

N. 3372/2005 Reg. Generale



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE D'APPELLO DI MILANO

PRIMA SEZIONE CIVILE

IL CASO.it

composta dai Signori:

- Dr Baldo Marescotti - Presidente
- Dr Rosella Boiti - Consigliere relatore
- Dr Filippo Lamanna - Consigliere

CONTRIBUTO UNIFICATO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa con atto di citazione notificato il 4.8.2005 a ministero dell'Ufficiale giudiziario addetto all'Ufficio unico notificazioni presso la Corte d'Appello di Milano e posta in deliberazione il 28.3.2007, sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza del 16.1.2007.

TRA

~~OGGETTO~~ ~~OGGETTO~~ ~~OGGETTO~~ C.F. ~~13387100159~~,
 elettivamente domiciliata in Milano, ~~via~~, presso e nello studio
 dell'a ~~OGGETTO~~, che la rappresenta e difende, in via disgiuntiva con gli
 avv. ~~OGGETTO~~ e ~~OGGETTO~~ del Foro ~~OGGETTO~~, in

-OMISSIS-

2709/07

N. 2409/07	Sen.
N. 2527/07	Rep.
N.	F.N.

Mi 023-6

All'udienza del 16.1.2007 le parti precisavano le conclusioni, come trascritte in epigrafe, e, decorsi i termini stabiliti ai sensi degli artt. 352 e 190 c.p.c., la causa veniva decisa nella Camera di Consiglio del 28.3.2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il Tribunale di Milano ha così motivato il rigetto delle domande proposte dalla ~~_____~~:

«Va anzitutto rilevato risultare dal contratto in data 21/1/02 la dichiarazione di parte attrice, relativa al possesso di specifiche competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati, con conseguente disapplicazione, nei suoi confronti, delle disposizioni di cui al 1° comma dell'art. 31 Reg. Consob n. 11522/98. Tale dichiarazione risulta poi reiterata con lettera (doc. 5) prodotta da controparte.

Che tale contratto sia stato poi regolarmente stipulato tra le parti in causa – in contrario alla pretesa mancata sua sottoscrizione, assunta da parte attrice – risulta, oltre che dalla produzione del doc. 4 di parte convenuta, dal fatto che la stessa ~~_____~~ ammette la circostanza, attesa la sua conclusione istruttoria di esibizione ex art. 210 cpc dell'originale del contratto relativo ai servizi di investimento; istanza avente in proposito contenuto assolutamente confessorio al riguardo.

Quanto poi alla asserita mancanza di ragione per l'attrice di addivenire alla stipulazione dei contratti di swap, deve rilevarsi, attesa la mancanza di loro valenza speculativa e la loro conclusione in relazione a una ben precisa situazione di indebitamento, che gli stessi costituiscono una copertura rispetto a un rischio ben preciso e ben individuato, come nel caso di copertura del rischio per indebitamento a tasso variabile.

Nel caso di specie, la possibilità data all'attrice di sottoscrivere nuovi contratti di swap, a chiusura di precedenti, con accredito di c.d. up-front (utilità connessa alla specifica sottoscrizione), è venuta a costituire una sorta di operazione creditizia, comportante articolazione di contrattazioni via via più complesse, la cui struttura può richiedere – come nel caso di specie ha richiesto – la necessità di modifiche per l'imprevedibile evoluzione dei tassi, legata alla realtà dell'economia mondiale dell'epoca.»

2. Con il primo motivo dell'appello principale la ~~_____~~ ha lamentato la “errata valutazione ed omessa valutazione della documentazione acquisita” effettuata dal Giudice di prime cure, per non aver considerato che:

- dal timbro apposto sulla dichiarazione asseritamente sottoscritta in data 25.1.2002 dal Presidente del C.d.A., ~~Carlo [redacted]~~, risultava che il documento era pervenuto alla Banca il 30.12.2002, quasi un anno dopo la data riportata nello stesso documento e dopo l'inizio delle operazioni;

IL CASO.it

- nel marzo del 2002 lo stesso Credito ~~Italiano~~ aveva richiesto che la ~~COOP [redacted]~~ rendesse una dichiarazione in tal senso (doc. 17

- il 25.1.2002 (giorno dell'asserita sottoscrizione) il ~~[redacted]~~ si trovava in Germania e non avrebbe pertanto potuto fisicamente firmare detta dichiarazione;

- da tali circostanze risultava provato che la dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob n. 11522 – che la Banca aveva prodotto sub doc. n. 5 – era stata resa un anno dopo la sottoscrizione del primo contratto di *swap*;

- non corrispondeva pertanto a verità la premessa – su cui si fondava l'intero contratto quadro – che in data 25.1.2002 essa ~~COOP [redacted]~~ si era dichiarata operatore qualificato;

- non era nemmeno possibile che il ~~[redacted]~~ avesse sottoscritto il contratto quadro in data 25.1.2002.

Con la prima censura del terzo motivo l'appellante principale ha inoltre lamentato che il Tribunale ha erroneamente ritenuto, dalla richiesta di esibizione dell'originale del contratto, l'esistenza di una confessione in ordine al fatto che detto contratto era stato sottoscritto in data 25.1.2002, mentre detta richiesta – che essa ~~COOP [redacted]~~ riproponeva – era dovuta al fatto che l'esibizione degli originali avrebbe permesso di confermare (e comunque non certo di smentire) che il contratto quadro era stato sottoscritto ben dopo l'inizio delle operazioni di *swap*.

Con la seconda censura del quarto motivo l'appellante principale ha altresì lamentato che il Giudice di prime cure, senza alcuna giustificazione, non ha ammesso le prove che essa ~~COOP [redacted]~~ aveva dedotto – e che riproponeva con l'atto di impugnazione – per dimostrare che il contratto quadro e la dichiarazione di essere operatore qualificato non erano stati sottoscritti in data 25.1.2002.

Tali censure, che per motivi di ordine logico vanno esaminate congiuntamente, sono tutte infondate.

Costituendosi nel primo grado del giudizio, la ██████ ha prodotto la fotocopia del contratto contenente "norme relative alle operazioni di interest rate swap tra Credito Italiano ed operatori qualificati", recante la data 25.1.2002 e la sottoscrizione, per la "cogeme set s.p.a.", del "Presidente ed A.D. ing. C. ██████" (vd. il doc. n. 4 della UBI), nonché la fotocopia della dichiarazione di possesso di una "specifica competenza ed esperienza in materia ed operazioni in strumenti finanziari" da parte della "cogeme set. S.p.a.", sottoscritta dallo stesso Carlo ██████, in qualità di legale rappresentante" della società (vd. il doc. n. 5 della UBI).

Con la memoria di replica alla comparsa di costituzione avversaria, la ██████ non ha contestato la conformità delle fotocopie agli originali di detti documenti, né la sottoscrizione apposta dal legale rappresentante di essa società, che ha anzi riconosciuto, essendosi limitata a sostenere (con le argomentazioni riproposte con il primo motivo dell'appello principale) che l'ing. ██████ non poteva aver sottoscritto nella data del 25.1.2002 indicata sui documenti né il contratto quadro, né la dichiarazione di "specifica competenza ed esperienza in materia ed operazioni in strumenti finanziari" (vd. la memoria depositata il 19.11.2004).

Non essendo state disconosciute, dette fotocopie hanno nei confronti della ██████ la stessa efficacia probatoria degli originali, come previsto dall'art. 2712 c.c.

L'istanza di esibizione proposta dalla ██████ non può pertanto essere accolta, essendo l'acquisizione di detti originali priva di qualsiasi rilevanza.

Come ritenuto dal Tribunale, la proposizione dell'istanza di esibizione del contratto quadro costituisce inoltre una confessione della stipulazione di detto contratto tra le parti, "in contrario alla pretesa mancata sua sottoscrizione, assunta da parte attrice" nell'atto di citazione (nel quale la ██████ ha affermato che non risultava che essa avesse mai sottoscritto un contratto avente per oggetto la prestazione di servizi di investimento).



Del tutto incongruente rispetto a tale affermazione è la censura con la quale la ████████ ha – erroneamente – lamentato che il Giudice di prime cure avrebbe dedotto dalla proposizione dell'istanza ex art. 210 c.p.c. l'esistenza di una confessione in ordine al fatto che il contratto quadro "era stato sottoscritto in data 25.1.2002",

IL CASO.it

Non può essere accolta neppure l'istanza della ████████ di ammissione dell'"interrogatorio formale del legale rappresentante di ████████ Banca ████████ Spa nonché dei signori ████████ e ████████".

Essendo diretto, ai sensi dell'art. 228 c.p.c., a provocare la confessione giudiziale della controparte, non è evidentemente ammissibile l'interrogatorio formale dedotto nei confronti del legale rappresentante della ████████, ████████, e nei confronti di ████████, che era membro del C.d.A. della ████████, con poteri di amministrazione, con firma disgiunta, anche per sottoscrivere contratti relativi a prodotti "derivati" e a "convertible swap", come risulta dal certificato della Camera di Commercio di Milano del 6.2.2004 (prodotto sub doc. n. 10 dalla ████████).

Ma neppure l'interrogatorio formale dedotto nei confronti del legale rappresentante della ████████ è ammissibile, non essendo diretto a far confessare fatti sfavorevoli alla stessa, ma, per un verso, addirittura a confermare che il contratto quadro e la dichiarazione di specifica competenza ed esperienza in materia ed operazioni in strumenti finanziari sono stati sottoscritti "in data 25.1.2002" (vd. i capitoli nn. 1 e 2), per un altro verso, fatti – relativi alla presenza in Germania di ████████ nella stessa data – non rientranti nelle dirette conoscenze dell'interrogando (vd. i capitoli nn. 3, 4 e cfr. Cass. n. 6816 del 1988) e, infine, fatti – relativi all'invio da parte del ████████ del telefax del 20.3.2002 – che non sono stati contestati dalla controparte (vd. i capitoli nn. 5, 6 e 7).

L'assunto che il ████████ il 25.1.2002 fosse in Germania (oltre che non provato, non essendo stati confermati da testi i documenti riguardanti le spese asseritamente sostenute all'estero dallo stesso) è comunque irrilevante, dato che nella "conferma di contratto di convertible swap" del 28.1.2002 inviato al ████████ la ████████

fa espressamente riferimento al fatto che l'accordo normativo di Interest Rate Swap, i cui termini e condizioni dovevano essere applicati allo specifico contratto di Convertible Swap, era "stato concluso a mezzo di scambio di corrispondenza ns. e vostra del 25/01/2002" (vd. il doc. n. 1 della ██████████).

Nel contratto quadro è già contenuta la dichiarazione del legale rappresentante della società prevista dall'art. 31, comma 2 del regolamento Consob approvato con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998.

Nelle premesse di tale contratto - che, ai sensi dell'art. 1 formavano parte integrante dello stesso nonché di ciascun futuro contratto specifico di *interest rate swap* - si legge infatti che: "██████████ S.P.A. rientra nella categoria degli operatori qualificati di cui all'art. 31, comma 2 del regolamento Consob approvato con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 in quanto ha dichiarato, come dagli atti allegati al presente contratto, di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati e che, pertanto, nei suoi confronti non si applicano le disposizioni indicate al comma 1 del medesimo articolo".

La circostanza che la scrittura privata datata 25.1.2002, con la quale il legale rappresentante della ██████████, ██████████, ha dichiarato che la società era in possesso di una "specifico competenza ed esperienza in materia ed operazioni in strumenti finanziari" (prodotta dalla ██████████ sub doc. n. 5), sia stata rilasciata solo in seguito alla richiesta inviata dal ██████████ con il fax del 20.3.2002 (prodotto dalla ██████████ sub doc. n. 17) - come riconosciuto dalla stessa ██████████ - è priva di rilevanza, dato che, non essendo richiesto dall'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 che la dichiarazione di essere operatore qualificato debba essere rilasciata con una scrittura separata, deve ritenersi valida ed efficace, rispetto alle operazioni di *swap* poste in essere successivamente, la dichiarazione contenuta nel contratto quadro.

E la data apposta su tale scrittura privata costituisce una conferma del fatto che il contratto quadro è stato sottoscritto in data 25.1.2002 e una evidente manifestazione

della volontà della ██████████ di ribadire la validità della dichiarazione contenuta in detto contratto.

IL CASO.it

3. Con il secondo motivo l'appellante principale ha dedotto che la dichiarazione ex art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 rilasciata dalla ██████████ è in ogni caso priva di rilevanza, in quanto la mera dichiarazione del legale rappresentante di una società circa la specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni finanziarie non è di per sé sufficiente a deresponsabilizzare l'intermediario finanziario.

Con la prima censura del quarto motivo la ██████████ ha, in particolare, sostenuto che, alla luce delle norme dettate dal d.lgs. n. 58/1998 e del Regolamento attuativo Consob, le dichiarazioni formali rese dal cliente non potevano essere supinamente recepite dalla Banca, che aveva invece l'obbligo di verificare se corrispondevano a realtà; che il ██████████ non aveva alcuna esperienza in materia finanziaria e che, d'altra parte, la sottoscrizione della dichiarazione da parte di essa ██████████ non era stata preceduta da alcuna concreta informazione da parte della Banca.

Con la seconda censura del terzo motivo dell'appello principale, la ██████████ ha dedotto che, al contrario di quanto erroneamente ritenuto dal Tribunale, essa società non aveva alcun bisogno di porre in essere le operazioni di *swap*, attesa l'evidente irrilevanza degli oneri finanziari in caso di aumento del fatturato, e che le operazioni proposte dalla Banca erano pertanto solamente speculative.

Anche tali censure sono infondate.

Ai sensi dell'art. 31, comma secondo del Regolamento Consob n. 11522/98, "per operatori qualificati si intendono gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, i promotori finanziari, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di

REPUBBLICA
ITALIANA

professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché 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.”

La Consob ha dunque individuato tre distinte categorie di “operatori qualificati”: persone e società che si presumono essere tali in forza della specifica attività esercitata; persone fisiche che per essere considerate tali devono documentare di essere in possesso di determinati requisiti; società e persone giuridiche che per essere considerate operatori qualificati devono dichiarare per iscritto di essere in possesso di specifica competenza ed esperienza in materia.

Il tenore letterale della norma e la differente disciplina prevista per le persone fisiche e le società e persone giuridiche non rientranti nella prima categoria porta ad escludere che anche per queste ultime il possesso dei requisiti di operatore qualificato debba essere documentato.

Deve conseguentemente escludersi che gli intermediari finanziari abbiano l’obbligo di verificare l’effettiva sussistenza del possesso della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari dichiarata dal legale rappresentante di una società.

È in ogni caso privo di rilevanza l’assunto che ██████████ fosse persona non competente in materia di strumenti finanziari, atteso che la norma non richiede che la dichiarazione, da rilasciarsi con riferimento alla “società”, specifichi se la competenza autocertificata sussista in capo agli amministratori, ai dirigenti o ai dipendenti della stessa.

La dichiarazione del legale rappresentante della ██████████ contenuta nel contratto quadro del 25.1.2002 non può essere considerata una mera clausola di stile.

██████████ non si è infatti limitato ad affermare genericamente che la ██████████ era in possesso di “specifico competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari”, come recita il testo dell’art. 31, ma ha precisato che tale

competenza ed esperienza riguardava le operazioni in strumenti finanziari "derivati", aggiungendo che "pertanto, nei suoi confronti non si applicano le disposizioni indicate nel comma 1" dell'art. 31 del Reg. Consob n. 11522 del 1° luglio 1998.

Al contrario di quanto sostenuto dalla ██████████, le operazioni di *swap* avevano una funzione di copertura del c.d. rischio tassi.

IL CASO.it

Sia all'epoca in cui ha sottoscritto il contratto quadro che successivamente la ██████████ aveva una notevole esposizione nei confronti delle banche e un rialzo dei tassi di interesse avrebbe pertanto comportato un proporzionale maggior costo del suo indebitamento.

Dato che per il periodo dal 2002 al 2006 era previsto un rialzo dei tassi monetari in misura contenuta e graduale le operazioni di *convertible swap* poste in essere da ██████████ apparivano idonee a coprire il rischio derivante da tale rialzo, in quanto con tali operazioni l'indebitamento a tasso variabile indicizzato, e quindi collegato al rialzo dei tassi, che la stessa aveva nei confronti delle banche, veniva trasformato in un indebitamento a tasso fisso.

Nel primo grado del giudizio, la ██████████ non ha contestato gli assunti della ██████████ circa le previsioni di moderato e graduale aumento dei tassi e l'imprevedibilità della diminuzione dei tassi successivamente verificatasi, ma si è limitata a sostenere che nel gennaio del 2002 ad essa società non potevano essere note le risultanze dell'esercizio 2001 e che da un prospetto da essa elaborato emergeva "l'irrilevanza degli oneri finanziari in caso di aumento del fatturato" (vd. la memoria di replica alla comparsa di costituzione avversaria, depositata dalla ██████████ in data 19.11.2004).

Tali argomentazioni, riproposte con l'atto d'appello, non possono essere condivise. È evidente che gli amministratori non possono ignorare (se non per grave negligenza) l'entità dell'indebitamento della società e le sue variazioni, senza dover aspettare l'approvazione del bilancio d'esercizio, essendo questo un dato indispensabile per valutare l'opportunità delle scelte di gestione.

Nella specie, al momento della conclusione del contratto quadro del 25.1.2002 e del primo contratto di *swap* del 28.1.2002 gli amministratori della ██████████ non

potevano pertanto ignorare la gravità dell'indebitamento della società nei confronti delle banche, dato che nel bilancio di tale esercizio tale voce è stata iscritta per complessive lire 8.053.644.970 (pari a euro 4.159.360). Nel successivo esercizio l'indebitamento è aumentato a euro 7.265.893 (vd. i bilanci degli esercizi 2001 e 2002, prodotti sub doc. nn. 11 e 12 dalla ██████████).

L'asserita irrilevanza degli oneri finanziari derivanti dall'indebitamento verso la banca rispetto all'ammontare del fatturato non esclude in alcun modo che per la società potesse comunque essere opportuno cautelarsi dal rischio dell'aumento dei tassi con delle operazioni di *swap*, considerato che per il periodo dal 2002 al 2006 era previsto un rialzo dei tassi monetari in misura contenuta e graduale.

L'appello principale va pertanto rigettato.

4. Il Tribunale nulla ha disposto sulle spese di lite, avendo ritenuto che:

«Il mancato deposito di nota spese da parte del difensore di parte convenuta fa presumere la rinuncia alla liquidazione relativa.»

Con l'appello incidentale la ████████ ha censurato tale pronuncia, deducendo che anche in mancanza del deposito della nota spese il Tribunale aveva il dovere di pronunciarsi sulle spese di giudizio, seguendo la regola di cui all'art. 91 c.p.c. e calcolando i diritti e gli onorari sulla base degli atti di causa alla luce delle tariffe vigenti.

Il motivo è fondato.

La inosservanza dell'art. 75 disp. att. c.p.c., concernente l'obbligo del difensore di presentare la nota delle spese, non esclude il potere - dovere del giudice di provvedere alla liquidazione delle spese giudiziali sulla base degli atti di causa ai sensi dell'art. 91 c.p.c., il cui disposto conferisce natura accessoria e consequenziale alla condanna della parte soccombente al rimborso, con la conseguenza che il giudice, in mancanza di esplicita richiesta della parte vincitrice, deve provvedervi d'ufficio (cfr. Cass. n. 1440 del 2000).

La ██████████ deve essere pertanto condannata a rifondere alla ████████ le spese del primo grado del giudizio, che si liquidano, tenuto conto del valore della causa e delle



questioni trattate e delle tariffe professionali, in complessivi euro 11.800,00 (300,00 per spese, 2.500,00 per diritti, 9.000,00 per onorari), oltre alle spese generali di studio secondo tariffa e ai competenti oneri fiscali e previdenziali come per legge.

5. Per il principio della soccombenza, la [redacted] va condannata a rifondere alla [redacted] anche le spese del presente grado, che si liquidano, tenuto conto del valore della causa e delle questioni trattate, in complessivi euro 15.300,00 (300,00 per spese, 3.000,00 per diritti, 12.000,00 per onorari), oltre alle spese generali di studio secondo tariffa e ai competenti oneri fiscali e previdenziali come per legge.

P. Q. M.

la Corte d'Appello di Milano, Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla [redacted] S.p.A. avverso la sentenza n. 8148 del 23.5/11.7.2005 del Tribunale di Milano e sull'appello incidentale proposto dalla [redacted] Banca [redacted] S.p.A., rigetta l'appello principale e accoglie l'appello incidentale e, in parziale riforma della sentenza impugnata, così provvede:

- condanna la [redacted] S.p.A. a rifondere le spese di lite del primo grado del giudizio sostenute dalla [redacted] Banca [redacted] S.p.A., liquidate in complessivi euro 11.800,00, oltre alle spese generali di studio secondo tariffa e ai competenti oneri fiscali e previdenziali come per legge;
- conferma nel resto la sentenza impugnata;
- condanna [redacted] S.p.A. a rifondere le spese di lite del presente grado del giudizio sostenute dalla [redacted] Banca [redacted] S.p.A., liquidate in complessivi euro 15.300,00, oltre alle spese generali di studio secondo tariffa e ai competenti oneri fiscali e previdenziali come per legge.

Così deciso in Milano, in Camera di Consiglio, il 28 marzo 2007.

Il Consigliere rel. est.

(Dott. Rosella Boiti)

Rosella Boiti

Il Presidente

(Dott. Baldo Marascotti)

Baldo Marascotti

IL CANCELLIERE C1

Cancelleria Melitona

[Signature]

CORTE D'APPELLO DI MILANO
DEPOSITATA NELLA CANCELLERIA
DELLA 1ª SEZIONE CIVILE

Oggi

12 OTT. 2007

IL CANCELLIERE C1

Cancelleria Melitona

[Signature]