

N. R.G. 2644/2013



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di CHIETI
SEZIONE UNICA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Alberto Iachini Bellisarii
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 2644/2013 promossa da:

Provincia di [redacted], in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Duilio Manella giusta procura a margine dell'atto di citazione ed elettivamente domiciliata in Chieti, via F. Viaggi 7 presso lo studio dell'avv. Germano Belli;

ATTRICE

contro

Banca [redacted] spa, in persona del lrpt, rappresentata e difesa giusta procura a margine della comparsa di risposta dagli [redacted], elettivamente domiciliata in Chieti, viale Amendola 63, presso lo studio dell'avv. [redacted]

CONVENUTA

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per parte attrice:

in merito ai contratti n. 1527241/1527237 del 9 gennaio 2006;

dichiararne radicale nullità, ex art. 1418 e/o ex art. 1322 1343 cod.civ. dei contratti swap e, per quanto di ragione, degli allegati contratti normativi;

in via subordinata annullare i due contratti swap (e i due contratti normativi) per errore essenziale riconoscibile della attrice (e/o se del caso anche ex art. 1430 cod. civ) e/o quanto ex art. 1439 c.c.

in via subordinata, accertata e dichiarata la grave inadempienza della Banca convenuta rispetto agli obblighi a proprio carico, sia ex lege che per fonte contrattuale, dichiarare la risoluzione dei due suddetti, contratti swap e, se del caso, dei suddetti due contratti normativi;

condannare la banca convenuta alla restituzione dei flussi addebitati a carico dell'attore in esecuzione dei due suddetti swap, e quindi rispettivamente al rimborso della somma di euro 656.139,56 in

relazione al 1° swap ed euro 482.527,62 in relazione al 2° swap o di quella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, maggiorandola degli interessi legali dalla data di addebito di ciascun singolo flusso

al saldo, altresì dichiarando non dovuti (e/o ripetibili) gli ulteriori flussi di interesse generati e generandi dai due swap (a decorrere dalla regolazione del 30 giugno 2013) a carico dell'ente e/o ogni

altro eventuale esborso riconducibile alla intervenuta sottoscrizione dei contratti swap;

in ogni caso, ove anche dovessero disattendersi le domane di invalidità e/o risoluzione dei due suddetti contratti 2006, riconosciuta la grave inadempienza della Banca alle proprie obbligazioni, rinvenienti a



N. R.G. 2644/2013



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di CHIETI
SEZIONE UNICA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Alberto Iachini Bellisari
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 2644/2013 promossa da:

Provincia di ~~Chieti~~ in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Duilio Manella giusta procura a margine dell'atto di citazione ed elettivamente domiciliata in Chieti, via F. Viaggi 7 presso lo studio dell'avv. Germano Belli;

ATTRICE

contro

Banca ~~_____~~, in persona del Irpt, rappresentata e difesa giusta procura a margine della comparsa di risposta dagli Avv. ~~_____~~, elettivamente domiciliata in Chieti, viale Amendola 63, presso lo studio dell'avv. ~~_____~~ ~~_____~~;

CONVENUTA

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per parte attrice:

in merito ai contratti n. 1527241/1527237 del 9 gennaio 2006:
dichiararne radicale nullità, ex art. 1418 e/o ex art. 1322 1343 cod.civ. dei contratti swap e, per quanto di ragione, degli allegati contratti normativi;
in via subordinata annullare i due contratti swap (e i due contratti normativi) per errore essenziale riconoscibile della attrice (e/o se del caso anche ex art. 1430 cod. civ) e/o quanto ex art. 1439 c.c. in via subordinata, accertata e dichiarata la grave inadempienza della Banca convenuta rispetto agli obblighi a proprio carico, sia ex lege che per fonte contrattuale, dichiarare la risoluzione dei due suddetti, contratti swap e, se del caso, dei suddetti due contratti normativi;
condannare la banca convenuta alla restituzione dei flussi addebitati a carico dell'attore in esecuzione dei due suddetti swap, e quindi rispettivamente al rimborso della somma di euro 656.139,56 in relazione al 1° swap ed euro 482.527,62 in relazione al 2° swap o di quella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, maggiorandola degli interessi legali dalla data di addebito di ciascun singolo flusso al saldo, altresì dichiarando non dovuti (e/o ripetibili) gli ulteriori flussi di interesse generati e generandi dai due swap (a decorrere dalla regolazione del 30 giugno 2013) a carico dell'ente e/o ogni altro eventuale esborso riconducibile alla intervenuta sottoscrizione dei contratti swap;
in ogni caso, ove anche dovessero disattendersi le domane di invalidità e/o risoluzione dei due suddetti contratti 2006, riconosciuta la grave inadempienza della Banca alle proprie obbligazioni, rinvenienti a

suo carico sia *ex lege* sia contrattualmente, condannarla al risarcimento dei danni subiti dalla Provincia di [redacted], e ciò a titolo di responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale in misura corrispondente ai flussi di interesse già pagati, oltre che di quelli che risulteranno dovuti sino alla naturale estinzione dei contratti (in caso di riconosciuta validità dei derivati); nonché di ogni altro esborso che esso attore dovesse vedersi addebitato per l'intercorsa operatività in derivati;
In relazione ai 5 contratti swap sottoscritti il 21 dicembre 2001, in relazione al contratto swap firmato il 16 luglio 2003 e allo swap firmato il 15 ottobre 2004; nonché (per l'ipotesi in cui dovesse esserne dichiarata la validità) in relazione ai due contratti swap 9 gennaio 2006, condannare la Banca convenuta al rimborso in favore della Provincia di [redacted], a titolo di ripetizione di indebito e/o risarcimento danni e/o ingiusto arricchimento, delle seguenti somme:
per il Purple Collar 102851 del 21.12.01 euro. 323.797,97;
per il Purple Collar 102785 del 21.12.01 euro. 554.944,09;
per il Purple Collar 107991 del 21.12.01 euro. 72.231,99;
per il Purple Collar 107986 del 21.12.01 euro. 44.830,88;
per il Purple Collar 107997 del 21.12.01 euro. 139.481,82;
per l'IRS I/O 148774 del 16.7.03 euro. 301.677,89;
per il Purple Collar 209035 del 15.10.04 euro. 334.760,74;
per lo swap 9.1.06 1527241/1527237 euro 244.185,31
per lo swap 9.1.06 n. 1527232/1527233 euro 114.821,60;
Condannare la convenuta alla refusione delle spese.

Per parte convenuta:

in opposizione alle conclusioni di parte attrice in relazione ai contratti swap 09 gennaio 2006 n. 152741/152737 (bullet) e 1527232/1527233 (amortizing) nonché ai 5 contratti 21 dicembre 2001 ed al contratto IRS I/O 16 luglio 2003:
rigettare l'azione di nullità per difetto di ogni presupposto e condizione di legge;
rigettare l'azione di annullamento non ricorrendo errore essenziale riconoscibile (ex art. 1430 c. c.) né dolo determinante (ex art. 1439 c. c.) nonché per prescrizione a seguito del decorso del termine quinquennale mai interrotto dalla Provincia prima della citazione;
respingere la domanda di risoluzione non sussistendo gravi inadempienze della convenuta banca rispetto alle obbligazioni legali convenzionali a suo carico;
rigettare la domanda di condanna della convenuta [redacted] a restituire alla Provincia di [redacted] i flussi ad essa addebitati mediante rimborso di euro 656.139,56 + euro 482.527,62 non sussistendo gli elementi costitutivi per la ripetizione dell'indebito ed essendo maturata la prescrizione decennale quanto ai contratti del 2001 e del 2003;
in ogni caso rigettare la domanda di condanna di [redacted] al risarcimento dei danni non sussistendo qualsivoglia titolo responsabilità di [redacted] e per intervenuta prescrizione dell'azione risarcitoria (specie quanto alle pretese responsabilità precontrattuali ed extracontrattuali);
in via riconvenzionale
dichiarare valido, efficace e vincolante il contratto Purple Collar n. 209035 del 15 ottobre 2004 (con attuale mtm prossimo allo zero), con accertamento dei flussi positivi di euro 821.939,09 versati da BNL alla Provincia di [redacted] e delle conseguenti obbligazioni dell'ente pubblico a pagare gli eventuali flussi negativi, il tutto fino alla scadenza del 31 dicembre 2020;
dichiarare validi, efficaci e vincolanti il contratto swap Collar floor/cap n. 152741/1527237 - bullet ed il contratto swap Collar n. 1527232/1527233 - amortizing;
dichiarare illegittimo ed illecito il rifiuto della Provincia di [redacted] di pagare i flussi scaduti (per i due swap Collar sottoscritti dall'ente il 09 gennaio 2006) alle date del 30 giugno e 31 dicembre 2013;
e per l'effetto condannare la Provincia di [redacted] a pagare euro 643.428,19 (per i flussi scaduti per i due swap Collar sottoscritti dall'ente il 09 gennaio 2006 alle date del 30 giugno e 31 dicembre 2013) più

euro 191.202,37 ed euro 113.480,03 per la scadenza 30 giugno 2014 nonché tutti gli eventuali flussi negativi con scadenze semestrali successive fino ai termini finali del 31 dicembre 2023 (bullet) e del 31 dicembre 2024 (amortizing) oltre interessi moratori o in subordine legali dalle scadenze al saldo; per le stesse ragioni condannare la Provincia di [REDACTED] a pagare gli eventuali flussi negativi alle scadenze 30 giugno 2014 e 31 dicembre 2014 e quelle successive fino al termine finale 29 dicembre 2023 oltre interessi moratori o in subordine legali dalle scadenze al saldo;

in via subordinata:

nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande avversarie e segnatamente di nullità, di annullamento o risoluzione, condannare la Provincia di [REDACTED] a restituire comunque gli up front e tutti i flussi attivi incassati dalla parte attrice (compresi euro 741.543,84 per i cinque Purple Collar ed euro 821.939,09 per il Purple Collar 15 ottobre 2004) in relazione ai contratti in derivati oggetto di causa con interessi moratori o in subordine al tasso legale dalla data di percezione al saldo; in ogni caso si chiede di voler compensare l'eventuale credito della Provincia con i crediti maturati dalla Banca verso quest'ultima a titolo di upfront, differenziali ed ad ogni altro titolo; condanna della Provincia di [REDACTED] alla rivalsa degli onorari, diritti e spese più accessori a favore di BNL secondo il principio di soccombenza ex art. 91 cpc.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato la provincia di [REDACTED] conveniva in giudizio la Banca [REDACTED] al fine che fosse dichiarata la nullità dei contratti swap stipulati tra le parti, annullati o comunque risolti.

L'attrice in particolare evidenziava che:

la Provincia di [REDACTED], nel corso dell'anno 2001, procedeva alla sottoscrizione di n. 5 contratti swap denominati "Purple Collar" al fine di effettuare una ristrutturazione dei debiti al tempo in essere; nel luglio 2013, su suggerimento di [REDACTED], si procedeva ad una ristrutturazione mediante chiusura anticipata, dei 5 contratti stipulati nel 2001, e sostituzione con un nuovo ed unico derivato; sempre su suggerimento di [REDACTED], nel corso del 2004 anche il derivato sottoscritto l'anno prima veniva chiuso. Contestualmente veniva aperto un nuovo contratto di swap; successivamente, nel dicembre 2003 e nel dicembre 2004 effettuava due emissioni di BOP (Buoni Obbligazionari Provinciali) a tasso variabile con pagamenti semestrali; nel dicembre 2005, a copertura del rischio di oscillazione del tasso variabile dei suddetti BOP, la Provincia di Chieti accettò la proposta congiunta di [REDACTED] e [REDACTED] di sottoscrivere due contratti swap con nozionale corrispondente a quello dei BOP, e pertanto, sottoscritti, in data 09.01.2006, due contratti swap del tipo c.d. Collar per ciascuna banca, di , a copertura dei due prestiti obbligazionari sopra descritti, di cui due (uno per ciascuna Banca con identico nozionale pari al 50% del debito sottostante) "amortizing", con capitale in ammortamento e, gli altri due (sempre uno per ciascuna banca ed identico nozionale sempre pari al 50% del debito sottostante), "bullet", ossia con capitale fisso; i due contratti Collar Swap venivano sottoscritti dall'attrice nella convinzione che fossero strutturati in termini di parità (contratti par); nel corso dell'anno 2013, l'Ente procedeva, attraverso una società di consulenza, alla revisione della congruità dei contratti swap stipulati ed alla loro verifica dei contratti; la società incaricata procedeva, così, alla ricostruzione del mark to market dei contratti swap rilevando che, già al momento di perfezionamento dei singoli contratti, gli stessi presentavano un Mark to Market negativo a svantaggio dell'Ente; in difetto di corresponsione di equivalenti up-front, tali MtM negativi implicavano l'addebito di commissioni occulte a vantaggio dell'istituto di credito ed a svantaggio dell'Ente;

alla data di introduzione del giudizio i derivati in questione avevano generato flussi negativi per complessivi euro 1.771.725,38;

l'addebito di commissioni occulte contravveniva all'art. 4 del contratto normativo nel quale veniva sancito l'impegno della banca alla rilevazione ed alla comunicazione degli importi dovuti in forza dei contratti conclusi, nonché all'allegato A delle schede contrattuali dove la Banca alla voce commissioni aveva indicato "===";

gli stessi sono stati stipulati in violazione dell'art. 3 del D.M. 389/03 così come interpretato al punto 3 della circolare MEF 101118 del 27.05.2004, la quale prevede che la vendita dell'opzione floor da parte dell'Ente sia ammessa nei limiti necessari a finanziare l'acquisto del cap;

inoltre, ciò determinava la violazione degli obblighi informativi, di chiarezza e di trasparenza imposti dall'art. 21 del T.U.F.;

pertanto i contratti devono ritenersi nulli per contrasto con la normativa imperativa in materia di contenimento dell'indebitamento degli Enti Pubblici o, in via gradata, risolti per grave inadempienza della Banca

l'istituto di credito ha operato in condizioni di conflitto d'interesse non dichiarato, così come disciplinato all'art. 27 del Reg. Consob 11522/98;

la stipula dei contratti in questione veniva preceduta da una dichiarazione di "operatore qualificato" non veritiera;

sussisteva comunque il diritto alla ripetizione delle commissioni pagate per tutti i contratti swap.

Si costituiva la Banca [REDACTED]. la quale replicava diffusamente, punto per punto, eccependo l'infondatezza delle domande della attrice e quanto alla domanda di ripetizione delle commissioni implicite, in particolare e fra le altre, contestando la teorica degli swap par e deducendo con il supporto della giurisprudenza richiamata che nei mercati vengono conclusi solo swap non par, per l'ineludibile diritto / necessità degli intermediari di inserire i margini di remunerazione della propria attività. Dovendosi distinguere i margini dalle commissioni ed avendo la Banca nei contratti rinunciato alle sole commissioni.

In ogni caso eccepiva la prescrizione di tutti i crediti restitutori domandati dalla Banca (salvo che per gli swap 2006) per decorso dell'ordinario termine decennale.

Espletata consulenza tecnica d'ufficio, il Giudice rinviava all'udienza del 14.09.2016, per la precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 14.09.2016 venivano assegnati i termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica. Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

La domanda attrice merita accoglimento per quanto e nei limiti che seguono.

L'attrice ha dedotto in giudizio la nullità o in subordine la risoluzione dei due contratti swap 9.1.2006 con ogni conseguente statuizione, richiedendo invece in ordine agli altri precedenti contratti swap il solo rimborso delle commissioni implicite.

Verranno dapprima esaminate le questioni inerenti i due swap 2006.

Gli IRS (Interest Rate Swap), ovvero swap su tassi di interesse, sono contratti in cui le parti si scambiano pagamenti periodici di interessi calcolati, su una somma di denaro (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.

Lo swap è par quando il suo valore al momento della sottoscrizione è nullo, quando cioè la somma algebrica attualizzata dei flussi positivi e negativi, rivenienti dal derivato, e del valore delle opzioni è pari a zero (v. l'allegato 3 al Regolamento Consob).

Qualora invece i valori degli swaps siano squilibrati fin dalla sottoscrizione del contratto, ossia qualora presentino un valore di mercato negativo per una delle parti, sono definiti non par.

In tal caso l'equilibrio finanziario delle condizioni di partenza potrà / dovrà essere ristabilito attraverso il pagamento di una somma di denaro da versare da parte del contraente favorito nei confronti del contraente sfavorito: premio definito in gergo finanziario up front.

Si definisce collar swap quel contratto che permette al cliente di fissare un tetto (cap) al rialzo del tasso variabile ma, allo stesso tempo, prevede la rinuncia ai benefici ottenibili da un eventuale movimento a ribasso oltre un livello soglia predefinito (tasso floor).

Il ricorso agli IRS, da parte dei Comuni, è stato previsto dall'art. 41 L. 448/2001 al fine di mantenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica, ovvero per consentire agli Enti territoriali di alleggerire gli oneri finanziari derivanti da mutui stipulati a tasso fisso; ed è stato regolamentato dal DM 389/03.

E' pacifico che la Provincia [redacted] ha sottoscritto in data 9 gennaio 2006 identici contratti swap con [redacted] ed [redacted] (è irrilevante stabilire se su iniziativa dell'Ente o sollecitazione delle due Banche), che hanno dato origine a due controversie: una con [redacted] dinanzi al Tribunale di Milano e l'altra con [redacted] ora in decisione.

Il Tribunale di Milano, con sentenza 6001/2016 su cui entrambe le parti si sono soffermate in conclusionale, ha accolto la domanda della Provincia ritenendo nulli i derivati 2006 per le ragioni esposte in motivazione: sentenza che però assume rilievo solo relativo non conoscendo questo Tribunale (né potendo indagare) fatti e contratti alla base di quel giudizio.

Il CTU nominato da questo Giudice dott. Di Battista ha accertato che i due contratti swap alla data di loro sottoscrizione avevano un valore negativo per la Provincia rispettivamente per euro 265.305,42 ed euro 129.654,58: valori che peraltro corrispondono (differiscono per qualche centinaio di euro) a quelli accertati dal Tribunale di Milano nella causa di cui si è detto. E che dunque devono ritenersi corretti, tanto più che – per quanto ora interessa – la Banca non ha negato il valore negativo dei due derivati, ma solo assunto un valore negativo parzialmente inferiore.

Ha anche chiarito il CTU che il valore negativo corrisponde alla differenza di valore fra le due opzioni scambiate fra le parti e su cui sono costruiti i due collar: la floor che viene di fatto venduta dal cliente alla banca e il cap che viene venduto invece dalla Banca e dunque quale maggior valore del cap rispetto alla floor.

Conclusione in sostanza avallata dalla Banca (sia pure per valori inferiori).

Dalle schede contrattuali emerge invece che la Banca dichiarò in ciascun contratto il valore (premio) equivalente delle due opzioni scambiate: nel primo dichiarate di € 600.000 ognuna e nell'altro di € 260.000 ognuna. Equivalenza, per quanto rilevato, non corrispondente alla realtà.

Poiché l'art. 41 L. 448/01 ha consentito agli Enti Locali la sottoscrizione dei soli strumenti derivati nei soli limiti previsti da un emanando Regolamento e cioè il Regolamento 389/2003, deve concludersi che sono nulli i contratti derivati non conformi alle prescrizioni del Regolamento, perché contrari a norme imperative siccome a tutela della finanza pubblica (v. in tal senso Trib. Milano 11658/2016).

Ritiene questo Giudice, in adesione alla sentenza da ultimo citata (e d'altra parte in ossequio a principi di diligente amministrazione), che la vendita di una opzione floor sia legittima nei rigorosi limiti in cui serve a finanziare l'acquisto di una opzione cap: dunque non è conforme al collar, quale previsto dall'art. 3 co.2 lett. d), d.m. 389/2003, il contratto nel quale il valore dell'opzione ceduta dall'Ente sia di valore superiore a quella ricevuta dall'Intermediario.

Ciò non solo perché in tal senso appare deporre anche la Circolare MEF 27/5/2004, ma anche perché la vendita da parte di una P.A. di una opzione per l'acquisto di una altra opzione di valore inferiore è irragionevole e comunque preclusa dai principi di ordine generale di tutela del patrimonio pubblico e dunque con l'operare stesso di un Ente Locale. D'altra parte, ragionando diversamente, si porrebbe il tema di stabilire qual è la differenza di valore fra le due opzioni lecita o tollerabile o (come ancora condivisibilmente rilevato da Trib. Milano 11658/2016) si dovrebbe giungere all'assurdo di ritenere legittimo ogni e qualsiasi collar swap in cui vi sia il contestuale scambio di floor e cap, qualunque sia il valore delle opzioni scambiate.

Ferma l'assorbimento del rilievo, pur tuttavia la rilevanza della vicenda impone di soffermarsi su quanto diffusamente e pur suggestivamente sostenuto dalla difesa della convenuta ed in particolare sulla necessità e comunque ragionevolezza dei c.d. swap non par.

Assume, infatti, la Banca che in realtà il margine trova ragione nel diritto / dovere di remunerare la propria attività, tanto che non esisterebbero nella prassi finanziaria swap par, che la Banca confina a mere ipotesi scolastiche.

Senonché, ritiene questo Giudice che nel caso in esame il dibattito fra swap par /non par (sul quale le parti si sono diffusamente confrontate) resta marginale. Assume invece rilievo la dichiarata (ma in realtà non vera) equivalenza dei valori delle opzioni scambiate: disvalore che, essendo la Provincia all'oscuro della differenti quotazioni di floor e cap, non può dirsi accettato.

In realtà la conclusione emerge proprio dando corso alle deduzioni della convenuta sul punto: deduce infatti questa che il margine non sarebbe in realtà neanche espresso da un valore pecuniario, ma (tirando le fila dei suoi ragionamenti) si risolve in una alterazione delle alee assunte dalle parti e quindi in una maggiore aleatorietà del contratto per il Cliente (rispetto alla Banca) o in una deteriore posizione di partenza del Cliente al momento della firma del contratto: posizione di rischio peraltro suscettibile in corso di contratto di evoluzione in base all'andamento dei mercati finanziari

Ma proprio ponendosi in quest'ottica, se è certamente legittima la pretesa bancaria di remunerare la propria attività, nel caso di specie si ha una remunerazione non esplicitata alla controparte e per di più tramite, non una *fee*, (una partita monetaria), ma un surplus di alea a carico del cliente (e quindi derogando al criterio dell'equilibrio iniziale). Ma se è vero ciò, deve allora senz'altro convenirsi con quanto ritenuto da Trib. Milano 6001/2016 (e cioè nella causa gemella) per cui la consapevole adesione dell'Ente ad un siffatto schema contrattuale (la deviazione dallo schema ideale mediante spostamento delle alee per marginare l'attività bancaria) assume rilievo di elemento essenziale del contratto.

Al difetto di consenso negoziale consegue ugualmente la nullità dei due contratti swap in esame ex art. 1418 c.c.

Né a diverse conclusioni conduce il vivace dibattito fra le parti sulle comunicazioni Consob in materia: eccipisce infatti la convenuta che solo nel 2009 la Consob ha imposto agli intermediari la comunicazione del mark to market dei derivati al momento della loro sottoscrizione e replica la difesa attrice che in realtà già dalle comunicazioni Consob del 1999 sarebbe stato possibile enucleare una opposta raccomandazione. Le comunicazioni o raccomandazioni della Consob possono assumere rilievo nella misura in cui implementano il dettato normativo, che resta ovviamente la fonte primaria delle regole comportamentali a carico delle parti.

L'art. 21 della legge n. 58/1998, lì dove alla lett. a) del 1° comma prescrive l'obbligo degli intermediari di "servire al meglio gli interessi dei clienti", non lascia margini di discrezionalità: non può infatti dirsi conforme alla prescrizione normativa la sottoscrizione di un contratto con una aleatorietà maggiore, ove non ratificata consapevolmente dal cliente. Il che ci porta alla violazione del precetto di cui alla lett. b) della medesima norma, che appunto prescrive l'obbligo di adeguata informativa del cliente (ugualmente mancante nel caso di specie).

Violazioni quelle dell'art. 21 L. 58/1998 che comunque legittimerebbero l'accoglimento della domanda di risoluzione contrattuale (Trib. Milano 13 settembre 2016 n. 10049, sempre in materia di derivati), che l'attrice ha pure proposto, sia pure in via di subordine.

Nel caso di specie il diritto alla remunerazione bancaria è altresì escluso dalle stesse clausole contrattuali volute dalle parti in tutti i contratti swap dedotti in giudizio.

Questione sulla quale la convenuta si difende sostenendo la distinzione fra commissioni e margini: di aver quindi rinunciato alle commissioni che rappresentano la remunerazione per la attività di intermediazione, e di aver invece inserito negli swap i margini (che rappresentano la remunerazione tipica delle attività in cui la Banca è controparte del cliente).

La questione (come segnalato dalla attrice) appare in effetti già affrontata in senso sfavorevole alla Banca da Tribunale Pescara n. 1241/12 e Tribunale Roma 25.11.15, le cui conclusioni si ritengono senz'altro condivisibili.

Infatti in ogni "*contratto per operazioni su strumenti finanziari derivati interest rate swap*" di evidente predisposizione bancaria e comunque firmato dalle parti, l'art. 4 prevede che sarà la Banca a calcolare tutti gli importi dovuti ai sensi del contratto ed a comunicarli al Cliente: già in questi termini appare difficile sostenere che fra questi non siano compresi i costi di struttura (che invece la convenuta ha ritenuto impliciti e non ha comunicato al cliente).

In ogni caso all'art. 5, ultimo capoverso, si prevede che il Cliente corrisponderà alla Banca le commissioni indicate nell'allegato A: quel documento che nel fissare tutti i parametri dello swap, alla voce commissioni esclude qualsiasi importo.

Come rilevato anche dalle citate sentenze di Pescara e Roma, a fronte della espressa esclusione di compensi per commissioni, non possono ritenersi dovuti margini dei quali non vi è cenno alcuna nei documenti contrattuali.

In altri termini, i contratti sottoscritti fra le parti hanno previsto e regolato le commissioni, termine che (proprio applicando i principi ermeneutici dettati dal codice civile) deve essere inteso come riferimento alla remunerazione bancaria, non avendo i contratti previsto alcuna distinzione fra commissioni e margini (ammesso che possa effettivamente attribuirsi ai due termini una distinta rilevanza giuridica). La libera pattuizione fra le parti priva di rilievo quanto eccepito dalla Banca circa la inderogabilità della emarginazione nell'attività bancaria: questo Giudice non può che attenersi agli accordi economici liberamente e consapevolmente sottoscritti dalle parti. Semmai la violazione di diverse prescrizioni potrà dare corso a rilievi nei confronti di coloro che hanno rappresentato la Banca, ma giammai verso la controparte contrattuale.

Così come appare serio e condiviso il rilievo per cui l'art. 23 del TUF preclude la legittimità del rinvio agli usi per la determinazione della remunerazione bancaria (v. la Trib Roma sopra citata o Corte App. Milano n. 3549/13): infatti il riferimento che la Banca compie alla prassi internazionale di marginazione implicita dei contratti swap altro non è che un richiamo agli usi. Rinvio che la norma in esame sanziona con la nullità del corrispettivo, in caso di rilievo del cliente: rilievo che la Provincia ha ritualmente proposto in giudizio.

Dunque, quanto alla domanda di rimborso delle commissioni implicite (o margini) pure proposta dalla Provincia di [REDACTED], come condivisibilmente rilevato da Trib. Pescara 1241/12, la Banca non ha proceduto al dovuto ripristino della parità iniziale dei contratti mediante erogazione di up front, nella misura in cui ha trattenuto detto premio (altrimenti dovuto) per remunerare la propria attività. Poiché, però, la remunerazione per quanto sopra era contrattualmente esclusa (oltre che contraria dall'art. 23 TUF), ne discende l'obbligo della Banca di corrisponderla al cliente.

Ha altresì eccepito la convenuta, con comparsa di costituzione depositata tempestivamente, la estinzione dell'obbligazione restitutoria per decorso del termine ordinario di prescrizione decennale: eccezione resistita dalla attrice.

Per quanto sopra esposto, l'obbligo di versamento (e il correlativo diritto di percezione) è sorto contestualmente alla sottoscrizione dei contratti ed è dunque a quella data che occorre far riferimento per il calcolo della decorrenza dei termini di prescrizione, non potendo non porsi a carico del creditore la propria inerzia.

La Provincia ha interrotto la prescrizione per la prima volta con il reclamo 11.6.2013: dunque dovrà ritenersi prescritto ogni credito antecedente il 11.6.2003.

Deve pertanto essere riconosciuto il diritto della attrice al rimborso delle commissioni sui contratti swap sottoscritti in data 16.7.2003 e 15.10.2004; con esclusione invece di quelle relative ai contratti 2006 siccome ritenuti radicalmente nulli.

Il tutto secondo le quantificazioni operate dal CTU come da conteggi analiticamente descritti in perizia.

All'accoglimento della domanda di nullità dei due contratti 9.1.2006, consegue l'obbligo della Banca di restituire il saldo dei flussi corrisposti dalla Provincia di [REDACTED], come accertati in giudizio ed il rigetto della domanda riconvenzionale di adempimento proposta dalla Banca.

Dichiara assorbita ogni altra questione controversa fra le parti.

Le spese seguono la soccombenza liquidate come sotto in base al valore del decisum.

PQM

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa così provvede:

in accoglimento della domanda proposta dalla Provincia [REDACTED] nei confronti di Banca [REDACTED] spa. dichiara la nullità dei due contratti collar swap sottoscritti in data 9.1.2006 e per l'effetto condanna la convenuta a restituire all'attrice le somme di euro 656.139,56 in ordine al 1° contratto swap ed euro 482.527,62 in ordine al 2° swap, oltre agli interessi legali dalla data della domanda al saldo;

rigetta la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta;

condanna altresì la Banca [REDACTED] spa. al rimborso in favore della Provincia di Chieti, degli indebiti trattenuti in relazione al contratto swap sottoscritto in data 16.7.2003 in ragione di € 600.264,60 ed in relazione al contratto swap sottoscritto il 15.10.2004 in ragione di euro 289.781,50; il tutto con gli interessi legali dalla data della domanda al saldo;

dichiara estinto per prescrizione ogni credito antecedente il 11.6.2003;

condanna la convenuta a rimborsare alla attrice le spese di giudizio, che liquida in complessivi euro [REDACTED] di cui euro 1.481,00 per esborsi, oltre spese forfettarie ed oneri di legge.

pone definitivamente a carico della convenuta le spese di CTU come già liquidate in corso di giudizio.

Chieti, 28.12.2016

Il GU Alberto Iachini Bellisarii.

IL CASO.it

All'accoglimento della domanda di nullità dei due contratti 9.1.2006, consegue l'obbligo della Banca di restituire il saldo dei flussi corrisposti dalla Provincia di [redacted], come accertati in giudizio ed il rigetto della domanda riconvenzionale di adempimento proposta dalla Banca.

Dichiara assorbita ogni altra questione controversa fra le parti.

Le spese seguono la soccombenza liquidate come sotto in base al valore del decisum.

PQM

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa così provvede:

in accoglimento della domanda proposta dalla Provincia di [redacted] nei confronti di Banca [redacted] [redacted] pa. dichiara la nullità dei due contratti collar swap sottoscritti in data 9.1.2006 e per l'effetto condanna la convenuta a restituire all'attrice le somme di euro 656.139,56 in ordine al 1° contratto swap ed euro 482.527,62 in ordine al 2° swap, oltre agli interessi legali dalla data della domanda al saldo;

rigetta la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta;

condanna altresì la Banca [redacted] pa. al rimborso in favore della Provincia di Chieti, degli indebiti trattenuti in relazione al contratto swap sottoscritto in data 16.7.2003 in ragione di € 600.264,60 ed in relazione al contratto swap sottoscritto il 15.10.2004 in ragione di euro 289.781,50; il tutto con gli interessi legali dalla data della domanda al saldo;

dichiara estinto per prescrizione ogni credito antecedente il 11.6.2003;

condanna la convenuta a rimborsare alla attrice le spese di giudizio, che liquida in complessivi euro [redacted] di cui euro 1.481,00 per esborsi, oltre spese forfetarie ed oneri di legge.

pone definitivamente a carico della convenuta le spese di CTU come già liquidate in corso di giudizio.

Chieti, 28.12.2016

Il GU Alberto Iachini Bellisarii.

IL CASO.it

