n.18960-1\2013 R.G.

TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI MILANO
VI sezione civile

Il Giudice, a scioglimento della riserva assunta in udienza, letti gli atti e i documenti, osserva quanto segue sul ricorso proposto ex art. 700 cpc in corso di causa dall'attrice srl [redacted] nei confronti della convenuta [redacted] ricorso notificato anche dr. [redacted] convenuto nel giudizio di merito.

Nel ricorso l'attrice ha richiamato e sintetizzato i motivi posti a fondamento delle varie domande proposte in citazione al fine di ottenere la dichiarazione di nullità del contratto quadro e dell'operazione in derivati di Interest Rate Swap esecutiva di tale contratto, per difetti di forma e per mancanza di causa astratta e concreta, l'annullamento dell'operazione in derivati o, in via alternativa, l'accertamento dell'inadempimento e della responsabilità contrattuale della banca, con conseguente risoluzione del contratto IRS e condanna della banca alla restituzione di tutte le somme indebitamente percepite ed al risarcimento di tutti danni. L'attrice ha quantificato i danni nelle somme di €4.040.254,01 per differenziali negativi pagati alla data del 31.12.2012, oltre agli addebiti successivi per differenziali negativi con azzeramento del Mark to Market stimabile al 31 12 2012 in - € 5.498.640,14.

P.17

Nel ricorso in via d'urgenza l'attrice ha chiesto al Tribunale di ordinare alla banca di sospendere l'esecuzione del contratto in strumenti finanziari derivati stipulati in data 3 maggio 2007, di astenersi dal procedere ad ulteriori operazioni di addebito di somme dovute a titolo di differenziali relativi al contratto, di astenersi da qualsivoglia segnalazione alla Centrale Rischi presso la Banca d'Italia inerente le relative esposizioni debitorie.

La domanda cautelare si basa sul presupposto dell'illegittimità o inefficacia dell'operazione finanziaria IRS conclusa nel maggio del 2007 a seguito di scambio di proposta in data 4 maggio 2007, sottoscritta per accettazione dal legale rappresentante di srl [redacted], confermata da [redacted] con lettera in data 8 maggio 2007, ulteriormente confermata dalla banca con lettera del 23 maggio 2007, modificativa "in peius" dell'esito economico del contratto.

La banca ha replicato che il legale rappresentante di srl [redacted] p.p. Italia aveva autonomamente e consapevolmente formalizzato l'operazione finanziaria in questione, sottoscrivendo in data 3 maggio 2007 il contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati, cioè il "Master Agreement" conforme ai canoni della International Swap Dealers Association (ISDA); che l'acquisto dello strumento finanziario Interest Rate Swap Step Up era stato consapevolmente formalizzato da [redacted] con il modulo di conferma sottoscritto in data 4 maggio 2007, con sottostante capitale nozionale di € 38.500.000,00 con decorrenza iniziale dal 29 giugno 2007, successivamente all'erogazione del sottostante

finanziamento da parte della [redacted] in favore della società del gruppo [redacted], totalmente detenuta in proprietà dell'attrice, con scadenza finale al 30 giugno 2017, al fine della copertura del rischio di rialzo dei tassi del relativo indebitamento, con lo scambio di un tasso parametrato sul tasso Euribor 6 mesi, allora in tendenziale progressivo aumento; che la banca aveva regolarmente reso esplicite le caratteristiche essenziali dell'operazione di copertura, comprensiva dell'analisi di mercato e di ogni singola scadenza periodica, unitamente al preventivo rilascio da parte della cliente della "dichiarazione di operatore qualificato" sottoscritto in data 3 maggio 2007 in conformità al regolamento Consob N. 11.522/98 e successive modifiche ed integrazioni in regime ante-Mifid, sino alle formali comunicazioni di conferma di conclusione dell'operazione di copertura costruita sulla base del piano di ammortamento fornito dalla stessa cliente. n.r.

La banca ha affermato che nel maggio del 2007 non era prevedibile il successivo andamento decrescente a distanza di anni dell'indice Euribor 6 mesi, alla cui copertura del rischio di rialzo lo strumento era consapevolmente finalizzato e che, pertanto, non erano imputabili a vizi del contratto i differenziali negativi a carico del cliente, dopo quelli inizialmente positivi. La banca ha ribadito che il legale rappresentante di [redacted] aveva reso la dichiarazione di operatore qualificato e che in effetti la società aveva già stipulato analoga operazione in materia di strumenti finanziari, come attestato dal bilancio al 31. 12. 2007, in particolare con riferimento

ad un'operazione risalente al 5 ottobre 2005 per finanziamenti complessivamente erogati da [redacted] in favore di società controllate per la somma di oltre duecento milioni di euro, ivi compreso il finanziamento sottostante l'operazione in favore di [redacted] per € 38.500.000,00.

Ciò posto si osserva che l'attrice ha dedotto elementi oggettivi ai quali desumere, allo stato degli atti, un pericolo grave e irreparabile ex art. 700 cpc rispetto alle conseguenze pregiudizievoli che potrebbe comportare l'esecuzione del contratto di IRS, con scadenza naturale nel 2017, in attesa della pronuncia della sentenza di merito.

L'attrice ha prodotto, infatti, i bilanci 2011 e 2012, evidenziando come a fronte di un fatturato e di un flusso di cassa annuo di poco superiore a tre milioni e mezzo di Euro, i differenziali annui ammontino a circa € 1.500.000, di cui € 697.635,80 con la prossima scadenza del 28 giugno 2013 e così altrettanti alla fine del successivo semestre, pari a quasi il 40% dell'intero fatturato annuo. h. n.

La banca non ha replicato a questi dati di bilancio e di risultati del contratto IRS, essendosi limitata ad eccepire l'inammissibilità ed improcedibilità del procedimento cautelare per il fatto che il contratto risale al maggio del 2007.

Allo stato degli atti sussiste, quindi, il pericolo di un forte squilibrio finanziario in danno della società attrice come conseguenza dell'esecuzione del contratto oggetto di causa, con rischio concreto d'impatto negativo sull'attività dell'azienda anche per la prospettiva

della segnalazione in Centrale Rischi della Banca d'Italia da parte di [redacted] per l'esposizione relativa al contratto di IRS.

Si rileva, inoltre, che dalla perizia tecnica prodotta dall'attrice si evince che il risultato fortemente negativo del contratto non dipende solo dall'andamento decrescente dell'indice Euribor 6 mesi imprevedibile alla data stipulazione del contratto nel maggio 2007, ma dalla struttura complessa del contratto, costituita da tre componenti derivate, rispetto alla quale la finalità di copertura del rischio di variazioni dei tassi, allo stato degli atti, è priva di concreto riferimento all'indebitamento della società desumibile dal bilancio al 2006.

Dalla perizia emerge che il contratto non appartiene alla categoria dei derivati semplici, ma è una complessa composizione di vari strumenti, ancorati alle variazioni dei tassi d'interesse, sia a contenuto opzionale che di scambio, riconducibile alla fattispecie degli Interest Rate Swap nella categoria dei derivati OTC, trattati dagli intermediari fuori dei mercati regolamentati. n.p.

In tale contratto [redacted] si è posta, quindi, in contropartita diretta della società, agendo in proprio.

Dalla perizia si desume, inoltre, che il meccanismo contrattuale comporta costi occulti in favore della banca di circa € 552.000,00, pari a 1,56% del nozionale e un grado di "assimmetria" della struttura, valutato "ex ante", per cui la possibilità di guadagno del cliente è pari solo al 5,90% dei casi, con un evidente carattere non già aleatorio, bensì speculativo a vantaggio di [redacted]

In questa situazione, nel silenzio della banca sugli aspetti tecnici critici allegati dall'attrice, si ravvisa il "fumus" del diritto di [redacted] ad ottenere la risoluzione del contratto per grave inadempimento di [redacted] ed il risarcimento dei danni per l'andamento negativo del contratto di IRS, pari alla data attuale alla somma di € 4.040.254,01 per differenziali negativi al 31 dicembre 2012.

Va considerato, infatti, sia pure alla stregua della delibazione sommaria del procedimento cautelare, che la dichiarazione di operatore qualificato sottoscritta dal legale rappresentante di [redacted] ex art. 31 del Regolamento Consob n. 11522\1998 in data 3.5.2007 resa alla banca, implica il richiamo per volontà contrattuale delle parti alla disciplina del Decreto Legislativo n. 58\1998- TUB di cui è attuazione il citato regolamento, oltre che alla legge inglese richiamata nel contratto quadro.

Allo stato degli atti [redacted] non allegato, ex art. 23 VI comma TUF, elementi dai quali desumere il corretto adempimento dell'obbligo generale previsto dall'art. 21 comma 1 Tuf, di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse del cliente e per l'integrità dei mercati, di operare in modo che il cliente sia sempre adeguatamente informato. Nel caso di specie tale obbligo d'informazione avrebbe dovuto riguardare, in particolare, lo sbilancio iniziale del contratto dato da un costo occulto del prodotto finanziario, tanto più se si considera il conflitto d'interesse di [redacted] che ha agito in proprio nella conclusione del contratto.

Tali rilievi - sempre allo stato degli atti- sono avvalorati dall'anomalia della condotta dalla banca nella fase contrattuale data dal fatto, evidenziato dalla difesa dell'attrice, che [redacted] dopo aver confermato la conclusione del contratto IRS con lettera del 8.5.2007 riguardo al piano di ammortamento accettato dal cliente in data 4.5.2007, ha comunicato ad [redacted] altra "conferma" in data 23.5.2007, allegando un piano di ammortamento diverso (doc. 7,8), in base al quale l'attrice ha già pagato differenziali negativi superiori di circa € 42.199,37 rispetto al piano accettato, con un Mark to Market attuale superiore di circa 90.000,00 Euro (cfr. i calcoli nella perizia a pag. 12).

Per le considerazioni esposte e sulla base dei dati di fatto finora acquisiti va accolto il ricorso ex art. 700 cpc di [redacted]

P.Q.M.

Visti gli artt. 669\octies e 700 c.p.c.,

ordina a [redacted] di sospendere l'esecuzione del contratto IRS stipulato con [redacted] nel maggio del 2007, di astenersi dal procedere ad ulteriori operazioni di addebito di somme a titolo di differenziali relativi al contratto, di astenersi da qualsivoglia segnalazione alla Centrale Rischi presso la Banca d'Italia inerente le relative esposizioni debitorie;

rinvia la causa all'udienza del 2.10.2013 ore 9,45, ex art. 183 cpc.

Si comunichi ai procuratori. Milano, 27.6.2013

Giudice

Dr.ssa Margherita Monte

TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE VI CIVILE
DEPOSITATO OGGI
26 GIU. 2013
IL CANCELLIERE