



TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE

Terza sezione CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. r.g. 182/2012 promossa da:

██████████ (C.F. ██████████), con il patrocinio dell'avv. CASELLI GIULIO,
elettivamente domiciliato in VIA MONTEBELLO 76 50123 FIRENZE presso il difensore avv.

CASELLI GIULIO

IL CASO contro **it**
██████████ (C.F. ██████████) con il patrocinio dell'avv. ██████████ e dell'avv. ██████████
██████████ (C.F. ██████████) ; , elettivamente
domiciliato in ██████████ presso il difensore avv. ██████████

PARTE RICORRENTE

PARTE CONVENUTA

Il Giudice dott. ANNA PRIMAVERA,

letti gli atti e documenti di causa, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del
09/05/2012,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

rilevato che la ██████████ S.r.l. (di seguito ██████████ per brevità) ha chiesto di ordinare alla ██████████
S.p.a. (di seguito ██████████ per brevità):

1. di sospendere l'addebito di ogni ulteriore flusso sui conti correnti ad essa intestati derivante
dal contratto derivato ancora in essere n. 1594850;

2. di provvedere a comunicare alla Banca d'Italia (e ad ogni altro sistema di informazione creditizia) la cancellazione del valore di mercato negativo del contratto derivato IRS ancora in essere n. 1594850:

dato atto che la banca convenuta ha contestato in toto il ricorso, fondando la propria difesa essenzialmente sulla dichiarazione resa dal legale rappresentante della ricorrente ex art. 31 Reg. Consob 11522/98:

ritenuta la sussistenza del **fumus boni juris** con riguardo alla proponenda azione di risoluzione del contratto prospettata in ricorso;

dato atto che le parti hanno negoziato in data 28.08.07 un contratto di swap Purp Collar In & Out n. 1594850:

dato atto che con lettera raccomandata A.R. del 7.12.2011 la resistente ha comunicato alla ██████ l'avvenuta risoluzione in relazione al contratto IRS rapporto 9600-242-3042261 (nominale 223.370):

ritenuto che in relazione ai chiarimenti richiesti con ordinanza in data 3.04.2012 la ██████ ha prodotto estratto dei flussi a debito ed a credito della ██████ in relazione ai contratti derivati dalla stessa conclusi anche prima di quello per cui è lite, identificato col n. 3042261 come TRN ID e col n. 1594850 come REF ID;

ritenuto, pertanto, che alla luce dei dati relativi al rapporto n. 3042261 evincibili anche dal fax di "conferma fixing tasso – avviso di regolamento" riferito al 29.06.2012, si possa ritenere che lo stesso sia esattamente quello n. 1594850:

ritenuto, infatti, che da tale avviso di regolamento l'importo di riferimento, pari ad € 1.484.914, corrisponde a quello del piano di ammortamento allegato al contratto n. 1594850 (doc. 8 di parte ricorrente):

rilevato che come si evince dagli estratti dei flussi a debito ed a credito della ██████ prodotti da ciascuna delle parti, alla data del 30.03.2012 vi sia un differenziale a debito della ricorrente pari ad € 95.103,17 e ciò a causa dell'andamento negativo del tasso debitore della medesima, a far data dal marzo 2009:

ritenuto che a tale differenziale a debito debba aggiungersi l'ulteriore importo di € 13.561,51 che sarà addebitato dalla ██████ alla ██████ il 29.06.2012, con conseguente differenziale complessivo a tale data di € 108.664,68;

ritenuto quindi che avuto riguardo al doc. 10.04.2012 prodotto da parte ricorrente "conferma fixing tasso - avviso di regolamento" non si possa intendere risolto il rapporto in questione attesi gli addebiti successivi alla comunicazione di risoluzione e che pertanto in ordine alla domanda formulata sub 1) non sia cessata la materia del contendere;

ritenuto invece che anche in ordine alla domanda sub 2 persista l'interesse della [redacted] ad ottenere una pronuncia che previo accertamento incidentale della non debenza - per le causali indicate in ricorso e nella memoria integrativa - della somma registrata a debito, per effetto dell'andamento del rapporto relativo al contratto IRS in esame, ordini la cancellazione delle segnalazioni a sofferenza;

ritenuto quindi di dover esaminare i dedotti profili di invalidità e risolubilità del contratto de quo:

[redacted] osservato al riguardo che:

- ai sensi dell'art. 113 co. 1 Regolamento Consob n. 16190/07 dalla data di entrata in vigore (l. 1.07) di tale regolamento è stato abrogato il regolamento adottato con delibera Consob n. 11522 del 1998 e successive modificazioni
- ai sensi dell'art. 113 co. 3 Regolamento Consob n. 16190/07 "*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*";

- anche a voler ritenere la ricorrente un operatore qualificato all'epoca di sottoscrizione dei contratti di swap indicati in ricorso - in base all'autocertificazione di tale qualità sottoscritta dal suo legale rappresentante, la [redacted] S.r.l. a far data dal 2.11.07 non sarebbe stata più da considerare tale;

- la suddetta dichiarazione è stata, infatti, resa in data 7.03.07, ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob 15922/98 (secondo cui erano da considerare operatori qualificati, 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") norma che non prevedeva che fosse stata fornita alcuna informazione al riguardo;

- si legge infatti nella dichiarazione suddetta soltanto che la ricorrente avesse già effettuato operazioni di investimento in strumenti finanziari e che pertanto avesse avuto "una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari" e nel contratto quadro

che la █████ S.r.l. avesse *“espressamente dichiarato di essere operatore qualificato ai sensi e per gli effetti della normativa attualmente in vigore”*:

- tuttavia, siccome a far data dalla entrata in vigore del regolamento sopra citato (art. 35 co. 2^o) *“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”* e poiché la comunicazione di cui all'art. 35 co. 1 ai sensi dell'art. 113 co. 3 avrebbe dovuto essere effettuata in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, non oltre il 30 giugno 2008, in difetto di una tale informativa, la █████ S.r.l. non può più essere considerata un operatore professionale, malgrado la dichiarazione suddetta, priva peraltro di valore confessorio, nella parte in cui ha avuto ad oggetto un giudizio;

- la sola dichiarazione di aver già effettuato in maniera ricorrente operazioni di investimento in strumenti finanziari è dunque insufficiente a ritenere integrata una corretta informazione, sia perché ai sensi dell'art. 113 co. 2 del regolamento in esame la resistente avrebbe dovuto provvedere *“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 h1), in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, non oltre il 30 giugno 2008”*, sia perché avuto riguardo al fatto che alla sottoscrizione del primo contratto swap, la società fosse costituita solo da poco tempo (atto costitutivo del 24.01.07 iscritto nel registro delle imprese l'8.02.07) ed avesse avuto un capitale sociale di soli € 10.200, anche ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob 15122/98, la banca convenuta avrebbe potuto avvedersi della non veridicità della dichiarazione in oggetto e adempiere in particolare agli obblighi informativi di cui all'art. 28 Reg. Consob 15122/98, consegnando in particolare il documento informativo sui rischi generali degli investimenti;

- la dichiarazione del cliente quale operatore qualificato infatti, esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, solo in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso ovvero di allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale (in tal senso Cass. Civ. sez. I n. 12138/09) e comunque gli impone comunque di ottemperare agli obblighi di cui agli artt. 21 TUF e 26 Reg. Consob 15122/98;

- quest'ultima norma infatti impone agli intermediari finanziari nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare di operare in modo indipendente e coerente con i principi e le regole generali del Testo Unico;

• avendo la ricorrente concluso un contratto di leasing immobiliare in data 26.02.2007 per un importo di € 2.344.115,70 oltre Iva della durata di anni 15 ed essendo stato suo interesse coprire eventuali perdite dovute alla variazione del tasso di interesse (commisurato all'Euribor a tre mesi al 3,7500%) dovuto sui canoni da pagare, era inverosimile - all'epoca della stipula del contratto quadro (7.03.2007) - che la stessa avesse effettuato in passato investimenti speculativi e che pertanto avesse avuto una adeguata conoscenza del mercato finanziario, dovendo intendersi per clienti professionali solo coloro che possiedono l'esperienza, la conoscenza e la competenza necessaria per prendere le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che in tal modo possono assumersi;

• lo stesso tenore della nota integrativa al bilancio al 31.12.2010 evidenzia l'avvenuta sottoscrizione, soltanto in relazione alla stipula del contratto di leasing, di uno strumento finanziario con la ██████ per la copertura della variazione dei tassi passivi relativi al leasing stesso;

• non è stato dimostrato, quindi, che malgrado la sua recente costituzione alla data del 7.03.2007, la ██████ S.r.l. avesse avuto una piena e consapevole accettazione del rischio connesso agli strumenti finanziari di cui;

• la stessa dichiarazione del 7.03.07 ex art. 81 Reg. Consob 15922/98 si riduce ad una mera riproposizione della disposizione normativa, senza alcuna connotazione specifica;

• nessuna informazione malgrado le performances positive del primo investimento risulta essere stata fornita in seguito alla conclusione dello swap in data 28.08.07 con scadenza 31.12.2021, in ottemperanza alla disposizione di cui all'art. 113 co. 3 del Regolamento degli Intermediari, essendo stato evidenziato solo nella stessa missiva della ██████ in data 13.04.2011, il "mtm" (mark to market) ovvero il valore a quella data dei flussi di cassa futuri sulla base dei flussi di sconto di ciascun flusso, negativo per la ricorrente e pari a circa € 160.000;

• lo swap in questione appare connotato da un ingiustificato squilibrio del sinallagma contrattuale, quantomeno sopravvenuto, essendo stato il contratto di leasing sopra indicato risulta alla data dell'11.02.2010 (cfr. doc. 12 di parte ricorrente) ed essendo quindi venuta meno la indubbia (e nota alla banca) strumentalità del contratto di swap in essere n. 1594850, rispetto al suddetto contratto di leasing;

• pertanto, non essendo dato qualificare la ricorrente come operatore qualificato e non avendo comunque la banca convenuta ottemperato agli obblighi ad essa facenti capo ex artt. 21 TUF e 16 Reg. Consob n. 11522/98, le perdite derivanti dal contratto di swap ancora in essere, non sono da porre a suo carico, quantomeno a far data dal 1.07.08 a fronte della verosimile risolvibilità del

contratto de quo, non già per inadempimento della ricorrente, bensì per violazione degli obblighi informativi sopra indicati e per l'inefficacia della dichiarazione di operazione qualificato;

- a far data dal 1.07.08 data prima della quale ai sensi dell'art. 113 co. 3 Regolamento Consob n. 16190/07 la Banca avrebbe dovuto inoltrare alla ██████ la comunicazione di cui all'articolo 35, comma 1, considerandola cliente al dettaglio;

- non è dato ritenere che - stante la propria scarsa competenza finanziaria in materia di strumenti derivati ed atteso il consistente debito contratto con la società di leasing - la ██████ avrebbe mantenuto in essere il contratto de quo se fosse stata debitamente informata dei concreti rischi a cui sarebbe andata incontro;

- alla data del 30.06.08 data entro la quale la ██████ avrebbe dovuto informare la ██████ non vi era alcun inadempimento tale da implicare la segnalazione della società ricorrente a sofferenza;

ritenuto quindi che pur non costituendo i flussi maturati a debito della medesima ricorrente dopo il 30.06.08 espressione di inadempimento contrattuale e quindi manifestazione di insolvenza, per avere la ██████ violato i doveri di informazione che le venivano imposti dal suddetto regolamento Consob, la specifica segnalazione de qua (pacificamente avvenuta) alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, deve ritenersi illegittima;

ritenuta la sussistenza del **periculum in mora** in ordine alla domanda formulata sub 1) in difetto di prova adeguata della intervenuta risoluzione del contratto di cui trattasi;

ritenuto infatti come si evince dal doc. 10.04.2012 prodotto da parte ricorrente "conferma fixing tasso - avviso di regolamento" che vi sia il concreto ed attuale pericolo che quantomeno alla data del 29.06.2012 venga addebitato sul conto della ricorrente il differenziale a debito di € 13.561,51;

osservato peraltro che, anche a voler ritenere sciolto il rapporto contrattuale de quo in forza della comunicazione in data 7.12.11, vi è il concreto pericolo di progressi addebiti di differenziali, non dovuti per le motivazioni sopra espresse:

ritenuta per contro la insussistenza del dedotto **periculum in mora** in ordine alla domanda sub 2, posto che pur non essendo dato ravvisare, in ordine al contratto per cui è lite, una posizione a sofferenza, essendo il saldo debitore del c/c della ██████ alla data del 5.12.2011 era pari ad € 133.906,79 e richiedendo la segnalazione di una posizione "in sofferenza" presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, una valutazione, da parte dell'intermediario, riferibile alla complessiva situazione finanziaria del cliente, ovvero ad una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente, con la

condizione d'insolvenza (In tal senso Cass. civ. sez. I n. 7958/09), per tale esposizione di € 133.906,79 risulta essere stata effettuata una autonoma segnalazione (circostanza non specificamente contestata);

ritenuto quindi di poter accogliere il ricorso solo in ordine alla domanda sub I;

ritenuto che attesa la peculiarità del caso in esame e la soccombenza virtuale della [redacted] sul ricorso sub I si possano compensare integralmente le spese di lite tra le parti;

visti gli artt. 700 e 669 bis e segg. c.p.c.

P.Q.M.

ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta.

ACCOGLIE

la richiesta d'urgenza formulata sub I e per l'effetto
INIBISCE
alla convenuta l'addebito di ogni ulteriore flusso sui conti correnti ad essa intestati derivante dal contratto derivato ancora in essere n. 1594850;
RESPINGE

per il resto il ricorso:

DICHIARA

le spese del procedimento compensate per intero tra le parti.

Si comunichi.

Firenze, 5 giugno 2012

Il Giudice

dott. ANNA PRIMAVERA