

N. R.G. 10452/2014



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

Il Tribunale, nella persona del giudice dott. Antonio S. Stefani, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. r.g. **10452/2014** promossa da:

COMUNE DI JESI (c. f. 00135880425), con il patrocinio dell'avv. Antonio Di gaspare e dell'avv. ISNARDI CARLO, domiciliato in VIA FALCONE, 5 20123 MILANO presso il secondo difensore

IL CASO.it - parte attrice -
nei confronti di:

UNICREDIT BANK AG, MILAN BRANCH (c. f. 09144100154), con il patrocinio dell'avv. GAUDIELLO DOMENICO, domiciliata in via della Posta 7, 20123 MILANO presso il difensore

- parte convenuta -

Conclusioni di parte attrice

“Piaccia all’Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, così giudicare:

(i) in via principale: accertare e dichiarare la nullità del Derivato “IRS collar swap 2005” per i motivi e le causali esposte in atti e, per l’effetto, condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad estinguere senza alcun costo tale Derivato e alla ripetizione, in favore del Comune di Jesi, del saldo negativo dei differenziali da quest’ultimo corrisposti alla UniCredit Bank AG, Milan Branch quantificato in €1.118.070,26, oltre gli ulteriori esborsi che il Comune di Jesi affronterà in dipendenza del medesimo Derivato con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell’atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia;



(ii) sempre in via principale e alternativa: accertare e dichiarare l'annullamento del Derivato "IRS collar swap 2005" per i motivi e le causali esposte in atti e, per l'effetto, condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad estinguere senza alcun costo tale Derivato e alla ripetizione, in favore del Comune di Jesi, del saldo negativo dei differenziali da quest'ultimo corrisposti alla UniCredit Bank AG, Milan Branch quantificato in €1.118.070,26, oltre gli ulteriori esborsi che il Comune di Jesi affronterà in dipendenza del medesimo Derivato con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia;

(iii) sempre in via principale e alternativa: accertare e dichiarare per i motivi e le causali esposte in atti la responsabilità pre e/o contrattuale della convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, e, per l'effetto, dichiarare la risoluzione del Derivato "IRS collar swap 2005" e, per l'effetto, condannare la controparte al risarcimento, in favore dell'attore, dei danni subiti pari al saldo negativo dei differenziali da quest'ultimo corrisposti alla UniCredit Bank AG, Milan Branch, quantificato in €1.118.070,26, oltre gli ulteriori esborsi che il Comune di Jesi affronterà in dipendenza del medesimo Derivato con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia;

(iv) in via principale e concorrente: (i) accertare e dichiarare con riguardo al contratto "IRS 2003" l'omesso pagamento dell'up-front da parte della convenuta integrante indebitivo oggettivo per i motivi e le causali esposte in atti e, per l'effetto condannare la controparte, in persona del legale rappresentante pro-tempore, alla ripetizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 cod. civ., delle somme indebitamente sborsate dal Comune di Jesi pari complessivamente a €412.819,82, come quantificati nella perizia della Martingale Risk Italia S.r.l., con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di conclusione del medesimo derivato (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione), ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sino al soddisfo effettivo; nonché (ii) accertare e dichiarare con riguardo al contratto "IRS Collar Swap 2004" l'omesso pagamento dell'up-front da parte della convenuta integrante indebitivo oggettivo per i motivi e le causali esposte in atti e, per l'effetto condannare la controparte, in persona del legale rappresentante pro-tempore, alla ripetizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 cod. civ., delle somme indebitamente sborsate dal Comune di Jesi pari a €232.784,03, come quantificati nella perizia della Martingale Risk Italia S.r.l., con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di conclusione del medesimo derivato (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione), ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia.

(v) in via meramente gradata: accertare e dichiarare gli artifici e i raggiri commessi dalla convenuta per i motivi e le causali esposte in atti e, per l'effetto, condannare la controparte



al risarcimento, in favore dell'attore, dei danni subiti pari al saldo negativo dei differenziali da quest'ultimo corrisposti alla UniCredit Bank AG, Milan Branch, quantificato in €1.118.070,26, oltre gli ulteriori esborsi che il Comune di Jesi affronterà in dipendenza del medesimo Derivato con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di ogni addebito e/o pagamento (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione) sino al soddisfo effettivo, ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia;

(vi) in via di estremo subordine: accertare e dichiarare con riguardo al Derivato "IRS collar swap 2005" l'omesso pagamento dell'up-front da parte della convenuta integrante indebito oggettivo per i motivi e le causali esposte in atti e, per l'effetto, condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, alla ripetizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 cod. civ., della somma indebitamente sborsata dal Comune di Jesi quantificata nella perizia della Martingale Risk Italia S.r.l. in €240.251,27, con rivalutazione monetaria e interessi legali a partire dalla data di conclusione del medesimo Derivato (o, in subordine, dalla data della notifica dell'atto di citazione), ovvero nella diversa maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia;

(vii) In ogni caso:

con vittoria di compensi, spese, rimborso forfettario delle spese generali, IVA e rimborso del contributo unificato;

emettere ogni altra statuizione, provvidenza e/o declaratoria del caso;

il tutto con eventuale rideterminazione del saldo di conto corrente sul quale vengono regolati i differenziali e con lo storno degli interessi passivi eventualmente applicati dalla controparte sulle somme addebitate in conto corrente

(viii) in via istruttoria: si richiede all'III.mo Tribunale adito di disporre consulenza tecnica d'ufficio, con ordine di esibizione dell'intera documentazione necessaria e/o opportuna, finalizzata ad: (i) accertare se il Derivato "IRS collar swap 2005" fosse, ad una valutazione ex ante, coerente con i requisiti di convenienza economica e di copertura imposti per legge alle parti in dipendenza dell'emissione obbligazionaria, con particolare riferimento alla convenienza economica di cui all'art. 41 l. 28 dicembre 2001, n. 448; (ii) accertare se il derivato del 2003 oggetto di causa fosse, ad una valutazione ex ante e, comunque, indipendentemente dai limiti di legge, in grado di svolgere una adeguata funzione di copertura dei rischi di tasso, cui era soggetto il Comune di Jesi, tenuto conto delle previsioni che la banca era professionalmente tenuta a compiere come operatore professionale dei mercati finanziari; accertare i costi - o c.d. commissioni - esplicitamente od occultamente ("implicitamente") posti a carico del Comune di Jesi anche come misura dello squilibrio probabilistico del contratto swap del 2003; (iii) accertare con riferimento ai tre contratti swap gli scenari probabilistici, in particolare, attraverso la predisposizione e la disamina degli scenari probabilistici al momento della conclusione di ciascuno dei tre contratti swap, evidenziando partitamente le rispettive probabilità delle due controparti - la banca; il Comune di Jesi - di ottenere differenziali a loro favorevoli; (iv) evidenziare quali sarebbero stati i guadagni del Comune di Jesi in dipendenza del derivato "IRS 2003" ove



fosse giunto a naturale scadenza; (v) evidenziare se il derivato 2003 oggetto di causa fosse di natura strutturata per la compresenza all'interno del medesimo di componenti derivative non riconducibili alla definizione di "plain vanilla swap".

Conclusioni di parte convenuta

Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza respinta, così giudicare:
in via preliminare:

- accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione di tutte le domande inerenti i contratti derivati IRS 2003 e IRS Collar Swap 2004 per decorrenza del termine decennale;
- accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione della domanda di annullamento del contratto IRS Collar Swap 2005 ai sensi dell'articolo 1442 c.c. per decorrenza del termine quinquennale.

in via principale:

rigettare tutte le domande avversarie svolte in via principale, subordinata, ulteriormente subordinata, in estremo subordine, e ad ogni altro titolo, per la dichiarazione di nullità, per l'annullamento e per la risoluzione per inadempimento del derivato IRS Collar Swap 2005 per cui è causa per tutti i motivi in fatto ed in diritto esposti in atti;

sempre in via principale:

- rigettare ogni richiesta di condanna della Banca al pagamento di qualsiasi somma a titolo di risarcimento dei danni, restituzione, perdita, indebiti ai sensi degli art. 2033 c.c. e ogni altro titolo in quanto infondate in fatto ed in diritto alla luce della normativa vigente al momento della stipulazione per i motivi esposti in atti;
- rigettare tutte le richieste istruttorie avversarie in quanto inammissibili;

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

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Per quanto riguarda il completo svolgimento del processo, ai sensi del vigente art. 132 c.p.c., si fa rinvio agli atti delle parti e al verbale di causa.

1. Oggetto della presente causa è un contratto derivato stipulato tra le parti in data 28/6/2005 e denominato "collar swap" (v. doc. 5 att.). Il contratto prevede una durata dal 24/6/2005 al 1/7/2020 e lo scambio semestrale di importi calcolati applicando, su un nozionale in ammortamento indicato nell'allegato, con valore iniziale di euro 12.541.000,00, pari al valore del prestito obbligazionario emesso dal Comune di Iesi, per la Banca il parametro Euribor 6 mesi e per il cliente un parametro differenziato secondo 5 periodi temporali (cfr. infra).



2. In relazione a tale contratto parte attrice ha svolto plurime censure, chiedendone in primo luogo l'accertamento della nullità.

In applicazione del principio della ragione più liquida va dapprima esaminata la lamentata violazione della disciplina recata dal d. MEF e Interno 1/12/2003, n. 389, che è fondata e va quindi accolta.

3. E' opportuno premettere che la legislazione nazionale ha registrato interventi progressivi al fine di disciplinare il fenomeno dei contratti derivati stipulati dagli enti pubblici, a partire dal d.m. 10/11/1995, che si limitava ad imporre la stipula con istituti finanziari di elevata affidabilità. Con riferimento all'epoca di conclusione del contratto oggetto di causa, rileva l'art. 41, comma 1, legge n. 448/2001, che, nel quadro di interventi espressamente volti a "contenere il costo dell'indebitamento e ... monitorare gli andamenti di finanza pubblica", ha previsto l'emanazione di un decreto di concerto tra il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero dell'interno per dettare "le norme relative ... all'utilizzo degli strumenti derivati" da parte degli enti pubblici.

Il provvedimento è stato emanato con il citato d.i. 389/2003, avente natura di regolamento di attuazione e di integrazione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b), legge n. 400/1988. Esso, all'art. 3.1, impone l'obbligo della stipula di swap di tasso di cambio a copertura del rischio valutario in caso di operazioni di indebitamento effettuate in valute diverse dall'euro. Il comma 2 dell'art. 3 prevede altresì che:

"In aggiunta alle operazioni di cui al comma 1 del presente articolo ... sono inoltre consentite le seguenti operazioni derivate:

a) «swap di tasso di interesse» tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi, collegati ai principali parametri del mercato finanziario, secondo modalità, tempi e condizioni contrattualmente stabiliti;

...

c) acquisto di «cap» di tasso di interesse in cui l'acquirente viene garantito da aumenti del tasso di interesse da corrispondere oltre il livello stabilito;

d) acquisto di «collar» di tasso di interesse in cui all'acquirente viene garantito un livello di tasso di interesse da corrispondere, oscillante all'interno di un minimo e un massimo prestabiliti;

...".



Merita di essere riportato anche il comma 3, secondo il quale “Le operazioni derivate sopra menzionate sono consentite esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute e possono essere indicizzate esclusivamente a parametri monetari di riferimento nell'area dei Paesi appartenenti al Gruppo dei Sette più industrializzati.”

La finalità della normativa differenziata dettata per gli enti pubblici è stata efficacemente colta dalla Corte costituzionale, che nella sentenza n. 52/2010 ha affermato che il legislatore ha tenuto conto “della spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame, all'evidente scopo di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere appunto pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività”.

Da quanto sopra riportato emerge in modo chiaro che ci troviamo di fronte a norme di ordine pubblico economico e come tale cogenti, la cui violazione comporta la nullità del contratto. In particolare la tassatività delle operazioni in derivati elencate nell'art. 3 del d.m., definite come consentite, impone di ritenere non consentite tutte le altre e quindi nulle.

4. Per l'esame del contratto di swap oggetto di causa è stata disposta c.t.u., affidata al dott. Cesare Conti, professore di finanza aziendale presso l'università Bocconi, che ha depositato relazione scritta in data 26/6/2015, integrata in data 8/2/2016. L'esperto c.t.u. ha operato come di consueto con elevata professionalità e adeguato approfondimento. Egli ha così scomposto il contratto secondo i cinque periodi di diversa indicizzazione del tasso cliente (cfr. sopra, par. 1), rilevando che nei primi 4 periodi, dal 24/6/2005 al 1/7/2012 il contratto si configura come Interest Rate Collar (IRC), mentre dal 1/7/2012 esso corrisponde allo schema del contratto Interest Rate Swap (IRS) c.d. *plain vanilla* (cfr. pag. 5, prima relazione).

Ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. d), d.m. 389/2003, all'ente pubblico è consentito solo l'acquisto di IRC, non la vendita. Al riguardo va considerato che l'operazione *collar* prevede per definizione l'acquisto di una opzione cap (OC) e la contestuale vendita di una opzione floor (OF). Ciò comporta che, affinché l'operazione sia qualificabile come acquisto, la vendita di OF deve necessariamente essere finalizzata a finanziare l'acquisto di OC, come correttamente indicato nella circolare MEF 27/5/2004. In altri termini, l'importo derivante dalla vendita dell'OF non può eccedere quello relativo all'acquisto dell'OC,



perché altrimenti l'ente non avrebbe comprato una copertura ma l'avrebbe venduta (cfr. c.t.u., pag. 7). Nel caso di specie il c.t.u. ha analiticamente verificato che gli importi relativi alle vendite di tutte le OF comprese nel contratto, pari ad euro 218.894,00, sono notevolmente superiori a quelli relativi all'acquisto di tutte le OC, corrispondenti ad euro 22.301,00 (cfr. pag. 8 e tabella 1).

Il c.t.u. ha quindi concluso che nella fattispecie il Comune non ha acquistato l'IRC ma al contrario l'ha venduto, in violazione del disposto dell'art. 3, comma 2, lett. d), dm. 289/2003. La conclusione cui è giunto il c.t.u. è motivata in modo del tutto adeguato e convincente, di modo che deve essere condivisa. Si noti che anche le osservazioni svolte dal ctp di parte convenuta non hanno riguardato la qualificazione dell'operazione come vendita di IRC, ma un diverso profilo normativo. Infatti il consulente della Banca ha ritenuto che la normativa si limiti a vietare la separata vendita di opzioni floor, che non sia contestuale all'acquisto di OC. Tale interpretazione non è condivisibile, perché di natura formalistica, tale da eludere una valutazione adeguata della natura effettiva e reale del contratto di swap; secondo tale linea sarebbe sufficiente qualsiasi acquisto contestuale di opzione CAP per giustificare la vendita di OF per qualsiasi valore. Ma in tal modo si elude e si aggira la normativa pubblica sopra evidenziata, che consente agli enti pubblici solo di acquistare coperture e non, nella sostanza, di venderle assumendo il conseguente rischio di interesse.

In conclusione, quindi, il contratto derivato *collar swap* stipulato tra le parti in data 28/6/2005 deve essere dichiarato nullo perché concluso in violazione del divieto posto dall'art. 3, comma 2, d.m. 389/2003.

5. In conseguenza della dichiarata nullità va accolta, per quanto di ragione, la domanda di restituzione svolta da parte attrice sub (i). In proposito si osserva che in sede di memoria ex art. 183, sesto comma, n. 1, c.p.c. la parte ha chiesto la restituzione delle perdite subite, pari ad euro 874.958,63, o alla diversa somma accertata. La domanda parzialmente difforme svolta in sede di precisazione delle conclusioni (v. sopra) non può essere considerata per la preclusione posta dall'art. 189 c.p.c. Il riferimento alle perdite e non alle somme comunque versate impone di considerare il differenziale negativo per il cliente generato dallo swap, quantificato dal c.t.u. in euro 1.229.478,42 (cfr. pag. 7).

Il consulente della Banca ha evidenziato il fatto che dal 1/7/2012 – cioè nella quinta fase temporale - il contratto ha operato come un IRS, rispettoso della normativa pubblicistica,



chiedendo quindi di non considerare i differenziali maturati in tale periodo. Tale tesi non è però condivisibile, perché la nullità colpisce l'intero contratto e non una sua singola clausola, di modo che non può "sopravvivere" la quinta fase del contratto, che non si fonda su una autonoma stipula, ma costituisce semplicemente lo sviluppo temporale dell'unico contratto.

Deve quindi essere accolta la domanda di restituzione della predetta somma di euro 1.229.478,42. La richiesta rivalutazione non può essere concessa, trattandosi di debito di valuta, mentre ai sensi dell'art. 2033 c.c. gli interessi legali decorrono dalla domanda giudiziale non sussistendo elementi per vincere la presunzione di buona fede del percipiente, che ha incassato le somme in forza di un contratto, seppure invalido.

La concorrente domanda di estinguere senza costi il contratto resta assorbita, perché non considera che il contratto nullo è privo di effetti e quindi non comporta alcuna procedura di estinzione.

Restano altresì assorbite le domande proposte in via gradata.

6. Al punto (iv) delle conclusioni parte attrice ha svolto altre due domande.

La prima riguarda la restituzione degli indebiti pagati in forza del precedente contratto di IRS del 2003, quantificati in euro 412.819,82. Tale somma corrisponde, secondo la tesi della parte, ai costi impliciti del contratto non coperti dalla commissione di up front versata dalla Banca, come illustrato alle pagg. 8 e 9 della citazione. Tale domanda è inammissibile ai sensi dell'art. 189 c.p.c., perché non è presente nelle conclusioni precisate nella memoria di trattazione n. 1, nella quale l'unica domanda svolta in relazione all'IRS 2003, al punto (vi), riguarda una circostanza del tutto diversa e cioè il risarcimento danni per la sua prematura estinzione, domanda invece non formulata in sede di precisazione delle conclusioni (v. sopra).

L'altra domanda è analoga, ma riferita all'IRS del 2004, e la stima degli indebiti è pari ad euro 232.784,03, come illustrato alle pagg. 9 e 10 della citazione.

La domanda come formulata non può essere accolta perché presuppone che abbia natura di indebitito – e quindi sia ripetibile – l'eventuale scarto tra i *mark to market* (MTM) delle due parti non coperto dalla commissione di up front. Ma tale dato trascura di considerare che tali costi impliciti "non rappresentano affatto un costo effettivo, vale a dire una somma effettivamente sostenuta dall'amministrazione ..., rappresentando soltanto il valore che lo swap avrebbe potuto avere in una astratta ed ipotetica (ma assolutamente irrealistica e non



vera) contrattazione (contrattazione del resto che non sarebbe neppure giuridicamente possibile, essendo a tal fine necessaria evidentemente un'autorizzazione legislativa del tutto analoga a quella contenuta nell'art. 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che ha consentito la rinegoziazione dei mutui già contratti)" (così la nota sentenza Consiglio di Stato, n. 5962/2012, nella causa relativa alla provincia di Pisa).

E' ovvio, peraltro, che la Banca nel predisporre il contratto di swap tenga conto di tutti gli oneri che deve a sua volta sopportare e del suo margine di guadagno.

Ne consegue che la struttura stessa dello swap e la natura probabilistica e incerta del MTM impediscono di configurare un diritto della parte ad ottenere l'erogazione di un up front tale da azzerare il valore iniziale del contratto.

Viceversa la questione dei costi impliciti può rilevare sotto il profilo del rispetto degli obblighi informativi, ai fini delle conseguenti azioni di risoluzione e risarcimento danni, nel caso di specie non svolte (cfr. sopra, punto iv delle conclusioni, sub ii). La domanda deve quindi essere rigettata.

Peraltro in proposito si rileva per completezza che il Comune di Iesi aveva sottoscritto la dichiarazione di operatore qualificato (v. doc. 9 att.) e non ha fornito elementi ad idonei a vincere tale presunzione (cfr. Cass. 12138/2009).

7. Nel caso di specie non vi è soccombenza reciproca, né ricorrono le altre ipotesi previste nell'art. 92 c.p.c. per derogare al principio della soccombenza per la liquidazione delle spese, operata in dispositivo in base ai parametri medi indicati dal d.m. 55/2014, sulla base della somma riconosciuta all'attore.

In considerazione degli esiti, le spese di c.t.u. sono oste in via definitiva a carico di parte convenuta.



Per questi motivi
il Tribunale di Milano
in composizione monocratica
VI sezione civile

definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- 1) in accoglimento della domanda principale di parte attrice – COMUNE DI IESI –
accerta e dichiara la nullità del contratto derivato stipulato tra le parti in data 28/6/2005
e denominato “collar swap”;
- 2) per l’effetto condanna parte convenuta – UNICREDIT BANK AG – MILAN BRANCH
– a pagare in favore di parte attrice la somma di euro 1.229.478,42, oltre interessi legali
dal 12/2/2014;
- 3) dichiara assorbite le domande svolte in via subordinata;
- 4) dichiara inammissibile la domanda svolta al punto (iv) (i);
- 5) rigetta la domanda svolta al punto (iv) (ii);
- 6) condanna parte convenuta a rimborsare in favore di parte attrice le spese di giudizio,
che liquida in € 36.145,00 per compensi ed € 1.493,00 per spese esenti, oltre 15% per
spese generali, CPA ed IVA sugli importi imponibili;
- 7) pone le spese di c.t.u. definitivamente a carico di parte convenuta.

Milano, 21 ottobre 2016

Il giudice
dott. Antonio S. Stefani

