

N. R.G. [REDACTED]



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA SEZIONE CIVILE

Nel procedimento cautelare iscritto al n. r.g. [REDACTED] promosso da:

BANCA [REDACTED] SPA (C.F. [REDACTED]) con il patrocinio dell'avv. [REDACTED] elettivamente domiciliato in [REDACTED] MILANO

RECLAMANTE

contro

[REDACTED] elettivamente domiciliato in [REDACTED] MILANO [REDACTED] con il patrocinio dell'avv. Michele Basile di Roma

RECLAMATA

il Tribunale

riunito in Camera di Consiglio in persona dei seguenti magistrati:

dott. [REDACTED] Presidente rel.
dott. [REDACTED] Giudice
dott. [REDACTED] Giudice

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 4.6.2014;
ha emesso la seguente

ORDINANZA

Letti gli atti di causa ed esaminati i documenti prodotti;

premesso che, con ricorso 21.2.14 proposto ex art.700 c.p.c., [REDACTED] l. chiedeva venisse sospesa in via d'urgenza l'esecuzione del contratto swap stipulato il 17.7.09 con Banca [REDACTED] [REDACTED], contratto che, stipulato contestualmente a contratto di mutuo (per importo di € 1.330.000,00 a tasso variabile euribor 3 mesi +1, da restituire in 180 rate mensili), prevedeva che, su nozionale pari al piano di ammortamento, la banca pagasse interessi al tasso euribor 3 mesi e la società cliente pagasse interessi al tasso fisso del 3,46%, conteggiandosi un differenziale a favore dell'una o dell'altra a seconda dell'andamento del tasso euribor;

rilevato che, a sostegno del ricorso, la società rappresentava, in punto *fumus boni iuris*, profili di nullità/annullabilità del contratto e di inadempimento della banca agli obblighi di cui all'art.21 TUF, e in punto *periculum in mora*, ragioni d'urgenza ascrivibili all'imminente esposizione debitoria del conto, qualora si fossero protratti gli addebiti swap, e alla prevedibile intimazione di risoluzione contrattuale da parte della banca che già aveva revocato gli affidamenti, con impossibilità di essa società di far fronte all'esposizione debitoria dell'ingente finanziamento,



a fronte oltretutto dell'impossibilità di accedere ad ulteriore credito stante la verosimile iscrizione alla Centrale Rischi;

rilevato che, con memoria 3.3.14, la banca resistente chiedeva il rigetto del ricorso, confutando integralmente gli assunti della ricorrente e qualunque profilo di nullità/annullabilità del contratto o violazione contrattuale di essa banca, ulteriormente contestando la sussistenza del *periculum in mora*;

dato atto che, sentite le parti all'udienza del 3.3.14, con successiva ordinanza riservata del 7.4.14 il giudice concedeva il richiesto provvedimento d'urgenza, disponendo la sospensione del contratto swap in essere tra le parti e inibendo in particolare alla banca di addebitare sul conto della società importi passivi originati da detto contratto, ciò sulla base di ravvisati profili di violazione da parte della banca degli obblighi di cui all'art.21 Tuf a tutela del cliente, in punto *fumus boni iuris*, e sulla base di apprezzate ragioni di *periculum* a fronte della rilevante esposizione debitoria della società e di una sua struttura finanziaria sbilanciata a fronte di un patrimonio attivo rappresentato in preponderanza da immobilizzazioni materiali, e di passività sbilanciate su debiti a breve termine a fronte di crediti a breve nettamente inferiori;

rilevato che, con reclamo 22.4.14, la banca chiedeva la revoca del provvedimento d'urgenza emesso, contestando in primo luogo la sussistenza di ragioni di *periculum*, per avere il giudice valutato emergenze non più attuali bensì ricavabili dal bilancio societario al 31.12.2008, e in secondo luogo negando i ravvisati profili di inadempimento della banca, sia con riferimento al contenuto del contratto swap, di cui ribadiva una funzione di copertura adeguata alle esigenze del cliente, con pattuizione di tassi allineati alle condizioni rilevabili all'epoca sul mercato, sia con riferimento alle informazioni rese al cliente e ricavabili dalla documentazione tutta allo stesso consegnata;

rilevato che la società reclamata ribadiva le argomentazioni tutte a sostegno dell'accolta istanza d'urgenza, di cui chiedeva conferma, ulteriormente chiedendo –come già in ricorso ex art.700 c.p.c.- venisse inibito alla banca di procedere alle segnalazioni di essa società alla Centrale Rischi connesse al contratto di swap;

sentite le parti all'udienza collegiale del 4.6.2014, ed acquisita documentazione prodotta dalla banca in merito alla segnalazione della società presso Centrale Rischi;

ritenuto ricorrano i presupposti dell'invocata misura cautelare, con ciò confermandosi l'ordinanza di accoglimento qui reclamata;

ritenuto invero che, in punto *fumus boni iuris*, siano integralmente condivisibili i profili, riscontrati *prima facie* e pur rimessi all'approfondimento istruttorio di futuro giudizio di merito, di violazione da parte della banca di obblighi di condotta sanciti all'art.21 TUF, e ciò anche non estendendosi l'esame ad ulteriori profili di nullità contrattuale ex art.30 comma 7 TUF per mancata esplicita pattuizione di facoltà di recesso in contratto concluso fuori sede (dovendo valutarsi se la sopravvenuta riforma di detta norma, di cui a D.L. n.69/13, abbia incidenza sulle argomentazioni di cui a Cass. S.U. 13905/13);

ritenuto in particolare che, allo stato di una verifica condotta esclusivamente sulla base della emergenza della documentazione offerta al cliente (come qui prodotta in copia), non possa non venire in esame il contenuto della nota scritta consegnata al cliente il 17.7.09 e sottoscritta da quello stesso esponente che, a nome della banca, sottoscriveva il giorno stesso il contratto swap (doc.12 società), là dove, “con riferimento all'ordine ricevuto in data odierna di acquisto per sottoscrizione IRS di copertura”, informava che, “ai sensi del Contratto di consulenza da voi sottoscritto, e avendo riguardo alla vostra profilatura, l'ordine si riferisce a operazione non adeguata”, informazione che, da un lato non può certamente ascriversi a “modulistica generica priva di valenza sostanziale”, atteso il chiaro riferimento all'ordine del 17.7.09 (l'unico di quella data), e atteso che la banca si era effettivamente impegnata a rendere al cliente un servizio di Consulenza, con obbligo di segnalazione di eventuale operazione inadeguata (art.4 contratto 30.4.09 –doc.8), e che dall'altra sembra deporre per la consapevolezza da parte della banca di un'effettiva inadeguatezza dello swap proposto al cliente, presentato con valenza di copertura ma



verosimilmente non rispondente alle esigenze della cliente e ai rischi dalla stessa affrontabili, ove oltretutto si consideri che la società si era rivolta alla banca, non già con una richiesta di copertura dai rischi derivanti dalla variabilità degli interessi di finanziamento già in essere, ma unicamente con la richiesta di finanziamento più favorevole rispetto a quello in essere con (al tasso euribor 6 mesi + 2);

rilevato inoltre che, ove invece si fosse effettivamente trattato di modulistica consegnata “per errore” (come assume la banca), ciò darebbe la misura di una scarsa diligenza nel fornire al cliente una chiara e univoca informazione sui rischi che si accompagnavano al contratto swap, visto che, da una parte, nel documento informativo sull’IRS di copertura (doc.12), la si definiva “operazione inadeguata”, senza altro aggiungere, e dall’altra, nella sede contrattuale di accettazione dell’ordine del cliente (doc.13), si dichiarava che “l’operazione può comportare rischi di perdite elevate... non esattamente quantificabili a priori” e che “il cliente chiede comunque di concludere l’operazione, avendo debitamente valutato le avvertenze ricevute”, solo a quel punto definendo l’operazione “adeguata”, il che sembra piuttosto riportare alla modalità, consentita nella prestazione al cliente del servizio di consulenza, di eseguire ordine del cliente di operazione preventivamente valutata inadeguata, purchè nel solo contesto del servizio di mera negoziazione e ricezione ordini (quale riportato nell’epigrafe dell’ordine di) , possibilità tuttavia espressamente “preclusa al cliente” quando, in essere rapporto di consulenza, disponga “operazione in Derivati Over the Counter che la banca abbia valutato come inadeguata”, ciò “in considerazione della natura e della complessità degli strumenti finanziari derivati non negoziati sui mercati regolamentati” (il che significa che il cliente, ove destinatario per contratto di servizio di consulenza da parte della banca, non potesse accedere a un derivato OTC -quale lo swap in oggetto- che fosse valutato inadeguato dalla banca, neppure nella modalità dell’ordine autonomo, che la banca era tenuta a rifiutare – salvo recedere dal contratto di consulenza);

ritenuto che, quanto all’assunto della banca di indubbia adeguatezza dell’operazione swap in oggetto, per il solo fatto che si caratterizzava quale IRS di copertura dal rischio variabilità del tasso euribor a carico del cliente nel parallelo rapporto di mutuo (lo swap – inteso quale scambio - prevede che, su nozionale che replica il piano di ammortamento del mutuo, la banca paghi lo stesso tasso variabile del mutuo, e il cliente paghi un tasso fisso, così convertendo variabile con fisso), siffatta valutazione di adeguatezza non possa andare disgiunta dallo specifico tasso fisso pattuito a carico del cliente, perché la c.d. “copertura” non opera in assoluto (di fronte a qualsiasi aumento del tasso) ma interviene solo quando il tasso si alzi oltre quella data soglia stabilita, ossia nel momento in cui il variabile (pagato dal cliente nel mutuo e “restituito” dalla banca nello swap) dovesse superare il fisso (pagato dal cliente nello swap), il che all’evidenza comporta un’assunzione di rischio tanto più elevata quanto più improbabile sia che il tasso variabile raggiunga il livello del tasso fisso convenuto;

rilevato che nel caso di specie, pattuito un mutuo a tasso variabile euribor 3 mesi (che al 17.7.09 era pari al 1,50%) maggiorato di uno spread fisso del 1% (art.3 contratto), e convenuto un tasso swap a carico del cliente nella misura fissa del 3,46%, la prospettata copertura (anche ammettendo un perfetto allineamento tra capitale residuo nel piano di ammortamento e nozionale swap) si sarebbe realizzata solo nella previsione di un innalzamento dell’euribor al 4,46% (atteso che il cliente avrebbe ricevuto in restituzione interessi conteggiati all’euribor, ma avrebbe dovuto pagare lo spread fisso del mutuo del 1% e il tasso swap del 3,46% costante), e ritenuto non vi siano evidenze che consentano di affermare che, in sede di pattuizione, siffatte informazioni fossero state date al cliente, o che comunque gli scenari attesi (da comunicare doverosamente al cliente perchè comprendesse il rischio assunto) fossero nel senso di siffatto trend ascendente dei tassi (la valutazione di inadeguatezza dell’operazione –di cui si è detto sopra - farebbe al contrario ritenere vi fosse la consapevolezza contraria della banca, e, di fatto, il cliente si trovava a pagare un tasso fisso del 4,46% annuo, quando l’Eurirs quotava al 3,66%, come documentato dalla stessa banca);

ritenuto pertanto possa condividersi una valutazione di sussistenza del *fumus boni iuris* della pretesa invocata dalla società, se non altro (ove non si volesse accedere a profili di nullità del



contratto) sotto profili di inadempimento della banca, sia agli obblighi sanciti a suo carico dall'art.21 TUF, con riferimento ad omissioni informative sullo specifico rischio cui si esponeva la società a fronte dello scenario atteso di andamento tassi, sia agli obblighi contrattuali assunti nell'espletamento del servizio di consulenza;

ritenuto che, quanto al profilo del *periculum in mora*, da un lato le più recenti evidenze di bilancio della società (alla data del 31.12.13 -doc.4) depongono per un consistente stato passivo verso fornitori (per € 1.033.141,00), che si aggiunge ai debiti a medio-lungo termine verso banche (per € 1.959.044,00), e dall'altro non sia contestato che la stessa banca reclamante abbia intimato alla società il rientro dagli affidamenti già dal 2012, trasferendo sul conto affidato parte dell'attivo in accredito sullo stesso conto ove confluiscano i ricavi correnti e gli addebiti swap, con ciò mostrando di ridurre la propria fiducia nelle capacità economiche e finanziarie della società;

ritenuto pertanto che, in una situazione di indubbia difficoltà societaria, quale si evince anche dalla recente richiesta di sospensione per 1 anno della restituzione della quota capitale delle rate del finanziamento in essere (docc. 17,18), la ripresa degli addebiti swap (nell'ordine di € 30/35.000,00 annui nel perdurare degli attuali bassi livelli di tasso bancario) su conto già in progressiva repentina discesa nonostante la moratoria del mutuo (si veda doc.2 reclamata), determinerebbe un saldo negativo in progressiva crescita, con serio pericolo di illiquidità (a fronte dei cessati affidamenti);

ritenuto che, sulla base delle suesposte considerazioni, possa quindi anche ulteriormente accogliersi la richiesta, già svolta in ricorso ex art.700 c.p.c. e ribadita in questa sede dalla reclamata, di sospensione delle segnalazioni in Centrale Rischi, rinvenendosi il *fumus* delle ragioni di contestazione del "*credito vantato dall'intermediario*" (in tema di "*contratti derivati negoziati sui mercati over the counter*", sono oggetto di obbligatoria segnalazione "*il fair value positivo dell'operazione ovvero il credito vantato dall'intermediario*" – come da Istruzioni Banca d'Italia - Aggiornamento 29.4.2011), e valutandosi il pregiudizio di una segnalazione che, ancorchè nell'attuale assenza di sconfinamenti (risultando pagati i differenziali già posti a debito della società), evidenzia il valore negativo dello swap, progressivamente incrementatosi dall'epoca della sua stipulazione;

ritenuto che al rigetto del reclamo consegua la condanna della ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio in favore della parte resistente, liquidate come in dispositivo;

P.Q.M.

rigetta il reclamo proposto da Banca [redacted] s.p.a., e per l'effetto conferma l'ordinanza 7.4.14 del Tribunale di Milano di accoglimento dell'istanza cautelare proposta da [redacted], ulteriormente inibendo a Banca [redacted] s.p.a. di procedere ad ulteriori segnalazioni della società [redacted] alla Centrale Rischi Banca d'Italia, in relazione al contratto di swap sospeso in via d'urgenza;

condanna la reclamante a rifondere alla reclamata le spese della presente fase processuale, liquidate in € 3.700,00 per compensi professionali, oltre 15% rimborso spese generali, CPA e IVA di legge.

Milano, 6 giugno 2014.

Il Presidente rel. est.
dott. [redacted]

