



Repubblica Italiana
in nome del popolo italiano
il Tribunale di Prato
sezione civile

in composizione monocratica, nella persona del Giudice dott. Caterina Condò, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 4955/2009 R.G.A.C.

promosso da

EMMEBI SMART YARD S.P.A., in persona dei legali rappresentanti sig.ri Alberto Mazzei, Giovanni Bini, Nadia Luchetti, rappresentata e difesa dall'Avv. Dario Brunori ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, sito in Prato, Via Arcivescovo Martini n. 6,

ATTRICE

CONTRO

CARIPRATO - CASSA DI RISPARMIO DI PRATO S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Prof. Francesco Corsi ed Elena Iozzelli, ed elettivamente domiciliata presso e nello studio dell'Avv. Raffello Astorri sito in Prato, Via Valentini n. 8/d

CONVENUTA

CONCLUSIONI come rassegnate all'udienza del 20.2.2012

per l'attrice: *“Voglia l'Ill.mo Tribunale di Prato, disattesa ogni eccezione, deduzione e domanda avversaria:*

in via istruttoria: ammettere le prove tutte richieste in corso di causa e non ammesse;

in via preliminare: dichiarare la nullità dei contratti conclusi tra Emmebi Smart Yard spa e CariPrato fuori sede il 23.02.2005 e il 19.10.2006 per violazione dell'art. 30, comma 6, D. Lgs. N. 58/98, dal momento che non veniva fornita alcuna informazione, a tutela dell'investitore, sulla possibilità di recesso dai contratti stessi e, conseguentemente, condannare la convenuta alla restituzione di quanto indebitamente pagato dalla comparente a seguito della conclusione dei detti

contratti, nella misura di € 433.488,14 = o quella maggiore o minore che risulterà in corso di causa, oltre interessi moratori dalle singole scadenze e rivalutazione; nel merito, in via principale:

previa declaratoria dell'inesistenza e/o invalidità della dichiarazione ex art. 31, 2 comma, Reg. Consob n. 11522 fatta sottoscrivere a Emmebi Smart Yard spa, dichiarare la nullità per contrarietà a norme imperative dei contratti conclusi tra Emmebi Smart Yard spa e CariPrato il 23.02.2005 e il 19.10.2006 e conseguentemente, condannare la convenuta a restituire all'attrice l'importo di € 433.488,14 ovvero la maggiore o minor somma accertanda in corso di causa e/o maturata alla data della declaratoria di nullità dei contratti, oltre gli interessi legali di mora maturati dal giorno dei singoli pagamenti non dovuti al saldo effettivo, oltre rivalutazione monetaria;

nel merito, in via subordinata:

annullare ex art. 1439 c.c. i contratti conclusi tra Emmebi Smart Yard spa e CariPrato del 23.02.2005 e del 19.10.2006; conseguentemente, condannare la convenuta a restituire all'attrice l'importo di € 433.488,14 ovvero la maggiore o minor somma accertanda in corso di causa e/o maturata alla data di annullamento dei contratti, oltre agli interessi legali di mora maturati dal giorno dei singoli pagamenti non dovuti al saldo effettivo, oltre rivalutazione monetaria;

nel merito, in via alternativa:

dichiarare la risoluzione dei contratti conclusi tra Emmebi Smart Yard spa e CariPrato del 23.02.2005 e del 19.10.2005 per grave inadempimento della convenuta CariPrato; conseguentemente, condannare essa società al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi da Emmebi Smart Yard spa, per un importo corrispondente all'ammontare delle perdite dubite e subende in conseguenza del rapporto negoziale de quo e ad oggi pari ad € 433.488,14 oltre interessi e rivalutazione monetaria;

in ogni caso:

rigettarsi la domanda riconvenzionale condizionata svolta ex adverso o, comunque, in ipotesi, disporsi la compensazione, anche parziale, di quanto eventualmente dovuto a tale titolo dalla componente con la maggiore o minor somma che risulterà alla stessa dovuto per le domande svolte.

Vittoria di spese e di onorari.”.

Per la convenuta, come da comparsa di costituzione e risposta (i.e.: *“voglia l'ecc.mo Tribunale di Prato respingere le domande ex adverso proposte, in quanto infondate in fatto e diritto, per i motivi tutti esposti in narrativa.*

In ipotesi, in via riconvenzionale: nella denegata ipotesi di accoglimento, anche parziale, delle domande avversarie condannare la Emmebi Smart Yard spa a restituire alla Cariprato – Cassa di Risparmio di Prato s.p.a. la somma di euro 105.412,00, o la diversa maggiore o minore somma che risulterà di giustizia, oltre rivalutazione e interessi dal dì del dovuto al saldo.”.)

FATTO E DIRITTO

I. La prospettazione delle parti.

La Emmebi Smart Yard S.p.A. conveniva in giudizio la Cariprato- Cassa di Risparmio di Prato s.p.a. davanti al Tribunale di Prato, per ivi sentire accogliere le riportate conclusioni. A fondamento delle proprie pretese la Emmebi Smart Yard rappresentava di aver sottoscritto con la CariPrato in data 23.02.2005, presso i propri locali, e su forte suggerimento del funzionario Dott. Baldini, un *“Contratto Quadro Derivati Over The Counter (OTC) collegati a tassi di interesse con una durata di 3 anni e con un importo nozionale di riferimento pari ad euro 1.000.000,00”* (cfr. doc. 1-4 del fascicolo di parte attrice). Il contratto in questione veniva indicato dal Dott. Baldini come necessario *“per coprire la società dal rischio di aumento dei tassi di interesse”*. Tale contratto veniva estinto nell'ottobre 2006, su suggerimento della Banca, che aveva paventato un trend negativo del prodotto finanziario sottoscritto, nonostante, fino a quel momento, la Emmebi avesse incassato dall'operazione Euro 28.412,00. L'attrice sottoscriveva quindi in data 19.10.06, in luogo del contratto estinto, una operazione Euro RC 5 anni, con importo nozionale di euro 1.000.000,00 e con scadenza al 31.10.2011. Riguardo a tale investimento, la Banca in data 30.06.2009 comunicava la perdita di Euro 278.195,94 a carico dell'attrice.

In ragione di quanto verificatosi, la Emmebi Smart Yard chiedeva all'intestato Tribunale di dichiarare la nullità dei contratti sottoscritti nelle date del 23.02.2005 e del 19.10.2006 con la CariPrato per violazione, da parte di quest'ultima, di norme imperative di legge. Nello svolgimento del rapporto contrattuale, secondo la prospettazione attorea, risultavano essere state violate le seguenti disposizioni legislative. In primo luogo l'art. 30, comma 6, D. Lgs. n. 58/98, trattandosi di

contratti conclusi fuori sede, o comunque di proposte contrattuali effettuate fuori sede, per cui la Emmebi Smart Yard avrebbe dovuto essere informata della possibilità di poter recedere, senza spese, entro sette giorni decorrenti dalla sottoscrizione dei medesimi contratti. A tal proposito, l'art. 30, comma 7, D. Lgs. n. 58/98, sanziona l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari con la nullità dei relativi contratti. Inoltre appariva violato l'art. 21, comma 1, lettere a, b, c, d del D.Lgs. n. 58/98, il quale stabilisce che nelle prestazioni dei servizi e nelle attività di investimento i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati. La Banca violava anche la disposizione di cui all'art. 28 del Regolamento Consob n. 11522/98, dove è stabilito, tra l'altro, che gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari e consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti. In particolare, la convenuta avrebbe dovuto fornire alla Emmebi Smart Yard informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione intrapresa, la cui conoscenza era resa necessaria al fine di effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento. Inoltre risultava trasgredito il disposto degli artt. 61 e 62 del Regolamento Consob n.11522/98, visto che la Banca non aveva provveduto a tenere informata la Emmebi Smart Yard sulle operazioni eseguite, e a trasmetterle rendiconti periodici.

In subordine, l'attrice deduceva l'annullabilità dei contratti sottoscritti ex art. 1439 c.c., per dolo del funzionario della convenuta, che non aveva fornito informazioni sull'elevatissimo grado di rischio e sulla complessità delle operazioni; non aveva verificato l'adeguatezza dell'investimento; aveva fornito rassicurazioni sulla possibilità di recedere in ogni momento dal contratto senza oneri; aveva proposto operazioni estranee all'oggetto sociale, e indotto la Emmebi Smart Yard alla sottoscrizione di contratti, tacendo i rischi connessi agli stessi.

In via alternativa, l'attrice chiedeva che venisse accertata la risoluzione dei contratti *de quibus* per inadempimento della Banca, concretizzatosi nella negligenza informativa nella fase genetica del rapporto contrattuale e nella negligenza informativa nel corso del rapporto contrattuale. In particolare la negligenza si sarebbe concretizzata nella violazione dell'art. 21, lett. a, D.Lgs. 58/98, nella

mancata informazione circa il diritto di recesso ex art. 30, commi 6 e 7, T.U.F., nella mancata informazione per iscritto circa l'esistenza di un conflitto di interesse, nella mancata acquisizione di informazioni dall'investitore sui suoi obiettivi di investimento e sulla sua propensione al rischio, nell'omessa consegna del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, nell'omesso invio di comunicazioni scritte in ordine alle perdite, nella mancata consegna di copia del contratto con tutte le clausole attinenti al rapporto negoziale, nell'omesso invio della nota informativa di cui all'art. 61 Reg. Consob n. 11522/98, nell'omessa trasmissione della rendicontazione periodica di cui all'art. 62 Reg. Consob n. 11522/98.

Si costituiva la convenuta, la quale contestava tutte le pretese attoree, concludeva come sopra indicato, deducendo il regolare adempimento dell'art. 23 D.Lgs. 58/98 e degli artt. 27, 28, 29, 61, 62 Reg. Consob n. 11522/98, e la mancata violazione dell'art. 30 D.Lgs. 58/98, per la natura di operatore qualificato dell'attrice, e insisteva per la mancanza dei presupposti per la declaratoria di nullità, e per le pronunce di annullamento, risoluzione e di condanna al risarcimento del danno con riferimento ai contratti di cui è causa.

Nelle more del processo l'attrice presentava un ricorso cautelare in corso causa volto, tra l'altro, all'inibitoria dell'addebito delle competenze negative in conto corrente derivanti dall'esecuzione del rapporto relativo ai derivati ancora in essere e alla sospensione del medesimo rapporto, che veniva rigettato.

La causa, quindi, veniva istruita con prove documentali e trattenuta in decisione sulle conclusioni come innanzi riportate.

Per quanto concerne le richieste istruttorie ribadite in sede di precisazione delle conclusioni dall'attrice, si conferma in questa sede quanto indicato nell'ordinanza del 21-22.11.2011 per il rigetto delle prove richieste da parte attrice, ribadendosi la valutazione espressa in quella ordinanza sulla sufficienza dell'istruttoria raccolta.

Nel merito delle domande attoree, si osserva quanto segue.

II. Sulla violazione dell'art. 30, comma 6 del D.lgs. 58/1998 e sulla natura di operatore qualificato dell'attrice.

Per quanto concerne la prima domanda svolta dall'attrice, di nullità dei contratti conclusi fuori sede il 23.2.2005 e il 19.10.2006 per violazione dell'art. 30, comma 6 D.L.gs. 58/1998 per la mancata informativa sul recesso, si osserva quanto segue.

Sulla natura di operatore qualificato dell'attrice, ricostruita in modo positivo in punto di esame del *fumus boni iuris* del ricorso cautelare in corso causa, in questa sede, il più approfondito esame degli atti di causa, dei documenti allegati dalle parti, e della giurisprudenza di merito nelle more intervenuta conduce a un ripensamento di quella valutazione.

Infatti, dall'esame del doc. allegato n. 5 al fascicolo di parte convenuta, come rilevato nell'ordinanza cautelare del 22-26.10.2010, emerge come l'attrice avesse dichiarato, a pag. 2 e 3 del Documento di sintesi in questione (ai fini informativi previsti dall'art. 21 del D.Lgs. 58/1998, integrato dalle disposizioni di cui all'art. 28 del Reg. Consob 11522/1998), di possedere un'esperienza, una propensione al rischio e di tendere a scopi di investimento in modo compatibile con la definizione di operatore qualificato di cui all'art. 31, comma 2 del Regolamento Consob n. 11522/1998 (secondo il quale "*per operatori qualificati si intendono (...) 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*"). Nonostante tale compatibilità, ad un approccio più formale, il contenuto di quelle dichiarazioni informative non è esattamente coincidente con la dichiarazione di possesso della specifica competenza ed esperienza richiesta dall'art. 31 del Regolamento Consob in discorso. Infatti è del tutto assente qualunque attestazione sulla "competenza specifica", oltre che sull'esperienza (che pur si potrebbe genericamente riscontrare nelle informazioni fornite a pag. 2 e 3 del documento 5 di parte convenuta).

A tal proposito, parte attrice ha affermato come non ci sia "*alcuna testuale dichiarazione nelle pagine 2 e 3 del contratto inter partes: si legge solo un elenco di dati (non certo un "formulario", che comporterebbe domande e precise risposte) predisposto dalla banca, assolutamente non controfirmato in modo specifico dai legali rappresentanti della comparente, se non solo quattordici pagine dopo, alla fine del lungo e complesso contratto, contenente nel seguito elementi del tutto estranei alla parte appena descritta, e sotto una dicitura "per conferma ed accettazione delle norme e condizioni sopra riportate e per avvenuta ricezione dell'esemplare di contratto di nostra spettanza comprendente il documento sui rischi" che nulla ha a che fare con la delicatissima sottoscrizione invocata ex adverso come "esimente" da ogni colpa*".

Al riguardo si osserva come la sottoscrizione dei legali rappresentanti della società attrice, in calce al documento n. 5 di parte convenuta, sia stata in effetti resa *“per conferma ed accettazione delle norme e condizioni sopra riportate e per avvenuta ricezione dell'esemplare di contratto di nostra spettanza comprendente il documento sui rischi”*. Le informazioni fornite alle pagg. 2 e 3 del documento sembrerebbero, quindi, non richiamate all'atto della sottoscrizione, non rientrando nelle *“norme e condizioni”* del Documento di sintesi del contratto di servizio di deposito di titoli a custodia ed amministrazione di cui al doc. 5 in discorso.

Tale interpretazione, che pone l'accento sulla forma della dichiarazione di operatore qualificato è confermata, indirettamente, dalla recente giurisprudenza del Tribunale di Milano, sentenza del 14.4.2012, n. 4379, che ai fini di ritenere valida la dichiarazione ex art. 31 del Reg. Consob 11522/1998, fornita da un operatore qualificato, ha valorizzato il fatto che quell'operatore avesse reso, tra le sette dichiarazioni ai sensi della disposizione citata, oltre a quelle contenute nel corpo del testo di contratti sottoscritti nella loro integralità, anche delle dichiarazioni formate in apposito e separato documento, contenente altresì *“la precisazione degli effetti che essa (la dichiarazione di operatore qualificato, n.d.r.) avrebbe comportato in termini di inapplicabilità della normativa specifica di tutela”*. Tale ultima modalità di rendere la dichiarazione avrebbe consentito al dichiarante la più consapevole presa di cognizione dell'oggetto della dichiarazione e dei suoi effetti, relativi alla rinuncia ad alcune delle tutela previste dalla regolamentazione Consob.

Nel caso di specie, per i motivi sopra indicati, la condivisione dell'indirizzo interpretativo seguito dalla sentenza citata del Tribunale di Milano, comporta l'accertamento della non idoneità delle informazioni fornite dall'attrice a pagg. 2 e 3 nel Documento di sintesi di cui al doc. 5 di parte convenuta a rappresentare una formale dichiarazione ex art. 31, comma 2 Reg. Consob n. 11522/1998.

Tuttavia, tale accertamento sulla inesistenza di una valida dichiarazione relativa alla natura di operatore qualificato dell'attrice, non consente l'accoglimento della prima domanda di nullità proposta dall'attrice. Infatti, al riguardo deve accogliersi la tesi della convenuta, sullo stretto ambito di applicabilità dell'art. 30 D.L.gs 58/1998.

A tal proposito, la convenuta ha sostenuto che l'art. 30 citato non avrebbe trovato applicazione nei confronti dell'attrice perché *“ai fini della sussistenza della fattispecie dell'offerta fuori sede di strumenti finanziari ex art. 30 D. Lgs. 24*

febbraio 1998 n. 58 (ed, in particolare, dell'obbligo dell'intermediario di informare per iscritto il cliente della facoltà di recesso prevista dal comma VI della norma), non è sufficiente che la raccolta dell'ordine di borsa avvenga al di fuori dei locali commerciali della banca, occorrendo altresì, in armonia rispetto alla ratio di tutela di una molteplicità di soggetti che informa la disciplina sulla sollecitazione all'investimento, la presenza di un'attività di promozione e di collocamento presso il pubblico da parte dell'intermediario, attività quest'ultima la cui definizione, in assenza ulteriori indicazioni ex lege, deve desumersi dal tenore degli artt. 94 D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e 1336 c.c., quale proposta contrattuale indifferenziatamente rivolta ad un numero non predeterminato di persone” (così Tribunale Torino, 03 novembre 2010).

L'interpretazione appena citata è stata anche confermata dalla sentenza della Corte di Appello di Torino del 13.6.2011 n. 4185, e dalla Corte di Cassazione Sez. 1, Sentenza n. 4564 del 22.3.2012 (2065 del 14/02/2012), secondo cui “In materia di servizi d'investimento, l'art. 1, comma 5, del testo unico delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria (TUF) ne chiarisce la natura di singole specie, rientranti in un unico genere, che fruiscono di una disciplina tra loro comune, ma talvolta differenziata in relazione al particolare tipo di servizio, onde, in applicazione del criterio d'interpretazione letterale, laddove l'art. 30, comma 6, dello stesso testo unico si riferisce ai contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali, intende dettare una disciplina peculiare, come tale limitata a siffatte tipologie di contratti con esclusione degli altri elencati nel citato art. 1, ivi compresa la negoziazione di titoli. Ne consegue che le disposizioni, con cui è stabilito che nei moduli o formulari consegnati all'investitore debba essere indicata, a pena di nullità, la possibilità per l'investitore di recedere dal contratto di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede nel termine di sette giorni dalla sottoscrizione, e che entro detto termine l'efficacia del contratto rimanga sospesa, trovano applicazione solo con riferimento alle suddette tipologie contrattuali” (si veda anche, al riguardo, Cassazione Sez. 1, Sentenza n. 2065 del 14/02/2012: “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").

Vertendosi, nel caso in esame, fuori dall'ipotesi di collocamento di strumenti finanziari in senso tecnico, la prima domanda di nullità svolta da parte attrice deve essere rigettata, vista l'inapplicabilità della disciplina sul recesso di cui all'art. 30 D.Lgs 58/1998.

III. Sulla nullità dei contratti per violazione di norme imperative.

Per quanto concerne la domanda posta nel merito, in via principale, da parte attrice, tesa alla previa declaratoria di inesistenza e/o invalidità della dichiarazione ex art. 31 comma 2 Regolamento Consob n. 11522/1998 fatta sottoscrivere all'attrice, e alla declaratoria di nullità dei contratti sopra indicati per contrarietà a nome imperative, si osserva quanto segue.

La domanda di previa declaratoria di inesistenza e/o invalidità della dichiarazione ex art. 31, comma 2 Regolamento Consob n. 11522/1998 fatta sottoscrivere all'attrice deve essere accolta, a fronte di quanto espresso sopra sull'inidoneità delle informazioni rese dall'attrice sulla propria esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sugli obiettivi di investimento e sulla propensione al rischio nell'ambito del contratto di cui al doc. 5 del fascicolo di parte convenuta, ad assicurare a dichiarazione imputabile ai legali rappresentanti dell'attrice sulle specifiche competenza ed esperienza possedute in materia di operazioni in strumenti finanziari.

Invece, per quanto riguarda la domanda di nullità dei contratti del 23.2.2005 e del 19.10.2006 per contrarietà a nome imperative, quali l'art. 21 del D.lgs. 58/1998, e gli artt. 27, 28, 29, 61, 62 del Regolamento Consob n. 11522/1998, si osserva, in via preliminare, che la giurisprudenza consolidata non associa alla violazione di tali disposizioni, relative a obblighi comportamentali degli intermediari, la sanzione della nullità. Ciò è stato stabilito dalla Suprema Corte in sede di Sezioni Unite, con

la sentenza n. 26724 del 19/12/2007, secondo cui *“In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. “nullità virtuale”), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. “contratto quadro”, il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del “contratto quadro”; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto “contratto quadro” o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso.”*

In virtù della sentenza citata, la domanda di nullità per contrarietà a norme imperative posta nel merito, in via principale dall'attrice deve essere rigettata.

IV. Sull'annullamento dei contratti per dolo.

L'attrice ha altresì svolto domanda di annullamento ex art. 1439 c.c. dei contratti del 23.2.2005 e del 19.10.2006, per non aver il funzionario della Banca fornito le informazioni sull'elevatissimo grado di rischio e sulla complessità delle operazioni, per non aver verificato l'adeguatezza dell'investimento, per aver fornito rassicurazioni sulla possibilità di recedere in ogni momento dal contratto senza oneri, per aver proposto operazioni estranee all'oggetto sociale, e indotto l'attrice alla sottoscrizione di contratti, tacendo i rischi connessi agli stessi.

A tal proposito, deve valutarsi se l'attività posta in essere dalla Banca, e per conto di essa, dal funzionario Baldini, legato alla stessa da un rapporto di immedesimazione organica, possa rilevare ai sensi dell'art. 1439 c.c., ovvero come raggiri determinanti il consenso dell'attrice alla stipula.

Al riguardo si condivide la difesa della Banca convenuta, che ha evidenziato “*i molteplici avvertimenti, spesso in grassetto e maiuscoletto, contenuti nei contratti e relativi alla rischiosità dei prodotti derivati, all'esistenza del conflitto di interessi etc.. etc...; ciò a maggior ragione ove si consideri che detti contratti sono stati consegnati all'investitore (...)*”. In effetti il Contratto Quadro del 23.2.2005, allegato da entrambe le parti del giudizio, rappresenta la fonte di conoscibilità per l'attrice delle modalità di funzionamento dell'investimento e dei patti sul recesso, mentre il doc. allegato da parte convenuta come doc. 5, a pag. 10 e ss. rappresenta il Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, contenente anche nella Parte B, a pag. 11, l'evidenziazione della rischiosità degli investimenti in strumenti finanziari derivati, che i legali rappresentanti dell'attrice hanno attestato di aver ricevuto attraverso la sottoscrizione a pag. 16, in modo idoneo ad escludere i raggiri sotto forma di dolosa omissione di informazioni. Invece, non avrebbe potuto avere alcuna rilevanza decisiva sul consenso l'asserita dichiarazione del funzionario all'attrice di poter recedere *ad nutum* senza oneri dai contratti, vista la regolamentazione dei patti per iscritto contenuta nei documenti consegnati all'attrice. E, per quanto riguarda la mancata verifica dell'adeguatezza dell'investimento da parte della Banca, e la proposta all'attrice di operazioni estranee all'oggetto sociale, tali comportamenti non possono integrare di per sé dei raggiri, né di tipo attivo, né di tipo omissivo.

Pertanto la domanda posta nel merito, in via subordinata di annullamento deve essere rigettata.

V. Sulla risoluzione dei contratti per grave inadempimento.

Per quanto riguarda la domanda di risoluzione dei contratti conclusi il 23.2.2005 e il 19.10.2005, per grave inadempimento della convenuta, preliminarmente, si deve rilevare la sua astratta compatibilità, per quanto riguarda la richiesta di risoluzione del Contratto Quadro del 23.2.2005, con quanto stabilito dalla Corte di Cassazione a Sezione Unite sentenza n. 26724 del 19/12/2007.

Infatti, per quanto attiene all'oggetto dell'azione, si deve rilevare come l'attrice in data 23.02.2005 non abbia concluso tecnicamente un *"Contratto Quadro Derivati Over The Counter (OTC) collegati a tassi di interesse con una durata di 3 anni e con un importo nozionale di riferimento pari ad euro 1.000.000,00"* (cfr. doc. 1-4 del fascicolo di parte attrice), come dalla medesima prospettato, bensì un Contratto Quadro su Derivati OTC, e ha sottoscritto, nella stessa data, il modulo d'ordine, allegato anche al fascicolo di parte convenuta, per l'operazione Yen Quanto *"durata di 3 anni e con un importo nozionale di riferimento pari ad euro 1.000.000,00"*. Dalla formulazione dell'azione di risoluzione emerge come siano oggetto della domanda sia il Contratto Quadro su Derivati OTC, che l'ordine per l'operazione Yen Quanto. Dal doc. 5 del fascicolo di parte convenuta emerge inoltre come l'attrice abbia anche sottoscritto in data 23.2.2005, in un unico documento, il Contratto relativo ai servizi di deposito titoli a custodia ed amministrazione e il Contratto quadro sul servizio di negoziazione, ricezione/trasmissione ordini e di collocamento, che non sono in alcun modo oggetto dell'azione di risoluzione in questa sede. L'attrice ha sottoscritto, quindi, in data 19.10.06, il modulo d'ordine per estinzione anticipata dell'operazione Yen Quanto e il modulo d'ordine per l'operazione Euro RC 5 anni, con importo nozionale di euro 1.000.000,00 e con scadenza al 31.10.2011 (come risulta dai moduli firmati allegati al fascicolo della convenuta). Riguardo a tali operazioni, dalla formulazione dell'azione di risoluzione emerge come sia oggetto della domanda il modulo d'ordine per l'operazione Euro RC 5 anni.

Pertanto l'attrice non ha chiesto la risoluzione del contratto quadro sul servizio di negoziazione, ricezione/trasmissione ordini e di collocamento, di cui al doc. 5 del fascicolo di parte convenuta, cui può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria, e che può essere accostato alla figura del mandato, secondo la ricostruzione della Corte di Cassazione nella sentenza a Sezioni Unite da ultimo citata, che associa, invece, le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, pur se a volta consistenti in atti di natura negoziale, a momenti attuativi del precedente contratto d'intermediazione.

Riguardo al Contratto Quadro sui derivati OTC del 23.2.2005 cui sono seguiti l'ordine per l'operazione Yen Quanto della stessa data, nonché l'ordine per l'operazione Euro RC 5 anni del 19.10.2006, è tuttavia ammissibile la domanda di

risoluzione, visto che, anche se si aderisse alla tesi propugnata da alcuni giudici di merito della non risolubilità degli ordini esecutivi del contratto d'intermediazione, ma solo di quest'ultimo, nel caso in esame è indubbia la natura negoziale, legittimante il rimedio risolutorio, almeno del Contratto Quadro sui derivati OTC, concluso sì in esecuzione del contratto di intermediazione, che viene infatti citato nelle sue premesse, ma da ritenersi il contratto normativo autonomo sulla cui base sono stati impartiti gli ordini del 23.2.2005 e del 19.10.2006, che vengono in rilievo come momenti attuativi di quel Contratto Quadro.

A fronte della precisazione dell'oggetto della domanda risolutoria, alla stregua della sentenza delle Sezioni Unite citata, deve verificarsi se la Banca abbia eseguito correttamente il Contratto Quadro sui derivati, ai fini dell'esame dell'inadempimento degli obblighi che nascono dal contratto, avendo l'attrice azionato la responsabilità contrattuale della Banca, e non profili di colpa precontrattuale. Pertanto deve valutarsi, in base alle allegazioni di parte attrice di violazione da parte della Banca degli art. 21 del D.lgs. 58/1998, e degli artt. 27, 28, 29, 61, 62 del Regolamento Consob n. 11522/1998, l'eventuale violazione dei doveri d'informazione che sussistono dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, finalizzati alla sua corretta esecuzione. Secondo le Sezioni Unite *“tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni (...), e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, come condizione per poter eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata (...). Nè può seriamente dubitarsi che anche l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente, in quanto funzionale al dovere di curarne diligentemente e professionalmente gli interessi, permanga attuale durante l'intera fase esecutiva del rapporto e si rinnovi ogni qual volta la natura o l'entità della singola operazione lo richieda, per l'ovvia considerazione che la situazione del cliente non è statica bensì suscettibile di evolversi nel tempo. Attengono poi del pari al momento esecutivo del contratto i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente (...).”*

L'onere della prova di aver correttamente operato è a carico della convenuta, mentre nessun rilievo, per quanto detto innanzi, assume la deroga contenuta nell'art. 31 del Reg. Consob 11522/1998, secondo cui *"1. A eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati e operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62."* E, in ogni caso, tale deroga alcun rilievo potrebbe avere per l'applicabilità dei principi imperativi di carattere generale di cui all'art. 21 del D.Lgs 58/1998, come evidenziato dal Tribunale di Milano, nella sentenza del 19.4.2011, n. 5443.

Ebbene, nel caso in esame, appare violato l'obbligo informativo posto in generale dall'art. 21 del D.Lgs 58/1998, e in particolare dall'art. 28 Regolamento Consob n. 11522/1998, visto che la Banca non ha provato di aver informato per iscritto il cliente sui rischi specifici delle operazioni Yen Quanto e Euro RC 5 anni. Rispetto ad esse, infatti, manca la prova dell'informativa all'attrice sul concreto rischio di perdite prevedibili, a fronte dei prevedibili guadagni. Ciò infatti non emerge dall'informativa sulle generali modalità di funzionamento delle operazioni in strumenti finanziari derivati, ricavabile dal Documento sui rischi degli investimenti in strumenti finanziari di cui al doc. 5 del fascicolo di parte convenuta, dalla disciplina generale delle operazioni oggetto del contratto, contenuta nel Contratto Quadro sui derivati OTC, e da quelle contenute nei singoli moduli d'ordine delle operazioni.

Invece non sono accertabili le violazioni degli artt. 27 e 29 del Regolamento 11522/1998. Infatti, le contestazioni sull'adeguatezza delle operazioni e sulla gestione del conflitto di interessi dell'attrice si sono concentrate non sull'ordine operazione Yen Quanto, bensì sull'estinzione di tale ordine e sull'ordine Euro RC 5 anni, rispetto ai quali formalmente l'attrice sottoscriveva le singole clausole relative all'informativa sull'inadeguatezza delle operazioni e sul conflitto d'interessi, come emerge dai moduli allegati dalla convenuta.

Mentre deve ritenersi violato l'obbligo di costante informativa del cliente nel corso dell'esecuzione dell'ordine, posto dall'art. 21 D.Lgs. 58/1998 e dall'art. 62 del

Regolamento Consob n. 11522/1998, visto che la Banca non ha provato l'invio di informative all'attrice sull'andamento dell'operazione Euro RC 5 anni, a partire dal 19.10.2006, in cui veniva comunicata l'esecuzione dell'ordine, fino al 30.6.2009, data in cui la Banca comunicava il valore di mercato di segno negativo per l'attrice per Euro 278.195,94.

L'inadempimento sopra considerato, alla luce della diligenza specifica richiesta agli intermediari, deve considerarsi grave, tenuto conto dell'interesse dell'attrice a conoscere i rischi concreti delle operazioni in derivati e a monitorarne l'esecuzione, al fine di scegliere consapevolmente di non intraprendere le operazioni ovvero darvi seguito predisponendo le cautele ritenute opportune. Deve pertanto pronunciarsi la risoluzione con effetto retroattivo del Contratto Quadro in derivati OTC del 23.2.2005, per cui vengono travolti dalla risoluzione anche gli atti esecutivi di tale contratto, relativi agli ordini del 23.2.2005 e del 19.10.2006, posto che proprio nella gestione di tali ordini si concretarono le inadempienze della convenuta.

VI. Sulle restituzioni.

Per quanto concerne la domanda risarcitoria dell'attrice, consequenzialmente connessa a quella di risoluzione, posta la necessità di stabilire le restituzioni a carico di entrambe le parti in modo che le rispettive situazioni patrimoniali siano ripristinate, si osserva che l'attrice ha provato, tramite il deposito delle informative bancarie, l'addebito dei seguenti oneri sul proprio conto corrente a causa dell'operatività derivati OTC: valuta 28.2.2006 Euro 2.085,55 (cfr. doc. 9 del proprio fascicolo); valuta 30.10.2009 Euro 42.282,14 (cfr. doc. 16 del proprio fascicolo); valuta 29.1.2010 Euro 44.744,20 (cfr. doc. 17); valuta 30.4.2010 Euro 45.032,36 (cfr. doc. 3 del fascicolo di parte attrice nella fase cautelare); valuta 29.4.2011 Euro 33.899,56; valuta 29.7.2011 Euro 31.154,86; valuta 31.10.2011 Euro 31.824,22 (come emerge dalle ulteriori informative allegate al fascicolo di parte attrice). Mentre la comunicazione del 30.6.2009 di cui al doc. 15 del fascicolo di parte attrice non può ritenersi prova della perdita di Euro 278.195,94, visto che la stessa indica come il valore di mercato negativo in questione esprima una valutazione teorica e indicativa del contratto basata sulle prevalenti condizioni di mercato alla data di riferimento. Inoltre, che la verifica delle perdite sarebbe dovuta passare dal conto corrente è precisato nelle premesse dello stesso Contratto Quadro sui derivati OTC risolto, in cui si legge che il conto corrente n. 1642 (in riferimento

al quale sono state depositate le informative di addebito sopra citate) era il conto di “regolamento strumentale delle operazioni oggetto dello stesso contratto” (cfr. pag. 1, lett. c del Contratto Quadro in discorso), mediante addebito e accredito degli importi corrispondenti ai risultati delle operazioni concluse ed eseguite tra le parti ai sensi dello stesso contratto (cfr. pag. 2 lett. g). Del resto, l’indagine di eventuali ulteriori perdite subite dall’attrice non poteva essere rimessa alla richiesta CTU, posto che era onere dell’attrice provare il *quantum* del danno con riferimento ai dati contabili nella propria disponibilità o di facile accessibilità.

Per quanto sopra, dovrebbe condannarsi la convenuta alla restituzione all’attrice della somma di Euro 231.022,89, oltre interessi al tasso legale dai singoli addebiti in conto corrente al saldo, mentre non può liquidarsi la rivalutazione, posto che non è stata domandata una somma di denaro, oltre agli interessi, per il maggior danno da svalutazione monetaria, come si deve nei debiti di valuta ex art. 1224 c.c., se si intenda essere indennizzati del maggior danno da svalutazione monetaria rispetto a quello già coperto dagli interessi legali, ma si è formulata una domanda che implicitamente, ed erroneamente, assume che il debito sia di valore (in tal senso cfr. Corte di Cassazione, Sezione 3 n. 22273 del 2.11.2010).

Per quanto concerne la domanda riconvenzionale della convenuta, la Banca ha chiesto la restituzione della somma di Euro 28.412,00, quali guadagni dell’attrice nell’operazione Yen Quanto, e di Euro 77.000,00 quale up front, con valuta 23.10.2006, come documentato nel modulo d’ordine dell’operazione, per effetto della sottoscrizione del derivato Euro RC 5 anni. Del primo importo richiesto vi è evidenza documentale di accredito in conto corrente all’attrice nei doc. nn. 6,7,8,10,11 del fascicolo di parte attrice, mentre del secondo la convenuta non ha documentato l’accredito all’attrice, e, posto il regolamento strumentale delle operazioni oggetto del Contratto Quadro sui derivati OTC nel conto corrente, per quanto riferito innanzi, non si ritiene raggiunta la prova dell’accredito effettivo della somma di Euro 77.000,00 all’attrice. Pertanto dovrebbe condannarsi l’attrice a restituire alla Banca convenuta la somma di Euro 28.412,00, oltre interessi al tasso legale dai singoli accrediti al saldo. Non si può riconoscere la rivalutazione alla convenuta, visto quanto espresso innanzi sulla mancanza di una specifica domanda sulla svalutazione del maggior danno ex art. 1224 c.c. nei debiti di valuta.

A fronte della domanda puntuale dell'attrice, deve tuttavia disporsi la compensazione parziale del credito dell'attrice di Euro 231.022,89, oltre interessi legali dai singoli addebiti in conto corrente, con il controcredito della convenuta di Euro 28.412,00, oltre interessi legali dai singoli accrediti al conto corrente dell'attrice, e pertanto deve di conseguenza condannarsi la convenuta al pagamento del residuo all'attrice, risultante dopo la compensazione, oltre interessi legali dalla data della sentenza al saldo.

VII. Sulle spese legali.

Per quanto riguarda le spese legali, esse sono poste a carico della convenuta per la fase del giudizio di merito e sono compensate tra le parti per la fase cautelare, vista la sostanziale soccombenza nel merito della convenuta, e sono liquidate come da dispositivo.

p.q.m.

Il Tribunale di Prato, definitivamente pronunciando nella causa promossa tra le parti in epigrafe indicate, ogni diversa e contraria istanza, deduzione ed eccezione respinta:

- 1 - in accoglimento della domanda posta nel merito in via alternativa dall'attrice, dichiara la risoluzione del Contratto Quadro sui derivati OTC concluso tra le parti il 23.3.2005, per grave inadempimento della convenuta;
- 2 - di conseguenza, condanna la convenuta a restituire all'attrice quanto residuo, oltre interessi legali dalla data della sentenza al saldo, dopo la compensazione parziale del credito dell'attrice di Euro 231.022,89, oltre interessi legali dai singoli addebiti in conto corrente, con il controcredito della convenuta di Euro 28.412,00, oltre interessi legali dai singoli accrediti al conto corrente dell'attrice;
- 3 - compensate le spese della fase cautelare, condanna la convenuta alla refusione all'attrice delle spese del giudizio di merito, che si liquidano in Euro 5.000,00 per diritti, Euro 9.500,00 per onorari, Euro 14,16 per anticipazioni ed Euro 20,00 per spese imponibili, oltre spese generali in via forfettaria, CPA e IVA come di legge, se dovuta.

Così deciso a Prato, 3.6.2012

Il Funzionario Giudiziario
Conti Maria Gabriella

TRIBUNALE DI PRATO
- 4 giugno 2012
DEPOSITATO
17

TRIBUNALE DI PRATO
Pubblicata il
- 5 GIU 2012

Il Giudice
Dott. ssa Caterina Condò