

www.expartecreditoris.it

IL TRIBUNALE DI PARMA

composto dai magistrati:

- Dott. R. MARI - Presidente -
- Dott. N. SINISI - Giudice rel. -

nel procedimento per reclamo R.G. (omissis)/2016 avverso l'ordinanza emessa in data 16 aprile 2016 promosso da

CLIENTE INVESTITORE

-reclamante-

Contro

BANCA

-resistente-

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

In pendenza del giudizio introdotto per sentire dichiarare la nullità — per difetto di forma ovvero di causa - di un contratto di INTEREST RATE SWAP LIABILITY con capitale nozionale di € 1.500.000,00 la attrice ha richiesto, al Giudice del merito, un provvedimento volto a "sospendere ex art.700 c.p.c. il pagamento da parte della Società in favore di Banca delle somme periodicamente dovute in esecuzione del contratto interest Rate Swap Liability ... o comunque ordinare a Banca di astenersi da prelevare somme dal c/c della .. attrice a tale titolo".

Quanto all'ulteriore indefettibile presupposto del *periculum*, ha evidenziato "*.. se è vero che l'odierna ricorrente: ha già versato € 192.000,00, è altrettanto vero che ne rimangono ancora molti, per arrivare al 30.4.2021, data di scadenza del contratto .. Il drenaggio di liquidità causato dal derivato rende molto difficile la prosecuzione dell'attività da parte ... di una piccola società...*".

Con ordinanza del 25.03/14.04.16 il Giudice ha rigettato la istanza cautelare attesa la insussistenza del *fumus* con conseguente assorbimento dell'esame relativo all'ulteriore presupposto del *periculum*.

Interposto reclamo, la Società deduce (in sintesi) relativamente al requisito non ravvisato, in primo luogo che - in tema di rispetto degli obblighi formali previsti *ad substantiam* dall'art. 23 TUF con riferimento al contratto quadro regolante il rapporto tra Intermediario e Cliente investitore, "*ogni Giudice .. è ora che...si uniformi alla funzione nomofilattica*" sottesa a recenti arresti della Corte di Cassazione (in particolare a quelli del marzo e aprile 2016).

La questione della validità, efficacia ed utilizzabilità per il rispetto del requisito di forma scritta ex art.23 Tuf. di un contratto-quadro del quale risulti allegato in atti un esemplare sottoscritto dal solo cliente è nota ed è stata, negli anni trascorsi, ampiamente trattata (anche) da questo Tribunale, pervenuto alla soluzione adottata nel provvedimento reclamato, soluzione che questo Collegio ritiene di dover confermare.

Ordinanza, Tribunale di Parma, Pres. Mari – Rel. Sinisi, 20 giugno 2016

In argomento, pur volendo prescindere dalla configurabilità di un “*abuso del diritto*” da parte del cliente nel selezionare il rilievo della nullità, rivolgendolo agli acquisti di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, gli elementi a sostegno della soluzione prospettata dalla difesa reclamante, pur mutuati da recenti arresti della S.C., non inducono ad aderire alla sollecitazione a cambiare orientamento.

In primo luogo l'espressione testuale dell'art.23 T.U.F., laddove prescrive che i contratti vanno redatti per iscritto e consegnati al cliente mostra di valorizzare la necessità dell'atto scritto come dettata da esigenze di trasparenza e conoscibilità da parte del cliente stesso e non, piuttosto, come volta ad assolvere alle funzioni codicistiche di certezza e pubblicità cui è riferita la prescritta forma *ad substantiam* di cui all'art. 1350 c.c.; in tal senso depone, altresì, l'aver rimesso al solo cliente la facoltà di far valere le nullità di forma o, comunque, sancite a suo vantaggio (c.d. nullità di protezione), in conformità ai principi della normativa comunitaria, laddove è nell'interesse del cliente che al medesimo sia reso noto il regolamento contrattuale mentre, all'opposto, alcuno svantaggio gli è arrecato dalla circostanza che la banca, la quale ho predisposto detto regolamento contrattuale, possa non averlo sottoscritto (mancanza che, in ogni caso, non consente all'Istituto alcun diritto di impugnazione).

Ciò chiarito, esaminata e valutata la motivazione della sentenza n.8395/2016 della S.C. (che riproduce quanto già argomentato in Cass. 5919/16) questo Collegio, attesa l'evidente difformità di giudizi portata dai precedenti arresti dello stesso Giudice di legittimità (Cass.Sez.VI, ord. n. 17740/15 e più ancora Sez. I n.4564/12) ritiene **tale orientamento senz'altro più convincente, posto che quello più recente non chiarisce alcuni profili ricostruttivi della materia**, ossia:

- per quale motivo il meccanismo di protezione (riconosciuto nel caso di specie) dovrebbe sovvertire la regola - già considerata utile in tutti i casi di forma scritta richiesta ad *substantiam* - della produzione in giudizio del documento da parte del contraente che non l'ha sottoscritto;
- in quale maniera si possa conciliare l'affermazione della necessità della forma scritta “*per manifestare per iscritto la volontà negoziale*” con la figura della nullità di protezione e dunque per quale ragione dovrebbe considerarsi precluso alla Banca il potere di eccezione (ad esempio al momento in cui il contratto derivato presentasse un premio da riscuotere per il cliente, atteso che la percezione dei premi da parte del cliente potrebbe avere un carattere indebito);
- come si configurino i poteri di firma del funzionario di Banca;
- come possa conciliarsi l'affermazione di una nullità di protezione con la possibilità (pure in astratto) che il cliente possa invocare la responsabilità contrattuale dell'istituto (ipotesi più conveniente dal punto di vista economico);
- come possa conciliarsi, dal punto di vista sistematico, la figura prescelta della nullità di protezione e la scelta di una tecnica di disciplina (quello della nullità dell'intero contratto quadro) diverso da quello ordinariamente riconducibile alla figura prescelta (l'integrazione del contratto mediante norma dispositiva).

Preferito, dunque, l'orientamento tradizionale va considerata 'equipollente' la produzione in giudizio del documento sottoscritto dalla controparte contrattuale.

La difesa della Società insiste, inoltre, nell'evidenziare nullità per difetto di causa del contratto di I.R.S. stipulato nell'aprile 2011.

Sotto tale profilo, in verità, viene riprodotto quanto argomentato già nel ricorso introduttivo, in generale, sulla natura dello swap, sui suoi elementi essenziali (con analoghi richiami giurisprudenziali), unica censura mossa al provvedimento reclamato consiste nella considerazione

Ordinanza, Tribunale di Parma, Pres. Mari – Rel. Sinisi, 20 giugno 2016

che il contratto "... produce ogni mese un debito pesantissimo a carico dell'investitore quando al momento della sua stipulazione, a dire della Cassa, avrebbe impedito ulteriori esborsi .. doveva essere una semplice garanzia e, invece, per sfortuna, comporta pesantissimi addebiti. Se non è questa una scommessa .. al di là dei nomi il contratto è uguale a quello dichiarato nullo dalla Corte d'Appello di Milano ..".

Orbene, il derivato in questione (partito il 2 maggio 2011 e scadenza 30 aprile 2021) di nozionali € 1.500.000 (pari all'importo del mutuo) prevedeva:

- tasso fisso a debito del cliente del 3,71% con flussi trimestrali;
- tasso variabile a favore del cliente pari all'euribor 6 mesi per tutta la durata del contratto, con pagamenti trimestrali; in tal modo l'investitore finiva con il beneficiare di un tasso fisso sul sottostante indebitamento avendo la cliente indicato 7 appunto nel 3,71%
- il limite accettato per il rischio di innalzamento del finanziamento, oltre il quale scatta(va) l'obbligo per la Banca; la Società avrebbe visto accreditare sui suo conto corrente la differenza tra i due tassi rapportata al capitale nozionale;
- nel caso in cui il tasso euribor a 6 mesi fosse risultato inferiore a 3,71% avrebbe visto, invece, contabilizzare sul suo conto corrente un addebito pari alla differenza tra i due tassi, rapportata al predetto capitale nozionale (peraltro, al contempo avrebbe però visto diminuire gli esborsi per le rate del sottostante indebitamento).

Spiegato il <MECCANISMO> del derivato per il quale è giudizio, anche a parere di questo Collegio "... la valutazione della causa dei contratto va ... effettuata con un giudizio prognostico, ossia al momento della stipulazione del contratto e non ex post, sulla base dell'andamento del mercato, con la conseguenza che la funzione di copertura non può essere esclusa se, dopo la stipulazione dei contratto, non si è realizzata la previsione che una parte si aspettava, in quanto detta evenienza rientra nell'alea del contratto .." (così Trib.Milano 22 dicembre 2015 n.14622).

Nella fattispecie vertendosi (come evidenziato già dal primo Giudice) di un semplice I.R.S. c.d. PLAN VANILLA (di pura copertura, non strutturato) la sua causa può, dunque, ravvisarsi nello scambio di flussi tra due controparti, di interessi facenti capo ad un capitale nominale al fine di pervenire ad uno scambio di rischio, come, in maniera condivisibile, argomentato dalla difesa reclamata, la sottoscrizione del derivato contestato ha avuto l'effetto di consentire una trasformazione del regime di tasso del sottostante indebitamento da "variabile" a "fisso", in un periodo nel quale l'esperienza storica e le aspettative dei mercati inducevano ragionevolmente a ritenere che il rischio di un rilevante rialzo dei tassi di mercato fosse concretamente possibile.

Certo accorta giurisprudenza (ad es. App. Torino, sez.1, 22 aprile 2016) ha rimarcato, affinché non vi sia uno squilibrio fra le prestazioni consistenti nei reciproci pagamenti, da porsi in relazione con il differenziale a favore o a sfavore della banca secondo il superamento o meno del limite prefissato negozialmente, l'indispensabile dato contabile di una <partenza> paritaria, senza valori negativi, già a monte dell'una o dell'altra parte.

".. In altri termini, se il contratto swap, presenta al momento della sua sottoscrizione un flusso negativo, viene a mancare la causa concreta del negozio il che non può che essere valutato ai sensi dell'art. 1418 c.c. Il contratto risulta affetto già inizialmente da uno squilibrio, quando è ravvisabile una commissione implicita o occulta o un compenso maggioritario per la banca ..".

Si tratta di criticità nel rapporto in concreto, in verità, neppure prospettate dalla difesa della società che, potranno eventualmente essere approfondite nell'ambito del giudizio di merito.

Al contrario, prive di rilevanza debbono reputarsi le contestazioni afferenti la dedotta nullità del contratto per mancata indicazione del MARK TO MARKET, del compenso dell'intermediario e degli scenari probabilistici.

Ordinanza, Tribunale di Parma, Pres. Mari – Rel. Sinisi, 20 giugno 2016

In primo luogo, il MARK TO MARKET rappresenta l'attualizzazione delle prestazioni pecuniarie ancora dovute in base al contratto e, in quanto tale, consente di misurare il valore del contratto derivato in ogni momento della sua vita, altresì permettendo di stimare il costo della sua anticipata chiusura; secondo l'abituale prassi del mercato, un contratto derivato può, infatti, essere chiuso prima della scadenza convenuta mediante la conclusione di un contratto di segno opposto, capace di estinguerne per compensazione gli effetti obbligatori, il cui costo è, pertanto, uguale e contrario al MARK TO MARKET del contratto da chiudere.

In difetta prospettiva, il MARK TO MARKET non costituisce né l'oggetto né la causa del contratto e, dunque, non rientra tra gli elementi essenziali del medesimo che le parti sono tenute a determinare in maniera esplicita o in relazione al quale sono tenute a prevedere precisi criteri di determinazione (ancor meno anche a parere del Collegio potrebbero costituire oggetto o causa del contratto gli scenari probabilistici in considerazione della loro totale astrattezza).

Si tratta di tesi già espone in giurisprudenza di merito (da ultimo, dal Tribunale di Milano, con la citata sentenza, ma si era già espresso anche il Tribunale di Genova (ord. 30.11.2015) secondo cui: *".. il differenziale dei contrapposti flussi finanziario, determinato attraverso il MARK TO MARKET non è l'oggetto del contratto ma l'espressione del suo valore in un determinato momento; il fatto poi che tale valore, proprio perché mutevole nel tempo, debba essere esplicitato nella nota integrativa in base alla previsione di cui all'art. 2427 bis c.c. non vale a costituirlo oggetto del contratto"*).

Quanto, infine, alla dedotta nullità del contratto per mancato accordo sul requisito essenziale della remunerazione dell'intermediario rileviamo che l'art. 1709 c.c. prevede, in realtà, che il compenso del mandatario possa venire determinato anche in base a tariffe professionali, agli usi o su impulso del giudice per cui non può certo ritenersi una nullità sotto tale profilo.

Ciò posto solo con riferimento alla disciplina delle spese del procedimento può condividersi l'assunto della reclamante e l'ordinanza va revocata limitatamente a tale profilo.

P. T. M.

respinge le censure mosse con riferimento alla nullità del contratto e conferma l'ordinanza reclamata;

accoglie, per quanto di ragione il reclamo in punto spese e, per l'effetto, in riforma della ordinanza dispone che la disciplina delle spese del procedimento, nelle sue due fasi, venga stabilita in sede di decisione sul merito.

Così deciso in Parma, il 20 giugno 2016.

EX

****Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy***