DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

Sent. 1241/12

Depositata in minuta oggi 20 GIU. 2012 IL CANCELLIERE

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI PESCARA

riunito in camera di consiglio e composto dai sigg. Magistrati:

- dott. Angelo Bozza Presidente
- dott. Stefania Ursoleo Giudice rel.
- dott. Sabrina De Simone Got

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. R.G.A.C.C., riservata in decisione all'udienza del 11 giugno 2012,

TRA

Comune di P , in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Duilio Manella, giusta procura in atti;

-ATTORE-

E

, in persona del lrpt, rappresentata e difesa dagli Avv.ti e come da mandato in atti;

-CONVENUTA-

Oggetto: swap.

Conclusioni:

per le parti: all'udienza del 11 giugno 2012, i procuratori delle parti concludevano come da verbale, riportandosi ai propri rispettivi scritti difensivi e agli atti di causa;

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione regolarmente notificato, il Comune di P evocava in giudizio la chiedendo: la nullità/annullamento del contratto IRS del 19.10.2004 denominato Purple Collar 232476; in subordine, la risoluzione per grave inadempimento dello stesso contratto, con l'accertamento della non debenza, da parte dell'Ente, dei flussi di interessi che il suddetto contratto avrebbe liquidato con decorrenza dal 30.6.2008 (introduzione della domanda) e, quindi, della legittimità del rifiuto del Comune di corrisponderli; in estremo subordine, in caso di rigetto delle precedenti domande, riconosciuta la inadempienza della Banca, la condanna al risarcimento dei

Copyright dirittobancario.it

danni in misura corrispondente ai flussi di interesse già pagati e che risulteranno dovuti fino alla naturale estinzione del contratto *de quo*; la condanna della Banca al versamento in favore dell'Ente, a titolo di ripetizione di indebito e/o ingiustificato arricchimento e/o risarcimento dei danni, della somma di €. 695.649,83, in relazione al contratto IRS del 19.2.2002 denominato I/O-109163, nonché di €. 625.866,63, in relazione al contratto IRS del 26.3.2003 denominato I/O 156118, o delle somme maggiori o minori ritenute di giustizia, oltre gli interessi al tasso legale dalla data di apertura dei rispettivi contratti al saldo.

La Banca, costituita in giudizio, eccependo l'infondatezza delle pretese, formulava domanda riconvenzionale di condanna del Comune al pagamento degli importi dovuti a suo favore, alle singole future scadenze semestrali, in relazione al contratto Purple Collar 232476 del 19.10.2004 di cui è causa, oltre interessi moratori al tasso Euribor a 6 mesi, per come indicato in contratto, dalle singole scadenze al saldo, nonché, in via subordinata, nel caso di accoglimento delle domande di nullità, annullamento o risoluzione del contratto Purple Collar, formulava domanda riconvenzionale di applicabilità del precedente contratto IRS I/O202370 alle condizioni ivi pattuite il 17.3.2004, disponendo la restituzione di tutti i flussi attivi e gli upfront incassati dal Comune in relazione al contratto Purple Collar, con interessi moratori al tasso Euribor 6 mesi o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al soddisfo.

All'udienza del 11.6.2011, le parti davano atto dell'avvenuta estinzione dell'unica operazione in derivati ancora in essere, ovvero del contratto Purple Collar 232476, chiedendo la dichiarazione di cessata materia del contendere in ordine a tutte le domande proposte dal Comune relativamente a tale contratto IRS, nonché in ordine alle domande riconvenzionali proposte dalla Banca per il caso di accoglimento delle domande di nullità/annullamento/risoluzione del contratto *de quo* formulate dal Comune.

Circa la domanda riconvenzionale della Banca, di condanna dell'Ente al pagamento dei differenziali negativi insoluti dovuti alla Banca stessa, quantificati, ad oggi, in €. 222.914,64 (oltre interessi da ritardato pagamento o in subordine al tasso legale dalle scadenze non onorate al saldo), è in atti la delibera della Giunta Comunale del Comune di P n. 58 del 18.5.2012, dalla quale si evince la richiesta del Comune di *concessione da parte della Banca della sospensione del pagamento dei flussi arretrati fino alla definizione del contenzioso;* a ciò si aggiunge che, all'udienza del 11.6.2012, lo stesso Ente ha dichiarato che *effettivamente, a questo punto, non v'è più contestazione sulla debenza dei flussi sospesi.*

Copyright dirittobancario.it

Dunque, il Collegio prende atto che il credito della Banca, relativo ai differenziali negativi inerenti al contratto Purple Collar 232476, che il Comune aveva sospeso di versare alla convenuta con l'introduzione del giudizio, pari ad oggi ad €. 222.914,64, non è più in contestazione.

Pertanto, dichiara il Comune di Penne tenuto al pagamento, in favore della convenuta, di €. 222.914,64, oltre interessi di mora, come da contratto, al tasso Euribor 6 mesi dalle singole scadenze al saldo.

Quanto alla domanda residua del Comune, di condanna della Banca al versamento, a titolo di ripetizione di indebito e/o ingiustificato arricchimento e/o risarcimento dei danni, della somma di €. 695.649,83, in relazione al contratto IRS del 19.2.2002 denominato I/O-109163, nonché di €. 625.866,63, in relazione al contratto IRS del 26.3.2003 denominato I/O 156118, o delle somme maggiori o minori ritenute di giustizia (oltre gli interessi al tasso legale dalla data di apertura dei rispettivi contratti al saldo), valgano le considerazioni che seguono.

Ripetendo la definizione della Consob (cfr. Consob, in "I principali prodotti derivati –Elementi informativi di base", reperibile in www.consob.it), gli IRS, ovvero swap su tassi di interesse (Interest Rate Swap), sono contratti in cui le parti si scambiano pagamenti periodici di interessi calcolati su una somma di danaro (capitale nozionale) per un periodo di tempo predefinito: una parte si impegna a pagare ad un dato tasso, l'altra ad un tasso differente, sul presupposto di diverse assunzioni previsionali in ordine all'andamento prospettico dei tassi.

Il ricorso agli IRS, da parte dei Comuni, è stato previsto dall'art. 41 l. 448/2001 *al fine di contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica,* ovvero per consentire agli Enti territoriali di alleggerire gli oneri finanziari connessi a mutui a tasso fisso con gli istituti di credito.

La normativa finanziaria prevede che, al momento della stipula del contratto, il valore del derivato debba essere par: l'Allegato 3 al Regolamento Consob n. 11522/98, vigente alla data di stipula dei contratti di cui si tratta, al paragrafo 4 della parte B, intitolato "Operazioni su strumenti derivati eseguite fuori dai mercati organizzati. Gli swaps", precisa che *alla stipula del contratto, il valore di uno swap è sempre nullo*; in altre parole, ciò significa che i contraenti devono concordare sul fatto che la somma algebrica attualizzata dei flussi positivi e negativi e del valore delle opzioni scambiate deve essere pari a zero.

Ove invece gli swaps fossero *ab origine* contratti non par, ossia laddove presentassero al momento della stipula un valore di mercato negativo per una delle due controparti, in quanto uno dei due flussi di pagamento non riflette il livello dei tassi di mercato, l'equilibrio finanziario delle condizioni di partenza dovrà essere ristabilito attraverso il pagamento di una somma di danaro da

Copyright dirittobancario.it

parte del contraente avvantaggiato al contraente svantaggiato e tale pagamento, che dovrebbe essere pari al valore di mercato negativo del contratto, prende il nome di upfront (cfr. audizione del Direttore generale della Consob dott. Massimo Tezzon avanti alla VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati).

Dunque, l'upfront, che costituisce un pagamento immediato a favore dell'altra parte, è tanto più alto quanto più è negativo il valore del contratto per la controparte, ed è evidentemente in ragione dell'accettazione di un rischio maggiore.

È evidente che, l'upfront, in quanto costituisce un efficace indicatore della presenza di un rischio finanziario connaturato alla struttura contrattuale a cui ci si vincola, pone innanzitutto una questione di consulenza fedele dell'intermediario finanziario, atteso che "l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse del cliente" (art. 21 comma 1 lett. a TUF) è connaturato al contratto di intermediazione finanziaria, il che vale a dire, più in generale (laddove la Banca non si ponga quale intermediaria finanziaria, ma sia la diretta controparte dell'operazione, come nella specie) che richiama l'obbligo della Banca di comportarsi secondo buona fede (ovvero osservando il dovere di cooperazione e di informazione) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 cc).

Dunque, l'obbligo di informazione e trasparenza della Banca nei confronti del cliente si pone anche in relazione alle cd commissioni implicite, ovvero le commissioni incassate dalla Banca, stimabili nella differenza tra il mark to market (mtm: ossia il valore di mercato del contratto stimato attualizzando i flussi di cassa attesi) dei pagamenti dell'Ente ed il mark to market dei pagamenti in capo alla Banca: l'omessa o la non integrale corresponsione dell'upfront da parte degli intermediari finanziari identifica la commissione implicita incassata dalla Banca.

Ora, se è vero che alla Banca, sia nella veste di intermediario finanziario che in quella di contraente diretto, sono imposti obblighi di informazione circa la natura, i rischi e le implicazioni dell'operazione che le parti andranno a stipulare, tali obblighi, con riguardo alla negoziazione di derivati, devono tradursi anzitutto nella puntuale illustrazione al cliente dei meccanismi del derivato, in maniera tale che prima di sottoscrivere il contratto, il cliente sia correttamente informato sull'idoneità dello strumento finanziario a perseguire le finalità di copertura in ipotesi perseguite, e poi nell'indicazione chiara, nel contratto stesso, dei costi reali della struttura, ivi espressamente compresi i costi di produzione del derivato ricaricati sul cliente ed il margine effettivamente lucrato dalla controparte bancaria.

Nella specie, dalla documentazione in atti risulta che: nelle condizioni generali dei contratti IRS all'esame (IRS I/O 109163 e IRS I/O 156118), all'art. 4 era previsto, quanto al calcolo degli importi, che *la rilevazione dei tassi di interesse e il calcolo degli importi dovuti ai sensi del*

Copyright dirittobancario.it

Contratto saranno effettuati dalla Banca, che provvederà a darne tempestiva comunicazione al Cliente con le modalità indicate al successivo art. 15; le modalità dei pagamenti periodici di tali importi (dovuti in base al contratto), calcolati sul tasso parametro di ciascuna parte, erano previste al successivo art. 5; questo articolo, oltre a prevedere l'obbligo di ciascuna parte al pagamento degli importi differenziali, prevedeva che ciascuna delle parti avrebbe dovuto aumentare gli importi da corrispondere all'altra per imposte, tasse, oneri, spese di qualsivoglia natura, e, infine, che *il cliente si impegna altresì a corrispondere alla Banca le commissioni indicate nell'allegato A*.

Nell'allegato A relativo al contratto IRS 109163, dove sono specificati i tassi periodici che avrebbero governato il rapporto e l'andamento dei flussi finanziari, risulta indicato il capitale nozionale pari ad €. 22.568.957,44, la corresponsione, alla data di negoziazione, di un upfront di €. 933.000; alla voce commissioni non risulta indicato alcunché, né risultano indicati costi o spese per l'Ente.

Nell'allegato A relativo al secondo IRS (156118), risulta un capitale nozionale di €. 27.632.905,56, la corresponsione, alla data di negoziazione, di un upfront pari ad €. 500.000; anche qui alla voce commissioni non è indicato nulla, né risultano indicate spese o costi per l'Ente.

Il CTU ha accertato (cfr. relazione pag. 83) che *a tutti i contratti sottoscritti si riscontra la presenza di MTM negativi per l'Ente*, ossia il valore di mercato del contratto, stimato attualizzando i flussi di cassa attesi, era negativo per il Comune.

In particolare, il mark to market, per il 1° contratto, calcolato *in advance* (cioè rilevando il tasso all'inizio di ciascun periodo) era pari ad €. 1.427.647,85, calcolato *in arrears* (cioè rilevando il tasso alla fine di ciascun periodo) era pari ad €. 1.400.524,47; per il 2° contratto il MTM calcolato *in advance* era pari ad €. 1.280.032,38, calcolato *in arrears* era pari ad €. 1.402.381,23.

Il che vale a dire, considerati gli upfront erogati dalla Banca al momento della stipulazione del contratto in misura inferiore al valore negativo di MTM, che la Banca, per il primo contratto, aveva trattenuto commissioni implicite (pari al MTM ridotto dell'upfront erogato), secondo il calcolo *in advance*, per €. **494.646,85**, e, secondo il calcolo *in arrears*, per €. **467.524,47;** in relazione al secondo contratto, che ha rinegoziato il precedente, la Banca aveva trattenuto commissioni implicite (pari al differenziale di MTM di stipula del 2° contratto e di estinzione del 1°, ridotto dell'upfront erogato di €. 500.000), per €. **204.837,93** *in advance*, e per €. **322.162,77** *in arrears* (cfr. CTU pag. 53).

Ora, tralasciando qualunque considerazione circa la previsione di importi piuttosto elevati di upfront in entrambi i contratti (pari, nel primo, al 4,13% del nozionale, e, nel secondo, pari al 5,08% del nozionale: cfr. CTU pag. 50), che evoca il considerevole valore negativo del contratto per l'Ente, ma del quale non v'è traccia nel contratto (non è indicato il valore del MTM), va detto, per

Copyright dirittobancario.it

quanto qui interessa, che, a fronte della specifica previsione contenuta nelle condizioni generali che rinviava al contratto la determinazione di commissioni a carico del cliente, i contratti di swap escludevano qualunque importo a titolo di commissioni.

Dunque, sulla base della previsione contrattuale, non potevano essere ricaricati sul Comune costi di commissioni in favore della Banca.

Ogni altra considerazione circa *il diritto dell'istituto di credito alla maturazione di una specifica commissione che remuneri oltre alla attività svolta nell'allestimento del prodotto finanziario anche il rischio insito nelle operazioni in conto proprio* (cfr. CTU pag. 83) è in contrasto con la specifica esclusione, convenuta nel contratto, di porre commissioni a carico dell'Ente.

Ora, la circostanza che la Banca abbia corrisposto, per ciascun contratto, l'upfront non in misura integrale, per come sarebbe stato in considerazione del valore negativo di MTM dei contratti per il Comune, caricando sul cliente il pagamento di commissioni non previste, anzi escluse dai contratti *de quibus*, configura l'ipotesi di pagamenti, da parte del Comune, *ab origine* indebiti, mancando la causa contrattuale giustificativa dei pagamenti stessi (art. 2033 cc).

Al Comune deve, quindi, riconoscersi il diritto alla ripetizione degli importi delle commissioni implicite, oltre al diritto agli interessi, al tasso legale, dal giorno di negoziazione di ciascun contratto al soddisfo, attesa la consapevolezza (che è desumibile *per tabulas)* della Banca circa la non debenza, da parte dell'Ente, del pagamento delle commissioni.

Specificamente, non essendo indicato nei contratti (per come rilevato dal CTU) se il calcolo del MTM (e conseguentemente delle commissioni trattenute dalla Banca) era stato fatto *in advance* ovvero *in arrears*, e non avendo il Comune (onerato della prova) fornito una prova esatta degli importi delle commissioni implicite, le somme che il Comune ha diritto a ripetere sono liquidate considerando gli importi delle commissioni implicite al minimo, per come calcolate dal CTU.

Pertanto, la Banca è condannata alla restituzione, in quanto pagamenti non dovuti dall'Ente, di €. 467.524,47 per il primo contratto ed €. 204.837,93 per il secondo, oltre interessi, al tasso legale, dalla data di negoziazione di ciascun contratto fino al soddisfo.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, restano compensate tra le parti in ragione del 40% in considerazione dell'accoglimento della riconvenzionale del Comune e dell'accoglimento della domanda dell'Ente di ripetizione dei pagamenti indebiti in misura inferiore a quanto richiesto in citazione; la restante parte è posta a carico della Banca, a carico della quale sono poste, altresì, le spese di CTU liquidate nel corso del giudizio.

P.Q.M.

Copyright dirittobancario.it

Il Tribunale di Pescara, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- dichiara cessata la materia del contendere in ordine alle domande dell'attore relative al contratto IRS Purple Collar, nonché in ordine alla domanda riconvenzionale subordinata del Comune;
- condanna la Banca al pagamento, in favore del Comune, per gli indebiti pagamenti trattenuti, di €. 467.524,47 in relazione al contratto IRS I/O 109163, ed €. 204.837,93 in relazione al contratto, oltre interessi, al tasso legale, dal giorno di negoziazione di ciascun contratto fino al soddisfo;
- condanna il Comune di P al pagamento, in favore della convenuta, di €. 222.914,64, oltre interessi di mora, come da contratto, al tasso Euribor 6 mesi dalle singole scadenze al saldo;
- condanna la Banca alla rifusione delle spese di lite in favore del Comune, che liquida per l'intero, salvo la quota da compensare, in € per diritti, per onorario, €. 75,00 per spese, oltre rimborso forfettario, iva e cap come per legge;
- condanna la Banca al pagamento delle spese di CTU liquidate nel corso del giudizio.

Così deciso in Pescara, nella camera di consiglio del Tribunale, 11 giugno 2012.

Il Giudice est.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
(dott.ssa Paola Sc

Depositato in Cancelleria
oggi
IL CANCELLIERE

Il Funzionario Giudiziario
(dott.ssa Paola Sc

Copyright dirittobancario.it