



REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE DI BARI
Sezione IV Civile

in composizione collegiale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

- 1) Dott. **Franco Lucafò** - Presidente
- 2) Dott. **Enrico Scoditti** - Giudice
- 3) Dott. **Valentino Lenoci** – Giudice est.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento n. _____ R.G. (reclamo al Collegio ex art. 669-terdecies c.p.c.), vertente tra:

M. S. S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti L _____ di G _____ e M _____ G _____ ,
- reclamante –

e

BANCO _____ S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dal prof. avv. G _____ M _____ ,
- reclamato –

Il Tribunale,

- visto il reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. proposto in data 22.4.2011 nell'interesse della M: _____ S _____ s.r.l. nei confronti del Banco _____ s.p.a. avverso l'ordinanza emessa dalla sezione distaccata di Rutigliano di questo Tribunale – Giudice dott. Anglana del 2-4.3.2011, con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dalla stessa M _____ S _____ s.r.l. nei confronti del Banco _____ il 28.9.2010, con il quale è stato chiesto che fosse ordinato allo stesso Banco _____ di non richiedere alla M _____ S _____ s.r.l. ovvero di non addebitare nei confronti della M _____ S _____ s.r.l. somme in dipendenza dei contratti di *Interest Rate Swap* indicati in ricorso;
- vista la memoria di costituzione nell'interesse del Banco _____ s.p.a.;
- a scioglimento della riserva pronunciata all'udienza del 14.11.2011;

- esaminati gli atti;

Osserva in fatto ed in diritto

Ritiene il Tribunale che l'interposto reclamo sia meritevole di accoglimento, per quanto di seguito si dirà.

Ed invero, con riferimento alla eccezione di inammissibilità della tutela d'urgenza invocata dalla M S s.r.l. (eccezione accolta dal giudice di prime cure), va rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice *a quo*, in mancanza di contrarie disposizioni normative la concedibilità della tutela d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. non può soffrire limitazioni sulla base del tipo di azione esercitata nel giudizio di merito, sicché essa è configurabile anche a fronte di azioni di mero accertamento negativo o, secondo altri punti di vista, costitutiva (come quella esercitata con l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.: cfr. Trib. Benevento 15.5.2007, <http://dejure.giuffre.it>; nello stesso senso Trib. Ancona 15.6.1998, in *Società*, 1998, 1336).

Va rilevato, peraltro, che, con riferimento ai contratti con esecuzione continuata o periodica (qual è il contratto di *Interest Rate Swap*, in cui è previsto il pagamento periodico di somme a favore dell'una o dell'altra parte), è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza la tutela cautelare con riferimento alla richiesta (effetto della declaratoria di nullità o di risoluzione del contratto), di sospensione degli addebiti periodici da parte della Banca, trattandosi di richiesta inibitoria strumentale rispetto alla domanda di declaratoria di nullità, di annullamento o di risoluzione del contratto, avente funzione anticipatoria – sotto il profilo cautelare – degli effetti della decisione di merito (tra le altre Trib. Catanzaro 30.11.2010, www.ilcaso.it; Trib. Treviso – sez. dist. di Montebelluna 18.11.2011, *ibid.*; Trib. Verona 1.4.2008, *ibid.*; Trib. Bari 15.7.2010, *Foro it.*, 2010, I, 3220).

Consegue l'ammissibilità del ricorso, e quindi dell'odierno reclamo.

Nel merito, il gravame è fondato, per quanto di seguito si dirà.

Ed invero, dalla documentazione in atti si evince che tra la M S s.r.l. e la Banca I s.p.a. (cui è subentrato successivamente la I s.p.a. e, quindi, il Banco s.p.a.) è intervenuto in data 14.2.2006 un contratto di *Interest Rate Swap* n. 602220156.

Successivamente, in data 26.4.2007, tra la M S s.r.l. e la I s.p.a. (cui è subentrato in seguito il Banco s.p.a.) è intervenuto altro contratto di *Interest Rate Swap*, recante n. 704260383.

Come indicato e chiarito dal C.T.U. dott. R S , il contratto di *Interest Rate Swap* rientra tra i cc.dd. prodotti derivati, vale a dire quei prodotti finanziari il cui valore non è intrinseco in sé, ma deriva dall'andamento di un elemento sottostante, reale (materie prime, prodotti energetici) o finanziario (tassi di interesse, cambi, azioni, obbligazioni).

I prodotti derivati finanziari hanno come elemento sottostante tassi di interesse, valute, azioni ed indici azionari, e vengono utilizzati normalmente con finalità di copertura del rischio delle oscillazione dei tassi di interessi.

Questi contratti, invero, permettono a due parti di scambiarsi flussi di cassa nel tempo applicando ad uno stesso capitale, detto "nozionale", due diversi tassi di interesse.

In particolare, con il contratto in questione un istituto bancario si impegna a pagare periodicamente all'impresa una ragione d'interesse che corrisponde ad un parametro preventivamente determinato e legato al mondo dei tassi variabili (normalmente, si tratta dell'Euribor).

Come contropartita di quanto sopra esposto, l'impresa si impegna, con la stessa periodicità a corrispondere alla banca un tasso fisso preventivamente stabilito per tutta la durata dell'operazione.

Ad ogni scadenza periodica, si effettua un pagamento per compensazione, nel senso che, anziché procedere alla regolarizzazione di due flussi opposti, uno verso la banca e uno verso l'impresa, semplicemente, viene regolarizzata la differenza tra i due movimenti, che può essere di volta in volta a favore dell'impresa o a favore della banca, a seconda di chi ha sbagliato le previsioni.

Il contratto in questione, pertanto, è un contratto aleatorio (in quanto la determinazione delle prestazioni è comunque fondata sul rischio di oscillazione dei tassi di interesse), con il quale le parti si obbligano reciprocamente all'esecuzione, l'una nei confronti dell'altra, alla scadenza di un termine prestabilito, di una prestazione pecuniaria, il cui ammontare è determinato da un evento incerto (cfr. Cass. 19.5.2005, n. 10598).

È chiaro che la funzione principale del contratto di *Interest Rate Swap* è quello di fornire all'imprenditore la copertura dal rischio di variazione dei tassi di interesse, soprattutto nelle ipotesi di indebitamento con tasso variabile.

Si pensi, ad esempio, ad un imprenditore che benefici di un finanziamento, appunto, a tasso variabile di importo considerevole e, per tale motivo – al fine di meglio pianificare un'attenta ed oculata gestione della propria azienda – intenda trasformare il tasso variabile del proprio finanziamento in un tasso fisso, così da potere tenere sotto controllo la situazione degli oneri finanziari futuri e non sopportare il rischio di subire costi eccessivi ed insostenibili a seguito del rialzo dei tassi variabili. Attraverso l'*Interest Rate Swap*, l'istituto finanziario si impegnerà a pagare al cliente, alle scadenze periodiche concordate, una somma corrispondente al tasso variabile (tasso di riferimento per la banca) calcolato su un importo pari a quello del finanziamento; in cambio il cliente della banca pagherà a quest'ultima un tasso fisso prestabilito (tasso di riferimento del cliente).

La finalità per la banca, invece, è quella della possibilità di incrementare il proprio conto economico e di conseguire profitto (in caso di differenziale positivo) senza impegnare capitali in operazioni di prestito.

La differenza tra l'andamento nel tempo del tasso variabile rispetto al tasso fisso genererà i guadagni o le perdite dell'operazione.

In definitiva, pertanto, il contratto di *Interest Rate Swap* può essere definito come il contratto in cui due parti convengono di scambiarsi pagamenti periodici di interessi calcolando applicando due diversi parametri (in termini di interesse o di cambio) ad un identico capitale di riferimento (c.d. nozionale).

La funzione economico-sociale del contratto è normalmente quella di coprire un imprenditore dai rischi connessi alla variazione dei tassi di interessi. Sotto questo profilo, si tratta di una causa lecita, in quanto corrispondente ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ferma restando l'aleatorietà del contratto (in considerazione della variabilità degli importi dovuti dalla banca: cfr. Trib. Lanciano 6.12.2005, in *Giur. comm.*, 2007, 1, II, 131).

Il contratto in questione, peraltro, quando non è collegato ad un finanziamento a tasso variabile, può avere anche finalità meramente speculativa, nel qual caso può essere assimilata alla scommessa (tanto è vero che è stata ritenuta applicabile, in questi casi, l'eccezione di giuoco ex art. 1933, 1° co., c.c.: cfr. Trib. Milano 24.11.1993, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1995, II, 80).

Da notare, peraltro, che il valore delle prestazioni previste per ciascuna delle parti (*Mark to Market*) devono essere inizialmente neutre, e quindi avere un differenziale pari a zero.

In particolare, il *Mark to Market* è un valore stimato che dipende dal modello di valutazione utilizzato per la sua determinazione, e la scelta del modello di valutazione dipende dalle caratteristiche contrattuali degli strumenti finanziari.

Nei contratti di *Interest Rate Swap* lo scambio e la stipula degli stessi avviene in un mercato *over the counter* – e quindi in un mercato non ufficiale – di talché non esiste un prezzo di mercato unico e uguale per tutti gli operatori del mercato.

Se il *Mark to Market* non è pari a zero, e quindi un contraente parte in una situazione di svantaggio, può essere previsto il pagamento di un flusso di cassa maggiore rispetto all'altra parte, ossia un corrispettivo chiamato *up front*, destinato a portare inizialmente in pareggio lo scambio dei flussi di cassa.

Normalmente, la parità iniziale tra le prestazioni viene assicurata, prevedendo che il tasso fisso a carico del cliente corrisponda inizialmente al valore assunto del tasso variabile a carico della banca, alla data della stipulazione.

Venendo ora ad esaminare i contratti per cui è causa, va rilevato che la reclamante denuncia sostanzialmente, da un lato, l'inosservanza, da parte della Banca I e della I, delle regole di comportamento degli intermediari finanziari (con riferimento specifico all'assolvimento degli obblighi informativi imposti alla banca), e, dall'altro, la nullità dei contratti, con riferimento all'assenza della funzione di copertura, e quindi alla mancanza di una causa giustificatrice lecita.

Con riferimento alla dedotta violazione dei doveri di informazione a carico della Banca, va rilevato che, dalla documentazione in atti, risulta che l'istituto abbia comunque adeguatamente assolto a tali doveri. Tra le parti, infatti, è stato stipulato, in data 1.2.2006, un contratto-quadro di *Interest Rate Swap* e un ulteriore contratto-quadro per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su titoli e strumenti finanziari, e la società reclamante ha dichiarato di avere una propensione al rischio alta, un obiettivo di investimento alto ed elevato, ed ha anche sottoscritto il documento generale sui rischi dell'investimento, in cui dichiarava di conoscere i prodotti derivati, secondo quanto previsto dall'art. 31, 2° co., Deliberazione Consob 1.7.1998, n. 1522, vigente *pro-tempore* (v. documentazione depositata dalla difesa del Banco).

Non emerge, quindi, allo stato, un inadempimento della Banca agli obblighi informativi imposti dalla normativa di settore in materia di strumenti finanziari.

Diverso è invece il discorso con riferimento alla dedotta nullità dei contratti di *Interest Rate Swap* per cui è causa.

Ed invero, va innanzitutto rilevato che i contratti di *Interest Rate Swap* conclusi tra la M S s.r.l. e la Banca I – I sono stati stipulati dopo che tra le stesse parti era intervenuto un contratto di mutuo a tasso variabile dell'importo di € 6.000.000,00, rimborsabile in n. 180 rate mensili ad avente una durata di anni 15 (contratto concluso il 25.2.2004).

Successivamente, tra le stesse parti è stato stipulato in data 14.2.2006 un contratto di *Interest Rate Swap* denominato "*Dual Swap With Cap Plus*", dell'importo nozionale di € 3.000.000,00 con fixing semestrale decorrente dal 16.2.2006 al 16.2.2012.

Ancora successivamente, in data 26.4.2007, la M S s.r.l. ha stipulato con la I s.p.a. un ulteriore contratto di *Interest Rate Swap*, dell'importo nozionale di € 1.500.000,00 con fixing semestrale decorrente dal 30.4.2007 al 30.4.2012.

Dalla tempistica di stipulazione del contratto (in corso di vigenza di un contratto di mutuo a tasso variabile di importo molto consistente), è chiaro che i contratti di *Interest Rate Swap* in questione avevano, come causa

concreta (e quindi come interesse concretamente perseguito dalle parti), la funzione di copertura, per la M S s.r.l., dei rischi derivanti dalle oscillazioni dei tassi di interesse. Ciò, peraltro, emerge, con riferimento al primo *Swap*, dalla proposta di contratto (sottoscritta da entrambe le parti, e quindi costituente il documento contrattuale) in data 14.2.2006, in cui la Banca propone il derivato <<per le gestione del rischio di tasso d'interesse derivante dalla vostra esposizione debitoria>>, con ciò chiaramente riferendo al contratto di mutuo a tasso variabile concluso tra le stesse parti in data 25.2.2004. Analogamente, la funzione di copertura del rischio di oscillazione dei tassi variabili di cui al suddetto contratto di mutuo emerge dal secondo contratto, in cui si legge che la proposta contrattuale è effettuata quale <<ipotesi per la copertura del rischio di tasso d'interesse derivante dalla Vostra esposizione debitoria>>.

La causa concreta del contratto quale copertura del rischio della oscillazione dei tassi di interessi di cui al contratto di mutuo del 25.2.2004 si evince anche dal fatto che gli importi nozionali di riferimento, nel loro complesso (€ 4.500.000,00) erano comunque inferiori al residuo del mutuo in essere tra le parti al momento delle rispettive stipulazione (€ 5,3 milioni circa alla data di stipula del primo *Swap*, ed € 4,9 milioni circa alla data di stipula del secondo *Swap*).

La funzione dei contratti in questione, dunque, era chiaramente quella della copertura del rischio derivante dalle oscillazione dei tassi del mutuo stipulato tra la M S s.r.l. e la Banca I (poi I , quindi Banco).

Orbene, come evidenziato dal C.T.U., affinché uno *Swap* su tassi interesse sia efficace a fornire copertura dei tassi, è necessario che vengano rispettate le seguenti caratteristiche: *a)* l'importo nozionale di riferimento deve essere uguale, o comunque non eccedente, l'importo del finanziamento contratto; *b)* il tasso parametro banca deve essere indicizzato allo stesso tasso variabile da coprire; *c)* la durata dello *Swap* non deve eccedere quella del finanziamento che genera gli interessi da coprire.

Qualora l'operazione non soddisfi contemporaneamente questi tre requisiti, il contratto di *Swap* non è funzionale rispetto all'obiettivo di pianificazione degli oneri finanziari, e quindi il contratto assumerà caratteri speculativi.

Nel caso di specie, il C.T.U. ha accertato che, sebbene in valori nozionali di riferimento fossero inferiori al residuo capitale del mutuo da restituire, i tassi parametri per la banca, pur se legati alle variazioni dell'Euribor a 6 mesi, non erano stati indicizzati allo stesso tasso variabile del mutuo ipotecario, in quanto maggiorato dello 0,9% rispetto all'Euribor. Inoltre, la durata del finanziamento ipotecari era stata pattuita sino al 2019, mentre i derivati sino al 2012.

E' chiaro, quindi che i contratti in questione non rispondono pienamente alla funzione di copertura, avendo una rilevante componente meramente speculativa, di talché gli stessi devono essere ritenuti nulli, sotto il profilo dell'assenza di causa concreta, in quanto i contratti, per come sono strutturati nel loro contenuto, non sono idonei a soddisfare in concreto l'interesse posto a fondamento degli stessi (almeno per quel che riguarda la M S s.r.l.), e quindi si presentano privi di causa (sulla rilevanza della causa in concreto, v., tra le altre, Cass., sez. un., 18.2.2010, n. 3947; Cass. 8.5.2006, n. 10490).

Consegue la sussistenza del *fumus boni iuris*, in relazione al diritto invocato da parte ricorrente-reclamante, con riferimento alla richiesta di inibire al Banco s.p.a. la richiesta di pagamento, e quindi l'addebito, di somme in dipendenze dei contratti di *Interest Rate Swap* in oggetto.

Sussiste indubbiamente anche il requisito del *periculum in mora*, in quanto l'addebito di somme non dovute, durante il tempo ordinario per far valere il proprio diritto, espone la reclamante al rischio di un danno grave ed irreparabile, posto che priva la M S s.r.l. di somme liquide che possono essere utilizzate per far fronte a normali esigenze gestionali, e determina il rischio di sconfinamento (o di ulteriore sconfinamento) dagli affidamenti per far fronte al pagamento dei differenziali dovuti; va rilevato, altresì, che l'esistenza dei derivati in questione risulta segnalata alla Centrale Rischi Interbancaria (v. all. 7 della produzione di parte reclamante in primo

grado), con conseguente pericolo di chiusura degli affidamenti e di riduzione della credibilità commerciale della M S s.r.l.

Consegue l'accoglimento del reclamo, di talché va ordinato al Banco s.p.a. di non richiedere alla M S s.r.l., e comunque di non addebitare sui conti correnti intrattenuti dalla M S s.r.l., somme di denaro in dipendenza dei contratti di *Interest Rate Swap* conclusi con la Banca I s.p.a. in data 14.2.2006, e con I s.p.a. il 26.4.2007.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio cautelare, in considerazione della sostanziale novità e peculiarità delle questioni trattate.

Per gli stessi motivi, le spese della espletata C.T.U. vanno poste definitivamente a carico delle parti, in solido tra loro.

P. Q. M.

Il Tribunale, in composizione collegiale, pronunciando nel proc. n. 4604/2011 R.G. sul reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. proposto dalla M S s.r.l. nei confronti del Banco s.p.a. avverso l'ordinanza emessa dalla sezione distaccata di Rutigliano di questo Tribunale – Giudice dott. Anglana del 2-4.3.2011, così provvede:

- 1) in accoglimento del reclamo, ed in riforma della ordinanza impugnata, ordina al Banco s.p.a. di non richiedere alla M S s.r.l., e comunque di non addebitare sui conti correnti intrattenuti con il Banco s.p.a. dalla M S s.r.l., somme di denaro in dipendenza dei contratti di *Interest Rate Swap* conclusi con la Banca I s.p.a. in data 14.2.2006, e con I s.p.a. il 26.4.2007;
- 2) compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio cautelare;
- 3) pone definitivamente a carico di entrambe le parti, in solido tra loro, le spese della espletata C.T.U.;
- 4) manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Bari, camera di consiglio del 5 dicembre 2011.

Il Giudice est.
(Dott. Valentino Lenoci)

Il Presidente
(Dott. Franco Lucafò)

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 5.1.2012.