



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

Il Tribunale di Udine,
sezione seconda civile,

il giudice unico dr. Gianfranco Pellizzoni ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 4897/010 R.A.C.C. promossa, con atto di citazione notificato il , cron. n°, uff. giud. U. N.E.P. di Udine

da

- **soc.A SRL**

attrice;

contro

- **BANCA**

convenuta

avente ad **oggetto:**

responsabilità da servizi di intermediazione finanziaria.

Causa iscritta a ruolo il 20.09.2010 .

CONCLUSIONI:

-
- **Per l'attrice:**
- “ come da allegato .”
-
- **per parte convenuta:**
- “ come da allegato “

FATTO E DIRITTO.

Soc.A srl ha agito in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto di acquisto di derivati denominati “ Interest Rate Swap “ o più sinteticamente “ Swap “ o in subordine il risarcimento dei danni subiti per il grave inadempimento della convenuta Banca, pari alla perdita di € 43.598,98, ovvero per il diverso importo accertato in corso di causa, corrispondente alle perdite maturate sino al 30.04.2010, non essendo un operatore qualificato e non avendo avuto alcuna esperienza in tale tipo di strumenti finanziari, non avendo ricevuto informazioni sulla rischiosità del prodotto in questione secondo quanto previsto dalla legge.

Precisava l'attrice di aver stipulato in data 26.05.2003 un primo contratto denominato “ Usa Swiss Basket “ per l'importo nozionale di € 250.000,00 e in data 27.05.2003 un contratto (c. d. quadro) di negoziazione, trasmissione e ricezione di ordini in strumenti finanziari e di aver anche sottoscritto nelle successive date del 25.06.04, 26.10.05 e 12.10.05, a seguito dell'estinzione anticipata delle prime operazioni dei successivi contratti di Swap denominati Euro Target 45, Swiss Target e Euro Range 5Y, per gli importi nozionali di € 300.000,00, 500.000,00 e 600.000,00 su consiglio dei funzionari della banca, ma resasi solo successivamente conto della rischiosità dell'investimento - inizialmente non prospettata dalla banca – di aver anche richiesto di estinguere anticipatamente l'operazione con un costo di uscita pari a € 43.598,98, che era stato addebitato sul suo conto corrente n. 31341 con valuta 30.04.010 (oltre alle commissioni implicite

per chiusura dell'operazione di € 35.000,00).

Instauratosi il contraddittorio, la banca convenuta ha resistito alla domanda, contestando le deduzioni di controparte e rilevando di avere scrupolosamente rispettato la normativa di legge e regolamentare sulla prestazione dei servizi di intermediazione finanziaria, negando in tutti i casi la sussistenza dei prospettati danni.

Scambiate ulteriori memorie tra le parti, proposta istanza di fissazione d'udienza di discussione, ammessa ed espletata, la causa è stata assegnata a sentenza sulle riportate conclusioni.

L'attrice ha chiesto l'accertamento della nullità di determinate clausole contrattuali e la dichiarazione di risoluzione del contratto di investimento concluso presso la banca convenuta, in conseguenza dell'asserita violazione, da parte dell'istituto di credito, delle norme che disciplinano l'erogazione dei servizi di investimento finanziario o comunque la condanna della banca al risarcimento dei danni subito per il suo illegittimo comportamento.

Non vi sono dubbi che fra le parti in causa sia intervenuto un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi di investimento come ampiamente documentato dai modelli contrattuali sottoscritti e depositati in giudizio da entrambe le parti.

Tale rapporto si è estrinsecato attraverso la stipula del contratto quadro iniziale (con cui la banca si era resa disponibile al servizio ed erano stati attivati i necessari supporti *logistici* consistenti nell'apertura di un conto deposito titoli) e la successiva stipulazione

delle varie operazioni finanziarie, salvo la prima operazione che era stata conclusa ancora prima della sottoscrizione del contratto quadro, in violazione degli artt.23 del TUF e 30 del Regolamento Consob n. 11522/98.

Con riferimento al predetto rapporto intercorso l'attrice ha prospettato la violazione di norme da cui potrebbe derivare la responsabilità dell'istituto di credito per inadempimento ed il risarcimento dei danni e in primo luogo la nullità o l'annullabilità di alcune delle clausole dei contratti stipulati.

Al riguardo è opportuno premettere che sia il T.U.I.F. (v., in particolare, gli artt. 21 e 23), sia la disciplina regolamentare emanata dalla CONSOB (avvalendosi della delega contenuta nell'art. 6, comma 2, dello medesimo T.U.I.F.) - che hanno chiaramente e dichiaratamente lo scopo di favorire un accesso consapevole e responsabile ai servizi di investimento - gravano l'intermediario di generali doveri di comportamento "nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati", nonché di specifici obblighi di carattere formale, che dovrebbero in qualche modo meglio assicurare l'adempimento di quei doveri sostanziali. Il dovere di comportamento "con diligenza, correttezza e trasparenza" deve essere rispettato tanto al momento della instaurazione di un rapporto con un nuovo investitore, quanto nel corso dello svolgimento di tale rapporto. Altrettanto dicasi degli specifici obblighi di carattere formale, alcuni dei quali riguardano la fase iniziale mentre altri operano nello sviluppo successivo del rapporto. In

particolare, l'art. 23, comma 1, T.U.I.F. dispone che “I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. ... Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo”. Il comma 3 precisa poi che “la nullità può essere fatta valere solo dal cliente”. Al di là di questa precisa disposizione concernente l'effetto della violazione dell'obbligo di redigere il contratto per iscritto (a dire il vero, *abbastanza precisa*, perché può sorgere il dubbio che anche la sola mancata consegna della copia costituisca inosservanza della “forma prescritta” e comporti, quindi, la nullità relativa del contratto; ma è da preferire la tesi negativa), la legge non dice quale sia, in generale, la conseguenza della violazione, da parte dell'intermediario, di uno o più degli altri doveri ed obblighi a lui imposti. Poiché si tratta di norme imperative poste anche nell'interesse generale (“l'integrità dei mercati”), e poiché esse devono essere rispettate già al momento della stipulazione dei contratti, si è prospettata la possibilità che - anche in questo caso - la conseguenza della loro violazione sia la nullità dei “contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento”. È tuttavia da preferire la tesi secondo cui, laddove il legislatore non abbia previsto la conseguenza della nullità (relativa), la violazione degli obblighi e doveri di comportamento dell'intermediario non inficia la validità dei contratti, ma costituisce inadempimento delle obbligazioni che nascono dai contratti stessi, i cui effetti sono integrati ai sensi dell'art. 1374 c.c. Del resto, non avrebbe avuto senso, per il legislatore, comminare una nullità

relativa specifica per l'inosservanza della forma scritta, se davvero ogni violazione di obblighi e doveri dell'intermediario al momento della stipula comportasse già di per sé la nullità (è da ritenere, assoluta, stante il carattere eccezionale della nullità relativa) dei contratti. Si deve quindi concludere che il legislatore, sanzionando di nullità (e relativa) la sola inosservanza della forma prescritta, abbia inteso disporre diversamente (v. art. 1418, comma 1°, c.c.) per tutte le altre violazioni di obblighi e doveri posti a carico dell'intermediario. Ciò risulta ulteriormente confermato dalla circostanza che l'art. 23, comma 6, T.U.I.F. presuppone chiaramente che, se gli intermediari non hanno "agito con la specifica diligenza richiesta", il cliente abbia diritto al risarcimento dei danni, ciò che consegue tipicamente all'inadempimento del contratto valido (art. 1218 c.c.) e non alla dichiarazione di nullità del contratto (cui consegue soltanto l'obbligo di restituire eventuali prestazioni rese in esecuzione del contratto nullo e, quindi, indebite, v. sul punto anche Cass. Sez. Un. 19.12.2007, nn. 26724 e 26725 secondo cui: *"La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed*

eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.)

È dunque – alla luce di tali considerazioni - anche in termini di inadempimento e di responsabilità precontrattuale o contrattuale che deve essere valutata la fondatezza o meno delle domande (v. sul punto anche Cass., 29.09.2005, n. 19024, secondo cui:” *La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, stabilito dall'art. 1337 cod. civ., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 cod. civ.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al "minor vantaggio", ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e*

diretto).

Il primo motivo di doglianza riguarda la mancata acquisizione delle necessarie informazioni sulla propensione al rischio e comunque la mancata erogazioni di informazioni sufficientemente chiare sui rischi degli investimenti prescelti.

Ai sensi dell'art. 29 del regolamento Consob, infatti *“gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione”*.

La adeguatezza della operazione al profilo del cliente va valutata sulla base delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 28 del medesimo regolamento e *“di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati”*; l'intermediario deve quindi tener conto sia delle caratteristiche soggettive dell'investitore, che delle caratteristiche oggettive dell'operazione e formulare il giudizio di adeguatezza mettendo in rapporto le une con le altre.

La Suprema Corte ha invero affermato che: *“ In tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, e, a fronte di un'operazione non adeguata (nella specie, avente ad oggetto obbligazioni Mexico 10%), può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto*

esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. All'operatività di detta regola - applicabile anche quando il servizio fornito dall'intermediario consista nell'esecuzione di ordini - non è di ostacolo il fatto che il cliente abbia in precedenza acquistato un altro titolo a rischio (nella specie, obbligazioni Telecom Argentina), perchè ciò non basta a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla Consob (v. Cass. 25.06.2008, n. 17340).

In particolare la Corte ha affermato che: "... Ai sensi del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria approvato con il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21, (che riproduce l'identica disposizione già prevista dal D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, art. 17, recante il recepimento, tra l'altro, della la direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993), nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati devono "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati" (comma 1, lett. b). Questa regola - nell'assoggettare la prestazione dei servizi di investimento ad una disciplina diversa e più intensa rispetto a quella discendente dall'applicazione delle regole di correttezza previste dal c.c., impone all'operatore il dovere sia di farsi parte attiva nella richiesta all'investitore di notizie circa la sua esperienza e la sua situazione finanziaria, gli obiettivi di investimento e la propensione al rischio, sia di informare adeguatamente il cliente, al fine di porre il risparmiatore nella condizione di effettuare consapevoli e ragionate scelte di investimento

o

disinvestimento.

Il duplice riferimento alle informazioni adeguate e necessaria e la direzione dell'obbligo nei confronti del cliente inducono a ritenere che le informazioni debbano essere modellate alla luce della particolarità del rapporto con l'investitore, in modo da soddisfare le specifiche esigenze proprie di quel singolo rapporto. L'obbligo di informazione nella prestazione dei servizi di investimento ha ricevuto una specificazione di dettaglio nella disciplina regolamentare introdotta dalla CONSOB: prima con la Delib. 30 settembre 1997, n. 10943, applicabile ratione temporis al momento dell'acquisto (maggio 1998) dei titoli Mexico 10% da cui è sorta la presente controversia - poi con la Delib. 1 luglio 1998, n. 11522. La disciplina regolamentare prevede tra l'altro:

- che l'intermediario autorizzato non può effettuare operazioni se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o di disinvestimento (Delib. CONSOB n. 10943, art. 5, comma 2; Delib. CONSOB n. 11522, art. 28, comma 2);*
- che l'intermediario, quando riceve da un investitore disposizioni relative ad un'operazione non adeguata, lo informa di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione; e che qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, l'intermediario può eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto (ovvero, nel caso di ordini telefonici,*

registrato su nastro magnetico), in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute (Delib. n. 10943, art. 6, comma 3; Delib. n. 11522, art. 29, comma 3, v. ancora sent. cit. Cass. n. 17340/'08).

La disposta ctu ha permesso di accertare che l'investimento effettuato dall' attrice in data 26.05.2003, facente parte della categoria degli Interest Rate Swap (IRS), denominato " Usa Swiss Basket " sulla base di un capitale nozionale di € 250.000,00 e le successive rinegoziazioni, fino all'ultima operazione di data 12.10.2006 denominata " Euro Range 5Y " per un capitale nozionale di € 600.000,00 (v. ctu pagg. 9 – 10) erano delle operazioni altamente speculative prive di attinenza con la necessità di gestione del rischio a carico della stessa attrice, in relazione alla propria struttura finanziaria, in quanto l'attrice non aveva rischi in essere che potessero consentire di qualificare lo swap in oggetto come una operazione di copertura dei tassi di interesse.

In particolare il ctu ha evidenziato come queste operazioni di IRS comportino il reciproco impegno dei contraenti a scambiarsi flussi di interessi calcolati sulla base di diversi parametri finanziari a date scadenze e periodicità convenute, lungo l'intera vita del contratto, su un capitale monetario nominale o "nozionale ", non oggetto di scambio tra le parti, potendo in tal modo l'operatore ad esempio trasformare di fatto un precedente debito a tasso variabile in un debito a tasso fisso, in una prospettiva di copertura del suo rischio di tasso di interesse, oppur in mancanza di una precedente esposizione debitoria

esposta a rischio, assumere una posizione speculativa al rialzo dei tassi di interesse, vale a dire una operazione che genererà differenziali positivi se il tasso variabile si manterrà al di sopra del tasso fisso contrattuale e perdite nell'ipotesi opposta, precisando come il mark to market del contratto alla data della stipula fosse pari a zero e come eventuali differenze corrispondessero alla commissioni implicite che l'intermediario applica per la strutturazione dell'operazione (dato che il mark to market rappresenta il costo di smobilizzo o di ristrutturazione della posizione, rispetto a tutte le variabili di mercato di un dato momento e l'upfront la somma che l'intermediario riconosce al cliente onde riportare in equilibrio la posizione dei due contraenti, rendendo nullo il valore iniziale del contratto - v. ctu pag. 9).

Il ctu ha inoltre rilevato che il rapporto per cui si controverte si era estrinsecato in quattro operazioni di Interest Rate Swap succedutesi nel tempo fino all'ultima per un importo nozionale di € 600.00,00, che rappresentavano rinegoziazioni della prima operazione, che di volta in volta erano state anticipatamente estinte, in quanto i risultati non erano soddisfacenti (v. descrizione di tali operazioni a pag. 10 della ctu).

Il ctu ha peraltro precisato che la soc.A srl aveva inizialmente sottoscritto un contratto disciplinante i servizi di deposito titoli a custodia ed amministrazione e negoziazione, recessione/trasmissione di ordini e di collocamento in data 27.05.2003 – giorno successivo alla sottoscrizione del primo contratto - , senza fornire alla banca

informazioni in riferimento all'esperienza maturata in materia di investimenti in strumenti finanziari, obiettivi di investimento, propensione al rischio e situazione finanziaria, concordando tuttavia tra le linee di investimento la n. 56.5 "mercato azionario rischio alto e n. 6 strumenti derivati, emittenti extra Ocse, rischio elevato", che apparivano essere incoerenti con il rifiuto di rilasciare informazioni in merito alla propensione al rischio, evidenziando la scarsa accuratezza con cui le parti avevano disciplinato i loro rapporti (v. contratto – doc. n. 2 di parte convenuta e ctu pag. 16).

Alla medesima data veniva anche sottoscritto il contratto quadro CDS, IRS e FRA e operazioni "Over the Counter" in cui la società si impegnavano a concludere i singoli contratto OTC esclusivamente per finalità di copertura della propria esposizione complessiva (in qual momento peraltro inesistente).

Tale incoerenza veniva successivamente sanata in data 27.04.2006 (prima della sottoscrizione dell'ultima operazione in derivati di data 12.10.2006) con una nuova dichiarazione "Variazione" in cui l'esperienza in materia di investimenti diveniva elevata, la propensione al rischio altissima e la linea di investimento concordata era quella a rischio elevato, vale a dire in strumenti derivati, la situazione finanziaria non veniva comunicata e la linea di investimento concordato era la n. 6, in derivati a rischio elevato (v. ctu pag. 17).

Anche la scheda informativa risultava infine sottoscritta in data 10.10.2003, dopo il primo investimento in derivati e confermava le

stesse informazioni riportate nella variazione di data 27.05.2003 già citata(v. ctu pag. 19).

Il ctu ha anche osservato – in riferimento alle informazioni derivanti dall'operatività del cliente - come la soc.A srl fosse una società di piccole dimensioni, realisticamente poco strutturata sotto il profilo della funzione amministrativo – finanziaria, con capitalizzazione non significativa, sostanziale assenza di indebitamento verso le banche e presenza di disponibilità liquide, con notevole incidenza del costo dei servizi sul valore della produzione, possesso del solo titolo di licenza elementare da parte del legale rappresentante della società , che aveva posto in essere le operazioni contestate che non potevano essere considerate operazioni di copertura del rischio di oscillazione dei tassi di interesse, ma solo speculative (v. ctu pag. 27).

Il ctu ha pertanto concluso la sua relazione con una valutazione – del tutto condivisibile – di inadeguatezza delle operazioni alle caratteristiche del cliente, sotto il profilo della tipologia, dell'oggetto e della frequenza e delle dimensioni, anche perché la attrice non poteva essere in alcun modo considerata un operatore qualificato ai sensi dell'art. 31, secondo comma del regolamento Consob n. 11522/98, dato che non vi era stata alcuna sottoscrizione di una clausola siffatta, non avendo la variazione fatta sottoscrivere le caratteristiche previste in maniera rigorosa dalla citata norma (v. ctu pag. 35).

In particolare il ctu ha sottolineato - e tali considerazioni

vengono fatte proprie anche dal giudice - in quanto del tutto conformi al quadro complessivo della situazione al momento della sottoscrizione dell'ordine – l'oggettiva e indiscutibile incoerenza fra le caratteristiche dimensionali, organizzative, operative e finanziarie dell'attrice, rispetto all'assunzione di complesse operazioni speculative sui tassi di interesse, che non avevano in alcun modo finalità di copertura di un rischio del tutto inesistente, ma puramente speculativa.

I derivati sono infatti secondo la definizione data dalla Consob “ ... strumenti complessi, destinati ad operatori professionali o quantomeno evoluti che sappiano sfruttare le numerose opportunità che offrono “ in quanto “ ... gli strumenti finanziari derivati sono caratterizzati da una rischiosità molto elevata il cui apprezzamento da parte dell'investitore è ostacolato dalla complessità. E' quindi necessario che l'investitore concluda un'operazione avente ad oggetto tali strumenti solo dopo averne compreso la natura e il grado di esposizione al rischio che comporta” (v. All. 3 , parte B del Reg. Consob n. 11522/98).

La banca non aveva inoltre neppure provveduto a riclassificare il cliente ai sensi del disposto dell'art. 113 del Regolamento Consob n. 16190/07 (disposizioni transitorie) e del richiamato art. 35 per quanto atteneva alla riclassificazione del cliente e alle inerenti comunicazioni, incorrendo anche nella violazione delle nuove disposizioni dettate dal regolamento c. d. Midif attuativo della direttiva Ce che imponeva nuovi adempimenti da parte dell'operatore

qualificato in relazione alle caratteristiche del cliente.

E' noto che la nuova disciplina del d. lgs. n. 58/07 e il regolamento Consob n. 16190/07 hanno modificato le precedenti classificazioni dei clienti da qualificati o al dettaglio in tre nuove categorie di clienti " al dettaglio, professionisti e qualificati" e che l'art. 113 dispone in via transitoria la riclassificazione anche dei clienti che abbiano dei rapporti pendenti.

In particolare l'art. 35, richiamato dall'art. 113 dispone che " Informazioni riguardanti la classificazione dei clienti) 1. Gli intermediari comunicano su supporto duraturo ai clienti la loro nuova classificazione in qualità di cliente al dettaglio, cliente professionale o controparte qualificata.

2. Gli intermediari informano i clienti, su supporto duraturo, circa l'eventuale diritto a richiedere una diversa classificazione e circa gli eventuali limiti che ne deriverebbero sotto il profilo della tutela del cliente. 3. Gli intermediari possono, su loro iniziativa o su richiesta del cliente: a) trattare come cliente professionale o cliente al dettaglio un cliente che potrebbe essere altrimenti classificato come controparte qualificata ai sensi dell'articolo 6, comma 2-quater, lettera d), numeri 1), 2), 3) e 5), del Testo Unico nonché ai sensi dell'articolo 58, comma 2; b) trattare come cliente al dettaglio un cliente che è considerato come cliente professionale di diritto", mentre l'art. 113 dispone che " ...2. Gli intermediari provvedono agli adempimenti in tema di informazioni nei confronti della clientela in essere alla data di entrata in vigore del

presente regolamento, di cui agli articoli da 29 a 32, 35, comma 2, 46 e 52, comma 1, lettera b1), in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, non oltre il 30 giugno 2008. 3. Nei confronti della clientela in essere alla data di entrata in vigore del presente regolamento, già classificata quale operatore qualificato, la comunicazione di cui all'articolo 35, comma 1, quale cliente al dettaglio, è effettuata in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, non oltre il 30 giugno 2008. 4. I clienti privati riconosciuti dagli intermediari quali operatori qualificati ai sensi della disciplina previgente, sulla base di parametri simili a quelli di cui all'Allegato 3, sezione II, al presente regolamento, possono continuare ad essere considerati clienti professionali”.

Ne consegue che dopo il 30.06.2008 la permanenza della classificazione del cliente ai sensi della disciplina previgente sarebbe stata possibile solamente nel caso in cui la banca avesse verificato se i parametri utilizzati in precedenza erano simili a quelli indicati dall'all. n. 3, sezione seconda del nuovo regolamento relativa ai “ *II.1. Criteri di identificazione* ” e secondo cui: “ Gli intermediari possono trattare i clienti diversi da quelli inclusi alla sezione I, che ne facciano espressa richiesta, come clienti professionali, purché siano rispettati i criteri e le procedure menzionati di seguito. Non è comunque consentito presumere che tali clienti possiedano conoscenze ed esperienze di mercato comparabili a quelle delle categorie elencate alla sezione I. La disapplicazione di regole di condotta previste per la prestazione dei servizi nei confronti dei clienti non professionali è consentita quando,

dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'intermediario possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti, che il cliente sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume. Il possesso dei requisiti di professionalità previsti per dirigenti e amministratori dei soggetti autorizzati a norma delle direttive comunitarie nel settore finanziario può essere considerato come un riferimento per valutare la competenza e le conoscenze del cliente. Nel corso della predetta valutazione, devono essere soddisfatti almeno due dei seguenti requisiti: - il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; - il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare 500.000 EUR; - il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti. In caso di persone giuridiche, la valutazione di cui sopra è condotta con riguardo alla persona In caso di persone giuridiche, la valutazione di cui sopra è condotta con riguardo alla persona autorizzata ad effettuare operazioni per loro conto e/o alla persona giuridica medesima.

II.2. Procedura I clienti definiti in precedenza possono rinunciare alle protezioni previste dalle norme di comportamento solo una volta

espletata la procedura seguente: - i clienti devono comunicare per iscritto all'intermediario che desiderano essere trattati come clienti professionali, a titolo generale o rispetto ad un particolare servizio od operazione di investimento o tipo di operazione o di prodotto; - l'intermediario deve avvertire i clienti, in una comunicazione scritta e chiara, di quali sono le protezioni e i diritti di indennizzo che potrebbero perdere; - i clienti devono dichiarare per iscritto, in un documento separato dal contratto, di essere a conoscenza delle conseguenze derivanti dalla perdita di tali protezioni. Prima di decidere di accettare richieste di rinuncia a protezione, devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per accertarsi che il cliente che chiede di essere considerato cliente professionale soddisfi i requisiti indicati nella sezione II al punto 1. Gli intermediari devono adottare per iscritto misure interne appropriate per classificare i clienti. Spetta ai clienti professionali informare il prestatore del servizio di eventuali cambiamenti che potrebbero influenzare la loro attuale classificazione. Se tuttavia l'intermediario constata che il cliente non soddisfa più le condizioni necessarie per ottenere il trattamento riservato ai clienti professionali deve adottare provvedimenti appropriati ”.

Alla luce di tale nuova normativa la società attrice non rispondeva ad alcuno dei citati requisiti e quindi quantomeno a partire dal 30.06.2008 andava riclassificato come cliente al dettaglio e tale classificazione doveva essergli comunicata nelle forme previste dalla normativa regolamentare (v. ctu pag. 31).

Appare pertanto assodato che le operazioni di investimento in strumenti derivati non fossero adeguate al profilo di rischio del cliente in riferimento a tutti i criteri fissati dalla legge, circostanza d'altro canto che la stessa convenuta aveva preso in considerazione, dato che aveva deciso all'atto della sottoscrizione degli ordini di far sottoscrivere alla Udiexpress tutta una serie di clausole di salvaguardia relative tanto all'inadeguatezza delle operazioni, quanto al conflitto di interessi e all'acquisto degli strumenti derivati " over the counter " (vale a dire in mercati non regolamentati la cui negoziazione si svolge al di fuori dei circuiti borsistici ufficiali e la cui quotazione avviene secondo il principio dell'incontro tra la domanda e l'offerta, con la conseguenza che il loro valore cambia continuamente e in maniera decorrelata rispetto all'andamento delle Borse Mondiali) e quindi ad alto rischi per definizione.

La banca si è infatti difesa non tanto negando che l'operazione in questione non fosse adeguata al profilo della cliente in quel momento a lei noto, ma piuttosto sostenendo di aver fatto firmare alla stessa una dichiarazione di salvaguardia ai sensi dell'art. 29 del citato Reg. Consob n. 11522/98, atteso che l'attrice dopo essere stata debitamente informata dell'operazione e dei connessi rischi, aveva dato corso all'operazione pur constatando che la stessa non era adeguata al suo profilo di rischio e avveniva in una situazione di conflitto di interessi della banca (v. ordine di acquisto e le due clausole specificatamente approvate per iscritto dalla soc.A srl).

Tale tesi difensiva non appare condivisibile posto che l'art. 29 del citato Reg. consob n. 11522/98 esige che in caso di operazione non adeguata l'operatore debba raccogliere il consenso scritto del cliente di procedere comunque nell'operazione, esplicitando in maniera chiara non solo l'inadeguatezza dell'investimento, ma illustrando anche le caratteristiche dello stesso, dato l'elevato grado di rischio, nonché le relative implicazioni, non potendo l'informazione essere generica, dovendo invece riportare le specifiche ragioni dell'inadeguatezza, in rapporto alle caratteristiche dell'investitore (cfr. tra le altre Trib. Genova, 15.03.05, in ww il caso.it. e Trib. Udine 3.10.08, n.4126/05, Tib. Udine 28.01.011, n. 2838/08 inedite e ancora la cit. Cass. , 25.06.2008, n. 17340 in cui si sottolinea come la norma richieda un “ ... esplicito riferimento alle avvertenze ricevute”).

In tal senso non è sufficiente la mera generica formula di stile riportata nella clausola in esame laddove si afferma “ ... lo ha informato ... che l'operazione in oggetto non è adeguata e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione ”, dovendo invece essere riportate per iscritto le esplicite e concrete ragioni dell'avvertimento effettuato al cliente, avendo l'operatore “ ... l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, a fronte di un'operazione non adeguata “ (cfr. ancora la cit. Cass., 25.06.2008, n. 17340).

Tali considerazioni che riguardano qualsiasi operazione di investimento disciplinato dalla normativa di settore valgono in maniera ancor più pregnante per gli strumenti finanziari derivati che per definizione sono strumenti “ a rischio molto elevata il cui apprezzamento per l'investitore è ostacolato dalla loro complessità “ dovendo l'investitore aver compreso “ ...la natura e il grado di esposizione al rischio “ (cfr. ancora il citato All. n. 3, parte B del Regolamento 11522/98).

Alla luce di tali considerazioni appare evidente come la generica clausola di salvaguardia riportata in calce all'ordine in esame non assolve in alcun modo all'obbligo sancito dall'art. 29 del cit. regolamento Consob (art. 6, terzo comma, delibera n. 10943 e art. 29, terzo comma, delibera n. 11522), non essendovi alcuna spiegazione circa il tipo di strumento finanziario utilizzato, né del tipo di rischio connesso all'operazione.

Nel caso in esame tale mancanza di trasparenza appare rilevante sotto il profilo del conflitto di interesse fra la banca e il cliente - in quanto avendo la stessa operato in contropartita diretta (v. la seconda clausola di salvaguardia fatta sottoscrivere alla cliente in cui si afferma testualmente di averla informata “ ... di avere un conflitto di interessi diretto nell'operazione disposta in quanto controparte diretta nella negoziazione della stessa ”) sarebbe stato necessario - ancora una volta per rispettare il dettato normativo - esplicitare tutte le ragioni di conflitto e quindi anche la presenza delle commissioni implicite (o

marginale lordo dell'operazione), circostanza questa che invece non risulta adempiuta né per iscritto, né nelle spiegazioni fornite a voce dal funzionario della banca che aveva raccolto l'ordine in questione essendo le stesse emerse per l'ignaro investitore solo al momento della richiesta di chiusura anticipata dell'operazione.

La banca deve pertanto rispondere dei danni da inadempimento contrattuale provocati, non avendo dato la prova, su di lei incombente, di aver puntualmente informato il cliente in merito alle caratteristiche dell'operazione e alle conseguenti implicazioni finanziarie dell'investimento e di aver ottenuto, intendendo l'investitore dare comunque corso all'operazione, l'ordine scritto, anche in riferimento al dedotto conflitto di interessi.

L'intermediario finanziario che sia venuto meno al suo obbligo di fornire al cliente, nelle forme prescritte dalla legge, le informazioni sui rischi cui si esponeva con l'investimento mobiliare è infatti responsabile delle conseguenze dannose derivanti dall'investimento (v. sul punto del nesso di causalità fra comportamento della banca e danno Cass. 19.12.2007, n. 26724, secondo cui : “ *In tema di intermediazione finanziaria, la disposizione contenuta nella lett. g) dell'art. 6 della legge n. 1 del 1991 (applicabile nella specie "ratione temporis") faceva espresso ed assoluto divieto all'intermediario (diversamente da quanto ora stabilisce l'art. 21, comma 1-bis, lett. a) e b), del d.lgs. n. 58 del 1998) di dar corso all'operazione in presenza di una situazione di conflitto di interessi non rivelata al cliente o, comunque, in difetto di*

autorizzazione espressa del cliente medesimo. Sicché, in riferimento a domanda di risarcimento del danno per operazioni compiute dall'intermediario in situazione di asserito conflitto di interessi (come nella specie), doveva attribuirsi rilievo, per individuare l'esistenza di un danno risarcibile ed il nesso causale tra detto danno e l'illegittimo comportamento imputabile all'intermediario, alle sole conseguenze della mancata astensione dell'intermediario medesimo dal compiere un'operazione non consentita nelle condizioni di cui alla citata disposizione e non già alle conseguenze derivanti dalle modalità con cui l'operazione era stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario e anche Trib. Venezia, 28.02.2008, in Il Caso.it, n. 102, secondo cui il nesso di causalità deve ritenersi in re ipsa, allorché l'intermediario abbia violato l'obbligo di astensione, come nel conflitto di interessi o nelle operazioni inadeguate e in senso analogo Trib. Udine , 25.09.2009, n. 6732/07 inedita.).

Si deve infatti presumere che se adeguatamente informata nel rispetto della normativa di “ protezione “ dettata a sua tutela l'investitrice avrebbe desistito dall'investimento e la violazioni dei doveri di diligenza richiesti dalla legge all'intermediario abilitato, sposta l'onere di provare il contrario sull'istituto di credito convenuto, che ha colposamente omesso di raccogliere le informazioni necessarie e di considerare la rischiosità dell'operazione , segnalandola alla cliente (v. anche art. 23, ult. comma del Tuf n. 58/98).

Non va infatti dimenticato che la violazione della buona fede se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto , può comportare “ ...il risarcimento del danno (che) deve essere commisurato al minor vantaggio”, ovvero al "maggior aggravio economico " prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto – cfr. ancora la cit. Cass. , 29.09.2005, n. 19024).

Per quanto attiene al danno subito dalla convenuta va notato come la banca alal data del 31.10.2011 abbia accreditato all'attrice dei flussi positivi per € 11.415,55 e dei flussi negativi per € 86.639,36, con un conseguente perdita di € 75.223,81(v. ctu pag. 42 e all. 14).

La convenuta va quindi condannata al pagamento della somma di € 75.223.81, oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo.

Il pagamento delle spese, liquidate ex D. M. n. 140/012, comprese quelle di ctu e di ctp, segue la soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale, fra le parti definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda, istanza ed eccezione reietta, così decide:

condanna la convenuta al pagamento della somma di € 75.223.81 oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo;

condanna la convenuta al pagamento delle spese del giudizio,
che liquida in € 7.500,00, oltre a € 2.991,98 per spese non imponibili,
cna e all'iva, se dovuta e alle spese di ctu, liquidate come in atti.

Così deciso in Udine, addì 1.07.2012..

Il giudice.

Gianfranco Pellizzoni

Depositato in cancelleria il

TRIBUNALE DI UDINE

SEZIONE SECONDA CIVILE

DISPOSITIVO DELLA SENTENZA

P. Q. M.

Il Tribunale, fra le parti definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda, istanza ed eccezione reietta, così decide:

condanna la convenuta al pagamento della somma di € 75.223.81 oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo;

condanna la convenuta al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in € 7.500,00, oltre a € 2.991,98 per spese non imponibili, cna e all'iva, se dovuta e alle spese di ctu, liquidate come in atti.

Così deciso in Udine, addì 1.07.2012.

Il giudice.

Gianfranco Pellizzoni

Depositato in cancelleria il