

Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI TERNI

SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, in persona del Giudice dott. Tommaso Bellei, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 196 R.G.A.C. dell'anno 2011 promossa

DA

COMUNE DI

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

PARTE ATTRICE

CONTRO

BANCA

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

PARTE CONVENUTA

OGGETTO: Altri contratti bancari e controversie tra banche, etc.

CONCLUSIONI

Parte attrice:



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

“Voglia l’Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza disattesa e rigettata, in accoglimento di quanto esposto nella suesposta narrativa - previe le pronunce e declaratorie che riterrà del caso (e ciò con particolare riguardo alla dedotta nullità dei contratti quadro di negoziazione – master agreement), anche in riferimento alla ricorrenza dei fatti di reato eventualmente rilevati nella fattispecie, con conseguente trasmissione delle relative notizie di reato all’Autorità competente - ed esperito il tentativo di conciliazione:

A) in via principale, nel merito:

Accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la nullità dei contratti derivati in atti, stipulati con _____ dal Comune di _____ o, fra i contratti impugnati, di quelli per i quali sarà ritenuta fondata la domanda;

B) in alternativa, nel merito e senza che ciò comporti cumulo con la domanda sopra formulata

Accertare e dichiarare per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, l’annullamento dei contratti derivati in atti, stipulati con _____ dal Comune di _____ o, fra i contratti annullati, di quelli per i quali sarà ritenuta fondata la domanda;

C) in via alternativa, nel merito e senza che ciò comporti cumulo con le domande sopra formulate

Accertare e dichiarare per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, i gravi inadempimenti, ex art. 1453 e 1455 c.c. della Banca nell’esecuzione dei contratti derivati in atti, stipulati con _____ dal Comune di _____ e conseguentemente la risoluzione di ciascun contratto o di quello per il quale sarà ritenuta fondata la domanda;

e, per l’effetto dell’accoglimento di almeno una delle domande rassegnate sub A) o sub B) o sub C),

1) dichiarare che nulla è dovuto a _____ per qualsiasi causale connessa ai contratti per cui è causa;

2) condannare la società convenuta, alla restituzione di tutte le somme a qualsiasi titolo versate dall’attore in esecuzione dei contratti, al rimborso di tutte le spese sostenute, oltre agli interessi, alla rivalutazione monetaria, al maggior danno ex art. 1224 c.c., per la somma che sarà reputata di giustizia all’esito della presente vertenza giudiziaria;

D) In ogni caso, nel merito, unitamente all’accoglimento di una delle sopra formulate domande, accertare e dichiarare, comunque, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno, la grave responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale dell’intermediario finanziario in qualità di advisor e/o consulente del Comune di _____ nella ristrutturazione del debito dell’Ente tramite ricorso alla finanza derivata:

e, per l’effetto dell’accoglimento della domanda rassegnata sub D),



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

1) condannare la società convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali, complessivamente quantificati in Euro 1.000.000,00, o in quella somma che risulterà provata nell'espletanda istruttoria e/o che il Giudicante riterrà di giustizia, ad interessi e maggior danno dalla debenza sino all'effettivo saldo;

2) condannare la società convenuta al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., prudenzialmente quantificato in un importo pari ad Euro 1.000.000,00 o in quella diversa somma che il Giudicante riterrà di giustizia, oltre ad interessi e maggior danno dalla debenza sino all'effettivo saldo;

E) in via subordinata, nel merito, nelle denegata ipotesi in cui il Giudicante non intendesse accogliere le domande sopra rassegnate accertare e dichiarare, quantomeno, per tutte le causali esposte in narrativa e che si esporranno la grave responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale dell'intermediario finanziario in qualità di controparte contrattuale del Comune di
 nelle operazioni in derivati impugnate e/o in qualità di advisor e/o consulente del Comune di
 nella ristrutturazione del debito dell'Ente tramite ricorso alla finanza derivata;
 e, per l'effetto dell'accoglimento della domanda sub E)

1) condannare la convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali, complessivamente quantificati in Euro 3.500.000,00, o in quella maggior o minor somma che risulterà provata nell'espletanda istruttoria, e/o che il Giudicante riterrà di giustizia, ad interessi e maggior danno dalla debenza sino all'effettivo saldo;

2) condannare la società convenuta, al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., prudenzialmente quantificato in un importo pari ad Euro 1.000.000,00 o in quella diversa somma che il Giudicante riterrà di giustizia, oltre ad interessi e maggior danno dalla debenza sino all'effettivo saldo;

Con vittoria di spese, diritti ed onorari del giudizio, oltre a IVA, CPA e rimborso forfettario ex art. 14 L.P. come per legge”.

Parte convenuta:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione: - in via preliminare dichiarare l'inammissibilità in tutto o in parte delle domande avversarie relative ai contratti indicati in narrativa già risolti dalle parti per mutuo consenso;

in via preliminare nel merito dichiarare la maturata prescrizione delle domande di responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale e delle connesse pretese restitutorie per tutti i contratti di cui è causa, nonché della domanda di annullamento per tutte le causali indicate da parte attrice;



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

nel merito rigettare integralmente per infondatezza tutte le domande avversarie.

In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande avversarie, disporre comunque le restituzioni in favore della di tutti i flussi attivi e gli upfront incassati dal Comune di in relazione ai contratti oggetto di causa, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo. In ulteriore subordine disporre comunque la compensazione tra le somme a qualsiasi titolo dovute dalla Banca e quelle dovute dal Comune.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari.”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con atto di citazione ritualmente notificato, il Comune di conveniva in giudizio la BANCA per sentire accogliere le conclusioni di cui all'atto di citazione.

A fondamento della domanda assumeva che: *“la Banca, agendo quale controparte ed anche quale advisor dell’Ente a norma del D.Lgs. n° 58/1998 (“TUF”) e del Regolamento n° 11522 emanato dalla Consob il 01/07/1998 (“Regolamento 11522”), aveva prestato i propri servizi di investimento, ed indotto il Comune alla negoziazione dei contratti impugnati, disattendendo le regole di settore applicabili e presentando questi ultimi come mere operazioni di copertura dei rischi del sottostante indebitamento comunale, con conseguenti esborsi e danni patrimoniali e non patrimoniali derivati al Comune medesimo. Lamentava in particolare il Comune che, nella vicenda per cui è causa, sussistevano, come in effetti sussistono: (i) l’invalidità dei contratti quadro di negoziazione e la conseguente mancanza dei contratti ex artt. 23 TUF e 30 Reg. Consob n° 11522/98 alla data delle negoziazioni dei contratti IRS per la mancata sottoscrizione dei medesimi ad opera di persona avente la legale rappresentanza dell’istituto di credito; (ii) l’inefficacia delle dichiarazioni di operatore qualificato ex art. 31 Reg. Consob n° 11522/98, con conseguente doverosa applicazione della normativa di tutela spettante agli investitori non qualificati che risultava invece disattesa nel caso di specie e con emergenza di ulteriori profili di nullità dei contratti quadro di negoziazione in riferimento agli artt. 23 TUF – 30 Regolamento 11522 ed agli artt. 30 e 32 TUF; (iii) la violazione delle disposizioni imperative dettate sull’utilizzo degli strumenti finanziari da parte degli Enti locali dall’art. 41 commi I e II della Legge n° 448/20017 in attuazione dell’art. art. 119 comma IV Cost., dal Decreto MEF n° 389/20038 e dalla Circolare dispositiva del MEF del 27/05/20049 in relazione: al difetto di convenienza economica delle operazioni ed all’applicazione a danno dell’Ente di costi e margini di intermediazione non dichiarati all’Ente prima o contestualmente alle negoziazioni; all’obbligo*



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

dell'intermediario di corrispondere al Comune somme di denaro a titolo di up front al fine di riequilibrare la posizione finanziaria di partenza dei contraenti, alla presenza di up front (impliciti ed espliciti) superiori ai limiti normativi dell'1% del capitale nozionale dei contratti IRS consentiti; al difetto di trasparenza delle procedure di pricing dei contratti IRS con attribuzione alla banca del potere di determinare arbitrariamente l'oggetto del contratto; all'inserimento da parte della banca di opzioni "digitali" ed alla vendita di opzioni cap non consentite dalla Legge, all'idoneità dei contratti impugnati, per quanto detto e per la non corrispondenza del relativo nozionale con l'ammontare dell'indebitamento sottostante, a svolgere funzioni di copertura; il tutto con l'effetto che tali violazioni, oltre a costituire un grave inadempimento dell'intermediario ed advisor nella vicenda agli obblighi ad esso ascritti, determinavano anche il difetto di causa concreta dei contratti negoziati tra le parti o la loro nullità sopravvenuta per la non conformità dei medesimi alle norme imperative di cui alla Legge n° 296/2006. Il Comune eccepiva inoltre: (iv) la violazione da parte dell'intermediario alle obbligazioni di diligente, corretta e trasparente prestazione dei servizi di investimento da parte dell'intermediario finanziario (art. 21 TUF) in relazione: all'omessa consegna al Comune del "Documento sui rischi generali" di cui all'All. 3 al Reg. Consob 11522 (ivi art. 28 comma I lett. b); alla violazione degli obblighi informativi dettati da Regolamento al fine di consentire al cliente "consapevoli scelte di investimento o disinvestimento" (artt. 26 e 28 comma II Reg. Consob 11522, obblighi che, come noto, perdurano oltre la fase genetica dei contratti per tutta la durata dei medesimi); alla violazione degli obblighi dell'intermediario di astenersi da operazioni che non fossero adeguate per il cliente (art. 29 Reg. Consob 11522, ciò avveniva nonostante nel caso di specie le operazioni apparissero tali sotto tutti i profili normativi, ossia "tipologia, oggetto, frequenza e dimensione") e di astenersi dal compiere operazioni in cui l'intermediario versasse in una situazione di interesse potenzialmente confliggente con quella del proprio cliente (art. 27 Reg. Consob 11522). Concludeva per l'effetto il Comune di _____ per la nullità o l'annullamento o la risoluzione delle operazioni impuginate, nonché per l'accertamento delle responsabilità della banca e del personale del cui operato essa risponde a norma degli artt. 1228 e 2049 c.c. Della vicenda il Comune deduceva anche la rilevanza penale, anche ai fini del pure domandato ristoro dei danni non patrimoniali subiti e subendi dall'Ente. A sostegno delle proprie allegazioni la parte attrice depositava i documenti dal n° 1 al n° 93".

Per effetto delle suddette operazioni la Banca lucrava un profitto pari ad euro 514.687,73 a titolo di flussi differenziali negativi aggiornato al marzo 2011 (data di instaurazione del presente procedimento) (cfr. all. 55 all'atto di citazione, tabella a pag. 143).



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repart. n. 10009/2019 del 28/03/2019

Si costituiva in giudizio la _____ contestando le domande attoree ed assumendo in parti colare: -

- l'intervenuta prescrizione in merito alla pretesa responsabilità precontrattuale o extracontrattuale in capo alla Banca, con riferimento a tutte le operazioni effettuate (con esclusione dell'ultima del 15.12.2006) poiché stipulate ben oltre un quinquennio prima della notifica della citazione; - l'inammissibilità delle domande avversarie relative ai contratti CAP: _____, IRS In & OUT _____ del _____, IRS In & OUT _____ IRS In & OUT del _____, IRS SLIDING CAP del _____, IRS In & OUT del _____ in quanto tali contratti sono stati risolti per mutuo consenso dalle parti, previa autorizzazioni formali del Comune con deliberazioni della Giunta Comunale. L'estinzione dei rapporti per mutuo consenso, deliberate dal Comune formalmente e senza riserva alcuna, precludono infatti al medesimo l'esercizio dei diritti nascenti dai contratti risolti, quanto meno in relazione ai denunciati profili di responsabilità precontrattuale e contrattuale; - l'infondatezza della pretesa illegittimità della autocertificazione di cui all'art. 31 Regolamento Consob n. 11522/98 **atteso che** il Comune ha dichiarato di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati ai sensi e per gli effetti del citato art. 31 **come risulta dimostrato dal fatto che il Comune ha deciso in assoluta autonomia di effettuare operazioni in swap con controparti diverse da _____ (i c.d. "mirror swap" effettuati con _____; - l'infondatezza della pretesa invalidità dei contratti di negoziazione per pretesa carenza di poteri di rappresentanza dei funzionari della Banca; - l'infondatezza del preteso difetto di causa dei contratti di swap tra la _____ ed il Comune di _____ e sulle pretese commissioni implicite **atteso che** non vi è nessuna disposizione che riconnette alla differenza tra le due figure teoriche degli swap par e non par le conseguenze giuridiche che controparte pretende di ricavare, e cioè il preteso divieto per gli enti locali di sottoscrivere swap non par. Secondo la Banca, prima dell'adozione della Comunicazione Consob n. 9019104 del 2.03.2009, l'indicazione dei margini applicati dall'intermediario non era prescritta da alcuna disposizione di legge o di regolamento, ma nessuno dubitava della legittimità della loro applicazione. Quel che invece l'azione avversaria intende sostenere è che ogni scostamento dal c.d. fair value del contratto sarebbe illegittimo ed avrebbe dovuto essere immediatamente restituito al comune sotto forma di upfront: ma in tale maniera si perverrebbe alla surrettizia imposizione all'intermediario di effettuare l'operazione in via del tutto gratuita, senza ottenere remunerazione alcuna. Per altro verso la norma che espressamente autorizza i Comuni ad effettuare operazioni in derivati (art. 3 DM 389/2003) nulla dispone circa limiti o divieti nella remunerazione dell'intermediario. Secondo la convenuta sarebbe quindi una inaccettabile petizione di principio quella secondo cui la Banca non potrebbe applicare**



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Reper. n. 10009/2019 del 28/03/2019

marginale alcuno sulle transazioni, dovendo anzi restituire al cliente tali margini, a torto denominati "commissioni implicite". Ciò premesso, appare evidente la forzatura logica e giuridica alla base della complessa censura avversaria, che presuppone (i) l'illiceità dell'applicazione di alcun margine da parte della Banca, e la denominazione dello stesso quale "commissione implicita"; (ii) la pretesa di convertire tale margine in upfront dovuto al cliente, ancorché questo fosse stato convenzionalmente determinato in altra misura; - l'infondatezza della contestazione delle opzioni digitali il cui inserimento nei contratti era assolutamente legittimo all'epoca delle stipulazioni, non essendo vietata dal DM 389/03, che costituiva l'unica fonte normativa in materia; - l'infondatezza delle considerazioni in tema di funzione di copertura in quanto la specifica disciplina dettata in tema di derivati degli enti pubblici (DM 389/03) non detta disposizione alcuna in merito alla finalità di copertura, autorizzando tanto le operazioni di IRS con passaggio da tasso fisso a variabile, quanto quelle di passaggio da tasso variabile a fisso; - l'infondatezza delle pretese ulteriori violazioni di norme del codice civile, del TUF e della regolamentazione Consob atteso che non vi è conflitto di interessi, in quanto la norma richiamata dell'art. 27 Reg. Consob 11522/98 non può applicarsi a strumenti finanziari costruiti su misura dall'intermediario, dove quindi la posizione di quest'ultimo è chiarissima al cliente e non richiede alcuna segnalazione. Quanto ai rilievi in tema di advisor, si rinvia alle precedenti deduzioni di questa difesa sul punto, ribadendo che manca un contratto formale e che comunque non ha mai assunto la posizione di advisor in senso sostanziale, essendosi limitato a provvedere al costante monitoraggio delle strutture in essere, in piena cooperazione con il Comune. Si sottolinea peraltro che secondo la Cassazione a Sezioni Unite (sent. 19.12.2007 n. 26725) le conseguenze di tali presunte violazioni di obblighi informativi, ove accertate, non comporterebbero la nullità del contratto ma al più un diritto del Comune al risarcimento del danno che esso dimostri essere derivato dalle presunte violazioni: e tale necessaria prova del nesso causale, a carico del Comune, ci sembra nella fattispecie piuttosto difficile da fornire; - l'infondatezza della pretesa nullità dei contratti derivati in essere ex art. 1346 c.c. per l'attribuzione alla Banca del potere di determinare arbitrariamente l'oggetto del contratto in quanto la determinazione dei flussi da scambiare e la correttezza dei calcoli effettuati dalla Banca sono stati oggetto di valutazione da parte del consulente della difesa attorea che ha potuto effettuare una ricostruzione ex post della legittimità dei calcoli effettuati mediante l'accesso a piattaforme specialistiche, il che esclude ogni nullità per indeterminatezza dell'oggetto; -

Sulle pretese risarcitorie e restitutorie del Comune la Banca rilevava che: nel caso di accoglimento della domanda di nullità controparte richiede la restituzione dei flussi versati dalla Banca al Comune ma, con evidente malafede, pretende di non restituire alla Banca i flussi positivi e gli upfront ricevuti



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

in base allo stesso contratto ritenuto nullo: la tesi è del tutto infondata: assurda è l'affermazione secondo cui la Banca non potrebbe ripetere i flussi pagati, avendolo fatto per scopi immorali (fattispecie assolutamente diversa e richiamata a sproposito), mentre non rileva che il Comune avrebbe ricevuto gli incassi in buona fede (invero tutta da dimostrarsi, visto l'atteggiamento del Comune nell'esecuzione del contratto): si tratta in buona sostanza di domande ai limiti della temerarietà per quanto contrarie al diritto ed al buon senso. Al contrario, nella denegata ipotesi in cui il Tribunale dichiarò la nullità di alcuno o di tutti i contratti oggetto di causa, i flussi positivi e gli upfront ricevuti dal Comune andranno certamente restituiti a [redacted] essendo insostenibile la pretesa dell'attore di trattenere i vantaggi ricevuti e di essere al contempo tenuto indenne dai prossimi possibili esborsi a suo carico. Quanto ai pretesi danni non patrimoniali, incredibilmente quantificati nell'importo di euro 1.000.000,00, non è configurabile né il presupposto genetico di tale danno (e cioè un illecito penale da parte della Banca), né tanto meno un indizio che possa giustificare una siffatta sproporzionata quantificazione.

Nel corso del giudizio, parte attrice depositava ricorso ex art. 700 c.p.c. per chiedere la sospensione dell'efficacia dei contratti derivati ancora in essere fra le parti (cfr. elenco a pag. 2 e 3 del ricorso): con ordinanza del 21.10.2011, il Tribunale di Orvieto accoglieva il ricorso e disponeva "la sospensione tra le parti degli effetti dei contratti di negoziazione di strumenti finanziari derivati IRS come descritti alle pagg. 2 e 3 del ricorso... nonché delle operazioni di acquisto concluse in esecuzione di tali contratti" (cfr. ordinanza del 21.10.2011 in atti). L'ordinanza veniva poi integralmente confermata dall'ordinanza emessa in sede di reclamo dallo stesso Tribunale di Orvieto in data 12.4.2012 (cfr. fasc. cautelare in atti).

Nel merito, con ordinanza istruttoria del 6.2.2012, veniva ammessa in parte la prova testimoniale articolata dal Comune di [redacted] e quella contraria diretta richiesta dalla [redacted] e veniva disposta CTU tecnico-contabile al fine di valutare l'operatività dei suddetti contratti derivati ancora in essere fra le parti, la cui efficacia, come visto, era stata sospesa in via cautelare.

Assunte le prove testimoniali, espletata la CTU da parte del [redacted] depositata in data 4.12.2012 e rigettate le richieste della [redacted] di integrazione della CTU con ordinanze del 6.2.2012, 5.2.2014 e del 5.12.2017, dopo diversi rinvii disposti per l'intervenuta soppressione del Tribunale di Orvieto, nonché per la necessità di acquisire il fascicolo cautelare e per motivi d'ufficio, in data 16.2.2018 il procedimento veniva assegnato allo scrivente.

All'udienza del 25.9.2018, la causa veniva trattenuta in decisione con concessione dei termini di legge.



2. SULLA NULLITA' DEI CONTRATTI PER MANCANZA DELLA CAUSA CONCRETA

Negli anni 2001 – 2006, il Comune di stipulava con la nn. 15 contratti derivati “IRS”, analiticamente esaminati dal consulente tecnico d’ufficio dott. Crenca per la cui dettagliata descrizione si rinvia alla CTU in atti, pagg. da 6 a 20.

I contratti in esame rientrano nella struttura del contratto di swap.

Come condivisibilmente affermato con la citata ordinanza del 4.12.2012 - adottata in sede di reclamo avverso l’ordinanza di sospensione dell’efficacia dei contratti ancora in essere fra le parti disposta ex art. 700 c.p.c. - il Tribunale di Orvieto evidenziava che lo swap è “... un contratto che prevede lo scambio a termine di flussi di cassa calcolati con modalità prestabilite, secondo un sistema (nel caso specifico degli interest rate swap) che permette di diminuire il rischio connesso alla fluttuazione dei tassi di interesse ed in cui i reciproci pagamenti previsti sono ancorati a tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale di riferimento; detto schema realizza uno scambio di flussi corrispondente al differenziale che, nel tempo di esecuzione del contratto, si determina tra i due interessi: è dunque necessario, per garantire l’equilibrio tra le posizioni dei contraenti, che il differenziale, al momento della stipulazione, sia pari a zero, altrimenti il contratto partirà squilibrato a favore di uno dei due contraenti, evidenziando una possibile patologia della fattispecie negoziale” (cfr. ord. Tribunale di Orvieto del 12.4.2012, anche Cass. nn. 10598/2005 e 5114/2001).

In sostanza, gli swap sui tassi di interesse (IRS) sono contratti con cui le parti si scambiano pagamenti periodici di interessi su una somma di denaro (capitale nozionale) per un periodo di tempo predefinito di talchè una parte si impegna a pagare un tasso predeterminato e l’altra un tasso differente sul presupposto di diverse previsioni in ordine all’andamento prospettico dei tassi.

Come anche condivisibilmente affermato dal CTU, l’ordinamento prevede sia contratti “par” in cui vi è equilibrio fra le prestazioni dei contraenti che contratti “non par” ove tale equilibrio non è presente: in quest’ultimo caso, le posizioni delle parti sono riequilibrate attraverso un suddetto flusso di cassa “up front”.

Sul punto si richiamano le condivisibili affermazioni rese dal Tribunale di Orvieto in sede cautelare secondo cui “... Sicuramente la configurabilità di un contratto derivato non par, ossia caratterizzato da uno squilibrio iniziale delle prestazioni è contemplato dall’ordinamento (art. 3 Reg. Consob 1998); la stessa Consob, nell’audizione alla VI Commissione Finanze e Tesoro del



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

Senato del 18/03/2009 afferma: "Un contratto può essere par o non par. I contratti par sono strutturati in modo tale che le prestazioni delle due controparti siano agganciate al livello dei tassi di interesse corrente al momento della stipula del contratto; a tale data il contratto ha quindi un valore di mercato nullo per entrambe le controparti. I contratti non par, invece, presentano al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, poiché uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato". Tuttavia, continua la Consob, "i termini finanziari della transazione vengono riequilibrati attraverso il pagamento di una somma di denaro alla controparte che accetta condizioni più penalizzanti; tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di up front". Quindi i contratti "non par" possono e debbono essere riequilibrati attraverso il riconoscimento, al momento della sottoscrizione, di una somma di denaro alla parte che accetta le condizioni più penalizzanti. Tale pagamento, effettuata dalla controparte soggetta alle condizioni contrattuali migliori, è una sorta di premio di sottoscrizione e serve per riportare una situazione di equilibrio tra le prestazioni a carico dei soggetti coinvolti. Occorre dunque verificare caso per caso se tale grandezza, che quantifica l'eccesso di valore delle prestazioni della parte svantaggiata, vada effettivamente a compensare lo squilibrio tra le prestazioni, rappresentando, in caso contrario, un costo dell'operazione per la parte che presenta le condizioni iniziali negative. Ed è una verifica che rappresenta l'elemento fondamentale per valutare l'onerosità delle operazioni poste in essere, idest l'eventualità che vengano caricati costi occulti per la strutturazione dell'operazione in derivati." (cfr. ord. Orvieto del 12.4.2012).

Secondo la ricostruzione operata dal CTU, pienamente aderente alle condizioni contrattuali e dunque condivisa dallo scrivente tutti i contratti oggetto di causa non prestavano al momento della stipula un valore iniziale nullo – calcolato come valore “mark to market” - ma bensì presentavano un valore negativo per il Comune: tale valore negativo non veniva compensato da un “up front” corrispondente per ristabilire una condizione di equivalenza tra le parti.

Nel dettaglio, si rinvia alla tabella indicata a pagg. 22 e 23 della CTU che ricostruisce – per ogni singolo contratto – il valore dell’up front versato dalla Banca al Comune ed il valore iniziale del contratto “mark to market” da cui emerge che il margine di guadagno per la Banca – al momento della sottoscrizione dei contratti – era complessivamente pari ad euro 1.520.743.

Tale margine di guadagno – indicato nella CTU come “costo implicito” - viene riconosciuto dallo stesso CTP della convenuta nella minore somma di euro 1.316.700 e dal CTP del Comune nella maggiore somma di euro 1.762.483: in ogni caso, tutti i calcoli effettuati dai consulenti – che



determinano in modo differente il valore “mark to market” dei contratti – riconoscono comunque un margine di guadagno per la Banca, come differenza tra il suddetto valore e l’up front versato al Comune.

Nonostante il CTU abbia ammesso che la quantificazione del margine di guadagno della Banca (“costi impliciti”) e la sua adeguatezza “in termini di confronto tra up front e valore mark to market non sia un fattore effettivamente valutabile in termini assoluti”, può comunque ritenersi provato che, al momento della stipula dei predetti contratti, vi fosse uno squilibrio dei valori di mercato dei derivati in favore della Banca non riequilibrato da “up front” iniziali (cfr. rel. CTU pagg. 24 e 25).

Tale condizione può ritenersi compatibile con il tipo di prodotto finanziario in esame come rilevato dalla difesa della convenuta e condiviso dal CTU - secondo cui deve essere riconosciuto all’intermediario un margine in suo favore attesi i rischi a cui la Banca si espone (“rischio di tasso di interesse”, “rischio di controparte”, “rischio di liquidità”, “margine di intermediazione” - nel caso di spese assente - cfr. rel. CTU, pag. 21) – ma comunque deve risultare oggetto di negoziazione espressa fra le parti poiché, in caso contrario, come affermato in sede di reclamo, si sostanzia in un “caricamento di costi occulti ovvero di commissioni implicite, tale da rendere le condizioni contrattuali non allineate con quelle prevalenti sul mercato e comunque non consentito dall’ordinamento, trattandosi di costi non esattamente percepibili dal sottoscrittore al momento della stipulazione” (cfr. ord. Tribunale di Orvieto del 12.4.2012).

Come evidenziato nella CTU, infatti, non solo l’entità di tale margine “...non era chiaramente illustrato nei contratti...” ma soprattutto ha comportato che i contratti “...così come erano strutturati... non erano idonei a svolgere la funzione cautelativa che ne doveva costituire lo scopo...”.

Sul punto si richiamano nuovamente le condivisibili motivazioni del giudice cautelare secondo cui “...dovendosi individuare nel disvalore di mercato iniziale un costo comunque sostenuto dall’ente (quale soggetto in capo al quale il disvalore si attesta), lo stesso avrebbe dovuto essere adeguatamente illustrato, indipendentemente da ciò che tale costo rappresenta, poiché se esso remunera l’attività commerciale della banca si risolve in una commissione che deve essere sempre esplicitata in ossequio a quanto previsto dalla lettera g) dell’art. 61 Reg., Consob, mentre se si limita ad evidenziare il vero costo del contratto, senza costituire, o senza costituire integralmente, il margine lucrato dalla banca, lo stesso deve essere conosciuto dal contraente che subisce l’alterazione delle naturali condizioni contrattuali, muovendo tutta quella serie di doveri di informazione dell’intermediario che improntano la normativa di settore (art. 21 Tuf) e che affondano le radici nel generale dovere di correttezza e buona fede di derivazione codicistica”.



Tali conclusioni assumono maggiore pregnanza se si pone a mente che molti dei contratti swap stipulati fra le parti venivano nuovamente rinegoziati.

Come rilevato dal CTU, le disequaglianze di mercato già presenti nei contratti originari non solo non venivano illustrate al Comune al momento della stipula degli stessi ma anche in sede di rinegoziazione: secondo il CTU *“le stesse rinegoziazioni...si presentano come un inequivocabile segnale di presenza di disarmonie, giacchè la spinta alla stipula dei nuovi contratti è stata proprio il bisogno di limitare le perdite eccessive; tuttavia, gli aspetti negativi dei derivati cessati non sono stati annullati o diminuiti con le rimodulazioni dei nuovo contratti”* (cfr. CTU, pag. 29).

Al riguardo, si rinvia anche alle condivisibili affermazioni del Collegio in sede di reclamo cautelare secondo cui *“Si osserva inoltre che la maggior parte degli swap in esame sono il frutto di rinegoziazione, attività che costituisce di per sé una deviazione dalla normale operatività in derivati che un ente pubblico può compiere in ossequio alle esigenze di copertura del debito, poiché ciò che spinge detto ente a rinegoziare il derivato è la necessità di porre un freno alle perdite eccessive e non più controllabili determinate dall'accumulo di differenziali negativi, di tal che il contratto derivato rinegoziato appare sempre più debolmente legato alla sua causa originaria (copertura di un rischio di natura sostanziale) e pericolosamente vicino a finalità più strettamente speculative, tali da privare il contratto di swap della sua causa concreta ed incompatibili con la natura e gli obiettivi dell'ente pubblico siccome riconducibili alla normativa che autorizza gli enti locali a sottoscrivere investimenti in derivati solo a fini conservativi (art. 3 D.M. 389/2003 e art. 41 L. 448/2001). È significativo in proposito osservare che...nelle ipotesi di rinegoziazione esaminate nella relazione di consulenza, il derivato estinto - in caso di sua perdurante operatività - avrebbe esposto l'ente ad imminenti pagamenti per differenziali negativi, sostanzialmente neutralizzati - nell'immediato - tramite il riconoscimento da parte della banca di una somma a pronti che ha consentito il traghettamento del Comune nel nuovo derivato, pur sempre partito, però (anche nel caso dello swap con attesa di differenziali positivi), con un valore di mercato negativo per il Comune stesso; ciò fa ritenere che le criticità dei derivati estinti non siano state annullate o diminuite con la rimodulazione delle condizioni del nuovo contratto (non se ne rinviene peraltro indicazione nel testo negoziale dei contratti di rinegoziazione) ma semplicemente trasferite su di esso, in tal modo generando un immediato flusso di cassa a sfavore del Comune prima ancora che il valore sottostante il contratto di swap rendesse positivo o negativo il valore dell'investimento... Tutto ciò non risulta percepibile al Comune poiché questo non è costretto a sostenere alcun esborso per rinegoziare il contratto (ossia a pagare il differenziale negativo generato dal contratto estinto), ma il nuovo contratto nasce già con un valore*



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

negativo da recuperare.....nella fattispecie la reale portata degli up front, soprattutto nei casi di rinegoziazione, non veniva specificata, limitandosi il contratto a riportarne la formale funzione attualizzatrice dei valori, senza evidenziare come i nuovi termini contrattuali (allungamento della scadenza dei mutui e revisione della tipologia del tasso di interesse) comportassero in realtà una modifica in pejus dello swap originario, tale da non essere compensata dal finanziamento a pronti che il Comune otteneva nell'immediato e che nella percezione dell'ente rappresentava l'essenza primaria dell'operazione (cfr. le clausole di up front in calce ai singoli contratti e v. conclusioni - pagg. 141 e 142 - della relazione (...) in atti)....".

Nel caso di specie, come sopra già anticipato, dall'analisi compiuta dal CTU si evince che al momento della sottoscrizione di tutti i contratti oggetto della domanda di nullità avanzata da parte attrice, gli stessi non erano a costo zero ossia di tipo "par", ma presentavano un valore iniziale negativo per il Comune quantificato dal CTU nella tabella riportata a pagg. 22 e 23 della relazione che, al saldo degli up front versati dalla Banca all'ente locale, era pari ad euro 1.520.743.

Il CTU ha chiarito che per la determinazione del *mark to market* iniziale sono stati utilizzati, in contraddittorio con i CTP, diversi modelli che tuttavia hanno evidenziato sempre un valore negativo iniziale (di euro 1.316.700 secondo il CTP della convenuta ed euro 1.762.483 secondo il CTP del Comune).

E' pacifico che la Banca non abbia prodotto in giudizio documenti idonei a ricondurre lo squilibrio iniziale del contratto al "margine di guadagno" (o "costi impliciti" secondo il CTU) spettanti alla stessa per la predisposizione e la gestione del derivato, come la Banca vorrebbe sostenere, commissioni che in ogni caso non sono state specificate nelle pattuizioni contrattuali.

Dalla documentazione contrattuale in atti, infatti, non si rinviene nemmeno l'indicazione degli "oneri di gestione", né delle modalità della loro determinazione: viene solo indicato che, in caso di risoluzione dei contratti, verranno addebitati al cliente del "Costi di Sostituzione sostenuti dalla banca per la conclusione di operazioni effettuate in sostituzione di quella oggetto del Contratto prematuramente cessato per effetto della risoluzione" e che "La quantificazione dei Costi di Sostituzione sarà determinata dalla Banca sulla base delle condizioni praticate da controparti di mercati su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto e aventi uguali caratteristiche quanto a vita residua e struttura finanziaria, tenuto conto dei valori dei parametri finanziari di riferimento e della durata residua dell'operazione oggetto del Contratto alla data di risoluzione." (cfr. artt. 11 e 12 dei contratti, all. 14, 17, 23, 24, 25, 27, 31, 32, 33, 38, 39, 40, 41, 45, 51, 54 all'atto di citazione.



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

Si veda peraltro che nella lettera inviata a fini transattivi dalla Banca all'ente locale in data 13.10.2010, gli "oneri di gestione" sono invece specificamente indicati, cfr. all. 26 seconda memoria ex art. 183, comma 6 c.p.c.).

Né i suddetti margini di guadagno venivano esplicitati in sede di negoziazione dei predetti contratti (cfr. in termini la testimonianza del responsabile degli uffici finanziari del Comune di

Come sopra evidenziato, quindi, nei contratti per cui è causa lo squilibrio iniziale dei valori di mercato evidenzia costi occulti o commissioni implicite a carico della società, vietate dall'ordinamento come previsto dall'art. 61, lett. g) del Regolamento Consob n. 11522/1998 secondo cui l'intermediario deve offrire una informativa all'investitore sulle commissioni e le spese addebitate.

Il disvalore di mercato iniziale costituisce un costo per il cliente e un vantaggio per la banca, che doveva essere esplicitato nella documentazione contrattuale. In ogni caso anche se lo stesso non integrasse un vero e proprio lucro per la banca comunque doveva essere resa sul punto una adeguata informativa al cliente, posto che esso alterava l'equilibrio iniziale delle prestazioni: tale omissione – pacificamente dimostrata dalla documentazione in atti di cui sopra si è dato conto oltretutto dalla testimonianza del - integra anche una violazione dei doveri di informativa che incombono sull'intermediario e che affondano le loro radici nell'art. 21 TUF e nelle regole di buona fede e correttezza di matrice civilistica.

In particolare, secondo la Corte d'Appello di Milano: "*Nei contratti di Interest rate swap, la mancata esplicitazione del modello matematico di pricing e del market to market rende arbitraria la stessa liquidazione degli importi richiesti a titolo di corrispettivo del recesso, proprio perché siffatta liquidazione appare il frutto di una quantificazione unilaterale da parte dell'intermediario, del tutto slegata da criteri predeterminati nei contratti. Allo stesso modo, l'assenza del mark to market e degli scenari probabilistici rende del tutto priva di giustificazione causale la clausola che contempla l'eventuale erogazione del c.d. up front in quanto anche la misura in cui il finanziamento contribuisce ad integrare il riequilibrio del valore iniziale del derivato incide sulla causa dello stesso.*" (Cfr. corte d'appello di Milano, 18/09/2013).

In senso conforme alla pronuncia sopra riportata, si è espressa anche la Corte d'Appello di Bologna (sent. 11/03/2014 n. n. 734), la quale, in una fattispecie analoga a quella in esame, ha stabilito che "*(...) in nessuno dei contratti appare la determinazione del valore attuale degli stessi al momento della stipulazione (c.d. mark to market), che una attenta e divisibile*



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

giurisprudenza di merito (cfr. App. Milano, 18 settembre 2013) ritiene elemento essenziale dello stesso, ed integrativo della sua causa tipica (un'alea razionale e quindi misurabile), da esplicitare necessariamente e indipendentemente dalla finalità di copertura (hedging) o speculativa, così come i costi impliciti e i criteri con cui determinare la penalità in caso di recesso".

Sotto altro profilo, la Banca convenuta sostiene che i contratti in esame devono essere qualificati come "di copertura" e che, comunque, "la specifica disciplina dettata in tema di derivati degli enti pubblici (DM 389/03) non detta disposizione alcuna in merito alla finalità di copertura, autorizzando tanto le operazioni di IRS con passaggio da tasso fisso a variabile, quanto quelle di passaggio da tasso variabile a fisso: era un derivato di copertura e non di natura speculativa." (cfr. comparsa di risposta, pag. 36).

Al riguardo, si rileva che la natura di un derivato non dipende dalle intenzioni delle parti contraenti ma dalla struttura dello stesso: sul punto, la Circolare della Banca d'Italia n. 166 del 1992 definisce "di copertura" le operazioni che "hanno lo scopo di proteggere dal rischio di avverse variazioni dei tassi di interesse, dei tassi di cambio o dei prezzi di mercato...", indicando le condizioni affinché una determinata operazione possa essere qualificata come di copertura.

Come ben evidenziato dal CTU, i contratti per cui è causa, in ragione della loro durata e delle previsioni dei mercati finanziari (eseguite dal ctu sulla scorta dei tassi *forward* che rappresentano una sintesi delle previsioni medie del mercato in ordine alla evoluzione dei tassi di interesse), così come erano strutturati, non erano idonei a svolgere la funzione cautelativa che ne doveva costituire lo scopo.

Secondo il CTU - sulla base delle classificazioni operate dalla Consob con la determinazione del 26 febbraio 1999, DI/99013797 secondo cui le operazioni in derivati IRS possono essere considerate "di copertura" al ricorrere delle seguenti condizioni: 1) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; 2) 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; 3) che 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 - i contratti in esame "non possono essere considerate operazioni di copertura, ma vanno classificate come operazioni di amministrazione del debito...da parte del Comune ma, tuttavia, sia in relazione ai contratti swap a valere su debiti sottostanti a tasso fisso che a quelli a valere su debiti sottostanti a



tasso variabile “il Comune si è esposto a rischi non compatibili con la natura dell’ente che, peraltro, non aveva le competenze sufficienti per una completa comprensione del funzionamento e dell’effettivo rischio delle operazioni stipulate” (cfr. CTU pag. 35).

Con riferimento ai contratti a valere sul debito a tasso fisso, aggiunge il CTU che “non possono essere considerati derivati con finalità di copertura in quanto, trasformando un debito a tasso fisso in uno a tasso variabile, di fatto hanno esposto il Comune ad un rischio non esistente in precedenza” (cfr. CTU, pag. 31); con riferimento ai contratti a valere sul debito a tasso variabile, afferma che “le operazioni possono essere considerate a parziale copertura del rischio di tasso legato all’andamento dell’Euribor a sei mesi. La copertura (parziale) sussiste perché il Comune, al momento della stipula, avrebbe potuto sapere con certezza la massima perdita derivante dalla stipula sull’orizzonte temporale, limitando il rischio tasso suddetto. D’altro canto però, la copertura non può essere considerata completa per la presenza di opzioni digitali implicite nei contratti. Il fatto che la barriera non sia mai stata raggiunta dal tasso Euribor non costituisce in alcun modo un fatto rilevante ai fini della valutazione dell’effettiva copertura dei contratti derivati analizzati” (cfr. CTU, pagg. 31 e 32).

In ogni caso, a prescindere dall’accertamento in merito alla natura speculativa ovvero di copertura ovvero di amministrazione del debito dei contratti in esame, resta accertata l’asimmetria iniziale fra le prestazioni del Comune di _____ e _____: infatti, gli elementi dell’alea contrattuale, ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti, sia favorevoli che non, costituiscono e integrano la causa del contratto derivato in quanto determinano il “rischio” dell’operazione.

Pertanto, il “prezzo” iniziale e quello potenziale dello swap (c.d. Mtm), devono necessariamente essere, *ex ante*, ben definiti e conosciuti con certezza dal cliente.

La causa tipica del contratto è proprio l’alea razionale, conoscibile in termini numerici, alla stregua di tutti gli altri elementi che concorrono a determinare le voci di costo sottese o connesse all’operazione finanziaria, indipendentemente, peraltro, dallo scopo speculativo o di copertura del contratto stesso (Corte d’App. Bologna 11/09/2014, n. 734, Corte d’App. Milano, 11 novembre 2015, n. 4303 e App. Milano 18/09/2013).

La necessità di conoscere il “rischio” dell’operazione diventa ancora più urgente se il cliente sia un Ente locale, soggetto ai limiti di spese ed ai vincoli funzionali di cui d.m. 389/2003, art. 41 L. 448/2001, e D. Lgs. 267/2000 TUEL.

Come evidenziato da una recente pronuncia del Tribunale Bologna n. 2042/2018, “In ragione dei predetti limiti di spesa e stante la cogenza delle norme che consentono agli Enti locali di ricorrere



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

a tali schemi negoziali, è evidente come la mancata definizione dell'alea insita nel contratto swap, produca una deviazione dalla causa concreta e dallo scopo del negozio stesso. Il comportamento precauzionale che si pretende in capo agli intermediari finanziari nella contrattazione con gli Enti locali, da concretizzarsi nella puntuale indicazione degli elementi aleatori degli swaps, emerge con tutta evidenza da quanto enunciato, al riguardo, dalla Corte Costituzionale, la quale, si è così pronunciata: " Questa Corte - sia pure con riguardo a fattispecie diversa - ha avuto modo di affermare (sentenza n. 52 del 2010) che l'art. 62 dell'evocato decreto-legge ha, tra l'altro, la finalità di garantire che le modalità di accesso ai contratti derivati da parte delle Regioni e degli enti locali siano accompagnate da cautele in grado di prevenire l'accollo da parte degli enti pubblici di oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione. Ciò in considerazione della natura di questa tipologia di contratti, aventi caratteristiche fortemente aleatorie, tanto più per le finanze di un'amministrazione pubblica (sent. n. 70/2012)."

Infine, a parere dello scrivente, il complesso delle operazioni poste in essere dal Comune di Orvieto e le asimmetrie riscontrate non sono influenzate dalle ulteriori operazioni in derivati realizzate con la [redacted] che, come rilevato dalla stessa convenuta, sono "perfettamente speculari rispetto ai derivati [redacted] con sottostante tasso variabile (c.d. "mirror swap") ed in base ai quali in comune otteneva da RBS la provvista per il pagamento dei differenziali negativi prodotti da tali derivati" (cfr. verbalizzazione della difesa della [redacted] all'udienza del 5.2.2014 in atti).

Infatti, la stipula dei contratti "mirror swap" con [redacted] era proprio finalizzata a diminuire gli effetti negativi per le casse comunali generati dai contratti stipulati con [redacted] come ammesso dalla convenuta e correttamente evidenziato da parte attrice nella propria memoria di costituzione in sede di reclamo cautelare.

Pertanto, la scelta di estinguere i derivati stipulati con RBS – che stavano generando flussi positivi per il Comune [redacted] – al fine di chiudere anticipatamente un contratto "IRS Collar" con la sessa [redacted] – che stava generando rilevanti flussi negativi per l'ente locale – non può essere contestata in questa sede in quanto circostanza di fatto esterna all'operatività negativa dei contratti oggetto del presente procedimento.

In ogni caso, anche su questo punto, si richiamano le condivisibili affermazioni del Collegio in sede di reclamo secondo cui "... Profilandosi un vizio che si attesta nella fase genetica del contratto (determinandone una nullità insanabile), non appare determinante valutare la criticità dei contratti medesimi nel complesso della strategia intrapresa dal Comune per tutelarsi dalle variazioni



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repart. n. 10009/2019 del 28/03/2019

dei tassi, sia sotto il profilo della globale negoziazione in swap (con [redacted] e con [redacted]), sia della transazione con la banca [redacted] sia della mancata adesione del Comune alla proposta transattiva della odierna resistente: del resto è un fatto che con entrambe le controparti bancarie il Comune ha maturato insostenibili debiti per pagamenti di differenziali negativi, il che potrebbe indurre a dubitare della efficienza tanto della strategia di ristrutturazione del debito con [redacted] quanto della scelta di fronteggiare con i mirror swap della [redacted] l'andamento negativo dei contratti con [redacted] ma trattasi di valutazioni che comunque, avendo ad oggetto elementi esterni ai sette contratti specificamente esaminati, non possono avere conseguenze sulla nullità dovuta ad un vizio genetico di causa quale quello ravvisabile in ordine ai contratti oggetto della presente domanda cautelare” (cfr. ord. Tribunale di Orvieto del 12.4.2012).

Alla luce delle argomentazioni che precedono l'assenza di una reale indicazione dell'alea contrattuale, ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti per le parti, nei contratti oggetto del presente giudizio ha determinato una deviazione dalla causa concreta e dallo scopo dei negozi stessi di cui pertanto deve essere dichiarata la nullità per violazione di norme imperative, per difetto di causa concreta e per la sussistenza di costi occulti non esplicitati (cfr Trib. Milano 9.6.2016; Corte Appello Milano, n. 2244/2015; Trib. Milano 16.6.2015; Tribunale Torino 17.1.2014; Corte Appello Milano 18.9.2013; Tribunale di Pescara 1241/2012; Trib. Orvieto, ord. 13.4.2012; Trib. Monza n. 2028/2012; Trib. Pescara 20.6.2012; Trib. Milano n. 5118/2011; Trib. Brindisi 15.7.2010).

Pertanto, deve dichiararsi la nullità dei contratti IRS stipulati fra le parti elencati alle pagg. da 6 a 20 della relazione depositata dal CTU in data 4.12.2012 e, per l'effetto, la convenuta, a norma dell'art. 2033 c.c., deve essere condannata alla restituzione in favore dell'attore di tutte le somme, via via, corrisposte, da quantificarsi in complessivi euro 514.687,73, somma indicata nell'atto di citazione la cui entità non è stata in alcun modo contestata dalla convenuta.

Nulla deve essere restituito alla Banca convenuta atteso che la predetta somma – aggiornata alla data di instaurazione del presente procedimento – rappresenta l'entità dei flussi negativi corrisposti dal Comune alla [redacted] da cui sono già stati detratti i flussi “positivi” e gli “up-front” ricevuti (cfr. all. 55, pag. 143 all'atto di citazione).

Gli interessi legali spettano dalla domanda (notifica dell'atto di citazione in data 22.3.2011) all'effettivo soddisfo, dovendosi necessariamente presumere la buona fede della banca all'epoca delle operazioni, né potendosi fare discendere *tout court* dalla nullità il diverso atteggiamento psicologico della mala fede (cfr. Cass. VI, n. 13424/2015; Cass. lav., n. 10815/2013).



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

Nessun ulteriore importo può essere riconosciuto a favore del Comune a titolo risarcitorio, poiché qualunque pregiudizio economico deve ritenersi assorbito nella rifusione di tutti i risultati negativi scaturiti dai contratti a seguito della pronuncia restitutoria ex art. 2033 cc, trattandosi di condanna che pone la società nella medesima situazione patrimoniale in cui versava prima della stipula del contratto affetto da nullità.

Danno non patrimoniale

Non merita, accoglimento la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale avanzata da parte attrice atteso che il comportamento tenuto dai funzionari della Banca che hanno negoziato con il Comune i contratti in esame rientra nel campo dell'illecito contrattuale: siffatto comportamento rientra nei compiti istituzionali dell'Istituto bancario che, seppur possa essere stigmatizzato sotto il profilo dell'imprudenza, non appare integrare alcuna condotta penalmente rilevante, almeno per carenza di dolo – seppur generico – necessario ai fini dell'integrazione della fattispecie prevista dall'art. 640 c.p.

D'altronde l'assenza di una responsabilità penale si desume, allo stato, dalla stessa documentazione prodotta dalla convenuta inerente allo speculare procedimento instaurato in sede penale dove è stata riconosciuta – in sede cautelare, anche se in riferimento ai soli contratti sottoscritti in data 14.3.2006 e in data 15.12.2006 - l'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato di truffa (cfr. ordinanza del Tribunale del Riesame di Terni del 8.2.2012 e Cass. n. 25516/2012).

Riguardo alla domanda di risarcimento ex art. 2059 c.c. per lesione degli interessi costituzionali alla protezione del risparmio tutelati dall'art. 47 Cost., nonché per la violazione dei diritti all'immagine ed alla capacità di accesso al credito del Comune, quest'ultima collegata al raggiungimento dei suoi fini istituzionali, la domanda non può essere accolta in assenza di adeguato supporto probatorio come peraltro dimostrato dal fatto che il risarcimento di tali voci di danno veniva chiesto solo con la comparsa conclusionale.

Ulteriori domande

Le statuizioni che precedono, assorbono e rendono superflua qualsiasi delibazione in merito alle ulteriori questioni poste dalle parti (applicabilità o meno della normativa post Mifid 2007; qualità di "operatore qualificato" del Comune; nullità per vizio di forma dei contratti-quadro, per mancanza di previsioni di rinegoziazione e per la qualifica di cliente al dettaglio/retail; annullabilità/risoluzione dei contratti e conseguente risarcimento del danno patrimoniale non patrimoniale; la responsabilità contrattuale, precontrattuale e/o extracontrattuale



Sentenza n. 9/2019 pubbl. il 28/03/2019

RG n. 196/2011

Repert. n. 10009/2019 del 28/03/2019

dell'intermediario; domanda riconvenzionale di parte convenuta e questioni di inammissibilità delle domande e di prescrizione).

3. Le spese di lite - sia del giudizio di merito che della fase cautelare - sono liquidate in dispositivo nei limiti dei valori di cui al DM n. 55/2014, determinati in relazione "*alla somma attribuita alla parte vincitrice piuttosto che a quella domandata*", aumentate del 50% in considerazione delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, della difficoltà e del valore dell'affare, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate, come previsto dagli artt. artt. 4, 5 e 6 del citato DM (con esclusione, per la fase cautelare, della fase istruttoria).

Devono peraltro essere poste a carico della parte convenuta soccombente anche le spese della consulenza tecnica d'ufficio già liquidate con decreto del 5.2.2014.

P.Q.M.

Il Tribunale di Terni, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, domanda, eccezione o deduzione disattesa:

- 1) dichiara la nullità dei contratti indicati alle lettere da A) a Q) nelle pagine da 6 a 20 della relazione del CTU depositata in data 4.12.2012 e, per l'effetto, condanna, ai sensi dell'art. 2033 cc, la Banca _____ alla restituzione in favore del Comune _____ della somma complessiva di euro 514.687,73, oltre interessi legali decorrenti dalla domanda (notifica dell'atto di citazione in data 22.3.2011) all'effettivo soddisfo;
- 2) condanna la Banca Nazionale del Lavoro spa alla rifusione delle spese di lite, che liquida in favore del Comune _____ nella misura complessiva di € 23.490,00 a titolo di compenso professionale, oltre al rimborso forfettario per spese generali, Iva e Cap come per legge;
- 3) pone definitivamente le spese della CTU, già liquidate, a carico della Banca _____

Terni, 27 marzo 2019

Il Giudice

dott. Tommaso Bellei

