



IL TRIBUNALE DI LECCE - SEZIONE COMMERCIALE -

Riunito in camera di consiglio, con la partecipazione dei magistrati:

- Dott. Alessandro Silvestrini - Presidente rel.
- Dott. Carolina Elia - Giudice
- Dott. Massimo Orlandi - Giudice

Ha emesso la seguente

ORDINANZA

Nel procedimento n. 5875/2010 R.G. avente ad oggetto "provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. - reclamo al collegio" promosso

da

Banco S.p.A., rappresentato e difeso dal prof. avv. Giuseppe Miccolis, per mandato a margine del reclamo.

contro

s.r.l., rappresentata e difesa dal prof. Avv. Giuseppe Tucci, dal prof. Avv. Andrea Tucci

nonché dall'avv. Andrea Lanzorgese, per mandato a margine del ricorso ex art. 700 c.p.c.

Letti gli atti di causa e sciogliendo la riserva di cui al verbale dell'8.5.2011, osserva:

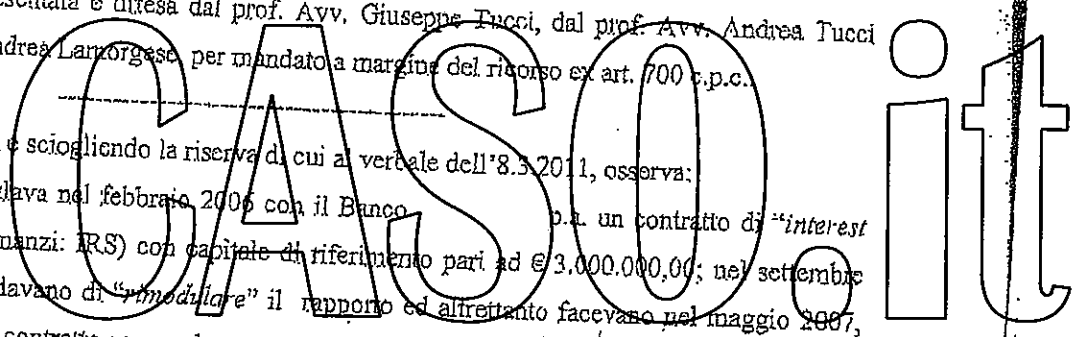
La s.r.l. stipulava nel febbraio 2006 con il Banco S.p.A. un contratto di "interest rate swap" (d'ora innanzi: IRS) con capitale di riferimento pari ad € 3.000.000,00; nel settembre 2006 le parti concordavano di "rimodulare" il rapporto ed altrettanto facevano nel maggio 2007, concludendo analogo contratto con scadenza 30.4.2012.

L'operatività di tale contratto comportava nel novembre 2009 un addebito sul conto corrente della s.r.l. di € 48.000,00 e nell'aprile 2010 un ulteriore addebito di € 56.000,00. Inoltre, alla data del 17.9.2010 l'IRS evidenziava un "mtm (mark to market)" negativo per il cliente di € 209.476,00.

La s.r.l., con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato l'11.10.2010, lamentava:

che il contratto IRS intercorrente con il Banco S.p.A. fosse nullo per difetto genetico della causa.

Infatti, il contratto in questione sarebbe riconducibile nel *genus* dei contratti derivati e, in particolare, nell'ambito dei contratti *swap* su tassi d'interessi, con funzione di copertura dal rischio di oscillazione dei tassi, per cui ad es. un cliente che abbia contratto un mutuo a tasso variabile può ricorrere ad un IRS per coprirsi dal rischio che il mutuo, a causa dell'aumento dei tassi, divenga eccessivamente oneroso. Tali contratti - secondo la s.r.l. - in tanto possono assolvere alla loro funzione di copertura, in quanto siano "costruiti" dall'intermediario "su misura" per le



specifiche esigenze del cliente. Ebbene, a dire della *s.r.l.*, nella specie la Banca non avrebbe svolto alcuna attività istruttoria per valutare l'adeguatezza del prodotto offerto alle esigenze del cliente e, più specificatamente, non avrebbe considerato la congruità di tale prodotto rispetto all'indebitamento sottostante: ciò ha comportato l'inadeguatezza dell'operazione rispetto alla finalità di copertura del rischio, con l'ulteriore aggravante dell'occultamento da parte della Banca dei costi effettivamente sostenuti dal cliente e dei margini d'intermediazione lucrati.

Pertanto, secondo la *s.r.l.*, l'inadeguatezza del contratto ad assolvere la sua funzione economico-sociale di copertura del rischio ne comporterebbe la nullità per difetto di causa concreta. In ogni caso, vi sarebbe stata la violazione da parte della Banca delle regole di condotta nella prestazione dei servizi d'investimento. Infatti, l'istituto di credito avrebbe tenuto una condotta opposta a quella prescritta dalla disciplina di settore ed avrebbe agito in palese conflitto d'interessi, inducendo il cliente a porre in essere un'operazione dai costi esorbitanti per realizzare un lucro personale. Ebbene, la violazione da parte della Banca dell'art. 21 del TUF nonché dell'art. 26 del regolamento intermediari costituirebbe un inadempimento di non scarsa importanza, tale da giustificare la risoluzione del contratto.

In subordine, la violazione, da parte dell'intermediario, degli obblighi d'informazione attiva e passiva e l'occultamento dell'effettivo valore degli strumenti finanziari offerti nonché dei margini di profitto ricavati giustificerebbe l'annullamento del contratto per dolo. La *s.r.l.* aggiungeva che gli addebiti inevitabilmente derivanti dalla perdurante operatività del contratto avrebbero potuto comportare lo "sconfinamento" della Latino *s.r.l.* dai fidi accordati, con conseguente segnalazione alla Centrale Rischii: da ciò la necessità di un provvedimento cautelare che sospendesse l'esecuzione del rapporto contrattuale, onde evitare immediati ulteriori addebiti e conseguenti segnalazioni alla Centrale Rischii.

Il Banco *s.r.l.*, costituitosi in giudizio, eccepeva:

a) in punto di fatto, che il contratto *inter partes* non aveva una finalità di copertura, tant'è che a tale finalità le parti nei documenti contrattuali non avevano fatto alcun riferimento; che la *s.r.l.* aveva stipulato contratti in derivati anche con altre Banche, come risultava dai tabulati della Centrale Rischii; che l'amministratore unico della *s.r.l.* era un noto dottore commercialista, esperto in investimenti finanziari; che i primi tre anni il contratto aveva comportato dei differenziali positivi, essendoci stato il primo differenziale negativo soltanto nel mese di novembre 2009.

b) in diritto, che la tutela cautelare era inammissibile, in quanto il richiesto provvedimento avrebbe una funzione interamente anticipatoria; che il dedotto *periculum in mora* era inesistente, in quanto la situazione di tensione finanziaria in cui versava la *s.r.l.* era dipendente da cause totalmente diverse, indipendenti dagli addebiti derivanti dall'operatività del contratto IRS; che analogamente

IRSA S.O. it

insussistente era il *fumus boni iuris*, poiché tutti gli addebiti mossi dalla s.r.l. alla Banca erano indimostrati; che l'amministratore unico della s.r.l. aveva sottoscritto dichiarazione di operatore qualificato, per cui non trovavano applicazione le norme riguardanti il conflitto d'interessi, le informazioni fra intermediari e investitori, l'adeguatezza delle operazioni finanziarie. Il giudice designato, con provvedimento ex art. 700 c.p.c. emesso in data 28.10.2010, ordinava al Banco di sospendere l'esecuzione del contratto e di astenersi dal procedere ad ulteriori addebiti nonché di astenersi da qualsiasi segnalazione periodica alla Centrale Rischi fino alla definizione del giudizio di merito.

In motivazione il giudice osservava: che la fattispecie oggetto di causa si presentava assai controversa per svariate ragioni, sia con riferimento alla tutelabilità in via cautelare di situazioni soggettive destinate a risolversi in un diritto di credito, sia con riferimento all'effettivo andamento delle trattative, sia con riferimento alla congruità dell'operazione economica ed alla sua "negatività ex ante": la complessità di siffatta situazione, tale da richiedere particolari approfondimenti di merito, comparata al pericolo di grave danno prospettato dalla s.r.l., consigliava la manutenzione della situazione esistente e quindi la sospensione degli addebiti derivanti dal contratto in esame e delle eventuali segnalazioni alla Centrale Rischi.

Il Banco con reclamo depositato l'11.11.2010, impugnava il provvedimento, deducendo che il primo giudice non aveva considerato le difese avute dall'istituto di credito ed aveva concesso l'invocato provvedimento cautelare esclusivamente sulla base del *periculum in mora* prospettato dal ricorrente; che l'invocato provvedimento d'urgenza era inammissibile, avendo contenuto interamente anticipatorio rispetto alla preannunciata tutela di merito; analogamente inammissibile era la richiesta di ordinare alla Banca di astenersi da segnalazioni alla Centrale Rischi, trattandosi di un provvedimento privo del carattere della provvisorietà; che i contratti IRS possono essere stipulati sia con finalità di controllo e gestione del rischio (c.d. *hedging*) sia con finalità meramente speculativa (c.d. *trading*); che nella specie la finalità di copertura allegata dalla s.r.l. per sostenere l'inadeguatezza del contratto a realizzare la sua funzione non risultava da alcun documento contrattuale, per cui destituita di fondamento era la tesi della nullità del contratto per mancanza di causa concreta; che la s.r.l. non era stata mai segnalata alla Centrale Rischi "in *saffèrensa*", in quanto l'unica segnalazione effettuata alla Centrale Rischi aveva riguardato il rischio derivante dall'operazione di *swap* e proprio dall'esame delle schede della Centrale Rischi emergeva che la s.r.l. aveva effettuato analoga operazione anche con altro istituto di credito; che sempre dai tabulati della Centrale Rischi risultava altresì che vi era stato "sconfinamento" della s.r.l. già anteriormente all'addebito del primo differenziale negativo, a dimostrazione che la situazione di difficoltà finanziaria della società prescindeva dal contratto oggetto di causa; che

CAASO.it

hc

- mancava il necessario requisito del pregiudizio imminente ed irreparabile, sia perché il diritto di cui si chiedeva la tutela in via cautelare (il diritto a non vedersi addebitare somme in dipendenza del contratto in questione) non era ancora attuale ed aveva comunque contenuto patrimoniale sia perché la documentazione prodotta dalla s.r.l. non era idonea a suffragare quanto dalla medesima sostenuto.

Quanto al *fumus boni iuris*, la Banca reclamante ricordava che la s.r.l. aveva dichiarato di essere operatore qualificato, per cui non trovano applicazione le norme che sanciscono a carico degli intermediari obblighi d'informazione e di comportamento, tra cui la disciplina del conflitto d'interessi, le norme riguardanti le informazioni tra intermediari ed investitori, la normativa sull'adeguatezza delle operazioni.

Relativamente alla domanda volta ad inibire le segnalazioni alla Centrale Rischi, l'istituto di credito reclamante deduceva la necessità che, nella denegata ipotesi di suo accoglimento, fossero precisati i limiti dell'eventuale obbligo con esclusivo riferimento ai derivati dell'azienda e non già ad altre esposizioni o rapporti che con gli stessi nulla hanno avevano a che fare.

Instauratosi il contraddittorio, la s.r.l. resisteva all'impugnazione. All'udienza dell'8 marzo 2011 i procuratori delle parti esponevano le rispettive tesi difensive ed il Tribunale riservava la decisione. Osserva il collegio giudicante che i motivi d'impugnativa articolati dal Banco s.r.l. impongono di riesaminare l'intera controversia, onde verificare la sussistenza dei presupposti dell'invocato provvedimento d'argenza.

Relativamente al *fumus boni iuris*, deve osservarsi che l'azione di nullità del contratto per difetto genetico della causa (in concreto) non sembra supportata dal necessario fondamento, in quanto non vi è alcuna prova che il contratto fosse stato stipulato con funzione di copertura rispetto ad un indebitamento sottostante; addirittura, non vi è prova che la s.r.l. avesse in precedenza stipulato un mutuo o fatto ricorso ad altra forma di finanziamento a tasso variabile idoneo a giustificare la stipula di un contratto IRS con funzione di copertura del rischio legato alle variazioni dei tassi.

Analogamente (allo stato) non suffragata da alcun elemento di prova è l'azione di annullamento del contratto per assenso doloso della controparte, in quanto nulla è stato dimostrato con riferimento al concreto svolgimento delle trattative precedenti la stipula del contratto.

Per quanto riguarda l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento della Banca, bisogna premettere che la s.r.l. ha reso la dichiarazione prevista dall'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522/98 ai fini del riconoscimento della posizione di "operatore qualificato".

Secondo i giudici di legittimità, "la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante di una società che ha compiuto un'operazione di "swap", secondo cui quest'ultima dispone della competenza ed esperienza richiesta in materia di operazioni in valori mobiliari, in assenza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario finanziario, esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e costituisce argomento di prova che il giudice può porre a base della propria decisione, in ordine al riconoscimento della natura di operatore qualificato e all'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario" (Cass. 26.5.2009, n. 12138).

Il cliente, quindi, per sottrarsi alle conseguenze della dichiarazione resa, deve provare che l'intermediario sapeva o doveva sapere (in base alla documentazione già in suo possesso) di star contrattando con un ente privo della competenza necessaria per essere "operatore qualificato".

Ebbene, nella specie non soltanto la [redacted] s.r.l. non ha allegato circostanze specifiche tali da far ritenere che l'autodichiarazione resa dal suo legale rappresentante non fosse rispondente a verità, ma addirittura risulta che la stessa società aveva in precedenza effettuato altre operazioni in derivati con un differente istituto di credito, così maturando una certa esperienza professionale.

E' noto che ai sensi dell'art. 31 del Reg. Consob 11522/1998 (applicabile *ratione temporis*, essendo stato il contratto per cui è causa stipulato prima del recepimento - avvenuto con D.Lgs. 17.9.2007, n. 164 e con la delibera attuativa Consob n. 16190 del 29.10.2007 - della direttiva Mifid) nei rapporti fra intermediari autorizzati ed operatori qualificati non si applicano le disposizioni del medesimo regolamento riguardanti i conflitti d'interessi (art. 27), le informazioni tra intermediari ed investitori (art. 28), le operazioni non adeguate (art. 29), i requisiti di forma e di contenuto del contratto (art. 30), nonché alcune altre disposizioni facenti parte dello statuto protettivo previsto per i risparmiatori *retail*.

Va tuttavia osservato che anche nei rapporti con gli operatori qualificati la Banca deve pur sempre rispettare i principi fondamentali stabiliti dall'art. 21 del TUF e quindi deve "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti".

Tale aspetto è stato ripetutamente sottolineato in dottrina e giurisprudenza, con l'ulteriore precisazione che, nell'ambito dei servizi d'investimento, la logica "antagonista" del contratto di scambio deve cedere il posto, anche quando l'intermediario negozia in proprio con un cliente, alla cooperazione nell'interesse altrui, regola immanente alla prestazione di un servizio riservato soltanto a soggetti abilitati (art. 18 del TUF).

Nella specie la [redacted] s.r.l. stipulò con I [redacted] in data 1.2.2006 un primo IRS(1) con scadenza ottobre 2011; nel settembre 2006 la società procedette all'estinzione anticipata di tale

IRS(1), sostituendolo con una seconda operazione di derivato finanziario IRS(2); infine, nell'aprile 2007 venne estinto anticipatamente anche l'IRS(2) e sottoscritto il contratto IRS(3) per cui è causa. Ebbene, dalla consulenza di parte redatta dalla Calipso s.p.a. risulta che tale terzo contratto aveva già al momento della stipula un *mark to market* (o valore di mercato o costo di sostituzione) negativo (pari a € -53.512) e ciò anche per l'esistenza di esorbitanti costi occulti di ristrutturazione (pari ad € 27.563); peraltro, la situazione peggiorò nel corso del tempo, in quanto nel settembre 2010 il *mark to market* era pari a € - 209.476, cui bisognava aggiungere differenziali liquidi netti a debito per € 95.983, per un totale complessivo di € - 305.459, di cui € 102.474 (pari al 33,5% del totale) riferibili a costi di transazione.

Nel complesso l'operazione appare "una scommessa insensata", un'operazione rovinosa e sbilanciata a tutto vantaggio della Banca, a causa di costi di transazione così elevati da assorbire gli eventuali guadagni lucrati dal cliente nel caso di andamento (a lui) favorevole del mercato dei tassi, laddove le operazioni in strumenti derivati, anche quando effettuate per finalità diverse da quelle di copertura, dovrebbero almeno *ex ante* presentarsi come potenzialmente vantaggiose (per il cliente) nel caso di scenari (a lui) favorevoli.

In presenza di tali dati di fatto, soltanto genericamente contestati dalla Banca (sulla quale pure gravava l'onere di provare di aver agito con la prescritta diligenza), è ragionevole ritenere che la stessa abbia agito in conflitto d'interesse ed in contrasto con la regola di condotta che impone agli intermediari di "servire al meglio l'interesse dei clienti".

Tanto premesso in ordine al *jurus boni iuris*, deve osservarsi - per quanto riguarda il *periculum in mora* - che se la Banca dovesse continuare - per effetto della perdurante esecuzione del contratto - ad addebitare sul conto corrente della *_____* s.r.l. i differenziali negativi, vi è il concreto rischio che la società - la quale già attraversa un momento difficile per la notoria congiuntura economica sfavorevole - venga a trovarsi in una situazione di vera e propria crisi, con conseguente possibilità di restrizione del credito bancario e d'inevitabile tracollo finanziario.

Da ciò l'utilità del provvedimento d'urgenza adottato dal primo giudice e diretto a sospendere temporaneamente - fino alla definizione del giudizio di merito - gli addebiti dei differenziali negativi, fermo restando che - qualora la *_____* s.r.l. dovesse risultare soccombente in tale giudizio - dovrà essere condannata a pagare tutte le somme dovute in esecuzione del contratto.

La temporanea sospensione degli addebiti ha inevitabili ricadute sui doveri cui la Banca è tenuta in adempimento della normativa relativa alla Centrale Rischi, in quanto la stessa dovrà astenersi da qualsiasi ulteriore segnalazione riguardante l'esposizione riveniente dal contratto IRS per cui è causa.

Nessun dubbio sussiste sull'ammissibilità del concesso provvedimento d'urgenza, stante l'irreparabilità del pregiudizio denunciato, avuto riguardo alle inevitabili ripercussioni che avrebbe sull'attività imprenditoriale della Latino s.r.l. il progressivo aumento dell'esposizione di conto corrente e l'inevitabile conseguente restrizione del credito bancario (v. per l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza in un caso analogo Trib Bari (5.7.2010); peraltro, il concesso provvedimento ex art. 700 c.p.c. non ha contenuto interamente anticipatorio dell'esito del giudizio di merito (che avrà ad oggetto non soltanto l'azione di nullità o annullabilità o risoluzione del contratto, ma anche le conseguenti domande di restituzione delle somme già versate e di risarcimento del danno), ma evita soltanto che la perdurante operatività del contratto provochi un ulteriore aggravamento della precaria situazione finanziaria della s.r.l., provocandone la cessazione dell'attività imprenditoriale.

Il provvedimento impugnato va quindi confermato.

La complessità delle questioni dibattute costituisce giusto motivo per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del presente procedimento di reclamo.

Rigetta il reclamo proposto, con ricorso depositato il 12.11.2010, dal Banco s.p.a. nei confronti della s.r.l. avverso il provvedimento ex art. 700 c.p.c. emesso dal Tribunale di Lecce il 28.10.2010 e dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente procedimento di reclamo.
Così deciso in Lecce il 21.4.2011.

p.q.m.

INGASO.it

Il Presidente est.

A. S. L. L.

DEPOSITATO
21 MAG 2011
LA CANCELLERIA

F.A.