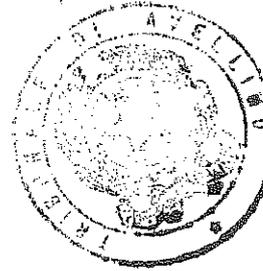


Sev. n. 395/11

Rep. 359/11



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Avellino, in persona di

dott. G. Antonio Marena

Presidente

dott. Andrea Luce

Giudice

dott.ssa Maria Iandiorio

Giudice relatore

riunitosi nella camera di consiglio del 1.2.2011, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al numero 3109/2009 r.a.c.c., avente ad oggetto: **bancari (deposito bancario, cassetta di sicurezza, apertura di credito bancario, anticipazione bancaria, conto corrente bancario, sconto bancario)** e vertente tra

C/ s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dagli avv. F/ e G/ ed elettivamente domiciliati in Avellino,

ATTRICE

CONTRO

U s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Simone e Maria Rosaria De Simone ed elettivamente domiciliato in Avellino, via Pironti n. 1

CONVENUTA

E

II, CI, PI e D, rappresentati e difesi dall'avv. Maria Rosaria De Simone ed elett.te dom.ti in Avellino, via

Pironti n. 1

Ne

Al

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda è infondata e, come tale, va rigettata per i motivi che si vanno ad esporre.

La C. s.p.a. adiva questo Tribunale esponendo di aver sottoscritto e concluso contratti derivati e contratti quadro con finalità di copertura, contratti dei quali si denunciava la nullità e/o annullabilità e/o risolubilità per spregio di obblighi operativi ed informativi meglio descritti in citazione.

Citava, pertanto, in giudizio U , nonché i singoli operatori –
I , chiedendo, in totale,
il risarcimento di € 5.000.000,00.

La presente fattispecie è disciplinata dalla L. n. 1 del 1991, art. 9 - che ha demandato alla Consob, d'intesa con la Banca d'Italia il compito di determinare *"le regole di comportamento che le società di intermediazione mobiliare devono osservare nello svolgimento delle attività per le quali sono autorizzate..."* - e dall'art. 13 del regolamento Consob 2 luglio 1991, n. 5387, che, in attuazione della delega conferita dalla citata L. n. 1 del 1991, art. 9, ha disposto che agli operatori qualificati non si applicano determinate norme di salvaguardia ed ha qualificato come operatori qualificati, tra gli altri, *"ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto nel contratto di cui all'art. 9"*.

Il quadro giuridico di riferimento è stato successivamente innovato dalla direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, la quale, nel far riferimento all'opportunità di tener conto delle varie esigenze e nel prendere in considerazione possibili diverse categorie di investitori con esigenze di tutela differenziate, riconosce 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 differenziata.

La menzionata direttiva è stata recepita dal D.Lgs. n. 58 del 1998, che, all'art. 6 ha previsto che la vigilanza regolamentare sia svolta dalla Consob, sentita la Banca d'Italia, *"tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi"*, dovendosi così ritenere che la normativa primaria introdotta dal D.Lgs. n. 58 del 1998 riconosce la necessità di graduare la tutela giuridica offerta alla clientela degli intermediari finanziari.

In applicazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, il successivo regolamento Consob 11522/1998 ha previsto all'art. 31, in favore dei cosiddetti operatori qualificati, un'ampia deroga alla normativa generale in ordine alla tutela del cliente, espressamente ricomprendendo tra gli operatori qualificati - con disposizione che è stata anche successivamente reiterata - *"ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante"*.

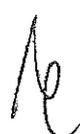
Le stesse esigenze di tutela differenziata degli investitori erano però presenti in precedenza, pur in mancanza di espresse previsioni nella normativa primaria, nel sistema di tutela delineato dalla L. n. 1 del 1991. Invero, l'opportunità di non estendere a tutti i clienti la normativa a tutela dell'investitore risponde all'esigenza di contemperare la protezione del cliente medesimo con le ragioni di celerità e di flessibilità dei rapporti contrattuali nel peculiare settore degli investimenti mobiliari, in quanto riservare ad un cliente particolarmente esperto l'identico trattamento previsto per un cliente ordinario, privo di specifiche conoscenze ed esperienza nel settore, conduce all'inutile applicazione di norme di salvaguardia, che si traducono in un rallentamento delle operazioni contrattuali e in un incremento dei costi, senza alcun concreto vantaggio per il cliente che sia già in grado di conoscere e valutare le caratteristiche e i rischi specifici dell'operazione.



Alla luce di tali principi vanno interpretate "le regole di comportamento" che la L. n. 1 del 1991 ha demandato alla Consob di determinare per lo svolgimento da parte delle società di intermediazione mobiliare delle attività alle quali sono state autorizzate. Legittimamente, pertanto, la Consob, anche in mancanza di un'espressa previsione contenuta nella normativa primaria - successivamente introdotta, come già precisato - ma recependo le regole di flessibilità operativa richiesta dal mercato dell'intermediazione mobiliare e tenendo conto della mancanza di necessità di approntare una specifica e pregnante tutela per i servizi offerti a clienti già particolarmente esperti, ha consentito la disapplicazione di alcune norme di salvaguardia nei confronti di tali clienti, in attuazione della delega ricevuta dalla norma di riferimento, che ha inteso attribuire alla Consob, nell'ambito delle sue discrezionali valutazioni, un potere di salvaguardia con riferimento a situazioni in cui erano da ravvisare effettive esigenze di tutela sostanziale di operatori sprovvisti dei requisiti di conoscenza e di esperienza adeguati al livello di rischiosità delle operazioni poste in essere.

Ebbene, con l'art. 13 del regolamento 1991/5387, la Consob, disciplinando - nell'esercizio del potere, attribuitole dalla legge, di determinare le regole di comportamento delle società di intermediazione mobiliare - fattispecie non direttamente prese in considerazione dalla norma primaria di riferimento, ha delineato una disciplina che non si pone *contra legem*, ma si configura *praeter legem*, così provvedendo a colmare quegli spazi lasciati vuoti dalla legge, proprio perché demandati alla normativa regolamentare.

In tal modo la Consob ha esercitato la potestà regolamentare propria delle autorità amministrative indipendenti, che non mira soltanto a precisare in dettagli tecnici il contenuto di regole di comportamento fissate in linea generale dalla legge, ma è funzionale ad un'esigenza di ampia regolamentazione di settori operativi, da svolgersi nel quadro dei principi generali stabiliti dalla normativa primaria, ma con larghi margini di



scelta discrezionale, così da poter disciplinare autonomamente materie aventi dignità legislativa ma non trattate dalla legge e realizzare, in tal modo, una funzione integratrice delle fonti primarie.

Ritiene questo Tribunale che la sottoscrizione di documentazione, pur predisposta unilateralmente dalla banca, contenente il riconoscimento di operatore qualificato, rende legittimi i contratti in questione, senza la possibilità di ritenere che detta attribuzione sia una mera clausola di stile.

Nel caso di specie, la C. , pur senza essere un operatore abituale, non era neppure un operatore occasionale del mercato dei valori mobiliari.

Essa deduce che, proprio per questi motivi, non poteva avere competenza ed esperienza in materia, mentre la ratio dell'art. 13, se legittimo e applicabile al caso di specie, era quella di escludere dall'ambito di protezione stabilito dalla L. n. 1 del 1991, art. 6 soltanto i soggetti che si occupassero con professionalità del mercato dei valori mobiliari e che fossero perciò in possesso di competenza ed esperienza specifiche, intendendosi per professionalità un'organizzazione mirata allo scopo, nella specie del tutto inesistente come ben noto alla banca che da anni intratteneva rapporti con la società, della quale conosceva l'effettiva attività e l'organizzazione aziendale, nonché i relativi prodotti ed i mercati di riferimento.

Il documento predisposto dalla banca e sottoposto alla firma della C. sarebbe, pertanto, del tutto generico e inidoneo allo scopo legittimando l'utilizzo da parte della banca di un modulo prestampato, quale mezzo preordinato alla disapplicazione della norma primaria e quindi volto alla realizzazione di un'ingiustificata e invalida limitazione di responsabilità dell'intermediario, in contrasto con i principi fissati dalla legge delega.

Tali censure sono prive di fondamento.



L'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387 ha definito come operatore qualificato, tra gli altri soggetti e per quel che rileva nel presente giudizio, anche "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto" nel contratto previsto dal precedente art. 9 del medesimo regolamento. Quindi, in base alla citata disposizione regolamentare, la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo.

Appare al riguardo evidente la *ratio* della norma in esame, volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione.

Tali considerazioni inducono a ritenere che, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; *Cass.*

1973/1662; 1981/5025; 2002/16127; 2006/13212) - esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richieda di compiere operazioni nel settore dei valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario con riferimento a tale specifica questione, ai sensi della L. n.1 del 1991, art. 13, comma 10, (cfr. Cass. 1998/5784; 2000/4085; 2002/10268; 2003/15172; 2005/4651).

Nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della 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 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.

Nel caso di specie, si evince che la società attrice, a fronte della propria dichiarazione di essere un operatore qualificato ai sensi dell'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387, non ha fornito alcun idoneo elemento di prova in ordine all'esistenza di circostanze che consentissero di escludere tale sua qualità, o comunque la propria competenza ed



esperienza nel campo delle operazioni in valori mobiliari, ed alla conoscenza o conoscibilità di tali circostanze da parte della banca intermediaria.

La stessa richiesta di ampia prova testimoniale sul punto si palesa generica e poco circostanziata, ponendosi in netto contrasto con la semplice considerazione in base alla quale la società C. - per il peso economico - commerciale rivestito sul mercato nazionale, che su quello internazionale (in relazione al quale, per il compimento di operazioni in valuta straniera, era necessario adottare cautele contro i rischi di cambio), per il volume di affari registrato, per le persone ed i mezzi di cui disponeva, per l'aver già effettuato altre operazioni con la medesima banca - doveva ritenersi a conoscenza delle regole che disciplinano il mercato dei valori mobiliari e consapevole dei rischi a cui operazioni come quella conclusa potevano esporre, così da poter essere considerata un operatore economico qualificato, ai sensi dell'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387 e ai fini da tale disposizione perseguiti.:

Quanto alla dedotta mala fede della U. ; che avrebbe continuato a proporre la stipula di ulteriori contratti nonostante il grave indebitamento della società attrice, ritiene questo collegio, dato il carattere ontologicamente speculativo dei contratti di swaps che le censure dedotte sembrano proporre semplicemente una diversa valutazione di fatti e comportamenti, ritenendo, in tal modo, la banca convenuta di poter in qualche modo alleviare la situazione gravemente debitoria innestatasi.

Le considerazioni che precedono conducono al rigetto della domanda.

La particolarità giuridica della controversia legittima la compensazione integrale delle spese di lite.

p.q.m.

Il Tribunale di Avellino, definitivamente pronunciando:

rigetta la domanda;
compensa le spese di lite.

Così deciso in Avellino il 1 febbraio 2011

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE RELATORE

Maria Lembo



IL CANCELLIERE
Dr. E. De Angelis

TRIBUNALE DI AVELLINO
Pubblicato il 16 FEB. 2011

IL CANCELLIERE 93
Dr. E. De Angelis

