

N. R.G.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesco Ferrari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g.

promossa da:

SOCIETÀ A B L E E (C.F.), con il proc. dom.
avv. D P , MILANO

attrice

contro

BANCA SCARL (C.F.), con il proc. dom. M
G , MILANO

convenuta

CONCLUSIONI

Per l'attrice:

- *in via preliminare: previa dichiarazione di nullità, anche in via incidentale, della clausola 5 del contratto quadro, perché contraria all'art. 1346 c.c., ordinare alla Banca di rendere il conto del rapporto litigioso di interest rate swap, specificando tempo per tempo il valore del parametro Euribor impiegato e dimostrandone la corrispondenza al tasso vigente, nonché il calcolo ogni volta effettuato per la determinazione delle reciproche prestazioni;*

- *nel merito, in via principale: accertare e dichiarare, per le ragioni tutte esposte nel presente atto, la nullità dell'accordo quadro e del contratto di interest rate swap conclusi il 6 dicembre 2006 e condannare la Banca a restituire alla Società A, B, L. e E tutto quanto addebitato in base a tali atti, a titolo di pagamenti periodici di interessi o per altra ragione, al netto degli accrediti aventi la stessa causale, e così la complessiva somma di €485.503,02, o la diversa - anche maggiore - somma che risulterà in corso di causa, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data della domanda, da capitalizzarsi semestralmente a norma dell'art. 1283 cod. civ.;*

- *nel merito, in via subordinata: accertare i vizi del consenso che inficiano l'accordo quadro ed il contratto di interest rate swap conclusi il 6 dicembre 2006 e, per l'effetto, annullarli e condannare la Banca a restituire alla Società A, B, L. e E. tutto quanto addebitato in base a tali atti, a titolo di pagamenti periodici di interessi o per altra ragione, al netto degli accrediti aventi la stessa causale, e così la complessiva somma di € 485.503,02, o la diversa - anche maggiore - somma che risulterà in corso di causa, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali dalla data della domanda, da capitalizzarsi semestralmente a norma dell'art. 1283 cod. civ.;*

- nel merito, in via ulteriormente subordinata: dichiarare ed accertare la responsabilità precontrattuale e/o contrattuale della Banca _____ per violazione dei doveri di informazione e di avviso stabiliti dall'art. 21 del t.u.i.f. e dal regolamento Consob n. 11522 e, per l'effetto, dichiarare la risoluzione del contratto di interest rate swap e condannarla a risarcire alla Società A, B L e E _____ il danno sofferto, da liquidarsi nella complessiva somma di € 485.503,02, o la diversa - anche maggiore - somma che risulterà in corso di causa o che sarà ritenuta di giustizia, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali dalla data della domanda, da capitalizzarsi semestralmente a norma dell'art. 1283 cod. civ.

- nel merito, in ogni caso: nell'ipotesi che dal rendiconto sulla gestione del rapporto da parte della Banca _____ risultassero errori di calcolo od altre ragioni che abbiano determinato addebiti non dovuti a carico della Società A, B L e E _____, condannare la Banca stessa alla restituzione di tali somme a favore della Società attrice, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data della domanda, da capitalizzarsi semestralmente a norma dell'art. 1283 cod. civ.;

- in via istruttoria: ordinare alla Banca _____ di esibire la pratica di fido "Capital Market" concesso alla Società A B L e E _____ per il perfezionamento dell'operazione in derivati nonché gli estratti del conto corrente utilizzato per la gestione dell'operazione.

Condannare altresì la Banca _____ a rimborsare alla Società A, B L e E _____ le spese di giustizia e dichiarare provvisoriamente esecutiva la pronuncianda sentenza.

Per la convenuta:

rigettare tutte le domande proposte da parte attrice nei confronti di Banca

S.c.a.r.l. in quanto inammissibili e, in ogni caso, infondate sia in fatto che in diritto;

in via subordinata, nella denegata e non creduta ipotesi in cui Banca _____ S.c.a.r.l. fosse condannata a qualsiasi titolo al pagamento in favore dell'attrice di qualsivoglia importo, tenere

conto nella determinazione dell'importo medesimo del comportamento della Società semplice Società A B L e E che, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227, cod. civ., e addirittura essenziale e tale da azzerare l'eventuale danno;

in via istruttoria, rigettate tutte le richieste istruttorie di parte attrice, si chiede venga ammessa prova testimoniale sui capitoli e con i testi di seguito indicati:

- 1) Vero che nell'ottobre 2008, incontrò presso i locali della Banca i Signori L ed E B ai quali propose di estinguere l'IRS stipulato nel dicembre 2006 facendo agli stessi presente che ne sarebbe conseguito un accredito di flussi differenziali positivi per la Società.
- 2) Vero che la proposta risoluzione dell'IRS venne rifiutata dai Signori L ed E B i quali dichiararono di voler proseguire nell'IRS.
- 3) Vero che i Signori L ed E B giustificarono la decisione dichiarata di cui al precedente capitolo 2 ribadendo la necessità di mantenere la copertura del rischio legato al tasso Euribor 3mesi convenuto nel contratto di mutuo agrario da loro stipulato nel dicembre 2006 e dichiarando che i flussi differenziali fino a quel momento incassati in forza dell'IRS avevano consentito di gestire il predetto rischio.
- 4) Vero che i Signori L ed E B in sede di stipula del contratto di mutuo e dell'IRS personalmente negoziavano le condizioni di entrambi i contratti.

Si indica quale teste il Signor G. R .

In ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato la Società A B L e E società semplice conveniva in giudizio la Banca s.c.a r.l., al fine di ottenere che fosse dichiarato nullo/annullato/risolto un contratto in derivati stipulato *inter partes*.

L'attrice in particolare esponeva:

- che nell'autunno 2006 i coltivatori diretti L ed E B chiedevano alla Banca un mutuo agrario di euro 7.200.000,00 per finanziare un programma di investimenti in fondi agricoli di proprietà di società da loro a diverso titolo partecipate;
- che le parti pattuivano un finanziamento a tasso variabile pari al tasso Euribor a tre mesi maggiorato di uno spread di 0,85 punti sopra la media aritmetica arrotondata;
- che la banca, tuttavia, prospettava la necessità di adottare un ulteriore parallelo strumento finanziario a suo dire rivolto a proteggere i mutuatari a fronte del rischio di innalzamento dei tassi di interesse;
- che, pertanto, con lettera del 20.11.2006 la banca proponeva alla Soc. A B tre diversi possibili strumenti finanziari in derivati, finalizzati a conseguire l'obiettivo di protezione sopra illustrato, precisando come la stipula di uno di tali contratti sarebbe stata comunque subordinata alla sottoscrizione del cosiddetto contratto quadro e della dichiarazione autoreferenziale di investitore professionale ex art. 31 TUF;
- che, quindi, nonostante il mutuo agrario fosse stato richiesto e sarebbe stato corrisposto a L ed E B , intesi come persone fisiche, la banca proponeva la stipula del contratto di protezione alla Soc. A B ;
- che, pertanto, il 6.12.2006 le parti stipulavano il contratto quadro e un contratto *Interest Rate Swap* riferito a un nozionale di euro 7.200.000,00;
- che tale contratto, a parte il flusso iniziale passivo per l'attrice, nei primi due anni produceva flussi di cassa a vantaggio della Soc. A B ;
- che, viceversa, a partire dal 2009, a seguito del forte ribasso dei tassi di interesse e, quindi, dell'Euribor, il contratto determinava il prodursi di flussi di cassa fortemente sfavorevoli per l'attrice;
- che la dichiarazione di investitore qualificato ex art. 31 TUF sottoscritta dall'attrice non

rispondeva alla situazione reale, dal momento che la Soc. A B non disponeva di struttura, conoscenze e fatturati tali da giustificare tale qualifica;

- che, inoltre, il contratto in derivati era stato fatto stipulare alla società, anziché alle persone fisiche, esclusivamente proprio per estorcere tale dichiarazione autoreferenziale e, in tal modo sottrarre il rapporto agli obblighi informativi gravanti sull'intermediario finanziario;
- che il contratto IRS era nullo per difetto di causa, dal momento che la espressa finalità di protezione era insussistente in capo alla Soc. A , dal momento che il mutuo agricolo sottostante era stato contratto da L ed E B quali persone fisiche;
- che, viceversa, dall'esame delle scritture contabili e di bilancio della società emergeva come questa non presentasse particolari situazioni di indebitamento tali da giustificare la stipula di un contratto IRS;
- che la banca, omettendo di adempiere agli obblighi informativi su di essa gravanti, non aveva spiegato all'attrice che la funzione dell'IRS stipulato non era tanto o soltanto quella di protezione a fronte del rischio di innalzamento dei tassi di interesse, quanto soprattutto quella di proteggere la stessa banca a fronte della possibilità, poi verificatasi, di un eccesso di ribasso dei tassi di interesse e, quindi, di una perdita di guadagno con riferimento al contratto di mutuo;
- che l'omessa informativa e il difetto di causa comportavano, in ogni caso, l'annullabilità del contratto per vizio del consenso;
- che la banca non aveva dato alcun avviso in ordine al conflitto di interessi in cui operava;
- che la violazione degli obblighi informativi giustificava la risoluzione del contratto per inadempimento.

Si costituiva ritualmente in giudizio la Banca s.c.a r.l., contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in via preliminare, evidenziando come la stessa parte attrice, nell'ambito delle comunicazioni in costanza di rapporto, dimostrava di considerare unitariamente la sfera degli interessi

giuridici imputabili ai due soci in proprio, rispetto alla Soc. A B , di cui L ed E B erano gli unici soci; che il contratto aveva prodotto inizialmente sgravi finanziari rispetto al mutuo sottostante, a comprova del fatto che lo stesso fosse stato costruito in osservanza delle finalità di copertura dichiarate; che il contratto di IRS era stato strutturato in rispetto della finalità di copertura, come desumibile dal nozionale di riferimento concordato nella stessa entità del mutuo agrario, del fatto che i flussi coincidessero con i ratei del mutuo e, soprattutto, dal fatto che il nozionale andasse progressivamente a ridursi in concomitanza con la riduzione del capitale ancora da restituire; che l'attrice contestava la validità della dichiarazione ex art. 31 TUF, senza spiegare per quale motivo essa non fosse corrispondente alla realtà; che la stessa banca, a fronte della riduzione dei tassi di interesse, aveva proposto di rimodulare il contratto, ma l'attrice aveva rifiutato, evidentemente allettata dai primi flussi a lei favorevoli.

Senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice rinviava all'udienza del 28.1.2014 per la precisazione delle conclusioni; adempiuto detto onere processuale, la causa era trattenuta in decisione, previo deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica ad opera di entrambe le parti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento.

Preliminarmente parte attrice ha contestato la validità ed efficacia della dichiarazione autoreferenziale ex art. 31 TUF dalla stessa resa su sollecitazione della banca, sostenendo come, per l'effetto, l'intermediario finanziario non potesse considerarsi validamente liberato dagli obblighi informativi e di "protezione" impostigli in base alla normativa primaria (il TUF) e alla sua specificazione in forza del Regolamento CONSOB 11522/1998 vigente all'epoca del perfezionamento del contratto in derivati oggetto di causa.

Orbene, fermo restando il principio giurisprudenziale ormai ampiamente consolidatosi con riferimento alle dichiarazioni ex art. 31 in esame, ossia nel senso che le stesse non assumano una valenza confessoria, ma comportino e implicino solo una sorta di inversione dell'onere probatorio diretto a dimostrare il contrario di quanto dichiarato, ossia comportano per il dichiarante che intenda dimostrare la non corrispondenza alla realtà di quanto affermato la necessità di fornire elementi probatori e indiziari idonei a superare il principio di prova di segno contrario rappresentato dalla dichiarazione da egli resa, il tutto con la dimostrazione ulteriore della consapevolezza in capo all'intermediario finanziario delle circostanze atte a far ritenere che quanto dichiarato non rispondeva alla realtà; va rilevato come nel caso di specie, alle contestazioni specifiche mosse dall'attrice al fine di privare di giustificazione ed effetti la dichiarazione autoreferenziale da ella resa, si sia contrapposta ad opera della banca una mera argomentazione speculativa, la quale, tuttavia, non pare idonea a superare i dati di fatto allegati dalla cliente al fine di svuotare di contenuto la dichiarazione contestata.

In particolare l'attrice sul punto ha opposto la natura stessa della società, quale società agricola strutturata secondo il tipo sociale di società semplice, composta da solo due soci (come peraltro rimarcato anche dall'istituto di credito), dedita esclusivamente all'esercizio dell'attività agricola e con un fatturato operativo limitato (attorno a euro 400.000,00 nel 2006, ossia l'anno di stipula del contratto oggetto di causa); ha altresì evidenziato come l'attività prestata fosse sostanzialmente riconducibile in prevalenza alle prestazioni lavorative dirette dei due soci, senza il ricorso al credito bancario e, pertanto, senza la necessità in precedenza non solo di stipulare contratti in derivati, ma neppure di avvalersi e acquisire esperienza in materia di strumenti finanziari.

Tali dati oggettivi non solo non sono stati posti in discussione da parte della banca, ma hanno portato la convenuta a controbattere come, nella realtà, i due soci dell'attrice fossero persone esperte, per come desumibile dalle numerose cariche sociali rivestite in diverse società loro facenti capo, non solo nell'ambito dell'attività propriamente agricola, ma anche nell'ambito immobiliare.

Sennonchè, a prescindere dalla circostanza che la dichiarazione autoreferenziale è stata resa dalla contraente, ossia dalla società agricola e non dalla persona fisica del suo legale rappresentante (distinzione che, effettivamente, nel caso di specie sfuma, a fronte dello scarso spessore dello schermo societario offerto dalle società semplici e dalla concreta prova resa dall'istituto di credito in ordine a una oggettiva "confusione" delle posizioni individuali con quelle societarie), va comunque evidenziato da un lato come le diverse società a vario titolo facenti capo ai due soci B siano a loro volta o imprese agricole o società immobiliari chiaramente finalizzate alla gestione dei terreni rimessi alle coltivazioni delle imprese agricole (la circostanza, oltre a non avere formato oggetto di contestazione specifica da parte della convenuta, traspare dagli stessi dati riportati nelle visure prodotte dall'istituto di credito); dall'altro lato come, al di là delle cariche rivestite, nulla è stato neppure allegato al fine di superare i dati interpretativi offerti dall'attrice e, quindi, al fine di far ritenere che la persona fisica fosse in possesso dei dati effettivi di conoscenza e di esperienza necessari, per poter essere qualificata come operatore qualificato o, comunque, consentire di qualificare come tale la società agricola da egli rappresentata.

Tali considerazioni portano, quindi, a ritenere come le dichiarazioni autoreferenziali in atti rese dall'attrice non fossero rispondenti alla situazione di fatto ivi descritta e che di tale circostanza l'istituto di credito ne fosse necessariamente consapevole, trattandosi di circostanze ontologicamente caratterizzanti lo stesso soggetto contraente e tali da portare esse stesse a imporre un vaglio particolare ad opera della controparte contrattuale; ne deriva, quale inevitabile conseguenza, che alla dichiarazione ex art. 31 TUF contestata non sia possibile attribuire l'efficacia sua tipica di sollevare l'intermediario finanziario dagli obblighi informativi concernenti il prodotto finanziario trattato.

A fronte, quindi, della contestazione sul punto sollevata dall'attrice, la quale ha evidenziato come l'IRS proposto dalla banca fosse stato prospettato espressamente come rivolto a coprire la Soc. A B dal rischio di rialzo dei tassi di interesse con riferimento al contestuale contratto di mutuo

agrario a tasso variabile (peraltro stipulato in proprio dai due soci), mentre in realtà la struttura stessa del derivato era tale da implicare funzioni differenti e ulteriori non esposte e illustrate; la convenuta ha, da un lato riconosciuto e in alcun modo contestato la funzione e finalità attribuita all'IRS e, dall'altro lato, non ha fornito alcuna prova, nè ha neppure allegato, di avere fornito una informazione completa delle caratteristiche e della struttura del contratto sottoposto alla cliente.

In particolare la difesa dell'intermediario finanziario si è limitata a ribadire come il derivato in esame fosse effettivamente aderente all'obiettivo di copertura del rischio prospettato, tenuto conto da un lato della corrispondenza fra il nozionale e le scadenze dei flussi finanziari con l'importo mutuato e le scadenze dei ratei previsti con il contratto di finanziamento e, dall'altro lato, considerato come fosse stato previsto che il nozionale di riferimento si sarebbe progressivamente abbattuto in corrispondenza alla riduzione del capitale da restituire.

Senonchè è sufficiente esaminare i caratteri fondamentali dell'IRS stipulato dall'attrice per rendersi conto di come il contratto in questione protegga sì la Soc. A dal rischio di (eccessivi) rialzi dei tassi di interesse, ma tale funzione non è la sola e neppure può considerarsi essere stata strutturata coerentemente con le condizioni economiche del contratto di mutuo sottostante.

In proposito, infatti, va rilevato come, qualora fosse stato predisposto un IRS realmente rivolto a coprire l'attrice dal rischio di innalzamento dei tassi di interesse rispetto al tasso variabile previsto nel contratto di mutuo agrario, innanzitutto il tasso di riferimento, superato il quale sarebbero discesi flussi finanziari a favore della cliente, avrebbe dovuto essere individuato nel medesimo tasso di interesse gravante sul contratto di mutuo alla data di stipula di quest'ultimo, mentre nel caso di specie già in partenza il tasso di riferimento previsto nel derivato risultava essere maggiore (circostanza evidenziata dall'attrice e non contestata dalla convenuta).

Così strutturato l'IRS, quindi, già risulta che esso non avrebbe coperto l'attrice dal rischio di innalzamento dei tassi di interesse, ma solo dal rischio di innalzamento di tali tassi oltre una soglia già

di suo più alta del tasso di interesse del mutuo, lasciando in tal modo scoperta la cliente di fronte al rischio di innalzamento degli interessi dal tasso iniziale del mutuo sino al tasso di riferimento del derivato e, oltretutto, già in partenza e, quindi, a tassi invariati rispetto alla data di stipula del mutuo, gravando l'attrice di flussi di cassa negativi (come infatti verificatosi nel primo semestre).

Tale distacco della struttura del derivato rispetto alla finalità di esso dichiarata non risulta essere stata oggetto di apposita illustrazione.

Va, infatti, rilevato come la scelta di individuare un tasso di riferimento del derivato differente rispetto al tasso variabile iniziale del mutuo potrebbe trovare una giustificazione o nell'ipotesi in cui lo strumento finanziario venga stipulato a distanza di tempo rispetto al mutuo sottostante, o, principalmente, qualora l'intenzione delle parti fosse stata di trasformare il tasso variabile del mutuo in un tasso fisso, individuato nel tasso di riferimento del derivato; senonchè nel caso di specie non può non tenersi conto che il mutuo e l'IRS sono stati stipulati contestualmente e che, al di là delle difese esposte, non avrebbe avuto logica attribuire al derivato la finalità di trasformare il tasso di interesse da variabile a fisso, in quanto se questa fosse stata l'esigenza perseguita non si comprenderebbe perchè le parti non avessero previsto sin dall'origine un tasso fisso nel coevo contratto di mutuo.

Ma, soprattutto, qualora l'IRS fosse stato predisposto realmente al fine esclusivo di coprire l'attrice di fronte al rischio di innalzamento dei tassi di interesse, il derivato avrebbe dovuto essere strutturato in modo differente, eventualmente introducendo un *cap*, ossia una soglia ai flussi sfavorevoli per l'ipotesi, poi verificatasi, di discesa dei tassi di interesse.

E', infatti, evidente come, avendo previsto un tasso di riferimento già più alto rispetto al tasso variabile esistente alla data di stipula del mutuo, l'effetto benefico per l'attrice derivante dalla discesa dei tassi di interesse e, quindi, alla minore onerosità del mutuo, non sarebbe mai stato equivalente all'onere finanziario derivante dal derivato e che, tanto maggiore è stata la discesa dei tassi, esponenziale è risultato l'aggravio finale per la cliente.

In sostanza, pertanto, così strutturato l'IRS, è corretta la contestazione dell'attrice, secondo cui la finalità del derivato non era di semplice copertura dal rischio di innalzamento dei tassi di interesse, ma anche e soprattutto di copertura per la stessa banca dal rischio di discesa dei tassi di interesse e di conseguente perdita di remuneratività del sottostante contratto di mutuo.

Trattasi, questa, di una componente strutturale e funzionale del derivato che non può considerarsi implicita e immanente nel tipo di strumento finanziario stipulato, ma che impone in capo all'intermediario finanziario un onere informativo specifico, in modo che il cliente, nel momento in cui decida di adottare tale soluzione di copertura, possa effettuare una valutazione consapevole della opportunità e convenienza dello strumento finanziario prescelto.

In difetto di tale informativa, viceversa, deve concludersi, considerata la concentrazione in capo alla convenuta del ruolo di controparte dell'IRS e di mutuante, che la banca abbia operato non tanto o non nell'esclusivo interesse del cliente, ma piuttosto nel proprio interesse, in evidente violazione dell'art. 21 TUF e dei precetti del Reg. CONSOB vigente (si pensi agli obblighi in caso di conflitto di interessi dell'intermediario).

Tali considerazioni portano a ritenere assorbite le ulteriori doglianze e a riconoscere un inadempimento contrattuale della convenuta, certamente da qualificarsi come grave ex art. 1455 c.c., inerendo alla stessa finalità e operatività dello strumento finanziario proposto.

Per tali ragioni va accolta la domanda attorea di risoluzione del contratto *Interest Rate Swap* stipulato con la banca convenuta per inadempimento di quest'ultima, con conseguente condanna della banca al risarcimento dei danni discesi dalla condotta inadempiente sopra accertata, danni da individuarsi nella sommatoria dei flussi di cassa negativi addebitati all'attrice, al netto dei flussi positivi maturati nel primo anno e mezzo e, quindi, in euro 485.503,02, da maggiorarsi di interessi al tasso legale dal 3.11.2011 (data della notifica della citazione) al saldo.

Trattandosi di obbligazione sin dall'origine di carattere pecuniario e, pertanto, di valuta, non avendo parte attrice provato di avere patito un danno diverso e/o maggiore rispetto a quello già destinato a essere rifiuto per effetto della decorrenza degli interessi moratori, va respinta la pretesa attorea alla maggiorazione dell'importo anche a titolo di rivalutazione monetaria.

Le ragioni poste alla base della decisione portano a ritenere assorbite le ulteriori contestazioni mosse dalle parti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 22.047,80, di cui euro 2.875,00 per spese generali, oltre c.p.a. e oltre euro 1.071,74 per spese.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento della domanda proposta da Società A B L e E società semplice nei confronti della Banca s.c.a r.l., dichiara risolto per inadempimento di quest'ultima il contratto di *Interest Rate Swap inter partes*;
- condanna per l'effetto la convenuta a pagare all'attrice a titolo di risarcimento danni la somma complessiva di euro 485.503,02, da maggiorarsi di interessi al tasso legale dal 3.11.2011 al saldo;
- condanna la convenuta a rifondere l'attrice delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 22.047,80, di cui euro 2.875,00 per spese generali, oltre c.p.a. e oltre euro 1.071,74 per spese.

Così deciso in Milano il 24 aprile 2014

Il giudice

Francesco Ferrari