

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale civile e penale di Verona
Sezione 4[^] civile

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa

DA

F Spa - ATTRICE

CONTRO

UC Spa - CONVENUTA

E CON LA CHIAMATA IN CAUSA DI:

CA - CHIAMATA IN CAUSA

omissis

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Iter del giudizio e prospettazioni delle parti.

Per esigenze di chiarezza espositiva è opportuno innanzitutto dar conto degli assunti delle due parti.

La società attrice ha esposto che agli inizi del 2002 alcuni funzionari della RB S.p.A., successivamente fusa per incorporazione nell'istituto convenuto, le avevano prospettato la stipulazione di contratti finalizzati ad assicurare la copertura del rischio tassi cui essa era esposta in quel periodo.

Secondo la tesi dei proponenti eventuali perdite o flussi finanziari negativi maturati dalla società sulle operazioni di copertura sarebbero stati compensati dai minori esborsi sulle operazioni derivanti dagli affidamenti ordinari in favore della stessa e, per converso, i flussi finanziari positivi registrati dalla società sarebbero andati a compensare i maggiori interessi.

F S.p.A (d'ora innanzi per brevità solo F) ha poi aggiunto che i propri dipendenti amministrativi avevano aderito alla succitata proposta, con la

conseguenza che era stata conclusa una prima operazione in strumenti derivati, alla quale era seguita una serie di altre, pari nel loro complesso ad otto, nel periodo dal 2002 al 2005, ciascuna delle quali, ad eccezione dell'ultima, in ordine di tempo aveva costituito rimodulazione di quella immediatamente precedente e tutte erano state proposte dai funzionari dell'istituto di credito (tali operazioni sono state tutte meglio elencate e descritte rispetto al momento di iniziale decorrenza e a quello di conclusione a seguito di recesso in atto di citazione). A detta dell'attrice il complesso di quelle operazioni ha determinato per essa perdite che, alla data del 31 agosto del 2008, ammontavano ad euro 3.005.510,90, senza contare il mark to market dei contratti in essere, pari ad euro 3.252.111,57. Alla data di redazione dell'atto di citazione risultavano ancora in essere due operazioni di Irs, entrambe di nozionale di euro 23.000.000,00 e con scadenza finale al 2 agosto 2012.

Sulla base di tale esposizione in punto di fatto, l'attrice ha lamentato la nullità delle predette operazioni, in quanto, a suo dire, concluse in mancanza di contratto quadro e in via subordinata, la nullità delle stesse per carenza della forma convenzionale che sarebbe stata sicuramente prevista dall'eventuale contratto quadro.

L'attrice ha anche dedotto che alcune delle operazioni concluse con la convenuta non erano state precedute da ordine scritto, atteso che, a suo dire, quelli che la convenuta aveva prodotto (rectius: messo a disposizione) non erano riconducibili al proprio legale rappresentante e ha quindi disconosciuto le sottoscrizioni a firma F Spa in persona del legale rappresentante apposte sui documenti che ha specificamente elencato in atto di citazione

Ancora l'attrice ha dedotto un ulteriore profilo di nullità delle operazioni impugnate, consistente nella mancanza dell'avvertimento della facoltà di recedere da esse nella documentazione ad esse relative, con conseguente nullità delle stesse ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. 58/1998.

L'attrice ha poi addebitato all'istituto di credito convenuto, anche in qualità di successore della RB, ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione svolta in via subordinata, i seguenti comportamenti:

- la violazione dell'obbligo, previsto dall'art. 21 comma 2° T.U.F. e dall'art. 27 reg. Consob, di avvertire essa attrice di trovarsi in una situazione di conflitto di interessi, prima dell'effettuazione delle singole operazioni, in quanto

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. 28, comma 1, reg. Consob 11522/98 anche con riferimento all'art. 21 T.U.F., per non avergli consegnato, prima degli investimenti del 12 luglio 1999 e del 18 gennaio 2001, il documento sui rischi generali negli investimenti finanziari e per non averla informata sulle potenzialità negative cui sarebbe stata esposta la società per gli effetti che andava ad assumere;

- l'inadeguatezza, ai sensi dell'art. 29 reg. Consob 11522/1998, anche in relazione all'art. 21 del T.U.F., di tutte le operazioni di investimento al proprio profilo di investitore nonché al proprio oggetto sociale;

- la violazione dell'art. 21 del T.U.F e dell'art. 1175 c.c. per aver proposto ad essa attrice operazioni palesemente contrarie ai propri interessi.

A sostegno della domanda di annullamento svolta in via subordinata l'attrice ha dedotto che essa traeva fondamento dalla circostanza che le operazioni le erano state presentate dai funzionari dell'istituto di credito come aventi finalità di copertura, e non quelle speculative che poi si erano rivelate avere.

L'istituto di credito convenuto, nel costituirsi in giudizio, ha resistito alle domande avversarie assumendone l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

Quanto alla doglianza attorea riguardante l'assenza di contratto quadro la convenuta ha affermato che, in relazione ai contratti di swap stipulati dall'attrice (*con UC*) l'accordo quadro esisteva e ha affermato di produrlo. Anche con riguardo ai contratti che avevano fatto capo alla ex RB, a detta della convenuta, il contratto esisteva e la prova di ciò era che era stato richiamato nei contratti specifici ma essa non lo aveva reperito. In ogni caso tale forma, secondo l'istituto di credito, non doveva essere rispettata, dal momento che F apparteneva alla categoria degli operatori qualificati e comunque l'attrice, a suo dire, aveva tacitamente rinunciato a tale eccezione, avendo accettato i contratti di swap senza mai sollevare contestazioni.

Con riguardo al disconoscimento operato da controparte la convenuta ha dedotto che i contratti di swap, oltre a recare il timbro della società attrice, erano stati sottoscritti da CA che, in data 26 gennaio 2004, era stata delegata ad operare sul conto corrente intestato alla società e, in data 23 febbraio 2006, era stata nominata consigliere delegato della medesima. Tali risultanze, a detta

della convenuta, unitamente a quella dell'accettazione senza contestazione degli accrediti e addebiti conseguenti all'esecuzione e alle rinegoziazioni dei contratti di swap impugnati, valevano ad integrare una ratifica dell'operato della medesima e quindi dei contratti e degli atti unilaterali che la stessa aveva sottoscritto in nome e per conto della F Spa.

Sulla base di tali allegazioni la convenuta ha chiamato in causa CA per essere da essa tenuta indenne per le conseguenze economiche che si fosse trovata a dover sostenere a causa dell'apposizione da parte della stessa della sottoscrizione sui contratti per cui è causa.

Nel costituirsi in giudizio CA, dopo aver eccepito in via preliminare la nullità dell'atto di citazione, ha concluso, nel merito, per il rigetto delle domande svolte nei propri confronti da UC. A giustificazione di tale domanda la terza chiamata ha dedotto di essere stata una semplice impiegata della società attrice, deputata alla gestione dei rapporti ordinari di conto e di affidamento e di aver ricevuto in più occasioni i funzionari che avevano proposto i contratti di swap impugnati dalla stessa ma essi non si erano mai relazionati con il legale rappresentante di F, né avevano chiesto ad essa conto dei suoi poteri e delle sue funzioni, e le avevano sottoposto alcuni moduli, senza illustrare il loro contenuto né assumere informazioni sulla competenza specifica della F.

La causa è giunta a decisione senza nessuna attività istruttoria, avendo il G.D rigettato le istanze istruttorie delle parti nel decreto di fissazione di udienza di discussione ed essendo quel provvedimento stato confermato dal collegio.

2. La ratifica da parte dell'attrice delle dichiarazioni di operatore qualificato rilasciate dalla Casnici

Al fine di valutare la fondatezza dei principali assunti di parte attrice occorre innanzitutto stabilire quale rilevanza abbia la circostanza, pacifica in causa, che tutta la contrattualistica versata in atti dalla convenuta, ivi comprese le dichiarazioni di operatore qualificato autonome rispetto ai contratti quadro, siano state sottoscritte da CA che, altrettanto pacificamente, era una impiegata della F, priva del potere di rappresentarla perlomeno fino ad una certa data.

Sul punto non può condividersi l'assunto di parte convenuta secondo cui l'atto sanante, nel caso di specie, non avrebbe dovuto osservare un requisito di forma scritta, poiché per il contratto da ratificare non era prevista la forma scritta ad

substantiam, con l'ulteriore conseguenza che l'operato della terza chiamata dovrebbe considerarsi ratificato dai comportamenti concludenti tenuti dal legale rappresentante dell'attrice dopo di esso.

Invero la premessa giuridica di tale ragionamento potrebbe essere condivisa solo dopo aver verificato la validità delle dichiarazioni di operatore qualificato rilasciate da CA perché se tali atti fossero nulli o anche solo inefficaci, i contratti quadro per cui è causa sarebbero stati soggetti all'obbligo della forma scritta ex art. 23 T.U.F. al pari degli atti con cui furono ratificati. Orbene, una volta assodato che la ratifica può avere ad oggetto anche un atto unilaterale, quale è sicuramente la dichiarazione di operatore qualificato, e che per essa deve essere osservata, ai sensi dell'art. 1399 primo comma c.c., la forma scritta richiesta dagli artt. 23 t.u.f. e 30 del regolamento Consob, il predetto requisito formale può agevolmente rinvenirsi nella delibera del Cda della società attrice del 23 febbraio 2006 (cfr. relativo verbale che la convenuta ha prodotto come doc. n.1 in allegato alla memoria di replica alla comparsa di risposta di CA del 9 marzo 2009). Infatti con essa l'organo amministrativo ratificò espressamente, con formula assai ampia, l'operato della terza chiamata. Né può dubitarsi, in nessun modo, che quell'atto non sia stato adottato dall'organo predetto nella piena consapevolezza della esistenza di tutti i contratti di swap per cui è causa e delle vicende che li avevano riguardati, perchè depone chiaramente in tal senso la circostanza che le perdite ad essi conseguenti erano state annotate nei bilanci della società relativi al periodo 2002-2005.

A ciò aggiungasi che i componenti del Cda avevano avuto modo di rendersi conto di tali aspetti anche dagli estratti del conto corrente intestato alla società sul quale erano stati effettuati gli accrediti delle somme riconosciute a titolo di up front e degli addebiti immediatamente conseguenti in corrispondenza delle varie rinegoziazioni.

Le considerazioni sin qui svolte inducono a disattendere anche le ulteriori deduzioni dell'attrice secondo le quali i contratti per cui è causa erano estranei al proprio oggetto sociale e, per di più, sorretti da una volontà viziata ai sensi dell'art. 1439 c.c. o in via subordinata ai sensi degli artt. 1428-1431 c.c. E' evidente infatti che il sopra citato atto di ratifica ha sanato anche questi ulteriori, eventuali, profili di invalidità dell'attività compiuta da CA in rappresentanza della

F né d'altro canto l'attrice ha mai prospettato che da tali vizi fosse stato affetto lo stesso atto di ratifica del proprio consiglio di amministrazione .

3. Rilevanza delle dichiarazioni di operatore qualificato rilasciate dalla Casnici rispetto alla prospettata violazione da parte della convenuta degli obblighi comportamentali.

Parimenti infondati risultano gli assunti dell'attrice relativi al preteso mancato assolvimento da parte dei funzionari della convenuta degli obblighi comportamentali e al mancato inserimento nei contratti per cui è causa della facoltà di recesso. Essi infatti 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 già evidenziata circostanza che il legale rappresentante della attrice in più occasioni, 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.

L'attrice ha obiettato che tale dichiarazione è inefficace, e comunque insufficiente a dimostrare una propria effettiva competenza in materia finanziaria, avendo l'intermediario il dovere di desumerla da circostanze oggettive.

Orbene tale 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.

La Corte di Cassazione, nella sentenza sopra 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 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 conosciuti dall'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 F Spa.

UC ha infatti precisato, già in comparsa di risposta (pag. 17 di tale atto), che nel gennaio 2003 aveva stipulato con F anche quattro contratti derivati su cambi, che non sono stati impugnati, e tale circostanza, che non è stata mai contestata dall'attrice, è sicuramente indicativa dell'esperienza maturata dalla attrice in tale tipologia di rapporti.

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 di può presumere che, attraverso di essa, F abbia acquisito una sempre maggiore consapevolezza dei meccanismi operativi di tale tipologia di contratti. A conferma di ciò va rimarcato che, come ha sottolineato la difesa della convenuta, nei contratti del 27 maggio 2004, del 5 novembre 2004 e del 29 luglio 2005 (rispettivamente doc. 8,9 e 10 di parte convenuta) erano contenute numerose spiegazioni di quali sarebbero state le conseguenze economiche della risoluzione del contratto immediatamente precedente, che la convenuta ha riportato alle pag.17 e 18 della propria comparsa di costituzione e risposta.

Ancora va attribuita rilevanza nei termini sopra indicati, ai sensi dell'art. 116 c.p.c, al comportamento processuale della attrice che, come detto, aveva taciuto in atto di citazione l'esistenza dei contratti quadro conclusi con UC, così dimostrando implicitamente di aver compreso quale potesse essere stata la loro rilevanza.

Dal complesso di questi elementi può evincersi con una certa chiarezza anche che, con riguardo al profilo delle successive rinegoziazioni, la finalità speculativa delle stesse, ravvisabile nel differire l'esborso finanziario nei confronti della convenuta conseguente al valore negativo dei derivati, fu perfettamente compresa ed accettata dall'attrice.

Ad avviso del Collegio 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 diverse esigenze di tutela 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 le persone giuridiche che rilascino la dichiarazione autoreferenziale.

Ora non è possibile invocare le predette norme, definite, per l'appunto, di carattere generale, per sottoporre l'intermediario che operi con un soggetto che rivesta la qualifica di operatore qualificato, ai sensi dell'art. 31 reg. Consob, a quegli stessi specifici obblighi comportamentali fissati dagli artt. 27,28 e 29

perché, così facendo, si finirebbe per aggirare, di fatto, la disciplina regolamentare che, come detto, è conforme a quella comunitaria.

Il richiamo alle norme in esame è invece consentito innanzitutto per configurare doveri di comportamento degli intermediari, anche nei confronti degli operatori qualificati, diversi da quelli contemplati negli artt. 27, 28 e 29 reg. Consob, quali ad esempio quelli enucleabili dall'art. 26 reg. Consob che, a dispetto della rubrica, individua anche alcune specifiche regole di condotta per l'intermediario (si pensi all'obbligo di astensione dai comportamenti che possano avvantaggiare un investitore a danno di un altro, a quello di eseguire con tempestività le disposizioni impartite dagli investitori, a quello di operare al fine di contenere i costi a carico degli investitori).

Con specifico riguardo all'obbligo informativo derivante dall'art. 21 lett. b) del tuf deve invece osservarsi come esso permanga nei confronti di un soggetto che abbia rilasciato la dichiarazione autoreferenziale solo in presenza di elementi oggettivi, conosciuti o conoscibili dall'intermediario, dai quali si evinca una difformità tra quella evidenza e la realtà fattuale.

Alla luce delle superiori considerazioni la sottoscrizione da parte del legale rappresentante dell'attrice della dichiarazione di operatore qualificato comporta, ai sensi dell'art. 31 reg. Consob 11522/98, l'inapplicabilità delle norme che la F ha indicato come fonti degli obblighi comportamentali dei funzionari della banca convenuta, nonché di quello di osservanza della forma scritta per l'accordo quadro (rilevo che peraltro doveva intendersi limitato al primo in ordine di tempo dei contratti di swap) e di quello dell'inserimento nei contratti per cui è causa della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 30 comma 7° del T.U.F.

Con riguardo a quest'ultima allegazione occorre poi considerare che difetta comunque il presupposto per l'applicazione della norma sopra richiamata, ossia che la convenuta abbia posto in essere una attività di collocamento nei confronti dell'attrice, atteso che la Suprema corte con recentissima pronuncia (Cassazione civile, sez. I , 14 febbraio 2012, n. 2065) ha stabilito che *“La disciplina del recesso, dettata dall'art. 30, comma 6, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 con riguardo alle offerte fuori sede concernenti il collocamento di strumenti finanziari, è inapplicabile ai contratti di negoziazione di obbligazioni eseguiti in attuazione di un contratto-quadro, sottoscritto fra la banca e il cliente, in quanto tali contratti non costituiscono un servizio di collocamento, che si caratterizza per l'esistenza*

di un accordo tra l'emittente (o l'offerente) e l'intermediario collocatore, finalizzato all'offerta ad un pubblico indeterminato di strumenti finanziari, emessi a condizioni di tempo e prezzo predeterminati, ed, inoltre, il legislatore ha limitato la tutela dello "ius poenitendi" agli investitori che abbiano definito l'investimento per essere stati raggiunti all'esterno dei luoghi di pertinenza del proponente e, quindi, siano stati esposti al rischio di assumere decisioni poco meditate.

4. La regolamentazione delle spese processuali

Passando alla regolamentazione delle spese di lite esse, ivi comprese quelle relative al rapporto tra convenuta e terza chiamata, vanno poste a carico dell'attrice in applicazione del criterio della soccombenza. Invero l'esigenza per la convenuta di convenire in giudizio la terza chiamata è stata determinata in via diretta dalla iniziativa giudiziaria dell'attrice.

Alla relativa liquidazione si procede come in dispositivo in via equitativa, stante il mancato deposito di nota spese, secondo il regime tariffario.

Tale conclusione discende dalle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nelle recentissime pronunce n.17405 e 17406 del 12 ottobre 2012 secondo le quali i nuovi parametri sono da applicare *“ogni qual volta la liquidazione giudiziale intervenga in un momento successivo alla data di entrata in vigore del decreto precisato e si riferisca al compenso spettante al professionista che, a quella data, non abbia ancora completato la propria prestazione professionale, ancorché tale prestazione abbia avuto inizio e sia in parte svolta in epoca precedente quanto ancora erano in vigore le tariffe professionali abrogate”*.

A ben vedere la Suprema Corte ha assimilato l'abrogazione del sistema tariffario e la sostituzione di esso con il regime dei parametri all'ipotesi, già esaminata dalla giurisprudenza in passato, della successione delle tariffe professionali forensi e ha quindi ribadito l'orientamento, ripetutamente espresso sul punto, secondo il quale, tenuto conto del carattere unitario della prestazione difensiva, gli onorari devono essere liquidati in riferimento alla normativa vigente nel momento in cui l'opera complessiva è stata condotta a termine, con l'esaurimento o con la cessazione dell'incarico professionale (cfr. tra le tante Cass. 19/12/2008 n. 29880 e Cass. 3/8/2007 n. 17059).

E' evidente poi, che, secondo il giudice di legittimità, il momento in cui l'incarico professionale avente ad oggetto una attività difensiva giudiziale si può considerare concluso è quello immediatamente precedente la decisione o la liquidazione.

Poiché nel caso di specie l'ultima attività difensiva che ha preceduto il predetto momento è consistita nella discussione finale svoltasi all'udienza del 25 maggio 2012, quindi ben prima dell'entrata in vigore del d.m.140/2012 l'importo da riconoscere all'attrice a titolo di rimborso delle spese di lite va determinato in base alla tariffa forense (d.m.127/2004).

P.Q.M

Il Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando ogni diversa ragione ed eccezione disattesa così decide:

- rigetta le domande avanzate dall'attrice nei confronti della convenuta e per l'effetto condanna l'attrice a rifondere alla convenuta le spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 12.000,00 di cui 2.000,00 per diritti, ed il resto per onorari, oltre rimborso spese generali nella misura del 12,5 % su diritti e onorari, Iva se dovuta e Cpa;
- condanna l'attrice a rifondere alla terza chiamata le spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 9.000,00 di cui 1.500,00 per diritti, ed il resto per onorari.

Verona 20 settembre 2012

Il Presidente

il Giudice Estensore