



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI ROMA
SEZIONE SESTA CIVILE**

composta dai magistrati:

dott. Emilio Norelli - Presidente

dott. Michele Di Mauro - Consigliere

dott.ssa Maria Grazia Conti - Consigliere rel.

all'udienza del 19 maggio 2021 ha pronunciato ai sensi dell'art. 281-
sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

definitiva nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 7131 del
registro generale degli affari contenziosi dell'anno 2016, vertente
tra

BANCA [REDACTED] **SPA** (p.i. [REDACTED]), in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente
domiciliata in Roma, via [REDACTED] n. 54, presso lo studio
dell'avv. [REDACTED], dal quale è
rappresentata e difesa in virtù di procura generale per atto notaio Mario
[REDACTED] -
appellante

e
[REDACTED] **SPA** (p.i. [REDACTED]), in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via
[REDACTED], presso lo studio dell'avv. Di Pumpo Matteo (c.f.
[REDACTED]), dal quale è rappresentata e difesa in virtù di
procura in calce alla comparsa di costituzione in appello - **appellata**

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione notificato in data 14 novembre 2016, la Banca [REDACTED] s.p.a. ha proposto appello avverso la sentenza definitiva del Tribunale ordinario di Roma n. 7470/2016, pubblicata in data 13 aprile 2016, resa nel giudizio di primo grado promosso dalla Hellatron s.p.a. nei confronti della predetta appellante.

I fatti di causa e i motivi della decisione sono esposti nella sentenza impugnata come qui di seguito viene riportato.

<<Con atto di citazione notificato in data 31/07/2013 la [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. [REDACTED] 3, 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 [REDACTED] 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 Hellatron. 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 [REDACTED], 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...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...veniva escussa la testimonianza della Sig.ra Antonella [REDACTED] dipendente della Hellatron, la quale confermava che l'accordo quadro e l'IRS erano stati sottoscritti dall'Ing. [REDACTED] 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....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.

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 dal 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 [REDACTED] 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, giacché esso è stato sottoscritto dalla società attrice presso la sua sede in Lainate. Il contratto in esame risulta redatto su modulo della Banca, cosicché 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 [REDACTED] 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 inquadrarlo 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>>.

L'adito Tribunale, con detta sentenza, ha così deciso: << ...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.>>.

Con l'atto di appello la Banca [REDACTED] s.p.a. ha formulato le seguenti conclusioni: <<...accertare che al contratto di Interest Rate

Swap per cui è causa, non è applicabile la disciplina di cui all'art. 30, commi 6° e 7° del T.U.F. e che pertanto non ricorre alcuna nullità per violazione della predetta norma; Per l'effetto, condannare la Hellatron S.p.A., in persona del rappresentante pro tempore, alla restituzione di quanto percepito in ragione della sentenza di primo grado, pari allo stato ad € 335.130,12 oltre interessi legali dalla data del pagamento (09.05.2016) al soddisfo e oltre al maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c., commisurato nell'applicazione su tale importo, dal giorno del pagamento al saldo, del tasso medio per le aperture di credito in conto corrente rilevato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale ai sensi dell'art. 2, primo comma, della L. 7.03.1996 n. 108, in considerazione dell'attività di erogazione del credito esercitata da [REDACTED] Rigettare integralmente per infondatezza tutte le domande avversarie proposte nel giudizio di primo grado; In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande avversarie, disporre la restituzione da [REDACTED] S.p.A. alla [REDACTED] di tutti i flussi attivi, degli upfront e dei differenziali incassati dalla società in relazione ai contratti di cui è causa, nonché dei differenziali e che risultino dovuti dalla società appellata alla data applicabile, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo. In via ulteriormente subordinata, qualora la Banca venisse a qualsiasi titolo condannata al pagamento di somme in favore della [REDACTED] S.p.A., disporre comunque la compensazione delle stesse con gli importi che risulteranno a qualsiasi titolo dovuti dalla [REDACTED] S.p.A.; Con vittoria di spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio>>. L'appellata [REDACTED] s.p.a., costituitasi con comparsa di risposta depositata il 6 febbraio 2017, ha resistito all'impugnazione e ha chiesto rigettarsi l'appello, col favore delle spese di lite.

All' odierna udienza i difensori delle parti hanno precisato le conclusioni, riportandosi ai rispettivi scritti, e hanno discusso oralmente la causa.

Con il primo motivo di gravame, rubricato <<Inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 30 TUF>> l'appellante Banca [REDACTED] s.p.a. censura

la sentenza appellata nella parte in cui il Tribunale afferma: <<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.>>. L'appellante così argomenta: <<Come è noto l'art. 30 t.u.f., in alcune determinate fattispecie, attribuisce al cliente un diritto di ripensamento entro sette giorni dalla sottoscrizione, sanzionando con la nullità la mancata indicazione nel modulo contrattuale di tale facoltà di recesso. [REDACTED] contesta la nullità ex art. 30 TUF dichiarata dal Tribunale nell'impugnata sentenza per essere stato il contratto derivato sottoscritto fuori della sede della Banca senza indicazione della facoltà di recesso nei sette giorni. La disposizione richiamata è infatti, inapplicabile alla fattispecie oggetto di causa per i seguenti motivi. Al tempo della sottoscrizione del contratto (2009) l'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza riteneva che la vendita di strumenti finanziari derivati non rientrasse nel divieto in base ad una corretta interpretazione dell'art. 30 tuf, essendo quindi inapplicabile nella specie la sospensione dell'efficacia del contratto (con il conseguente diritto di ripensamento e la collegata sanzione della nullità). Perché si producessero tali effetti assumeva rilievo non tanto la definizione di "offerta fuori sede" di cui al primo comma dell'art. 30 tuf, quanto la più ristretta e precisa previsione del sesto comma, che concerne i soli "contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali". Premesso che la fattispecie non è certamente riconducibile alla gestione di portafogli, si riteneva di escludere l'applicabilità alla stessa anche della nozione di "collocamento" di strumenti finanziari. Quest'ultimo infatti presuppone da un lato un rapporto trilaterale tra l'emittente dello strumento finanziario, l'investitore e la Banca "collocatrice" e dall'altro consiste in un'attività rivolta ad un pubblico indifferenziato e non già ad un singolo cliente, avente ad oggetto titoli dell'emittente offerti in acquisto o in sottoscrizione: nella specie, al contrario, il derivato venne strutturato su misura dalla [REDACTED] S.p.A. e dalla stessa [REDACTED] in un rapporto bilaterale che esclude in radice la

configurabilità del collocamento...A composizione dei contrasti giurisprudenziali Cass. Sez. Un. 3.06.2013 n. 13905 ha ...anche fornito una ulteriore precisazione sulla ratio della disposizione che permette, a nostro avviso, di escluderne l'applicabilità ai derivati: "è la circostanza che l'operazione di investimento si sia perfezionata al di fuori della sede dell'intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio...perché ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui. È logico cioè presumere che, in simili casi, l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera l'intermediario si avvale; sollecitazione che, per ciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata. Il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale appunto a ripristinare, a posteriori, quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato". È evidente che questa esigenza di tutela "dall'effetto-sorpresa" non è configurabile per i derivati, quali contratti preparati su misura dell'indebitamento del cliente, il che presuppone comunque un pregresso scambio di informazioni tra quest'ultimo e l'intermediario. Nella specie infatti il contratto di swap (specificamente calibrato sulle esigenze della Hellatron, e non quindi un prodotto finanziario offerto al pubblico in maniera indifferenziata) non fu sottoscritto a seguito di una proposta estemporanea. La facoltà di recesso viene infatti attribuita al cliente proprio per consentirgli di ripensare a mente fredda ad operazioni decise all'improvviso per effetto di contatti con un intermediario finanziario fuori dai locali di quest'ultimo: come può sostenersi che la Hellatron avrebbe avuto diritto a tale ulteriore termine per un'operazione costruita sulle sue esigenze? E comunque, come può anche lontanamente ipotizzarsi che essa avrebbe annullato l'operazione entro il brevissimo termine prescritto dall'art. 30, quando le prime contestazioni sono intervenute molti anni

dopo? Peraltro, circostanza determinante sul punto è che il contratto Quadro stipulato tra le parti prevede all'art. 21 la facoltà di recesso e, dunque, vi era piena e libera possibilità della cliente di poter recedere in qualsiasi momento dal contratto stesso inviando una comunicazione scritta mediante lettera raccomandata. La stessa conferma dell'operazione, debitamente sottoscritta dall'appellata, prevede che "qualora abbiate manifestato la Vostra intenzione di concludere l'Operazione e le condizioni economiche dell'Operazione stessa abbiano, nel frattempo, subito variazione, la Banca non procederà alla conclusione dell'Operazione, avendo cura, se richiesto, di comunicare le nuove condizioni dell'Operazione". È del tutto evidente, dunque, che se la cliente avesse effettivamente voluto recedere dal contratto, indipendentemente dalla specifica previsione nello stesso dell'esercizio della detta facoltà ai sensi del sesto comma dell'art. 30 TUF, avrebbe potuto farlo semplicemente manifestando tale volontà con lettera raccomandata da inviare alla ██████... Quanto detto è di per se idoneo a rimarcare la strumentalità della richiesta nullità ed a confermare, anche per il tramite della completa documentazione prodotta in atti dalla Banca, sia il regolare rispetto da parte di quest'ultima della disciplina di settore, sia dell'infondatezza delle avverse pretese>>.

La doglianza non è fondata.

Premesso che, come affermato dal primo giudice con motivazione non oggetto di specifica censura, il contratto di swap <<è stato concluso fuori sede ovvero in un luogo diverso dalla sede legale o da una dipendenza della Banca convenuta, giacché esso è stato sottoscritto dalla società attrice presso la sua sede in Lainate>>, va precisato che il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 98, all'art. 30, commi sesto e settimo, stabilisce: <<L'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al consulente finanziario abilitato

all'offerta fuori sede o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore....L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti>>. Nella specie, né nel contratto quadro stipulato in data 14 luglio 2019 tra ██████████ s.p.a. e B ██████████ s.p.a. né nella conferma dell'IRS (v. doc. nn. 1 e 2 fascicolo di primo grado di parte attrice) è stata apposta la suindicata clausola. Fuori luogo è il richiamo dell'appellante all'art. 21 del contratto quadro (<<Il Contratto è a tempo indeterminato e ciascuna delle parti può recedervi dandone comunicazione all'altra a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Il recesso ha effetto dalla data di ricezione della relativa comunicazione, ferma restando l'applicazione del contratto alle operazioni in corso al momento della ricezione della predetta comunicazione>>) ed alla previsione contenuta nella conferma dell'operazione (<<qualora abbiate manifestato la Vostra intenzione di concludere l'Operazione e le condizioni economiche dell'Operazione stessa abbiano, nel frattempo, subito variazione, la Banca non procederà alla conclusione dell'Operazione, avendo cura, se richiesto, di comunicare le nuove condizioni dell'Operazione>>) per sostenere che all'attrice/appellata ██████████ s.p.a. era stato comunque assicurato il diritto di recedere in qualsiasi momento. E' evidente che le suddette clausole non valgono a soddisfare l'esigenza di tutela dell'investitore nell'ipotesi di contratti d'investimento mobiliare stipulati fuori dalla sede dell'intermediario. Invero, ha chiarito la S.C. che: <<é la circostanza che l'operazione d'investimento si sia perfezionata al di fuori dalla sede dell'intermediario a rendere necessaria una speciale tutela per l'investitore al dettaglio (la normativa non si applica agli investitori professionali, come chiarisce il comma 2 del citato art. 30), perché ciò significa che, di regola, l'iniziativa non proviene da lui. In simili ipotesi dovendosi presumere che l'investimento non sia conseguenza di una premeditata decisione dello stesso investitore, il quale a tale scopo si sia recato presso la sede dell'intermediario, ma costituisca invece il frutto di una sollecitazione, proveniente da promotori della cui opera

l'intermediario si avvale; sollecitazione che, per ciò stesso, potrebbe aver colto l'investitore impreparato ed averlo indotto ad una scelta negoziale non sufficientemente meditata (Cass. Sez. U. 03/06/2013, n. 13905). In altri termini, il differimento dell'efficacia del contratto, con la possibilità di recedere nel frattempo senza oneri per il cliente, vale a ripristinare a posteriori quella mancanza di adeguata riflessione preventiva che la descritta situazione potrebbe aver causato. Di qui la reiterata affermazione del principio per cui "il diritto di recesso accordato all'investitore dell'art. 30, comma 6 t.u.f. e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ivi compresa l'effettuazione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro, ove ricorra la stessa esigenza di tutela>>(in motivazione Cass. 17/10/2018, n. 25996).

Con il secondo motivo di gravame, rubricato <<*Inapplicabilità dell'art. 30 TUF per effetto della dichiarazione di operatore qualificato effettuata dalla [REDACTED] S.p.A. (art. 31 Reg. Consob 11522/98)>>, l'appellante Banca [REDACTED] s.p.a. censura la sentenza appellata per avere dichiarato <<*la nullità del contratto quadro e della relativa conferma*>> senza avere considerato la <<*dichiarazione di operatore qualificato effettuata dal legale rappresentante dell'odierna appellata*>>. L'appellante così argomenta: <<*...afferma l'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/98 che per "operatori qualificati" si intendono, tra gli altri, "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". Pertanto si osserva che la norma in linea generale non si applica agli operatori qualificati, come**

ha dichiarato di essere la Hellatron in base all'art. 31 Reg. Consob 11522/98: la validità ed efficacia di tale dichiarazione determina l'inapplicabilità dell'art. 30 TUF al caso di specie>>.

La doglianza è inammissibile in quanto non connotata dalla specificità richiesta dall'art. 342 c.p.c. dal momento che l'appellante si è limitata genericamente ad affermare che la ██████████ s.p.a. sarebbe un operatore qualificato ma senza specificare da quale produzione documentale dovrebbe emergere una dichiarazione in tal senso da parte del legale rappresentante della ██████████ s.p.a. In ogni caso, la censura è infondata atteso che l'assunto dell'appellante è smentito da quanto emerge dal <<questionario di profilatura>> sottoscritto da entrambe le parti (v. doc. n. 1 fascicolo di primo grado di parte convenuta) nel quale la Hellatron s.p.a. è qualificata: <<CLIENTE AL DETTAGLIO>>.

Con il terzo motivo di gravame, rubricato <<Inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 30, co. 6, TUF nel testo modificato dall'art. 56 quater d.l. 21.06.2013 n. 69 conv. in L. 09.08.2013 n. 98, trattandosi di negoziazione in conto proprio avvenuta anteriormente all' 01.09.2013>> l'appellante Banca ██████████ s.p.a. sostiene: <<l'inapplicabilità della norma alla fattispecie di cui è causa è stata espressamente disposta dall'art. 56 quater L. 9.08.2013 n. 98, di conversione del d.l. 21.06.2013 n. 69 che con disposizione interpretativa ha circoscritto sul piano temporale l'applicabilità dell'art. 30 in relazione alle negoziazioni in conto proprio, che comprende lo strumento finanziario derivato di cui è causa. Con tale disposizione...il legislatore è intervenuto, disponendo l'applicabilità del diritto di recesso in caso di negoziazione per conto proprio solamente per i contratti sottoscritti dopo il 1.09.2013, mentre nel caso di specie la negoziazione del derivato è avvenuta circa cinque anni prima>>.

La doglianza non ha pregio.

L'art. 56 quater del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, inserito dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, novellando l'art. 30, comma 6, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ha aggiunto un nuovo periodo al sesto comma prevedendo: <<Ferma restando l'applicazione della disciplina di

cui al primo e secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disposizione si applica anche ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lettera a)...>>. Ha affermato la S.C. che <<L'art. 56 quater del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, inserito dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, il quale, novellando l'art. 30, comma 6, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ha previsto che il diritto di recesso del risparmiatore per l'offerta fuori sede dei servizi di investimento si applica anche ai contratti di negoziazione di titoli per conto proprio stipulati dopo il 1° settembre 2013, non è norma di interpretazione autentica, e perciò non ha avuto l'effetto di sanare la nullità dei precedenti contratti privi dell'avviso del recesso accordato all'investitore>> (Cass. 03/04/2014, n. 7776).

Con l'ultimo motivo rubricato << *Riproposizione delle eccezioni svolte nel giudizio di primo grado*>> l'appellante Banca [REDACTED] s.p.a. afferma che <<per tuziorismo ed in conformità all'art. 346 c.p.c., si ripropongono le difese svolte dall'odierna appellante nel giudizio di primo grado>> e riporta integralmente il contenuto della comparsa di costituzione in primo grado in cui sostiene quanto di seguito riportato.

1) <<mai [REDACTED] S.p.A. fu indotta con artifizi e raggiri dalla Banca...a strutturare un'operazione inadeguata nel difetto delle condizioni di legge...>>.

2) <<la domanda avversaria si fonda sulla tesi...secondo cui il valore dello swap alla stipula del contratto deve essere pari a zero...i margini applicati sul derivato in questione sono in realtà perfettamente legittimi poiché remunerano i fattori di costo (personale, software, amministrativi e altri costi operativi) sostenuti dalla Banca nella creazione e gestione del derivato per la sua intera durata>>.

3) <<inconfigurabilità nel caso di specie della nullità dell'operazione per assenza di causa>>.

4) <<erroneità>> della tesi avversaria <<sia sotto il profilo tecnico che sotto quello giuridico...secondo cui nei rapporti tra banca e cliente alla

stipula del contratto il valore dello swap è sempre nullo, dovendo le posizioni delle parti essere in perfetto equilibrio (derivato “par”), con conseguente obbligo della banca, in caso di squilibrio (derivato “non par”) di pagare una somma di danaro al contraente svantaggiato>>.

5) <<Erroneità dell’affermazione secondo cui l’obbligo di informazione e trasparenza della Banca nei confronti del cliente avrebbe richiesto l’indicazione chiara, nel contratto stesso, dei costi occulti; Erronea interpretazione sul punto dell’art. 21 TUF e della normativa secondaria di settore>>.

6) <<Erroneità della pretesa di qualificare i margini (o se si vuole i costi impliciti) applicati dalla Banca come pagamenti indebiti ab origine, da restituire a ██████████ S.p.A. secondo la domanda da questo formulata in via subordinata. Erroneità della qualificazione di un indebito dal momento della stipulazione dei contratti, e della condanna al pagamento degli interessi da tale data. Inconfigurabilità di una malafede della Banca nella percezione dei margini>>.

7) <<...erronea determinazione dei costi... impliciti applicati dalla Banca>>.

8) erroneità della deduzione di ██████████ s.p.a. <<sulle pretese violazioni di regole di comportamento imposte dalla normativa all’intermediario finanziario>>.

Le suddette eccezioni e difese sono assorbite dalla nullità del contratto in quanto mancante dell’indicazione della facoltà del contraente di recesso entro sette giorni a norma dell’art. 30 comma 7 del D.L.vo 24/02/1998 n. 58, accertata dal Tribunale ed in questa sede confermata per le ragioni sopra esposte.

Conclusivamente, l’appello va rigettato.

Alla soccombenza segue la condanna dell’appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della parte appellata liquidate nella misura indicata in dispositivo in applicazione dei parametri medi di cui al D.M. 10 marzo 2014, n. 55 (valore della causa: € 311.024,91; tabella 12, sesto scaglione; con esclusione del compenso

per la fase di istruttoria/trattazione, non espletata). Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, DPR n. 115/2002, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dell'appellante di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata, a norma del comma 1-bis, stesso art. 13.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Banca [REDACTED] s.p.a. con atto di citazione notificato in data 14 novembre 2016 nei confronti della [REDACTED] s.p.a., avverso la sentenza definitiva del Tribunale ordinario di Roma n. 7470/2016, pubblicata in data 13 aprile 2016, così provvede:

- a) rigetta l'appello;
- b) condanna l'appellante Banca [REDACTED] s.p.a. al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio in favore dell'appellata [REDACTED] s.p.a., che liquida in € 13.560,00 per compensi, oltre a rimborso forfetario (15%) per spese generali, i.v.a. e c.p.a. nella misura di legge;
- c) dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002 a carico dell'appellante Banca [REDACTED] s.p.a.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 19 maggio 2021.

Il Consigliere estensore
dott.ssa Maria Grazia Conti

Il Presidente
Dott. Emilio Norelli