

N. R.G.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

IL TRIBUNALE DI MILANO

Sezione VI Civile

Il giudice unico

Dott. Silvia Brat

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa **n. R.G**

promossa da

Provincia di P, elettivamente domiciliata in Milano, presso lo studio dell'avv.
Va Pa che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Pa Vu ed all'avv.
Ve Ba in forza di procura a margine dell'atto di citazione

- attrice -

contro

U s.p.a., elettivamente domiciliata in Milano, presso lo
studio dell'avv. Pa Da che la rappresenta e difende in forza di procura generale alleliti in
data 11.3.09, a rogito notaio dott. M S, n. Rep.

- convenuta -

All'udienza del 24.10.2013 le parti concludevano come da fogli depositati.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Provincia di P conveniva davanti al Tribunale di Milano U C B s.p.a., chiedendo, in via principale, che fosse dichiarata la nullità per mancanza di causa di tutti i contratti di interest rate swap conclusi con detto istituto di credito e che, per l'effetto, quest'ultimo fosse condannato a restituire gli importi corrisposti a titoli di rate semestrali, pari ad € 761.180,04; in via subordinata, che fosse disposto l'annullamento dell'accordo quadro e dei contratti di interest rate swap con conseguente effetto restitutorio a carico della banca, sia per errore, sia per dolo; in via ulteriormente subordinata, chiedeva che fosse accertato il grave inadempimento a carico della controparte, con conseguente declaratoria di risoluzione contrattuale o, in subordine, condanna al risarcimento di tutti i danni determinatisi.

A fondamento delle domande, parte attorea assumeva che: nel corso dell'anno 2001 aveva inteso procedere alla ristrutturazione della posizione di indebitamento in essere con la Cassa Depositi e Prestiti e che all'uopo aveva individuato nell'allora gruppo U I spa l'istituto che aveva formulato la proposta più interessante, di tal che con delibera della Giunta Provinciale n. 248 dell'11.12.01 aveva stabilito di prendere atto della proposta di convertible swap del 15.11.01 presentata da U tramite la Banca di C I ; aveva, pertanto, deliberato di procedere all'affidamento del servizio di studio finalizzato alla ristrutturazione del debito esistente nei confronti della Cassa Depositi e Prestiti al fine di definire le possibili strategie di trasformazione dell'indebitamento ed una successiva assistenza e consulenza nello sviluppo di tali strategie con il sistema della trattativa privata ad U B M spa; in data 13.12.01 aveva concluso il contratto IRS con data iniziale 31.12.01 e scadenza finale al 31.12.15 con importo nozionale di riferimento di € 34.159.319,94; con determinazione dirigenziale n. 422 del 30.1.03 aveva stabilito di effettuare una seconda ristrutturazione dell'indebitamento, aderendo alla proposta avanzata da U e stipulando un ulteriore, specifico contratto di IRS con data iniziale al 31.12.03 e scadenza al 31.12.21 per l'importo nozionale di € 45.987.384,00; nel corso di tale ultimo contratto aveva riscontrato che, a seguito dell'andamento dei tassi di interesse, la Provincia avrebbe dovuto sostenere sull'operazione in questione un maggiore differenziale dello 0,373% e per tale ragione con determinazione dirigenziale n. 166 del 16.1.04 aveva deliberato di aderire alla proposta di modifica del contratto di IRS avanzata da U sulla posizione a tasso variabile di complessivi € 42.727.723,00; che aveva, quindi, sottoscritto la modifica di operazione IRS del 13.1.04 con variazione del tasso parametro provincia decorrente dal 31.12.03; che con determinazione dirigenziale n. 159 del 16.1.04 aveva prorogato l'incarico di consulenza ad U sino al 31.12.04. L'attrice assumeva che, a seguito del mancato raggiungimento dello scopo per il quale erano stati conclusi detti contratti, ossia la copertura dal rischio di fluttuazione dei tassi di interesse, aveva incaricato una società esperta in ambito di finanza derivata, dalla cui relazione era emerso che, a fronte di incassi a titolo di differenziale positivo per €

611.508,20, aveva sostenuto esborsi, a titolo di differenziale negativo, per complessivi € 761.180,04; che, complessivamente, con la sottoscrizione dei contratti de quibus, essa attrice aveva maturato passività per complessivi € 703.468,17: da ciò emergeva che nessuna delle operazioni poteva considerarsi di vera copertura anche se vi era stata una riduzione dei rischi e ciò in quanto la copertura si sarebbe realizzata solo con un'operazione che avesse dato garanzia di stabilità e di prevedibilità dei flussi finanziari futuri; e ciò a tacer dei costi impliciti non conosciuti e particolarmente significativi.

La difesa attorea deduceva, quindi, la nullità dei contratti in questione per difetto di causa, in quanto vi era stata una sostanziale sproporzione tra il valore economico dei flussi di pagamento pattuiti tra banca e cliente, essendo state le formule matematiche utilizzate sempre in funzione di una perdita certa per il cliente; per tale ragione mancava, proprio sin dall'origine, l'essenziale elemento costituito dallo scambio dei flussi di pagamento; ed, invero, secondo la difesa attorea, era totalmente assente la finalità di copertura del rischio di variazione del tasso di interesse proprio in ragione della particolare sproporzionatezza delle condizioni finanziarie applicate.

In via subordinata, l'attrice deduceva l'annullabilità di detti contratti in ragione dell'errore essenziale costituito dalle macroscopiche omissioni da parte dell'odierna convenuta: ed, invero, tale errore era stato ingenerato dalla violazione di precisi obblighi di condotta gravanti sull'intermediario quanto alla natura ed all'oggetto dei contratti, ivi compresi i costi occulti; stesse considerazioni svolgeva in merito al richiesto annullamento per dolo.

In un tale contesto, la difesa attorea instava anche per la declaratoria di risoluzione con conseguenti effetti restitutori ed, in via ulteriormente subordinata, di risarcimento dei danni. In particolare, l'attrice deduceva la violazione dell'art. 21 TUF e degli obblighi di cui agli artt. 26, 27, 28, 29 del Regolamento Consob n. 11522/98, osservando come la dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 31 del citato regolamento in punto autodichiarazione di operatore qualificato non dovesse essere intesa in termini di mera autocertificazione, dovendo ricorrere in concreto il possesso di una conoscenza specifica che consentisse al giudice di ritenere come pienamente consapevole il consenso prestato.

Nell'ambito della memoria ex art. 183, VI comma, n. 1 cpc, l'attrice rilevava anche come i contratti de quibus fossero nulli per la totale mancanza di sottoscrizione dell'accordo quadro da parte di U e ciò in violazione dell'art. 23 TUF. Fondava, inoltre, la nullità anche sulla violazione dell'art. 30 TUF in tema di offerte fuori sede, con riferimento alla mancata indicazione del termine iniziale di efficacia del contratto ed all'assente specificazione del diritto di recesso, disposizione, questa, applicabile al caso in esame, posto che i contratti erano stati stipulati tutti presso la sede della Provincia.

U C B spa, divenuta, poi, U spa a seguito di fusione di U
C b. spa in U spa, evidenziava, in primo luogo, come la controparte avesse preso le decisioni in merito alla conclusione dei contratti in totale autonomia, avendo raccolto diverse

proposte di ristrutturazione del debito da differenti istituti bancari. In particolare, invocava la validità della dichiarazione di operatore qualificato rilasciata ex art. 31 Regolamento Consob Intermediari, alla luce dei criteri da ultimo disegnati dal giudice di legittimità. Un tale rilievo formale trovava, poi, ad avviso della convenuta, perfetto riscontro nell'organizzazione degli stessi uffici della Provincia, organizzazione contraddistinta anche dalla previsione di molteplici uffici addetti alla gestione delle risorse finanziarie dell'ente. Di qui evidenziava l'irrelevanza della tematica attinente agli specifici doveri di cui agli artt. 27 - 30, I comma 29 del Regolamento Consob n. 11522/98.

Con riferimento ai singoli contratti derivati, la banca ne sottolineava gli effetti positivi per la Provincia, escludendo che gli stessi fossero congegnati in modo tale da comportare sempre perdite per l'Ente, con vantaggi solo in favore della banca, proprio alla luce dell'andamento degli stessi. Ne rilevava, quindi, l'esistenza e la perfetta validità della causa.

Per tali motivi, chiedeva il rigetto delle pretese attoree, di cui eccepiva anche la prescrizione, con riguardo alla domanda di annullamento; in via subordinata e riconvenzionale, chiedeva che, per l'ipotesi di accoglimento delle domande di nullità o di annullamento o di risoluzione spiegate dall'attrice, questa fosse condannata alla restituzione, in favore della banca, di tutti gli accrediti a qualunque titolo ricevuti nel corso dell'esecuzione dei contratti.

U spa, infine, nella memoria ex art. 183, VI comma, n. 2 c.p.c., eccepiva il difetto di legittimazione passiva quanto alla domanda di inadempimento del mandato di consulenza. Ciò in quanto la delibera della Giunta Provinciale conferiva mandato di advising a U spa e, quindi, ad un soggetto diverso da U C B ; in particolare, poi, U era stata conferita, in data 30.3.07, nella società di diritto tedesco B H – und V AG, senza alcun collegamento con la fusione di U C B spa in U spa. L'odierna convenuta, pertanto, non poteva rispondere degli atti e delle obbligazioni facenti capo ad altro soggetto giuridico.

U spa, inoltre, eccepiva il carattere di domande nuove con riferimento alla nullità addotta dalla controparte sia per mancanza della sottoscrizione della banca nel corpo del contratto quadro, sia per la mancata indicazione della facoltà di recesso.

Orbene, in via pregiudiziale, occorre selezionare le domande attoree e le relative eccezioni, che meritano di essere prese in considerazione. All'uopo, non vanno esaminate le questioni - idonee in astratto a fondare l'eccepita nullità dei contratti – afferenti e la mancanza di sottoscrizione del contratto quadro da parte della banca e la mancata indicazione della facoltà di recesso ex art. 30 TUF.. Si tratta, come, peraltro, di tutta evidenza, di fatti costitutivi fondanti la domanda di nullità radicalmente diversi da quelli articolati in citazione ed integrati dall'assenza di causa dei contratti derivati, rispetto ai quali non possono ontologicamente essere inquadrati in termini di precisazioni o modificazioni delle domande già proposte ex art. 183, VI comma, n. 1 cpc. Del resto, solo nell'ambito dell'udienza di prima comparizione, l'attore *“può proporre le domande e le eccezioni che sono*

conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto” ex art. 183, V comma c.p.c..

Così delimitato il thema decidendum, occorre, quindi, precisare che le domande che verranno esaminate attengono alla nullità per difetto di causa, all'annullamento per errore o per dolo, alla risoluzione per inadempimento ed al risarcimento dei danni.

Si ritiene di prendere in considerazione, in primo luogo, la domanda di annullamento per errore essenziale costituito dalle contestate omissioni informative e quella, sempre di annullamento, per dolo. A tal fine è dirimente osservare che la parte convenuta ha tempestivamente, sin dalla comparsa di costituzione, eccepito la prescrizione.

La Provincia di P ha effettuato la prima operazione IRS in data 13.12.01, la seconda in data 30.1.03 e la terza in data 13.1.04. Ha formulato gli addebiti di ordine formale e sostanziale (con riferimento a violazioni concernenti la sottoscrizione della necessaria modulistica contrattuale, da un lato e, dall'altro, con riguardo alla violazione degli obblighi informativi) con missiva datata 5.6.09 (doc. n. 15), di cui non risulta la data di ricezione da parte dell'istituto di credito. In ogni caso, già alla data della redazione della missiva de qua, il termine prescrizionale quinquennale era ampiamente maturato per tutte le operazioni, ivi compresa quella conclusa in data 13.1.04. Parte attorea non ha, infatti, individuato uno specifico termine di decorrenza della prescrizione in ossequio a quanto prescritto dall'art. 1442, II comma, c.c.; sul punto, il giudice di legittimità ha osservato che *“quando l'azione di annullamento è esercitata oltre il termine di cinque anni dalla conclusione del contratto, l'onere della prova della posteriore data della scoperta del dolo o dell'errore ovvero della cessazione delle violenza incombe a colui che chiede l'annullamento”* (v. Cass. civ. n. 480/56). Del resto, una diversa interpretazione in difetto di un termine preciso di decorrenza individuato da chi chiede l'annullamento indurrebbe ad un inestricabile arbitrio. Nel caso in esame, la difesa attorea non ha neppure allegato il giorno in cui sarebbe stato scoperto l'errore od il dolo, non potendo tale termine essere individuato dal giudice, in assenza di una qualche indicazione di parte. La declaratoria di prescrizione rende, ovviamente, superflua la trattazione del merito delle domande in questione.

Vanno, ora, analizzate le domande di nullità, risoluzione e condanna al risarcimento dei danni, partendo dalla domanda di risoluzione, per comodità espositiva.

Quanto alla domanda di risoluzione, per grave inadempimento addebitato all'odierna convenuta, va premesso che la Provincia di P, con delibera n. 248 dell'11.12.01, aveva affidato ad U spa il servizio di consulenza relativo alla la ristrutturazione del debito esistente nei confronti di Cassa Depositi e Prestiti e che detto incarico era stato prorogato con determinazione dirigenziale n. 159 del 16.1.04. L'odierna parte convenuta ha, poi, dimostrato che U è soggetto completamente diverso da U C B spa, come del resto non contestato dalla stessa attrice (cfr. pagg. 3 e 4 della memoria ex art. 183, VI comma, n. 2 cpc). Il contenuto dell'incarico era così circoscritto alla *“elaborazione di proposte relative alla ristrutturazione del debito – con particolare*

riferimento ai mutui concessi dalla Cassa Depositi e Prestiti – il cui obiettivo sia l'ottenimento di risparmi in termini di interessi pagati, mantenendo comunque un profilo di rischio contenuto; assistenza nell'analisi finanziaria e nelle attività connesse al perfezionamento delle operazioni in strumenti finanziari derivati che consentano alla Provincia il raggiungimento dell'obiettivo sopra descritto". U aveva "la più ampia facoltà di elaborare le ipotesi di ristrutturazione dell'indebitamento mediante il ricorso ad operazioni in strumenti finanziari derivati" e si impegnavano a fornire, a richiesta, il valore del mark to market delle operazioni concluse, monitorandone costantemente l'evoluzione. In tale delibera era anche precisato che, a fronte del servizio di consulenza reso, la Provincia non avrebbe riconosciuto ad U, alcun compenso e che U, obbligata in forza di "un'obbligazione di mezzi e non di risultato", non assumeva "alcuna responsabilità in ordine alle determinazioni assunte dalla Provincia sulla base della stessa consulenza".

Ora, non può sottacersi che un incarico così congegnato, sfugge non solo alla tipizzazione di cui al TUF ante MIFID, ma anche alle costruzioni tipiche del codice civile. Quanto al TUF, il servizio di consulenza è inserito tra i servizi accessori ex art. 1, VI comma, lett. f) ed allo stesso si applicavano le regole di condotta speciali previste dal TUF e dal Regolamento n. 11522/98 a condizione che sia in collegamento funzionale con un servizio di investimento, proprio in ragione dello specifico status di intermediari dei soggetti abilitati. Pertanto, laddove il servizio de quo fosse stato prestato da un intermediario abilitato, come nel caso di specie, trovavano applicazione sia l'art. 21 TUF, sia le disposizioni di cui agli artt. 26 – 28 Regolamento Consob n. 11522/98. Ne consegue che l'esclusione di ogni responsabilità in capo ad U contrasta con tali disposizioni, come anche con l'art. 1176 c.c. e con le relative costruzioni codicistiche. E ciò al pari, dall'altro lato, dell'esclusione di ogni compenso ad U. La sopra esposta enunciazione è finalizzata non certo all'esame del rapporto bilaterale tra la Provincia di P e U, ma ad enucleare le obbligazioni che possono residuare a carico dell'odierna parte convenuta ai sensi dell'art. 21 TUF.

Ebbene, il conferimento dell'incarico di consulenza de qua non esclude che anche a carico dell'odierna convenuta residuassero gli obblighi tipici di cui all'art. 21 TUF, proprio perché una simile esclusione avrebbe dovuto formare, probabilmente, oggetto di uno specifico accordo trilaterale, in cui fosse coinvolta anche U; e ciò con le inevitabili conseguenze di ordine giuridico, attesa l'imperatività di tali disposizioni.

Ciò premesso, occorre ora delimitare l'ambito dei predetti obblighi, in considerazione della dichiarazione di operatore qualificato rilasciata dalla Provincia di P in data 13.12.01 (data concordemente ammessa dalle parti, ancorché non presente nel doc. n. 9 di parte attorea). In tale documento il legale rappresentante della Provincia dichiarava di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari e dava atto che i rapporti con la controparte sarebbero stati gestiti e regolati dalle condizioni di cui all'art. 31 del Regolamento n.

11522/98. Tale ultima disposizione riveste un rilievo dirimente nel complesso meccanismo di garanzie per il cliente, imperniato sui doveri di adeguata diligenza e di corretta valutazione da parte dell'istituto bancario, perché consente la disapplicazione di specifiche norme regolamentari incentrate, per quanto interessa nel caso di specie, sui doveri informativi, come disciplinati dagli artt. 27 – 29 dello stesso Regolamento. La giurisprudenza, dopo ampi dibattiti in merito all'ampiezza dei doveri gravanti sull'istituto di credito rispetto all'ipotesi maggiormente problematica costituita dalla dichiarazione del legale rappresentante di una società rilasciata ai sensi del citato art. 31, II comma, ultima parte, è giunta ad un approdo del tutto condivisibile e condiviso anche da questa sezione, rappresentato dalla decisione di cui a Cass. civ. n. 12138/2009 secondo cui: *“in tema di contratti di intermediazione mobiliare, ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - ai sensi dell'art. 13 del Regolamento Consob approvato con delibera 2 luglio 1991, n. 5387 - la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso; pertanto, salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, ex art. 116 cod. proc. civ., anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro”*. Quindi, secondo l'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387 - sostituito, poi, dal citato art. 31 del successivo regolamento - la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo. Appare al riguardo evidente la ratio della norma in esame, volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione”. Nel caso di specie, quindi, era specifico onere di parte attorea, a fronte di una dichiarazione del tenore di quella prodotta e, quindi,

neppure condensata in poche righe, ma esplicitata quanto ai riferimenti normativi, fornire puntuale prova di non veridicità delle dichiarazioni rilasciate e di conoscenza della predetta situazione da parte dell'intermediario. Parte attorea non ha, invece, minimamente provato la non veridicità della dichiarazione de qua, né, tanto meno, ha fornito una prova anche solo indiziaria della consapevolezza di una differente situazione in capo alla parte convenuta. Né significativa, rispetto alla prospettazione attorea, è la conclusione del contratto di consulenza con U, non solo per le sopra enunciate peculiarità, ma proprio perché non vi è alcuna incompatibilità ontologica tra la dichiarazione di operatore qualificato e la conclusione di un contratto di consulenza; ben potendo l'operatore qualificato scegliere di farsi assistere da un soggetto altamente qualificato con cui confrontarsi proprio in ordine ad una specifica questione, quale la ristrutturazione del debito in essere con la Cassa Depositi e Prestiti. Né, ad avviso del giudicante, il contratto di consulenza e la successiva proroga dello stesso costituiscono indici rivelatori di una situazione difforme da quella rappresentata in sede di dichiarazione ex art. 31 Regolamento, trattandosi di elemento fattuale del tutto neutro, in quanto non corroborato da ulteriori dettagli concordanti. Sussistono, invece, elementi di segno contrario in ordine alla specifica competenza della Provincia, come evidenziato dalla difesa di parte convenuta che ha sottolineato come la Provincia di P avesse organizzato in data 9.7.03 un convegno sugli strumenti innovativi della finanza locale (doc. n. 6) e come, con delibera n. 60 del 7.6.07, avesse approvato l'emissione di un prestito obbligazionario per un importo nominale di € 100.000.000,00, stipulando anche contratti derivati di raccordo con la predetta emissione (doc. n. 19). Ora, se è vero che tanto il convegno quanto la delibera in questione recano date chiaramente successive a quelle dei contratti oggetto di causa, non può sottacersi che, in ogni caso, integrano elementi rivelatori di una specifica competenza in capo alla Provincia (si pensi, in particolare, al raccordo tra l'emissione ed i derivati). Tanto più che la stessa attrice nulla ha osservato in merito, non sottolineando, ad esempio, l'irrelevanza di tale delibera in quanto successiva e fondata, ad esempio, su di una organizzazione interna drasticamente diversa da quella esistente all'epoca della stipula dei contratti del 2001, del 2003 e del 2004. Ora, ai sensi dell'art. 115 cpc, non vi è dubbio che la mancata contestazione di elementi puntuali assume un rilievo tutt'altro che secondario. Oltre a tali considerazioni, non è di poco momento che la Provincia non abbia speso alcuna parola in merito alla consapevolezza, in capo alla controparte, di una situazione diversa da quella rappresentata.

Alla luce di tali motivazioni, pertanto, gli obblighi di parte convenuta sono fondati sull'art. 21 TUF, con esclusione di ogni riferimento agli artt. 27 – 30, I comma Regolamento n. 11522/98. Ed, inverso, la sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato prevista dall'art. 31 reg. Consob 11522/98, la quale esclude l'applicazione degli articoli 27, 28 e 29 del regolamento, non può valere ad escludere anche l'applicazione dei principi contenuti nell'art. 21 del TUF, principi aventi carattere imperativo e dettati non solo nell'interesse del singolo contraente ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari (v. Trib. Milano, 19.4.11; App. Milano, 18.9.13). La citata disposizione del TUF

stabilisce che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, acquisiscano le informazioni necessarie dai clienti, utilizzino comunicazioni pubblicitarie e promozionali chiare e corrette, dispongano di risorse e procedure anche di controllo interno idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività, si organizzino in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse; che, in situazione di conflitto, assicurino comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento; prevede, ad ulteriore completamento, che gli intermediari dispongano di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi.

Nel caso in esame, la difesa attorea ha continuato, anche in sede di comparsa conclusionale, ad esporre la violazione, da parte dell'istituto di credito, dei doveri riconducibili nell'ambito degli artt. 27 – 30, I comma del Regolamento (cfr. pagg. 23 e seguenti di detta memoria); ha, in particolare, dedotto il conflitto di interesse a carico genericamente del gruppo U , in ragione dell'incarico di consulenza svolto da U , invocando espressamente il disposto di cui all'art. 27.

Ad avviso del giudicante, pertanto, l'unico profilo concernente l'accertanda violazione di doveri informativi attiene alla congruenza dei contratti conclusi con l'odierna parte convenuta rispetto agli obiettivi manifestati dalla Provincia, proprio perché in una tale prospettiva rileva la completa, esauriente e puntuale informativa che U avrebbe dovuto fornire alla controparte; e tale informativa ha significativi riflessi in ordine alla tipologia di contratti offerti e conclusi, il tutto nel perimetro disegnato dall'art. 23 TUF. Né parte attorea ha dedotto ulteriori profili concernenti gli obblighi informativi alla stregua del citato art. 21.

Occorre quindi, analizzare sinteticamente la struttura di ogni contratto derivato per valorizzarne gli aspetti tecnici dirimenti quanto alla risposta circa la congruità con gli obiettivi di cui alla delibera n. 248 dell'11.12.01, posto che nella stessa è condensato, appunto, l'interesse del cliente rilevante ai sensi dell'art. 21 TUF.

All'uopo, è utile premettere che la delibera n. 248 dell'11.12.01 - nella quale sono esplicitati gli intenti dell'Ente - conteneva, nelle premesse, l'evidenziazione dell'intento di procedere alla ristrutturazione delle posizioni di indebitamento in essere, che risultassero scontare costi per tassi non alienati al mercato, in modo da poter liberare risorse finanziarie da indirizzare su altri obiettivi; aveva, come obiettivo, l'ottenimento di risparmi in termini di interessi pagati, con il mantenimento di un profilo di rischio contenuto.

Il primo contratto IRS del 13.12.01 con durata 31.12.01 – 31.12.15 e nozionale di € 34.159.319,94 aveva comportato per la Provincia un up – front di € 1.172.357,16 e prevedeva che: per il primo periodo dal 31.12.01 al 31.12.05 la banca pagasse il 6,50% ed il cliente il 6,30% se il tasso Euribor 6 mesi alla data del fixing fosse inferiore al 5,30% ovvero l'Euribor 6 mesi maggiorato di uno spread pari a 2,30% se il tasso Euribor 6 mesi alla data del fixing fosse stato uguale o maggiore a 5,30%; dal 31.12.05 al 31.12.15 la banca avrebbe pagato il 6,50% ed il cliente il 6,30% se il tasso Euribor 6 mesi

alla data del fixing fosse inferiore al 6,10% ovvero l'Euribor 6 mesi maggiorato di uno spread pari a 2,30 se il tasso Euribor 6 mesi alla data del fixing fosse risultato maggiore o uguale al 6,10%. Il C.T.U. dott. L. B. ha, quindi, concluso, quanto al primo periodo, che la Provincia poteva incassare lo 0,20% qualora l'Euribor 6 mesi avesse assunto un valore compreso tra lo 0% ed il 5,30% e che la Provincia poteva, invece, pagare flussi pari al tasso Euribor 6 mesi diminuito di uno spread del 4,20% qualora l'Euribor a 6 mesi avesse assunto un valore pari o superiore al 5,30%, il tutto come risulta graficamente a pag. 6 dell'elaborato. Ha, poi, evidenziato che *“tenuto conto che al momento della stipula il tasso forward a un anno è pari al 5,12%, nel primo periodo ci si poteva aspettare flussi di cassa positivi a favore della Provincia nella misura dell'0,20%”* (v. pag. 7). Quanto al secondo periodo, illustrato graficamente a pag. 7, la Provincia incassava sempre lo 0,20% nel caso in cui il tasso Euribor 6 mesi fosse stato al di sotto del 6,10%, mentre pagava tassi crescenti ossia Euribor 6 mesi più il 2,30% ove l'Euribor 6 mesi fosse stato pari al 6,10% o avesse superato la predetta soglia. Anche in questo caso, *“tenuto conto che al momento della stipula il tasso forward a un anno è pari a 5,51%, ci si poteva aspettare flussi di cassa positivi a favore della Provincia nella misura dello 0,20%”*. (pag. 8); e ciò tenuto conto del valore del contratto alla data della stipula, di € 686.958,47 ed alla data di estinzione di € 2.966,56 come illustrato nella tabella a pag. 19 della consulenza, con l'utilizzo della funzione swap manager della piattaforma Bloomberg. Ora, alla luce dell'unbundling, ossia della scomposizione del contratto, come analizzata dal C.T.U. (alla cui I parte si rinvia), il contratto de quo ha comportato, da un lato, un risparmio in parte immediato pari all'incasso dell'up front ed in parte differito pari all'incasso dello 0,20% sul nozionale; dall'altro lato, l'assunzione di rischio con pagamento del tasso Euribor 6 mesi maggiorato dello spread del 2,30% ove il tasso Euribor 6 mesi avesse superato le soglie contrattualmente previste. Ora, come osservato dal C.T.U., *“ciò significa che il risparmio, e cioè la componente swap /fix (in cui la Provincia riceve lo 0,20 del nozionale secondo il piano di ammortamento) e l'up front di € 1.172.357,16 è stato finanziato con l'assunzione di rischio da parte della Provincia, e cioè con la vendita delle componenti opzionali dalla Provincia alla Banca. Va da sé, quindi, che l'assunzione di rischio è, per sua natura, commisurata al risparmio implicito nel contratto swap stipulato dalla Provincia. Sul punto va, però, tenuto conto che le condizioni del contratto, complessivamente considerate, risentono del margine applicato dall'intermediario che è stato stimato in € 429.000,00, a sua volta, ottenuto correggendo il valore teorico (di euro 686.958) con le componenti rischio di credito (di euro 97.159) e dealer spread (di euro 160.733). Partendo dall'assunto che la Provincia intendeva comunque ricevere l'upfront nella misura effettivamente prevista nelle condizioni del contratto swap, si deve ritenere che il contratto sia congegnato in modo da rispondere all'obiettivo fissato dalla Provincia nella delibera, fermo restando che il livello di rischio assunto dalla Provincia doveva essere più contenuto se la Banca non avesse applicato un margine di intermediazione eccessivo”* (v. pagg. 94 – 95 dell'elaborato).

Il secondo contratto IRS del 31.0.03 si riferiva all'indebitamento, prevalentemente indicizzato al tasso Euribor 6 mesi, che la Provincia aveva in essere con alcuni istituti bancari di importo di € 45.987.3844,00 alla stipula del derivato, secondo un piano di ammortamento che coincideva con i valori nozionali alle varie scadenze (cd. amortising); prevedeva, da un lato, l'incasso, da parte della Provincia, del tasso Euribor 6 mesi e, dall'altro, il pagamento, da parte della Provincia, di un tasso fisso crescente (la cui sequenza è utile visionare nella nota 43 della pag. 95 della consulenza) se, a partire dal secondo periodo, il tasso Euribor 6 mesi fosse risultato inferiore alla soglia fissata per il periodo di riferimento (la cui sequenza è indicata nella nota 44 della pag. 95 della consulenza), ovvero, qualora il tasso Euribor 6 mesi fosse risultato superiore o uguale alla predetta soglia, il tasso Euribor 6 mesi diminuito di uno spread pari allo 0,10%. E', poi, utile evidenziare come il C.T.U. avesse sottolineato che per la prima scadenza semestrale i tassi fossero già fissati al momento della conclusione del contratto e garantissero, quindi, un incasso certo a favore della Provincia di € 286.705. Ora, considerata l'evoluzione dei tassi di interesse, le caratteristiche del contratto erano tali da consentire una copertura, ancorché limitata entro le soglie stabilite nel contratto, del rischio di variabilità dei tassi di interesse dei mutui: ed, infatti, i tassi fissi pagati dalla Provincia erano più bassi rispetto a quelli attesi nei primi anni di durata del contratto sino al 2015, con conseguenti aspettative di flussi finanziari positivi per la Provincia; più alti rispetto a quelli attesi negli ultimi anni, ossia dal 2016 al 2021, con aspettative di flussi finanziari negativi per la Provincia. Ne conseguiva un alleggerimento degli oneri finanziari sull'indebitamento per i primi anni di durata del contratto sino al 2015, bilanciato dai più pesanti oneri finanziari per il restante periodo sino al 2021. Da tali caratteristiche il C.T.U. ha desunto, da un lato, un risparmio atteso sulla base della situazione di mercato e delle aspettative di evoluzione di € 1.629.923,21 (di cui € 286.076 certi in quanto rappresentanti il flusso del primo semestre di vita del contratto), che è rappresentato dalla differenza tra il valore teorico stimato della "gamba ricevo variabile" ed il valore teorico della "gamba pago fisso"; dall'altro, l'assunzione di rischio dovuto alla vendita delle componenti opzionali implicite nella struttura del contratto derivato che, per loro natura, comportano l'assunzione di rischio a carico del venditore contro l'incasso del premio che, nel caso in esame, è servito proprio a finanziare la predetta componente di risparmio. Quindi, pur risultando il risparmio (nei termini sopra esposti) finanziato con l'assunzione di rischio integrato dalla vendita delle componenti opzionali dalla Provincia alla odierna convenuta, il contratto è risultato comunque strutturato in modo da rispondere all'obiettivo fissato dall'attrice nella delibera de qua.

Il terzo contratto del 13.1.04 è una rimodulazione del secondo contratto del 2003, il cui valore teorico era notevolmente peggiorato nel primo anno di vita, in ragione dell'evoluzione dei tassi di interesse e delle relative aspettative, in quanto detto valore era passato da un valore negativo per la Provincia di € 573.000,00 circa ad un valore negativo di € 1.265.000,00 circa. Anche il terzo contratto si riferiva all'indebitamento prevalentemente indicizzato al tasso Euribor 6 mesi, che la Provincia aveva con

alcune banche per un importo di € 42.747.723 alla data della conclusione del derivato, secondo il piano di ammortamento del precedente derivato (cd. amortising). Tale contratto prevedeva l'incasso, da parte della Provincia, del tasso Euribor 6 mesi ed il pagamento, da parte della stessa, nel primo periodo dal 31.12.03 al 31.12.04, del tasso fisso del 2,177%; nel secondo periodo dal 31.12.04 al 31.12.05 e nel terzo periodo dal 31.12.05 al 31.12.21, di tassi fissi predeterminati a condizione che l'Euribor 6 mesi rimanesse nell'ambito di soglie contrattualmente previste, secondo lo schema esposto a pag. 98 della consulenza. La rinegoziazione era stata decisa al fine di evitare, per la Provincia, il pagamento di flussi negativi derivanti dal contratto del 2003, alla luce della riduzione della curva dei tassi sia sul segmento a breve periodo, sia sul segmento a medio periodo, tanto che il contratto del 2003 produceva flussi negativi già certi per la scadenza del 30.6.04 di importo di € 80.610,00; il tutto anche se, comunque, la Provincia risparmiava sugli oneri di indebitamento a tasso variabile, in considerazione della funzione di copertura del contratto derivato sui mutui indicizzati all'Euribor 6 mesi. Le condizioni pattuite consentivano, quindi, alla Provincia, anziché di pagare i flussi negativi che si sarebbero generati in dipendenza del contratto del 2003, di azzerare il flusso del primo semestre del 2004 e di ottenere un flusso positivo atteso, ancorché di scarsa rilevanza per il secondo semestre del 2004. Il C.T.U. ha, poi, osservato che: *“a fronte di ciò, tuttavia, il contratto prevedeva l'assunzione di ulteriori rischi per gli anni successivi connessi anche alla necessità di assorbire il valore negativo del contratto derivato rimodulato. Tale risultato veniva ottenuto mediante il riposizionamento degli intervalli di copertura per gli anni successivi al primo, la cui struttura diveniva articolata e complessa, Infatti, nel secondo anno, il contratto realizzava la copertura se il tasso variabile era inferiore a 2,4%, ovvero se era superiore al 4% e negli anni successivi il contratto realizzava la copertura nell'intervallo tra 0 e 4,45% e tra il 6% ed il 6,65%. Inoltre, ove il tasso variabile fosse stato superiore al 6,65%, la Provincia avrebbe pagato un importo fisso pari allo 0,40%. Sul punto, si osserva – come già rilevato nella precedente parte I – che i tassi forward attesi dei vari periodi si posizionavano negli intervalli che non assicuravano la funzione di copertura. Ne derivava, pertanto, un contratto derivato con una struttura complessa – che prevedeva, oltre alla componente swap in cui la Provincia paga il fisso e riceve il tasso Euribor 6 mesi, componenti opzionali vendute e acquistate dalla Provincia – che aveva la funzione precipua di rinviare al futuro le perdite più che di assicurare risparmi per la Provincia bilanciati dall'assunzione dei rischi”* (v. pag. 99 della consulenza). Da ciò derivava la non coerenza di tale contratto con la delibera n. 248 dell'11.12.01.

Orbene, ciò che rileva, quanto alla conclusione del terzo contratto, è che era stato il significativo ed imprevisto peggioramento dei tassi di interesse a rendere necessaria tale rimodulazione e non una scorretta strutturazione del secondo derivato (che invece era coerente con gli obiettivi di cui alla delibera de qua). Con particolare riferimento, anzitutto, alla delibera, va rimarcato che l'odierna attrice intendeva specificatamente non cercare una copertura, ma il risparmio di interessi

unitamente al mantenimento di un profilo di rischio contenuto. Ora, sull'intermediario gravavano gli obblighi informativi di cui all'art. 21 TUF che, se non si traducevano, nel caso in esame, nella poliedrica sfaccettatura rappresentata dagli artt. 27 – 30, I comma del Regolamento, erano indubbiamente integrati dall'obbligo di fornire al cliente un prodotto coerente con quanto richiesto ed evidenziato nella delibera in questione. Sul punto, la giurisprudenza anche di questa sezione, come sopra richiamata, ha significativamente affermato che permangono gli obblighi di cui all'art. 21 TUF, che, per quanto rileva nel caso di specie, si sostanziano nella lett. a) della predetta disposizione, concernente il dovere di *“comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati”*. Ciò in quanto le parti dell'odierno giudizio non erano collocate ab origine su di un piano di parità: l'una è un ente pubblico che, pur dotato di specifici uffici addetti alla valutazione degli indebitamenti e pur inquadrato nell'ambito degli operatori qualificati, risentiva necessariamente di quella ontologica asimmetria informativa rispetto all'istituto di credito. Del resto, il C.T.U. ha chiarito, sia pure sotto altro profilo e con riferimento alla determinazione del valore di mercato dei contratti de quibus, che la disparità di trattamento tra la Provincia e la banca era normativamente prevista in quanto gli istituti di credito debbono assicurare le necessarie coperture patrimoniali finalizzate alla stabilità patrimoniale, quando contrattano con la pubblica amministrazione; ed, invero, nella determinazione del pricing dei parametri di mercato, determinante era il fatto che, contrariamente ai contratti conclusi tra operatori istituzionali, i derivati OTC conclusi tra la banca e la Provincia non prevedevano la costituzione di depositi a garanzia del regolamento dei flussi futuri (cd. collateral). Tale osservazione denota la differenza di trattamento normativamente prevista e giustifica anche i margini di intermediazione applicati (pur ritenuti eccessivi dal C.T.U.). E proprio la contropartita di tale asimmetrica posizione patrimoniale si riflette in termini di maggiori e più incisivi obblighi informativi e di puntuale e corretto adempimento a carico della banca, obblighi, peraltro, previsti in modo univoco dall'art. 21 TUF. Nel caso di specie, pertanto, il parametro di riferimento per la condotta che la banca avrebbe dovuto tenere era rappresentato dagli obiettivi condensati nella predetta delibera che fissava, appunto, i parametri e le condizioni degli strumenti derivati in via generale, evidenziando il risultato economico che l'Ente intendeva perseguire; ciò come meglio chiarito anche nella mail del 23.11.05 di provenienza della Provincia ed inviata ad U (doc. n. 25 della convenuta). Fatto, quest'ultimo, che non escludeva affatto il dovere dell'odierna parte convenuta di valutare (eventualmente previo raccordo con U) ulteriori possibilità, tali da rispettare gli obiettivi di risparmio sull'indebitamento. Nel caso concreto, invece, il contratto derivato connotato da una struttura complessa (per la quale è utile il richiamo alla specifica esposizione di cui alle pagg. 66 – 70 ed alla pagg. 99 della relazione) *“aveva la funzione precipua di rinviare al futuro le perdite più che di assicurare risparmi per la Provincia bilanciati dall'assunzione del rischio. Se ne ricava che il contratto derivato del 30.1.04, proprio per la sua funzione di rimodulazione di minusvalenze implicite nel precedente contratto, che*

comunque garantiva alla Provincia copertura sull'aumento dei tassi di interesse che gravava sull'indebitamento a tasso variabile della Provincia, non può ritenersi coerente con la delibera n. 248 dell'11.12.01" (così, pag. 99 della relazione).

La difesa della parte convenuta non ha, in concreto, dimostrato di aver, invece, rispettato detti obiettivi, avendo evidenziato, solo in comparsa conclusionale, che non era possibile ricostruire da zero il derivato precedentemente in essere e giudicato coerente con le esigenze della Provincia; ha insistito, pertanto, per un confronto tra il derivato originario e quello modificato. Tale rilievo – che pure ha avuto un seguito nell'ambito delle operazioni peritali, ad opera del CTP della banca – non era contenuto nella comparsa costitutiva e dello stesso non può di conseguenza tenersi conto. Un ampliamento dell'originario quesito nei termini evidenziati dalla convenuta non si collegherebbe ad una specifica allegazione di parte, tanto che sui calcoli del CTP di parte convenuta non è intervenuto alcun contraddittorio e, di conseguenza, alcuna accettazione ad opera della controparte.

Quanto alla gravità dell'inadempimento ex art. 1455 c.c., si osserva che un primo e significativo elemento è ravvisabile negli stessi obiettivi sintetizzati nella delibera de qua. Ora, è evidente che il mancato perseguimento di tali scopi unito al rinvio nel futuro delle perdite integra la gravità dell'inadempimento richiesta dal codice civile, avuto riguardo anche alla natura di ente pubblico della Provincia.

Sulla base delle sopra esposte motivazioni, in accoglimento della domanda risolutoria, va disposta la condanna della convenuta al pagamento, in favore dell'attrice, della somma di € 759.512,22 pari ai differenziali effettivamente pagati in esecuzione del predetto contratto, dato che l'importo di € 1.358.623,16 è rimasto in sospeso e, tenuto conto del presente accertamento, non dovrà essere corrisposto. Sulla somma di cui sopra vanno computati gli interessi legali dalla ricezione, da parte dell'istituto di credito, della raccomandata del 5.6.09 sino al saldo (doc. n. 15).

L'accoglimento della domanda risolutoria con riferimento al terzo contratto derivato rende superfluo l'esame della domanda di nullità della causa relativa allo stesso negozio. Né vi è ragione di esaminare la domanda subordinata di risarcimento dei danni, dal momento che la stessa attrice non ha dedotto l'esistenza di danni ulteriori rispetto al pagamento dei differenziali.

Non trova accoglimento, invece, la domanda riconvenzionale subordinata proposta dalla difesa di U spa, in quanto non è in atti alcuna quantificazione degli accrediti ricevuti dall'odierna attrice in esecuzione del contratto datato 30.1.04.

Vanno, ora, esaminate le domande di nullità per difetto di causa svolte in relazione ai primi due contratti derivati.

Orbene, senza ripercorrere l'analisi dei primi due contratti IRS - di cui sopra esposto - è dirimente rilevare che, proprio alla luce dell'analisi e della scomposizione effettuata dal C.T.U., gli stessi

presentavano certamente una causa concreta e del tutto efficiente, in coerenza con quanto assunto dalla Provincia nella delibera de qua. Del resto, l'emergenza del risparmio per la Provincia di P unitamente all'incasso dell'up front nel primo contratto denotano tutt'altro che squilibrio dell'alea. Nessun rilievo, nell'ambito dell'esame della domanda di nullità, rivestono le commissioni applicate dall'istituto di credito, il cui carattere eccessivo, come riscontrato dal C.T.U., non è idoneo a rifluire sulla causa del contratto, né ad incidere su alcun ulteriore profilo di nullità, trattandosi di mera scelta negoziale, come tale non sindacabile, nei limiti in cui non escluda, appunto, la causa concreta del contratto.

Neppure possono trovare accoglimento le subordinate domande di risoluzione e di risarcimento dei danni con riguardo ai primi due contratti, all'esito della consulenza espletata, che ha dimostrato il corretto adempimento dei doveri impostigli dall'art. 21 TUF da parte della banca.

L'esito della lite comporta la condanna della convenuta alla rifusione delle spese processuali in favore di parte attorea, nei termini indicati in dispositivo, alla luce del D.M. n. 140/12, sotto la cui vigenza è stata espletata l'intera attività difensiva.

P.Q.M.

il giudice, definitivamente decidendo nella causa n. _____ R.G., ogni diversa istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così provvede:

- 1) **dichiara l'inammissibilità delle domande di nullità proposte dalla Provincia di P _____ nella memoria ex art. 183, VI comma, n. 1 c.p.c.;**
- 2) **dichiara la prescrizione dell'azione di annullamento per errore essenziale e per dolo relativamente ai contratti IRS conclusi tra la Provincia e U _____ spa in data 13.12.01, in data 30.1.03 ed in data 13.1.04;**
- 3) **accerta il grave inadempimento a carico di U _____ spa in relazione al contratto IRS concluso tra la Provincia e U _____ spa in data 13.1.04;**
- 4) **condanna U _____ spa al pagamento, in favore della Provincia di P _____, della somma di € 759.512,22 - oltre interessi come precisato in motivazione;**
- 5) **rigetta tutte le altre domande proposte dalla Provincia di P _____;**
- 6) **rigetta la domanda riconvenzionale formulata da U _____ spa;**
- 7) **condanna U _____ spa a rimborsare, in favore della Provincia di P _____, le spese processuali, che liquida in complessivi € 20.250,00 a titolo di compenso, oltre rimborso delle spese di C.T.U. ed accessori come per legge.**

Così deciso dal giudice unico presso il Tribunale di Milano, in data 4.4.14.

Il Giudice
Dott. Silvia Brat