

TRIBUNALE ORDINARIO DI FIRENZE
Terza sezione CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. r.g. Omissis promossa da:
SOCIETÀ S.A.S.,

PARTE RICORRENTE

BANCA Y.

PARTE RESISTENTE

BANCA Y S.P.A. - FILIALE

PARTE RESISTENTE

Il Giudice dott. Massimo Maione Mannamo, a scioglimento della riserva assunta, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Parte ricorrente, la SOCIETÀ S.A.S., con ricorso ex art. 700 c.p.c. *ante causam* ha chiesto che venisse ordinato alla BANCA Y SPA la sospensione dell'ordine di addebito sul proprio conto corrente dei flussi conseguenza del contratto di mutuo agrario del n. OMISSIS e del contratto derivato IRS n. OMISSIS nonché di astenersi da qualsiasi comunicazione interbancaria, con particolare riferimento alla Centrale Rischi.

Ha premesso al riguardo parte ricorrente che in data n.Omissis aveva stipulato con la BANCA X S.P.A un contratto di mutuo fondiario per un importo di euro 2.947.175, stabilendosi il rimborso in rate semestrali con interesse calcolato in via posticipata al tasso Euribor a sei mesi, rilevato il giorno di inizio di maturazione degli interessi, aumentato di 1,20 punti percentuali.

Ha aggiunto che nei primi mesi del 2009 un dipendente della BANCA Y S.P.A le aveva proposto, in vista della maggiore onerosità che avrebbe riguardato il mutuo stipulato con la BANCA X S.P.A. in conseguenza del prevedibile aumento dei tassi Euribor, di sottoscrivere un contratto derivato IRS che, secondo la prospettazione del dipendente, avrebbe eliminato il rischio di aumento dei tassi di interesse, trasformando il tasso variabile del contratto di mutuo con la BANCA X S.P.A. in un tasso fisso del 2,91%.

Tuttavia, il derivato IRS non aveva affatto reso fisso il tasso di interesse del mutuo, poiché il tasso Euribor, anziché aumentare come prospettato dalla BANCA in forza di una consulenza posta a fondamento del derivato, era decresciuto, e tanto aveva comportato un ingiusto arricchimento della BANCA.

Infatti, i flussi economici da scambiarsi secondo il derivato erano il 2,91% a carico della ricorrente, e l'Euribor sei mesi a carico della BANCA.

Tanto aveva comportato, in conseguenza del ribasso dell'Euribor, l'ingiusto vantaggio economico per la BANCA.

Ha premesso ancora, parte ricorrente, che la BANCA Y S.P.A. le aveva concesso un mutuo agrario di € 70.000, il cui importo sarebbe stato destinato, per espressa pattuizione pattizia, ad appianare le perdite del derivato e l'esposizione debitoria in essere con la BANCA Y S.P.A..

Ordinanza, Tribunale di Firenze, Dott. Massimo Maione del 9 marzo 2017

Da quanto in precedenza premesso, ha dedotto la nullità dell'IRS in considerazione della mancanza di causa e della violazione dell'art. 30 d.lvo n. 58/1998, nonché la nullità del mutuo agrario, anche in questo caso per difetto di causa.

Infatti, sotto il profilo della nullità dell'IRS, la causa in concreto di tale contratto era rappresentata dalla eliminazione di ogni rischio di aggravio dell'onerosità del mutuo contratto con la BANCA X, e non dalla acquisizione di un sicuro vantaggio economico da parte della BANCA Y S.P.A..

Sotto il profilo della nullità per violazione dell'art. 30 d.lvo n. 58/1998, invece, non era stato previsto il diritto di recesso del cliente, e tanto sanciva la nullità del derivato in quanto stipulato fuori dalla sede della BANCA.

Relativamente, poi, al contratto di mutuo agrario, vi era mancanza di causa in quanto la somma finanziata non sarebbe stata destinata al finanziamento dell'attività agricola di essa ricorrente ma solo al ripianamento dell'esposizione debitoria con la banca.

Ha quindi dedotto la annullabilità del derivato per errore o dolo della BANCA e, inoltre, l'inadempimento della stessa per inosservanza delle regole di informazione al momento del collocamento del derivato, fonte di responsabilità risarcitoria.

Da tanto ha fatto derivare la propria istanza di cautela.

Si è costituita la BANCA Y S.P.A. contestando quanto *ex adverso* dedotto e chiedendo il rigetto del ricorso.

Ha sostenuto le legittimità sia del derivato sia del mutuo agrario.

Quanto al derivato poiché parte ricorrente non aveva tenuto in considerazione la natura intrinsecamente aleatoria del contratto la cui funzione non era di rendere fisso il tasso di interesse del mutuo contratto dalla SOCIETÀ con la BANCA X SPA, ed inoltre, e per altro verso, non aveva dato dimostrazione della conclusione del contratto al di fuori della sede della BANCA.

Quanto al finanziamento, ha invece osservato che le parti avevano esplicitamente pattuito che la somma di cui al predetto mutuo sarebbe stata impiegata per estinguere le passività in essere tra la ricorrente e la banca.

Il ricorso, per i motivi che saranno di seguito illustrati, non merita accoglimento.

Innanzitutto, non ritiene questo giudice che il contratto in questione sia da considerarsi nullo per difetto di causa.

Ed invero, stipulando un contratto di INTEREST RATE SWAP il cliente e la BANCA si impegnano ciascuno a pagare all'altro, a scadenze periodiche definite, un importo calcolato applicando dati parametri (diversamente prestabiliti per ciascun contraente) a un medesimo valore di base (c.d. nozionale); a ciascuna scadenza i due importi si compensano e ne deriverà un differenziale a carico dell'uno, e correlativamente a favore dell'altro, o viceversa.

Nei contratti di SWAP la causa potrebbe quindi individuarsi nello scambio di due rischi connessi, che, assunti dai due contraenti, derivano dalla vicendevole entità degli importi che matureranno a carico di ciascuno, e quindi dei differenziali che potranno risultare a carico o a favore di ciascuno (ciascuno assume il rischio che il proprio parametro vari in termini a sé

Ordinanza, Tribunale di Firenze, Dott. Massimo Maione del 9 marzo 2017

sfavorevoli, e favorevoli alla controparte, e che quindi risulti a suo carico il differenziale, e non già a suo favore).

La componente aleatoria è quindi intrinseca alla natura del derivato.

L'eventuale sbilanciamento delle alee, ossia una sproporzione tra il rischio assunto dal cliente rispetto al rischio assunto dalla BANCA, non incide sulla struttura del contratto, e quindi sulla sua validità, purché ciascuna delle due parti si assuma un grado (anche sbilanciato) di rischio.

Ora, nel caso in questione entrambe le parti assunsero un 'rischio', proprio perché all'atto della stipula del derivato era incerto chi fosse tenuto al pagamento in via differenziale - e per quale importo - e quindi, specularmente, anche chi sarebbe stato il beneficiario della attribuzione patrimoniale e quale sarebbe stato il quantum della prestazione che quest'ultimo avrebbe ricevuto.

In definitiva, l'IRS è sicuramente un contratto aleatorio, in cui l'alea opera con riferimento ad entrambe le parti, in quanto l'evento incerto è in grado di condizionare entrambe le promesse di pagamento.

Potrebbe affermarsi, in ipotesi, la nullità del contratto qualora questo fosse stato sin dall'origine strutturato in modo tale che il rischio potesse gravare solo su una parte e non anche sull'altra.

La questione si inquadra nel dibattito sulla ammissibilità nell'ordinamento dei contratti aleatori unilaterali.

Con riferimento al problema in esame, si rileva come sia stato affermato che se il derivato determina «*la possibilità di guadagni e perdite per uno solo dei contraenti e per l'altro unicamente di guadagni*», il contratto è nullo «*poiché manca una situazione reale di alea*».

Invero, se nell'IRS manca «*una situazione reale di alea*» il contratto è nullo per mancanza di causa, perché alla promessa di pagamento di un soggetto che è destinato a conseguire vantaggi corrisponde la promessa di pagamento di un soggetto che è destinato a subire solo sacrifici; e l'ordinamento guarda con diffidenza agli spostamenti di ricchezza privi di una ragione giustificativa.

Nel caso in questione, invece, deve escludersi la insussistenza dell'alea unilaterale ed il sicuro 'sbilanciamento' del contratto a favore solo della BANCA, destinata secondo la prospettazione attorea ad acquisire esclusivamente vantaggi.

Infatti, la conoscibilità da parte della BANCA che i tassi di interesse Euribor a sei mesi sarebbero sicuramente decresciuti, è un postulato di parte ricorrente che non trova alcun riscontro - quanto meno nella presente fase cautelare caratterizzata da una necessaria sommarietà dell'accertamento; né, d'altra parte, può essere escluso che i tassi di interesse Euribor potessero ulteriormente crescere nel medio o nel lungo termine di vigenza del derivato.

Tanto sta a confermare che la BANCA resistente non poteva certo prevedere l'andamento dei tassi di interesse per tutta la durata di efficacia del contratto swap stipulato con la ricorrente, e ciò esclude la sussistenza di un'alea unilaterale a carico esclusivo del cliente, confermando la validità, sul versante causale, del derivato IRS (sulla validità dell'IRS si è già pronunciato questo Tribunale, con ordinanza collegiale del 2 Aprile 2016).

Ordinanza, Tribunale di Firenze, Dott. Massimo Maione del 9 marzo 2017

Quanto invece alla nullità del derivato, ex art 30 d.lvo n. 58/1998- per non essere stato previsto il diritto di recesso del cliente dal contratto stipulato fuori sede- se ne deve rilevare allo stato la infondatezza, posto che non risulta ove il contratto si sia perfezionato: se, effettivamente fuori sede, oppure nei locali della banca.

La prova orale dedotta da parte ricorrente non è idonea a superare tale deficit probatorio, posto che verrebbe richiesto al teste di affermare se un dipendente della banca si sia recato presso la sede della SOCIETÀ per proporre il derivato (e non per la vendita).

Ma tanto non esclude che, a seguito di un primo approccio con il dipendente (o promotore finanziario) della BANCA Y, il legale rappresentante della ricorrente si sia consapevolmente recato presso i locali della BANCA per stipulare il contratto IRS.

Si tratta di circostanza dirimente per affermare la nullità o meno del derivato, ma solo se venisse dimostrato il perfezionamento del contratto al di fuori della sede della BANCA (si vedano, al riguardo, Cass. SS.UU. 13905/2013 e la successiva Cass. n. 9134/2016 le quali hanno affermato che la nullità del derivato, per violazione di cui all'art. 30 d.lvo n. 58/1998 si applicano non solo alle vendite del derivato da parte dell'intermediario intervenute nell'ambito di un servizio di collocamento, ma anche alle vendite che abbiano avuto luogo in esecuzione di un servizio diverso, ivi compresa l'esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro: in tal modo implicitamente evidenziando che, per invocarsi la dedotta nullità, occorre indagare sul dove il contratto di vendita si sia perfezionato).

Relativamente, invece, alla nullità del credito fondiario, se ne potrebbe effettivamente predicare la fondatezza- quanto meno in astratto- in considerazione del fatto che si tratterebbe di mutuo di scopo, sicché il contratto andrebbe ritenuto nullo ove tale scopo non fosse realizzabile *ab origine* (anche se vi sarebbe da coniugare la predicata nullità con la previsione pattizia con le quali le parti avevano espressamente stabilito di destinare le somme erogata a titolo di finanziamento al ripianamento dell'esposizione debitoria delle ricorrente).

Ma la dedotta nullità imporrebbe comunque all'*accipiens*- secondo le norme dell'indebito oggettivo di cui agli artt. 2033 e ss. cc- di restituire in ogni caso la somma ricevuta.

Eventualmente potrebbe porsi una questione di compensazione tra opposte pretese creditorie: quella(sicura) della BANCA avente ad oggetto la restituzione delle somme di cui al credito agrario, e quella(eventuale) della ricorrente fondata sull'asserita- ma allo stato non rinvenibile- nullità del contratto IRS.

E' in forza di tali considerazioni che il ricorso va rigettato, anche tenuto conto del fatto che

- 1) il derivato ha esaurito da tempo i propri effetti (il periodo di efficacia era stato delimitato dal 28 Maggio 2008 al 31 Marzo 2014),
- 2) vi è stato un addebito definitivo sul conto corrente della ricorrente a seguito dello scambio dei flussi reciproci,
- 3) residuano esclusivamente gli addebiti di un mutuo agrario che, in ogni caso, deve essere restituito.

Tanto non consente di inibire alla banca l'addebito delle rate del piano di ammortamento del finanziamento agrario.

Quanto, invece, agli altri profili di invalidità del contratto derivato va solo evidenziato che l'errore sulla convenienza economica dell'operazione posta in essere non può considerarsi errore essenziale poiché non verte sull'oggetto del contratto, mentre non vi è- allo stato- prova di alcuna attività decettiva della BANCA.

Ordinanza, Tribunale di Firenze, Dott. Massimo Maione del 9 marzo 2017

Gli altri profili di responsabilità dell'istituto bancario, per inadempimento agli obblighi informativi su di esso incombenti ai sensi del TUB, non sono allo stato apprezzabile, ben potendoli divenire nella futura fase di merito.

Tanto comporta il rigetto del ricorso.

In considerazione di opposti orientamenti giurisprudenziali in materia derivato IRS si ritiene di poter compensare le spese processuali.

P. Q. M.

rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese processuali. Si comunichi
Firenze, 9 marzo 2017

**Il Giudice
dott. Massimo Maione Mannamo**

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

EX PARTE CREDITORIS