

Civile Ord. Sez. 1 Num. 24654 Anno 2022

Presidente: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Relatore: FALABELLA MASSIMO

Data pubblicazione: 10/08/2022



ORDINANZA

sul ricorso 27276/2017 proposto da:

Unioneffe Società Cooperativa, rappresenta e difesa dall'avvocato Sabino Fortunato;

ricorrente

contro

Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Graziadei e dall'avv. Francesco Trotta;

controricorrente

avverso la sentenza n. 5565/2017 della Corte di appello di Roma depositata il giorno 4 settembre 2017.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 16 giugno 2022 dal Consigliere Relatore dott. Massimo

Falabella.

FATTI DI CAUSA

1. — Ce.Di.Far.Me. – Centro Distributivo Farmaceutico Meridionale soc. coop. — in seguito Unioneffe Società Cooperativa — ha convenuto in giudizio innanzi al Tribunale di Roma Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. chiedendo dichiararsi la nullità, l'annullamento o la risoluzione per inadempimento di due contratti aventi ad oggetto derivati stipulati l'8 febbraio 2007 il 30 settembre 2008, con condanna della convenuta sia alla restituzione delle somme indebitamente riscosse quali flussi periodici e commissioni indebite, sia al risarcimento dei danni subiti. L'attrice ha dedotto la nullità dei due contratti per difetto di valido contratto quadro e per difetto di causa; ha inoltre allegato l'inadempimento della banca rispetto agli obblighi informativi circa l'esatta natura e l'adeguatezza delle operazioni, nonché la situazione di conflitto di interessi in cui versava l'intermediario, che aveva pure violato, a suo dire, l'obbligo contrattualmente assunto di segnalare le perdite che avessero superato la soglia concordata.

La banca si è costituita in giudizio contestando la fondatezza delle domande attrici, di cui ha chiesto il rigetto.

Il Tribunale ha respinto la domanda.

2. — Unioneffe ha proposto gravame, cui ha resistito la Banca Nazionale del Lavoro.

La Corte di appello di Roma ha rigettato l'impugnazione.

3. — Ricorre per cassazione, facendo valere sette motivi di censura, la stessa Unioneffe. Resiste con controricorso la Banca Nazionale del Lavoro. Sono state depositate memorie. Il Pubblico Ministero ha concluso per l'accoglimento del quinto motivo di ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. — Il primo motivo oppone la violazione o falsa applicazione dell'art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 e dell'art. 21 t.u.f. (d.lgs. n.

58/1998). Viene lamentato che la sentenza impugnata abbia equiparato il testo contenuto nella clausola contrattuale di cui all'art. 6 del primo contratto, redatto in lingua inglese, alla dichiarazione di cui all'art. 31 del cit. reg. Consob; si deduce che tale dichiarazione è soggetta a una disciplina legislativa che richiede, al fine indicato, precisi elementi (preesistenza, specificità, chiarezza e provenienza dal legale rappresentante della società investitrice). Si oppone che la dichiarazione resa non si conformerebbe a tali prescrizioni, con la conseguenza che, inefficace la clausola, il primo contratto sarebbe nullo in quanto concluso in assenza di previa stipula del contratto quadro. Si sostiene, inoltre, che il contratto in questione sarebbe comunque suscettibile di risoluzione per inadempimento, avendo riguardo alla mancata prestazione di attività informativa e all'inadeguatezza delle operazioni poste in atto.

Il motivo è infondato.

A norma dell'art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522/1998, applicabile *ratione temporis* al primo contratto, rientra tra gli operatori qualificati ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante.

La Corte di appello ha osservato che la dichiarazione relativa alla natura qualificata dell'operatore era contenuta, quanto al primo contratto, nell'art. 6 del testo negoziale: dichiarazione che, sebbene redatta in lingua inglese, risultava essere «chiaramente e facilmente riconducibile nel suo contenuto a quanto richiamato al capoverso dell'art. 31» del citato reg. Consob.

La ricorrente censura tale affermazione contestando, anzitutto, che la dichiarazione in questione non risulterebbe essere preesistente al contratto: ma il rilievo è innanzitutto ingiustificato sul piano letterale, giacché la norma regolamentare non richiede che la dichiarazione

scritta di cui trattasi sia redatta anteriormente al perfezionamento del negozio; essa è, inoltre, ingiustificata avendo riguardo alla *ratio* della disposizione che, come già osservato da questa Corte — sebbene con riguardo all'analogia prescrizione contenuta nell'art. 13 reg. Consob n. 587/1991 — è volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto (così Cass. 26 maggio 2009, n. 12138, in motivazione).

Per le medesime ragioni deve escludersi che la dichiarazione dovesse essere circostanziata attraverso l'indicazione delle «operazioni di investimento rispetto alle quali Ce.Di.Far.Me intendeva essere considerata un operatore qualificato». La nozione di operatore qualificato ha del resto un contenuto unitario e non compete all'investitore individuare la tipologia delle operazioni finanziarie cui esso debba essere riferito. La disciplina dell'art. 31, comma 2, del reg. Consob n. 11522/1998 richiede, puramente e semplicemente, una dichiarazione circa il possesso, da parte della società amministrata, della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari; e tale dichiarazione ha l'effetto di esonerare l'intermediario dall'obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull'investitore l'onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario (Cass. 4 aprile 2018, n. 8343).

Quanto alla deduzione secondo cui la dichiarazione più volte richiamata non sarebbe stata sottoscritta dal legale rappresentante della società, si osserva quanto segue. La Corte di merito ha evidenziato che la società appellante non aveva mai contestato la validità — sotto il profilo della mancanza del consenso, siccome espresso da soggetto non legittimato a impegnare la società — del contratto di investimento: onde, a suo avviso, risultava «evidentemente impropria e strumentale la pretesa di 'scomporre' il testo contrattuale 'limitando' l'inefficacia

della sottoscrizione alla dichiarazione di cui all'art. 31 del reg. Consob n. 11522/1998». Se ne ricava che il Giudice di appello abbia tratto argomenti di prova dalla condotta processuale dell'odierna ricorrente, reputando, in sintesi, non potersi dubitare, in ragione del detto comportamento, che il contratto, con la dichiarazione in esso contenuta, promanesse da soggetto munito del potere di impegnare la società nei confronti dei terzi.

Unioneffe fa pure questione, col primo motivo in esame, della mancata approvazione per iscritto, a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c., della dichiarazione in contestazione. Ma, a prescindere da ogni ulteriore profilo, la questione non risulta essere stata sottoposta alla Corte di appello e, come è noto, il giudizio sulla necessità che una clausola contrattuale sia specificamente approvata per iscritto non può essere compiuto per la prima volta in sede di legittimità (Cass. 30 marzo 2022, n. 10258; Cass. 9 giugno 2005, n. 12125).

In presenza della dichiarazione di cui all'art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522/1998 resta ovviamente esclusa, in forza del comma 1 dello stesso articolo, non solo l'applicabilità della disciplina sulla stipula del contratto quadro (art. 30, comma 1), ma anche quella sugli obblighi informativi e sull'adeguatezza delle operazioni di cui ai precedenti artt. 28 e 29: sicché l'istante non può dolersi della mancata risoluzione del contratto per inadempimenti dell'intermediario a quegli obblighi.

2. — Col secondo motivo si oppone l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. La sentenza viene censurata per aver mancato la Corte di merito di esaminare la questione, posta dalla ricorrente, circa l'ambito di operatività delle dichiarazioni da questa rese come cliente professionale, con riferimento al secondo contratto di *swap*. Si deduce, in particolare, che il Giudice di appello avrebbe omesso di pronunciarsi sulla prospettata inidoneità delle dette dichiarazioni a giustificare la stipula di un contratto con finalità speculativa.

Il motivo va disatteso.

Il vizio denunciato non è riconducibile a quello di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c., preannunciato in rubrica, dal momento che la società istante non lamenta l'omesso esame di un fatto storico, primario o secondario (secondo l'insegnamento di Cass. Sez. U. 7 aprile 2014, n. 8053 e Cass. Sez. U. 7 aprile 2014, n. 8054), quanto, semmai, la mancata pronuncia su di una censura di appello: e infatti, a pag. 18 del ricorso Unioneffe prospetta la violazione del principio tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.). Anche così declinata, però, la censura non coglie nel segno. La ricorrente lamenta, in poche parole, che la profilatura del cliente operata in virtù del «questionario persone giuridiche» non avrebbe consentito la stipula del secondo contratto di *swap*, definito come derivato «esotico». La Corte di appello ha tuttavia respinto il primo motivo di gravame anche con riguardo al tema del suddetto questionario (pag. 13 della sentenza impugnata). Tanto è sufficiente per escludere che ricorra il vizio di omessa pronuncia: come è noto, infatti, ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, essendo necessaria la totale pretermissione del provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto; tale vizio, pertanto, non ricorre quando la decisione, adottata in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte, ne comporti il rigetto o la non esaminabilità pur in assenza di una specifica argomentazione (Cass. 29 gennaio 2021, n. 2151; Cass. 9 maggio 2007, n. 10636).

Per completezza, mette conto di osservare che la dichiarazione ex art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522/1998, resa con riferimento al primo contratto di *swap*, ha avuto l'effetto di esonerare l'intermediario dagli obblighi informativi anche con riguardo al secondo, integrando, come è evidente, la condizione prevista: e cioè l'attestazione circa «*il possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari*

espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante».

3. — Il terzo mezzo oppone la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c. Rileva la ricorrente che al momento della decisione della controversia in appello la banca non aveva prodotto il fascicolo di primo grado. Si lamenta, quindi, che la decisione sia stata assunta sulla scorta di documenti non acquisiti al giudizio di gravame.

Il motivo non merita accoglimento.

La questione del mancato deposito del fascicolo si era posta con riferimento alla profilatura dell'investitore e, segnatamente, con riguardo al tema della esperienza maturata da Unioneffe in materia di strumenti derivati: aspetto della controversia, questo, che spiegava influenza sulla decisione, avendo riguardo al principio, evocato nella sentenza, per cui ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (quale società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari e questa esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, ma solo in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso (Cass. 26 maggio 2009, n. 12138). La Corte di appello ha osservato, al riguardo, essere pacifico che, al momento della sottoscrizione di due contratti oggetto di causa, la società avesse già una rilevante operatività di strumenti finanziari derivati, avendone sottoscritti ben dieci tra il 2001 e il 2005, per importi consistenti e a condizioni di fatto sostanzialmente non differenti da quelle di cui si dibatteva in giudizio.

Ora, l'acquisizione del fascicolo d'ufficio di primo grado, ai sensi dell'art. 347 c.p.c., non costituisce condizione essenziale per la validità del giudizio d'appello, con la conseguenza che la relativa omissione non determina un vizio del procedimento o della sentenza di secondo grado, bensì, al più, il vizio di difetto di motivazione, a condizione che venga

specificamente prospettato che da detto fascicolo il giudice d'appello avrebbe potuto o dovuto trarre elementi decisivi per la decisione della causa, non rilevabili *aliunde* ed esplicitati dalla parte interessata (Cass. 4 aprile 2019, n. 9498; Cass. 7 agosto 2018, n. 20631).

Parte ricorrente si riporta al principio per cui i documenti in primo grado non possono ritenersi definitivamente acquisiti al processo, occorrendo — invece — che la parte vittoriosa li produca in appello, potendo il giudice del gravame decidere la causa sulla sola base delle prove che siano ritualmente e direttamente sottoposte al suo esame in sede di decisione. La censura è però anzitutto non concludente, in quanto l'istante manca di indicare in qual modo la mancata acquisizione, in appello, dei documenti già prodotti in primo grado pregiudicasse l'accertamento cui è pervenuta la Corte di merito. E' anzi da sottolineare, al riguardo, come la sentenza impugnata abbia considerato non decisiva, ai fini della prova della conoscenza delle modalità operative dei derivati da parte del responsabile di Ce.Di.Far.Me., la mancata produzione dello scambio di mail intercorso tra la detta società e la Banca Nazionale del Lavoro, osservando che il contenuto delle dette corrispondenze era stato riprodotto dall'odierna controricorrente nella comparsa di appello e risultava, in sintesi, non contestato (cfr. pag. 12 della sentenza). Ma il motivo è pure privo di fondamento. Infatti, nel vigente ordinamento processuale, il giudizio d'appello non può più dirsi, come un tempo, un riesame pieno nel merito della decisione impugnata (*novum iudicium*), ma ha assunto le caratteristiche di una impugnazione a critica vincolata (*revisio prioris instantiae*). Ne consegue che l'appellante assume sempre la veste di attore rispetto al giudizio d'appello, e su di lui ricade l'onere di dimostrare la fondatezza dei propri motivi di gravame, quale che sia stata la posizione processuale di attore o convenuto assunta nel giudizio di primo grado. Pertanto, ove l'appellante si dolga dell'erronea valutazione, da parte del primo giudice, di documenti prodotti dalla

controparte e da questi non depositati in appello, ha l'onere di estrarne copia ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c. e di produrli in sede di gravame (Cass. Sez. U. 8 febbraio 2013, n. 3033; in senso conforme, di recente: Cass. 17 dicembre 2021, n. 40606). Era quindi Unioneffe ad essere onerata della produzione, in appello, della documentazione in questione, come lo era, del resto, anche in primo grado, stante il rilascio della dichiarazione quanto al possesso di competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, di cui si è detto.

4. — Col quarto motivo la sentenza impugnata è censurata per omesso esame fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Si lamenta che il Giudice di appello abbia mancato di scrutinare alcune questioni giuridiche che gli erano state sottoposte, relative alla domanda di risoluzione dei contratti di *swap* per inadempimento della banca agli obblighi di legge e regolamentari posti a suo carico; si evocano in particolare i temi del conflitto di interessi e della violazione dell'art. 21 t.u.f..

Il motivo è infondato.

Anche in questo caso la doglianza non investe l'omesso esame di fatti decisivi, a norma dell'art. 360, n. 5, c.p.c.. Ma — pure qui — non si delinea nemmeno il vizio di omesso pronuncia del Giudice di appello, dal momento che l'accertamento, in capo alla società investitrice, della veste di operatore qualificato precludeva, come si è detto, l'applicazione della disciplina regolamentare in tema di conflitto di interessi e di obblighi informativi. In tal senso, la statuizione che si assume mancata è da considerarsi oggetto di un implicito assorbimento. Ebbene, il vizio d'omessa pronuncia, configurabile allorché manchi completamente il provvedimento del giudice indispensabile per la soluzione del caso concreto, deve essere escluso, pur in assenza di una specifica argomentazione, in relazione ad una questione implicitamente o esplicitamente assorbita in altre statuizioni della sentenza (Cass. 16 gennaio 2016, n. 1360; cfr. pure: Cass. 2 luglio 2021, n. 18832; Cass.

3 febbraio 2020, n. 2334): in tal caso, infatti, la decisione assorbente permette di ravvisare la decisione implicita (di rigetto oppure di accoglimento) anche sulle questioni assorbite, la cui motivazione è proprio quella dell'assorbimento (Cass. 19 dicembre 2019, n. 33764; Cass. 12 novembre 2018, n. 28995; Cass. 27 dicembre 2013, n. 28663).

5. — Il quinto motivo denuncia la violazione o falsa applicazione degli artt. 1323 e 1418 c.c., oltre che dell'art. 21 t.u.f.. Si assume che, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, gli obblighi di informazione e di trasparenza della banca imponevano a questa di fornire una chiara indicazione dei reali costi dell'operazione: costi che incidevano sull'oggetto del contratto, «sia sotto il profilo della pattuizione del compenso della banca, sia sotto il profilo dell'esatta determinazione delle alee rispettivamente assunte».

Col sesto motivo si lamenta la violazione o falsa applicazione degli artt. 1323 e 1418 c.c.. Si deduce l'erroneità della sentenza per violazione dei principi dettati in materia di causa del contratto anche nella parte in cui la stessa sostiene che la valutazione dell'impossibilità di funzionamento dei derivati in termini di copertura del rischio di rialzo dei tassi di interesse sarebbe effettuabile solo *ex post* dovrebbe risolversi nella generica impossibilità di funzionamento del contratto. Si deduce che i due contratti di *swap* erano nulli anche per mancanza di causa e che il profilo della violazione dei doveri di correttezza e trasparenza si aggiungeva a tale profilo di nullità, senza escluderlo.

I due motivi, che si prestano a una trattazione congiunta, sono fondati nei termini che si vengono a esporre.

La Corte di appello ha escluso che la violazione di regole di condotta gravanti sull'intermediario, e afferenti l'informazione sul derivato potesse determinare la nullità del contratto concluso tra il detto soggetto e l'investitore. Ha precisato che l'occultamento di costi a svantaggio del cliente, tanto per una valutazione iniziale sfavorevole

all'investitore (*mark to market* negativo), quanto per l'apparente erogazione di somme a parziale indennizzo della posizione sfavorevole assunta dal cliente (*upfront*), rileverebbe, «nella normalità dei casi, sul piano della violazione delle regole di condotta, sia in punto di obblighi informativi, sia, ove l'intermediario collochi in contropartita diretta i prodotti derivati, in relazione al conflitto di interessi».

Il Giudice del gravame ha inteso quindi escludere che il profilo relativo all'implicazione, nelle operazioni in derivati, di costi occulti, quali quelli lamentati, nel giudizio di merito, dalla società investitrice (cfr. sentenza impugnata, pag. 16), si ripercuotesse sulla validità del contratto.

Una tale conclusione non è conforme alla giurisprudenza che questa Corte ha espresso nella sua articolazione più autorevole. Le Sezioni Unite hanno infatti avuto modo di precisare che, in tema di *interest rate swap*, occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi: accordo che non si può limitare al *mark to market*, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo (Cass. Sez. U. 12 maggio 2020, n. 8770).

Il Collegio, pur consapevole che la materia prospetta profili di delicata complessità, come evidenziato dalla banca controricorrente nella propria memoria, reputa condivisibile ex art. 374, comma 3, c.p.c. il richiamato principio di diritto, il quale colloca sul piano della nullità

del contratto la tutela dell'investitore a fronte di un'operazione in derivati connotata da costi occulti: nullità che — è bene precisare — non è quella, virtuale (art. 1418, comma 1, c.c.), di cui si sono occupate due ben note pronunce delle Sezioni Unite (Cass. Sez. U. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) per escludere che essa abbia a prospettarsi in caso di inosservanza degli obblighi informativi da parte dell'intermediario, ma una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.), inerente ad elementi essenziali del contratto (nella pronuncia del 2020 si richiama, a tale proposito, l'oggetto — punto 9.8 —, ma anche la causa del negozio: cfr., segnatamente, punto 9.3 della sentenza). In tale prospettiva, la sentenza impugnata, che ha escluso *in radice* il vizio genetico degli *swap* oggetto di giudizio, merita censura.

6. — Il settimo motivo prospetta la violazione o falsa applicazione dell'art. 92, commi 1 e 2, c.p.c.. Si assume che la complessità delle questioni trattate avrebbe giustificato la deroga al principio di soccombenza.

Il mezzo resta assorbito, stante l'accoglimento del quinto e del sesto motivo.

7. — In conclusione, la sentenza va cassata in relazione a tali mezzi censura e la causa rinviata alla Corte di Roma che in diversa composizione statuirà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte

accoglie il quinto e il sesto motivo; dichiara assorbito il settimo; respinge i restanti; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione,