

N. R.G. 3856/2014



TRIBUNALE ORDINARIO di PRATO

Unica CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. r.g. **3856/2014** promossa da:

██████████ **S.R.L.**

RICORRENTE

contro

BANCA ██████████ **S.C.P.A.**

RESISTENTE

Il Giudice dott. Raffaella Brogi,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza, ha
pronunciato la seguente

ORDINANZA

Premesso che, con ricorso ex art. 702-bis c.p.c., ██████████ s.r.l. ha convenuto in giudizio la Banca ██████████ s.c.p.a. (d'ora in poi ██████████) per sentir accertare e dichiarare la nullità del contratto di *swap* intercorso tra le parti il 2 novembre 2006, ex art. 23 t.u.f., ovvero per mancanza di causa e condannare la banca alla restituzione dei differenziali negativi addebitati, pari ad € 129.071,63, oltre interessi e rivalutazione, nonché l'importo di € 58.231,00 a titolo di commissione occulta; in via subordinata, accertare e dichiarare il grave inadempimento contrattuale della banca e condannare quest'ultima al risarcimento del danno pari agli importi sopra indicati; accertare e dichiarare comunque la non debenza di alcuna penale, stante l'invocata nullità/annullabilità del contratto oggetto di causa.



La parte ricorrente ha esposto di essere stata costituita in data 8 luglio 2011, con il conferimento d'azienda da parte di ██████████ s.r.l., subentrando così nei rapporti attivi e passivi già intestati a quest'ultima.

In data 7 aprile 2005 ██████████ s.r.l. aveva stipulato un mutuo fondiario con ██████████, per l'importo di € 1.050.000,00, da rimborsare in venti anni, con il pagamento semestrale delle rate ad un tasso pari al 3,63%, aggiornato all'Euribor a sei mesi, maggiorato di 1,40 punti percentuali.

A distanza di un anno fu proposta da un funzionario della ██████████ la stipulazione di un contratto di *interest rate swap* (d'ora in poi IRS), al fine di consentire alla ricorrente di cautelarsi, per il periodo 2006-2016, dal rischio connesso all'aumento dei tassi di interesse che si era impegnata a pagare. Fu quindi stipulato un contratto IRS, su un capitale nozionale di € 1.430.763 per il periodo 2006-2016, con un tasso fisso pari al 4,08% a carico di ██████████ e un tasso variabile pari all'Euribor a sei mesi a carico di ██████████.

L'andamento di tale contratto è stato sempre negativo per la cliente, che si è vista addebitare al 31/12/2013 l'importo di € 116.213,17, oltre € 58.231,00 di commissione implicita.

In diritto la parte ricorrente ha contestato:

- la nullità del contratto per mancanza del contratto quadro validamente stipulato in forma scritta, in violazione dell'art. 23 t.u.f. Nella specie il contratto quadro reca la sola sottoscrizione di ██████████ s.r.l., mentre manca la sottoscrizione della banca, con la conseguenza che non può essere integrato il requisito della forma scritta *ad substantiam* richiesto dall'art. 23 t.u.f. Ne consegue la nullità degli ordini d'acquisto [così si legge a pag. 7 del ricorso, ancorché è chiaro che la parte ricorrente si riferisca al contratto IRS], così come da giurisprudenza di legittimità (Cass., 7283/2013);
- nullità del contratto IRS per mancanza di causa: al momento della stipulazione del contratto le parti devono essere in condizioni di parità finanziaria. In presenza di una situazione in cui l'attualizzazione delle prestazioni reciprocamente dovute rivelasse *ab origine* la mancanza di alcuna compensazione, tale da ridurre a parità le condizioni facenti capo alle parti contrattuali, emergerebbe un costo implicito (nella specie a favore della banca resistente), tale da integrare un profitto non giustificabile. Nella specie è presente



una commissione occulta di importo pari ad € 58.231,00, non bilanciata adeguatamente da un *up front* di pari importo a carico della banca. Inoltre, il contratto, per come congegnato, non poteva assolvere ad una funzione di copertura. Il contratto avrebbe dovuto altresì riportare in allegato una dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998, nella specie artatamente predisposta dalla banca e comunque inefficace, dal momento che accanto alla dichiarazione formale deve accompagnarsi un requisito di natura sostanziale (da individuare nella specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari) di cui [REDACTED] era, invece, priva. D'altra parte, la stessa banca resistente era ben a conoscenza, in virtù dei rapporti bancari già intercorsi *inter partes*, di trovarsi davanti ad una cliente sostanzialmente priva di qualsiasi esperienza in materia di strumenti finanziari;

- violazione degli obblighi di informazione attiva e passiva da parte della banca resistente, in violazione a quanto previsto dagli artt. 21 t.u.f. e 28 Reg. Consob n. 11522/1998; -
- violazione dell'art. 29 Reg. Consob *cit.* in relazione al mancato avviso scritto circa l'inadeguatezza dell'investimento rispetto al profilo del cliente.

Si è costituita la parte resistente, la quale ha sollevato le seguenti eccezioni avverso la domande di parte ricorrente:

- inammissibilità dello strumento processuale ex art. 702-*bis* c.p.c.;
- la ricorrente non può proporre l'azione di nullità del contratto, che la stessa non solo ha acquistato in conseguenza del conferimento d'azienda, ma ha, addirittura ratificato quando, in data 10/11/2011, ha sottoscritto il contratto quadro derivati *over the counter* collegati ai tassi di interessi, nonché il documento di verifica dell'adeguatezza del derivati oggetto di causa, dichiarando che lo stesso è adeguato al profilo di rischio (doc. 5); -
- l'adempimento degli obblighi informativi da parte della banca è documentata dal fatto che la stessa ricorrente ha sottoscritto di riconoscere i rischi connessi agli investimenti in strumenti finanziari derivati, nonché di essere a conoscenza dei rischi connessi agli strumenti finanziari oggetto di contratto, avendo altresì ricevuto apposita informazione da parte della banca. Inoltre, lo stesso legale rappresentante di [REDACTED] ha dichiarato (doc. 4) di essere interessato alla copertura dei rischi e alla crescita significativa nel tempo, sopportando anche forti oscillazioni di valore e conseguenti perdite in conto



di capitale in relazione a fattori di mercato, al rischio dell'emittente e alla scarsa liquidità del prodotto;

- l'operazione è perfettamente adeguata al profilo del cliente ed è stata, inoltre, revisionata, con conferma del giudizio positivo (doc. 5), ad opera della banca, a seguito del conferimento dell'azienda;
- anche a voler dimostrare che il derivato non fosse effettivamente in grado di coprire da alcun rischio, si dovrebbe concludere nel senso della natura speculativa di tale contratto. I contratti derivati siano essi a copertura o speculativi sono, comunque, dotati di una loro specifica causa meritevole di tutela per l'ordinamento, come confermato anche dalla giurisprudenza (App. Milano, 18 settembre 2013);
- nella specie il nozionale del derivato (€ 1.430.763,00) era pari alla somma del residuo ammontare di un mutuo accesso in data 27/5/2002 (€ 473.895,00) ed un mutuo fondiario stipulato nel 2005 (di importo pari ad € 1.050.000,00). Il contratto prevede, inoltre, che il capitale di riferimento decresce come previsto dal relativo piano di ammortamento. In data 10/11/2011 il nozionale è infatti sceso ad € 858.568,00, in maniera corrispondente all'importo da rimborsare sui finanziamenti richiamati. Inoltre, è identica sia la periodicità dei pagamenti dei finanziamenti e del derivato (semestrali e non trimestrali) e del tasso di riferimento. Non vi è quindi alcun dubbio sulla funzione di copertura del derivato;
- infondatezza delle contestazioni relative alla mancata previsione di un *up front*, posto che, a seguire la prospettazione della parte ricorrente, ove la mancanza di tale previsione determinasse un'ipotesi di nullità si avrebbe un'inedita categoria di nullità per eccessiva onerosità (non sopravvenuta ma) originaria.

Ritenuto che la presente causa abbia per oggetto in primo luogo la declaratoria di nullità del contratto IRS e, in via subordinata, la domanda di risarcimento dei danni per la violazione degli obblighi informativi.

Nonostante la parte resistente non abbia articolato alcun onere probatorio circa le informazioni fornite in relazione ai rischi connessi alla singola e specifica operazione di derivati oggetto di causa del 2/11/2006 (data la palese genericità delle informazioni e



dichiarazioni contenute nel doc. 5 di parte resistente) ed ai rischi concretamente connessi a tale operazione, anche in relazione alla prevedibilità dell'andamento dei tassi variabili (v. p. 24 e 30 rel. c.t.u.), occorre rilevare come non possa che assumere carattere prioritario la domanda di nullità svolta in via principale dalla parte ricorrente, essendo necessario il confronto con una serie di pronunce da parte del giudice di legittimità avvenute proprio nella prima parte dell'anno 2016, con specifico riferimento all'ipotesi di nullità del c.d. contratto quadro (o contratto di intermediazione finanziaria) privo della forma scritta richiesta dall'art. 23 t.u.f., al punto che è da considerare in materia la formazione di un vero e proprio indirizzo (se non il suo consolidamento) all'interno della prima sezione civile della Suprema Corte di Cassazione.

In particolare, è stato precisato che: *“Questa Corte ha più volte ribadito che la mancata sottoscrizione di una scrittura privata è supplita dalla produzione in giudizio del documento stesso da parte del contraente non firmatario che se ne intende avvalere (Cass. 5 giugno 2014, n. 12711 ove si precisa che, per il perfezionamento dell'accordo è necessario non solo che la produzione in giudizio del contratto avvenga su iniziativa del contraente che non l'ha sottoscritto, ma anche che l'atto sia prodotto per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti; Cass. 17 ottobre 2006, n. 22223; Cass. 5 giugno 2003, n. 8983; Cass. 1 luglio 2002, n. 9543; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826; Cass. 19 febbraio 1999, n. 1414; Cass. 15 maggio 1998, n. 4905; Cass. 7 maggio 1997, n. 3970; Cass. 23 gennaio 1995, n. 738; Cass. 24 aprile 1994, n. 5868, ove si precisa che il principio non trova applicazione allorchè il giudizio sia instaurato non nei confronti del sottoscrittore, bensì dei suoi eredi; Cass. 28 novembre 1992, n. 12781; Cass. 7 agosto 1992, n. 9374; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440; Cass. 7 luglio 1988, n. 4471; Cass. 11 settembre 1986, n. 5552, che ammette il principio solo quando il contraente invochi in proprio favore il contratto ed intenda farne propri gli effetti, e non quando la produzione in giudizio del documento esprima essa stessa la volontà contraria ad alcuni suoi contenuti, come quando sia effettuata al fine di dimostrare con la mancata sottoscrizione del documento la non avvenuta conclusione del contratto contenutovi; Cass. 18 gennaio 1983, n. 469; Cass. 8 novembre 1982, n. 5869; Cass. 23 aprile 1981, n. 2415, ivi, 1981, 2415; Cass. 8 gennaio 1979, n. 78). In generale, il ragionamento posto a sostegno di tale indirizzo si riassume in ciò, che la produzione in giudizio da parte del contraente che non ha sottoscritto la scrittura realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto, perfezionamento che non può verificarsi se non ex nunc, e non ex tunc (ed infatti il contratto*



formale intanto si perfeziona ed acquista giuridica esistenza, in quanto le dichiarazioni di volontà che lo creano siano state per l'appunto formalizzate), tant'è che il congegno non opera se l'altra parte abbia medio tempore revocato la proposta, ovvero se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non è più in vita nel momento della produzione, perché la morte determina di regola l'estinzione automatica della proposta (v. art. 1329 c.c.) rendendola non più impegnativa per gli eredi (in senso diverso sembra rinvenirsi soltanto Cass. 29 aprile 1982, n. 2707, secondo cui la produzione in giudizio del documento sottoscritto da una sola parte non determina la costituzione del rapporto ex nunc, ma supplisce alla mancanza di sottoscrizione con effetti retroagenti al momento della stipulazione) ... Il che esime dal soffermarsi sull'ulteriore questione se la produzione da parte della banca possa determinare il perfezionamento del contratto, sia pure ex nunc, in presenza di una condotta quale quella posta in essere dalla M., la quale ha agito in giudizio per la dichiarazione di nullità dell'ordine di acquisto in mancanza di un valido "contratto quadro", avuto riguardo al rilievo che la domanda rivolta alla declaratoria di nullità è domanda di mero accertamento e, a differenza di quelle costitutive, quali quelle di annullamento o di risoluzione, non presuppone l'avvenuta conclusione del contratto. ... Per tali ragioni, dunque, il "contratto quadro" non può dirsi utilmente perfezionato (sì da sorreggere il successivo ordine di acquisto) per effetto della sua produzione in giudizio da parte della banca.” (Cass., 5919/2016).

Il giudice di legittimità ha altresì precisato che non può essere data alcuna rilevanza, quale forma surrogativa di un consenso non espressamente manifestato per iscritto ai fini della formazione del contratto ad eventuali condotte successive alla sua stipulazione. Difatti: *“In generale, nei contratti soggetti alla forma scritta ad substantiam, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo (Cass. 7 giugno 2011, n. 12297).*

E, fin da epoca remota, questa Corte ha affermato che il documento ha valore, per i fini del soddisfacimento del requisito formale, "in quanto sia estrinsecazione diretta della volontà contrattuale" (Cass. 7 giugno 1966, n. 1495). La forma scritta, quando è richiesta ad substantiam, è insomma elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicchè occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto (Cass. 1 marzo 1967, n. 453; Cass. 22 maggio 1974, n.



1532; Cass. 7 maggio 1976, n. 1594; Cass. 9 marzo 1981, n. 1307; 30 marzo 1981, n. 1808; 18 febbraio 1985, n. 1374; Cass. 15 novembre 1986, n. 6738; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8937; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass. 6 aprile 2009, n. 8234; Cass. 30 marzo 2012, n. 5158; da ultimo Cass. 12 novembre 2013, n. 25424, secondo cui non soddisfa l'esigenza di forma scritta ad substantiam l'attestazione di pagamento sottoscritta dall'accipiens e dal solvens)."

Sempre nel corso del corrente anno il giudice di legittimità ha precisato che: "Nel contratto di intermediazione finanziaria, la produzione in giudizio del modulo negoziale relativo al contratto quadro sottoscritto soltanto dall'investitore non soddisfa l'obbligo della forma scritta "ad substantiam" imposto, a pena di nullità, dall'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 e, trattandosi di una nullità di protezione, la stessa può essere eccepita dall'investitore anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto a mezzo dei quali è stato data esecuzione al contratto viziato." (Cass., Sez. 1, **Sentenza n. 8395** del 27/04/2016).

Ad avviso del Tribunale di Prato la produzione in giudizio del contratto può, al più, costituire modalità surrogatoria del requisito formale solo laddove la stessa sia finalizzata ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni che vi sono incluse (Cass., 12711/2014), ma non in presenza di un'azione di nullità conseguente proprio alla mancata sottoscrizione del contratto proposta in via principale.

D'altra parte la parte ricorrente ha invocato la nullità dell'ordine di acquisto della stipulazione di IRS (da considerare un contratto a tutti gli effetti, stante le contrapposte obbligazioni scaturenti in capo ad entrambe le parti) sulla base della mancanza di un contratto quadro validamente stipulato ai sensi dell'art. 23 t.u.f., per mancanza di sottoscrizione ad opera della banca. La parte ricorrente rileva, quindi, essere stato stipulato il contratto di IRS in carenza di un contratto di intermediazione finanziaria munito dei requisiti di forma richiesti dalla legge. È quindi evidente che la banca resistente non possa in alcun modo superare, in conseguenza della domanda principale di parte attrice, la mancanza del requisito formale.

Nella specie non vi è quindi, sostanzialmente, alcun discostamento in punto di risultato rispetto alle recenti pronunce del giudice di legittimità, il quale precisa che la produzione in giudizio del contratto quadro può avere efficacia di perfezionamento del contratto solo *ex nunc* e per l'effetto non può coprire un ordine di investimento o di acquisto di derivati come nella fattispecie che sia stato precedentemente sottoscritto.



Considerato che – come già rilevato più volte – l'azione di nullità è stata proposta in via principale da parte del cliente, deve trovare accoglimento la domanda principale volta alla dichiarazione di nullità del contratto di IRS (non potendosi dubitare che si tratti di una fattispecie chiaramente di portata contrattuale), considerata la mancanza di un contratto quadro validamente stipulato per iscritto ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 t.u.f. Restano, quindi, assorbiti gli ulteriori rilievi in punto di nullità invocati da parte ricorrente.

Per l'effetto la banca resistente deve essere condannata a pagare in favore della parte ricorrente € 191.074,45 per gli importi addebitati in esecuzione del contratto così come quantificati dal c.t.u., anche in relazione agli importi addebitati successivamente alla proposizione della domanda. A tal fine deve infatti farsi applicazione di quanto precisato dal giudice di legittimità, per il quale: *"Le variazioni puramente quantitative del "petitum", che non alterino i termini sostanziali della controversia e non introducano nuovi temi di indagine, non sono vietate, perché non comportano alcuna violazione del principio del contraddittorio, né menomazione del diritto di difesa dell'altra parte. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva escluso che l'espressione adottata in sede di precisazione delle conclusioni - "condannare i convenuti al pagamento della somma di £. 1.889.203.900 o di quella "veriore" ritenuta di giustizia" - contenesse una mera riduzione del "quantum" originariamente richiesto, trattandosi viceversa di domanda subordinata fondata su una "causa petendi" diversa da quella dedotta in atto di citazione)." (Cass., Sez. 3, **Sentenza n. 9522 del 20/04/2007** (Rv. 596384).*

In base al principio di soccombenza devono essere poi poste a definitivo carico di parte resistente sia le spese legali del presente giudizio, che le spese di c.t.u.

P.Q.M.

Accertata la mancanza di un contratto quadro validamente sottoscritto ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 58/1998 dichiara la nullità dell'ordine d'acquisto per operazioni derivati OTC del 2/11/2006 e, per l'effetto, condanna la parte resistente a pagare alla parte ricorrente € 191.074,45, oltre interessi legali da calcolare a decorrere da ciascuno degli addebiti eseguiti dalla resistente;



condanna la parte resistente a pagare in favore della parte ricorrente le spese del presente giudizio, liquidate complessivamente in € 9.500,00, oltre 15% spese generali, oltre i.v.a. e c.p.a.

spese di c.t.u. a definitivo carico della parte resistente.

Si comunichi.

Prato, 24 agosto 2016

Il Giudice dott.

Raffaella Brogi

