

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Il Tribunale di Bergamo

Seconda Sezione Civile

Dott.Luigi Bitto, presidente estensore

Dott.Marini Marongiu, giudice

Dott.Massimo Gaballo, giudice

Ha pronunciato la presente

S E N T E N Z A

Nella causa n.563 R.G.2005, vertente tra

U , società per azioni

Con gli avvocati D D del foro di Milano e P B del foro di Bergamo, opponente allo stato passivo

e

FALLIMENTO B s.p.a.

Con l'avvocato M G del foro di Bergamo, opposto.

Conclusioni per l'opponente:

Voglia l'illustrissimo Tribunale adito, disatteso ogni contrario assunto, accogliere il ricorso ex art.98 L.F., e conseguentemente disporre l'ammissione al passivo di U s.p.a. per le seguenti somme:

1.970.602,79 in via privilegiata pignorizia , oltre gli interessi nei limiti, di cui all'art.54 l.f.;

2.358.437,688 in via chirografaria.

Rigettarsi la domanda di inefficacia del pegno, proposta dal fallimento in comparsa di costituzione e risposta.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente giudizio.

Conclusioni per il fallimento opposto:

Piaccia al Tribunale adito, contrariis reiectis, respingere l'avversa opposizione, perché infondata per i motivi dedotti nel provvedimento di esclusione del credito della opponente; dichiarare, occorrendo, l'inefficacia del pegno costituito a favore del Credito Italiano, ai sensi dell'art.67, primo comma, n.3 L.F. e dell'art.2901 C.C.; spese rifuse

In via subordinata istruttoria: ammettere le prove già dedotte in atti.

Svolgimento del processo.

Con ricorso, depositato il 14 novembre 2004, U società per azioni ha impugnato lo stato passivo del fallimento B s.p.a, esponendo di avere presentato domanda di insinuazione per la somma complessiva di euro 4.329.040,478, così distinta:

- a) 198.185,28, per sofferenza sul conto corrente ordinario n. [REDACTED], ex CRT;
- b) Euro 471.754,24 per sofferenza sul conto corrente ordinario [REDACTED] ex Credito Italiano ;
- c) Euro 551.220,75, per sofferenza sul conto corrente ordinario n. [REDACTED], ex Cariverona;

- d) Euro 282.200,05 per apertura di credito n. [REDACTED], ex Cariverona;
- e) Euro 1.094.775,97 per sofferenza del rapporto n. [REDACTED] conto anticipi export, ex Cariverona;
- f) Euro 260.184, per sofferenza rapporto n. [REDACTED] conto anticipi export in divisa, ex Cariverona;
- g) 595.454, per sofferenza del rapporto n. [REDACTED] conto anticipi estero, ex Cariverona,
- h) Euro 397.348,55, per sofferenze del rapporto n. [REDACTED] conto anticipi estero, ex Credito Italiano;
- i) Euro 1.332.700,00 per sofferenza dei rapporti prodotti derivati n. [REDACTED], n. [REDACTED] entrambi ex CRT, n. [REDACTED] e n. [REDACTED], entrambi ex Credito Italiano.

Inoltre la ricorrente ha esposto che, a garanzia dei crediti, vantati in origine dal Credito Italiano s.p.a., era stato costituito un pegno su titoli. Ha domandato, pertanto, che le posizioni creditorie, derivate dal Credito Italiano, fossero ammesse in via privilegiata per l'ammontare di euro 1.970.602,79.

Il Giudice Delegato, con provvedimento, comunicato il 4 novembre 2004, ha ammesso il credito di euro 2.996.340,48, esclusivamente al chirografo. Ha escluso, invece, l'importo di euro 1.332.700,00, relativo ai rapporti prodotti derivati, originariamente dell'ex CRT e dell'ex Credito Italiano per i seguenti motivi:

non risultano rispettati i criteri previsti dall'art.21 Dlgs. 58/98 con conseguente nullità dei contratti

Estraneità dei contratti derivati rispetto all'oggetto sociale con conseguente inefficacia dei contratti stessi ai sensi del combinato disposto degli art.1398, 2384 e 2384 bis c.c..

Il G.D. ha inoltre escluso il pegno per essere questo non sufficientemente quantificato, per mancanza della forma contrattuale e, comunque la costituzione del pegno si deve considerare revocata ex art.64, 66, 67 L.F. e 2901 c.c..

La ricorrente ha impugnato il provvedimento sulla base delle seguenti osservazioni:

Non è vero che non sono stati osservati i criteri di comportamento, imposti dall'art.21 del T.U.F.;

non è vero che i contratti di swaps fossero estranei all'oggetto sociale ; infatti, tali contratti non erano improntati da” finalità meramente speculative, bensì (erano) correlati alle esigenze connesse all'attività svolta dalla B s.p.a. , società esposta nei confronti del sistema creditizio, e dunque sensibile alle possibili variazioni del tasso di interesse. Si tratta, pertanto, di atti funzionali al raggiungimento dello scopo sociale.”

Circa il pegno, la ricorrente ha rilevato che era stato negoziato e costituito nel pieno rispetto della vigente normativa.

Ha, pertanto, domandato l'accoglimento integrale della propria originaria domanda.

Si è costituito il fallimento confermando le ragioni del provvedimento di esclusione di parte del credito e del privilegio pignoratizio: Circa quest'ultimo, ha specificato la revocabilità con riferimento alla fattispecie normativa, di cui all'art.67 comma primo, n.3 L.F..

Dopo uno scambio di memorie, sono state precisate le conclusioni e la causa è passata in decisione.

#### Motivi della decisione.

L'opposizione allo stato passivo, proposta da U, concerne due punti del provvedimento del G.D., tra loro nettamente distinti: l'esclusione del credito, derivato da operazioni finanziarie sui derivat, e la revoca della garanzia pignoratizia.

Sul primo punto è opportuno premettere un cenno sulla natura delle operazioni finanziarie in materia.

Nell'ultimo numero della rivista britannica The Economist, in edicola dallo scorso 29 aprile con il titolo "In cima al mondo-Goldman Sachs e la cultura del rischio", è dato leggere nel primo scritto la definizione del fenomeno economico finanziario, oggetto dell'analisi della presente sentenza: "Al cuore del cambiamento (dei rischi finanziari nel mondo degli affari) è stato lo sviluppo di complesse transazioni in

swaps, derivati ed altri complessi e spesso difficili strumenti, che permettono di trasferire i rischi da una parte ad un'altra. Da un piccolo inizio nel 1987, il valore dei derivati dei contratti, vincolati alla dinamica del cambio delle valute o del tasso degli interessi adesso supera il valore di 200 trilioni di dollari, 16 volte quello del GDP degli Stati Uniti.”

Si tratta, perciò, di un fenomeno di grande importanza, la cui catalogazione sul piano giuridico è ancora in fieri.

I derivati sono contratti fra due soggetti, che specificano le condizioni, in particolare, le date e le condizioni delle variabili fondamentali, in base alle quali si determinano i pagamenti, che saranno effettuati tra le controparti. Qualora le variazioni siano riferite ad una scala molto semplice, quale il tasso degli interessi bancari sulla piazza di Londra o di qualsiasi altro posto, i derivati si chiamano swaps, termine inglese, che significa “scambio”. Il rapporto tra swaps e derivati è, perciò, di specie a genere.

La fattispecie oggi in esame rientra nella categoria delle interest rate swaps, swaps sui tassi di interesse. Si tratta di contratti, con i quali due controparti si impegnano a scambiarsi gli interessi per un certo periodo. Una parte, che ha contratto mutui con interessi variabili, assume interessi a tasso fisso, l'altra, che ha negoziato un tasso fisso, lo trasforma in variabile. I risultati sono diversi ed opposti secondo se, nel

periodo in oggetto, il tasso di remunerazione del danaro sia salito o sceso.

Normalmente, le banche non partecipano in prima persona al contratto, ma svolgono la funzione di intermediari, lucrando una provvigione.

Sul piano giuridico, la materia oggi è regolata dagli articoli da 18 a 25 del decreto legislativo 6 febbraio 2004, n.58 (Testo Unico della Finanza).

Il fallimento ha sostenuto la nullità del contratto per inosservanza da parte della Banca degli obblighi, imposti ai soggetti, abilitati alla prestazione di servizi di investimento, dall'art.21 del TUF. La tesi è infondata, perché i comportamenti *contra legem*, esposti nella norma suddetta, possono verificarsi soltanto dopo la stipulazione del contratto e pertanto non possono in alcun modo incidere sulla validità di questo. Infatti, come si deduce dall'art.23 n.6 del TUF, l'inosservanza degli obblighi posti dalla legge all'intermediario comporta per questi il diritto al risarcimento dei danni, domanda che il fallimento non ha proposta.

La seconda difesa del fallimento si fonda sulla limitazione dei poteri del legale rappresentante della B, che ha stipulato con la Banca il contratto di intermediazione finanziaria. Entra in ballo, perciò l'art.2384 bis C.C., norma oggi non più in vigore, perché abrogata dalla riforma del diritto societario, ma, all'epoca

(1999), ancora vigente. “L’estraneità all’oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società non può essere opposta ai terzi in buona fede”.

Lo statuto della B contiene la clausola seguente: “le attività di carattere finanziario debbono comunque essere strumentali per il conseguimento dell’oggetto sociale e possono essere intraprese solo in via non prevalente e non nei confronti del pubblico”.

Premesso che buona fede significa non conoscenza e mala fede conoscenza di un determinato negozio, lo statuto della B, depositato al Registro delle Imprese, era per ciò stesso conoscibile e la conoscibilità, determinata dalla pubblicità in registri pubblici, equivale alla conoscenza. Inoltre, la società Bradi era una delle più importanti delle iniziative industriali, fiorite in terra orobica, ed era, perciò, noto “lippis et tonsoribus”, ma soprattutto agli istituti di credito più che ai cuoiai e ai barbieri, di cui alla vivace espressione del poeta di Venosa, che il suo oggetto sociale era produrre sistemi frenanti. A ben considerare il significato della clausola statutaria, essa non limita il potere di rappresentanza, ma, usando un’espressione tutto sommato di stile, aggiunge ai normali poteri, la facoltà di intraprendere iniziative finanziarie, di per se stesse estranee all’oggetto sociale, nei limiti, in cui potessero essere utili all’attività produttiva.

La stessa Banca, peraltro, rivela di essere stata a conoscenza della clausola, quando, nelle proprie difese, insiste sul carattere strumentale delle iniziative finanziarie: “la B risultava particolarmente esposta nei confronti del sistema creditizio e dunque sensibile alle possibili variazioni dei tassi di interesse;



l'intenzione, perseguita dalla B, con la conclusione dei derivati, era quella di tutelarsi contro i rischi connessi alla fluttuazione dei tassi”.

In sostanza, premesso che una delle più importanti distinzioni dei derivati è quella tra operazioni con finalità di copertura di un rischio e quelle con finalità di mera speculazione, si può concludere che le prime rientravano nei poteri della persona, che ha in concreto sottoscritto il contratto con la Bradi, le seconde, assolutamente estranee all'oggetto sociale, eccedevano i suoi poteri.

Con un provvedimento del 31 luglio 1992, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'otto agosto 1992, la CONSOB ha formulato i presupposti necessari, affinché un'operazione finanziaria possa essere definita di copertura.

“Un'operazione fuori bilancio è considerata di copertura quando

- a) vi sia l'intento dell'ente finanziario di porre in essere tale copertura;
- b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, ecc) delle attività/passività coperte e quelle del contratto di copertura;
- c) c) le condizioni di cui alle precedenti lettere a) e b) risultino documentate da evidenze interne dell'ente finanziario.”

Nei contratti, stipulati tra la B s.p.a., in persona del suo presidente, e U s.p.a. non è dato riscontrare nessuna delle sotto elencate condizioni necessarie.

Nessun accenno, anzi, è dato riscontrare alla finalità di copertura o a qualsiasi altro scopo dell'operazione, sicché il contratto si presenta come astratto, vale a dire, secondo la dottrina in materia, puramente speculativo.

Il contratto derivato è per sua natura atipico e pertanto la sua causa consiste nella finalità, perseguita dai contraenti, in quanto meritevole di protezione (art.1322 c.c.). La finalità speculativa, sempre presente, si affianca a quella più specifica espressa dai contraenti, quale è la copertura. Se nessuna finalità è stata espressa, il negozio è astratto e resta soltanto quella speculativa.

Da quanto sopra esposto consegue che il presidente della B s.p.a. non aveva il potere di stipulare il contratto in oggetto con l'U, non tanto per la clausola statutaria sopra citata, quanto piuttosto perché tale clausola, meramente di stile, registrava una limitazione intrinseca dei suoi poteri: il legale rappresentante di una società metalmeccanica può stipulare contratti finanziari anche aleatori, purché strumentali alla gestione imprenditoriale, ma non ha il potere di obbligare la società in iniziative finanziarie meramente speculative.

Il contratto, perciò, non è valido per l'argomento deducibile dall'art.1398 c.c., norma, che statuisce la responsabilità personale di colui che ha contrattato eccedendo dai poteri, che gli erano stati conferiti.

Il provvedimento di esclusione dallo stato passivo deve, pertanto, essere confermato.

La seconda parte dell'opposizione concerne la revoca del pegno di titoli, costituito con scrittura 31 gennaio 2002.

La Banca opponente lamenta l'eccessiva genericità delle ragioni della revoca, esposte nel provvedimento del giudice delegato. Le ragioni esposte sono

effettivamente troppe e tra loro contraddittorie; perciò il provvedimento è generico, ma non in modo eccessivo, sicché non può essere ritenuto nullo.

I decreti del giudice delegato in sede di verifica dello stato passivo, pur essendo suscettibili di divenire definitivi e perciò di costituire giudicato formale, per il carattere del procedimento, che li precede, nel quale non si esplica un contraddittorio perfetto, non sono suscettibili di costituire un giudicato sostanziale, che è caratteristica esclusiva delle sentenze, pronunciate a conclusione di un ordinario grado di giudizio.

Ne consegue che, avendo il giudice delegato previsto tra le norme, che comportavano la revoca, l'art.67 l.f. e rientrando la fattispecie, come sarà infra dimostrato, nell'ipotesi normativa prevista dall'art.67 comma 1, n.3 l.f., la nullità del provvedimento deve essere esclusa.

La norma in oggetto dispone la revocabilità de “i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti”.

Il pegno revocato risulta essere stato costituito nell'ambito di rapporti di apertura di credito in conto corrente preesistenti, per elasticità di cassa, per finanziamenti a fronte di esportazioni nei 180 giorni, per finanziamenti a fronte di importazioni nei 180 giorni,, per swaps di interessi fino a 60 mesi,

In tali casi, la conoscenza dello stato d'insolvenza è presunta, poiché si aggiunge una garanzia ad un rapporto, che era nato non garantito, sicuro indice di minor fiducia da parte del creditore.

L'opposizione deve, pertanto, essere respinta .

A causa della soccombenza, la Banca opponente deve essere condannata in favore del fallimento al rimborso delle spese del giudizio, che avuto riguardo, al valore e allo svolgimento della lite, sono liquidate in euro 1.138,73 per esborsi (euro 1969,25 per spese di studio sono eccessive), e in euro 14.000,00 per diritti ed onorari (ridimensionando le voci redazione delle difese e partecipazione a quattro udienze, nelle quali v'è stato ben poco da fare), oltre IVA e C.P.A...

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sull'opposizione allo stato passivo, proposta da U Società per Azioni , notificato unitamente al decreto di fissazione dell'udienza di prima comparizione, il 3 dicembre 2004, ogni contraria istanza o eccezione disattesa e respinta, la rigetta e condanna l'opponente a rimborsare al fallimento B s.p.a. le spese del giudizio, che liquida complessivamente in euro 15.969,25, di cui euro 14.000,00 per diritti ed onorari, oltre I.V.A. e C.P.A..

Così deciso in Bergamo nella camera di consiglio della seconda sezione civile il 4 maggio 2006.