

Fatta comunicazione
p.p.v. 23/5/11

Nr 4406/2010 R.G.

TRIBUNALE DI PERUGIA

I SEZIONE CIVILE

ORDINANZA EX ARTT. 669 BIS E SS. E 700 C.P.C.

REP. 1222

Il Giudice dr.ssa Loredana Giglio , a scioglimento della riserva che precede, esaminati gli atti e i documenti nonché le memorie autorizzate depositate in corso di procedimento dalle parti, nel procedimento promosso ai sensi dell'art.700 c.p.c. da

“ [REDACTED] , in persona del legale rappresentante del Consiglio di Amministrazione p.t., elettivamente domiciliata in Perugia, via dei Priori nr.19 presso lo studio dell'Avv. Katuscia Malfetta dal quale è rappresentata e difesa come da procura speciale apposta in calce al ricorso

RICORRENTE

Nei confronti di :

“ Banca CR di Firenze” S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Perugia, viale Oberdan nr. 27 presso lo studio dell'Avv. Paolo Feliziani dal quale è rappresentata e difesa unitamente all'Avv. Prof. Umberto Morera del Foro di Roma come da procura in calce alla copia del ricorso notificato

RESISTENTE

OSSERVA

Con ricorso proposto ai sensi dell'art.700 c.p.c. la società [REDACTED] ha chiesto che sia ordinato alla “ Banca CR di Firenze ” la sospensione degli effetti dell'esecuzione del contratto quadro avente ad oggetto operazioni di tassi di interesse e titoli, sottoscritto in data 17.4.2003 nonché dell'operazione conseguente alla sottoscrizione del modulo d'ordine del 19.6.2007 (ancora in corso), preannunciando l'intenzione di proporre, in sede di futuro giudizio di merito , azione diretta ad accertare la responsabilità contrattuale o da fatto illecito della Banca e dei funzionari che hanno condotto le trattative relative alla stipula e che hanno curato all'esecuzione dell'accordo e diretta ad ottenere, altresì, pronuncia di nullità e/o di annullamento e/o risoluzione

degli atti negoziali con richiesta di condanna dell'istituto di credito alla restituzione dell'importo investito e al risarcimento del danno subito.

Ha chiesto, altresì, ordinarsi la cancellazione del proprio nominativo dalla Centrale Rischi CRIF per la posizione debitoria derivante dall'esecuzione dell'ordine del 19.6.2007, attuativo del contratto – quadro del 17.4.2003.

Ha esposto a fondamento della richiesta :

- di aver stipulato, a mezzo del proprio legale rappresentante, in data 17.4.2003, contratto avente ad oggetto operazioni su tassi di interesse, su indici e titoli, sulla base di una prospettazione dell'affare, da parte dei funzionari della Banca, diretta a rappresentare il “ prodotto” quale privo di rischi per l'investitore;
- di avere, successivamente, su diretta induzione degli stessi funzionari e senza alcuna previa informazione, emesso ordini di attuazione del contratto – quadro a mezzo di una pluralità di operazioni di negoziazione e chiusura sulla base di decisioni “ unilaterali” ed “ arbitrarie” dell'istituto di credito;
- di avere, infine, in data 19.6.2007 sottoscritto ulteriore contratto IRS con scadenza al 21.6.2014 al valore nozionale di euro 3.000.000,00.

In relazione alla sussistenza del “*fumus boni iuris*” ha dedotto che l'istituto di credito attraverso la stipulazione degli ordini attuativi ha posto in essere operazioni dirette a coprire perdite di prodotti derivati con altri derivati, trasformando così un contratto stipulato per finalità di tipo assicurativo in contratto per finalità speculative, attraverso una gestione unilaterale e senza fornire al legale rappresentante adeguate informazioni sulla tipologia delle operazioni effettuate.

Ha censurato l'operato dell'istituto di credito contestando la validità delle dichiarazioni sottoscritte dal legale rappresentante della società ai sensi dell'art.31 del Regolamento CONSOB nr. 11522 del 1998 con le quali lo stesso ha dichiarato di essere un “ operatore qualificato” , dolendosi dell'asserita violazione da parte dei funzionari della Banca degli oneri di informazione sugli stessi gravanti in relazione ad operazioni di investimento ad alto rischio e più in generale degli obblighi di diligenza gravanti sugli intermediari che impongono di valutare la reale capacità dell'investitore di comprendere la natura ed i rischi di operazioni di investimento su titoli.

Ha lamentato , inoltre, la circostanza che l'istituto di credito avrebbe “ taciuto” alla società che eventuali situazioni debitorie collegate al contratto stipulato comportano

L'automatica segnalazione alla Centrale Rischi, informazione incidente direttamente sulla valutazione della convenienza dell'operazione.

Ha sostenuto l'ammissibilità del ricorso allo strumento cautelare "atipico" rilevando come la sospensione degli effetti non comporti affatto un'anticipazione integrale dell'eventuale tutela "costitutiva" da promuoversi in sede di giudizio di merito né è diretto a tutelare pretese di natura meramente risarcitoria evidenziando l'insieme dei riflessi negativi che l'attuazione del contratto può comportare per la società nelle more della decisione sul merito.

In punto di *periculum in mora* ha rilevato che gli addebiti in conto della società già pari ad oltre 156.000,00, sono destinati ad aumentare e tali da divenire di importo superiore alle disponibilità del conto; che il bilancio di esercizio della società è stato chiuso nel 2009 con una perdita rilevante; che la grave crisi economica del settore edilizio ha determinato il ricorso alla cassa integrazione guadagni e che per problemi connessi al dissesto finanziario di una propria controllata è stata costretta a versare nelle casse della stessa una somma pari ad euro 977.000,00 con depauperamento del proprio capitale e rischio evidente di mancanza di liquidità.

Si è costituito l'istituto di credito chiedendo il rigetto del ricorso e contestando la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Ha sottolineato, in fatto, che tutte le operazioni attuative del contratto – quadro erano state eseguite sulla base di ordini impartiti dal cliente ed accompagnati anche dal "rinnovo" della dichiarazione già contenuta nel contratto – quadro del 2003 di appartenenza alla categoria degli operatori qualificati; che la Banca ha anche provveduto, a seguito dell'entrata in vigore dal 1.11.2007 della c.d. direttiva MIFID ad inviare al cliente documentazione relativa alla nuova disciplina di settore, che il cliente nel corso del rapporto non ha mai mosso alcuna contestazione all'operato dell'istituto di credito usufruendo dei benefici connessi alle operazioni di investimento, tutte aventi finalità di copertura del rischio da variazione dei tassi di interesse e che le contestazioni sono state formulate solo nel momento in cui, a causa della crisi dei mercati finanziari, le variazioni dei tassi sono divenute non favorevoli per l'investitore.

Ha dedotto con specifico riguardo alla sussistenza del *fumus boni iuris* ha che :

- a) l'istituto di credito ha illustrato ampiamente alla società la natura e la tipologia dell'investimento come del resto emerge dalla documentazione allegata al contratto e regolarmente sottoscritta dal cliente;
- la società non ha formulato nell'arco di oltre 7 anni alcuna contestazione tanto più che sino ai primi mesi del 2008 le operazioni non hanno determinato differenziali negativi per la stessa;
 - la società ha stipulato analoghi contratti anche con altri istituti di credito, dimostrando dunque di non essere "incosperta" circa la conoscenza del funzionamento dei contratti c.d. "SWAP", dato che emerge anche dalla relazione sulla gestione del bilancio della Società al 31.12.2006;
- b) la società ha sottoscritto, in due distinte occasioni, dichiarazioni di "Operatore qualificato" ai sensi dell'art.31 del regolamento CONSOB 11522/98 sicchè la Banca a fronte delle stesse non aveva specifici oneri di effettuare altre verifiche circa il grado di competenza della stessa e, comunque, vi è stata nel corso del rapporto un'interlocuzione costante della Banca con personale e consulenti, anche esterni della società;
- c) il contratto non ha funzione speculativa ma è stato stipulato per garantire il cliente dalle fluttuazioni dei tassi di interesse e coprire i rischi finanziari connessi a finanziamenti e mutui in essere; le operazioni di rinegoziazione sono del tutto legittime in relazione agli effetti del c.d. contratto di "SWAP", strumento lecito riconosciuto dall'ordinamento, caratterizzato da una causa di scambio che può comportare, in presenza di caduta dei tassi, un effetto di indebitamento del cliente ma, contestualmente, anche una riduzione dei tassi di interessi relativi ai finanziamenti oggetto di copertura del derivato;
- d) quanto alla censura relativa alla segnalazione alla Centrale Rischi ha osservato che la stessa è imposta agli intermediari per legge, che, in ogni caso, in ottemperanza a quanto previsto dalla circolare nr. 139/1991 della Banca d'Italia il nominativo della società era già presente nella "Centrale Rischi" già al momento della stipulazione del contratto nel 2003 per effetto di affidamenti alla stessa concessi; che, comunque, la Banca non ha effettuato alcuna segnalazione "attuale" di una posizione a sofferenza.

Quanto al *periculum in mora* ha osservato che :

- 1) le perdite lamentate dalla società non sono state causate dai differenziali negativi derivanti dalle operazioni di investimento ma, bensì, dalla crisi del mercato edilizio e,

comunque, le stesse risultano ad oggi coperte mediante l'utilizzo della riserva attiva di rivalutazione ;

- 2) la società, come si legge nella Relazione sulla gestione del bilancio al 31.12.2009, ha programmato un imminente aumento di capitale mediante ricorso a prestito del Monte dei Paschi di Siena ottenendo, nello stesso periodo, l'approvazione da parte del Comune di Perugia di due importanti progetti aventi ad oggetto una lottizzazione di aree per la quale è stata fatta una stima di ricavi fra 12 e 13 milioni di euro;
- 3) diversamente da quanto sostenuto in ricorso gli effetti dell'ordine ancora in corso non sono tali da determinare una situazione particolarmente gravosa per la società posto che nella " Relazione sulla gestione del bilancio" al 31.12.2009 lo stesso legale rappresentante della società ha dichiarato espressamente che il contratto stipulato con la " Banca CR" di Firenze assume " scarsa rilevanza ai fini della situazione patrimoniale e finanziaria".

Ha osservato, infine, che non sussiste il requisito del danno grave ed irreparabile posto che anche a voler ritenere fondata la sussistenza del "*fumus boni iuris*" la natura meramente patrimoniale della pretesa azionata dalla Banca non è in alcun modo posta in pericolo essendo la Banca un soggetto solvibile ed ha anche dedotto l'inammissibilità del ricorso per la natura meramente patrimoniale dell'interesse asseritamente leso dalle operazioni connesse al contratto – quadro, mancando, nel caso specifico, alcuna prospettazione connessa con la lesione " indiretta" di diritti soggettivi non patrimoniali o correlati, nel caso di attività di impresa, ad una situazione di tale crisi finanziaria da far temere il suo fallimento o l'imminenza del pregiudizio, posto che in caso di innalzamento dei tassi di interessi la situazione debitoria attuale potrebbe mutare in favore del cliente.

All'esito della comparizione delle parti e dell'assegnazione di termini per memorie ed ulteriori documenti il Giudice ha riservato la decisione.

Prima di procedere alla valutazione della specifica vicenda sottoposta all'esame di questo organo giudicante appare opportuno richiamare, in sintesi, le caratteristiche generali dei contratti c.d. di " Swaps" che hanno assunto notevole rilievo nel contenzioso c.d. bancario e più in generale in quello correlato ad operazioni di investimento puramente finanziarie.

Gli "swaps" sono previsti nel T.U.F. (d.lvo nr. 58/1998) fra i c.d. prodotti derivati (art. 1 T.U.F.) e con specifico riguardo all'*Interest Rate Swap* (stante la natura dell'operazione intercorsa fra le parti del presente giudizio) si caratterizza come contratto con il quale le parti si scambiano, per un periodo di tempo predeterminato al momento della stipulazione, pagamenti calcolati sulla base di tassi di interessi differenti definitivi come tassi " parametro" ed applicati ad un capitale nozionale.

L'acquirente dello " SWAP" si obbliga a pagamenti a tasso fisso e il venditore a quelli a tasso variabile: il primo assume, di regola, un'aspettativa di rialzo e, dunque, assume una posizione " lunga", il secondo un'aspettativa di ribasso (con posizione c.d. " short" , corta).

Se i tassi di riferimento variano nel tempo determinano la creazione di un differenziale positivo o negativo per il cliente.

Di regola le imprese fanno ricorso a tale strumento di investimento per coprire il rischio di debiti contratti a tassi variabili o anche per premunirsi da oscillazioni finanziarie che riguardano le entrate o, infine, per finalità di natura speculative (pur essendo tale scopo in genere proprio di investitori professionali).

Si tratta, in generale, di strumenti di investimento complessi, che presentano una naturale " alea" di rischio proprio per il loro carattere meramente finanziario (comune peraltro a molti altri prodotti c.d. derivati) e che, proprio per tale ragione, sono stati sottoposti negli anni ad una disciplina che ha progressivamente introdotto ed esteso una serie di obblighi protettivi nei confronti degli investitori non professionali con oneri specifici a carico degli intermediari.

Nel caso di specie fra le parti è stato stipulato nel mese di giugno del 2003 un accordo – quadro per " operazioni su tassi di interesse, su indici e titoli" con il quale la ricorrente ha dichiarato di volersi " ... cautelare contro il rialzo o ribasso dei tassi di interesse e dei corsi dei titoli azionari ed obbligazionari mediante la stipula di operazioni che consentono di convertire i tassi da fissi in variabili o viceversa...in modo da ridurre le perdite afferenti le proprie passività ed aumentare i proventi afferenti le proprie attività...".

Nel contratto la ricorrente ha dichiarato di " ... possedere una specifica esperienza e competenza nel settore delle operazioni di INT..." ai sensi e per gli effetti di cui all'art.31 del regolamento CONSOB nr. 11522/98.

In attuazione dell'accordo – quadro sono stati stipulati una serie di accordi di SWAP via via estinti sino ad ultimo ordine avente ad oggetto un nuovo “ swap” a tutt'oggi in corso (stipulato nel mese di giugno del 2007).

Con l'odierno ricorso la società “ [REDACTED] ” ha formulato contestazioni relative alla violazione di obblighi informativi e di diligenza da parte dell'intermediario chiedendo la “ sospensione” degli effetti del contratto – quadro e dell'ordine di esecuzione ad oggi ancora in corso come già esposto nella parte dedicata alla ricostruzione “ in fatto” del giudizio.

Tanto premesso si rileva che il ricorso è infondato sotto il profilo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* per i motivi e le ragioni che seguono.

In via preliminare (trattandosi di requisito che il Giudice è tenuto a verificare d'ufficio ed essendo comunque, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, espressamente stato contestato dalla resistente nella parte finale della comparsa di costituzione e risposta) deve ritenersi che il ricorso all'art.700 c.p.c. sia astrattamente ammissibile anche in relazione a lesioni di diritto di credito ed a pretese di natura risarcitoria laddove possa configurarsi un danno che incide su interessi di natura non esclusivamente patrimoniale.

La valutazione in concreto poi della sussistenza o meno di un possibile danno grave ed irreparabile , in attesa della definizione del giudizio di merito, ad interessi di natura non esclusivamente patrimoniale, può assumere rilievo in relazione all'attualità e concretezza del *periculum in mora*, ritenuto, dunque, ammissibile il ricorso allo strumento cautelare atipico.

La società ricorrente ha precisato, ai fini della verifica operante anch'essa sul piano dei requisiti di ammissibilità del ricorso, di voler proporre quale futura azione di merito domanda diretta ad ottenere la declaratoria di nullità c/o annullamento e/o risoluzione del contratto – quadro e degli ordini di attuazione ancora in corso e, comunque, domanda di risarcimento del danno per responsabilità contrattuale o da fatto illecito, oltre alla restituzione degli importi versati per le operazioni di investimento.

Questo giudice ritiene ammissibile il ricorso all'art.700 c.p.c. anche in funzione della tutela di una pretesa di natura risarcitoria, nei limiti già evidenziati di possibile lesione diretta o indiretta di interessi non aventi esclusiva valenza patrimoniale e tale dato è sufficiente per ritenere sussistente il nesso strumentale fra il rimedio cautelare e il futuro giudizio di merito preannunciato.

Con riguardo all'invocata possibile azione di nullità del contratto osserva, invece, in adesione all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza nr. 26725 del 2007 che la violazione degli obblighi di informazione e di diligenza gravanti sugli intermediari, in materia di operazioni di intermediazione finanziaria (con richiamo nella diversa fattispecie che ha originato l'intervento nomofilattico della Corte di Cassazione anche alla medesima "ratio" sottesa all'art.21 del D.lvo nr.58 del 1998 applicabile alla vicenda sottoposta all'attenzione di questo Giudice) sia nella fase prenegoziale che in quella attuativa del rapporto può assumere rilievo non già quale causa di " nullità" del contratto ma, bensì, quale fonte di responsabilità precontrattuale ed eventualmente quale criterio di valutazione dell'esatto adempimento delle obbligazioni assunte con possibilità di ricorrere all'azione di risoluzione del contratto o nei casi in cui la violazione degli obblighi di informazione e di condotta riguardi la fase di stipulazione all'annullamento dello stesso per vizi del consenso.

Fatta tale precisazione occorre stabilire se alla luce delle deduzioni formulate dalla ricorrente, sussista il *fumus boni iuris* delle pretese risarcitorie che la stessa intende far valere nel giudizio di merito correlate con la responsabilità contrattuale (per inadempimento) ovvero precontrattuale e con le eventuali azioni di risoluzione del contratto (ammissibile in astratto) e/o d'annullamento per vizio del consenso.

E' opportuno chiarire che al contratto – quadro stipulato fra le parti ed ai relativi ordini di esecuzione si applica la disciplina specifica di cui al regolamento CONSOB nr. 11522/98 (oltre che le disposizioni dettate dal T.U.F. di cui al D.lvo nr.58/1998) , ancorchè lo stesso sia stato poi abrogato a seguito dell'emanazione del regolamento nr. 16190 del 2007 con effetto a decorrere dal 2.11.2007, poiché il c.d. contratto – quadro è stato stipulato nell'anno 2003 e l'ordine di attuazione ancora in corso è stato stipulato in data 19.6.2007, dunque in epoca anteriore all'entrata in vigore della c.d. Direttiva MIFID in relazione alla quale la Banca peraltro ha provveduto ad inviare specifica informativa come risulta dalla documentazione allegata alla comparsa di costituzione e risposta.

E' noto che sulla base dell'art.21 del T.U.F. e degli artt. 26 e ss. del regolamento CONSOB del 1998 gravano sull'intermediario, avuto riguardo ai contratti sui c.d. prodotti derivati, una serie di obblighi informativi e più in generale di diligenza qualificati diretti a consentire al cliente di avere piena consapevolezza della natura delle

operazioni di investimento, del rischio ad esse connesse, dell'evoluzione in *pejus* che l'attuazione del contratto – quadro può avere nel corso del rapporto.

Si tratta di obblighi che il legislatore ha previsto in parte in attuazione della normativa comunitaria e in parte a fronte dell'esigenza di tutela del risparmio in relazione ad operazioni di investimento puramente " finanziari" connotati da notevole complessità di funzionamento.

L'art. 31 del regolamento CONSOB prevede un'attenuazione degli obblighi informativi e di valutazione dell'adeguatezza delle operazioni proposte nei casi di operatori qualificati non solo " normativamente" ma anche in forza di dichiarazioni rilasciate dai legali rappresentanti di persone giuridiche.

La ricorrente ha lamentato di non essere stata adeguatamente informata dai funzionari dell'istituto di credito in relazione alla specifica tipologia di contratto che andava a concludere rilevando la propria inadeguatezza a valutare i rischi connessi all'operazione sottoscritta. L'errore in cui sarebbe stata indotta circa la causa concreta del contratto (sostanzialmente di tipo " speculativo" e non " assicurativo") determinato dalle omissioni dell'istituto e dalla propria incompetenza.

Ha dedotto che le dichiarazioni sottoscritte dal legale rappresentante di essere un operatore " qualificato" sarebbero di fatto prive di qualsivoglia valore sostanziale, essendo state rese sulla base di una prospettazione dell'affare improntata ad omissioni e reticenze dei funzionari bancari.

Alla luce della cognizione sommaria consentita dalla fase cautelare questo Giudice ritiene che non emergano elementi fattuali apprezzabili idonei a consentire di valutare, in termini di elevata probabilità, la violazione degli obblighi informativi e di buona fede da parte dell'istituto di credito nella fase di stipulazione del contratto e di attuazione né che risulti documentata un'attività di induzione alle operazioni ordinate dal cliente, senza contestazioni di sorta.

Dalla documentazione depositata infatti si desume che la società ricorrente per mezzo del legale rappresentante ha in ben due occasioni sottoscritto dichiarazione con la quale, non solo ha affermato di essere consapevole della natura delle operazioni sottoscritte, ma ha anche dichiarato di essere dotata di una struttura interna in grado di valutare la convenienza e la tipologia delle operazioni di investimento (cfr. contratto – quadro del 17.4.2003 punto d) all.1) fascicolo di parte resistente nonché dichiarazione datata 7.3.2006 a firma del legale rappresentante della società con la quale lo stesso afferma " ... la società è dotata di adeguata struttura organizzativa e .. il personale addetto alla

gestione degli strumenti finanziari derivati è in possesso di adeguata qualificazione professionale, competenza ed esperienza per la valutazione di ogni e qualsiasi rischio connesso all'operatività nei suindicati strumenti finanziari...". " ... la società è dotata di funzioni contabili e finanziarie in grado di valutare opportunamente ed in qualsiasi momento la posizione degli strumenti finanziari derivati anche sulla base della valorizzazione fornita dalla Banca e di determinare i relativi risultati economici tenendo presente i principi, i criteri ed i parametri contabili stabiliti dalla normativa vigente e generalmente accettati... In considerazione di tutto quanto esposto, il sottoscritto, nella sua qualità..., dichiara che la Scrivente società è in possesso di specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati per tutti gli effetti della normativa CONSOB ... Sono inoltre pienamente consapevole del minor livello di tutela che l'accettazione dello status di operatore qualificato comporta...") .

Le dimensioni della società, la circostanza che la stessa abbia operato negli anni con svariate operazioni di investimento su prodotti derivati anche con altri istituti di credito (senza che assuma rilievo la circostanza che in relazione a tali operazioni siano poi state avviate contestazioni concluse con atti di transazione) e l'ulteriore circostanza che nel corso di circa 7 anni abbia effettuato ordini regolarmente sottoscritti in attuazione del contratto – quadro senza formulare alcuna contestazione circa la propria asserita inconsapevolezza dei rischi connessi alla stipula di contratto “ SWAP”, sono tutti elementi che in concreto inducono a ritenere allo stato che le dichiarazioni sottoscritte ai sensi dell'art.31 del regolamento CONSOB più volte citato siano state validamente e consapevolmente prestate, posto che come osservato in una pronuncia del Tribunale di Roma del 2008 “E' del tutto ragionevole che il sottoscrittore del contratto, amministratore di una società di capitali sia necessariamente dotato di diligenza professionale nello svolgimento del proprio mandato gestorio ...” e sia quindi in grado (essendo le dimensioni della società tali da rendere plausibile l'ausilio di consulenti interni o esterni, apparendo inverosimile che una società per azioni leader nel settore delle costruzioni edili e con gli impegni assunti con plurimi istituti bancari non sia in grado di acquisire specifica conoscenza del meccanismo di funzionamento di contratti “ SWAP” ormai da decenni diffusi nel mercato finanziario) di esprimere un consenso “ effettivo” e consapevole ad operazioni concordate a mezzo di contratti scritti, rispettosi dei requisiti di forma prescritti dalla legge.

In fatto la società non ha fornito elementi indiziari rilevanti per dimostrare la propria assenza di "esperienza" o l'induzione dolosa o colposa alla stipulazione del contratto per violazione degli obblighi di diligenza gravanti sull'intermediario sicché deve ritenersi esclusa – impregiudicata ovviamente ogni diversa valutazione in eventuale sede di giudizio di merito a cognizione piena – la sussistenza del *fumus boni iuris* correlato sia alla pretesa risarcitoria per responsabilità extracontrattuale sia per responsabilità contrattuale da inadempimento contrattuale.

Va del pari escluso, allo stato, la sussistenza di elementi sintomatici di una condotta di grave inadempimento dell'istituto di credito agli obblighi contrattuali assunti idonea a ritenere fondata una pronuncia di risoluzione del contratto posto che gli ordini di attuazione del contratto – quadro risultano tutti firmati dal legale rappresentante della società, che le doglianze della stessa circa una non comprensione del meccanismo di funzionamento del contratto – quadro sottoscritto sono state formulate solo in relazione alle perdite correlate ad una fluttuazione dei tassi di interesse determinata dalla crisi economica che ha colpito tutti i mercati mondiali ^{che} e non vi è prova in atti che siano, invece, conseguenza di violazione di obblighi contrattuali specifici assunti dalla Banca.

Il carattere aleatorio del contratto di "SWAP" è noto e tale sua natura strutturale non può essere invocata quale motivo di censura sopravvenuta laddove si risolve in uno svantaggio per il cliente esperto, che si è definito tale e che tale appare sulla base di una valutazione ragionata delle dimensioni dell'impresa, dell'esistenza di una pluralità di rapporti con primari e plurimi istituti di credito, e di due autodichiarazioni rilasciate in tempi diversi sulla base della progressiva conoscenza dell'attuazione progressiva dell'accordo (cfr. in generale Cass. Sez.I Civile nr. 121138/2009) e della diligenza media esigibile in chi riveste cariche di vertice in società per azioni.

La società ricorrente ha prodotto a sostegno della propria tesi alcune ordinanze di giudici di merito che hanno accolto i ricorsi proposti ai sensi dell'art.700 c.p.c.

Questo Giudice condivide in astratto la possibilità di inibire in via d'urgenza gli effetti di ordini attuativi di contratti – quadro in materia di SWAP ed è consapevole della necessità di assicurare, anche per via giudiziaria, adeguata tutela a fronte di strumenti di investimento ad alto rischio e, tuttavia, tale possibilità e necessità deve essere valutata con riguardo alla vicenda concreta che è chiamato a valutare ed alla qualità specifica dell'investitore, non potendosi non attribuire rilevanza, nella valutazione della condotta dell'intermediario e del rispetto degli obblighi c.d. di protezione, alle dimensioni dell'impresa – cliente, alle caratteristiche organizzative (S.p.a. con società controllate)

della stessa, all'esistenza di pluralità di operazioni con istituti di credito diversi, alla certa possibilità di rivolgersi a consulenti esterni (stante gli oneri connessi agli adempimenti di bilancio, al reperimento delle fonti di finanziamento, alle operazioni di gestione delle esposizioni con le banche).

Nel caso di specie non sono stati allegati specifici elementi fattuali dai quali desumere la natura meramente " fittizia " o inconsapevole delle dichiarazioni rese dal legale rappresentante della società ai sensi dell'art.31 del regolamento CONSOB del 1998 né per ritenere che lo stesso sia stato indotto " per errore" o " per dolo" non solo a sottoscrivere il contratto – quadro del 2003 ma anche i plurimi e successivi ordini in forza di " arbitrarie" ed " unilaterali" determinazioni dei funzionari della Banca, tanto più che non è stata versata in atti alcuna richiesta formale di chiarimenti alla Banca circa le operazioni di " rinegoziazione" degli SWAP e degli ordini attuativi sottoscritti regolarmente dal legale rappresentante della società.

La società ricorrente ha osservato che gli ordini di attuazione del contratto – quadro e quello a tutt'oggi in corso sarebbero diretti a realizzare una funzione puramente speculativa, difforme dallo scopo indicato nel contratto – quadro.

Tale valutazione allo stato appare meramente asserita e non dimostrata, richiedendo, a parere di questo Giudice, una valutazione tecnica da effettuarsi necessariamente a mezzo di esperti ed ausiliari che consenta di valutare, in concreto, se gli effetti non vantaggiosi per la società siano da correlarsi a modalità attuative del rapporto contrattuale difformi dalla causa " astratta" del contratto stipulato ovvero ad un contratto privo di causa concreta sin dall'origine o, non piuttosto, per circostanze esterne correlate all'andamento del mercato e connaturate al " tipo" di contratto prescelto, diffuso nella prassi commerciale e ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento, con una diversa graduazione degli obblighi di protezione correlati alla tipologia di investitore.

In sostanza questo Giudice non ritiene che allo stato sia possibile valutare la sussistenza probabile del *fumus boni iuris* delle pretese di merito che sono state preannunciate dalla ricorrente, difettando l'allegazione di elementi specifici dai quali desumere, nell'ordine :

- a) il carattere meramente " fittizio " delle due dichiarazioni rese dal legale rappresentante ai sensi dell'art.31 del regolamento CONSOB del 1998, in tempi diversi e, dunque, dopo che il cliente era in grado di valutare l'adeguatezza dei vari ordini di attuazione che oggi definisce quale frutto di unilaterali iniziative dell'intermediario;

- b) l'induzione alla sottoscrizione del contratto a causa del doloso o colposo comportamento dei funzionari della Banca o la mancanza di corrette e complete informazioni (circostanza peraltro smentita dalla documentazione allegata);
- c) la natura puramente speculativa degli ordini attuativi del contratto – quadro e il carattere arbitrario ed unilaterale degli stessi (tutti firmati dal legale rappresentante della società e, dunque, formalmente espressione di attività concordata dalle parti);
- d) la mancanza di causa in concreto del contratto;
- e) la presenza di condotte di inadempimento contrattuale idonee a determinare la risoluzione del contratto;
- f) la sussistenza di cause di nullità del contratto;
- g) la mancanza di consenso “ consapevole” da parte dell'investitore.

Quanto al *fumus boni iuris* correlato alla “ illegittima” segnalazione dell'esposizione debitoria della società alla Centrale Rischi si osserva che allo stato manca qualsivoglia elemento per ritenerne la fondatezza.

Tale segnalazione, infatti, costituisce adempimento dovuto per l'intermediario e non oggetto di una propria valutazione discrezionale.

La circostanza che la Banca non abbia informato la società all'atto della stipulazione del contratto – quadro che in caso di esposizione debitoria sarebbe automaticamente scattata la segnalazione potrebbe, in via di mera ipotesi, assumere rilievo a fini meramente risarcitori sotto il profilo della violazione degli obblighi di informazione “ precontrattuali” ma non potrebbe, in alcun costituire, motivo per inibire in via giudiziale una segnalazione obbligatoria e legittima effettuata in conformità alle disposizioni normative in vigore.

La società ricorrente peraltro non ha contestato la legittimità in sé della segnalazione ma ha lamentato di non essere stata informata dell'esistenza di tale obbligo in capo all'intermediario sicché non è neanche indicato quale sarebbe il nesso di necessaria strumentalità con una pretesa meramente risarcitoria che, comunque, non potrebbe condurre ad una pronuncia diretta ad accertare il carattere illegittimo della segnalazione, in sé doverosa e funzionale ad esigenze di natura latamente pubblicistica ^{leale che} ~~invece~~ questo Giudice dubita anche della stessa ammissibilità della domanda formulata in quanto diretta ad ottenere un effetto (cancellazione del nominativo della Centrale Rischi) che richiede, necessariamente, una previa valutazione dell'illegittimità della condotta della Banca, da escludersi per le ragioni già esposte.

Le valutazioni formulate in punto di insussistenza del *fumus boni iuris* rendono superflua qualsivoglia valutazione connessa al requisito del *periculum in mora*.

La complessità della vicenda, la novità delle questioni trattate e l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali di merito non univoci giustificato l'integrale compensazione delle spese fra le parti.

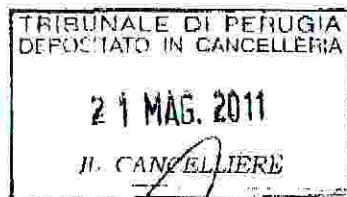
P.Q.M.

Rigetta il ricorso e dichiara compensate le spese di giudizio per le ragioni indicate in motivazione.

Perugia, 3.5.2011

Il Giudice

(d.ssa Loredana Giglio)



[Handwritten signature]

Adm 23 MAG 2011

folle e comunicazione

a 1/1 telefono (h. 9,04)

Av. Felizzi

←