

14375

14375
Quarta
14050/16
2016

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano

Tribunale Ordinario di Roma, Sezione Seconda civile

Il Giudice, Alfredo Matteo Sacco, ha pronunciato la seguente

sentenza

sulla causa di primo grado 35912 RGC 2013 vertente

fra

Comune di Ariccia, in persona del Sindaco pro-tempore, domiciliato in Roma, Via

24 presso l'avvocato

, ritualmente officiato

attore

e

, in persona del legale rappresentante pro-

tempore, domiciliata in Roma, Via

54 presso gli avvocati professor

, professor

e

, ritualmente

officiati

convenuta

nullità contrattuale e risarcimento del danno

conclusioni come da atti e verbali processuali

in decisione nell'udienza del 12 maggio 2015 con i termini di legge

fatto e diritto

Il Comune di Ariccia ha agito nei confronti della

per ottenere la declaratoria di nullità per difetto di causa quale elemento essenziale e per violazione di norme imperative o, in subordine, l'annullamento o, in ulteriore subordine, la risoluzione per grave inadempimento della controparte del contratto swap (derivato) stipulato il 24 luglio 2003 e denominato "Irs Double Fixed Up & Down".

Il tutto con le conseguenti pronunzie restitutorie e risarcitorie.

si è costituita preliminarmente rappresentando che il contratto in causa era stato stipulato al fine di soddisfare le esigenze di ristrutturazione del debito comunale, specificando di aver accolto la richiesta di elaborazione di una nuova ipotesi contrattuale informalmente formulata nel 2003 dal Comune di Ariccia, eccependo l'intervenuta prescrizione delle avverse pretese, deducendo la responsabilità (o la corresponsabilità) dell'Ente locale ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile per non aver dato seguito alla comunicazione inviata il 15 marzo 2007 con cui l'Ente stesso era stato invitato ad estinguere il contratto in questione, negando di aver svolto funzioni di consulente (advisor) e, comunque, contestando analiticamente le singole doglianze attoree sull'assunto della piena legittimità e correttezza della propria condotta.

Esaurita la fase istruttoria, nell'udienza del 12 maggio 2015 sono state precisate le conclusioni.

Preliminarmente deve essere rilevata l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione formulata dalla Banca convenuta.

Il contratto oggetto di causa è stato stipulato il 24 luglio 2003 mentre l'atto di citazione introduttivo del presente giudizio è stato notificato il 15 maggio 2013.

Vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, risultando evidente il mancato compimento del termine decennale di prescrizione, deve escludersi il verificarsi di qualsivoglia effetto estintivo connesso al trascorrere del tempo.

La domanda attorea è risultata fondata e deve essere accolta nei termini che seguono.

In data 24 luglio 2003, gli odierni contraddittori hanno sottoscritto un accordo (novativo e sostitutivo del precedente accordo stipulato l'11 aprile 2002) avente per oggetto il derivato denominato "Irs Double Fixed Up & Down".

Il Comune di Ariccia si è determinato alla stipulazione tanto del richiamato contratto quanto di quello precedente così novato al fine di conseguire una riduzione degli oneri di ammortamento del proprio indebitamento.

Indebitamento costituito da mutui a medio e lungo termine accesi, a tasso fisso, presso la Cassa Depositi e Prestiti.

Le caratteristiche del debito pregresso dell'Ente locale rappresentano un elemento essenziale per la comprensione dell'intera vicenda.

Essendo stato il pregresso debito sottostante acceso a tasso fisso, l'Ente locale non aveva alcuna necessità di cautelarsi nei confronti delle oscillazioni in aumento o in diminuzione dei saggi di interesse.

L'unico obiettivo ragionevolmente, tecnicamente e legittimamente perseguibile dall'Ente locale era costituito dalla stipulazione di un derivato che consentisse la riduzione degli oneri di ammortamento del debito.

Considerata la normativa all'epoca vigente, il Comune di Ariccia avrebbe potuto stipulare esclusivamente un derivato a copertura (ammesso che un tale strumento finanziario sia effettivamente configurabile) e non certamente un derivato di natura meramente speculativa.

Al contrario, il contratto stipulato dalle parti il 24 luglio 2003 ha per oggetto uno swap che prevede possibilità di profitto e di perdita tanto nell'ipotesi di aumento quanto nell'ipotesi di diminuzione del tasso Euribor.

Tenuto conto dell'ampiezza del margine di oscillazione dei tassi di interesse (in aumento o in diminuzione) che determina la situazione di perdita per il Comune e della correlativa esiguità del margine di oscillazione che determina la situazione di profitto per il Comune stesso, emergono evidenti le due circostanze che qualificano la natura assolutamente speculativa del contratto in discussione ed evidenziano l'ingiustificato squilibrio del sinallagma negoziale.

Primariamente, va osservato che il Comune di Ariccia, indebitato a tasso fisso con la Cassa Depositi e Prestiti, non aveva alcun interesse e non era legittimato a stipulare uno swap implicante una scommessa sulla variazione (sia in aumento sia riduzione) dei tassi di interesse.

Secondariamente (ma non per questo meno rilevante), l'ampiezza dei margini di oscillazione (in aumento o in diminuzione) idonei a determinare la situazione di profitto o di perdita risulta assolutamente sbilanciata in favore dell'Istituto di Credito. In termini concreti, con la stipulazione del contratto in causa il Comune di Ariccia si è assunto il rischio di perdite consistenti (puntualmente verificatesi) tanto nell'ipotesi di aumento quanto nell'ipotesi di diminuzione dei tassi di interesse.

Conseguentemente, la stipulazione del derivato "Irs Double Fixed Up & Down" risulta irrimediabilmente viziata da nullità.

L'accertata natura speculativa del negozio stipulato confligge con l'inderogabile disposto dell'articolo 41 della legge 448 del 2001 che consente agli Enti locali il ricorso agli strumenti di finanza derivata esclusivamente per fini di tutela dai rischi collegati all'indebitamento.

A ciò va aggiunto che, ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lettera i), del D.Lgs. 267 del 2000, le spese che impegnino risorse dell'Ente locale per più esercizi finanziari devono essere deliberate dal Consiglio Comunale.

Considerato che il derivato "Irs Double Fixed Up & Down" è stato funzionalmente collegato al pregresso indebitamento del Comune di Ariccia sì da determinare le conseguenze patrimoniali per tutti gli anni di durata del debito sottostante, l'impegno negoziale doveva essere deliberato dal Consiglio Comunale nel rispetto dei noti requisiti di forma e di rito, richiesti a pena di nullità, in tema di contrattazione pubblica.

Il contratto "Irs Double Fixed Up & Down" stipulato il 24 luglio 2003 deve essere, pertanto, dichiarato nullo in quanto contrario a norma imperativa e in quanto concluso in violazione degli inderogabili requisiti sostanziali e procedurali di natura pubblicistica, in riferimento all'organo legittimato ad esprimere il consenso e al meccanismo di individuazione del contraente privato.

Peraltro, anche a voler superare (e così non è) le questioni afferenti la nullità del contratto, il contratto stesso dovrebbe, comunque, essere risolto in ragione della



condotta gravemente inadempiente tenuta dalla]

nella vicenda in esame.

In particolare, rilevano le illecite condotte poste in essere dalla

nella sua duplice veste di parte del contratto finanziario e di consulente e assistente per le attività prodromiche alla conclusione del contratto in parola.

Le parti hanno sostituito un pregresso contratto con altro di analoga forma e di più ampio sinallagma.

Il contratto stipulato il 24 luglio 2003 prevede la possibilità di perdite e di profitti sia nell'ipotesi di aumento che in quella di diminuzione dei tassi di interesse mentre il precedente contratto concluso l'11 aprile 2002 prevedeva la possibilità di perdite e di profitti esclusivamente nell'ipotesi di diminuzione dei tassi.

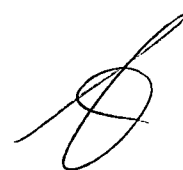
Orbene, considerando che i mutui, a suo tempo, accesi dal Comune di Ariccia presso la Cassa Depositi e Prestiti (e non richiamati nei contratti swap, così integrando ulteriori vizi di nullità) erano e sono a tasso fisso, appare evidente la natura meramente speculativa di qualsivoglia operazione di finanza derivata collegata alla variazione dei tassi di interesse.

Il debitore titolare di un mutuo a tasso fisso può incontrare difficoltà ad onorare le proprie obbligazioni ma non assume alcun rischio in conseguenza delle eventuali variazioni dei tassi sul mercato finanziario.

Tanto premesso, dalla corrispondenza versata dalle parti risulta chiaramente che la
ha svolto funzioni di consulente (advisor) in favore del Comune di Ariccia.

Sul punto, è sufficiente richiamare il contenuto delle note inviate dall'Istituto di Credito all'Ente locale l'8 marzo 2002 (allegato 1 del fascicolo attoreo) e il 10 luglio 2003 (allegato 3 del fascicolo convenuto; allegato 5 del fascicolo attoreo).

Dalla mera lettura delle due note, formalmente intestate quali proposte negoziali, si evince la duplice funzione dell'Istituto di Credito che, di fatto, si è messo a



disposizione per fornire un supporto tecnico all'Ente locale già nella fase prenegoziale.

In particolare, nella nota dell'8 marzo 2002 si legge: *“Nel caso di codesta Amministrazione Comunale, il cui indebitamento complessivo ammonta ad oltre 17 milioni di euro, per scadenza al 2021, con un tasso medio ponderato di poco inferiore al 6,25%, abbiamo elaborato un prodotto ... Nella struttura di finanza derivata da Noi elaborata ...”*.

Nella nota del 10 luglio 2003 si legge: *“Come precisato in occasione degli incontri propedeutici alla definizione dell'operazione dello scorso anno, la*

assicura un costante monitoraggio delle strutture di finanza derivata concluse con la propria clientela, al fine di valutare eventuali situazioni di aumento di rischiosità delle stesse ovvero per cogliere, come in questo caso, nuove opportunità di migliorarne i contenuti, sia sotto il profilo dei benefici finanziari che del contenimento del rischio...”.

Tali affermazioni dimostrano inequivocabilmente la funzione di consulente consapevolmente assunta e svolta dalla _____ nella vicenda in esame.

L'Istituto di Credito non si è limitato a presentare una mera proposta negoziale ma ha elaborato un'offerta specificamente dedicata al soddisfacimento (a suo dire) delle esigenze finanziarie dell'Ente locale.

In esito a quanto rappresentato, assumono rilievo dirimente le sotto indicate circostanze.

Il contratto stipulato l'11 aprile 2002 si stava svolgendo regolarmente e con risultati di oggettivo vantaggio per il Comune di Ariccia.

Il contratto in parola aveva una previsione di durata medio-lunga e, comunque, commisurata ai mutui a medio e lungo termine accessi dal Comune presso la Cassa Depositi e Prestiti.

Decorso circa un anno dalla stipulazione, la Banca Nazionale del Lavoro – BNL spa, prospettando generici ulteriori vantaggi nella gestione dell'indebitamento, ha

sollecitato il Comune di Ariccia alla conclusione di un nuovo contratto swap in sostituzione del precedente, fornendo in fatto tutte le necessarie attività di consulenza e di assistenza.

Le parti hanno conseguentemente risolto per mutuo consenso il contratto swap stipulato l'11 aprile 2002 e denominato "Interest Rate Swap" ed hanno, in sua sostituzione, concluso il 24 luglio 2003 il contratto swap denominato "Irs Double Fixed Up & Down".

Tale ultimo contratto, essendo risultato assolutamente svantaggioso per il Comune di Ariccia, ha dato luogo alla controversia in decisione.

In proposito, va osservato che, pur emergendo in esito al primo contratto gli stessi vizi in questa sede accertati in relazione al secondo contratto, il presente giudizio è limitato all'oggetto siccome desumibile dalle Difese articolate dalle parti.

In conseguenza, il contratto stipulato l'11 aprile 2002 in questa sede rileva esclusivamente quale elemento valutabile ai sensi dell'articolo 116, comma 2, cpc.

Così delineata la vicenda, emergono evidenti i gravi profili di responsabilità della Banca convenuta.

La si è fattualmente proposta – e ai fini che qui interessano non rileva l'eventuale gratuità del servizio – quale consulente e assistente del Comune di Ariccia nella individuazione e nella valutazione della migliore opzione negoziale per procedere alla sostituzione del precedente contratto swap (derivato).

La rappresentata circostanza integra una tipica ipotesi di conflitto di interessi poiché è di tutta evidenza che la Banca che, in veste di "consulente", proponga al potenziale cliente un proprio prodotto finanziario non sia in posizione di terzietà.

Non soltanto.

L'Istituto bancario che consapevolmente proponga ed assuma incarichi in conflitto di interessi viene meno sia agli specifici doveri gravanti sugli intermediari e sugli operatori finanziari ex articolo 21, comma 1, del d.lgs. 58 del 1998 – TUF e ex articoli 26 e 31 del Regolamento Consob sia ai generali doveri di buona fede



oggettiva e di diligenza di cui agli articoli 1175 e 1375 del codice civile da osservarsi nello svolgimento di qualsivoglia rapporto giuridico.

Nello specifico, la _____ ha ritenuto di indurre il Comune di Ariccia a sostituire un rapporto negoziale oggettivamente favorevole al Comune stesso con un nuovo rapporto successivamente rivelatosi del tutto sfavorevole.

Ferma restando la natura parzialmente aleatoria dei contratti in parola, non si comprende quali ulteriori vantaggi potesse conseguire l'Amministrazione Comunale con la nuova stipulazione contrattuale proposta dalla Banca.

E ciò considerando che il primo contratto prendeva in considerazione soltanto l'ipotesi di discesa dei tassi di interesse mentre il secondo contratto prende in considerazione tanto l'ipotesi di discesa quanto l'ipotesi di aumento dei tassi di interesse, così raddoppiando la rischiosità dell'operazione.

È significativo che, trascorso poco più di un anno dalla stipulazione del primo contratto, l'Istituto bancario sia intervenuto proponendo una nuova opzione negoziale.

Considerato che il primo rapporto risultava oggettivamente vantaggioso per l'Amministrazione Comunale, appare quanto meno sospetta la sollecitazione a procedere ad una nuova ed asseritamente più vantaggiosa stipulazione.

Va, peraltro, rilevato che la Banca convenuta, nel corso del giudizio, non è stata in grado di fornire un solo concreto elemento utile a dimostrare il maggiore vantaggio del contratto swap stipulato il 24 luglio 2003 in sostituzione del precedente contratto concluso l'11 aprile 2002.

L'accertato profilo di responsabilità nella condotta della

_____ non è, però, da qualificarsi in termini di illecito precontrattuale, integrando piuttosto una tipica ipotesi di illecito contrattuale.

L'Istituto bancario convenuto, avendo agito fattualmente quale consulente e assistente del Comune di Ariccia (ancorché gratuitamente e in conflitto di interessi), era tenuto ad assicurare, comunque, una prestazione professionalmente adeguata.



Circostanza ampiamente smentita dallo svolgersi degli eventi, considerati i risultati negativi del contratto stipulato il 24 luglio 2003.

Risultati negativi che non costituiscono l'unico elemento di prova dell'inadeguatezza della prestazione resa dalla _____, sol che si consideri che, in tutta la corrispondenza intercorsa, la Banca ha sempre rappresentato la possibilità per il Comune di Ariccia di conseguire dalla stipulazione del contratto un ulteriore beneficio in termini di immediata liquidità, omettendo di chiarire che si trattava del cosiddetto "up front" ovvero del corrispettivo del "mark to market" negativo.

Nei contratti di swap è definito "mark to market" il differenziale di posizioni già in essere al momento della stipulazione ed è definito "up front" il corrispettivo monetario di tale differenziale.

Non soltanto il pagamento di una somma a titolo di "up front" non costituisce un beneficio ma integra un doveroso e necessario meccanismo di riequilibrio del sinallagma negoziale.

La stessa mancata analitica determinazione del valore del "mark to market" antecedentemente la stipulazione integra, secondo una giurisprudenza che va consolidandosi, un ulteriore vizio di nullità del contratto.

Un secondo profilo di responsabilità della Banca convenuta è integrato dalla condotta dalla stessa posta in essere nell'esecuzione delle obbligazioni assunte con il contratto swap stipulato in data 24 luglio 2003.

È risultato confermato dall'esame critico comparativo delle allegazioni e delle produzioni delle parti che la _____ ha percepito cospicui importi a titolo di cosiddette commissioni implicite.

La cosiddetta commissione implicita, ancorché comunemente diffusa nella prassi bancaria, non trova fondamento né nelle norme generali in tema di contratto né nelle disposizioni speciali in tema di strumenti finanziari.



La Difesa convenuta distingue fra le commissioni in senso proprio (non applicate nella vicenda in esame per espressa disposizione negoziale) e i margini operativi che sarebbero dovuti, essendo relativi a rapporti diretti fra banca e cliente.

La tesi convenuta non è sostenibile poiché, a fronte dell'espressa esclusione negoziale delle commissioni in senso proprio, non possono ritenersi dovuti i margini operativi (cosiddette commissioni implicite) in assenza di qualsivoglia riferimento nel testo contrattuale.

L'interpretazione del contratto secondo buona fede, in applicazione dell'articolo 1366 del codice civile, impone di escludere la spettanza delle cosiddette commissioni implicite.

A ciò si aggiunga che l'articolo 23, comma 2, del TUF esclude radicalmente qualsivoglia ipotesi di rinvio agli usi per la determinazione dei corrispettivi, dei costi e degli oneri comunque dovuti dai clienti alle banche.

In ragione di quanto sopra, non giova alla tesi della Banca convenuta neppure il richiamo alle prassi generalmente in uso nel settore bancario.

Quanto infine alla nota del 15 marzo 2007 (allegato 5 del fascicolo attoreo) da cui la Banca, ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, vorrebbe far derivare la responsabilità (esclusiva o quantomeno concorrente) del Comune di Ariccia nella causazione del danno lamentato, va rilevato che l'esame del documento in parola conduce ad esiti opposti rispetto a quanto invocato dalla parte convenuta.

Nella nota del 15 marzo 2007 la Banca Nazionale del Lavoro ha invitato il Comune di Ariccia a "*cancellare l'operazione*" in previsione di un aumento dei tassi di interesse.

Orbene, premesso che (come è a tutti noto) i tassi di interesse, nel periodo in discussione, non sono aumentati ma sono discesi sino a raggiungere in tempi recenti livelli negativi, deve rilevarsi che le perdite lamentate dal Comune sono state determinate proprio dalla continua discesa dei tassi di interesse.

Se la nota del 15 marzo 2007 voleva rappresentare una situazione di pericolo, la situazione stessa è stata smentita dai fatti poiché il danno è stato determinato dal

verificarsi dell'ipotesi (riduzione dei tassi di interesse) esattamente contraria a quella paventata (aumento dei tassi di interesse).

In disparte ogni considerazione sulle capacità di analisi del mercato finanziario dimostrate dall'Istituto bancario convenuto, la congiunta lettura del contratto del 24 luglio 2003 e della nota del 15 marzo 2007 dimostra l'assoluta malafede della

Il contratto in corso prevede un'amplissima area di rischio per l'Ente locale tanto in ipotesi di aumento quanto in ipotesi di diminuzione dei tassi di interesse.

Segnalare la forte rischiosità dell'operazione in previsione dell'aumento dei tassi di interesse è quantomeno fuorviante, considerato che l'Ente locale corre identico rischio (come ampiamente dimostrato dalle perdite subite) nell'ipotesi di diminuzione dei tassi stessi.

Così formulata, la nota del 15 marzo 2007 non esclude in alcun modo la responsabilità della Banca che neppure in tale occasione ha fornito una corretta rappresentazione della realtà negoziale.

La dirimente rilevanza delle rappresentate ipotesi di nullità contrattuale esime da ogni ulteriore considerazione e valutazione nel rito e nel merito.

Venuto meno *ab origine* il vincolo negoziale, rimangono prive di causa tutte le prestazioni eseguite *medio tempore* dalle parti.

In ragione di quanto precede, la convenuta deve essere condannata a pagare immediatamente in favore dell'attore Comune di Ariccia tutte le somme sino ad ora percepite a qualsivoglia titolo e in qualsivoglia modalità in esecuzione del contratto "Irs Double Fixed Up & Down" stipulato il 24 luglio 2003, oltre interessi legali e maggior danno da svalutazione monetaria (calcolata secondo i criteri indicati in Cass. Civ., Sez. III, 5533/2012) correnti dalle singole percezioni sino all'effettivo soddisfo.

Dagli importi determinati con i criteri sopra specificati devono essere dedotte le somme eventualmente percepite dal Comune di Ariccia in esecuzione dello stesso contratto "Irs Double Fixed Up & Down".

Assunte le disposizioni restitutorie, rimangono da regolare i profili risarcitori.

Il Comune di Ariccia ha chiesto che il risarcimento del danno subito sia determinato nella somma corrispondente ai profitti che avrebbe locupletato se il rapporto fosse rimasto regolato dall'originario contratto stipulato l'11 aprile 2002.

Considerato che il contratto stipulato l'11 aprile 2002 risulta affetto dagli stessi vizi di nullità che hanno determinato il venir meno del successivo contratto stipulato il 24 luglio 2003, il criterio proposto non appare corretto.

Non avendo l'Ente locale indicato diversi criteri per la liquidazione del danno ma risultando con certezza la sussistenza di un pregiudizio patrimoniale a carico dell'Ente stesso, può procedersi in via equitativa.

La _____, nella nota dell'8 marzo 2002, ha prospettato al Comune di Ariccia risparmi complessivi sui costi di ammortamento del debito per circa euro 974.000,00 e, nella nota del 10 luglio 2003, ha prospettato un ulteriore risparmio per euro 233.000,00.

Tanto premesso, appare equo determinare, omnicomprensivamente e al valore attuale della moneta, il risarcimento spettante al Comune di Ariccia in euro 400.000,00 (euro quattrocentomila) ovvero in una somma pari a un terzo dei risparmi di spesa prospettati dalla _____.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

p q m

Il Giudice del Tribunale Ordinario di Roma, Sezione Seconda civile, definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattese, così provvede:

- 1) in accoglimento della domanda attorea dichiara la nullità del contratto stipulato il 24 luglio 2003 e denominato "Irs Double Fixed Up & Down" e, per l'effetto, condanna la convenuta _____ a pagare immediatamente, a titolo restitutorio, in favore del Comune di Ariccia tutte le

somme sino ad ora percepite a qualsivoglia titolo e in qualsivoglia modalità in esecuzione del richiamato contratto "Irs Double Fixed Up & Down" stipulato il 24 luglio 2003, oltre accessori e operate le deduzioni come specificato in parte motiva;

- 2) condanna la _____ a pagare immediatamente in favore del Comune di Ariccia, a titolo di risarcimento del danno equitativamente e omnicomprensivamente determinato, la somma di euro 400.000,00 (euro quattrocentomila);
- 3) condanna la convenuta _____ a pagare immediatamente in favore del Comune di Ariccia le spese processuali liquidate in euro 36.600,00 (di cui euro 1.600,00 per esborsi) oltre oneri previdenziali e tributari come per legge.

Roma, 18 luglio 2016

scaduti i termini di legge

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
dott.ssa Annamaria Geronzi Veraldi

Il Giudice
Alfredo Matteo Sacco

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
Depositato in Cancelleria
Roma, il 18/7/16

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
dott.ssa Annamaria Geronzi Veraldi