

Interest rate swap: vi è pericolo nel ritardo quando l'andamento del derivato può realmente incidere sull'equilibrio finanziario ed economico dell'impresa

Tribunale di Venezia, 3 luglio 2014. Giudice designato Fidanzia.

Contratti derivati - Interest rate swap - Ricorso ex articolo 700 c.p.c. - Periculum in mora - Incidenza negativa sull'equilibrio finanziario ed economico della società

Il periculum in mora è ravvisabile quando l'incidenza negativa dell'andamento del derivato sia di per sé idonea a compromettere o comunque ad influire in maniera rilevante sull'equilibrio finanziario ed economico della società, non essendo di per sé a tal fine sufficiente l'esistenza di una situazione di crisi.

Contratti derivati - Interest rate swap - Difetto di causa concreta - Equivalenza dell'importo del nozionale a quello del finanziamento - Parziale coincidenza della durata del derivato

La sostanziale equivalenza dell'importo del nozionale del derivato IRS rispetto all'importo erogato a titolo di finanziamento nonché la parziale coincidenza della durata del derivato con quella del finanziamento costituiscono elementi che potrebbero far ritenere sussistente la funzione di copertura della variazione dei tassi di interesse che il derivato è destinato ad assolvere.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

letto il ricorso ex art 700 c.p.c. proposto dalla B. s.r.l. contro la Banca Monte dei Paschi di Siena e finalizzato ad ottenere un ordine di sospensione nei confronti dell'istituto di credito di addebito di somme sul conto corrente della ricorrente in dipendenza del contratto derivato IRS n. 1374 del 1.10.2007 nonché per ordinare alla banca di astenersi da qualsiasi comunicazione interbancaria, con particolare riferimento alla Centrale Rischi, in relazione alle posizioni derivanti dal contratto IRS sopra menzionato espone quanto segue:

La ricorrente, sotto il profilo del fumes boni iuris, ha invocato la nullità del derivato IRS per difetto di causa (mancanza di alea razionale e comunque bilaterale), per difetto della causa in concreto e per indeterminatezza dell'oggetto (anche in relazione alla mancata esplicitazione dei criteri di determinazione del mark-to-market e up-front).

Sotto il profilo del periculum in mora, la ricorrente assume che per effetto della stipula del contratto derivato in oggetto, che presenti molteplici profili di nullità, ha subito perdite per € 85.836,81 con una

prospettiva di ulteriore perdita alla data di scadenza (10.10.2018) di ulteriori € 51.956,83.

L'esistenza di tale criticità finanziaria sta incidendo sull'ordinaria gestione della società dell'attività dato che la ricorrente presenta uno scoperto di conto corrente di € 96.805,00 che gli impedisce di porre in essere anche atti di ordinaria amministrazione come quelli di manutenzione dello stabilimento balneare che gestisce.

Conclude la ricorrente che la perdurante crisi finanziaria dovuta anche all'andamento negativo del derivato espone la ricorrente al rischio di revoca della concessione di stabilimento balneare.

Ad avviso di questo giudice, il ricorso difetta proprio del requisito del *periculum in mora*.

La Bagno Pic nic s.r.l. agisce ora in via cautelare per ottenere la sospensione degli effetti negativi di un derivato che ha stipulato ben sette anni fa (settembre 2007), ovvero dopo aver tenuto un atteggiamento di tolleranza per un periodo di tempo ben superiore alla presumibile durata di un giudizio di merito, che non è compatibile con la dedotta urgenza (vedi sul punto Tribunale Torino 18 aprile 2014 in www.ilcaso.it).

Ne persuade l'assunto che ove non fossero sospesi gli addebiti dei differenziali negativi del derivato la ricorrente aggraverebbe la propria crisi finanziaria che la esporrebbe al rischio della revoca della concessione di stabilimento balneare e conseguente cessazione dell'attività.

A prescindere dal rilievo che nessun elemento probatorio è stato fornito sul punto, non essendo stata prodotta neppure la concessione demaniale, va osservato che la previsione – ovviamente tutto ciò dipenderà dall'andamento effettivo del tasso Euribor nei prossimi anni – di addebito della somma annuale di circa 12.000,00 nei prossimi quattro anni e mezzo, a titolo di differenziali negativi del derivato stipulato, ha ad oggetto un importo che non può ritenersi tale da compromettere da solo la solidità finanziaria ed economica di una società, a meno che questa non presenti evidenti sintomi di insolvenza dovuti ad altri fattori suscettibili di determinarne autonomamente la cessazione dell'attività.

Va peraltro evidenziato che ove la previsione di parte ricorrente fosse corretta, se è pur vero che, da un lato, la stessa continuerebbe a vedersi addebitati i differenziali negativi del derivato, per contro, beneficerebbe – o meglio continuerebbe a beneficiare - del mantenimento del tasso Euribor 3 mesi a livelli bassi in termini di risparmio di spesa per interessi relativi al finanziamento pluriennale (per l'importo di € 850.000) che le è stato concesso dalla banca, che è legato parimenti all'Euribor.

Viceversa, ove il tasso Euribor nei prossimi 4 anni dovesse salire, ad una riduzione dei differenziali negativi del derivato si contrapporrebbe un aumento della spesa che la ricorrente dovrebbe sostenere per interessi passivi. Ciò era avvenuto nei primi anni dalla stipula del derivato durante i quali – con un livello alto del tasso Euribor - se, da un lato, la ricorrente aveva beneficiato anche di differenziali positivi, dall'altro, era stata, tuttavia, gravata da un maggior impegno economico in termini di interessi passivi per il finanziamento erogato.

Così ragionando, dato che per valutare l'impatto negativo del derivato sulla situazione finanziaria della ricorrente non si può quindi prescindere dal correlato andamento del contratto di finanziamento, va osservato, nel caso di specie, che la eventuale perdita attesa annuale di € 12.000,00

della ricorrente dovrebbe essere necessariamente ridimensionata per effetto dei benefici che la stessa società otterrebbe in termini di minor spesa per la restituzione del finanziamento.

In conclusione, posto che ad avviso di questo giudicante, il periculum in mora può ritenersi sussistente solo allorquando l'incidenza negativa dell'andamento del derivato sia da solo idoneo a compromettere o comunque influisca grandemente sull'equilibrio finanziario ed economico di una società – diversamente sarebbe sufficiente l'esistenza di una qualunque situazione di crisi finanziaria in cui versa una società che decide di agire ex art. 700 c.p.c. per giustificare ogni volta, ricorrendo anche il fumus boni iuris, l'adozione del provvedimento cautelare - nel caso di specie, una tale prova non è stata fornita.

In primo luogo, il saldo passivo di circa € 96.000 del conto corrente della società ricorrente

solo in misura percentualmente modesta è stato determinato dai differenziali negativi del derivato.

Né il bilancio al 31.12.2013 prodotto può ritenersi un elemento sufficiente comprovare la tesi di parte ricorrente.

Se è pur vero infatti che lo stesso si è chiuso con una perdita di € 18.960,00 circa – per contro, vi è stata una riduzione dell'indebitamento complessivo di circa € 35.000 rispetto all'esercizio precedente - nell'anno 2011, nonostante che alla ricorrente fossero stati addebitati differenziali negativi del derivato per importi equivalenti, l'esercizio si era chiuso con un utile di circa 18.659.

La mancanza del periculum in mora rende irrilevante pronunciarsi sulla sussistenza o meno del fumus boni iuris, pur dovendosi osservare che, nel caso di specie, gli invocati profili di nullità del contratto non si appalesano prima facie evidenti - e quindi necessiterebbero di un approfondimento istruttorio tecnico scarsamente compatibile con i tempi di un procedimento cautelare - attesa la sostanziale equivalenza dell'importo del nozionale del derivato IRS rispetto all'importo erogato a titolo di finanziamento, e la durata del derivato che, sebbene non corrispondente a quella del finanziamento (11 contro 15), non è tale da far ritenersi insussistente di per sé la funzione di copertura della variazione dei tassi di interessi che doveva assolvere il derivato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo;

P.Q.M.

Rigetta il ricorso;

condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese di lite sostenute dalla Banca Monte dei Paschi di Siena che liquida in € 800,00 oltre accessori di legge.

Venezia 3.7.2014