

1325



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI TORINO - 1° SEZIONE CIVILE -
COMPOSTA DAGLI ILLUSTRISSIMI SIGNORI MAGISTRATI:

DOTT. GRIFFEY MARIO PRESIDENTE
DOTT. CONVERSO ANGELO CONSIGLIERE
DOTT. SSA MAZZITELLI CATERINA CONSIGLIERE REL.

HA PRONUNCIATO LA SEGUENTE
SENTENZA

Nella causa civile di appello n.r.g. 1759/2009

PROMOSSA DA

UNICREDIT BANCA s.p.a. - con sede in Bologna, al n.° 20 della via
Zamboni (capitale sociale, interamente versato, di € 1.609.400.000,00;
numero di codice fiscale, di partita I.V.A. e di iscrizione al registro delle
imprese di Bologna 02843911203; appartenente al Gruppo UniCredito
Italiano, iscritto nell'albo dei gruppi Bancari con il numero 3135), in
persona del Direttore generale e legale rappresentante Rodolfo Ortolani,
rappresentata e difesa in giudizio, per procura generale *ad lites* del 3
(1) novembre 2008 [cfr. doc. 13], dal [redacted] presso il quale
è elettivamente domiciliata in Torino, [redacted]

APPELLANTE

CONTRO

[redacted] s.r.l. - con sede legale in [redacted] in
persona del legale rappresentante *pro tempore* sig.ra [redacted]

R.G. n°
1759/2009

Cron. n° 2009/11

Rep. n° c.v. 813/11

26 SET 2011

Oggetto:
Altri istituti
di diritto
societario
soggetti al
d.l.vo n.
5/2003

011

2

- 2) rappresentata e difesa dal prof. Avv. Marino Bin e dall'avv. Fabrizio de Francesco, e presso il loro studio in Torino, via Susa n. 31, elettivamente domiciliata come da procura a margine della comparsa di costituzione risposta con appello incidentale,

APPELLATA - APPELLANTE INCIDENTALE

Udienza collegiale del 03.05.2011

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per l'appellante:

"*Contrarius reiectis*, voglia l'Illustrissima Corte:

Riformare integralmente la sentenza impugnata, dichiarando che la UniCredit Banca s.p.a. nulla deve alla [REDACTED] s.r.l. per i titoli da questa posti in primo grado a fondamento delle sue domande;

Conseguentemente, dichiarare tenuta e condannare la [REDACTED] s.r.l., in persona del suo rappresentante *pro tempore*, a restituire alla UniCredit Banca s.p.a. la complessiva somma di € 107.626,75, da questa spontaneamente versata in adempimento alla condanna di primo grado, oltre agli interessi legali maturati e maturandi su tale somma a far tempo dal 22 luglio 2009;

Dichiarare tenuta e condannare la [REDACTED] s.r.l., in persona del suo rappresentante *pro tempore*, a rifondere alla UniCredit Banca s.p.a. le spese, i diritti e gli onorari per entrambi i gradi di giudizio, oltre al rimborso forfetario di cui all'art. 14 del d. m. n° 127 del 2004, al C.P.A. ed all'I.V.A.;
Con sentenza esecutiva."

Per l'appellata-appellante incidentale:

"Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello di Torino

In via principale,

h

confermare la sentenza del Tribunale di Torino, sez. I civile, n. 4267/09, del 3 giugno 2009, e per l'effetto rigettare l'appello proposto dalla Unicredit Banca s.p.a. perché infondato in fatto e in diritto;

In via incidentale,

in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Torino, sez. I civile, n. 4267/09, del 3 giugno 2009, accogliere i motivi d'appello incidentale proposti dalla [REDACTED] s.r.l.;

per l'effetto di quanto sopra, accogliere le conclusioni tutte proposte dalla [REDACTED] s.r.l. nel primo grado di giudizio e qui di seguito riportate:

Nel merito,

- in via principale, accertare e dichiarare, per i motivi di cui sopra, ai sensi degli artt. 1418 e segg. C.c., la nullità del contratto quadro di *Interest Rate Swap*, dei successivi contratti esecutivi stipulati dalla [REDACTED] s.r.l. con la Banca convenuta e di tutti i conseguenti addebiti operati sul conto della società attrice;
- in subordine, ai sensi degli artt. 1427 e segg. C.c., annullare il contratto quadro di *Interest Rate Swap* ed i successivi contratti esecutivi stipulati dalla [REDACTED] s.r.l. con la Banca convenuta con le conseguenze di legge relativamente agli addebiti operati sul conto della società attrice;
- conseguentemente condannare la Unicredit Banca S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a titolo di restituzione di quanto indebitamente percepito e trattenuto, al pagamento della somma di € 167.430,80=, oltre interessi e rivalutazione ed oltre ai danni tutti successivi e maturandi da quantificarsi al termine della causa;
- in ulteriore subordine, previa dichiarazione di risoluzione dei contratti per inadempimento, dichiarare tenuta e per l'effetto condannare la

Unicredit Banca s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento della somma di 167.430,80=, oltre interessi e rivalutazione, a titolo di restituzione e comunque di risarcimento danni, oltre ai danni tutti successivi e maturandi da quantificarsi al termine della causa.

- In ogni caso, dichiarare tenuta, e per l'effetto condannare la Unicredit Banca s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento di somma da determinarsi in corso di causa, anche in via equitativa, a titolo di risarcimento del maggior danno;
- In ogni caso, con vittoria di spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, oltre IVA, CPA e contributo forfettario ex art. 14 L.P.;

In via istruttoria, senza inversione dell'onere della prova, se del caso previa revoca e/o modifica del decreto di fissazione d'udienza del giudice di primo grado dell'8.11.2005 e della successiva ordinanza collegiale del 28.5.2006, ammettere le istanze istruttorie dedotte nell'istanza di fissazione d'udienza notificata nel giudizio di primo grado in data 9.9.2005 (da intendersi qui integralmente ritrascritte), oltre alle istanze istruttorie sopra indicate a sostegno del primo motivo di appello incidentale".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione 20.7.2005 la [REDACTED] srl conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Torino la Unicredit spa, esponendo: che il 2.5.2001, quando svolgeva attività di produzione farmaceutica ed aveva difficoltà economiche per la crisi del settore, a seguito di pressioni esercitate dai dipendenti della filiale CRT n. 11 di Torino ([REDACTED] e [REDACTED]), i quali l'avevano minacciata di richiedere il rientro dell'esposizione pari £. 800.000.000, era stata indotta a concludere un contratto di interest swap; che

nell'occasione non erano stati firmati e consegnati documenti; che solo dopo alcuni mesi, su insistenza di essa attrice, le erano stati sottoposti un modulo raccolto ordini per operazioni in derivati, un modulo contenente le norme relative alle operazioni di interest swap ed un allegato contenente il testo di dichiarazione "da ritirate da società e persone giuridiche ai fini dell'operatività in strumenti finanziari"; che tali documenti erano stati firmati e consegnati ed erano retrodatati; che dall'esecuzione del contratto e

dal comportamento illecito tenuto dalla convenuta le erano derivati danni che erano pari all'addebito della complessiva somma di € 52.161,41, alla perdita di utilità ottenibili dall'investimento del capitale indisponibile ed al danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., da liquidarsi in via equitativa; e che il 19.7.2004 aveva inviato una lettera contenente anche la comunicazione del recesso dal contratto.

L'attrice negava di essere un operatore qualificato (affermeva di non essere esperta nei mercati finanziari e di non operare con finalità speculative), sostenendo l'invalidità ed inefficacia del relativo modulo, predisposto dalla CRT e retrodatato; affermava che l'intermediaria aveva violato le norme, di natura imperativa, a tutela degli investitori ed, in particolare, l'art. 21 e l'art. 23 del TUF (dlvo n. 58/1998), gli artt. 26-28-29 del reg. Consob n. 11522/1998 e l'art. 47 della Costituzione, avendo operato in assenza di un contratto scritto, senza perizia ed in modo scorretto (aveva omesso di consegnare il documento sui rischi generali, di effettuare la profilatura dell'investitore, di fornire l'informativa specifica sui rischi dell'operazione, che era inadeguata).

L'attrice articolava prove, produceva documenti, avanzava istanza di esibizione e chiedeva: in via principale, che il Tribunale di Torino

dichiarasse la nullità del contratto quadro e "dei successivi contratti esecutivi e di tutti i conseguenti addebiti" ai sensi dell'art. 1418 c.c.; in subordine, che annullasse il contratto per violenza morale, in subordine, per errore e che condannasse la convenuta a restituire quanto trattenuto indebitamente; e, in ulteriore subordine, che condannasse la convenuta a risarcirle i danni nella misura pari a € 82.161,41, oltre interessi e rivalutazione, quale danno emergente, oltre al lucro cessante in misura pari a somma non inferiore a € 27.387,14, oltre interessi e rivalutazione ed oltre ad altra somma, per il danno non patrimoniale.

La convenuta notificava comparsa di risposta sostenendo: che la conclusione del contratto era stata preceduta da colloqui e trattative durante i quali erano state fornite informazioni sull'operatività del contratto, sulla sua rischiosità ed aleatorietà; che il legale rappresentante aveva dichiarato di conoscere le caratteristiche del contratto in quanto ne aveva concluso altro, di recente, con la spa Credito Italiano; che i documenti e l'ordine per l'operazione denominata "Q-3D Z.E.T.A. swap" -erano stati sottoscritti al momento della conclusione del contratto-2.5.2001- e che era stata consegnata una copia agli attori.

La convenuta negava l'asserita estorsione del contratto, la retrodatazione e la falsità delle dichiarazioni sulla competenza ed esperienza dell'investitrice, con conseguente inapplicabilità delle norme di protezione di cui agli artt. 27-28-29 del citato regolamento Consob; eccepiva la convalida, contestava l'esistenza dei danni e chiedeva che, in caso di accoglimento delle domande restitutorie o risarcitorie, fosse detratto l'importo di € 2450,00, accreditato ad agosto e novembre 2001; articolava prove, produceva documenti e avanzava istanze di esibizione.

Nel prosieguo del processo le parti notificavano memorie (memorie di replica l'attore e la convenuta e prima memoria di controreplica l'attore).

L'attore notificava l'istanza di fissazione di udienza.

Il giudice relatore ammetteva le prove su alcuni capi articolati dalle parti, riservando all'esito dell'istruttoria la decisione sulle altre istanze ed al momento dell'esecuzione la valutazione sull'eccezione di incapacità del teste indicato dall'attrice; fissava l'udienza di discussione e assegnava il termine per il deposito delle memorie conclusive.

Successivamente il collegio revocava parzialmente il decreto in punto prove orali, rigettando l'eccezione d'incapacità e le altre istruttorie, delegava il g.r. per l'assunzione delle prove; venivano quindi assunti gli interrogatori formali e venivano escussi tre testimoni.

Con sentenza emessa in data 3.4.2009 il Tribunale rigettava le domande di nullità; dichiarava inammissibili la domanda di risoluzione e la domanda di annullamento; rigettava le domande di condanna alla restituzione; condannava la convenuta a pagare all'attrice la somma di € 79.711,00, con la rivalutazione monetaria decorrente dalla domanda giudiziale e gli interessi legali, con la medesima decorrenza, sulla somma via via rivalutata; rigettava la domanda di condanna al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale; dichiarava compensato un terzo delle spese e condannava la convenuta a pagare all'attrice i residui due terzi delle spese. Il Tribunale basava la propria decisione sul riscontro dell'insussistenza delle condizioni previste dall'art. 31 Reg. Consob n. 11552/1998 e della violazione da parte della Banca degli obblighi informativi e di astensione imposti dalla legge.

0. it

Con atto di citazione in appello notificato in data 30.9.2009, la Unicredit Banca s.p.a. impugnava detta sentenza, ribadendo la validità della dichiarazione rilasciata ex art. 31 dal legale rappresentante della società avversaria e l'insussistenza di profili di responsabilità a carico della banca.

Nel prosieguo si costituiva in giudizio la ██████████ s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello avversario e proponendo appello incidentale finalizzato ad ottenere la condanna di controparte al rimborso delle ulteriori perdite finanziarie subite nel corso del primo grado del giudizio in misura pari ad compressivi €. 167.430,80, nonché l'accoglimento delle domande di nullità ed annullamento avanzate in primo grado.

Dopo la precisazione delle conclusioni, la Corte, assegnati i termini di legge per il deposito degli atti difensivi, tratteneva la causa a decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Secondo parte appellante il testo dell'articolo 31 citato in premessa va interpretato nel senso che la dichiarazione rilasciata dall'investitore costituisce condizione di per se sola sufficiente ed in quanto tale implicante l'esonero totale da qualsivoglia responsabilità dell'intermediario.

Secondo l'articolo 31, di cui si trattasi, nei rapporti tra intermediari autorizzati ed operatori qualificati non si applicano le disposizioni del regolamento di cui agli articoli 27 e seguenti, fatta eccezione per il servizio di gestione e per taluni commi specificatamente indicati.

Secondo la disposizione in questione 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 contenuti nel decreto legislativo 1 settembre 1993 N. 385, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabilite 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 di strumenti

finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante. Orbene, ove si valuti attentamente la dicitura contenuta nel testo appena riportato, va esclusa la sufficienza della semplice dichiarazione, avendo la disposizione previsto entrambi i presupposti, costituiti dall'effettiva sussistenza della capacità ed esperienza professionale secondo le indicazioni enunciate dal legislatore e da un'esplicita dichiarazione resa dall'investitore circa l'effettività della qualifica di operatore qualificato.

È peraltro risolutivo quanto indicato dalla Suprema Corte nella sentenza N. 12.138 del 26 maggio 2009 secondo la quale la dichiarazione per iscritto da parte del soggetto che stipula il contratto con l'intermediario finanziario (persona giuridica o persona fisica) in effetti esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione in suo possesso.

Ciò in considerazione dell'insussistenza in concreto di una capacità dell'intermediario di controllare la veridicità della dichiarazione.

Peraltro, secondo la Corte, la dichiarazione costituisce esclusivamente un elemento probatorio, non già un elemento costitutivo della qualifica di cui trattasi, di cui il giudice può tener conto nell'assumere la propria decisione anche ex art. 116 cpc; in ogni caso è fatta salva la possibilità per colui che

e
it

detta discordanza intende dedurre in giudizio di provare circostanze specifiche dalle quali si possa desumere la mancanza dei requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro.

A questo punto occorre esaminare se nella fattispecie ricorrano o meno elementi processuali atti ad escludere la sussistenza della qualifica di operatore qualificato in capo alla ██████████ S.r.l. oppure no.

Sul punto di certo è condivisibile quanto affermato dal Tribunale circa l'assenza di rilievo dell'avvenuta conclusione in passato di un'operazione finanziaria di analoga natura.

Il testo della disposizione sopra riportato, sia con l'espressa elencazione dei soggetti istituzionalmente considerati operatori qualificati sia con la definizione resa in ultimo ed incentrata sull'avvenuta acquisizione di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari (oggetto della necessaria dichiarazione per iscritto), pone in luce il fatto che l'essenza della qualifica di operatore qualificato debba essere individuata nel carattere professionale dell'attività finanziaria esercitata dal medesimo.

Detta conclusione già di per se sola induce a ritenere l'inefficacia sostanziale dell'attestazione allegata agli atti, attestazione resa dal legale rappresentante di una società, la cui attività di impresa era estranea alle attività enucleate dell'articolo 31; è senza dubbio oltremodo rilevante constatare che nell'attestazione in questione non è indicato alcuno dei soggetti previsti dalla norma, fatta salva la dichiarazione circa la specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati, il che costituisce riprova della conoscibilità (se non conoscenza effettiva)

2

dell'assenza reale di detta competenza, comprovata, come si vedrà appresso, dalle risultanze probatorie orali acquisite in causa.

A questo punto della trattazione devono essere richiamate le censure proposte dall'appellante in via principale circa l'incapacità a deporre ex art. 246 cpc del teste ██████ marito di ██████ all'epoca dei fatti di causa legale rappresentante della srl ██████ in considerazione del rapporto societario e di garanzia intercorso tra il medesimo e la S.r.l. ██████ poi messa in liquidazione.

Fatta salva la valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni rese dal teste in questione va detto che all'epoca dell'assunzione della testimonianza in oggetto era cessato qualsivoglia rapporto di collaborazione lavorativa e di natura societaria tra la S.r.l. ██████ ed il dichiarante, parimenti non sussistevano debiti nei confronti di quest'ultimo ed era cessato ogni rapporto di garanzia concesso in precedenza tramite una società semplice in relazione ai fidi concessi dalla banca alla ██████, fidi successivamente non revocati e non soddisfatti mediante esecuzione immobiliare.

In tale contesto non sono ravvisabili profili di incapacità conseguenti ad un interesse del teste ad intervenire in causa.

Sgomberato il campo da detti rilievi di parte appellante si osserva che le dichiarazioni rese dal teste ██████^è in sede di interrogatorio formale dalla liquidatrice della ██████ S.r.l., ██████, anche in considerazione del contesto sopra indicato, sono complessivamente attendibili laddove confermano la mancanza di nozioni e di competenze ed esperienza specifica nel campo de quo in capo alla società investitrice.

Ne consegue l'inefficacia e inoperatività della dichiarazione di esonero di cui all'art. 31 allegata agli atti di causa.

e
it

Per completezza della trattazione, a fronte delle considerazioni svolte dalla difesa di parte appellante, va detto, peraltro, che le circostanze riferite dalla [REDACTED] e dal [REDACTED] circa l'induzione alla sottoscrizione del contratto per cui è causa e la retrodatazione dei documenti negoziali non possono ritenersi comprovate appieno, dovendosi tener conto altresì degli elementi di prova nettamente contrastanti, incentrati sulla negazione della tesi attorea, desumibili dalle deposizioni rese dai dipendenti della banca [REDACTED] e [REDACTED] pur considerato il coinvolgimento degli stessi nelle vicende per cui è causa e pur valutata l'attendibilità delle loro dichiarazioni nel contesto fattuale complessivo.

Tali precisazioni sono comunque doverose, essendo evidentemente ravvisabile un'incidenza in linea di fatto e di diritto sull'operatività della dichiarazione ex articolo 31 dall'assunzione in linea di certezza dell'avvenuta retrodatazione dei documenti negoziali, ben potendosi presumere in quest'ultimo contesto una sorta di confezionamento ad hoc dell'esonero della responsabilità della banca.

Enucleati così i passaggi logici della decisione, anche a voler disattendere quanto riferito dalla [REDACTED] e dal [REDACTED] ed anche a voler prescindere dal riscontro in ogni caso della mancanza di informative specifiche scritte, ove si considerino le deposizioni rese dai dipendenti della banca non emerge alcun prova positiva circa l'avvenuto conferimento di informative pertinenti alla rischiosità delle singole operazioni.

Da ultimo, è sufficiente sottolineare che, trattandosi di operazioni comunque non adeguate per tipologia e profilo soggettivo dell'investitore, la banca, odierna appellante principale, avrebbe dovuto astenersi dal mettere in atto le

e

predette operazioni secondo la normativa imposta dagli art. 28 e seg. del regolamento Consob sopra citato.

Ne consegue il rigetto dell'appello principale.

Per quanto attiene invece alle censure mosse nel presente grado di giudizio dall'appellante in via incidentale, occorre innanzitutto sgomberare il campo dalla richiesta, avanzata in via di appello incidentale condizionato all'accoglimento dell'appello principale, di riforma della statuizione di

rigetto delle domande di annullamento per violenza morale e di accertamento della nullità contrattuale.

Residue le censure sottese alla proposizione dell'appello incidentale autonomo, va detto innanzitutto che non risultano fondati i rilievi tesi ad escludere, anche sotto il profilo della dedotta incostituzionalità, la

declaratoria di inammissibilità della richiesta di rimborso anche delle perdite finanziarie subite nel corso del procedimento di primo grado.

La difesa di parte appellata fonda il proprio assunto sulla ordinaria ammissibilità di una mera modifica del quantum, oggetto della domanda, ricollegabile in quanto tale al concetto di "emendatio", sottolineando nel contempo l'irragionevolezza e comunque la disparità di trattamento, rispetto al rito ordinario, del rito societario praticato nel presente procedimento, stante la mancanza di predeterminate scansioni, utili a consentire eventuali ampliamenti della materia del contendere.

Sul punto basti considerare che la prospettata modifica ben avrebbe potuto riguardare la determinazione della perdita subita in epoca anteriore alla notificazione della citazione del primo grado del giudizio e non già perdite successive, rappresentative di danni ulteriori verificatisi in corso di causa ed indicativi dell'oggetto di una domanda ex novo.

La Corte d'appello di Torino,

ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa,

definitivamente pronunciando;

rigetta l'appello proposto in via principale da Unicredit Banca spa nonché l'appello incidentale proposto da [redacted] srl avverso la sentenza emessa dal Tribunale di Torino in data 3/04/2009, che per l'effetto integralmente conferma;

dichiara fra le parti compensate le spese del presente grado di giudizio in misura pari a due terzi;

condanna la Unicredit Banca spa a rimborsare a [redacted] srl la restante parte delle spese del giudizio di secondo grado, liquidata, già operata la compensazione, in complessivi € 5.000,00 oltre al rimborso forfettario delle spese generali, IVA e CPA, spese di registrazione della sentenza e successive occorrente.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 16/09/2011 dalla Sezione Prima Civile della Corte d'Appello di Torino.

Il Presidente

Dot. Mario Griffey

Il Giudice est.

Dot.ssa Caterina Mazzitelli

Direttore Amministrativo
RUSCAZIO dr.ssa Maria Stefania

DEPOSITATA nella Cancelleria della Corte
d'Appello di Torino II 26 SET 2011

R. CANCELLIERE
Direttore Amministrativo
RUSCAZIO dr.ssa Maria Stefania

MINUTA DEPOSITATA in Cancelleria
in data 20/9/2011 Il Cancelliere