



Il g.d.
sciogliendo la riserva e pronunciando fuori udienza osserva quanto segue.
1- Corri ricorso ex art.700. ha chiesto ordinarsi a Banca la sospensione di efficacia di due contratti derivati *interest rate swap* (IRS) stipulati con quest'ultima, e di non addebitare sul conto corrente intrattenuto con lo stesso Istituto bancario somme in dipendenza dei due contratti, con fissazione di una pena ex art.614bis c.p.c. per ogni successiva violazione, oppure per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento.
La ricorrente sotto il profilo del *fumus boni juris* evidenzia:
- che il primo contratto di IRS sottoscritto il 3-10-2007, e che secondo gli accordi avrebbe dovuto essere sostituito dal secondo IRS stipulato il 1-2-2008, sarebbe nullo per essere divenuto speculativo; il contratto con la causa concreta di tipo conservativo esplicitata nel relativo accordo quadro, o comunque inefficace per essere stato risolto consensualmente o novato dal secondo contratto di IRS stipulato in data 1-2-2008;
- che il secondo contratto di IRS non sarebbe stato preceduto dalla stipula per iscritto del contratto quadro in esso richiamato, derivandone da ciò la nullità per vizio formale;
- che entrambi i contratti di IRS sarebbero nulli per difetto di causa in concreto, stante la loro inidoneità a realizzare la copertura del rischio di rialzo di tassi Interesse debitori, essendo piuttosto fonte di indebitamento progressivo, sommandosi i differenziali da pagare con il costo derivante dalla stipula di un contratto di leasing sottoscritto dalla ricorrente con società del gruppo il 23-10-2007;
- che la nullità dei contratti derivati avrebbe anche dall'originario squilibrio dell'alea contrattuale; e dall'irrazionalità della scommessa sottostante, stante il fatto che i derivati sin dalla loro stipula dovevano partire con un *mark to market* pari a zero, laddove gli esborsi previsti inizialmente per ciascuna delle parti erano differenti (4,75% nel primo IRS e 4,70% per il secondo a carico del cliente a fronte di EURIBOR rispettivamente a sei mesi ed a tre mesi a carico della Banca);
- che tale equilibrio iniziale, costituente un costo implicito dell'operazione, non era stato riequilibrato mediante obbligo a carico della Banca di versamento di *up front* al fine di portare in pareggio con riguardo alla data iniziale lo scambio dei flussi di cassa;
- che la mancata esplicitazione del valore dei derivati (il cd. *mark to market*) al momento di scioglimento del vincolo contrattuale e quindi i costi impliciti e le penalità in caso di recesso avevano impedito al contraente di conoscere l'effettivo grado di rischio assunto e di renderlo razionale e misurabile;
- che tutto ciò comporterebbe la nullità dei contratti per carenza di causa ex art.1418 comma 2 c.civ., oppure per la non meritevolezza in concreto degli interessi perseguiti ex art.1322 comma 2 c.civ., oppure per difetto di accordo sul requisito essenziale del compenso, che avrebbe dovuto essere

EX PARTE CREDITORIS



determinato o reso determinabile in virtù di un modello condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente;

-che comunque i due contratti sarebbero risolubili ex art.1453 c.civ. per grave inadempimento degli obblighi da essi discendenti, non rispondendo affatto alla finalità di copertura del rischio di innalzamento dei tassi di interesse, ma piuttosto a garantire alla Banca una elevata remuneratività dell'investimento data dai costi non esplicitati; rispetto ai quali faceva capo alla Banca un obbligo informativo specifico, in modo da consentire al Cliente di effettuare una valutazione consapevole dell'opportunità e convenienza dello strumento finanziario prescelto; obbligo la cui violazione costituirebbe grave inadempienza; La ricorrente afferma inoltre l'esistenza di *periculum in mora* giacché l'addebito periodico di differenziali non dovuti la priverebbe di somme liquide necessarie per fare fronte alle ordinarie esigenze gestionali, comportando inoltre il rischio di sconfinamento (o di ulteriore sconfinamento) dagli affidamenti concessi proprio per provvedere al pagamento dei differenziali dovuti; inoltre l'esistenza del prodotto derivato è segnalata alla CRIF ed alla Centrale Rischio della Banca d'Italia; e ciò comporterebbe il concreto rischio di chiusura degli affidamenti e di vedere in tal modo ridotta la propria reputazione commerciale.

La resistente Banca _____ ha chiesto il rigetto della domanda cautelare, evidenziando in particolare: che il primo derivato del 3-10-2007 era inteso a coprire il rischio di rialzo dei tassi afferente al finanziamento a tasso variabile, acceso dall'istante con _____ mediante rogito _____ rep.33827, stipulato in _____ 3-10-2007; e non anche il contratto di leasing del 23-10-2007, tra _____ ed _____, invece coperto dal solo contratto IFS stipulato in data 1-2-2008; che il contratto quadro relativo al secondo derivato era stato regolarmente stipulato in forma scritta; che il secondo contratto derivato non costituiva rinegoziazione del primo, essendo esso da questo del tutto indipendente; che entrambi i contratti derivati avevano una lecita e concreta funzione di copertura del rischio di tasso dell'indebitamento sottostante, riducendo i rischi derivanti dal tasso variabile predeterminando il costo massimo degli oneri finanziari dei contratti di durata sottostanti; che non costituivano motivo di nullità la mancata indicazione di cd. costi impliciti e la mancanza di iniziale parità tra i flussi finanziari rispettivamente a carico del cliente e dell'intermediaria, questa non imposta da alcuna norma neppure dall'allegato 3, punto 4.1 del Regolamento Consob 15522/1998 o mediante corresponsione di un *up front*); che non sarebbe configurabile il *periculum in mora* non essendo dimostrato che il versamento dei differenziali possa comportare conseguenze non adeguatamente riparabili per equivalente;

2. - Eleva il Tribunale allo stato della cognizione sommaria l'insussistenza dei presupposti tali da giustificare il ricorso alla tutela cautelare.

2.1 - Le doglianze di ordine formale inerenti la mancata stipula del contratto quadro nella forma scritta richiesta (ex art.23 TUIF e 37

Reg.Consob. n.16190-2007). In riferimento al secondo derivato IRS sono infondate. Nel costituirsi in giudizio ha infatti prodotto (doc.5) copia fotostatica, non espressamente contestata nella conformità all'originale nell'udienza immediatamente successiva, di "contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati" in data 1-2-2008; destinato a regolare operazioni di *interest rate swap*, recante timbro della società ricorrente e firma non disconosciuta nella sua provenienza dal legale rappresentante della stessa, apposta su ogni foglio. Nel contratto quadro era contenuta dichiarazione della cliente (v. premessa lett.b) secondo cui questa aveva interesse ad effettuare le future operazioni ivi disciplinate "in considerazione della propria visione ed aspettative di evoluzione degli scenari dei mercati finanziari di riferimento" ed "al fine di cautelarsi rispetto al rischio di interesse ...sulle proprie posizioni debitorie e/o creditorie tramite il perfezionamento di operazioni analoghe a quelle oggetto del contratto allo scopo di meglio correlare le posizioni medesime con la propria situazione creditoria e debitoria globale oppure di bilanciare posizioni creditorie e debitorie generate da operazioni analoghe a quella prevista nel contratto"; si specificava che la Banca nell'ambito della propria attività finanziaria effettuava operazioni analoghe a quelle oggetto di quel contratto "atte a soddisfare l'interesse sopra descritto del cliente". Il contratto quadro conteneva poi una sezione contenente descrizione delle operazioni di *interest rate swap* e delle loro caratteristiche principali (sezione I artt.23 e segg.). Trova quindi sostegno probatorio il riferimento contenuto nel contratto di *interest rate swap* dell'1-2-2008 (doc.4 ricorrente) alla pregressa stipula, in pari data, del contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari destinato a disciplinare l'operazione.

3- Quanto alle ulteriori censure di nullità, è documentato che stipulò un primo contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari in data 1-2-2007 (doc.1 ricorrente) contenente le "condizioni generali per operazioni su strumenti finanziari derivati" destinate a regolare operazioni di IRS; la cliente in quel contratto dichiarava di essere "operatore qualificato ai sensi e per gli effetti della normativa in vigore"; era specificata in quel documento l'esistenza di interesse della cliente "al fine di cautelarsi rispetto al rischio di interesse sulle proprie posizioni debitorie e/o creditorie tramite il perfezionamento di operazioni analoghe a quelle oggetto del Contratto". In pari data la ricorrente stipulò con un primo contratto IRS di tipo cd. *purplecollar* n.159/163 (doc.2 ricorrente) di cui la cliente "avuto riguardo alle intese e alle avvertenze ed informazioni da voi ricevute sulle implicazioni e caratteristiche specifiche dell'operazione" confermava le condizioni. Tale contratto aveva importo nozionale pari ad € 4.000.000, scadenze periodiche al 30-6 ed al 31-12 di ciascun anno a partire dal 30-6-2008 sino al 30-6-2022 e conteneva fissazione dei reciproci tassi parametro. In particolare si impegnava a versare alla controparte somma pari al 4,750% del nozionale se il tasso Euribor sei mesi rilevato nei due giorni lavorativi la data di inizio di ciascun periodo, fosse stato

eguale o inferiore a 3,950%, oppure a versare il tasso Euribor a sei mesi se questo fosse stato compreso tra un minimo del 3,950% ed un massimo del 6%, oppure a versare il 6% del nozionale se il tasso euribor a sei mesi fosse stato eguale o superiore al 6,00%. Nel contempo, alle stesse scadenze, si impegnava a versare alla controparte somma derivante all'applicazione sul nozionale del tasso Euribor sei mesi. Riguardo a tale primo contratto, la ricorrente ha affermato, senza che sul punto siano insorte contestazioni, di avere versato a "differenziali" negli anni 2010 e nell'anno 2012 (con valuta 29-6-2012) per complessivi € 263.385,71. E' documentato inoltre che il 1-2-2008

avuto riguardo alle "intese intercorse alla avvertenze ed informazioni da voi ricevute sulle implicazioni e caratteristiche specifiche dell'operazione" e non riferimento al contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari, con il suo concludo in data 1-2-2008, stipulò con un secondo contratto di IRS di tipo cd. purplecollar n. 2804784, con importo nozionale pari ad € 980.000 e scadenza periodiche al primo giorno di ogni mese a partire dall'1-2-2010 sino all'1-12-2027. In particolare, si impegnava a versare alla controparte somma pari al 4,70% del nozionale se il tasso Euribor tre mesi rilevato nei due giorni lavorativi precedenti la data di inizio di ciascun periodo fosse stato eguale o inferiore a 3,45%; oppure il tasso Euribor a tre mesi se questo fosse stato compreso tra un minimo del 3,45% ed un massimo del 5,60%; oppure a versare il 5,60% se il tasso euribor a tre mesi fosse stato eguale o superiore al 5,60%. Nel contempo, alle stesse scadenze, si impegnava a versare alla controparte una somma derivante all'applicazione sul nozionale del tasso Euribor tre mesi. Riguardo a tale secondo contratto la ricorrente ha affermato di aver versato a "differenziali" per € 10.154,54 nel 2010, € 164.463,42 nel 2011, € 173905,70 nel 2012, € 190.212,64 nel 2013, ed € 131.350,19 per complessivi € 839.090,49; il versamento di tali somme non è stato oggetto di specifica contestazione da parte della resistente.

3.2: - Secondo l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza in materia i contratti di *Interest rate swap* si inseriscono nella categoria dei contratti derivati, strumenti finanziari caratterizzati dalla circostanza che la prestazione a cui è tenuta la parte deriva dall'andamento di certi parametri sottostanti. I *swaps* possono essere definiti come accordi tra due parti per scambiarsi futuri pagamenti, a date e con modalità di calcolo definite contrattualmente; in particolare gli *Interest Rate Swap (IRS)* consistono nello scambio di flussi di interessi tra le due parti contraenti rispetto al medesimo capitale di riferimento (nozionale), a delle scadenze prefissate.

Il legislatore inserisce espressamente i contratti di IRS tra gli strumenti finanziari di cui all'art.1 comma 2 TUIF ma non ne fornisce specifica disciplina contenutistica, sicchè si è ritenuto che gli stessi sebbene "amminati" siano concretamente contratti atipici, rispetto ai quali può essere concretamente verificato il parametro di meritevolezza di cui all'art.1322 comma 2 c.civ.. L'*Interest rate swap* ha inoltre natura aleatoria, perchè è caratterizzato dallo scambio a scadenze prefissate dei flussi di cassa

EX PARTE CREDITORIS



prodotti dall'applicazione di diversi parametri ad uno stesso capitale di riferimento; derivandone che l'entità delle prestazioni reciproche (e quindi dei differenziali derivanti dalla compensazione) varia a seconda dell'andamento futuro del parametro (tasso di interesse) sottostante, e non è predeterminabile con certezza al momento del perfezionamento dell'operazione. Considerando il profilo causale, il contratto in questione, se stipulato da un imprenditore che intenda tutelarsi dalla oscillazione dei tassi in riferimento ad un diverso finanziamento a tassi variabili che abbia in essere (con lo stesso intermediario o con altro) ha normalmente la funzione (in sé scelta e meritevole di tutela) di eliminare, o quanto meno ridurre, il rischio derivante da quella oscillazione verso l'alto dei tassi variabili rendendo nel contempo prevedibile l'esborso massimo cui egli debba assoggettarsi in caso di aumento dei tassi afferenti il rapporto collegato.

Assume la ricorrente che nella specie tale profilo causale di assicurazione contro il rischio di aumento dei tassi non si sarebbe realizzato (o comunque sarebbe venuto meno) anzitutto quanto al primo degli IRS del 3-10-2007. Questo avrebbe avuto la funzione di "cautelare" il rischio tassi derivante da un contratto di leasing in seguito stipulato tra s.r.l. e (anch'essa del gruppo) il 23-10-2007 il quale, secondo quanto allegato, prevedeva un importo finanziato di € 4.000.000 (al netto da pagare all'inizio della locazione) ed in seguito di € 4.980.000 da corrispondere in rate mensili con applicazione del tasso nominale del 5,041%, indicizzato all'EURIBOR. Il primo contratto di IRS sarebbe però stranamente "sovravissuto" alla stipula del secondo IRS dell'1-2-2008, nonostante quest'ultimo avesse integrato una rinegoziazione del primo con finalità di produrre condizioni economiche meno onerose per ad onta di tale "rinegoziazione" avrebbe continuato ad addebitare all'impresa differenziali negativi anche in relazione al primo contratto. Di tali affermazioni, contestate dalla parte resistente, non vi è neppure nei limiti del *fumus* della fase cautelare, alcuna dimostrazione posto che nel secondo contratto di IRS del febbraio 2008 non vi era alcuna menzione dell'intento di rinegoziare, risolvere o novare il rapporto nascente dalla stipula del primo IRS (è noto peraltro che l'*animus novandi* deve essere espresso ex art.1230 comma 2 c.civ.). Non vi è neanche dimostrazione dell'assunto, anch'esso contestato dalla resistente, secondo cui i due derivati sarebbero entrambi volti ad offrire copertura al rischio aumento dei tassi afferente il debito a tasso variabile insorto a carico con la stipula del contratto di leasing del 23-10-2007 (che originariamente conteneva previsione di un finanziamento di € 4.980.000 con rate indicizzate al tasso Euribor tre mesi-v.artt.6 e 10 di tale contratto). La resistente ha eccepito che tale funzione era propria solo del secondo IRS, mentre il primo derivato era destinato a coprire il rischio del rialzo del tasso di interesse passivo di altro rapporto debitorio, derivante dalla stipula da parte di di contratto di finanziamento ipotecario per rogito notaio rep.33827 e raccolta1352

(doc.7 resistente) stipulato il 2-10-2007, e tuttora in corso. Tale ultima affermazione appare sostenuta dalle documentazioni in atti, non solo in ragione della contiguità cronologica di stipulazione tra mutuo e primo IRS, ma anche della coincidenza dell'importo capitale mutuato con il nozionale del primo IRS (€ 4.000.000), nonché dei parametri di riferimento (Euribor sei mesi), e della durata dell'esecuzione dei due contratti (di quindici anni sino 30-6-2022 per il mutuo compreso il periodo di preammortamento, con analoga durata per l'IRS n.1596163 come da piano di ammortamento allegato, con identica quota capitale di € 253.246 collegata a ciascuna scadenza semestrale); né in senso contrario vale considerare la delibera del Consiglio di Amministrazione di s.r.l. del 2-10-2007 dalla quale è dato solo di ricavare che dal punto di vista meramente economico anche il mutuo era destinato (al pari del successivo contratto di leasing) a procurare la provvista finanziaria per la realizzazione del nuovo complesso ; conglobando nel presente altro mutuo pregresso:

4 - L'affermazione di nullità per difetto di causa concreta a motivo dell'indoneità dei due contratti derivati a realizzare la copertura del rischio di rialzo dei tassi interesse debitori variabili (discendenti rispettivamente dal contratto di mutuo e da quello di leasing) non appare, seppure nei limiti della cognizione sommaria, adeguatamente comprovata. A riguardo si osserva che essendo la causa (intesa quale funzione economico-individuale espressa dalla sintesi degli interessi reali che il negozio è diretto a realizzare al di là del modello - anche tipico - adoperato - Cass. 8/5/2006, n. 10490) elemento essenziale del contratto (nel momento genetico) sarebbe stato necessario dimostrare che già *ab origine* i due contratti derivati fossero, in tutto o nel rispetto alla finalità concreta di eliminare, o quanto meno ridurre, il rischio di eccessivo indebitamento dell'impresa in relazione ai rapporti di finanziamento a ciascuno di essi collegati, e di rendere prevedibile l'esborso massimo complessivamente da sostenersi per tutta la durata di quegli stessi rapporti.

La dimostrazione di carenza originaria (*ex ante*) della causa dei due contratti non può inferirsi dal fatto che, durante il periodo di loro esecuzione, il differenziale da liquidare periodicamente in relazione a ciascun debito sia stato concretamente pressochè sempre a sfavore della societàorrente. Il riscontro di tale andamento del differenziale integra una mera constatazione *ex post*, inerente la convenienza economica dell'operazione così come concretamente sviluppatasi per effetto dell'andamento dei tassi di mercato; laddove l'eventualità che il tasso Euribor di riferimento (a sei mesi nel primo contratto IRS ed a tre mesi nel secondo) potesse discendere al di sotto del minimo contrattualmente previsto mantenendosi costantemente basso era compresa nell'alea contrattuale assunta, già valutabile al momento della convenzione, e sulla scorta dei parametri indicati nel contratto. Ciò trova conferma esaminando (*ex ante*, ossia con riguardo al momento di stipulazione) le reciproche prestazioni periodiche come indicate nei due

contratti, potendosi affermare che le stesse fossero idonee a soddisfare un apprezzabile interesse per il contraente, seppure, nell'eventualità, di un rialzo del tasso di riferimento oltre i limiti pattuiti. Ed infatti per il primo contratto se il tasso Euribor a sei mesi fosse salito oltre il 6% l'impresa avrebbe di fatto corrisposto grazie al contratto. In questione un tasso fisso del 6% (più il solo spread pattuito per il finanziamento collegato) così ponendo un tetto definito al rischio di tasso. Nel caso invece che il tasso di riferimento fosse rimasto compreso tra il 3,95% ed il 6% il contratto wap non avrebbe influito sul contratto base (perché in quel caso si sarebbero compensati il tasso euribor 6 mesi da corrispondere da parte del cliente, con quello analogo da pagare da parte della Banca); solo nell'ipotesi più sfavorevole (in effetti verificatasi con la notoria netta caduta dei tassi avutasi dall'anno 2009 in poi) di tasso euribor inferiore al 3,95% il cliente avrebbe dovuto continuare a versare il minimo pattuito -4,75% più lo spread; ed analogo ragionamento seppure con riguardo ai diversi parametri di riferimento può compiersi con riguardo al secondo derivato (avendosi anche in quel caso riguardo alla situazione esistente al momento della stipula, trattandosi di riscontrare il requisito generico della causa).

La dimostrazione dell'affermata idoneità causale dei contratti rispetto alle finalità di copertura non è offerta neppure dalla relazione tecnico contabile (contestata dalla resistente), prodotta dall'impresa. Quest'ultima relazione, quanto al primo dei due IRS, è basata su un presupposto di fatto non dimostrato (ossia che anche quel contratto fosse finalizzato a cautelare l'impresa dal rischio di aumento di tasso rispetto al contratto di leasing immobiliare del 2007, senza valutare il rapporto con il finanziamento del 2.10.2007), ritraendone quindi conseguenze anch'esse errate. Quanto al secondo IRS nella predetta relazione si argomenta l'esistenza di un originario squilibrio tra le prestazioni non bilanciata da alcun versamento da parte della Banca (*supra*), raffrontando le prestazioni non con riguardo alla data di stipula del contratto derivato (febbraio 2008) e di assunzione del relativo impegno contrattuale, alla quale evidentemente occorre rifarsi dovendo valutare l'esistenza di un difetto genetico, bensì a quella di merito successivamente (gennaio 2010) in cui lo stesso avrebbe avuto inizio di esecuzione. Non è neanche condivisibile l'affermazione di nullità dei contratti IRS per l'originario squilibrio della prestazioni (difetto della causa concreta), la ragione della mancata specificazione al momento della conclusione del contratto del c.d. *mark to market* (inteso come valore atteso dei flussi cedolari attualizzati alla data di stipulazione del contratto), oppure della penalità in caso di recesso, la quale determinerebbe l'assunzione da parte dell'impresa di alea non misurabile o non razionale. La soluzione, sostenuta da alcune pronunce di merito richiamate dalla ricorrente, non appare condivisibile, sia perché l'indicazione del *mark to market* non è imposta espressamente dalla disciplina di legge quale elemento costitutivo dell'accordo al momento della stipula del contratto di IRS, sia perché esso non esprime un valore concreto e attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di

mercato del contratto in caso di risoluzione anticipata dello stesso (cfr. in tal senso Cass. Pen. sez. II, 16/12/2011, n. 47421), presentandosi pertanto quale elemento esterno alla struttura del contratto; ed integrando sostanzialmente una valutazione previsionale sull'andamento dei tassi sottostanti l'operazione, durante la vita del derivato, rientrando nella valutazione di convenienza dell'operazione e dell'alea nella fase precontrattuale. Peraltro una eventuale accertata carenza informativa su punto in violazione dell'art. 21 TUF al momento delle trattative o della stipula del contratto non comporterebbe nullità di quest'ultimo ex art. 1418 comma 2 c.civ. per carenza di un elemento essenziale, potendo al più costituire motivo di responsabilità risarcitoria dell'intermediario per violazione di norme comportamentali (Cass. s.u. 19/12/2007, n. 26724; Cassazione civile, sez. I, 9/1/2013, n. 330).

Assume inoltre la ricorrente l'invalidità ex art. 1418 comma 2 c.civ. dei contratti derivati, sempre per difetto di causa concreta, nel presentando gli stessi al momento della sottoscrizione differenziale nullo tra le prestazioni previste a carico del cliente e dell'intermediaria, ma anzi comportando l'addebito di costi impliciti a carico del primo, non riequilibrati dalla previsione di una prestazione di un versamento (cd. *up front*) a carico della seconda. Tale affermazione non è però, allo stato della cognizione sommaria, comprovata da univoci dati contabili che dimostrino l'entità di quei costi, né potrebbe derivarsi dal semplice carattere negativo dei differenziali sempre pagati dalla cliente (secondo quanto indicato nelle tabelle riassuntive prodotte) ben potendo quegli addebiti rientrare nell'alea contrattualmente assunta, stante la possibilità, certamente non imprevedibile a priori, che i tassi di riferimento si mantenessero costantemente a livello inferiore della soglia considerata.

Va inoltre rilevato che entrambi i contratti di IRS se riguardati alla data di loro sottoscrizione (unica considerabile ove si debba considerare il difetto genetico di causa e non il rischio assunto per il futuro andamento dei tassi) presentavano, quanto ai differenziali, situazione di equilibrio. In particolare al momento della sottoscrizione del primo IRS (ottobre 2007) il tasso Euribor a tre mesi oggetto della prestazione della Banca era pari al 4,74%; situazione nella quale la cliente avrebbe dovuto a sua volta corrispondere alla controparte il medesimo tasso, non essendo detto saggio inferiore del 3,950%. Per il secondo IRS il tasso euribor tre mesi del febbraio 2008 era pari al 4,42%, situazione nella quale la cliente avrebbe dovuto a sua volta corrispondere il medesimo tasso, non essendo detto saggio inferiore alla limite inferiore del 3,45%. La Banca peraltro ha riconosciuto (si veda la relazione tecnica depositata a firma dei propri tecnici in specie alla pag. 5) di avere applicato dei costi aggiuntivi (commissioni) non esplicitati tali da alterare la situazione di sostanziale neutralità, ossia un "margine per l'allestimento e la gestione dell'operazione" a suo dire in linea con i margini applicati sul mercato "da altri competitor per operazioni similari". Anche ove si ritenga che ciò costituisca astrattamente causa di nullità per difetto di preventivo accordo



sul punto, si tratterebbe pur sempre di nullità parziale, rispetto alla quale sarebbe stato necessario dimostrare (e la prova non è stata raggiunta) che il cliente, in relazione all'entità di quei costi non avrebbe concluso il contratto, ove ne avesse avuto piena conoscenza al momento della stipula (ciò sulla scorta del principio per il quale l'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 comma 1 c.civ. ha carattere eccezionale, per cui deroga al principio generale della conservazione del contratto-Cass. 05-2005 n.10690).

5- Non fondata sotto il profilo del *fumus boni juris* è anche l'affermazione di risolubilità per grave inadempimento del due contratti ex art. 1455 c.civ., per non avere l'intermediario (in violazione dell'obbligo posto dall'art.21 comma 1 TUIF) assolto i propri obblighi informativi, così non consentendo alla società di comprendere l'asserita inidoneità di quelle operazioni a cautelarla dal rischio di innalzamento del tasso di interesse, e comunque di valutarne l'opportunità e convenienza. Ed invero per il primo contratto di IRS la società aveva espressamente dichiarato (vedi contratto quadro) di rivestire la qualità di operatore qualificato, "ai sensi e per gli effetti della normativa in vigore", in grado pertanto di valutare la portata ed il significato dell'operazione proposta. La dichiarazione, autorevole di operatore qualificato, esonerava l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso; salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale. Tale dichiarazione costituisce argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, art. 116 c.c.p., anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti, e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, Cassazione civile, sez. I, 26/5/2009, n. 12138). Nella specie la ricorrente non ha fornito riscontri probatori idonei a vincere la presunzione semplice derivante dalla dichiarazione in questione.

Quanto al merito dei contratti IRS esso venne stipulato dopo l'entrata in vigore del nuovo regolamento Consob n. 16190 del 2007 (a sua volta derivato dall'attuazione legislativa della Direttiva 2004/39/CE del 21/4/2004), il quale ha previsto più stringenti obblighi informativi nei confronti del cliente non professionale (art.27), come individuato secondo i nuovi criteri di classificazione introdotti (non vi è prova che la ricorrente potesse essere inquadrata, in relazione ai dati di bilancio in essere al momento della stipula del secondo IRS, quale cliente professionale secondo i criteri di nuova introduzione). Tuttavia, allo stato della cognizione sommaria, non consta che vi fu senz'altro palese violazione degli obblighi informativi in parola (tale quindi da costituire grave inadempimento ex art.1455 c.civ. e motivo di probabile risoluzione del secondo contratto, da farsi valere nell'instaurando giudizio di merito).

A questa valutazione si perviene ove si consideri che la società istante aveva già in precedenza stipulato altro contratto di caratteristiche del tutto simili, dichiarando di avere già ricevuto "avvertenze ed informazioni sui rischi sulle implicazioni, e sulle caratteristiche specifiche dell'operazione" (vedi conferma primo IRS), il che fa ritenere che avesse già dimestichezza con quella tipologia di operazioni; che medesima dichiarazione rese anche al momento della stipula del secondo derivato; che nel secondo contratto quadro era contenuta descrizione analitica delle caratteristiche del contratto di IRS (cfr. sezione I art.23-24). Tutto ciò concorre a sostenere una presunzione sia pure semplice, ma allora non vinta da specifici elementi di prova, che la società fosse stata posta a conoscenza dei rischi, implicazioni, e caratteristiche tecniche dell'operazione posta in essere, stante soprattutto la sostanziale analogia strutturale del secondo contratto con quello del 3-10-2007.

6- Le considerazioni che precedono comportano l'esclusione del fumus boni iuris; difetta tuttavia prova anche del *periculum in mora*. A riguardo va considerato:

- a) che il danno temuto dato da ulteriori futuri versamenti del differenziale ha natura patrimoniale (ed è quindi presumibilmente riparabile per equivalente risarcitorio all'esito di un giudizio di merito, stante anche la più che probabile solvibilità della controparte quale istituto bancario);
- b) che non è dimostrato un imminente ed effettivo (perché desunto da concrete circostanze) pericolo di crisi aziendale (ad esempio comportante rischio concreto di insolvenza o di assoggettamento a procedure concorsuali o di revoca di affidamenti già in essere) da ricollegarsi ai versamenti periodici di cui si discute;
- c) che non è dimostrata l'effettiva ed imminente necessità di fare ricorso a nuovo indebitamento con il mercato bancario per fare fronte ai versamenti periodici, ovvero di porre in essere ulteriori sconfinamenti rispetto a posizioni di affidamenti già in essere, con concreto rischio per la reputazione commerciale e seguito di possibile segnalazione presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia o altra centrale interbancaria. In particolare risulta dalla vicenda della Centrale Rischi presso la Banca d'Italia versata in atti che su alcuni affidamenti in essere sono segnalati degli sconfinamenti rispetto all'accordato (ad esempio € 255.468 di utilizzato rispetto ad un accordato operativo di € 250.000 con Banco di Sicilia) o comunque l'esistenza di un scoperto (di € 37.789 con Banco di Sicilia). Tali sconfinamenti (o scoperto) hanno bassa entità percentuale rispetto all'ammontare dei finanziamenti complessivamente ottenuti da una molteplicità di soggetti; inoltre le segnalazioni di sconfinamento (o scoperto) non vanno apparentemente bilanciate in altre linee di credito per importi maggiori, ancora non utilizzate rispetto all'accordato (ad esempio verso Banco di Sicilia). È segnalato un accordato operativo di € 200.000 di crediti per cassa, non utilizzato);
- d) che non è sintomatica dell'esistenza del *periculum in mora* la sola segnalazione presso la Centrale Rischi del differenziale in favore della

Ex Parte Creditoris

Rivista di Informazione Giuridica

discendente, dal derivato, dal momento che si tratta di situazione fisiologicamente connessa al meccanismo operativo del contratto, e peraltro già in essere da alcuni anni, ovvero da quando i contratti di IRS hanno avuto esecuzione:

Per le considerazioni che precedono il ricorso non può essere accolto.

La esistenza di rilevanti oscillazioni giurisprudenziali nella materia controversa e sulle principali questioni poste dalla fattispecie, giustifica la compensazione delle spese di procedura ai sensi dell'art.92 comma 2 c.p.c..

PTM

rigetta il ricorso e compensa le spese di procedura tra le parti.
Il g.d.
Taranto, 9-3-2015

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
IL 10 MAR 2015
IL CANCELLIERE
PER GIULIO M. RAYDO

Man...

EX PARTE CREDITORIS