

Avv. Augusto Vaccaro Ricorrente
(c/o Avv. P. Tagliaferr)

Avv. Luca Zinella Resistente
(c/o Avv. C. Cottelacci)

IL TRIBUNALE DI CIVITAVECCHIA

in persona del Giudice designato, dott.ssa Stefania Ciani, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento ex art. 700 c.p.c. iscritto al n. 830/2011 R.G.A.C.

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 20 maggio 2011 nel procedimento in epigrafe indicato;

rilevato il compimento del termine del 1° giugno 2011 assegnato alle parti per il deposito di note difensive

letti ed esaminati gli atti di causa;

o s s e r v a

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. *ante causam*, depositato in data 14 marzo 2011, la società [REDACTED], in persona del legale rappresentante, chiedeva all'istituto Tribunale di ordinare a Banca [REDACTED], *inaudita altera parte* o, in subordine, previa fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, "di sospendere ogni addebito di somme sul conto corrente intestato a [REDACTED] in dipendenza del secondo accordo quadro e/o del contratto *fix floater* nonché ogni richiesta di pagamento nei confronti di [REDACTED] che trovi ragion d'essere in tali contratti, anche se avente ad oggetto somme già addebitate sul conto corrente della società per effetto dei medesimi; ordinare a [REDACTED] di non effettuare segnalazioni alla Banca d'Italia destinate alla c.d. Centrale Rischi e/o qualunque altro soggetto, pubblico o privato, gestore di sistemi di informazione creditizia o di banche dati equipollenti, volte a far emergere, in capo alla società, una situazione debitoria e/o una posizione di rischio, attuali o potenziali, correlate al secondo accordo quadro e/o al contratto *fix floater*; adottare ogni altro opportuno provvedimento ritenuto idoneo ad evitare il pregiudizio indicato in narrativa".

Deduceva la ricorrente, a sostegno delle domande spiegate che: nel corso del 2006 la società, operante nel commercio di prodotti di abbigliamento all'ingrosso e al minuto, avviava una trattativa per l'acquisto di un immobile commerciale sito in Roma, località Massimina, Via Aurelia Km. 13.500,

OL

rivolgendosi a Banca Antonveneta, filiale di Civitavecchia, di cui era da numerosi anni cliente e correntista, per ottenere un mutuo ipotecario destinato a finanziare l'operazione per circa il 70% del prezzo di vendita, pari a euro 15.300.000,00, oltre IVA; [redacted] consigliava alla società [redacted] di formalizzare non già un contratto di mutuo bensì un contratto di *leasing* immobiliare a tasso variabile con la propria partecipata Italease s.p.a., rappresentandole al contempo la necessità, al fine di tutelarsi adeguatamente, di sottoscrivere uno strumento finanziario derivato (*interest rate swap*) allo scopo di neutralizzare il rischio di variazione del tasso di interesse correlato al citato *leasing*, rischio altrimenti gravante sulla società medesima; in data 30 gennaio 2007 la ricorrente concludeva presso la suddetta filiale di [redacted] un accordo quadro per l'operatività in strumenti finanziari derivati predisposto dalla banca (di seguito "*primo accordo quadro*"), nonché un secondo contratto, attuativo del primo, denominato "*interest rate swap ad ammortamento*" (di seguito "*contratto IRS*") con un nozionale di riferimento e un piano di ammortamento parametrati al *leasing*, in via di definizione negoziale; nella stessa occasione la società sottoscriveva una dichiarazione, su modulo precompilato da [redacted] a mezzo della quale affermava di essere un operatore qualificato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 31 comma 2 Regolamento CONSOB n. 11522/1998; in data 5 marzo 2007 l'esponente stipulava a Roma con [redacted] il citato contratto di *leasing* immobiliare agli effetti del quale acquistava il diritto personale ed esclusivo di utilizzare per la durata di 180 mesi l'immobile sopra descritto che [redacted] si impegnava ad acquistare dalla parte venditrice, dietro pagamento di un corrispettivo verso [redacted] così articolato e pattuito: canone anticipato di euro 3.366.000,00 oltre IVA alla firma del contratto, canone periodico mensile di euro 80.451,90 oltre IVA, indicizzato al tasso Euribor a tre mesi act/365, maggiorato di uno *spread* dell'1,15% per un totale di 179 mensilità, ulteriore eventuale importo di euro 3.060.000,00 oltre IVA qualora alla scadenza del periodo di ammortamento rateale la società avesse deciso di avvalersi dell'opzione di acquisto del detto immobile da [redacted]; sin dalla data di conclusione del contratto IRS la [redacted] subiva ingenti perdite finanziarie corrispondendo ad [redacted] flussi cedolari netti negativi pari complessivamente ad euro 31.732,64 alla data del 10 novembre 2007,

addebitati sul proprio conto corrente; [redacted] quindi, a seguito dell'andamento negativo della posizione finanziaria della società, aggravata dalla grave crisi economica globale, proponeva alla ricorrente di rinegoziare il contratto IRS e di sostituirlo con uno nuovo *swap* su tassi di interesse, impegnandosi ad erogare alla società medesima, contestualmente all'estinzione del vecchio derivato, l'importo di euro 100.000,00; in data 30 aprile 2008, pertanto, il legale rappresentante della [redacted] sottoscriveva presso la filiale di Civitavecchia di [redacted] i seguenti documenti, predisposti dalla Banca stessa: modulistica in uso per la profilatura della clientela ai sensi della direttiva 2004/39/CE, c.d. MIFID, in virtù della quale essa società risultava classificata quale "cliente professionale"; lettera a mezzo della quale la ricorrente chiedeva formalmente "la chiusura anticipata" del contratto IRS; a detti documenti faceva seguito la missiva in data 5 maggio 2008 di [redacted] attestante l'avvenuta esecuzione dell'ordine e l'avvenuto accredito, con valuta in pari data, dell'importo di euro 100.000,00; in pari data la [redacted] sottoscriveva presso la filiale di [redacted] di Civitavecchia un secondo accordo quadro, sostitutivo del precedente, per l'operatività di strumenti "over the country" e con efficacia a decorrere dal 10 maggio 2008, e un nuovo *swap* su tassi di interessi (contratto *fix floater*), sostitutivo del cessato IRS, rapportato ad un capitale nozionale di riferimento di euro 11.800.000,00; quest'ultimo contratto aveva sin dall'inizio conseguenze negative per la società essendo inidoneo a svolgere la funzione di copertura cui era deputato e determinando alla data del 10 febbraio 2011 una perdita complessiva pari ad euro 753.631,59, giusta contabili allegate, emesse dapprima da [redacted] e successivamente dall'incorporante [redacted] [redacted], in data 27 novembre 2008 [redacted] comunicava alla ricorrente la revoca degli affidamenti di cui la stessa godeva di talché i saldi passivi venivano convertiti in un unico debito a rientro di importo globale pari ad euro 810.000; la Martingale Risk Italia s.r.l., nota società specializzata nel settore, incaricata dall'esponente di periziare il contratto IRS e il contratto *fix floater* allo scopo di farne emergere le reali caratteristiche, accertava la assoluta inidoneità dei predetti contratti ad assicurare l'obiettivo di copertura perseguito dalla [redacted] in aggiunta ad un rilevantissimo ammontare di commissioni implicite pari ad euro 366.647,00; con missiva del 2 dicembre

2010, indirizzata e ricevuta sia da [redacted] che da [redacted], la ricorrente intimava le due banche a sospendere qualunque ulteriore imputazione o addebito di somme in dipendenza dei predetti contratti in quanto invalidi ed inefficaci e a restituire alla stessa le somme incassate, oltre al risarcimento dei danni; con missiva del 18 gennaio 2011 MPS rispondeva negativamente ritenendo la legittimità del proprio operato e la validità dei contratti in questione.

Tutto ciò premesso in punto di fatto, deduceva la [redacted], in punto di diritto: quanto al *fumus boni iuris*, la non sussimibilità della stessa ricorrente, alla data di conclusione del contratto IRS, nella categoria degli operatori qualificati ex art. 31 comma 2 Regolamento CONSOB 11522/98 ed in quella dei clienti professionali su richiesta di cui alla MIFID, la non sussimibilità della stessa alla data di conclusione del contratto *fix floater* nella categoria dei clienti professionali di cui al Regolamento CONSOB 16190/07 attuativo della MIFID, la inidoneità del contratto IRS e del contratto *fix floater* ad assicurare la copertura del rischio di variazione del tasso di interesse correlato al *leasing* immobiliare con [redacted], quanto al *periculum in mora*, i continui e ingenti danni economico-finanziari derivanti dagli addebiti che ne pregiudicavano irrimediabilmente l'operatività con conseguente pericolo di fallimento.

Si costituiva in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena, in persona del legale rappresentante pro tempore, che contestava la fondatezza della domanda cautelare chiedendone il rigetto.

Acquisita la documentazione prodotta e udita la discussione orale, all'udienza del 20 maggio 2011 il giudice si riservava concedendo alle parti termine fino al successivo 1° giugno per il deposito di note difensive.

Il ricorso è fondato e merita, pertanto, di essere accolto.

Invero in ordine al primo dei profili di invalidità fatti valere dalla società [redacted], ovvero la non sussimibilità della ricorrente alla data di conclusione del contratto IRS nella categoria degli operatori qualificati ai sensi dell'art. 31 comma 2 del Regolamento CONSOB 11522/98 ed in quella dei clienti professionali su richiesta di cui alla direttiva MIFID, mette conto evidenziare che secondo il maggioritario e preferibile orientamento della giurisprudenza di merito in materia, che questo giudice condivide ed al quale

ritiene debba prestarsi adesione, la dichiarazione autoreferenziale del cliente di essere "operatore qualificato", anche se accompagnata dalla indicazione di essere in possesso di una specifica competenza ed esperienza in tema di strumenti finanziari, ciò che nel caso specifico non ricorre, deve sempre essere corredata dall'indicazione aggiuntiva e circostanziata dei fatti che la sorreggono e seguita dalla verifica da parte dell'intermediario finanziario. La dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante ai sensi del richiamato art. 31 del Regolamento CONSOB n. 11522/98, infatti, non costituisce di per sé dichiarazione confessoria, consistendo nella formulazione di un giudizio, non già nell'affermazione di scienza e verità di fatti obiettivi, di talché l'intermediario diligente non è esonerato dal tenere in debito conto le informazioni in suo possesso e dal verificare in concreto l'adeguatezza delle operazioni poste in essere dal cliente, dovendo sempre confrontarsi tale adeguatezza con la concreta operatività del cliente medesimo.

Nella specie la dichiarazione resa dal legale rappresentante della ricorrente non è caratterizzata dal punto di vista dal formale dal contenuto minimo di cui al più volte cit. art. 31 del Regolamento CONSOB n. 11522 e diverge dalla realtà quale conosciuta dalla Banca medesima. Come dedotto dalla ~~Coppo Claudio~~ e non specificamente contestato *ex adverso*, infatti, quest'ultima era correntista di ~~Banca~~ sin dal dicembre 1998 e non aveva mai effettuato con la predetta Banca operazioni di investimento su strumenti finanziari, sottoscritto strumenti finanziari derivati o prodotti analoghi a quelli per cui è causa, sottoscritto contratti destinati a disciplinare prestazioni di servizi di investimento, essendo piuttosto sempre ricorso ai più comuni e noti strumenti di *corporate credit* (scoperto di conto corrente, anticipo fatture, cessione di crediti commerciali).

Il contegno della Banca resistente si palesa illegittimo anche alla luce della direttiva 2004/39/CE, c.d. MIFID, in vigore alla data di conclusione del primo accordo e del contratto IRS, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 164 del 2007 recante modifiche al TUF (decreto legislativo n. 58/1998) e con il Regolamento CONSOB n. 16190/07. Secondo tale direttiva, infatti, è "cliente professionale" chi "possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume".

Ad analoghe conclusioni – così passando all'ulteriore motivo di censura di cui sopra – si perviene in relazione al contratto *fix floater*, sottoscritto dalla ricorrente successivamente alla data di entrata in vigore della direttiva MIFID, atteso che irrilevante è ai fini che qui interessano la modulistica in atti sottoscritta per accettazione dal legale rappresentante del ~~Cassa di Risparmio di Venezia~~ ed in forza della quale Antonveneta ha notiziato la società stessa di averle assegnato la classificazione di “*cliente professionale*” (documento allegato n. 7 al fascicolo di parte ricorrente). Per tutte le ragioni sopra illustrate, infatti, tale dichiarazione diverge dalla realtà. A ciò aggiungasi che in occasione della sottoscrizione di tale secondo contratto è stato lo stesso legale rappresentante della ricorrente a dichiarare per iscritto, rispondendo ad apposita domanda del questionario (doc. 7 cit.), di essere “*cliente professionale di diritto*”, qualificazione che non può evidentemente dipendere dalla volontà del dichiarante quanto piuttosto dal giudizio dell'intermediario, chiamato, in simili casi, a spiegare e comunicare quali norme di protezione non troveranno applicazione. Nella specie la Banca ha anche disatteso gli obblighi informativi previsti sia a tutela del cliente al dettaglio che del cliente professionale dagli artt. 27 e 31 del cit. Regolamento CONSOB 16190/07.

Fondata è, infine, l'ulteriore censura mossa dalla ricorrente ai contratti IRS e *fix floater*, ossia la loro inidoneità ad assicurare la copertura dal rischio di variazione del tasso di interesse correlato al *leasing* immobiliare con Italease. Dalla perizia espletata da Martingale Risk Italia s.r.l., società specializzata nel settore, per conto e nell'interesse di Gruppo Claudio s.r.l. (documento allegato n. 14 al fascicolo di parte ricorrente), emerge, infatti, che sia il contratto IRS che il contratto *fix floater* erano sin dall'inizio inidonei a raggiungere lo scopo di copertura ad essi sotteso, configurandosi piuttosto come operazioni finanziarie speculative, poco trasparenti e foriere di un consistente ammontare di commissioni implicite.

Per completezza giova evidenziare che il contratto di *swap* su tassi di interesse è un contratto nominato atipico, in quanto privo di disciplina legislativa, mediante il quale le parti, a scadenze prestabilite e per un arco di tempo predefinito, si impegnano a scambiarsi flussi di cassa calcolati applicando ad uno stesso capitale nozionale – non oggetto di scambio – due diversi tassi di interesse: un tasso fisso determinato alla data di conclusione del

contratto ed un tasso variabile determinato di volta in volta alle predette scadenze. Più precisamente una parte, acquirente dello *swap*, è tenuta a versare gli interessi calcolati con il tasso fisso ed ha diritto di ricevere quelli determinati con il tasso variabile; l'altra parte, venditrice dello *swap*, solitamente l'intermediario, deve corrispondere gli interessi computati in base al tasso variabile ed ha diritto di ricevere quelli calcolati al tasso fisso. Funzione dei derivati in esame è quella di copertura dei rischi, nella specie dei rischi connessi al sottostante contratto di locazione finanziaria.

Secondo le conclusioni di cui alla richiamata perizia di parte che, pur non assurgendo al rango di prova, costituisce comunque un elemento di prova valutabile e rilevante in questa sede ove il giudicante è chiamato a verificare l'apparente fondatezza delle pretese azionate, "i due contratti di interest rate swap non risultano efficaci rispetto alla finalità di coprire la società contro il rischio di variazione dei tassi di interesse. Essi hanno prodotto nel corso degli anni flussi di cassa netti negativi per un ammontare cumulativamente pari ad euro 780.782,38 a svantaggio del ~~Cassa di Credito di ...~~ l., dovuti principalmente alla forte riduzione del tasso di interesse sottostante, l'Euribor 3 mesi. Per il prossimo periodo cedolare, relativo al periodo 10/2/2011 - 10/5/2011 è stata stimata una cedola netta negativa pari ad euro 95.422,34 per il contratto IRS fix floater stipulato in data 5 maggio 2008. In aggiunta abbiamo riscontrato che i contratti esaminati in questa perizia non sono stati stipulati a costo zero ma che abbiano incluso un livello di commissioni implicite cumulativamente pari ad euro 366.647,00. Tale somma rappresenta l'ammontare cumulativo che la banca avrebbe dovuto corrispondere alle date di stipula dei contratti swap perché questi fossero stati sottoscritti in condizioni di equilibrio finanziario tra le controparti. Abbiamo evidenziato che il contratto swap IRS fix floater non risulta consono rispetto al contratto di locazione finanziaria erogato in quanto: la struttura dei pagamenti non è adeguata rispetto alle esigenze di copertura della società (sotto determinate condizioni sia ~~Cassa di Credito di ...~~ che ~~Parco Automobili~~ pagano il tasso Euribor 3 mesi); vi è una divergenza tra i tassi sottostanti (Euribor 3 mesi - Euribor 365). Anche nel contratto IRS plain vanilla sottoscritto in data 31 gennaio 2007 ed estinto in data 5 maggio 2008 abbiamo riscontrato una

divergenza nei tassi di interesse, in quanto nel contratto di locazione la società corrisponde il tasso Euribor 365, mentre nello swap il tasso Euribor tre mesi".

La carenza di un'adeguata informazione al cliente in ordine alle caratteristiche peculiari e all'elevato rischio sottoteso ai prodotti finanziari di cui è causa, sopra evidenziata, in una con l'inadeguatezza degli strumenti finanziari stessi rispetto allo scopo perseguito, inducono a ritenere, ad un esame sommario della fattispecie quel è quello imposto dalla natura cautelare del presente procedimento, la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*.

Ricorre, altresì, nel caso di specie, l'ulteriore requisito del *periculum in mora* necessario ai fini della concessione del richiesto provvedimento d'urgenza, rappresentato dalla grave ed irreparabile crisi economico finanziaria della ricorrente causata dalla sottoscrizione dei contratti in esame e resa palese dalle costanti perdite di esercizio e dallo sconfinamento di c/c, come comprovate dalla documentazione allegata al ricorso.

È inoltre plausibile ritenere che la già avvenuta segnalazione alla Centrale Rischi Investimenti Finanziari, oltre a causare un discredito per la società, la esponga al rischio di richieste di pagamento anticipato dei finanziamenti già in essere e al connesso rischio di non ottenere ulteriori finanziamenti ed aperture di credito, con conseguenti ed inevitabili ricadute negative sulla tenuta economico-finanziaria della stessa ricorrente.

Per tutti i motivi sopra esposti il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere ordinare alla Banca resistente di sospendere ogni addebito di somme sul conto corrente intestato a [REDACTED] in dipendenza del secondo accordo quadro e del contratto *fix floater* di cui è causa, nonché di sospendere ogni richiesta di pagamento che trovi fondamento in detti contratti. Alla P. [REDACTED] deve, altresì, essere ordinato di non effettuare segnalazioni alla Banca d'Italia destinate alla Centrale Rischi e correlate ai contratti suddetti.

La statuizione sulle spese del presente procedimento è riservata alla definizione dell'instaurando giudizio di merito trattandosi di pronuncia avente parziali effetti anticipatori.

P. Q. M.

Il Tribunale, pronunciando sul ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 14 marzo 2011 da Gruppo Claudio s.r.l., iscritto al n. 830/2011 R.G.A.C., così decide:

ordina a Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. di sospendere ogni addebito di somme sul conto corrente intestato a ~~Gruppo Claudio~~ in dipendenza del secondo accordo quadro e del contratto *fix floater* di cui è causa, nonché ogni richiesta di pagamento che trovi ragion d'essere in detti contratti;

ordina alla Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. di non effettuare segnalazioni alla Banca d'Italia destinate alla Centrale Rischio e correlate ai predetti contratti,

spese al definitivo.

Si comunici.

Civitavecchia, 16 giugno 2011

Il Giudice

Stefania Ciani

Stefania Ciani



SEGRETERIA
16 GIUGNO 2011

PAVIAVIBO.L.
16 GIUGNO 2011