addebitato;

-che nella eventuale determinazione del danno risarcibile doveva tenersi conto dell'apporto causale del creditore ex art. 1227 c.c. nonché delle utilità economiche conseguite dalla società; chiedeva in via riconvenzionale il pagamento degli importi a debito derivanti dall'esecuzione del contratto derivato in corso nonché dai differenziali negativi maturati dopo aprile 2011 e non addebitati in considerazioni delle contestazioni.

Onde circoscrivere il *thema decidendum* alle censure adeguatamente dedotte e svolte, va *in primis* rilevato che l'accertamento incidentale del reato in sede civile è necessario quando sia indispensabile alla decisione civile, dovendosi in caso contrario coltivare la separata sede penale.

Pertanto poiché nel caso che occupa sono ampiamente svolti in via autonoma profili di censura di rilevanza civilistica, vanno tralasciati i rilievi concernenti la ricorrenza dei reati di truffa e di usura (ex artt. 644 e 640 c.p.), rispetto ai quali la parte avrebbe potuto e dovuto agire nella più pertinente sede penale.

Dunque ristretto il campo alle questioni di rilevanza civilistica, va osservato quanto segue.

Deduce la convenuta che ogni contestazione circa la validità ed efficacia dei contratti in derivati stipulati nel 2003 e nel 2004 è preclusa dalla chiusura delle operazioni avvenuta nel 2007 in

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Silvia Romagnoli, 29 luglio 2016

occasione della risoluzione della precedente operazione in derivati, allorchè le parti si davano reciprocamente atto della definizione di ogni rapporto di dare e avere in dipendenza del contratto risolto.

L'argomento va disatteso: invero - pacifico che il primo contratto n. (*omissis*) è stato risolto in data 14.04.2005 ed il secondo n. (*omissis*) del 15.04.2005 è stato risolto in data 10.07.2007 allorchè venne stipulato il terzo n. (*omissis*), alla risoluzione della prima operazione è contestuale la stipula della seconda e così alla risoluzione della seconda è contestuale la stipula della terza ed in occasione di ciascuna rimodulazione è stato computato a debito della società l'importo del relativo *up-front* (valore dello swap alla rimodulazione che si traduce nella somma di denaro a debito del cliente normalmente erogata dalla Banca per finanziare la cancellazione del precedente derivato in perdita):

ciò dimostra esaurientemente che le tre operazioni in derivati sono tra loro strettamente connesse e che la volontà delle parti non è stata quella di estinguere la precedente operazione in derivati ma di rinegoziarla secondo diversi parametri.

Quanto alla dedotta nullità per mancanza contratto quadro, l'art. 23 TUF come noto prevede a pena di nullità da farsi valere solo dal cliente che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

Deve ritenersi che la forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 23 TUF e dall'art. 30 Reg. Consob 11522/1998, si riferisce solo al contratto-quadro e non ai singoli ordini di investimento che non sono soggetti a vincoli di forma (cfr. *ex multis* Cassazione civile, sez. I, 22/12/2011, n. 28432, Tribunale Milano, 19/04/2011).

Nel caso di specie, effettivamente, **l'unico contratto-quadro** è l'"*accordo normativo*" per operazioni in strumenti finanziari derivati stipulato in data 10.07.2007.

Ne consegue la nullità delle operazioni in derivati del 2003 e del 2005: infatti, se si pone attenzione alla struttura di derivazione necessaria dell'ordine di negoziazione in strumenti finanziari dal contratto quadro, nel senso che quest'ultimo è il titolo legittimante l'operazione in strumenti finanziari e a sua volta l'ordine non è che il momento attuativo del contratto-quadro, non può che affermarsi che la mancanza del contratto-quadro è radicalmente invalidante l'operazione in strumenti finanziari.

Diversamente quanto alla terza operazione in derivati del 10.07.2007, essendo prodotto il contratto in derivati stipulato in data 10.07.2007 (sottoscritto da entrambe le parti) e l'accordo normativo in pari data.

Pur vero che **quest'ultimo è sottoscritto dal solo cliente**, reputa questo giudice che assolvendo la previsione di nullità ad una funzione protettiva dell'investitore in particolare volta al riequilibrio dell'assetto informativo (cfr. Trib. Catania 27.1.2015, Corte di Appello di Torino Sez. 1. 3.4.2012) **il contratto quadro di negoziazione di strumenti finanziari sottoscritto dal solo cliente e non anche dalla Banca sia valido e soddisfi il requisito della forma scritta prescritto dall'art. 23 TUF**, ove non sia in discussione, come nel caso di specie, **l'esecuzione del contratto da parte del contraente di cui difetta la sottoscrizione** e viepiù ove, come nel caso, **la dichiarazione sottoscritta dal solo cliente** (non è la mera proposta contrattuale che, come tale, può intendersi revocata con la domanda di nullità, bensì) **è la dichiarazione di accettazione che riproduce integralmente la proposta contrattuale che il cliente attesta di avere precedentemente ricevuto** (*contra* Corte Appello Bologna, sez. III, 14.5.2015 n. 933).

Ne consegue, per quanto detto, che **il rilievo di nullità ex art. 23 TUF va disatteso quanto alla rimodulazione dell'operazione conclusa in data 10.07.2007** che deve considerarsi validamente

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Silvia Romagnoli, 29 luglio 2016

stipulata in presenza di contratto normativo scritto; va invece ritenuta la nullità delle operazioni in derivati stipulate nel 2003 e nel 2005 in assenza di contratto quadro.

Nondimeno quanto al contratto in derivati del 2007 va rilevato quanto segue.

Non è in contestazione (ed anzi corrisponde alla prospettazione della stessa banca) che l'operazione consista in *Interest Rate Swap* stipulato (come i precedenti) a copertura del rischio di innalzamento dei tassi debitori applicati alle linee di credito concesse alla società attrice.

In esito alla disposta CTU, le cui valutazioni e conclusioni si condividono perché immuni da vizi logico-giuridico, è emerso che:

-nessun documento mette esplicitamente in correlazione lo *Swap* con una linea specifica di affidamento al fine di ridurne la rischiosità

-non vi è correlazione tra il nozionale e l'indebitamento totale della società;

-in base all'analisi dei parametri e delle caratteristiche finanziarie del prodotto (nozionale, durata e tasso di interesse) la società si è coperta dal rischio di innalzamento dei tassi solo per un margine molto ristretto pari a 0,35% (per il primo anno 4,55% - 4,20%; dal secondo in poi 5,25% - 4,90%).

Ora, avuto riguardo alla causa del contratto nella sua accezione di causa concreta, intesa come scopo pratico che il contratto è diretto a realizzare, ossia come concreta ragione giustificativa del negozio, alla luce delle specificità che lo connotano e del particolare contesto in cui viene programmato, risulta evidente che lo strumento finanziario de quo si presenta strutturalmente inadeguato al perseguimento della finalità di copertura, tant'è che, come accertato dal CTU, difficilmente avrebbe potuto assolvere alla funzione di contenimento del rischio di tasso a cui era predestinato.

Va dunque dichiarata la nullità anche di tale ultima operazione in derivati, per difetto di causa in concreto (cfr. Corte appello Trento del 3.6.2013).

La declaratoria di nullità (pur sotto diversi profili) di tutte e tre le operazioni in derivati per cui è causa, assorbe ogni ulteriore rilievo invalidante (annullamento per vizi del consenso, risoluzione per inadempimento per inosservanza dei doveri informativi ex TUB e relativo reg. Consob e quant'altro dedotto da parte attrice a fondamento delle domande).

Va dunque dichiarato che nulla è dovuto da parte attrice alla banca in relazione alle operazioni in derivati per cui è causa con conseguente esclusione di alcun obbligo di pagamento del *mark to market* derivante dall'ultima operazione del luglio 2007.

Dalla pronuncia di nullità, in forza della disciplina della ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), inoltre discende la condanna della banca alla restituzione dei flussi negativi addebitati alla società appellata per effetto dei contratti swap di cui è causa, che sono da quantomeno da individuarsi negli up-front applicati in sede di rinegoziazione, nonché nelle commissioni implicite applicate ad ogni singolo derivato secondo le risultanze della CTU.

In definitiva, la Banca va condannata a corrispondere l'importo di € 177.910,00.

Su tale somma, siccome debito di valuta, non spetta la rivalutazione monetaria ma solo gli interessi nella misura legale.

Gli interessi legali spettano dalla domanda (notifica dell'atto di citazione in data 12.6.2012) all'effettivo soddisfo, dovendosi necessariamente presumere la buona fede della Banca all'epoca

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Silvia Romagnoli, 29 luglio 2016

delle operazioni, né potendosi fare discendere *tout court* dalla nullità il diverso atteggiamento psicologico della mala fede.

Ogni ulteriore danno non è stato provato nell'*an* e nel *quantum*.

Va rigettata ogni domanda svolta, in via solidale e/o diretta e/o alternativa e/o concorrente, nei confronti del convenuto, con generico riferimento ad una responsabilità contrattuale ex art. 1228 c.c. ovvero extra-contrattuale ex art. 2049 c.c. senza specificazione (e a fortiori senza prova) dei fatti e delle condotte ascritte al funzionario idonee a fondare un autonomo titolo di responsabilità.

Quanto alla domanda riconvenzionale della banca convenuta, la declaratoria di nullità evidentemente travolge ogni domanda al pagamento di somme pretesamente dovute in virtù dei contratti nulli, ma va anche rigettata la domanda di restituzione di pretese e non provate utilità percepite in esecuzione dei medesimi contratti nulli.

Le spese del procedimento seguono la soccombenza tanto nel rapporto fra attrice e Banca convenuta quanto, in senso inverso, nel rapporto tra attrice e convenuto, e si liquidano in dispositivo secondo i criteri e parametri di cui alle nuove tabelle forensi ex D.M. 10.3.2014 n. 55 attuativo dell'art. 1/3° co. L. n. 247 del 31.12.2012 (di riforma della professione forense) tenuto conto dei valori medi dei compensi previsti per lo scaglione di valore della causa (superiore ad € 520.000) oltre 15% per spese generali ex art. 2 D.M. cit.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bologna, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

DICHIARA

la nullità delle operazioni in derivati per cui è causa e per l'effetto

CONDANNA

- la Banca in persona del l.r.p.t. a pagare in favore della società in persona del l.r.p.t. la somma di € 177.910,00 oltre interessi nella misura legale dal 12.6.2012 all'effettivo soddisfo;

- la Banca in persona del l.r.p.t. al rimborso in favore della società in persona del l.r.p.t. delle spese di giudizio che liquida in € 8.466,00 per esborsi ed in € 27.803,00 per compenso di avvocato, oltre 15% spese generali ed oltre accessori di legge;

- la società in persona del l.r.p.t. al rimborso in favore del convenuto delle spese di giudizio che liquida in € 27.803,00 per compenso di avvocato, oltre 15% spese generali ed oltre accessori di legge.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva per legge.
Bologna, 27/05/2016

Il Giudice
Dr.ssa Silvia Romagnoli

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