

www.expartecreditoris.it

**TRIBUNALE DI GENOVA
SESTA SEZIONE**

Il Giudice Dott. Emanuela Giordano ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento cautelare ex art. 669 bis e ss. c.p.c. promosso da

CLIENTE-INVESTITORE

-ricorrente-

Contro

BANCA

-resistente-

Il Giudice, letti gli atti, sciogliendo la riserva di cui al verbale che precede, osserva:

FUMUS BONI IURIS

1. SULLA FINALITÀ DI COPERTURA DEL CONTRATTO DI IRS PER CUI È CAUSA

Parte ricorrente afferma la carenza di causa in concreto; sull'assunto che il contratto di IRS sarebbe stato concluso con finalità meramente speculativa, non sussistendo tra la Banca e la ricorrente, al momento della conclusione del derivato, rapporti di finanziamento a tassi variabili che potessero giustificare, in astratto, un'esigenza di "copertura".

E' affermazione condivisa in dottrina e giurisprudenza quella per cui "*gli strumenti derivati - e con essi gli swap - possono avere diverse finalità: di copertura o di speculazione. L'obiettivo di una copertura è quello di ridurre o annullare il rischio che deriva dall'esposizioni nei confronti di variabili di mercato (quali i tassi di interesse), evitando di subire variazioni sfavorevoli. Al contrario negli strumenti con finalità speculativa le parti scommettono al ribasso o al rialzo delle variabili sottostanti, in base alle proprie aspettative*".

Nel caso in esame la finalità di copertura è stata viceversa dimostrata dalla Banca, con riferimento al contratto di leasing in essere con la Banca (doc. 22 di parte ricorrente) come confermato dalle seguenti circostanze:

- non contestato che il doc. 18 di parte resistente rappresenti il piano di ammortamento del leasing;
- alla data della stipulazione dell'IRS (20.4.2007) il capitale residuo del leasing (€ 6.186.672,15 al 31.3.2007) era sostanzialmente in linea con il nozionale dell'IRS (6.100.000);
- le scadenze alle quali conteggiare i flussi di scambio coincidono con quelle delle rate del leasing e così pure la durata complessiva (entrambi i rapporti scadono al 31.12.2019);
- l'esclusione del costo di riscatto non contraddice la finalità di copertura, in quanto è eventuale;
- il nozionale scende allo scendere del capitale residuo: la non perfetta corrispondenza fra l'uno e l'altro evidenziata da parte ricorrente vede comunque sempre il nozionale più basso della rata di leasing: in tal caso la copertura ottenibile sarà solo parziale ossia la finalità sarà solo di ridurre e non di annullare il rischio che deriva dall'esposizione debitoria a tasso variabile;

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Ordinanza, Tribunale di Genova, dott.ssa Emanuela Giordano, 30 novembre 2015

- a tale proposito non corrisponde al vero il fatto che il tasso del leasing sia fisso al 4,5% come si evince dall'art. 6 e dal prospetto sintetico delle condizioni economiche il tasso è indicizzato all'euribor a 6 mesi (- doc. 22 di, parte ricorrente);
- il tasso IRS parametrato a 3 mesi non contraddice la finalità di copertura, considerato in genere il disallineamento minimo fra Euribor 3 mesi e a 6 mesi ed in ogni caso la tendenziale superiorità del secondo al primo, onde anche in questo caso il rischio sarebbe solo ridotto e non annullato, ma permanerebbe la finalità di copertura.

Sussiste pertanto un'elevata correlazione fra lo strumento derivato e il contratto a tasso variabile cui lo stesso deve servire da copertura tale da far ritenere la suddetta finalità.

2. SULLA CAUSA IN CONCRETO A SULLA MANCATA INDICAZIONE IN CONTRATTO DEGLI SCENARI PROBABILISTICI

Parte ricorrente ha richiamato l'indirizzo giurisprudenziale che, qualificando l'IRS come una "scommessa autorizzata", individua la causa del contratto nella "consapevole e razionale creazione di alee".

Secondo tale giurisprudenza, un contratto derivato può considerarsi valido solo se in esso sono specificati gli "scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi" connessi alla sua esecuzione; in mancanza, il contratto è considerato nullo poiché tale da impedire al cliente di avere "consapevolezza del rischio assunto" che è la causa stessa del contratto (App. Milano, 18.9.2013; cfr. avv.ric., pagg. 10 e 11).

Tale assunto muove da premesse errate.

Il contratto di *Interest Rate Swap* (IRS) è un contratto atipico, di natura aleatoria, caratterizzato dallo scambio, a scadenze prefissate, dei flussi di cassa prodotti dall'applicazione di diversi tassi ad uno stesso capitale di riferimento (c.d. nozionale).

L'aleatorietà si atteggia, tuttavia, in maniera differente a seconda della funzione in concreto perseguita dalle parti con la singola operazione, distinguendosi ipotesi in cui l'elemento aleatorio costituisce l'unica ragione determinante le parti alla stipulazione del negozio, da altre in cui esso costituisce solo una componente della più complessa causa contrattuale, rivestendo il contratto finalità ulteriori, quali quella di protezione o di copertura da rischi.

Tale situazione ricorre ove il contratto di IRS sia stipulato da un imprenditore che intenda tutelarsi dall'oscillazione dei tassi in riferimento ad un mutuo a tasso variabile.

Il contratto di swap assume in questo caso una precisa logica che lo avvicina alla causa assicurativa: la causa in concreto è dunque quella di cautelarsi da un rischio preesistente, costituito per il cliente dal fatto di essere esposto all'incertezza dell'oscillazione dei tassi.

Si veda in tal senso Trib. Ancona, 7 giugno 2012, che, in un caso analogo al presente, ha efficacemente osservato come l'operazione fosse "tesa a sterilizzare", *gli effetti dell'oscillazione del tasso di interesse variabile applicato ai sottostanti contratti mutuo artigiano e fondiario, determinandone sostanzialmente la trasformazione in tasso fisso*".

Laddove invece non esista alcun rischio preesistente ed il contratto sia stipulato, quindi, a scopo puramente speculativo, esso è assimilabile alla scommessa (cfr. Trib. Lanciano, 6 dicembre 2005 Trib. Napoli, 30 ottobre 2012).

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Ordinanza, Tribunale di Genova, dott.ssa Emanuela Giordano, 30 novembre 2015

La causa in concreto, come sopra definita, esiste in tali fattispecie indipendentemente dai dati previsionali sul futuro andamento del tasso euribor in possesso della banca, al momento della conclusione del contratto, e non viene meno per il fatto che tali dati non siano stati trasfusi all'interno dello stesso: il cliente non conclude il contratto puntando su di un determinato andamento (al rialzo) del tasso variabile, nella speranza di conseguire un utile (pari al differenziale positivo rispetto al tasso fisso che si è impegnato a corrispondere alla banca), ma lo conclude al fine di rendere la propria posizione patrimoniale insensibile a tale andamento, sia esso al rialzo o al ribasso: in caso di rialzo del tasso euribor infatti il differenziale a sé favorevole derivante dal contratto di swap viene assorbito dal maggiore esborso che dovrà affrontare in relazione al mutuo, mentre in caso di ribasso il differenziale a sé sfavorevole sarà controbilanciato dal minore esborso che dovrà affrontare in relazione al mutuo.

La mancata comunicazione al cliente in sede di stipula del contratto di tali dati previsionali, influenzerà la valutazione della convenienza dell'affare da parte del cliente e potrà eventualmente configurare la violazione di obblighi informativi incombenti sull'intermediario, (la cui violazione mai potrebbe determinare la nullità del contratto cfr. Sez. Unite, 19.12.2007, n. 26724), rilevando come inadempimento contrattuale/precontrattuale da parte dello stesso o, al limite, assurgere a vizio nel procedimento di formazione della volontà contrattuale del cliente, quale causa di annullamento per errore o per dolo, ma non a causa di nullità.

D'altra parte l'andamento svantaggioso verificatosi a *ex post* non è rilevante per la validità del contratto: il contratto deve ritenersi invalido solo quando *ex ante* sia del tutto irrealistica la previsione di innalzamento del tasso IRS al tasso fisso pagabile dal cliente, circostanza non dedotta e non provata.

3. SULLA OMESSA INDICAZIONE DEL METODO DI CALCOLO DEL MARK TO MARKET

Parte ricorrente deduce la nullità del contratto di IRS per cui è causa per mancata esplicitazione della formula matematica alla quale fare riferimento per il calcolo del c.d. mark to market, sull'assunto che tale omissione comporti la indeterminabilità dell'oggetto del contratto medesimo.

Tale assunto non è condivisibile.

Il mark to market costituisce la sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attendibili in forza dello scenario esistente in un dato momento.

E' definito quale "*valore prospettico del derivato stesso*" ed è chiamato anche costo di sostituzione "*perché quello è il prezzo al quale in quel dato momento storico-finanziario, un terzo indipendente sarebbe disponibile a subentrare in quel contratto alle sue originarie condizioni*".

Esso è destinato a mutare nel corso del tempo della durata del contratto di IRS, a seconda del momento del suo calcolo, essendo definito sulla base dello scenario di riferimento di volta in volta

¹ Salva l'ipotesi di scuola - che pacificamente non ricorre nel caso di specie - in cui il tasso fisso a carico del cliente sia stabilito in misura tale da rendere assolutamente irrealistica in qualunque tempo la previsione di un suo superamento da parte del tasso euribor e quindi macroscopicamente evidente che tale superamento non sarebbe mai potuto avvenire. L'estraneità di tale ipotesi al caso in esame è confermata dal fatto - pacifico - che nel periodo iniziale l'euribor abbia superato il tasso fisso a carico del cliente.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012, registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyrights © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Ordinanza, Tribunale di Genova, dott.ssa Emanuela Giordano, 30 novembre 2015

esistente e delle previsioni future circa l'andamento dei flussi di cassa prospettabili in quel momento.

Oggetto del contratto di IRS non è lo scambio di flussi attesi e pertanto non determinati fino a che non vengano manifestate le previsioni e le aspettative delle parti, bensì quello di flussi reali futuri, che in base alla clausole del contratto in esame sono perfettamente determinabili. Parte ricorrente precisa si tratterebbe di *"una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali dalle parti predeterminate (ossia la scelta di una di esse di dare chiusura anticipata al rapporto, piuttosto che altri casi di necessaria interruzione anticipata, come ad esempio i casi previsti nei contratti in esame di ammissione a procedure concorsuali della cliente o a procedura di liquidazione coatta della banca)."*

In tali casi, secondo parte ricorrente *"l'oggetto del contratto, costituito dal differenziale dei contrapposti flussi finanziari, viene determinato attraverso il Mark to Market, il quale, rappresentando una sua specifica modalità di espressione, è esso stesso l'oggetto del contratto."* Tale affermazione non è condivisibile: il differenziale dei contrapposti flussi finanziari, determinato attraverso il Mark to Market non è l'oggetto del contratto ma l'espressione del suo valore in un determinato momento; il fatto poi che tale valore, proprio perché mutevole nel tempo, debba essere esplicitato nella nota integrativa in base alla previsione di cui all'art. 2427 bis c.c. non vale a costituirlo come oggetto del contratto.

4. SULL'INEFFICACIA DELLA DICHIARAZIONE DI OPERATORE QUALIFICATO EX ART. 31 REG. CONSOB 11522/1998 E SULLA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER GRAVE INADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI

La società ricorrente contesta la validità ed efficacia della dichiarazione di operatore qualificato ex art 31 Regolamento Consob 11522/1998 contenuta nel contratto quadro sottoscritto dal rappresentante legale (omissis) assumendo che apparirebbero *"apposte in modo arbitrario e da mano ignota, alcune crocette ad identificare la pretesa titolarità (in capo alla ricorrente di taluni requisiti", e che si tratterebbe di dichiarazione "di natura autoreferenziale ... per nulla riferita alla specifica realtà della ricorrente"* (cfr. ric. pagg. 11 e 12).

Con riferimento alla apposizione di crocette le deduzioni sono del tutto vaghe: parte ricorrente non disconosce la propria sottoscrizione, ma invoca un'abusiva apposizione ex post senza chiarire se *absque pactis* o *contra pacta* (con le differenti conseguenze derivanti in un caso e nell'altro: cfr. Cass. n. 5417 del 07/03/2014) e non chiarisce se e quali di tali requisiti non corrisponderebbero al vero.

In ogni caso la Suprema Corte ha stabilito che *"in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo - esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, può costituire argomento di prova che il giudice -nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione e apprezzando il complessivo comportamento extra processuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richieda di compiere*

Ordinanza, Tribunale di Genova, dott.ssa Emanuela Giordano, 30 novembre 2015

operazioni nel settore dei valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato" (Cass., Sez. 1, 26 maggio 2009, n.12138).

Ha inoltre precisato che "nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente" (Cass. cit.).

Gli elementi addotti dalla società ricorrente non hanno sufficiente valenza indiziaria per desumerne la mancanza del dichiarato requisito della competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari.

Il fatto che società che non abbia ad oggetto lo svolgimento di attività finanziarie e non abbia dipendenti, come pure i dati dimensionali della stessa sono elementi che di per sé non offrono alcun riscontro in ordine all'assenza di esperienze pregresse tali da far comprendere la natura dei contratti stipulati, in particolare a fronte del titolo di studio e delle competenze dichiarate dal legale rappresentante Dr. (omissis) sul proprio profilo (cfr. doc. 7 parte resistente dove lo stesso dichiara fra l'altro la propria competenza in materia finanziaria).

La validità della dichiarazione in esame rende irrilevanti le ulteriori deduzioni relative alla violazione di obblighi informativi.

Alla luce di quanto sopra esposto il requisito del *fumus boni iuris* non risulta sussistere.

L'insussistenza del *fumus boni iuris* esime dalla valutazione della sussistenza del requisito del *periculum in mora*.

5. SPESE DI LITE

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate ai sensi del D.M. n. 55/2014 come da seguente tabella

Fase	Compenso
Fase di studio della controversia	€ 2.025,00
Fase introduttiva del giudizio	€ 1.349,00
Fase istruttoria e/o di trattazione	€ 2.492,00
Compenso tabellare ex Art. 4, c. 5:	€ 5.866,00

P.Q.M.

Il Giudice respinge il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 5,866,00 per compenso di avvocato oltre spese generali ed oneri di legge.

Genova, 30/11/2015

Il Giudice Dott. Emanuela Giordano

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