

TRIBUNALE DI TARANTO

IL GIUDICE

- sciogliendo la riserva espressa all'udienza del 8.4.2015 sulla richiesta di provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., depositata ante causam da Società
contro Banca _____ iscritto al R.G. n. _____ 2015;


preMESSO che

- ▀ la ricorrente ha esposto di aver stipulato, la data 19/1/2007, con la banca convenuta, un contratto di interest rate swap su un nozionale pari a € 743.983,92, che doveva servire da copertura "rispetto al "rischi di interesse" derivanti dal sottostante contratto di leasing immobiliare stipulato dalla stessa ricorrente con _____, oggi _____

_____ appartenente al gruppo _____ di cui fa parte

anche

- ▀ Il contratto di IRS prevede una durata fino al 31/6/2021 e dei tassi di interesse per ambedue le parti condizionati alle oscillazioni dell'Euribor a tre mesi, come risulta dal prospetto allegato al contratto tra le stesse stipulato: in particolare per la ricorrente è previsto un tasso del 4,10% se l'Euribor a tre mesi si mantiene al di sotto del 5,75%, se invece il tasso Euribor a tre mesi supera il 5,75% alla ricorrente si applica il tasso Euribor; alla banca si applica sempre il tasso Euribor a tre mesi.
- ▀ La ricorrente ha assunto che il contratto di IRS stipulato sia radicalmente nullo, per mancanza originaria della causa, dal momento che esso non è idoneo, così come congegnato dalle parti, ad assolvere ad una funzione di copertura del sottostante leasing, nonché a causa di uno squilibrio originario delle aree assunte dalle parti, per cui il rischio assunto dal cliente è di molto superiore a quello assunto dalla banca; la ricorrente ha altresì rilevato in ogni caso una scorrettezza della banca nelle trattative, non avendo la stessa adeguatamente informato la cliente dei rischi connessi a tale contratto e delle perdite che avrebbero potuto derivarne, il che potrebbe giustificare un'azione di risoluzione del contratto per inadempimento; nelle more dell'instaurando giudizio di merito, volto ad accertare in primo luogo la nullità del contratto e in subordine ad ottenere la risoluzione dello stesso per inadempimento della banca, vi è il pericolo di un aggravamento dell'esposizione debitoria della ricorrente, che ha già





accumulato in conseguenza del suddetto contratto, un debito nei confronti della banca di € 123.159,55;

- Tanto premesso ed esposto la ricorrente ha concluso chiedendo al giudice adito di disporre l'immediata sospensione del contratto di IRS, ordinando alla banca resistente di cessare di addebitare i differenziali dovuti periodicamente in virtù del contratto di IRS
- La convenuta, costituendosi, ha eccepito l'insussistenza del periculum in mora, avendo paventato la ricorrente unicamente un pregiudizio economico, che non giustifica il ricorso alla tutela d'urgenza, a meno che non siano coinvolti altri interessi costituzionalmente garantiti, che nel caso di specie non vengono in rilievo; nonché l'insussistenza del *fumus boni iuris*, poiché il contratto stipulato è pienamente conforme al modello e non squilibrato nell'interesse delle parti

OSSERVA

Presupposti della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. sono il *periculum in mora*, e il *fumus boni iuris*, che devono sussistere congiuntamente e non alternativamente e, la cui prova, incombe su chi aziona la tutela stessa, il quale, indipendentemente da quello che sarà l'onere della prova nel giudizio diretto ad affermare il diritto vantato, deve, nel giudizio cautelare, giustificare il ricorso alla tutela invocata appunto provando la sussistenza di una situazione di pericolo consistente nel fatto che il diritto vantato possa essere irrimediabilmente pregiudicato dai tempi processuali necessari per accertarlo in giudizio o che, in tale periodo, possano essere irrimediabilmente pregiudicati altri diritti al primo connessi, costituzionalmente garantiti. Altresì è suo onere provare, quantomeno il *fumus* della fondatezza del diritto stesso, allegando fatti specifici da cui emerga la verosimiglianza del diritto vantato, in modo da consentire al giudice di compiere immediatamente un giudizio prognostico in ordine al presumibile accoglimento della domanda stessa all'esito del giudizio di merito¹.

Dalla prospettazione della ricorrente non è emersa la ricorrenza del *periculum in mora*. Il pregiudizio paventato, infatti, consisterebbe, a suo dire, nel fatto, che nelle more del giudizio di merito, l'esposizione debitoria si aggraverebbe costringendo la

¹ Pretura Cagliari, 10 agosto 1998: "Anche nelle controversie di lavoro relative alla richiesta di reintegrazione in via d'urgenza nel posto di lavoro del lavoratore licenziato opera la regola generale in materia di procedimento cautelare secondo cui l'onere di provare la sussistenza del "fumus" e del "periculum in mora" è a carico del ricorrente"



ricorrente a ricorrere ad altri finanziamenti per coprirli ed essa potrebbe essere iscritta nella centrale dei rischi della Banca d'Italia nell'ambito delle posizioni a sofferenza. Ebbene, deve contestarsi innanzitutto la convinzione della ricorrente che nei prossimi anni l'esposizione debitoria fin qui accumulata si aggraverà, potendo invece, data l'alea che connota il contratto, anche ridursi. Come è noto, infatti, l'IRS è un contratto in cui, come in una scommessa, le parti contrapposte lucrano o perdono sui differenziali maturati su una certa somma (detta nozionale) in relazione ai tassi pattuiti. Nel caso di specie le parti hanno pattuito che la società paghi il 4,10% se il tasso Euribor trimestrale si mantiene al di sotto del 5,75% e la banca versi sempre una somma parametrata al tasso Euribor, per cui è chiaro che fino a quando il tasso Euribor si manterrà al di sotto del 4,10%, la differenza sarà sempre negativa per il cliente e favorevole alla banca, mentre qualora il tasso Euribor dovesse salire al di sopra del 4,10%, restando al di sotto del 5,75%, la differenza sarà positiva per il cliente e sfavorevole alla banca. Qualora l'Euribor dovesse salire al di sopra del 5,75%, ambedue le parti per contratto pagherebbero il tasso Euribor, quindi le poste si annullerebbero reciprocamente. Alla luce delle pattizioni contrattuali, dunque, l'aggravarsi dell'esposizione debitoria nei prossimi anni sarebbe una conseguenza della previsione, che la stessa ricorrente evidentemente compie, di mantenimento dell'Euribor su valori bassi, al di sotto del 4,10%, che è circostanza del tutto ipotetica e non basata su valutazioni economiche concrete. Del resto nei primi anni di durata del rapporto contrattuale il tasso Euribor era superiore al 4,10% e la ricorrente ha guadagnato sui differenziali, avendo invece perso negli ultimi anni perché, a causa della crisi economica congiunturale, il tasso Euribor si è mantenuto molto basso, a valori prossimi allo zero. Nulla esclude però che negli anni prossimi l'Euribor torni a salire, segnando una ripresa dell'economia e annullando in tutto o in parte le perdite attuali della ricorrente. Dunque il paventato pericolo di aggravamento del danno è solo eventuale e non fondato su elementi concreti e su valutazioni prognostiche apprezzabili.

Del resto la ricorrente ha trascurato una circostanza molto importante: ossia che alle perdite sul fronte dell'IRS le è corrisposto un vantaggio patrimoniale nel contratto sottostante di leasing, in cui il tasso del leasing, essendo indicizzato all'Euribor a tre mesi, che, come già detto, negli ultimi anni si è mantenuto basso, si è mantenuto al minimo contrattuale, e la somma risparmiata nel contratto di leasing ha già compensato in parte i suddetti differenziali negativi.



In ogni caso è noto l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui il pregiudizio patrimoniale, per fondare un'azione d'urgenza, non deve essere fino a sé stesso, ma deve mettere a rischio altri beni costituzionalmente garantiti. Infatti data la naturale fungibilità del denaro, non vi sarebbe mai l'irreparabilità del pregiudizio, alla luce della considerazione che la perdita patrimoniale è sempre reintegrabile all'esito del giudizio di merito e il riconoscimento degli interessi compenserebbe anche il ritardo con cui viene conseguita la somma di denaro. E allora nel caso di specie la ricorrente avrebbe dovuto spiegare, al di là del rischio del tutto ipotetico che il differenziale negativo si incrementi, quale sia il pericolo connesso con l'incrementare del debito (posto che la ricorrente non ha domandato la restituzione della somma già accumulata ma di ordinare la sospensione dell'efficacia del contratto per il futuro). Invero non ha allegato né dimostrato di versare in una situazione di difficoltà economico finanziaria che non le consenta di far fronte al contratto per la durata del giudizio di merito, né che sia a rischio la stessa sopravvivenza dell'impresa. E l'iscrizione alla centrale rischi sarebbe una conseguenza del suo inadempimento al pagamento delle rate, che è un rischio ipotetico, perché al momento essa ha affermato di essere riuscita sempre a pagare i differenziali negativi. Anche il ricorso al credito di altre banche non risulta che sia collegato alla debitoria allo stato accumulata nel contratto di Irs, quanto piuttosto collegato alla conduzione dell'attività imprenditoriale svolta. Del resto il contratto è in atto da otto anni e sia i motivi di nullità adottati che i motivi di risoluzione giudicati potevano essere fatti valere sin dall'origine, ove la ricorrente avesse temuto per la sorte dell'impresa e, allora sembra che il periculum oggi avvertito sia connesso con il timore che l'alien inizialmente accettata stia comportando una perdita che essa non intendo più sostenere.

In ultimo non si è compreso per quale ragione la ricorrente non abbia azionato il diritto di recesso che le è riconosciuto espressamente in contratto, né ha spiegato a quali costi insostenibili andrebbe incontro ove lo esercitasse prontamente. Esercitando il diritto di recesso, infatti, essa impedirebbe l'accumularsi di ulteriori differenziali negativi, potendo poi con calma affrontare il giudizio di merito.

Sebbene ai fini dell'accoglimento della cautela invocata sia sufficiente l'insussistenza del periculum in mora, si rileva che, almeno da un esame sommario delle condizioni contrattuali, che in un futuro giudizio di merito dovrà ovviamente essere approfondito, alla luce della complessità e tecnicità della vicenda contrattuale, non è emersa la sussistenza del *sumus boni iuris*.



Infatti la prospettata nullità che ovviamente è originaria e deve essere valutata guardando alle condizioni pattuite in sede di stipulazione del contratto, indipendentemente dalle conseguenze in sede di attuazione, è insussistente se si rileva che la causa del contratto esiste ed è lecita. La funzione di copertura che il contratto nell'intento delle parti era destinato ad assolvere è in effetti esistente, considerando che la ragione della stipulazione dell'IRS risiedeva, come ammesso anche dalla ricorrente e risultante dallo stesso contratto, nel contrastare gli effetti negativi dell'aumentare del tasso di leasing, che era indicizzato al tasso Euribor trimestrale (ossia saliva all'aumentare del tasso Euribor producendo un accrescimento dell'importo della rata versata a titolo di leasing) ed era destinato a subire delle oscillazioni anche notevoli, imprevedibili in sede di stipula, per il periodo di durata del leasing (16 anni). È allora è chiaro che la funzione di copertura dello swap doveva scattare nel momento in cui il tasso Euribor trimestrale fosse salito trascorrendo con sé anche la rata del mutuo, non anche nel caso in cui il tasso Euribor fosse stato ai minimi storici, mantenendo la rata del leasing al minimo contrattuale. Insomma è evidente che se le parti anziché prevedere nel contratto di leasing un tasso di interesse indicizzato all'Euribor avessero previsto un tasso fisso, non vi sarebbe stato bisogno di stipulare uno swap a copertura, perché la somma da erogare a restituzione del leasing sarebbe stata calcolabile esattamente a priori. La necessità della copertura invece è scattata quando le parti, prevedendo un tasso indicizzato rispetto ad un valore oscillante e senza limiti massimi, hanno sentito l'esigenza, nell'interesse della farmacia debitrice, di prevedere un sistema che consentisse alla società di compensare in parte, al salire dell'Euribor oltre certi limiti, le perdite derivanti dall'aumentare della rata del leasing.

È da questo punto di vista, lo swap stipulato funzionava perfettamente come copertura, giacché al salire del tasso Euribor trimestrale oltre il 4,10% (e fino al 5,75%) la farmacia avrebbe iniziato a guadagnare dal contratto di IRS, così compensando le perdite derivanti dal contratto di leasing.

Le doglianze della ricorrente, dunque, secondo cui negli ultimi anni a fronte di un tasso Euribor trimestrale molto basso, ella ha accumulato delle perdite in conseguenza del contratto di swap, non ha ragione d'essere se si considera che era preventivato dalle parti e insito nella funzione di copertura che il contratto di IRS avesse una convenienza e una funzione solo in caso di Euribor alto, non anche in caso di Euribor basso.

La natura identica del contratto peraltro era nota alle parti e non poteva essere ignorata dalla società, che tra l'altro si era anche presentata come operatore



qualificato. Certamente la qualifica di operatore qualificato dichiarata dalla società crea solo una presunzione di esperienza in materia, superabile ove dagli elementi acquisiti emerga invece che essa non aveva dimestichezza con tale tipo di investimento, e in ogni caso non vale ad escludere gli obblighi di trasparenza e completezza dell'informazione dovuti dalla banca, ma allo stato non vi sono elementi per ritenere che essa in sede di stipula dello swap, non avesse compreso esattamente quale fosse l'alea cui andava incontro.

Non risulta peraltro che in sede di stipula vi fosse una sproporzione tra le reciproche alea, perché all'epoca dei fatti il tasso Euribor trimestrale oscillava intorno al 4%, tanto è vero che nei primi anni di efficacia del contratto la ricorrente ha anche guadagnato sui differenziali e comunque solo la notevole sproporzione tra le alea assunte o l'assenza assoluta di alea per una delle parti avrebbe potuto inficiare la causa del contratto, non una lieve sproporzione in favore della banca. Non è previsto infatti in nessun fonte legale, regolamentare o contrattuale che il rischio assunto dalle parti debba essere identico sul piano quantitativo e ciò che conta, ai fini della configurazione della licità della scommessa è che sia reciproca e razionale, volendo intendere con tale termine, come chiarito da accorta giurisprudenza, che le condizioni del contratto e i costi, anche in termini probabilistici, con riferimento agli eventi incerti cui sono ancorate le alea reciproche siano chiari e conoscibili dalle parti ex ante².

Nel corso di specie le condizioni delle reciproche alea appaiono, ad una valutazione sommaria, individuabili senza difficoltà, anche perché il tasso Euribor a tre mesi è facilmente reperibile in internet anche per un operatore inesperto.

Inoltre, anche sotto il profilo dei requisiti elaborati dalla Consob in relazione alla sussistenza di una valida funzione di copertura³, il contratto stipulato non appare ad una valutazione sommaria carente di causa, posto che la durata dell'IRS è parametrata a quella del contratto di leasing cui è collegato, il nozionale di riferimento non è superiore

² Corte appello sez. I Milano, 19/09/2013 (vv. 17/07/2013, dop. 18/00/2013) n. 3450

³ La Consob, con Comunicazione n. D1/99013791 del 26.02.1999 e con Comunicazione n. DEM/1026875 del 11.04.2001, ha individuato tre fondamentali criteri che devono ricorrere affinché il derivato possa essere considerato avente finalità di copertura: "In particolare, la operazione su strumenti finanziari derivati ordinata dal cliente potranno essere considerate di copertura quando: a) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischioosità di altre posizioni detenute dal cliente; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente".

al capitale oggetto di leasing, il tasso parametro banca è indicizzato allo stesso tasso variabile da coprire (del contratto di leasing), ossia appunto l'Euribor trimestrale⁴.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato. Le spese seguono la soccombenza liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

visti gli artt. 669 bis e ss. e 700 c.p.c., rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in € 3000,00 per compensi professionali, oltre oneri accessori, in favore della resistente

Taranto, 20/4/2015

Il Giudice

dot. ssa Rossella Di Federico
Romulo Di Federico

Dopo: *21 aprile 2015*
Taranto, il *21 aprile 2015*
M. PUNZI N. 1000 TARANTO
Dott ssa M. Blaric *10* *10* *10*

⁴ Trib. Bari, sez. IV, sentenza 5/1/2012