



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI COSENZA
II SEZIONE CIVILE

Il Tribunale in persona del giudice monocratico, dott. [REDACTED], ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta al n. 4903 del Ruolo Generale degli Affari Contenziosi dell'anno 2017 e vertente

T R A

[REDACTED]
in persona del legale r.p.t., [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

opponenti

C O N T R O

[REDACTED]
[REDACTED], in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Capogreco;

opposta

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo. Contratti bancari e finanziari.

CONCLUSIONI: come in atti.

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

La società [REDACTED] (debitrice principale), [REDACTED] (n.q. di fideiussori) proponevano opposizione all'ingiunzione di pagamento emessa dall'intestato Tribunale in favore di Banca Monte Dei Paschi Di Siena s.p.a per la somma complessiva di €



308.497,04, in ragione di una esposizione debitoria derivante dal contratto di conto corrente numero 11760.55, intrattenuto presso la Filiale di Cosenza, agenzia 1 della ex Banca Antonveneta, oggi Banca Monte dei Paschi di Siena, chiedendone la revoca.

In particolare, deducevano che il passivo accumulato sul conto era frutto di un contratto interest rate swap over the counter n. 1309 del 6.07.2007, stipulato per la gestione del rischio di variazione del tasso di interesse correlato ad un contratto di leasing, operazione nel compimento della quale l'Istituto di credito era venuto meno ai doveri imposti dall'art. 21 TUF, tra cui quello di valutazione dell'adeguatezza ed appropriatezza dell'investimento, eccependo l'inadempimento da parte della Banca e la nullità del contratto-quadro e del successivo ordine di acquisto dello swap in ordine a tale profilo. Eccepevano, ancora, la nullità del contratto derivato per mancanza di causa in concreto in conseguenza dello sbilanciamento iniziale dell'operazione, a tutto vantaggio della banca, facendo venire meno l'alea contrattuale, in mancanza, oltretutto, del pagamento del differenziale; la nullità per la mancata individuazione nel contratto dell'indicatore "mark to market" che incideva sulla indeterminabilità dell'oggetto del contratto.

Per le ragioni esplicitate nell'atto di opposizione, veniva chiesta la revoca del decreto ingiuntivo.

Si costituiva in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., quale procuratrice di SIENA NPL 2018 SRL, cessionaria ex art 58 TUB del credito in contestazione, chiedendo l'integrale rigetto delle avverse domande, deducendo che il contratto di swap era estraneo al giudizio, avente ad oggetto, diversamente, il rapporto di conto corrente, rispetto al quale non veniva indicata la somma a titolo di addebiti incidenti sul saldo passivo; che in ogni caso le eccezioni di nullità erano da disattendersi, trattandosi di un'operazione con finalità speculative e che gli obblighi di informazione non erano dovuti in ragione del profilo di "operatore qualificato" dichiarato dal responsabile della società debitrice.

Veniva espletata una consulenza tecnica d'ufficio e all'udienza cartolare del 4.06.2021, le parti concludevano come da note scritte, e la causa veniva trattenuta in decisione, previa assegnazione dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle relative repliche.



Le censure sollevate dagli oppositori riguardano il contratto quadro ed il correlato derivato finanziario denominato interest rate swap n. 12309 concluso in data 6/07/2007 tra la società opponete e la Banca Antonveneta. Tale operazione prevedeva lo scambio di flussi finanziari, per quindici anni, calcolati su un capitale iniziale di Euro 1.000.000, in diminuzione, per il cliente al tasso del 5,05% e per la banca secondo il valore del parametro euribor 6 mese, determinato due giorni lavorativi antecedenti l'inizio di ogni periodo. Si tratta quindi di un classico plain vanilla, che di fatto trasforma un tasso variabile in tasso fisso, nel senso che il cliente non pagherà mai più del 5,05% anche in caso di aumento del predetto parametro euribor e in tal senso egli è coperto da un eventuale aumento del tasso variabile oltre la predetta soglia.

In relazione alla stipula del contratto- quadro e dell'ordine di acquisto dell' I.R.S. viene eccepito l'inadempimento della Banca per violazione degli obblighi informativi e comportamentali disposti dall'art. 21 TUF a carico degli intermediari finanziari, applicabile anche in favore degli operatori qualificati, posto che quest'ultima rappresenta la norma fondamentale regolante il rapporto instauratosi tra l'intermediario e l'investitore. Sul punto, appare assorbente il rilievo che parte opponente formula una eccezione di inadempimento dell'obbligazione dedotta che, tuttavia, non è in rapporto di corrispettività con il contratto di conto corrente che è oggetto della pretesa creditoria azionata nel procedimento monitorio (art 1460 c.c.). Difatti, i profili evidenziati dagli oppositori attengono al diverso contratto di I.R.S. che, rispetto al contratto di conto corrente, si pone in termini di autonomia, a prescindere dalla considerazione che le poste attive e passive generate dal derivato vengono annotate sul conto corrente, i cui movimenti non possono essere neutralizzata sulla base dell'eccezione formulata, trovando la loro origine, appunto, nella operazione finanziaria in questione.

Parte opponente ha invocato la nullità del contratto derivato anche per la lamentata incoerenza degli scenari probabilistici prospettati dalla banca e più in generale per la carenza delle informazioni fornite al cliente circa il prodotto proposto.

La doglianza è infondata.



Essa ripropone la nota questione della cd. “nullità virtuale” che è stata da tempo, e in modo del tutto convincente, risolta in senso negativo dalle sezioni unite della Corte di cassazione con le sentenze gemelle n. 26724 e 26725 del 19/12/2007. In particolare si condivide l’affermazione secondo la quale, in difetto di espressa previsione in senso contrario - che nella materia in esame non sussiste - unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, pur anch’esse imperative, riguardanti il diverso piano delle condotte richieste ai contraenti, la quale può invece essere solo fonte di responsabilità.

E’ infondata, del pari, la domanda di nullità per difetto di causa in concreto, poiché il contratto stipulato non si sarebbe rivelato idoneo al perseguimento della funzione di copertura, come emergerebbe dalla circostanza che presentava un mark to market iniziale già negativo e dalla circostanza che non sia esistito alcun elemento riequilibrativo in favore della cliente, stante la mancata corresponsione di un up front.

Sempre secondo l’insegnamento della Suprema Corte (v. Cass. S.U. n. 8770/20), se lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo è chiamato upfront; la Suprema Corte stessa afferma, tuttavia, che i contratti non par che non prevedano la clausola di up front hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell’operazione: nella prassi, il compenso dell’intermediario per il servizio fornito. Pertanto, lo squilibrio accertato dal CTU (€ 12.400,00) deve considerarsi il margine di intermediazione dell’intermediario, in mancanza di allegazioni circa l’indicazione di un diverso compenso pattuito con la Banca. Considerato, pertanto, che la circostanza del disequilibrio iniziale dell’operazione non può di per se incidere sotto il profilo della nullità eccepita, non può nemmeno ritenersi che l’operazione, al momento della stipula, si profilasse svantaggiosa per il cliente, annullando l’alea contrattuale. Sul punto difatti il ctu ha evidenziato che le aspettative approssimate dalla curva dei tassi forward alla data di stipula del contratto derivato evidenziavano, per i successivi quindici anni, un trend moderatamente crescente del tasso



Euribor che poteva giustificare l'esigenza di effettuare un'operazione di copertura, tenuto conto degli scenari di politica monetaria riportate nel Bollettino Economico della Banca d'Italia del novembre 2006 (cfr. CTU).

Pertanto, l'alea bilaterale ovvero, l'incertezza sull'andamento dei due differenziali contrapposti, non appare esclusa nel caso in esame, consentendo di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere.

Sotto un diverso profilo, va preliminarmente, osservato che le censure mosse dagli oppositori muovano dall'assunto che nella specie trattasi di un contratto di I.R.S. con funzione di copertura dal rischio di aumento dei tassi in relazione al diverso contratto di leasing immobiliare, individuando, pertanto, in tale funzione, lo scopo pratico dell'operazione negoziale. Sul punto, secondo il condivisibile insegnamento del Supremo Collegio (v. Cass. n. 19013/17), in base alle indicazioni fornite dalla determinazione Consob del 26/2/1999, un'operazione in derivati può ritenersi di copertura del rischio quando: sia esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di base; sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo ad operazioni aventi caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno. Il CTU, tuttavia, ha evidenziato che "i documenti depositati in atti non consentono un confronto puntuale tra le caratteristiche tecniche-economiche del derivato e quelle del contratto di locazione finanziaria e di conseguenza non è possibile appurare se esiste quell'elevata correlazione tra l'oggetto della copertura (leasing) e lo strumento della copertura (derivato)". In particolare, l'assenza del piano di ammortamento del leasing non consente di accertare se tale corrispondenza iniziale si riscontri anche nello sviluppo del piano di ammortamento e fino alla scadenza dei rapporti nonché la data di decorrenza dell'operazione di leasing (pag. 15). Inoltre, l'Ausiliario ha evidenziato che "la periodicità di liquidazione dei flussi del derivato (semestrale) non coincide con la periodicità di pagamento dei canoni di



leasing (mensile), ma trova corrispondenza con la periodicità di indicizzazione dei canoni poiché all'art. 4 del contratto di leasing si prevede che il corrispettivo della locazione finanziaria sarà ricalcolato semestralmente secondo "il regolamento di indicizzazione allegato al presente contratto sub A". Tale regolamento, tuttavia, non risulta depositato in atti per cui non è possibile accertare se il tasso variabile di riferimento (ad es. Euribor 1 mese o Euribor 3 mesi o Euribor 6 mesi, ecc) ed i criteri di calcolo dell'indicizzazione siano correlati al tasso variabile Euribor 6 mesi che la Società riceve dalla Banca nel contratto derivato".

Tale correlazione, inoltre, non è ricavabile dall'accredito a favore della società correntista di € 4.000,00 in data 10/07/07 con causale "derivati: regolamento IRS op. n. 000010730 del 09-07-007", in quanto riportante un numero di operazione (n. 10730) diverso da quello che identifica il derivato in questione (n. 12309).

Per tale ragione non è possibile verificare un difetto genetico della causa, non avendo parte opponete, su cui gravava il relativo onere, trattandosi di un elemento costitutivo della relativa eccezione (considerato, appunto, che le ragioni creditorie della Banca trovano la loro giustificazione nel diverso contratto di conto corrente), fornito elementi per riscontrare la funzione dell'IRS in questione e ciò non consente, conseguentemente, di accertare se lo strumento in questione fosse deputato o meno a realizzare lo scopo pratico che le parti intendevano perseguire.

Del pari, infondata, è l'eccezione di nullità del contratto de quo per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto e per violazione del divieto di determinare in via unilaterale il contenuto del contratto asseritamente derivante dalla mancanza dell'indicazione dei criteri per calcolare il mark to market ovvero del metodo di stima del medesimo. Ed invero, richiamando anche quanto già detto sopra, ritiene in primo luogo il Tribunale che il mark to market non costituisca l'oggetto del contratto di IRS: l'oggetto del contratto derivato è lo scambio di differenziali calcolati su un certo importo, detto nozionale, ad una determinata scadenza, mentre il mark to market costituisce un elemento diverso e in particolare rappresenta il valore di sostituzione del derivato in un dato momento; in secondo luogo l'elemento essenziale del contratto è costituito da un accordo in cui due controparti si scambiano pagamenti periodici di interessi, calcolati su una somma di



denaro detta capitale nozionale di riferimento, per un periodo di tempo predefinito pari alla durata del contratto, e cioè fino alla scadenza dello stesso (T. Milano del 14.04.2021 n. 3055).

Tale valore non fa parte, quindi, dell'oggetto del contratto e d'altro canto lo stesso non è inserito dalla Suprema Corte (v. Cass. S.U. n. 8770/20) tra gli elementi essenziali di un interest rate swap. Del resto, è stato affermato che il mark to market non esprime affatto un valore concreto ed attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato in caso di risoluzione anticipata. Il valore del mark to market, infatti, viene influenzato da una serie di fattori ed è quindi sistematicamente aggiustato in funzione dell'andamento dei mercati finanziari, dovendosi poi attrarre nell'ambito dei relativi parametri di determinazione anche l'up front erogato e l'utile per la banca (v. Cass. pen. 47421/11 e Cass. n. 9644/16). Anche di recente la Suprema Corte ha affermato che (v. Cass. S.U. n. 8770/20) il mark to market rappresenta il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione sia disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti).

Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente rappresenta un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale.

Per le ragioni sopra esposte, pertanto, le ragioni dell'opposizione vanno rigettate con conseguente conferma del decreto ingiuntivo, da dichiararsi esecutivo.

Tenuto conto dei diversi indirizzi giurisprudenziale sviluppatasi all'epoca della spiegata opposizione e riguardanti i vari profili sopra affrontati, appare conforme a giustizia compensare nella misura di 1/3 le spese di lite, ponendo i restanti 2/3 a carico degli



opponenti in ragione della soccombenza. Le spese di CTU sono poste a carico di parte opponente in solido, soccombenti nel giudizio.

P . Q . M .

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, sulla causa iscritta al n. 4903/2017 RG, così provvede:

- 1) Rigetta l'opposizione e conferma il decreto opposto, dichiarandolo esecutivo;
 - 2) Compensa le spese di lite nella misura di 1/3 e condanna gli opposenti in solido, per i restanti 2/3, alla rifusione, in favore della Banca opposta, delle spese che liquida in € 7.130,00 per compensi ex DM. 55/2014, oltre rimborso forfettario, spese generali, IVA e CPA;
 - 3) Pone le spese di CTU, liquidate con separato decreto, a carico degli opposenti in solido.
- Così deciso in Cosenza il 25.01.2022

Il Giudice

