



TRIBUNALE DI CAGLIARI

Sezione Prima Civile

Il Giudice

Letti gli atti e a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 5.3.2014, sulla sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto *ex art.* 649 c.p.c.:

OSSERVA

- a) con il decreto ingiuntivo oggetto del presente giudizio di opposizione, n. 1016/2013 emesso in data 18.4.2013 su istanza di [REDACTED], e munito della clausola di provvisoria esecuzione, questo Tribunale ha ingiunto alla [REDACTED] di pagare senza dilazione alla banca ricorrente la somma di euro 2.788.941,97, oltre interessi al tasso convenzionale del 13,37% sino al soddisfo, ed oltre le spese del procedimento monitorio;
- b) il predetto decreto ingiuntivo si basa sullo scoperto del conto corrente n. [REDACTED], in cui sono stati addebitati i saldi passivi dovuti in esecuzione del contratto di *Interest Rate Swap* (di seguito I.R.S.), stipulato tra le parti in data 8.4.2009, poi modificato in data 4.3.2010;
- c) con atto di citazione notificato in data 20.6.2013 [REDACTED] ha proposto opposizione avverso il predetto decreto ingiuntivo, adducendo, in estrema sintesi (dopo una premessa esplicativa sul contratto di I.R.S. e sui doveri gravanti sull'intermediario finanziario che negozia un simile prodotto), i seguenti motivi:
- c1) la nullità delle clausole contrattuali che affidavano alla banca la determinazione periodica degli addebiti e del c.d. *mark to market* (ovverosia la somma dovuta per il caso di scioglimento anticipato del contratto), in quanto avrebbero rimesso al mero arbitrio di una delle parti del contratto ([REDACTED]) la determinazione di elementi essenziali di esso; per quanto

BB



atteneva, in particolare, al *mark to market*, ha evidenziato l'oscurità della relativa previsione contrattuale (art. 23 del contratto quadro), nonché l'arbitrarietà nella determinazione di esso in euro 1.520.000,00 alla data del recesso unilaterale da parte della banca;

c2) la nullità del contratto di I.R.S. per difetto di causa, o, in subordine, la sua annullabilità per errore o dolo: attraverso tale motivo di opposizione si è rilevato che il contratto, la cui finalità in esso espressamente richiamata era costituita dalla copertura dei rischi di fluttuazione dei tassi d'interesse (c.d. *hedging*) correlati ad un contratto di mutuo contratto da [REDACTED] con altre banche ([REDACTED]), per come era concepito, era in realtà del tutto inidoneo ad assolvere alla propria causa in concreto, essendo invece uno strumento altamente speculativo; a tale proposito l'opponente ha poi richiamato gli esiti della perizia di parte, secondo cui, in particolare, il fatto che in un contratto di I.R.S. di tipo comune (c.d. *plain vanilla*) fosse stata prevista soltanto in favore di [REDACTED] la facoltà di richiedere la proroga del contratto per altri due anni (c.d. *swaption*) avrebbe fatto venir meno la finalità di *hedging* propria del contratto oggetto di causa; in subordine il contratto doveva essere annullato, perché la [REDACTED] sarebbe stata indotta in errore su un elemento per essa essenziale, ovverosia proprio la finalità di garantire la copertura dei rischi finanziari derivanti dal mutuo di cui si è detto;

c3) la responsabilità contrattuale di [REDACTED] per violazione delle regole di condotta al cui rispetto era tenuta in qualità di intermediario, tra cui varie disposizioni del regolamento Consob n. 16190 del 29.10.2007 e s.m.i. (c.d. Regolamento Intermediari), per aver proposto operazioni in conflitto d'interessi (mediante la previsione della citata *swaption*) e comunque operazioni non adeguate;

d) l'opponente ha quindi richiesto al giudice di voler disporre la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto;



e) con comparsa depositata il 15.1.2014 si è costituita in giudizio la ██████████, che ha richiesto il rigetto dell'avversa opposizione, in quanto infondata in fatto e in diritto, e, conseguentemente, il rigetto dell'istanza di sospensione;

f) all'udienza del 5.3.2014, dopo lo scambio di note e dopo breve discussione, le parti hanno insistito nelle rispettive difese ed il giudice si è riservato di decidere in ordine all'istanza di sospensione;

g) come è noto, i "gravi motivi" di cui all'art. 649 c.p.c. possano attenersi al *periculum*, qualora si ritenga che l'esecuzione forzata del decreto ingiuntivo opposto possa danneggiare in modo grave il debitore, senza garanzia di risarcimento in caso di accoglimento dell'opposizione, oppure, a prescindere dalla sussistenza di tale presupposto, alla probabile fondatezza dell'opposizione e finanche alla concessione del decreto o della provvisoria esecutorietà dello stesso (v., tra le molteplici pronunce, ord. Trib. Torino 10.12.2007, reperibile sul sito internet www.ilcaso.it);

h) con riferimento al *periculum*, esso può ritenersi *prima facie* sussistente nel caso di specie, se si ha riguardo alla notevole entità delle somme di denaro oggetto del presente giudizio ed all'ingiunzione della loro immediata corresponsione, con la conseguente instaurazione di azioni esecutive in caso di mancato pagamento;

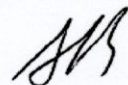
i) con riferimento agli altri elementi sopra richiamati (probabile fondatezza dell'opposizione e concessione della provvisoria esecutorietà del decreto) - quantomeno allo stato e fatta ovviamente salva ogni diversa valutazione all'esito del giudizio - si rileva che:

- non appare infondato il rilievo secondo cui l'opzione (c.d. *swaption*) prevista in favore di ██████████, contrasta con la finalità di copertura del rischio propria del contratto di I.R.S. (il quale, senza di essa, sarebbe un comune I.R.S. *plain vanilla*), essendo evidente che la banca abbia tutto l'interesse ad esercitare la predetta opzione nel caso in cui lo scambio



dei flussi di cassa, nella specie tassi d'interesse, uno fisso e l'altro variabile, fosse a lei vantaggioso;

- non è stata dimostrata la circostanza, pur affermata alle pagg. 12 e 13 della comparsa di risposta e ripresa nelle note d'udienza del 17.2.2014 a pag. 7, secondo cui la previsione del diritto di opzione sarebbe il "contrattare" della concessione da parte della banca di un tasso fisso più basso rispetto a quello normalmente applicato sul mercato per semplici operazioni di I.R.S. a 2 anni (2,49% contro 2,74%) ovvero a 5 anni (2,49% contro 3,08%), dal momento che, in considerazione della particolarità dell'operazione, non è dato di conoscere i tassi praticati dagli intermediari finanziari in quel periodo (anni 2009 e 2010) per operazioni simili; né è stato dimostrato che la previsione della *swaption* per riequilibrare il sinallagma contrattuale in conseguenza dell'applicazione di tassi più bassi fosse stata resa nota alla società opponente o comunque da essa conosciuta, di modo che fosse stata posta in condizione di scegliere in modo consapevole;
- quanto al c.d. *mark to market*, valutato in euro 1.520.000,00, tenuto conto della posizione di attrice in senso sostanziale rivestita nel presente giudizio, era onere della [REDACTED] esplicitare il procedimento di calcolo attraverso il quale si giunge alla concreta determinazione di tale somma: tale dimostrazione non risulta essere stata fornita, dal momento che se da un lato non risulta allegata alcuna comunicazione in tal senso (essendo presente – doc. 7 – la comunicazione di recesso datata 14.1.2013, che rinvia ad una successiva comunicazione per la quantificazione dell' "eventuale costo di sostituzione per l'anticipata estinzione dell'operazione"), dall'altro nulla ha detto la [REDACTED] sul procedimento di calcolo concretamente seguito per giungere alla somma di euro 1.520.000,00, e ciò tanto nel ricorso per ingiunzione quanto nelle difese del presente giudizio, essendosi limitata ad affermare, sotto un diverso profilo, la validità (astratta) delle clausole contrattuali di determinazione



determinazione del *mark to market* (pagg. 7 e 8 della comparsa di risposta), nonché (pag. 23 della comparsa di risposta) il rispetto della clausola contrattuale secondo la quale il *mark to market* negativo per il cliente non avrebbe mai potuto superare il 10% del c.d. capitale nozionale di riferimento (trattasi del capitale che non viene scambiato tra le parti ed è alla base del calcolo dei flussi di cassa), nel caso di specie pari ad euro 2.800.000,00;

P.Q.M.

1) visto l'art. 649 c.p.c., sospende la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto;

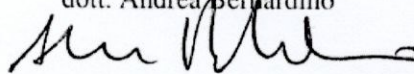
2) fissa, per l'ulteriore corso del procedimento, l'udienza del 7.5.2014, h. 9.00.

Si comunichi.

Cagliari, 31.3.2014.

Il giudice

dott. Andrea Bernardino



Depositato in Cancelleria
Cagliari 31-03-2014
L. Giudice
R. C. C.

