

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott.ssa Laura Cosentini	Presidente
dott.ssa Margherita Monte	Giudice
dott. Francesco Ferrari	Giudice Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

(OMISSIS...)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Preliminarmente si dà atto che la presente sentenza viene redatta in forma abbreviata ex art. 16, 5° comma d. lgs. 5/2003, facendosi espresso rinvio per lo svolgimento del processo alla ricostruzione operata sul punto dalla convenuta nella propria comparsa conclusionale.

La causa, all'esito della discussione tenutasi all'udienza collegiale, era riservata in decisione sulle conclusioni in epigrafe trascritte.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Comune di (OMISSIS) ha instaurato il presente giudizio nei confronti di (OMISSIS) al fine di ottenere che fosse dichiarata la nullità o fossero annullati o comunque risolti per inadempimento della convenuta tre contratti di acquisto di strumenti finanziari derivati di tipo "collar swap".

L'attore in particolare esponeva:

- che il 7.5.2002, tramite il proprio Dirigente del Settore Ripartizione Finanziaria del Comune, stipulava con la convenuta un contratto quadro avente ad oggetto la regolamentazione riguardante la conclusione di successivi contratti in strumenti finanziari derivati;
- che, contestualmente, il dirigente preposto attestava con propria dichiarazione sottoscritta ex art. 31 Reg. Consob la qualifica del Comune di (OMISSIS) quale "operatore qualificato";

- che nel dicembre 2005 veniva stipulato fra le parti un mandato di consulenza gratuita ad opera della convenuta in favore del Comune, con previsione di esclusiva in favore della banca in relazione all'acquisto degli strumenti finanziari oggetto della consulenza;
- che il 10.1.2006, nell'ambito del rapporto strutturato intercorrente tra le parti, il Comune stipulava con la convenuta tre contratti di collar swap, con la dichiarata finalità conservativa di consentire al Comune di ristrutturare mutui già in essere con la Cassa Depositi e Prestiti;
- che detti contratti, pertanto, avrebbero dovuto essere strutturati secondo la tipologia "par", ossia con un mark to market iniziale sostanzialmente pari a zero e, quindi, di valore nullo;
- che, viceversa, i tre contratti presentavano un mark to market iniziale non dichiarato fortemente negativo per il Comune;
- che gli strumenti finanziari erano stati costruiti in modo tale da prevedere la corresponsione da parte del Comune di tassi di interesse incongrui già sulla base di una valutazione ex ante;
- che, infine, erano stati previsti dei limiti di rischio di rialzo dei tassi di interesse (cap) irrealistici e inverosimili (Euribor 3 mesi 8,5%), di fatto annullando la garanzia rappresentata dal tetto alle possibili perdite;
- che, pertanto, i tre contratti in questione erano nulli per carenza di causa in concreto, in quanto, prevedendo un mark to market iniziale negativo, assumevano una funzione speculativa non consentita dall'art. 3 del DM 389/2003 in riferimento ai contratti in derivati stipulabili dagli Enti Locali;
- che, in ogni caso, i contratti in questione erano annullabili per errore essenziale e riconoscibile sulla natura e sull'oggetto del contratto e/o sulla identità e qualità dell'oggetto della prestazione;
- che, infine, la autocertificazione ex art. 31 Reg. Consob di operatore qualificato operata dal Comune era illegittima, in quanto effettuata non dal Sindaco e, comunque, disposta senza che ne fossero illustrati gli effetti.

La domanda principale attorea di nullità dei contratti è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento.

A seguito, infatti, di espletamento di consulenza tecnica di ufficio diretta a ricostruire le caratteristiche strutturali dei tre contratti derivati stipulati tra le parti, è emerso come gli stessi effettivamente non fossero del tipo "par", ma prevedessero un mark to market iniziale negativo per il Comune per un totale di oltre euro 576.000,00; considerato come gli stessi contratti non prevedessero la corresponsione di importi in favore del cliente della banca (cd. up front, in teoria sostanzialmente corrispondente all'eventuale mark to market iniziale negativo, al fine di ricondurre l'operazione finanziaria nell'ambito di un corretto rapporto di sinallagmaticità), l'ausiliario tecnico del Tribunale ha osservato come ciò comportava che lo squilibrio di partenza sfavorevole alla posizione del Comune si risolveva interamente in un vantaggio ingiustificato per la controparte, ossia la convenuta.

A fronte di tale dato, la banca convenuta ha obiettato come in realtà i contratti swap "par" nella realtà delle contrattazioni finanziarie sarebbero inesistenti, in quanto ciò comporterebbe l'assenza di remunerazioni in favore dell'istituto di credito, sia per quanto attiene alla costruzione "ingegneristica" dello strumento

finanziario, sia per quanto concerne le componenti di rischio che vengono assunte dall'emittente in ordine alla gestione del contratto e, quindi, al variare dei flussi durante la sua vigenza; per tali ragioni, pertanto, contratti "par" sarebbero solo utopistici, prevedendosi invece in tutti i contratti in derivati un mark to market iniziale negativo per il cliente, espressione delle commissioni e del corrispettivo spettante alla banca per l'operazione.

In tale prospettiva, pertanto, la difesa della convenuta ha contestato le valutazioni sul punto espresse dal consulente tecnico dell'ufficio, il quale ha stimato come corrispondenti ai valori di mercato commissioni nella misura di circa il 10% del mark to market negativo accertato, evidenziando come il residuo 90% avrebbe dovuto essere versato quale up front, al fine di rendere il contratto equilibrato e corrispondente alle sue funzioni.

In particolare la banca ha criticato i criteri di stima dei costi connessi con il rischio proprio del cliente Ente Locale, il quale, a differenza di quanto accadeva in passato, non poteva più considerarsi "infallibile", in quanto non era più previsto l'intervento in via sussidiaria dello Stato per ripianare i debiti contratti dai Comuni; ne discendeva, pertanto, che a differenza di quanto ritenuto dal consulente, anche in relazione ai contratti stipulati da Enti Locali al fine di determinare le commissioni andava calcolato anche il costo corrispondente al rischio proprio del cliente.

Per ultimo la convenuta ha contestato che le commissioni così determinate potessero essere qualificate come "occulte", in quanto non pattuite, precisando come fosse nella stessa natura del contratto in derivati che le commissioni riconosciute all'istituto di credito fossero ricomprese nella struttura dello strumento finanziario e, quindi, nelle modalità operative dei flussi reciproci degli interessi.

Senonché non può non rilevarsi come la costruzione difensiva operata dall'istituto di credito convenuto non trovi adeguato riscontro nel dato normativo e contrattuale.

Sotto il primo profilo, infatti, deve riscontrarsi come l'inesistenza di contratti di swaps "par" sia smentita dalle indicazioni fornite nell'allegato 3 al Reg. CONSOB n. 11522/1998, vigente alla data di stipula dei contratti in esame, là dove si precisa come "... alla stipula del contratto, il valore di uno *swaps* è sempre nullo ma esso può assumere rapidamente un valore negativo (o positivo) a seconda di come si muove il parametro a cui è collegato il contratto."

In secondo luogo, prendendo in considerazione anche il secondo profilo in esame, la tesi difensiva diretta a ricondurre le commissioni spettanti alla convenuta allo squilibrio iniziale del contratto e, quindi, al mark to market negativo, appare in evidente contrasto sia con quanto previsto alla lett. g dell'art 61 della delibera CONSOB sopra citata, la quale impone che siano specificate nella nota di conferma dell'ordine contrattuale eseguito le commissioni che sono state applicate; sia, soprattutto, con quanto disposto all'art. 8 del contratto quadro stipulato tra le parti, il quale, sotto l'intitolazione "Interessi moratori, commissioni e spese", rimette ai singoli contratti in derivati che saranno conclusi dalle parti l'indicazione degli oneri e delle commissioni che saranno applicate al Comune di (OMISSIS) in favore della banca.

Il semplice esame dei tre contratti di collar swaps oggetto di causa consente, quindi, di verificare come, a differenza di quanto programmato con il contratto quadro, nessuna indicazione fosse stata data in ordine alle commissioni riconosciute alla convenuta e che, pertanto, le stesse non possano oggi essere sic et simpliciter ricondotte al mark to market iniziale negativo, peraltro anch'esso non esplicitato nei contratti, pena altrimenti contraddire quanto pattuito con il contratto quadro e quindi richiamato nei singoli contratti conclusi dalle parti.

Le considerazioni sopra esposte, infine, appaiono ulteriormente confortate dalla dimensione particolarmente alta, in termini percentuali rispetto al valore nozionale, del mark to market negativo iniziale, circostanza che porta a escludere la possibilità di attribuire a tale squilibrio la funzione causale di corrispettivo, sotto forma di commissioni più o meno implicitamente attribuite all'istituto di credito. La presenza, quindi, di tale squilibrio contrattuale priva i contratti in esame della funzione causale di strumento finanziario meramente conservativo, propria invece degli omologhi contratti strutturati come "par", in quanto la previsione già in partenza di una posizione in perdita per l'Ente Locale è incompatibile con una funzione di mero ammortamento e ristrutturazione di mutui già esistenti gravanti sul bilancio del Comune.

Un mark to market iniziale negativo, tanto più se non collegato a un corrispondente up front, attribuisce ai contratti in parola una funzione speculativa, in contrasto con la tipologia di contratti derivati rimessi alla possibile stipulazione da parte degli Enti Locali dall'art. 3 del DM 389/2003, secondo quanto disciplinato dall'art. 41 comma 1 della Legge 448/2001.

Considerato, quindi, come sia pacifico, oltre che risultare dagli stessi negozi stipulati, come le parti avessero inteso stipulare contratti di swaps conformi alle tipologie consentite al Comune, secondo la normativa sopra richiamata, l'accertamento tecnico contabile condotto in corso di causa ha viceversa rivelato come i tre contratti oggetto di domanda non assolvessero alla causa in concreto predeterminata dal legislatore, avendo connotati speculativi in misura accentuata (superiore anche ai limiti massimi fissati dal legislatore per la tipologia di derivati disciplinata dalla lett. f dell'art. 3 del citato Decreto Ministeriale, ancorché fattispecie estranea ai contratti in esame).

Ne deriva, quindi, come debba trovare accoglimento la domanda attorea diretta ad ottenere la declaratoria di nullità dei tre contratti di collar swaps stipulati il 10.1.2006 per difetto della causa in concreto loro consentita.

Alla declaratoria di nullità seguono gli effetti restitutori, rappresentati dalle somme versate dall'attore in esecuzione dei contratti, nonché il risarcimento dei danni patiti.

Considerato come nelle more dell'espletata consulenza tecnica di ufficio i tre contratti sono stati chiusi, conseguendo un mark to market positivo (euro 97.200,00) per uno di essi e negativo per gli altri due (rispettivamente euro 114.200,00 ed euro 48.600,00) e tenuto conto che, considerati i flussi reciprocamente versati dalle parti durante la vigenza dei contratti, il risultato complessivo è stato positivo per il primo contratto (euro 50.308,00) e negativo per gli altri due (euro 158.763,93 ed euro 224.740,94), ne

consegue che il danno effettivo patito dall'attore per effetto dei tre contratti oggetto di domanda si è stabilizzato nel risultato finale complessivo, pari a una perdita di euro 343.196,83 e che, pertanto, la convenuta va condannata a corrispondere a titolo di risarcimento danni detta somma, maggiorata da interessi secondo il tasso legale dalla data di ciascun addebito al saldo, come da domanda.

Non può, viceversa, trovare accoglimento la domanda riconvenzionale proposta in via subordinata dalla convenuta, diretta ad ottenere che, qualora fosse stata accolta la domanda attorea, il saldo complessivo fosse determinato tenendo conto di tutti i contratti di swaps conclusi tra le parti e, quindi, anche di un primo, non costituente oggetto di pretesa alcuna da parte del Comune, il quale era stato chiuso con un esito fortemente vantaggioso per l'Ente Locale.

Sul punto, infatti, la banca parte dal presupposto che la domanda attorea di nullità e/o risoluzione avanzata in relazione ai tre contratti stipulati il 10.1.2006 necessariamente avrebbe dovuto essere riferita al contratto quadro inter partes e che, pertanto, avrebbe avuto l'effetto di travolgere tutti i contratti che hanno trovato la propria fonte negoziale in esso.

Senonché deve replicarsi come le doglianze mosse dall'attore sono state riferite esclusivamente ai tre contratti di collar swaps del 10.1.2006, denunciandosi un vizio genetico di carenza di causa in concreto sussistente esclusivamente in relazione a tali tre negozi, senza in alcun modo contestare la validità ed efficacia del contratto quadro, il quale è rimasto estraneo al presente giudizio.

Il preteso effetto estensivo della pronuncia di accoglimento della domanda del Comune, pertanto, non trova fondamento nel suo stesso presupposto, costituito dal coinvolgimento del contratto quadro.

L'accoglimento della domanda attorea per le motivazioni sopra illustrate porta a ritenere assorbite le ulteriori argomentazioni esposte dalle parti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 28.980,00, oltre c.p.a., di cui euro 5.780,00 per diritti, euro 18.800,00 per onorari, euro 1.327,50 per spese ed euro 3.072,50 per spese generali.

A carico della convenuta vanno poste in via definitiva anche le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 30.768,90, oltre i.v.a. e previdenza e oltre euro 250,00 per spese.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento della domanda proposta dal Comune di (OMISSIS) nei confronti di (OMISSIS), dichiara nulli i tre contratti di collar swap stipulati dalle parti il 10.1.2006;

- condanna, per l'effetto, la convenuta a pagare all'attore a titolo di risarcimento danni la somma complessiva di euro 343.196,83, oltre interessi secondo il tasso legale dalla data di ciascun addebito al saldo;
- condanna la convenuta a rifondere l'attore delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 28.980,00, oltre c.p.a., di cui euro 5.780,00 per diritti, euro 18.800,00 per onorari, euro 1.327,50 per spese ed euro 3.072,50 per spese generali;
- pone definitivamente a carico della convenuta le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 30.768,90, oltre i.v.a. e previdenza e oltre euro 250,00 per spese.

Così deciso in Milano il 6 aprile 2011

Depositato in Cancelleria il 14 aprile 2011.