

N. R.G. 19250/2014



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesco Matteo Ferrari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 19250/2014 promossa da:

PROVINCIA ██████████, con il proc. dom. avv. MANELLA DUILIO, VIA
VENEZIA, 4 PESCARA e ██████████, RI,
43 MILANO

attrice

contro

██████████, con il proc. dom. avv. ██████████,
██████████, 1 MILANO

convenuta



CONCLUSIONI

Per l'attrice:

- 1) dichiararne radicale nullità, ex art. 1418 e/o ex art. 1322 e 1343 cod. civ dei contratti swap e, per quanto di ragione, del richiamato contratto normativo datato anch'esso il 9.1.2006;
- 2) in via subordinata dichiararli invalidi e comunque inefficaci ed inopponibili alla attrice Provincia di 
 - a. per contrasto con gli artt. 42 co. 2 lett i) e 203 TUEL (dlgs 267/2000), nella parte in cui riservano al Consiglio Provinciale la autorizzazione alla sottoscrizione dei suddetti contratti, nel caso di specie invece autorizzati dalla sola Giunta;
 - b. e/o per violazione dell'art. 191 TUEL per aver gravato l'Ente dei costi determinati dai margini bancari, e quindi di debiti privi di copertura finanziaria
- 3) sempre in via subordinata, annullare i due contratti swap (ed il contratto normativo) per errore essenziale riconoscibile della attrice (e/o se del caso anche ex art. 1430 cod. civ) e/o quanto ex art. 1439 c.c.
- 4) in via di ulteriore subordine, accertata e dichiarata la grave inadempienza della Banca convenuta rispetto agli obblighi a proprio carico, sia ex lege che per fonte contrattuale, dichiarare la risoluzione dei due suddetti contratti swap e, se del caso, del suddetto contratto normativo;
- 5) per l'effetto delle proposte domande di nullità e/o inefficacia e/o annullamento e/o risoluzione contrattuale, condannare comunque la Banca convenuta alla restituzione dei flussi addebitati a carico dell'attore in esecuzione dei due suddetti swap, e quindi rispettivamente al rimborso della somma di € 656.139,56 in relazione al 1° swap ed € 482.527,62 in relazione al 2° swap (quali importi già corrisposti dal Comune attore alla data 31.12.2012), o di quella maggiore o minore ritenuta di



giustizia, maggiorandola degli interessi legali dalla data di addebito di ciascun singolo flusso al saldo, altresì dichiarando non dovuti (e/o ripetibili) gli ulteriori flussi di interesse generati e generandi dai due swap (a decorrere dalla regolazione del 30.6.2013) a carico dell'Ente e/o ogni altro eventuale esborso riconducibile alla intervenuta sottoscrizione dei contratti swap;

6) in ogni caso - ove anche dovessero disattendersi le domande di invalidità e/o risoluzione dei due suddetti contratti 2006 - riconosciuta la grave inadempienza della Banca alle proprie obbligazioni, rinvenienti a suo carico sia ex lege sia contrattualmente, condannarla al risarcimento dei danni subiti dalla Provincia di ██████ - e ciò a titolo di responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale - in misura corrispondente ai flussi di interesse già pagati, oltre che di quelli che risulteranno dovuti sino alla naturale estinzione dei contratti (in caso di riconosciuta validità dei derivati); nonché di ogni altro esborso che esso attore dovesse vedersi addebitato per l'intercorsa operatività in derivati;

7) sempre in caso di riconosciuta validità dei contratti swap, per le causali tutte al par H delle esposizioni in diritto dell'atto di citazione, condannare la Banca convenuta al rimborso in favore della Provincia di ██████ a titolo di ripetizione di indebito e/o risarcimento danni e/o ingiusto arricchimento, delle seguenti somme: € 244.185,31 in relazione al c.d. 1° swap (bullet) ed € 114.821,60 in relazione al c.d. 2° swap (amortizing); o di quelle diversa somma maggiori o minori che saranno ritenute di giustizia, maggiorandole degli interessi al tasso legale con decorrenza dalla data di firma dei rispettivi contratti al saldo;

8) condannare in ogni caso la convenuta alla refusione:

a. delle spese di CTU da porsi a carico esclusivo di parte convenuta;

b. delle spese e competenze del presente giudizio.



Per la convenuta:

in via preliminare:

- accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione della domanda di annullamento dei Contratti

Derivati stipulati inter partes in data 9 gennaio 2006 per decorrenza del termine quinquennale;

in via principale:

- rigettare ognuna e tutte le richieste avversarie, in via principale, subordinata ed istruttoria e a qualsiasi titolo proposte, e più in particolare (i) di dichiarazione di nullità a qualsiasi titolo dei Contratti Derivati e del Contratto Quadro, (ii) di annullamento dei Contratti Derivati a qualsiasi titolo per tutti i motivi in fatto ed in diritto esposti in atti;

sempre in via principale:

- rigettare la richiesta di accertamento del grave inadempimento della Banca per violazione delle disposizioni contrattuali e normative e la connessa domanda di risoluzione dei Contratti Derivati e del Contratto Quadro, in quanto infondate alla luce della normativa vigente al momento della stipulazione per tutti i motivi in fatto ed in diritto esposti in atti;

- rigettare la richiesta di condanna della Banca al rimborso dell'importo di euro 656.139,56 euro in relazione all'IRS Collar Swap 1 ed euro 482.527,62 in relazione all'IRS Collar Swap 2, o della maggiore o minor somma ritenuta di giustizia, oltre interessi legali;

- rigettare la richiesta di dichiarare non dovuti i flussi di interesse generati e generandi dai Contratti Derivati a carico dell'Ente e ogni altro esborso riconducibile agli stessi contratti;

- rigettare la richiesta di condanna della Banca per responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale al pagamento dei flussi di interesse già pagati dall'Ente ai sensi dei Contratti Derivati, nonché di quelli che risulteranno dovuti fino alla naturale scadenza e ogni altro esborso



riconducibile agli stessi contratti;

- rigettare la richiesta di condanna della Banca convenuta al rimborso in favore della Provincia di Chieti a titolo di ripetizione di indebito e/o risarcimento danni e/o ingiusto arricchimento di euro 244.185,31 in relazione all'IRS Collar 1 ed euro 114.821,60 in relazione all'IRS Collar Swap 2, o di quelle diverse somme maggiori o minori che saranno ritenute di giustizia maggiorandole degli interessi al tasso legale;

- rigettare ogni ulteriore domanda formulata dalla Provincia di Chieti per tutti i motivi in fatto ed in diritto esposti in narrativa;

in via riconvenzionale:

- accertare l'inadempimento della Provincia di [REDACTED] agli obblighi di pagamento assunti ai sensi dei Contratti Derivati e per l'effetto condannare la Provincia di Chieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento della somma di euro 948.110,60, come risultante a seguito del mancato pagamento dei differenziali dovuti al 30 giugno 2014, oltre alla maggior somma maturata e maturanda in corso di causa e sino alla definizione del giudizio a titolo di ulteriore mancato pagamento dei differenziali dovuti ai sensi dei Contratti Derivati, ovvero la diversa somma che verrà accertata in corso di causa a titolo di differenziali dovuti ai sensi dei Contratti Derivati in essere tra le parti, in ogni caso oltre interessi maturati dal dovuto al saldo.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari, oltre IVA e C.P.A..

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato la Provincia di [REDACTED] conveniva in giudizio [REDACTED] al fine di ottenere che fossero dichiarati nulli o annullati o comunque risolti due contratti in derivati stipulati con la banca convenuta.



L'attrice in particolare esponeva:

- che il 9.1.2006 stipulava con ██████████ due contratti Collar Swap, aderendo a una proposta avanzata dalla banca circa la migliore modalità di copertura dei rischi e dei costi di precedenti emissioni di Buoni Ordinari Provinciali;
- che nella proposta la banca precisava come fosse opportuno contenere le oscillazioni dei flussi finanziari in un collar, ottenuto attraverso la vendita alla banca di un floor, quale soglia minima di possibile ribasso dei tassi e acquisto a pari prezzo di un cap, quale tetto massimo di rialzo dei tassi;
- che, così facendo, l'Ente avrebbe ottenuto il risultato di contenere il rischio delle oscillazioni dei tassi di interesse, con conseguenti effetti patrimoniali collegati alle sottostanti emissioni di BOP, evitando di dover corrispondere flussi finanziari determinati su innalzamenti dei tassi di interesse in misura eccedente al cap e, al contempo, rinunciando a beneficiare di abbassamenti dei tassi oltre la soglia del floor ceduto;
- che nella proposta, quindi, la banca precisava come tale operazione sarebbe stata effettuata a costo zero;
- che le parti, stipulando il contratto quadro propedeutico al perfezionamento dei due swap, prevedevano espressamente alla clausola 7 l'impegno per la banca di rilevare e comunicare alla controparte tutti gli importi, spese e oneri accessori rinvenienti dai contratti in derivati sottoscritti;
- che, pertanto, i due Collar Swap venivano sottoscritti dall'attrice nella convinzione che fossero strutturati in termini di parità (contratti par), secondo quanto imposto dalla normativa vigente in ordine ai contratti in derivati stipulabili dagli enti pubblici;



- che, viceversa, come accertato nel 2013 a seguito di una perizia di scomposizione dei due derivati, l'attrice scopriva che già al momento di perfezionamento dei contratti entrambi presentavano un Mark to Market negativo a svantaggio dell'Ente, rispettivamente quantificato in euro 244.185,31 ed euro 114.821,60;
- che, in difetto di corresponsione di equivalenti up front, tali MtM negativi implicavano l'introduzione di commissioni e oneri occulti a vantaggio della banca e a discapito dell'Ente;
- che alla data di instaurazione del giudizio i due derivati avevano determinato flussi finanziari a carico dell'attrice rispettivamente per euro 656.139,56 ed euro 482.527,62, oltre a presentate MtM negativi per euro 2.331.000,00 ed euro 1.037.000,00;
- che l'introduzione di commissioni occulte violava in primo luogo l'impegno contrattuale di trasparenza previsto dal citato art. 7 del contratto quadro;
- che, inoltre, ciò determinava la violazione degli obblighi informativi, di chiarezza e trasparenza e di *best execution* imposti dall'art. 21 TUF;
- che i contratti così confezionati erano nulli, in quanto in contrasto con la normativa imperativa dettata in materia di contenimento dell'indebitamento degli Enti Pubblici;
- che la stipula dei contratti in questione era stata preceduta da una non corrispondente al vero dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB 11522/1998;
- che la banca non aveva avvertito la controparte del conflitto di interessi in cui veniva ad operare;
- che, in subordine, i contratti erano comunque annullabili per vizio del consenso o suscettibili di essere risolti per inadempimento della banca.

Si costituiva ritualmente in giudizio XXXXXXXXXX, contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in



particolare, evidenziando come la presenza di commissioni implicite, lungi da essere considerata illegittima, era rispondente alla prassi di mercato e ontologicamente naturale; che i contratti in esame erano pienamente legittimi e che, in via riconvenzionale, la Provincia di [REDACTED] doveva essere condannata a pagare i flussi finanziari maturati successivamente alle prime contestazioni sollevate.

Espletata consulenza tecnica di ufficio di tipo contabile, previa riassegnazione del fascicolo, il giudice rinviava all'udienza del 16.2.2016 per la precisazione delle conclusioni; adempiuto detto onere processuale, la causa era trattenuta in decisione, previo deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica ad opera di entrambe le parti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento.

Parte attrice, nel prospettare un lunghissimo elenco di contestazioni riguardanti la stipula dei contratti in questione, ha fra l'altro eccepito come in entrambi i derivati perfezionati fossero stati inseriti costi non palesati, tali da configurare delle vere e proprie commissioni occulte o implicite, determinando uno squilibrio genetico del derivato in contrasto con la prescrizione che prevede che lo *swap* in partenza debba sempre avere un valore nullo.

La circostanza, in realtà neppure contestata in termini radicali dalla convenuta, ha trovato conferma nell'elaborato tecnico redatto dal consulente dell'ufficio, il quale, ha confermato come già al momento della stipula dei contratti entrambi gli *swap* presentavano un Mark to Market negativo per l'attrice, rispettivamente di euro 265.201,05 e di euro 130.393,63.

Parte convenuta, come si è detto, non ha contestato tale squilibrio iniziale dei due contratti, obiettando 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 particolare la difesa della convenuta ha precisato come il preteso "valore nullo" iniziale dello *swap* sia prospettabile, in conformità all'indicazione riportata nell'Allegato 3 del Regolamento CONSOB 11522/98, solo con riferimento a quello che potrebbe essere convenzionalmente definito come valore teorico del contratto; detto valore, poi, viene modificato per effetto degli inevitabili costi di esecuzione e dai margini di remunerazione, impropriamente chiamati costi impliciti, i quali concorrono a determinare il valore di scambio del derivato, ossia il reale valore di mercato del prodotto.

A conferma di tali difese, parte convenuta ha ulteriormente rilevato come solo con l'attuazione della Direttiva MiFid si fosse resa definitiva la pacifica esistenza di questa differenza tra il valore teorico pari a zero ed il valore di scambio del derivato, precisando come l'intermediario dovesse ora comunicare al cliente l'ammontare degli *hedging costs* e del margine di remunerazione (cioè la differenza tra il valore di scambio e il valore teorico).

Le considerazioni espresse dalla difesa della convenuta appaiono convincenti e devono essere condivise, essenzialmente sul presupposto che fuoriesce da qualsiasi logica commerciale ipotizzare prodotti finanziari predisposti e perfezionati da società commerciali, senza che ci sia alcun margine di utilità per queste ultime, le quali, oltretutto, attraverso il contratto in derivati, assumono un rischio imprenditoriale connesso con la causa necessariamente aleatoria del negozio.

Così come, parimenti, va condiviso il rilievo difensivo dell'istituto di credito, il quale ha negato di



avere nella propria proposta contrattuale, assicurato il valore iniziale nullo dei derivati.

Come, infatti, emerge dalle stesse espressioni utilizzate in detta proposta, la banca con essa si è limitata a precisare come il prezzo di acquisto del cap sarebbe stato equivalente a quello di vendita del floor e che, pertanto, l'operazione, ossia l'introduzione del collar nello swap, sarebbe stata a costo zero.

Ciò che assume rilievo nel presente giudizio, quindi, non è tanto riscontrare l'esistenza di margini di redditività per la banca previsti con la stipula del contratto in derivati, quanto, piuttosto, verificare se tale retribuzione abbia formato oggetto di accordo negoziale fra le parti che hanno perfezionato i contratti.

Se, infatti, lo *swap* non è un prodotto finanziario che il cliente acquista sostenendo un esborso (come avviene quando si acquista un'azione, un'obbligazione, una quota di un fondo, ecc.), ma, attraverso esso, il cliente e la banca si impegnano ciascuno a pagare all'altro, a scadenze periodiche definite, un importo calcolato applicando dati parametri (diversamente prestabiliti per ciascun contraente) a un medesimo valore di base (c.d. nozionale), con l'effetto che a ciascuna scadenza i due importi si compensano e ne deriverà un differenziale a carico dell'uno, e correlativamente a favore dell'altro, o viceversa; l'esistenza di un margine di redditività del tutto legittimo in favore di una delle parti (e, normalmente, in favore dell'intermediario, quale soggetto che ha costruito e messo a disposizione il derivato) si configura esso stesso quale componente essenziale del contratto, sia in quanto onere sul quale necessariamente deve convergere l'accordo negoziale delle parti, sia in quanto componente che, determinando di fatto uno squilibrio iniziale dello *swap* (con passaggio dal suo valore teorico al valore di mercato), influisce sulla misura dell'alea che le contrapposte parti si assumono.

Sul punto la difesa dei convenuti ha contestato che le commissioni così determinate potessero essere qualificate come "occulte", in quanto non pattuite, precisando da un lato come, essendo nella stessa



natura del contratto in derivati che le commissioni riconosciute all'istituto di credito siano ricomprese nella struttura dello strumento finanziario e, quindi, nelle modalità operative dei flussi reciproci, la semplice disamina delle condizioni contrattuali e dei meccanismi di operatività dello scambio dei flussi finanziari consentirebbero di individuare tali costi retributivi; dall'altro lato, evidenziando come, a riprova di quanto sopra premesso, con la Direttiva MIFID è stato previsto un obbligo di esplicitazione dei costi solo in favore del cliente non professionale, proprio perché quello esperto è già in grado autonomamente di desumere dalla struttura del rapporto l'incidenza delle commissioni.

Senonché deve rilevarsi come tali difese affrontino la questione esclusivamente sotto il profilo informativo, ossia in termini di esplicitazione del costo; prima ancora, tuttavia, nella dimensione genetica del rapporto, si pone il problema di verificare se su tale elemento essenziale del contratto si sia formata una consapevole concorde volontà negoziale delle parti.

In tale prospettiva, quindi, non assume rilievo verificare se un cliente professionale sia nelle condizioni e abbia le conoscenze tecniche sufficienti per poter desumere l'esistenza di tali costi remunerativi dalla struttura del contratto, quanto si tratta di accertare se anche tale elemento contrattuale abbia formato oggetto di accordo negoziale tra le parti.

Se così è, quindi, l'obbligo di esplicitazione di tali costi introdotto con la Delibera MIFID deve ritenersi operare esclusivamente sul piano informativo, quale attuazione specifica sul punto degli obblighi dell'intermediario di fornire tutte le informazioni necessarie al proprio cliente, affinché questi presti un consenso negoziale consapevole; presupposto a monte, peraltro, rimane la necessità che anche su tale elemento essenziale del contratto si sia formata la volontà negoziale e ciò, ovviamente, sarà necessario a prescindere dalla tipologia di cliente che sottoscriva il contratto (cliente professionale di diritto, su sua richiesta, piuttosto che cliente non professionale).



Quanto sopra già detto in ordine all'incidenza di tali costi sul meccanismo di operatività del derivato e conseguentemente sulla misura di alea assunta da ciascuna delle parti, porta certamente a qualificare tale elemento contrattuale come essenziale, con l'effetto che, in difetto di consenso negoziale sul punto, l'intero contratto deve essere dichiarato nullo ex art. 1418 c.c.

Tale conclusione porta a ritenere assorbite tutte le ulteriori contestazioni e difese articolate dalle parti.

La declaratoria di nullità dei due contratti di Collar Swap *inter partes* determina il diritto dell'attrice a ripetere ex art. 2033 c.c. tutte le somme indebitamente pagate a titoli di differenziali negativi discesi dall'operatività dei derivati e, quindi, secondo quanto indicato in conclusioni, complessivamente euro 656.139,56 quanto al primo swap ed euro 482.527,62 quanto al secondo swap, il tutto oltre a interessi secondo il tasso legale dal 25.3.2014 (data della domanda) al saldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 22.201,95, oltre c.p.a., di cui euro 2.700,00 per spese generali ed euro 1.501,95 per rimborso spese.

A carico della convenuta vanno poste in via definitiva anche le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 10.000,00, oltre i.v.a. e previdenza e oltre euro 300,00 per spese.

P.Q.M.

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

- in accoglimento della domanda proposta dalla Provincia di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] [REDACTED], dichiara la nullità dei contratti Collar Swap *inter partes* e, per l'effetto, condanna la convenuta a restituire all'attrice la somma di euro 656.139,56 quanto al primo swap ed euro 482.527,62 quanto al secondo swap, il tutto oltre a interessi secondo il tasso legale dal 25.3.2014 al saldo;



- condanna la convenuta a rifondere l'attrice delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 22.201,95, oltre c.p.a., di cui euro 2.700,00 per spese generali ed euro 1.501,95 per rimborso spese;
- pone definitivamente a carico della convenuta le spese di c.t.u., liquidate in complessivi euro 10.000,00, oltre i.v.a. e previdenza e oltre euro 300,00 per spese.

Così deciso in Milano il 12 maggio 2016

Il giudice

Francesco Ferrari

IL CASO.it

