



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Roma – Terza Sezione Civile, in persona del dott. Guglielmo Garri, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado, iscritta al n°56807, Ruolo Generale per gli affari contenziosi dell'anno 2013, trattenuta in decisione all'udienza del 29 settembre 2015 e vertente

TRA

H [REDACTED] S.p.A., in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore* Ing. Emmanouil Volakakis e rappresentata e difesa dall'Avv. Matteo Di Pumpo presso il cui studio in Roma, Via Marco Tabarrini n.15, è elettivamente domiciliata, in forza di procura unita all'atto di citazione

-ATTORE-

E

[REDACTED] BANCA [REDACTED] S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* e rappresentata e difesa dall' Avv. [REDACTED] presso il cui studio in Roma, Via Antonio [REDACTED] è elettivamente domiciliata in forza di procura generale per atto Notaio [REDACTED] di Roma del 11/05/2011 unita all'atto di comparso di costituzione

-CONVENUTO-

OGGETTO: Intermediazione finanziaria

CONCLUSIONI:

Per le parte attrice (separato foglio allegato al verbale di p.c.): "Voglia l'ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria domanda, eccezione o istanza e previa ogni più opportuna pronuncia,

In via principale, nel merito:



- accertare e dichiarare la nullità e/o l'annullamento del contratto derivato IRS Rif. 3981233 sottoscritto in data 14/07/2009 tra H [REDACTED] S.p.A. e Banca [REDACTED] S.p.A.;

- accertare e dichiarare la responsabilità della Banca [REDACTED] S.p.A. nei confronti di H [REDACTED] S.p.A. sia contrattuale che extracontrattuale nonché, qualora i fatti dedotti avessero rilevanza penale, ex artt. 185 e 187 c.p.;

- per l'effetto, condannare la Banca [REDACTED] S.p.A. al pagamento in favore di H [REDACTED] S.p.A. della somma di € 311.024,91, pari alla somma delle perdite complessivamente subite dall'attrice in esecuzione del suddetto contratto IRS o, comunque, in quella diversa somma maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia, oltre a rivalutazioni e interessi dalla data di ogni addebito e/o pagamento sino al saldo e, comunque, a risarcimento del danno in misura almeno pari al tasso dei titoli di Stato o alla somma che codesto Ill.mo Tribunale vorrà determinare in via equitativa;

In via subordinata:

- accertare e dichiarare la grave inadempienza della banca convenuta agli obblighi imposti dalle leggi generali e di settore;

- per l'effetto condannare la Banca [REDACTED] S.p.A. alla restituzione dei flussi complessivamente pagati nella misura di € 311.024,91 o, comunque, di quella diversa maggiore o minore ritenuta di giustizia, a titolo di ripetizione di indebito e/o se del caso per gli effetti dell'art. 1458 c.c. e/o di risarcimento danni maggiorando gli importi dovuti degli interessi al tasso legale e rivalutazione monetaria con decorrenza dalla data di ciascun addebito fino al saldo, o di quella diversa maggiore o minore ritenuta di giustizia maggiorando gli importi dovuti degli interessi al tasso legale e rivalutazione monetaria;

In estremo subordine:

- condannare la Banca [REDACTED] S.p.A. alla refusione in favore di H [REDACTED] S.p.A. dei costi occulti così come quantificati nella perizia di Martingale Risk in € 12.928,91.

In ogni caso:

con vittoria, condannare la Banca [REDACTED] S.p.A. alla refusione delle spese, diritti ed onorari di causa, oltre IVA e CPA come per legge."

Per la parte convenuta (memoria ex art.183, comma 6 n.1 c.p.c.): "Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza respinta e disattesa, rigettare integralmente per infondatezza tutte le domande avversarie;



In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande aversarie, disporre la restituzione da H [REDACTED] S.p.A., in persona del legale rapp.te p.t., alla [REDACTED] di tutti i flussi attivi, degli *upfront* e dei differenziali incassati dalla predetta società in relazione ai contratti di cui è causa, nonché dei differenziali che risultino dovuti dalla società attrice alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione del saldo.

In via ulteriormente subordinata, qualora la Banca venisse a qualsiasi titolo condannata al pagamento di somme in favore della H [REDACTED] S.p.A. disporre comunque la compensazione delle stesse con gli importi che risulteranno a qualsiasi titolo dovuti dalla H [REDACTED] S.p.A. Con vittoria di spese, competenze ed onorari.”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 31/07/ 2013 la H [REDACTED] S.p.A. (di seguito “Società”) conveniva in giudizio la Banca [REDACTED] S.p.A. (di seguito [REDACTED] o “la Banca”) dinanzi al Tribunale di Roma contestando l’invalidità del contratto quadro e del relativo IRS *rif. 3981233*, chiedendo che venisse accertata la responsabilità della Banca sia sotto il profilo contrattuale che extracontrattuale e chiedendo, infine, la condanna della convenuta al pagamento in favore dell’attrice di una somma pari alle perdite subite da quest’ultima in forza del contratto IRS di riferimento.

Specificamente, parte attrice rilevava la nullità del contratto quadro e dell’IRS di riferimento sottoscritti il 14/07/2009 per:

- mancanza della clausola di recesso ex art.30 comma 6 TUF. Parte attrice, di fatto, asseriva come né il contratto quadro né il contratto di acquisto degli *swap*, sottoscritti nella sede legale della Società, contenessero lo *ius poenitendi* così come prescritto, a pena di nullità, dall’articolo sopracitato;
- mancata sottoscrizione dell’attrice dei documenti contrattuali necessari affinché il derivato potesse esser considerato efficace. Nello specifico la Società rilevava come nell’accordo quadro mancasse la specifica sottoscrizione delle clausole contenenti gli obblighi reciproci delle parti. Rilevava, inoltre, come nel documento relativo alla conferma di contratto mancasse la specifica sottoscrizione della società. Asseriva, infine, come il



questionario di profilatura fosse stato precompilato unilateralmente dalla BNL e rilevava anche per questo documento la mancanza di sottoscrizione;

- mancanza della causa contrattuale. La società asseriva che il suo intento, all'epoca manifestato alla Banca e risultante dall'Accordo Quadro, consisteva nello stipulare un contratto con finalità di copertura dell'indebitamento rispetto al rischio di rialzo dei tassi di interesse. Tuttavia rilevava come il contratto, così come strutturato dalla Banca, potesse esclusivamente portare dei benefici a quest'ultima sacrificando l'interesse della Società e la sua esigenza primaria rappresentata e manifestata alla controparte. Nello specifico parte attrice rilevava che il contratto IRS non fosse soggetto ad alcun piano di ammortamento e che il nozionale di riferimento (pari a 3.000.000,00 €) non coincidesse con il nozionale di un indebitamento sottostante della Società che richiedeva la copertura contro il rischio di rialzo dei tassi. In definitiva, l'attrice contestava il fatto che non vi fosse alcuna correlazione tra l'oggetto da tutelare (ovvero l'indebitamento della società) e le caratteristiche tecnico-finanziarie del derivato;
- valore negativo del *Mark to Market*. La Società rilevava, inoltre, che il *Mark to Market* (valore atteso alla data di valutazione dei relativi pagamenti) fosse sfavorevole per la stessa fin dal momento della stipula del contratto determinando uno squilibrio contrattuale non manifestato e non sanato, con il pagamento di una somma di denaro pari al valore di mercato negativo del contratto, dalla Banca e attribuendo, di fatto, al contratto in questione una funzione speculativa e non una funzione meramente conservativa. Anche sotto questo profilo parte attrice rilevava la nullità del contratto per assenza di causa;
- inefficacia ex art.1711 c.c., contenente i limiti del mandato. In particolar modo parte attrice sosteneva che le conseguenze del comma 1 dell'articolo in questione (atto che esorbita il mandato rimane a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica) potessero esser applicate anche alla vicenda in



questione, in quanto la Banca avrebbe posto in essere un atto non rispondente all'interesse del mandante;

- violazione degli obblighi comportamentali contenuti nel TUF. Parte attrice rilevava nello specifico la violazione dell'art.21 TUF che pone a carico dell'intermediario l'obbligo di comportarsi con diligenza, professionalità e correttezza nell'interesse del cliente. Si evidenziava come la banca avesse proposto uno strumento finanziario di tipo speculativo e dunque del tutto inadeguato agli scopi manifestati e rappresentati dall'attrice;
- violazione del regolamento Consob 16190/2007. Parte attrice rilevava come, in violazione del regolamento Consob, la banca ha omesso di:
 - a) fornire al cliente tutte le informazioni di cui all'art.28 del regolamento 16190/2007, in particolare, avrebbe dovuto raffrontare il derivato con altri strumenti finanziari e avrebbe dovuto fornire i risultati di performance del derivato nei 5 anni precedenti alla stipula;
 - b) rendere esplicito alla società, nel contratto IRS stipulato, l'applicazione di costi (occulti) di strutturazione insieme al loro ammontare, informare la società circa l'esistenza, la natura e l'importo di compensi, commissioni o prestazioni;
 - c) rendere esplicito alla società la previsione di differenziali netti negativi in base ai tassi *forward* di mercato osservabili alla data di stipula;
 - d) richiedere eventualmente ed esplicitamente l'approvazione da parte della società dei costi di strutturazione e comunque attuare costi proporzionali rispetto all'entità ed alla finalità del contratto;
 - e) rendere la società pienamente consapevole dei rischi conseguenti alla sottoscrizione, in termini di possibili esborsi futuri in conseguenza del realizzarsi di una varietà di scenari di tasso (analisi di scenario);
 - f) informazioni sull'intermediario e i suoi servizi, sulla strategia di esecuzione degli ordini;



- g) proporre alla società strumenti di *hedging* alternativi rispetto all'IRS, tali da essere meno onerosi e quindi più efficienti, specie in presenza di tassi *forward* al ribasso;
 - h) informazioni concernenti la salvaguardia degli strumenti finanziari e delle somme di denaro della clientela.
- posizione di conflitto di interessi della Banca. La Società contestava la violazione degli artt. 23,24 e 25 TUF in forza dei quali la Banca deve agire non in forza di una *causa vendendi* ma deve operare esclusivamente in forza di una *causa mandati* e dunque operare in ragione dell'interesse del cliente e non del proprio. Si evidenziava, invece, come la Banca avesse lucrato ingenti quantità di denaro dall'operazione con conseguenti perdite in capo alla Società.

Parte attrice rilevava inoltre l'annullabilità del contratto IRS per errore sulle qualità essenziali del derivato e per dolo. Rilevava come la Banca antecedentemente alla stipula del contratto non avesse fornito adeguate informazioni al cliente circa la natura ed i rischi dell'operazione. Rilevava come il questionario di valutazione fosse stato precompilato dalla Banca senza esser stato sottoposto alla Società. Rilevava come il derivato non potesse esser considerato uno strumento di copertura. Rilevava, infine, come la Banca avrebbe dovuto tener presente delle curve *Forward* che, fin dal momento della stipula del contratto, avrebbero fatto presagire una perdita per H [REDACTED].

Per tutti questi motivi parte attrice asseriva di esser caduta in errore sull'oggetto del contratto a causa degli artifici e dei raggiri perpetrati dalla Banca a suo danno.

Chiedeva, in ogni caso, il risarcimento del danno ex art. 2043 asserendo che, qualora i comportamenti della Banca non fossero stati ritenuti dolosi ex artt.1349 e 1440 c.c., avrebbero dovuto esser considerati in ogni caso illeciti per violazione dell'art. 21 TUF con conseguente responsabilità extracontrattuale della stessa.

In via subordinata, nel caso in cui il contratto non fosse stato dichiarato nullo o annullabile, chiedeva la risoluzione del contratto per l'importanza dell'inadempimento della Banca, tale da alterare e compromettere l'intero rapporto negoziale.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata il 18/12/2013 si costituiva in giudizio BNL contestando in fatto ed in diritto le domande formulate da parte attrice. Nello specifico:



- contestava l'asserita violazione dell'art. 30 TUF per mancanza dello *ius poenitendi* eccependo la mancata prova del fatto che il contratto fosse stato stipulato fuori sede ed in ogni caso eccependo l'inapplicabilità della norma al caso di specie vista l'assenza di un effetto-sorpresa derivante da una negoziazione a domicilio. Sosteneva infatti che l'operazione contestata richiedesse per la sua strutturazione un certo periodo di tempo e la collaborazione del cliente;
- contestava la presenza di costi occulti a favore della banca asserendo che i costi indicati dalla controparte corrispondono alla remunerazione dei fattori di costo sostenuti dalla Banca nella creazione e gestione del derivato. Inoltre veniva contestato il fatto che i presunti costi occulti, indicati e quantificati da parte attrice, potessero influire sulla causa del contratto di Irs e sull'alea della struttura dello swap;
- contestava l'asserita assenza di causa nel contratto di sottoscrizione del derivato rivendicando, invece, la finalità di copertura dello stesso. Parte convenuta sottolineava come la Società, nell'anno in cui è stato stipulato il contratto Irs, avesse ingenti debiti nei confronti del sistema bancario e di conseguenza il nozionale di riferimento del derivato risultava esser del tutto coerente con le esigenze di copertura derivanti dall'indebitamento complessivo. Evidenziava inoltre come l'assenza di un piano di ammortamento non potesse portare ad alcuna invalidità del contratto;
- contestava l'asserita violazione delle regole di comportamento imposte dalla normativa all'intermediario finanziario evidenziando come la Banca fosse, in ogni caso, esonerata dagli obblighi informativi a causa della dichiarazione effettuata dalla Società con la quale dichiarava di esser un "operatore qualificato". Ad ogni modo la Banca sottolineava come parte attrice avesse espressamente confermato di aver compreso il prodotto finanziario proposto;

In data 07/01/2014, all'esito della prima udienza di trattazione, il Giudice, su richiesta delle parti, assegnava alle parti termini per il deposito delle memorie ex art.183 comma 6 c.p.c.. Le parti



depositavano nei termini le memorie e i documenti, formulando ciascuna le proprie istanze istruttorie.

B ■ con la memoria ex art.183 comma 6 n.1 c.p.c. depositava in giudizio i seguenti documenti, tutti sottoscritti da H ■ : copia del questionario di profilatura, copia del contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari, copia della conferma di contratto di IRS, copia dei termini e delle condizioni economiche del prodotto, copia dell'attestazione di consegna di Hellatron del "documento informativo sugli strumenti finanziari derivati", copia del documento di sintesi delle condizioni generali del contratto unico per la prestazione dei servizi d'investimento.

Parte attrice chiedeva con la memoria ex art.183 comma 6 n. 2 c.p.c. di ammettersi la CTU tecnico contabile e l'assunzione della prova testimoniale. All'esito dell'udienza del 27/05/2014 il giudice si riservava sulle istanze istruttorie proposte dalle parti. Con provvedimento del 18/06/2014, il Giudice, riteneva ammissibile il capitolo n.8 della prova per testi articolata dalla società attrice così formulato: "Vero che l'accordo quadro e l'IRS oggetto di causa sono stati sottoscritti presso la sede della Società in Lainate". Il giudice ammetteva anche la richiesta di prova contraria formulata dalla convenuta e rinviava per l'escussione dei testi all'udienza del 2/12/2014.

Nella successiva udienza, veniva escussa la testimonianza della Sig.ra ■ ■ ■, dipendente della H ■ ■ ■, la quale confermava che l'accordo quadro e l'IRS erano stati sottoscritti dall'Ing. V ■ ■ ■ presso la sede della Società sita all'epoca in Lainate precisando che lei stessa aveva provveduto a portare copia dei suddetti contratti nell'ufficio amministrativo della Società dopo la sottoscrizione dell'accordo quadro. Per la Banca non si presentava nessun testimone e la convenuta decadeva dal diritto della prova contraria.

All'esito dell'udienza, ritenendo la causa matura per la decisione, il giudice rinviava all'udienza del 29/09/2015 per precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 29/09/2015 il giudice, sentite le parti, tratteneva la causa in decisione, assegnando ex art.190 c.p.c., termine di 60 giorni per il deposito di comparse conclusionali e termine di ulteriori 20 giorni per il deposito di memorie di replica. Parte attrice nel precisare le conclusioni evidenziava che, nelle more del giudizio, il derivato era giunto a naturale scadenza e che aveva generato flussi negativi per la società pari a € 311.024,91.

MOTIVI DELLA DECISIONE

All'esito del giudizio e della espletata istruttoria ritiene il giudicante di dover accogliere la domanda attorea di nullità del contratto di swap di cui è causa in relazione alla omessa previsione nel medesimo della clausola di recesso di cui all'art. 30 del T.U.F..



Infatti, come confermato del teste escusso non contraddetto dal teste di parte convenuta ammesso a prova contraria in quanto non presentatosi a rendere la propria deposizione, sia il contratto quadro che la conferma sono stati stipulati fuori sede in quanto conclusi presso la sede della società attrice.

Pertanto, l'Accordo Quadro e la relativa conferma dell'IRS devono necessariamente essere dichiarati nulli in quanto, come risulta dalla documentazione allegata in atti, nessuno di questi due accordi prevede la facoltà per H■■■■■■ di recedere, ex art. 30 TUF, commi 6° e 7°, entro 7 giorni dalla sottoscrizione dei medesimi.

In particolare, si ritengono applicabili al contratto di collocamento dello strumento finanziario "swap", rientrante nella previsione di cui all'art. 1, comma 2, lett. g del D.L.vo 24/02/1998 n. 58, le disposizioni di cui all'art. 30 citato.

Infatti, è fuor dubbio che il contratto di swap rientri nella categoria degli strumenti finanziari come disciplinata dalla lettera a) dell'articolo 30 comma 1 del TUF.

Come detto, l'anzidetto contratto è stato concluso "fuori sede", ovvero in un luogo diverso dalla sede legale o da una dipendenza della Banca convenuta, giacchè esso è stato sottoscritto dalla società attrice presso la sua sede in Lainate. Il contratto in esame risulta redatto su modulo della Banca, cosicchè in quest'ultimo avrebbe dovuto essere indicata, a pena di nullità, la facoltà, in capo al contraente, di recesso entro sette giorni a norma dell'art. 30 comma 7 del D.L.vo 24/02/1998 n. 58.

In conclusione, l'Accordo Quadro e il contratto derivato, non prevedendo alcuna clausola di sospensione per sette giorni del contratto stesso, contrariamente a quanto appunto disciplinato dall'art. 30, c. 6 e 7, TUF, devono necessariamente essere dichiarati nulli e tutte le perdite subite da HELLATRON, in virtù di questo strumento finanziario, devono necessariamente essere rimborsate a quest'ultima, oltre agli interessi.

Parte attrice ha quantificato in sede di precisazione delle conclusioni la domanda restitutoria nella somma complessiva di euro 311.024,91 in quanto il derivato, nelle more del giudizio, risulta giunto a naturale scadenza generando flussi negativi per la Società per la somma anzidetta.

La banca convenuta va, pertanto, condannata alla restituzione delle somme corrisposte dall'odierna attrice in relazione al contratto di swap di cui è causa per il predetto importo oltre interessi legali dalla data dei giorni dei singoli pagamenti al soddisfo.

Per quanto riguarda gli interessi, richiesti in misura legale dalla data dei singoli pagamenti fino alla restituzione, ritiene il giudicante che gli stessi possano essere riconosciuti, in base alle norme sulla ripetizione dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.), dalla data della domanda giudiziale (31/07/13: data di notifica della citazione), in mancanza di prova da parte dell'attore, in base a conferente allegazione, della mala fede dell'accipiens (cfr. Cass. 5330/05: "In materia di indebito oggettivo, gli



interessi e le somme dovute per maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ., decorrono dalla domanda giudiziale, e non già dalla data del pagamento della somma indebita, dovendosi avere riguardo all'elemento psicologico esistente alla data di riscossione della somma, a meno che il creditore non provi la mala fede dell'"accipiens", con la precisazione che, anche in questo campo, la buona fede si presume, ed essa può essere esclusa soltanto dalla prova della consapevolezza da parte dell'"accipiens" della insussistenza di un suo diritto a ricevere il pagamento").

Al riguardo è stato condivisibilmente affermato in giurisprudenza che *"nell'ipotesi di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, con la conseguenza che qualora l'accipiens sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno in cui l'ha ricevuta"* (cfr. Cass. 8564/09; nello stesso senso sull'applicazione della disciplina sull'indebito oggettivo: Cass. 2956/11; Cass. SU 24418/10; Cass. 9052/10; Cass. 21096/05; Cass. 7651/05).

Per quanto invece attiene alla richiesta rivalutazione monetaria, va rammentato che *"nelle obbligazioni pecuniarie... il maggiore danno da svalutazione monetaria (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali, che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva e per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento, senza necessità di inquadramento in un'apposita categoria, nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali; ..."* (cfr. Cass. SU 19499/08).

Dunque il superamento delle note categorie economiche socialmente significative di creditori è pur sempre accompagnato dalla necessità della prova da parte del creditore, in base a conferente allegazione, *"... dell'eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali..."* (cfr. citata sentenza); quindi è sempre onere di chi agisce per il maggior danno allegare e dimostrare per l'appunto l'esistenza di detto maggior danno, derivante dalla mancata disponibilità della somma durante la mora e non compensato dalla corresponsione degli interessi legali nella misura predeterminata ex art. 1224, 1° comma, c.c. (cfr. Cass. 12828/09).

In mancanza di allegazione e prova sulla su richiamata eventuale differenza -in ciò consiste il maggior danno da svalutazione monetaria- nulla può essere riconosciuto a titolo di maggior danno.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.



definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda ed eccezione disattesa, accoglie la domanda attorea e per l'effetto condanna la convenuta al pagamento in favore della società attrice della complessiva somma di € 311.024,91 oltre interessi come in motivazione;

rigetta ogni altra domanda;

condanna la convenuta al pagamento delle spese di lite che liquida in complessivi € 13.128,00 di cui € 12.678,00 per compensi professionali ed € 450,00 per spese, oltre spese generali iva e cap.

Roma 7/4/2016

Il Giudice

Dott. Guglielmo Garri

IL CASO.it

