

N. R.G. 44653/2008

SENTENZA N°

5118/2011

REFERENDARIO N°

4019/2011



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

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 44653/2008 promossa da:

COMUNE DI ORTONA (C.F. 00149620692), con il proc. dom. avv. MASUCCI FERNANDO, VIA SOLARI, 43 MILANO

attore

contro

UNICREDIT CORPORATE BANKING SPA (C.F. 12874220150), con il proc. dom. DALMARTELLO PAOLO, VIA DELL'ANNUNCIATA, 23/4 MILANO

convenuta

Conclusioni: v. allegati.

TRIBUNALE DI MILANO

Sezione VIa - R.G. n. 44653/08 - Giudice Rel. dr. Ferrari

Foglio delle conclusioni

da valere quale parte integrante del
verbale di udienza del giorno 6 aprile 2011

Per il Comune di Ortona, rappresentato e difeso dall'avv. Duilio Manella - attore;

CONTRO

Unicredit Corporate Banking spa., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Dalmartello - convenuta.

L'avv. Duilio Manella, nell'interesse del Comune di Ortona, precisa come segue le proprie definitive

CONCLUSIONI

Voglia l'On. Tribunale di Milano adito per le causali esposte nell'atto di citazione introduttivo, come integrate ed ulteriormente illustrate nella memoria ex art. 6 ed art. 7 co. 2 dlgs 5/2003, nonchè nella comparsa conclusoria

I.-) In via istruttoria:

Dato atto delle produzioni effettuate con l'atto di citazione e con la memoria ex art. 6, disporsi, in relazione alla efficacia della autocertificazione ex art. 31 Reg. Consob - per quanto di ragione ed anche alla luce della Cass. n. 12138/09, la seguente prova orale già articolata nei termini di rito

A- Prova per testi, a mezzo dei sigg.ri dr. Massimiliano Palumbo di Pescara, dr. Marcello Di Bartolomeo, Sig.ra Teresa Di Meo, dr. Giulio Napoleone, tutti di Ortona, dr. Romaniello della filiale Unicredit di Chieti, con delega all'assunzione delle prove ex art. 203 cpc al Tribunale di Chieti (se del caso Sez. Dist. di Ortona) sui seguenti capitoli:

- 1) Vero che la dichiarazione datata 7 maggio 2002, in atti del fascicolo di parte attrice come doc. 2) fu sottoposta alla firma del dr. Marcello Di Bartolomeo dai funzionari Unicredit che si presentarono in Comune per raccogliere le firme su tutti i moduli contrattuali da essa Banca predisposti per l'avvio della operatività in swap e quindi sia sul c.d. contratto quadro, sia sulla dichiarazione di operatore qualificato, sia sui singoli contratti swap?
- 2) Vero che il dr. Marcello Di Bartolomeo al momento della sottoscrizione rappresentò ai funzionari della Banca di non essere in grado di comprendere i documenti che stava firmando e che questi lo rassicurarono nuovamente spiegando che si trattava di documenti standard utilizzati dalle Banche per tutti i contratti swap e che quindi non aveva nulla di cui preoccuparsi?
- 3) Vero che la firma della suddetta dichiarazione di operatore qualificato fu presentata dai funzionari come un documento standard da firmare, indispensabile per poter dare cor-

X

28

so alle programmate operazioni in swap, senza alcuna altra spiegazione sul suo significato e sulle conseguenze della firma?

- 4) Vero che a fine maggio 2005 il dr. Marcello Di Bartolomeo chiese al dr. Romaniello della filiale Unicredit di Chieti di avere aggiornamenti sull'andamento degli swap sottoscritti nel 2002 e che il dr. Romaniello, verificati i valori, gli suggerì di chiudere anticipatamente i contratti, in quanto il momento era senz'altro propizio e gli spiegò anche come fare, mandandogli il testo della dichiarazione che il Comune avrebbe dovuto inviare alla Banca?
- 5) Vero che dopo l'estate 2005 il dr. Romaniello tornò più volte a fare visita al dr. Di Bartolomeo caldeggiando la sottoscrizione di nuovi contratti swap, in alcune occasioni accompagnato anche da altri funzionari della Banca Unicredit indicati come responsabili dell'area derivati della Banca?
- 6) Vero che in particolare nel mese di novembre vennero sottoposte alla Amministrazione Comunale una serie di elaborazioni e studi sulla utilità degli swap per il Comune di Ortona, analoghi a quello allegato come doc. 6 del fascicolo di parte convenuta?
- 7) Vero che, manifestando il Comune dei dubbi sulla utilità di stipula di nuovi contratti swap, il dr. Romaniello e gli altri funzionari manifestarono la disponibilità della Banca ad assumere un vero e proprio incarico di consulenza finanziaria in favore dell'Ente, al fine di verificare se vi fosse la effettiva possibilità di ottenere risparmi sui tassi di interesse pagati sui mutui in essere ed in ipotesi volti affermativa volta ad individuare quale fosse la soluzione finanziaria più opportuna?
- 8) Vero che i funzionari della Banca dichiararono la disponibilità ad effettuare l'attività di consulenza senza oneri per l'Ente?
- 9) Vero che alla fine, avendo il Comune accettato la proposta, venne redatta la delibera di giunta n. 327 del 2.12.2005 il cui testo fu predisposto su uno schema consegnato dal dr. Romaniello al dr. Di Bartolomeo, il quale raccomandò e sottolineò che, a fronte della gratuità della attività di consulenza, la delibera doveva necessariamente contenere l'impegno dell'Ente a sottoscrivere i nuovi strumenti proposti solo con società del gruppo Unicredit?
- 10) Vero che a fine dicembre 2005 il dr. Romaniello comunicò che il suggerimento della Banca era quello di sottoscrivere senz'altro tre nuovi contratti swap che sono poi quelli firmati con data 10.1.2006?
- 11) Vero che, nel corso del 2007, il Comune di Ortona allarmato dalle notizie di stampa sulla pericolosità degli swap sottoscritti da imprese private ed enti pubblici conferì l'incarico alla CFI & Partners di Pescara di analizzare i contratti swap sottoscritti dall'Ente ed ancora aperti onde verificare la struttura, il loro reale valore e le modalità in cui essi operavano, oltre che la loro utilità in relazione alla situazione finanziaria dell'Ente?
- 12) Vero che il dr. Massimiliano Palumbo ha svolto le ricostruzioni sulle strutture degli swap per cui è causa e le analisi tutte indicate nella relazione prodotta come doc. ti 7 e 16 -- di questa difesa, relazione che è stata materialmente redatta da esso dr. Massimiliano Palumbo?

II.-) Nel merito, dichiarando di non accettare il contraddittorio sulle nuove eccezioni e nuove prospettazioni difensive introdotte da controparte con la ultima memoria, conclude perché l'On. Tribunale adito voglia:

- 1) accertare e dichiarare la radicale nullità e/o annullare (per errore essenziale riconosciuto della attrice) i n. 3 contratti swap con data di sottoscrizione 10.1.2006, per cui è causa;
- 2) in via subordinata, accertata e dichiarata la grave inadempienza della Banca convenuta agli obblighi imposti dalle leggi di settore, dichiarare la risoluzione dei contratti di collar swap per cui è causa;

A

28

- 3) in ogni caso condannare la Banca alla restituzione dei flussi già pagati alla data di notifica dell'atto di citazione nella misura di € 42.652,19, quale importo residuante dopo la compensazione fra i flussi attivi e passivi che le parti si sono scambiate, o di quella diversa maggiore o minore ritenuta di giustizia, a titolo di ripetizione di indebito e/o se del caso per gli effetti dell'art. 1458 c.c. e/o di risarcimento danni, maggiorando gli importi dovuti degli interessi al tasso legale con decorrenza dalla data di ciascun addebito fino al saldo;
- 4) dichiarare non dovuti gli ulteriori flussi di interessi che i contratti determineranno a partire dalla scadenza contrattuale del 30.6.2008;
- 5) in via di estremo subordine, nella pur denegata ipotesi in cui si disattendono le proposte domande di nullità, annullabilità, risoluzione dei contratti swap, riconosciuta la grave inadempienza della Banca alle proprie obbligazioni, incluse quelle rinvenienti dal conferito mandato di consulenza e assistenza professionale, condannare la Banca al risarcimento dei danni in misura corrispondente ai flussi di interesse già pagati e che risulteranno dovuti sino alla naturale estinzione dei contratti, o di quella diversa maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia;
- 6) rigettare in ogni caso la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta, siccome infondata in fatto e diritto;
- 7) condannare la convenuta alla refusione delle spese e competenze del presente giudizio, nonché alla refusione delle spese di CTU poste in sede di liquidazione a carico solidale delle parti.

CONCLUSIONI

per

UNICREDIT CORPORATE BANKING S.P.A.

Si chiede che il Tribunale Ill.mo,

- emesse tutte le necessarie e opportune pronunce e declaratorie del caso in relazione al rito di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5;

- respinta ogni contraria istanza eccezione e difesa;

in via istruttoria

A) respinga la avversaria richiesta di ammissione dei capitoli di prova per testi "sulle circostanze di cui ai punti 1, 2, 3 e 4 delle premesse di cui all'atto di citazione avversario" in quanto siffatta formulazione non è rispettosa delle esigenze di specificazione e puntuale indicazione del mezzo (art. 244 c.p.c.). Inoltre nell'ambito dei detti paragrafi sono contenute espressioni evidentemente valutative e comunque tali da non poter essere ricomprese nell'ambito della formulazione di un capitolo;

B) respinga la avversaria richiesta di ammissione dei capitoli di prova indicati nella memoria avversaria di cui all'art. 6 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. ai nn. da 1 a 13 della memoria per i seguenti motivi:

1) *Vero che la dichiarazione datata 7 maggio 2002, in atti del fascicolo di parte attrice come doc. 2) fu sottoposta alla firma del dr. Marcello Di Bartolomeo dai funzionari Unicredit che si presentarono in Comune per raccogliere le firme su tutti i moduli contrattuali da essa Banca predisposti per l'avvio della operatività in swap e quindi sia sul cd. contratto quadro,*

sia sulla dichiarazione di operatore qualificato, sia su singoli contratti swap? La circostanza dedotta appare del tutto irrilevante: del resto dai documenti risulta che in data 7 maggio 2002 fu sottoposta al dr. Di Bartolomeo la documentazione prevista per la conclusione di operazioni di swap.

2) Vero che il dr. Marcello Di Bartolomeo al momento della sottoscrizione rappresentò ai funzionari della Banca di non essere in grado di comprendere i documenti che stava firmando e che questi lo rassicurarono nuovamente spiegando che si trattava di documenti standard utilizzati dalle Banche per tutti i contratti swap e che quindi non aveva nulla di cui preoccuparsi? Secondo prassi copia della contrattualistica è stata fornita al dr. Di Bartolomeo per un esame preventivo. Che il dr. Marcello Di Bartolomeo possa oggi sostenere una tesi del genere, perfettamente modellata sul contenuto delle difese del Comune, è possibile ed è del tutto funzionale alle esigenze difensive del Comune. La veridicità della circostanza appare molto dubbia. Va poi ricordato che i temi in discorso all'epoca risultavano di grande attualità presso gli Enti, ed esercitavano una forte attrazione presso gli esponenti politici ed i funzionari della P.A. Pertanto un'eventuale dichiarazione del dr. Di Bartolomeo, sulla propria incapacità di "comprendere i documenti", sarebbe apparsa all'epoca assai singolare, non coerente col suo profilo professionale, mal conciliabile con il senso di responsabilità che si riconosceva in chi era chiamato a rivestire il suo ruolo. Del resto quanto dedotto è assolutamente irrealistico e inverosimile visto che se così fosse stato non dovevano bastare generiche assicurazioni verbali, sulle pretese caratteristiche "standard" della modulistica, a convincerlo alla firma.

3) Vero che la firma della suddetta dichiarazione di operatore qualificato

fu presentata dai funzionari come un documento standard da firmare, indispensabile per poter dare corso alle programmate operazioni in swap, senza alcuna altra spiegazione sul suo significato e sulle conseguenze della firma? Evidente la inammissibilità (e comunque la inverosimiglianza) del capitolo teso a dimostrare circostanze in palese contrasto con il contenuto del documento costituito dalla dichiarazione ex art. 31.

4) Vero che a fine maggio 2005 il dr. Marcello Di Bartolomeo chiese al dr. Romaniello della filiale Unicredit di Chieti di avere aggiornamenti sull'andamento degli swap sottoscritti nel 2002 e che il dr. Romaniello, verificati i valori, gli suggerì di chiudere anticipatamente i contratti, in quanto il momento era senz'altro propizio e gli spiegò anche come fare, mandandogli il testo della dichiarazione clic il Comune avrebbe dovuto inviare alla Banca? E' probabile che, anche a fine maggio come in altre numerose occasioni, il dr. Di Bartolomeo abbia chiesto aggiornamenti alla banca. Ovviamente non è ipotizzabile di trovare un funzionario in grado di confermare o smentire la banale e irrilevante circostanza. Sullo specifico punto ci asteniamo dal formulare capitolo di prova contraria, diretta o indiretta che sia. Anche per la assoluta irrilevanza della circostanza. In particolare sull'ultima parte del capitolo, quella che si sostanzia nella affermazione "e che il dr. Romaniello, verificati i valori, gli suggerì di chiudere anticipatamente i contratti" si chiede ammissione di prova contraria.

5) Vero che dopo l'estate 2005 il dr. Romaniello tornò più volte a fare visita al dr. Di Bartolomeo caldeggiando la sottoscrizione di nuovi contratti swap, in alcune occasioni accompagnato anche da altri funzionari della Banca Unicredit indicati come responsabili dell'area derivati della Ban-

ca? La circostanza è tanto probabile quanto irrilevante: essendo pacificamente lecito che un funzionario di banca "faccia visita a un suo cliente.

6) *Vero che in particolare nel mese di novembre vennero sottoposte alla Amministrazione Comunale una serie di elaborazioni e studi sulla utilità degli swap per il Comune di Ortona, analoghi a quello allegato come doc. 6 del fascicolo di parte convenuta? Quel che venne sottoposto all'Amministrazione Comunale è quel che risulta dal documento n. 6. Non sappiamo se ce ne furono altri. In ogni caso se ritenuti rilevanti potevano essere prodotti.*

7) *Vero che, manifestando il Comune dei dubbi sulla utilità di stipula di nuovi contratti swap, il dr. Romaniello e gli altri funzionari manifestarono la disponibilità della Banca ad assumere un vero e proprio incarico di consulenza finanziaria in favore dell'Ente, al fine di verificare se vi fosse la effettiva possibilità di ottenere risparmi sui tassi di interesse pagati sui mutui in essere ed in ipotesi volti affermativa volta ad individuare quale fosse la soluzione finanziaria più opportuna? La circostanza come proposta viene categoricamente smentita*

8) *Vero che i funzionari della Banca dichiararono la disponibilità ad effettuare l'attività di consulenza senza oneri per l'Ente? Sulla circostanza non vera si chiede ove ammessa la testimonianza chiesta da controparte. Si chiede la ammissione di prova contraria.*

9) *Vero che alla fine, avendo il Comune accettato la proposta, venne redatta la delibera di Giunta n. 327 del 2.12.2005 il cui testo fu predisposto su uno schema consegnato dal dr. Romaniello al dr. Di Bartolomeo, il quale raccomandò e sottolineò che, a fronte della gratuità della attività di*

consulenza, la delibera doveva necessariamente contenere l'impegno dell'Ente a sottoscrivere i nuovi strumenti proposti solo con società del gruppo Unicredit? . In argomento si formulerà idoneo capitolo di prova.

10) Vero che a fine dicembre 2005 il dr. Romaniello comunicò che il suggerimento della Banca era quello di sottoscrivere senz'altro tre nuovi contratti swap che sono poi quelli firmati con data 10.1.2006? Ove ammesso si chiede prova contraria.

C) in caso di ammissione dei capitoli di prova avversari ammetta prova contraria diretta e/o indiretta sulle circostanze dedotte nei capitoli di prova avversari nn. 4), 7, 8), 10) indicando quale teste il dr. Nicola Romaniello domiciliato presso UniCredit Corporate Banking S.p.A.;

D) si chiede la ammissione dei seguenti capitoli di prova:

a) vero che presso la banca era prassi che, in occasione di ogni discussione che aveva ad oggetto contratti derivati, fosse presente anche lo specialista di prodotto che, oltre a fornire le informazioni richieste, curava la contestualità tra la materiale sottoscrizione del contratto con l'annotazione dei parametri applicati – noti solo nel momento della sottoscrizione e condivisi con il cliente - con l'effettiva conclusione dell'operazione.

b) vero che il dr. Di Bartolomeo è un Funzionario universalmente riconosciuto come scrupoloso ed accorto, col quale anche in virtù del successo dell'operazione del 2002 si era nel tempo creato un clima di fiducia con i funzionari del Credito Italiano e in particolare con Lei. Vero che su ogni questione svolgeva approfondimenti personali in particolare raccogliendo le proposte sottopostegli riservandosi di far avere alla banca il suo parere nei giorni successivi)

c) vero è che - nell'ambito della normale attività - Lei assicurò il monitoraggio costante del mercato le cui risultanze venivano riportate al Dr. Di Bartolomeo, avendo lo stesso chiesto di valutare la sottoscrizione di nuove operazioni in derivati in ottica di ottimizzazione degli oneri finanziari; la suddetta attività fu svolta in un arco temporale piuttosto ampio, sicuramente prima (e a prescindere) dalla delibera di Giunta del 2/12/2005. ¹

e) vero che Lei ha fatto materialmente pervenire al dr. Di Bartolomeo la bozza di delibera senza entrare nel merito del documento col Dr. Di Bartolomeo. e che lei non ha mai personalmente sottolineato la necessità di inserire una clausola di esclusiva a favore della Banca.

Si indica quale teste il dr. Nicola Romaniello domiciliato presso UniCredit Corporate Banking S.p.A.

E) Non ammetta la CTU richiesta da controparte in quanto la richiesta è finalizzata a formulare un quesito che configuri in sostanza la richiesta della individuazione di un "numero" che presenti caratteristiche di oggettività maggiori di quelli suggeriti dai rispettivi CTP: una risposta ad un quesito di tal fatta non si potrebbe ottenere nulla di chiarificatore e di decisivo. Non si tratta invero di individuare un numero esatto: ma un *approccio di analisi adeguato alle caratteristiche dei contratti derivati*. E per far ciò non serve andare *al di fuori del contratto* ma è necessario rivolgere la attenzione alla *disciplina del contratto*. Da una CTU, se formulata nei termini presupposti e ipotizzati dalla controparte, non può emergere alcun risultato, alcun chiarimento, alcuna risposta. Tale da aggiungere impossibili certezze a quel che risulta chiaro per la sua autoevidenza.

In caso di ammissione della richiesta CTU, si chiede che nella formula-

zione dell'eventuale quesito si tenga conto che per dare significato e utilità ad una CTU non si deve (o non si deve solo) chiedere al CTU di determinare un numero ma si deve (e si deve quantomeno anche) chiedere una precisa indicazione dei metodi.

nel merito

- in via principale: respinga nel miglior modo le domande tutte proposte da Comune di Ortona nei confronti della banca convenuta;
- nel merito in via subordinata occorrendo riconvenzionale: per la denegata ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle domande avversarie, condanni il Comune di Ortona alla restituzione degli importi ad essa accreditati in forza dei contratti di cui è causa e inoltre di quanto accreditato in esecuzione del contratto di Interest Swap stipulato in data 2002 per un totale di € 522.356,46 eventualmente disponendo la compensazione tra l'importo affermato come dovuto dalla Banca al Comune di Ortona e l'importo dovuto dal Comune di Ortona alla Banca in accoglimento della qui formulata domanda riconvenzionale;
- in ogni caso: con vittoria di spese diritti ed onorari di causa di sentenza e successive occorrente maggiorate di Iva, CPA e oneri accessori.

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 Ortona ha instaurato il presente giudizio nei confronti di Unicredit Corporate Banking s.p.a. 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 Ortona 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 dal'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 Ortona 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, ancorchè 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 Ortona nei confronti di Unicredit Corporate Banking s.p.a., 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

Il giudice rel.

Francesco Ferrari



Il Presidente

Laura Cosentini

