



TRIBUNALE DI PISTOIA
Sezione civile

REPUBBLICA ITALIANA

In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio in persona dei magistrati

Dott. Nicoletta Maria Caterina Curci - presidente

Dott. Sergio Garofalo - giudice rel. ed est.

Dott. Carlo Carvisiglia - giudice

Nella causa n. 867/2009 R.G.A.C. tra le parti:

E **spa**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*
rappresentata e difesa dall'avv. D. **- attrice**

U **spa**, in persona del legale rappresentante *pro-*
tempore, difesa dagli avv.ti F
, - convenuta

ha emesso ai sensi dell'art. 16 D. Lgs. n. 5/2003 la seguente

SENTENZA

SULLE SEGUENTI CONCLUSIONI

PER GLI ATTORI:

- dichiarare la inesistenza e/o invalidità della dichiarazione fatta sottoscrivere a parte attrice il 5.4.2004, dichiarare la nullità per contrarietà a norme imperative dei contratti per cui è causa ovvero in subordine annullare i predetti contratti ex art. 1439 cc e condannare la convenuta alla restituzione dell'importo di euro 97.449,14 ovvero la maggiore o minore somma accertanda in corso di causa oltre interessi e rivalutazione; ovvero in via alternativa dichiarare la risoluzione dei contratti per grave inadempimento della convenuta e condannare la predetta al risarcimento dei danni corrispondenti all'ammontare delle perdite subite e subende, oltre interessi e rivalutazione;
- in via istruttoria insiste nella ammissione delle prove orali;

- con vittoria di spese e di onorari.

PER LA CONVENUTA

- respingere le domande attoree; con vittoria di spese e di onorari

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, E spa ha evocato in giudizio la U spa esponendo che:

- dietro consiglio del funzionario della filiale di Pistoia della Banca aveva sottoscritto il 18.3.2004, il 27.5.2005 ed il 21.3.2006 contratti di "interest rate swap";
- che tali contratti erano nulli in quanto stati stipulati senza che la Banca fornisse informazioni sulla possibilità di recesso ex art. 30 c. 6 d.l.vo 58/98, essendo stati conclusi fuori sede, ed in violazione degli art. 21 TUIF e 28 reg. Consob 11522/98 in particolare essendo omessa la valutazione del profilo di rischio dell'investitore e dell'adeguatezza dell'investimento proposto;
- che tali contratti erano, in subordine, annullabili per dolo del funzionario che aveva faciuo il grado di rischio dell'investimento ed aveva predisposto e fatto sottoscrivere in bianco una dichiarazione datata 5.4.2004;
- che i tre contratti dovevano comunque essere risolti per inadempimento consistente nella violazione da parte della Banca degli artt. 21, 28 e 29 TUIF e 28 reg. Consob 11522/98 e segnatamente nell'aver omesso di acquisire dall'investitore e fornire allo stesso prima della stipula del contratto le informazioni necessarie per valutare l'adeguatezza dell'investimento;
- che l'investimento si era rivelato economicamente disastroso poiché le perdite ammontavano ad euro 97.449,14.

Parte attrice pertanto concludeva come sopra.

Nella memoria conclusionale parte attrice, ferme restando le altre conclusioni, allegava che le perdite erano, successivamente all'atto di citazione, aumentate fino alla somma di euro 167.077,30 e quindi chiedeva che tale importo fosse restituito a seguito della dichiarazione di nullità o annullamento dei contatti e che, nella subordinata ipotesi di risoluzione del contratto, il risarcimento del danno fosse quantificato nella predetta somma.

La convenuta si costituiva in giudizio, contestando le deduzioni e le richieste attoree.

La stessa evidenziava che l'attrice era un operatore qualificato, avendo dichiarato di possedere specifica competenza in strumenti finanziari, e che erano pertanto non applicabili le disposizioni di cui agli artt. 21 TUIF e 28, 29 e 30 del reg. Consob 11522/1998; che i contratti non erano stati stipulati fuori dai locali della Banca e che comunque la disposizione di cui all'at. 30 c. 6 TUIF non si applicava agli operatori qualificati; che giammai le violazioni delle norme richiamate potevano integrare la nullità dei contratti; che nessun raggiro era stato posto in essere dal funzionario avendo fornito documentazione chiara e completa dell'investimento

proposto; che la domanda di risoluzione del contratto era errata poiché le violazioni lamentate attenevano non all'esecuzione del contratto ma alla fase precontrattuale. La banca concludeva come sopra.

Respinte le richieste di prova orali articolate dalle parti la causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 4.11.2010.

1) Sulla natura di operatore qualificato di E spa.

La Banca ha prodotto una dichiarazione del 18.3.2004 a firma del l.r. della soc. attrice nonché i contratti per le operazioni di Interest Rate Swap del 18.3.2004 e del 27.5.2005, sempre sottoscritti dal l.r. della attrice. Nella dichiarazione e nei contratti la Er si definisce operatore qualificato, dichiarando di possedere specifica competenza in strumenti finanziari anche derivati e negoziati fuori borsa.

Come è noto 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 di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, 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 (Cass. Civ. Sez. I sent. n. 12138/2009).

Ritiene il Tribunale, aderendo all'opinione della Suprema Corte, che la dichiarazione sottoscritta da parte attrice il 18.3.2004 ed il 27.5.2005 esonerasse la Banca convenuta dall'obbligo di svolgere ulteriori verifiche, anche alla luce delle ulteriori, non contestate, circostanze: che la Er ha un fatturato di circa 11 milioni di euro l'anno ed occupa 15 dipendenti; che ha stipulato anche con altri diversi intermediari contratti di Swap nonché contratti su strumenti finanziari derivati; che tra i dipendenti vi è anche un responsabile finanziario e amministrativo. Tali circostanze costituiscono elementi di conferma della veridicità della dichiarazione.

Ebbene nel caso concreto parte attrice ha contestato di essere "concretamente" operatore qualificato, assumendo che la dichiarazione prodotta sia indeterminata e generica. Tuttavia, pur a fronte delle circostanze di fatto sopra indicate, parte attrice

ha inteso fornire la prova dell'assenza di una propria competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari attraverso capitoli di prova per testi che non sono stati ammessi dal Tribunale in quanto formulati in modo generico ed aventi ad oggetto valutazioni. I capitoli di prova n. 2 e 3, infatti, erano formulati senza alcun riferimento a fatti precisi e consistevano nella inammissibile richiesta al teste di valutazioni circa la "conoscenza" ed "esperienza" della soc. attrice in materia di investimenti in strumenti derivati e senza che fossero articolate prove dalle quali desumere la conoscenza o conoscibilità da parte dell'intermediario che la E. (i), contrariamente a quanto dichiarato, non poteva essere considerata operatore qualificato.

1.1. Conclusivamente, quindi, parte attrice deve essere ritenuta un operatore qualificato e da ciò consegue l'inapplicabilità delle disposizioni previste dal reg. Consob 11522/98 relative a: contratti negoziati fuori sede, operazioni in conflitto di interesse, obbligo di acquisizione di informazioni circa la propensione al rischio, obbligo di informazione circa la natura, rischi e le implicazioni della specifica operazione o del servizio, obbligo di valutazione ed eventualmente astensione dall'esecuzione di operazioni non adeguate, obbligo di trasmissione di informazioni sulle operazioni eseguite e di rendiconti periodici.

2) Sulla nullità, annullamento, risoluzione dei contratti.

Secondo parte attrice i contratti sarebbero nulli o comunque dovrebbero essere risolti per violazioni delle norme (artt. 27, 28, 29, 36, 61 e 62 del reg. Consob 11522/98) che regolano la stipula dei contratti fuori sede, l'obbligatoria acquisizione di informazioni circa il profilo di rischio dell'investitore, la doverosa informazione sulla natura e rischi dell'operazione, l'obbligo di trasmissione di rendiconti periodici.

Si tratta di quelle norme la cui applicazione deve nel caso concreto essere esclusa in ragione della natura di operatore qualificato riconosciuta alla soc. attrice e pertanto non essendo predicabile alcuna violazione di norme imperative ed alcuna negligenza informativa né nella fase genetica né nel corso del rapporto contrattuale, devono essere respinte le domande di nullità e di risoluzione dei contratti.

Appare, comunque, doveroso fare presente che giammai la violazione delle predette norme potrebbe condurre alla nullità del contratto di investimento, come di recente autorevolmente chiarito da Cass. Sez. U, Sentenza n. 26724 del 19/12/2007.

Parimenti è da escludere che nella fattispecie possa disporsi l'annullamento dei contratti ex art. 1439 cc. per dolo del funzionario. Parte attrice si limita a riferire di scorrettezze consistenti in: a) omessa informazione sui rischi dell'investimento, b) omessa verifica dell'adeguatezza dell'investimento, c) assicurazione circa la possibilità di recedere senza oneri, d) predisposizione di una dichiarazione fatta

firmare in bianco datata 5.4.2004, e) proposta di operazioni estranee all'oggetto sociale.

E' pacifico che l'onere probatorio in ordine alla sussistenza di raggiri quale causa di annullamento del contratto incombe sull'attore, poichè non è utilmente invocabile la regola probatoria di cui all'art. 23, VI co. T.U.I.F., atteso che tale norma disciplina esclusivamente l'onere probatorio in ordine al rispetto degli obblighi comportamentali facenti carico agli intermediari e non appare estensibile in via analogica, attesa la natura eccezionale della norma, a questioni diverse.

In sostanza è l'investitore che deve dimostrare sia i raggiri che l'efficacia causale degli stessi sulla determinazione volitiva del contraente.

Tanto premesso si ritiene che:

- alcune delle "scorrettezze" sopra elencate siano oggettivamente e chiaramente ininfluenti sulla stipula dei contratti ed in particolare la dichiarazione datata 5.4.2004, che non riguarda i contratti per cui è causa, e l'estraneità degli stessi all'oggetto sociale, fatto certamente conosciuto da parte attrice e che quindi non può essere oggetto di condotta decettiva ai suoi danni;

- la Banca non era tenuta, per le ragioni esposte sub. 1, a dare informazioni sui rischi dell'investimento e a verificare l'adeguatezza delle operazioni; comunque nei contratti stipulati (art. 4) vi è una chiara indicazione "dell'elevato rischio di perdite preventivamente non quantificabili" e l'omessa valutazione dell'adeguatezza non può mai logicamente integrare un raggio, al più astrattamente ipotizzabile nella preordinata e menzognera assicurazione circa l'adeguatezza dell'investimento, circostanza neanche allegata da parte attrice;

- parte attrice non ha provato né ha chiesto di provare che il funzionario della Banca avrebbe dato assicurazioni circa la "possibilità di recedere in ogni momento dal contratto senza oneri" e che tale dichiarazione sia stata determinante del consenso; la E. ha chiesto di provare per testi (capitolo 5) solo che la Banca aveva dato informazioni circa la possibilità di esercitare il recesso entro sette giorni, circostanza del tutto diversa da quella allegata e quindi ininfluyente ai fini della decisione;

3) CONCLUSIONI

Le domande attoree vanno pertanto respinte.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, in assenza di notula, in relazione all'attività defensionale svolta e al valore della causa.

P.Q.M.

Visto l'art. 16 D. Lgs. N. 5/2003

Il Tribunale di Pistoia, definitivamente pronunciando, così provvede:

1) **RESPINGE** ogni domanda attorea;

- 2) CONDANNA E₁ spa a rimborsare alla U₁ ; spa le spese di lite che si liquidano in euro 2.500,00 per diritti ed onorari, oltre rimborso forfetario al 12,50% per spese generali, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso dal Tribunale, come sopra composto, riunito in camera di consiglio il 4.11.2010 .

Il Giudice est.
Dott. Sergio Garofalo

Il Presidente
Dott. Nicoletta Maria Caterina Curci