
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Ricorso ex art. 700 c.p.c., natura atipica e residuale: no ad inibitorie generalizzate ed indistinte a favore del debitore avverso le iniziative di recupero del credito

Alla luce della natura atipica e residuale propria del ricorso di cui all'art. 700 c.p.c., non trova alcuna cittadinanza nel nostro ordinamento positivo una inibitoria generalizzata ed indistinta, posto che il sistema processuale riconosce al debitore, a seconda delle determinazioni del creditore, rimedi specifici avverso iniziative di recupero del credito, sia in sede di opposizione a decreto ingiuntivo.

Tribunale di Milano, sezione sesta, ordinanza del 21.1.2015

....omissis...

premesse che:

1) xxxxxxl. conveniva in giudizio Banco xxxxx, chiedendo ex art. 700 cpc: in via preliminare, l'accertamento della nullità o, in via subordinata, l'annullamento dei tre contratti derivati stipulati da essa ricorrente con la xxxxxx (poi confluite per incorporazione in Banco Popolare), ovvero, in subordine, la pronuncia di avvenuta risoluzione dei suddetti per grave inadempimento della banca; per l'effetto, l'inibizione o comunque la sospensione dell'esecuzione dei contratti da parte dell'istituto di credito; chiedeva, altresì, la declaratoria di illegittimità della revoca dei mutui e degli affidamenti erogati dalla banca, per difetto dei presupposti di legge; conseguentemente, la sospensione della revoca ed il ripristino dei rapporti di affidamento e finanziamento precedentemente correnti tra le parti; in ogni caso, l'inibizione di qualunque azione esecutiva esperibile dalla convenuta sui beni della ricorrente in forza dei titoli anzidetti; in ultimo, la cancellazione, dal sistema informativo e dalla Centrale Rischi interbancaria, di ogni segnalazione negativa a danno di xxx. Assumeva la difesa di xxxxx di aver sottoscritto - spinta dalla necessità di porre al riparo la propria esposizione debitoria nei confronti di diverse società di leasing, ed in particolare di annullare o ridimensionare la fluttuazione dell'indicizzazione dei tassi (correlata all'Euribor trimestrale) sui canoni dovuti - tre distinti contratti derivati, uno dei quali in data 10.12.09 con la xxxxxxx; i rimanenti, in data 2.8.10 con la Banca Popolare di Verona. In conseguenza del perfezionamento del primo contratto, nel marzo 2010 il sottostante contratto di leasing veniva convertito in due contratti di mutuo, erogati dal medesimo istituto di credito per l'importo complessivo di Euro 2.980.000 (rispettivamente, Euro 830.000 ed Euro 2.150.000).

Nell'agosto del 2012, inoltre, xxxxx aveva ottenuto dalla banca l'apertura di un fido sul conto corrente pari ad Euro 100.000. A metà dell'anno 2013, Banco Popolare chiedeva la restrizione del fido sino ad Euro 60.000 e, poi, con lettera del 24.6.2014, revocava gli affidamenti, risolveva i contratti di mutuo per inadempimento della ricorrente con richiesta di immediato pagamento della somma mutuata e quantificava il valore di smobilizzo dei derivati in Euro 1.241.643. Senza contestare il mancato versamento delle rate di mutuo alle scadenze pattuite, rilevava la difesa della ricorrente che dette somme risultavano nella quasi totalità compensate con gli (indebiti) pagamenti effettuati alla banca in forza dei contratti derivati: contratti dei quali contestava la validità, sotto l'aspetto della nullità per difetto di causa, della nullità/annullabilità/risoluzione per mancato assolvimento degli obblighi informativi (ex lege e contrattualmente) gravanti su controparte, nonché della nullità/annullabilità per erronea sussunzione della ricorrente entro la categoria di investitore qualificato.

Dall'ingiustificato comportamento della resistente discendeva, inoltre, secondo la ricorrente, la segnalazione del proprio nominativo alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, con rilevante pericolo di reazioni a catena da parte del sistema bancario e, quindi, di revoca degli affidamenti concessi da altri istituti di credito, o comunque di immediata esigibilità dei debiti nei confronti di terzi soggetti.

Quanto al periculum in mora, xxxxxxx sottolineava che, ove le istanze cautelari non fossero state accolte, si sarebbe vista costretta a restituire alla resistente i circa 4.500.000 di farlo e, quindi, esposta a probabili iniziative fallimentari.

Si costituiva in giudizio la resistente, deducendo la correttezza dell'operato del Banco Popolare e la piena validità dei contratti in derivati de quibus, con conseguente rigetto delle pretese attoree.

Con ordinanza datata 28.11.14 il giudice di prime cure dichiarava inammissibili le domande relative alla sospensione della revoca degli affidamenti con ripristino dei mutui erogati e l'inibitoria delle azioni esecutive da parte dell'istituto di credito; rigettava le altre domande cautelari svolte e condannava la ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore della banca resistente.

Con reclamo depositato in data 15.12.14 la difesa di S. chiedeva la revoca dell'ordinanza impugnata, con accoglimento delle richieste inibitorie, per le seguenti contestazioni.

Con il primo motivo, contestava la consequenzialità asserita dal giudice di prime cure tra il primo derivato del dicembre 2009 e la conversione, nel marzo 2010, del contratto di leasing in due contratti di mutuo per l'importo globale di Euro 2.980.000,00, in ragione, non solo dell'assenza di qualsivoglia collegamento evidenziato nei documenti, ma anche del nozionale del derivato, pari ad Euro 4.807.672,37, laddove i due contratti di mutuo ammontavano a complessivi Euro 2.980.000,00. Da tale considerazione la difesa della reclamante desumeva la nullità del contratto derivato del 10.12.09 in quanto non ancorato ad un nozionale di riferimento, tanto che evidenziava come "il perfezionamento del contratto di derivati del dicembre 2009 avrebbe eventualmente giustificato o meglio necessitato la permanenza del contratto di leasing. Mentre la sostituzione con altri contratti, di mutuo per inciso, con diverso rischio e diversa capacità di produrre interessi rispetto a quelli presupposti nella trattativa volta all'acquisto di derivati avrebbe piuttosto giustificato la nullità sopravvenuta del derivato per assenza della sua causa originaria"; di qui l'osservazione per cui il rapporto causale indicato dal giudice di prime cure non trovava alcun riscontro nei documenti.

Con il secondo motivo, contestava la motivazione per la quale la richiesta sospensione della revoca ed il ripristino dei rapporti di affidamento erano esclusi dal ricorso ex art. 700 cpc sulla base del fatto che il giudice di prime cure aveva ritenuto non ammissibile nel nostro ordinamento un'inibitoria generalizzata ed indistinta; e ciò in quanto - secondo il primo giudice - il nostro ordinamento prevede specifici rimedi dell'asserito debitore avverso iniziative di recupero del credito, sia in sede di opposizione a decreto ingiuntivo.

Con il terzo motivo, la reclamante contestava l'asserita (dal giudice di primo grado) insussistenza di violazione dei doveri informativi. Sottolineava, a tale riguardo, come essa xxxx fosse cliente al dettaglio quale risultava dal questionario xxxxxxxx e dal questionario xxxx sottoscritti entrambi dal legale rappresentante della reclamante in data 1.12.09; come la finalità dell'investimento di essa xxxxxxxx fosse caratterizzata dalla necessità di garantire il capitale con un rendimento predefinito tanto che risultava del tutto prioritario evitare perdite di tutto o di parte del capitale, anche se ciò comportava modesti livelli di rendimento. Sulla base di tali caratteristiche, risaltava in modo decisamente chiaro l'importanza per la società S. di ottenere informazioni dettagliate in ossequio non solo all'art. 21 TUF, ma anche agli artt. 27 - 30, I comma Regolamento Consob n. 11511/98. Traducendo tali principi nel caso di specie, secondo la reclamante, la stessa aveva diritto ad essere informata circa l'effettiva sussistenza dei rischi derivanti dalla conclusione dei contratti derivati de quibus, non essendo sufficienti gli apporti

conoscitivi ottenuti mediante figure professionali pure di rilievo quali il notaio D. M. ed il consulente finanziario. Tanto che, notava la reclamante, i derivati in questione si mostravano del tutto inadeguati rispetto alle proprie esigenze sotto diversi profili. In primo luogo, il derivato del 2009 aveva riguardo ad un nozionale di Euro 25.000.000,00 che non trovava riscontro in alcun contratto, poi ad un nozionale di Euro 4.800.000,00 che non trovava di nuovo alcun riscontro o probabilmente lo trovava nel contratto di leasing, che era poi stato riscattato e tramutato nei due contratti di mutuo.

In secondo luogo, era del tutto assente una qualsivoglia prospettazione del rischio paventato circa l'innalzamento dei tassi di interesse ed in particolare vi era la prova che il mondo finanziario fosse ben a conoscenza della situazione opposta connotata dalla discesa dei tassi per gli anni a venire. In terzo luogo, tali carenze informative erano rifluite in termini di inadeguatezza di tutti e tre i contratti derivati: ed, invero, affinché un derivato possa qualificarsi di copertura e non speculativo è necessario che: a) la durata del derivato sia pari o inferiore alla durata del sottostante; b) l'importo nozionale del derivato sia pari o inferiore al nominale del sottostante; c) la frequenza di liquidazione dei flussi finanziari del derivato sia coerente con quella del sottostante; d) l'eventuale parametro di indicizzazione del sottostante risulti correlato finanziariamente con il derivato. Tali caratteristiche erano del tutto assenti nei contratti de quibus, posto che il derivato del 10.12.09 indicava un nozionale in variazione trimestrale, laddove il contratto di leasing aveva un'indicizzazione mensile; non vi era corrispondenza tra le frequenze di liquidazione dei flussi finanziari del derivato e quelle dell'asserito sottostante contratto di a cui parametrare il derivato; e, soprattutto, preliminarmente non era neppure individuato il sottostante ed, in ipotesi, ove si fosse trattato del contratto di leasing, lo stesso non era neppure più in essere sin dal 2010, essendo stato riscattato con contestuale sottoscrizione del doppio mutuo in data 23.3.10. Anche con riferimento al secondo ed al terzo derivato del 2.8.10 erano rinvenibili, secondo la difesa della reclamante, le stesse carenze, posto che il doc. n. 22 prodotto dalla resistente in primo grado, documento che faceva riferimento ad alcuni contratti di leasing sottoscritti da S., era sottoscritto da soggetto non riferibile ad essa società; i derivati proposti dalla banca indicavano un nozionale in variazione trimestrale, mentre i contratti di leasing avevano un'indicizzazione mensile; i valori dei tassi di indicizzazione dei canoni di leasing, pur partendo da valori superiori nel 2007, nell'agosto 2010 erano abbondantemente inferiori rispetto al tasso fisso dell'IRS proposto, considerato il riferimento all'Euribor 3 M; il valore nozionale di riferimento dei derivati indicato, l'uno in Euro 9.843.783 e, l'altro, in Euro 3.600.000,00 era completamente privo di collegamento con i contratti di leasing asseritamente sottostanti, come, del resto, anche la durata dei sottostanti e dei derivati non coincideva. Ad avviso della reclamante, tali significative carenze determinavano la nullità dei derivati. Con riferimento all'effettivo vantaggio scaturente da detti contratti, la difesa del reclamante richiamava la propria perizia di parte.

xxxxxxx infine, contestava la negazione del requisito del periculum in mora e, segnatamente, quanto alla segnalazione di sconfinamento, ne deduceva il carattere altamente pregiudizievole. Con riferimento alla mancata sospensiva della revoca degli affidamenti, evidenziava il pericolo di eventuali iniziative fallimentari nei propri confronti, per la difficoltà in cui si sarebbe trovata a

restituire in breve l'ingente importo richiesto dalla banca con la lettera del 24.6.14, alla luce anche dei dati di bilancio e del fatto che il piano di ristrutturazione del debito non era stato accolto favorevolmente dal ceto bancario.

Parte resistente contestava la fondatezza dei motivi a sostegno del reclamo, di cui chiedeva il rigetto.

2 a) Il Collegio, con riferimento al motivo di censura costituito dalla richiesta ex art. 700 cpc di sospensione della revoca degli affidamenti di cui alla raccomandata inviata dal Banco Popolare il 24.6.14, richiama e condivide tutto quanto esposto dal giudice di prime cure, con particolare riguardo alla natura atipica e residuale propria del ricorso di cui all'art. 700 cpc. Alla luce della quale non trova alcuna cittadinanza nel nostro ordinamento positivo una inibitoria generalizzata ed indistinta, posto che il sistema processuale riconosce al debitore, a seconda delle determinazioni del creditore, rimedi specifici ed diritto di difesa. Oltre a tali considerazioni richiamate per relationem, è utile anche ricordare che le determinazioni dell'istituto di credito quanto alla concessione, alla modifica ed alla revoca degli affidamenti sono, legittimamente, anche influenzate da molteplici fattori di politica aziendale e di valutazione economica complessiva del cliente in un determinato momento storico; con l'ovvia conseguenza che un'inibitoria del tipo di quella richiesta da S., imponendo il ripristino di affidamenti in precedenza concessi, si configurerebbe in termini di arbitraria ingerenza nelle scelte imprenditoriali dell'istituto, non suffragata da alcun dato normativo.

2 b) Con riguardo ai motivi di impugnazione costituiti dalla violazione degli obblighi informativi e dalla ritenuta, radicale nullità dei contratti derivati per asserita mancanza di causa in concreto - richiamato quanto esposto nell'ordinanza di primo grado con riferimento all'esposizione della tipologia dei contratti in questione - occorre soffermare l'attenzione sulla dirimente circostanza che le operazioni de quibus costituiscono, con ogni evidenza documentale, il frutto di un ampio ed approfondito confronto tra le parti. In particolare, con riferimento al primo contratto derivato del dicembre 2009 è stata la stessa S. a richiedere alla banca, per il tramite del proprio consulente finanziario dott. G. C., alcune caratteristiche specifiche del contratto, con mails del 21.9, 22.9 e 25.9.09 (doc. n. 5 di parte reclamata). Anche con riguardo ai contratti derivati dell'agosto 2010, la stessa reclamante, per il tramite sia del consulente finanziario, sia del notaio dott. xxxxxx., ha formulato specifiche proposte all'istituto di credito in merito alle proprie esigenze e, quindi, alle caratteristiche dei contratti, con particolare riferimento, ad esempio, al CAP: all'uopo, sono illuminanti le numerose mails datate luglio 2010, ossia in epoca immediatamente precedente la conclusione dei contratti, tra le quali spicca quella contenente il piano di ammortamento del secondo e del terzo derivato (doc. ti dal n. 14 al n. 21 della banca; per il piano di ammortamento v. doc. n. 20). Ebbene, proprio dalla lettura di tali comunicazioni di posta elettronica, si desume come gli interlocutori fossero professionisti altamente specializzati, del tutto in grado di gestire gli interessi della cliente xxxx; non solo, ma il notaio dott. Pxxxxxx era stato espressamente autorizzato a porre in essere tutto quanto necessario per la conclusione dei contratti in questione, impegnando quindi la società S. che si obbligava, correlativamente, a riconoscere ed a conferire piena validità a tutto quanto dallo stesso professionista posto in essere in tale ambito (doc. n. 3 della banca). Ora, proprio alla luce di tali

emergenze istruttorie, ben poco rilievo assume il fatto che l'odierna reclamante non fosse un operatore qualificato: e ciò proprio perché, in veste di corporate (doc. n. 24 della banca), era coadiuvata da professionisti che avevano lo specifico compito di rappresentare alla banca le esigenze della cliente e di negoziare per la stessa le migliori condizioni possibili, sulla base dei dati previsionali del momento.

Orbene, proprio il supporto professionale di cui era dotata la società S. era idoneo senza dubbio ad eliminare quella fisiologica asimmetria informativa tra cliente ed intermediario, asimmetria che ha giustificato la particolare attenzione del legislatore finanziario al momento della formazione del consenso, affinché il cliente sia adeguatamente informato e possa operare le proprie scelte con la maggiore consapevolezza possibile. In uno scenario, tuttavia, radicalmente diverso quale quello in esame, in cui la banca ed il cliente trattavano in posizione paritetica, gli obblighi informativi - per lo meno sulla scorta delle risultanze istruttorie acquisite sia pure in via sommaria e compatibilmente con la struttura del procedimento cautelare - non possono non dirsi assolti per il tramite proprio del dialogo tecnico svoltosi. Dialogo che - e qui vengono esaminate le ulteriori censure inerenti il disallineamento dei derivati rispetto ai cd. presunti sottostanti - ha riguardato, tra l'altro, anche l'individuazione del sottostante, riferito non ad un unico contratto di leasing, bensì ad una pluralità, al fine di ottenere un'effettiva copertura dal rischio tassi. Ed, invero, dalla mail del notaio dott. D. M. in data 8.6.10 (doc. n. 15 di Banco Popolare) risulta in modo chiaro l'obiettivo di costui di valutare complessivamente i contratti di leasing, separando il derivato dal sottostante "in modo da non precludere alla società una certa operatività"; così come dalla comunicazione datata 2.8.10 della banca alla S. (doc. n. 22 della reclamata) risulta che quest'ultima abbia accettato, con la conclusione dei derivati, la copertura di sette contratti di leasing con firma "di presa visione ed accettazione" , firma riferita, per concorde ammissione delle parti, al notaio, ampiamente legittimato ad apporla, per quanto sopra detto. Quanto, poi, al fatto che il contratto di leasing sia stato sostituito da due mutui in data 23.3.10 - consequenzialità censurata dalla parte reclamante che ha ravvisato, pertanto, l'insussistenza di alcun sottostante nei derivati del 2010 - è circostanza ammessa dalla stessa S.: che ha precisato come il contratto di leasing fosse stato riscattato e sostituito dal doppio mutuo del marzo 2010 come da doc. n. 15 della stessa (cfr. pag. 22 del reclamo). Tale considerazione globale dei contratti di leasing, alla luce, tra l'altro, della complessiva esposizione debitoria pari ad oltre 27 milioni di Euro al marzo 2010 (doc. n. 1 pag. 40 di Banco Popolare), si riflette su tutte le ulteriori censure relative sia alla non corrispondenza tra le frequenze di liquidazione dei flussi finanziari del derivato e quelle del sottostante, sia all'assente indicazione del rischio di poi, alla censura circa i non corretti dati previsionali disponibili al momento della stipula dei contratti de quibus, la difesa della reclamata ha dimostrato in sede di gravame - e la controparte non lo ha contestato - che sia a dicembre 2009, sia ad agosto 2010 era atteso un continuo incremento dei tassi di interesse, come risulta dalle curve dell'andamento dei tassi prodotte sub doc. ti nn. 32 - 34; tale dato, certamente rilevante al fine della costruzione della struttura del derivato, non è stato smentito da una contrapposta produzione da parte della società S..

Conclusivamente, alla luce delle risultanze istruttorie e tenuto conto dello svolgersi dei rapporti tra le parti proprio nella fase antecedente la conclusione dei derivati, il Collegio reputa che la particolare professionalità dei soggetti incaricati dalla xxxxxxxxxx sia stata idonea a colmare l'altrimenti esistente divario conoscitivo tra cliente ed intermediario; con la conseguenza che, sempre in forza di tale particolare professionalità, la cliente ha potuto anche vagliare la struttura dei derivati sotto il profilo dell'adeguatezza e della rispondenza degli stessi alle proprie esigenze di copertura. Pertanto, in questa fase necessariamente sommaria, non emergono elementi strutturali tali da far ritenere né che i contratti de quibus possano dirsi nulli per difetto di causa, né che l'intermediario sia stato carente nella trasmissione dei flussi informativi necessari o che la S. non fosse in condizione di riceverli correttamente. Da ciò segue l'insussistenza del requisito del fumus boni iuris e la non necessarietà dell'esame del presupposto, cumulativo e non alternativo, del periculum in mora.

Sulla base di quanto sopra esposto, pertanto, il reclamo deve essere respinto. Il reclamante deve essere condannato alla rifusione delle spese processuali in favore della parte resistente, come indicato in dispositivo.

Il Collegio rileva che ricorre altresì l'operatività del disposto di cui al comma 1 quater dell'art. 13 D.P.R. n. 115/2002, come introdotto dalla L. n. 228/12, alla luce della ritenuta natura e valenza impugnatoria del reclamo (così circolare Ministero Giustizia dell'11.5.12)

p.q.m.

- 1) respinge il reclamo proposto da S. Gestione Immobiliare srl avverso l'ordinanza emessa in data 28.11.14;
- 2) condanna S. Gestione Immobiliare srl a rimborsare, in favore di Banco Popolare società cooperativa, le spese processuali, che liquida in complessivi Euro 4.500,00 a titolo di compenso, oltre accessori come per legge;
- 3) dà atto che sussistono i presupposti di cui al comma 1 quater dell'art. 13 D.P.R. n. 115/2002.

In data 21.1.15.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA

Editrice
