

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TRIESTE
SEZIONE SECONDA CIVILE

N. ~~227~~/20 SENT.
N. 80/19 R.G.
N. ~~559~~/20 CRON.
N. ~~202~~/20 REP.

composta dai Signori Magistrati:

Dott. Patrizia PUCCHINI Presidente rel.
Dott. Salvatore DAIDONE Consigliere
Dott. Mauro SONEGO Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella CAUSA CIVILE in grado d'appello iscritta al n.
80 del Ruolo Generale dell'anno **2019**

Oggetto: fideiussione -
polizza fideiussoria

TRA

Spa, con sede in
Pordenone, in persona del

APPELLANTE

Aldo, con il procuratore avv.
del Foro di Udine, che lo rappresenta e difende in
giudizio, per separata procura alla comparsa di
costituzione e appello incidentale pervenuta a mezzo
p.c.t. il 28.05.2019;



APPELLATO - APPELLANTE INCIDENTALI

Appello avverso la n. 08/19 dd. 08-10.01.2019 del Tribunale di Gorizia.

Conclusioni precisate all'udienza del 11.12.2019.

CONCLUSIONI

Dell'appellante:

nel merito:

in riforma della gravata decisione, rigettarsi l'opposizione a decreto ingiuntivo, statuendo la validità dei contratti

- 19.06.2008 n. 651/661/2008 - 103234

- 15-17.09.2008 denominato interest Rate Swap Callable tipo liability, stipulati fra srl e Banca spa.

Spese del grado di appello rifuse.

Dell'appellato - appellante incidentale:

in via preliminare:

-ai sensi e per gli effetti dell'art. 348 bis, primo comma cod. proc. Civ., dichiarare inammissibile l'impugnazione avversaria;

nel merito:

-respingere l'appello avversario, confermando in ogni sua parte l'impugnata decisione;

in subordine: in accoglimento dell'appello incidentale,

-accertare e dichiarare comunque la nullità dei dedotti contratti in Interest Rate Swape intercorsi tra Srl e Banca Spa



rispettivamente del 15/17 settembre e 18/19 giugno 2008 e conseguentemente la nullità dell'obbligazione fideiussoria dell'opponente;

ovvero,

- accertare e dichiarare la responsabilità della banca nella determinazione degli esiti negativi dei rapporti de quibus, per la violazione dello statuto protettivo del cliente di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari ed al Regolamento di sua attuazione adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007;

- accertare e dichiarare in ogni caso che nulla è dovuto a nessun titolo da Srl a Banca

Spa e che conseguentemente nulla è dovuto dall'odierno ricorrente in qualità di fideiussore della prima;

- le spese di lite seguano la soccombenza, con distrazione in favore del difensore ai sensi e per gli effetti dell'art. 93 cod. proc. Civ.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione regolarmente notificato Aldo proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso, su ricorso di Banca spa, dal Tribunale di Gorizia che aveva ingiunto alla srl a e Aldo questi ultimi quali fideiussori, di pagare alla ricorrente la somma di € 228.569,92 oltre interessi e spese.



Sosteneva che la principale esposizione debitoria richiamata riguardava due contratti di Interest Rate Swap stipulati dalla debitrice principale rispettivamente in data 18/19 giugno 2008 e 15/17 settembre 2008, relativi ai flussi negativi generatisi nel tempo sino al termine di durata contrattuale, contratti da ritenersi nulli per mancata esplicitazione del modello matematico del mark to market necessario per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri in base allo scenario esistente.

Parte opposta non si costituiva rimanendo contumace. La causa veniva decisa con la sentenza impugnata che accoglieva l'opposizione proposta revocando il decreto ingiuntivo.

Avverso la sentenza ha proposto appello la
già Banca spa, chiedendone la riforma.

Si è costituito il resistendo al gravame e proponendo appello incidentale condizionato volto ad evidenziare le nullità e le violazioni derivanti dall'applicazione dei criteri cardine in materia di intermediazione finanziaria.

La causa, sulle conclusioni in epigrafe trascritte è stata trattenuta in decisione all'udienza dell'11 dicembre 2019, con assegnazione dei termini di legge per le conclusionali e le repliche.

Con il primo motivo la banca si duole che il primo giudice abbia ritenuto che il mark to market fosse l'oggetto dei citati contratti, oggetto la cui indeterminatezza ne avrebbe comportato la nullità ex art. 1418 cc.



Afferma che in realtà l'oggetto dei contratti doveva ritenersi lo scambio di flussi finanziari periodici correlati al livello dei tassi di interesse e non una quantificazione o realizzazione di un mark to market, essendo comunque conseguenza naturale del derivato di copertura che il cliente paghi il differenziale negativo nel caso in cui i tassi a breve termine espressi dal mercato risultino inferiori al tasso fisso, con la conseguenza che in un qualunque contratto di copertura su tassi di interesse la determinabilità del mark to market doveva considerarsi di tutto inutile, costituendo esso in realtà solo il valore di sostituzione del derivato in un dato momento storico, ferma restando la natura aleatoria del contratto.

Con il secondo motivo, l'appellante si duole che il primo giudice abbia ritenuto sfornita di prova la domanda proposta per effetto della contestazione, da parte dell'opponente, dell'originale del documento prodotto in sede di ricorso per decreto ingiuntivo costituito dalla richiesta della di anticipazione di euro 30.000,00 alla data del 16 dicembre 2010.

L'appellante provvede da un lato alla produzione dell'originale, trattandosi, a suo dire, di semplice regolarizzazione di una produzione già avvenuta in primo grado e sottolinea che in primo grado era stata prodotta anche una richiesta di data 14 marzo 2011 con cui aveva chiesto la proroga del finanziamento in questione, documento mai contestato, evidenziando, per questo verso, l'avvenuta dimostrazione del credito vantato.



La Corte ricordato che la sentenza impugnata ha ritenuto la nullità dei contratti di Interest Rate swap in questione per mancata indicazione del mark to market, con conseguente indeterminabilità dell'oggetto del contratto, ricordato anche che l'appellante contesta tale interpretazione affermando che oggetto dei contratti di causa é uno scambio di flussi finanziari periodici correlati al livello dei tassi di interesse e non una quantificazione o realizzazione del mark to market, osserva che l'esame della natura di questo tipo di contratti é già stata affrontata in giurisprudenza che ne ha fornito svariate nozioni quali le seguenti:

contratto aleatorio con cui 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 é determinato da un evento incerto" (Cassazione, 19 maggio 2005, n. 10598),

oppure: l contratto in cui due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di denaro calcolate applicando due diversi parametri a un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo base netto, in forza di compensazione" (Cassazione, 6 aprile 2001, n. 5114).

In sostanza la definizione riassuntiva é quella in base alla quale con tale contratto due soggetti si impegnano a scambiare periodicamente flussi di cassa calcolati applicando al medesimo capitale (c.d. "nozionale") due diversi parametri riferiti a due diverse variabili di mercato.

Tali contratti hanno la funzione di riduzione del rischio connesso ai tassi di interesse, e per questo nella prassi vengono generalmente presentati dalle



banche come aventi funzione assicurativa, cioè di copertura del rischio, permettendo la "trasformazione" del tasso di interesse da variabile a fisso e viceversa.

L'Interest Rate Swap prevede generalmente che, qualora i tassi variabili superino una certa soglia la banca paghi una somma alla società per ristorarla dell'eccessivo carico finanziario; qualora invece scendano sotto una certa soglia sarà la società a pagare una certa somma alla banca. Tale meccanismo avviene generalmente tramite clausola di compensazione .

Data la definizione più sopra riportata effettivamente sorge un dubbio sulla correttezza della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto il mark to market oggetto del contratto in questione.

La fattispecie merita un'analisi più dettagliata posto che sul punto si segnala una giurisprudenza di merito ondivaga e comunque incerta profilandosi con sempre maggior incisività l'ipotesi dell'eventuale nullità del contratto nel momento in cui esso si riveli del tutto inidoneo a realizzare la funzione di copertura del rischio.

La riflessione parte dal concetto che l'aleatorietà insita nel contratto si atteggia 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, caso che ricorre ove il contratto di IRS sia stipulato da un imprenditore che intenda tutelarsi dall'oscillazione dei tassi in riferimento ad un altro rapporto intrattenuto con una banca, con tasso variabile, come nel caso in questione.

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.

Laddove invece non esista alcun rischio preesistente ed il contratto sia stipulato, quindi, a scopo puramente speculativo, esso è assimilabile alla scommessa.

L'andamento svantaggioso per il cliente verificatosi 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 andamento dei tassi favorevoli all'investitore, tali da eliminare del tutto l'alea.

Ed allora da questo punto di vista, affinché non vi sia uno squilibrio fra le prestazioni consistenti nei reciproci pagamenti, da porsi in relazione con il differenziale a favore o a sfavore della banca secondo il superamento o meno del limite prefissato negozialmente è indispensabile che la partenza sia paritaria, senza valori negativi, già a monte dell'una o dell'altra parte.



In altri termini, se il contratto swap, presenta al momento della sua sottoscrizione un flusso negativo, viene a mancare la causa concreta del negozio, il che non può che essere valutato ai sensi dell'art. 1418 c.c.

E' in questa ottica che il riferimento al mark to market diviene molto importante: in un contratto di swap, il "mark to market" rappresenta il valore del contratto calcolato ad una certa data, ed è pari al valore attuale del differenziale dei flussi finanziari che le parti si scambieranno nel corso del rapporto.

Il "mark to market" rappresenta, ad una certa data (per esempio alla data di stipula del derivato) quanto "vale" il derivato, valore calcolato quantificando al momento della stipula del derivato quanto valgono i futuri scambi di differenziali, calcolandoli alla data di stipula sulla base di un tasso di interesse **atteso**.

Se il "mark to market" presenta un valore negativo, vuol dire che lo strumento presenta dei flussi attesi futuri negativi per chi lo ha sottoscritto, se invece è positivo, al contrario, è previsto che il cliente incasserà più di quanto pagherà alla Banca che, in ipotesi di non chiarezza sul punto potrebbe anche imputare costi occulti od insostenibili per il cliente, onde appunto la necessità di estrinsecare con la chiarezza derivante dall'applicazione di indiscutibili regole matematiche i termini del contratto, che anche su questa base potrà essere definito di copertura o speculativo.



Trattasi ovviamente di una meditazione all'interno della categoria dei contratti atipici, quali certamente quelli in esame, che svolgono funzioni di vario genere dettati dalle necessità della vita imprenditoriale e commerciale e che, tuttavia, debbono, come tali, essere giudicati alla stregua del criterio della meritevolezza di cui all'art. 1322 cc. Si tratta qui di riscontrare quale sia la funzione concreta dei contratti in questione tenendo presente che, pacificamente (come risulta anche dallo stesso atto di appello che lo dice espressamente) trattavasi, asseritamente, di contratti di copertura del rischio assunto dal cliente .

Occorre a questo proposito considerare che la causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto. Nel caso in cui si riscontri che un contratto di swap di copertura è stato strutturato in modo tale che, concretamente, uno dei contraenti ben difficilmente avrebbe potuto beneficiarne, in quanto, a mero titolo esemplificativo, l'andamento del tasso d'interesse che gli avrebbe determinato un beneficio alla luce delle pattuizioni contrattuali non era concepito come concretamente realizzabile dagli operatori del sistema , allora evidentemente lo swap è privo di causa in concreto, per inidoneità rispetto alla funzione cui era unicamente finalizzato.



La valutazione, va fatta ex ante: l'esistenza di una causa in concreto, infatti, quale elemento genetico del contratto, non può che essere valutata al momento della stipulazione del contratto, unico momento in cui le parti hanno potuto effettuare le loro valutazioni in punto convenienza del contratto, essendo invece irrilevante la data di efficacia del contratto nonché il concreto andamento ex post del derivato non potendosi infatti desumere dai guadagni o dalle perdite conseguiti dal cliente l'esistenza o meno di una valida causa in concreto al momento della stipulazione del contratto.

Si può dunque concludere nel senso che l'oggetto del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. attiene agli interessi che le parti hanno voluto concretamente realizzare, investendo un risultato rientrante nel senso complessivo (astratto) dello schema negoziale impiegato, ricavabile da una lettura funzionale delle disposizioni contrattuali, interpretate alla luce degli scopi per i quali le parti hanno aderito al contratto, e sui quali hanno formato un ragionevole convincimento circa la loro realizzazione.

In questa materia rende uno straordinario contributo, poi, la pronuncia n. 19013/17 della Corte di Cassazione che, ben consapevole delle problematiche sottese ai contratti di swap, ha espressamente indicato, quanto a quelli asseritamente stipulati in funzione di copertura ed in relazione alla Determinazione CONSOB 26 febbraio 1999, DI/99013791, i criteri da vagliare per consentire la valutazione positiva ex art. 1322 cc.



Le necessarie caratteristiche sono state, pertanto, individuate nel concorso delle seguenti condizioni:

.- che le operazioni «siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente»; .- che «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; .- che «siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente».

Specifica la Corte che, posto che la detta determinazione Consob si inquadra nell'ambito delle misure di attuazione del TUF e del Regolamento Consob, si deve ritenere che la necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente - che la normativa dei citati artt. 21 e 26 va a inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritta dall'art. 1322 cod. civ. - si traduca, in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, nel rispetto delle sopra elencate condizioni.

Orbene tutto questo è del tutto assente nel caso che ci occupa, onde si impone la valutazione negativa ai sensi dell'art. 1322 cc.

La Corte ritiene opportuno specificare che la questione di nullità relativa alla mancanza di causa ora esaminata, con le inevitabili conseguenze, è stata sottoposta al contraddittorio delle parti, avendone espressamente fatto riferimento ed avendo anche citato giurisprudenza sul punto il in



sede di costituzione in appello onde il tema era chiaramente in discussione.

Con il secondo motivo l'appellante affronta la tematica concernente più strettamente la domanda monitoria derivante dalla avvenuta anticipazione a OMEF srl della somma di € 30.000,00 in data 16/2/2010 in relazione alla quale l'opponente aveva, in primo grado, contestato la conformità all'originale della relativa richiesta.

Attesa la contumacia della banca in primo grado l'appellante ha depositato in questo grado originale della stessa sostenendo che trattavasi di semplice regolarizzazione formale di una tempestiva produzione pregressa

Sottolinea che vi era comunque anche altro documento costituito da una richiesta di proroga del finanziamento in data 14/3/2011, che evidentemente doveva essere valutata come prova del credito.

La Corte rileva che in atto di opposizione a decreto ingiuntivo l'opponente, quanto alla somma in questione pari ad € 32.805,39, ne aveva contestato la riferibilità al conto anticipi n.236502 ed aveva quindi sottolineato la totale incongruità della documentazione prodotta dalla ricorrente ed in particolare l'estratto conto sub 5) con data iniziale di riferimento del 29/4/2014 rispetto alla copia esibita sub 4) della domanda di erogazione, di quattro anni precedente e di cui si disconosceva la conformità ad originale.

Orbene la Corte osserva che, stante l'avvenuta ora citata contestazione e la contumacia della parte opposta in primo grado, la situazione deve intendersi



cristallizzata come rappresentata in sentenza dato che non si può certo parlare di regolarizzazione formale di una "tempestiva produzione avvenuta in primo grado" nel caso in esame, in cui la produzione dell'originale avrebbe dovuto intervenire appunto in primo grado a seguito del disconoscimento ex art. 2712, 2719 cc.

Quanto alla prova del credito, a fronte della contestazione di incongruità della documentazione prodotta dalla banca effettuata fin dall'inizio dall'opponente ed in particolare del collegamento tra l'estratto conto depositato e la domanda di finanziamento atteso il rilevante periodo di tempo trascorso fra la domanda stessa e la data di inizio del finanziamento, di quattro anni successivo, nessun'altra spiegazione o, tantomeno, prova è stata fornita in giudizio dal creditore appellante, su cui, pacificamente, incombeva l'onere.

In particolare l'osservazione che precede supera ed assorbe il rilievo attribuito dall'appellante alla richiesta di proroga del finanziamento, di data di poco successiva alla prima.

L'appello deve pertanto essere respinto.

Le spese processuali del grado seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo

P. Q. M.

La Corte, decidendo sull'appello come in epigrafe proposto avverso la sentenza N.8/19 emessa in data 10/1/19 del Tribunale di Gorizia, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;

condanna l'appellante alla rifusione delle spese processuali nei confronti della controparte che si



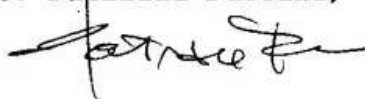
liquidano in € 9.000,00, oltre contributo forfettario e al 15% ed accessori come per legge;

Dà atto che, per effetto dell'odierna decisione sussistono i presupposti di cui all'art. 13 comma 1 quater DPR 115/02 per il versamento dell'ulteriore contributo unificato.

Trieste, 25 marzo 2020

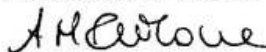
Il Presidente

(dott. Patrizia Puccini)



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Anna Maria Petrone



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

OGGI 28 MAG. 2020

Il Funzionario Giudiziario

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Anna Maria Petrone

