

900/2012

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Perugia, II Sezione Civile, in composizione collegiale, composto dai
Sigg. Magistrati:

DOTT. UMBERTO RANA

Presidente

Cronologico n. 4665

DOTT.SSA FRANCESCA ALTRUI

Giudice

Repertorio n. 1672

DOTT.SSA ARIANNA DE MARTINO

Giudice est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 3718/2009 R.G.

TRA

COMUNE DI

in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso

giusta mandato a margine dell'atto introduttivo dall'Avv. David Giuseppe Apolloni ed
elettivamente domiciliato presso il suo studio in Perugia, Via XIV Settembre 71,

ATTORE

E

in persona del legale rappresentante
pro-tempore, rappresentata e difesa giusta procura speciale autenticata dal Notaio

del dal Prof. dal Prof. Avv.

e dall'Avv. d elettivamente domiciliata presso

CONVENUTA

avente ad oggetto: declaratoria di nullità o risoluzione di operazioni di investimento e
condanna al risarcimento del danno;

sulle seguenti conclusioni:

come da fogli separati che si allegano

AVVISO TELEMATICO

IL 28.6.12

Avv. D.G. Apolloni
A. Corzine

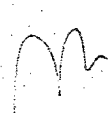
TRIBUNALE DI PERUGIA
CANTIERE DI RISTRUTTURAZIONE
CANTIERE DI RISTRUTTURAZIONE
CANTIERE DI RISTRUTTURAZIONE

m

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Il Comune di _____, premesso che con delibera n. 53 del 20/6/2005 aveva deliberato la rinegoziazione di alcuni mutui contratti con la Cassa Depositi e Prestiti e dato mandato di verificare la convenienza di un'eventuale estinzione anticipata dei suddetti mutui; che con determinazione dirigenziale n. 10 del 17/10/2005 si decideva di individuare un advisor per svolgere un'attività di assistenza e consulenza per la definizione di strategie ottimali nella ristrutturazione del debito e nella gestione attiva della liquidità del comune; che era seguita la pubblicazione di un bando di gara per l'individuazione di tale advisor e che era risultata aggiudicataria la _____ che nel gennaio 2006 il responsabile del servizio finanziario dell'ente sottoscriveva due contratti per operazioni su strumenti finanziari derivati interest rate swap; che nel 2008, ritenute non giustificate le richieste economiche della banca ed alla luce delle notizie di stampa sulle problematiche dei derivati degli enti locali, il Comune aveva chiesto delle delucidazioni ed infine si era determinato ad assumere iniziative a propria tutela; che la

era venuta meno al suo ruolo di advisor, ovvero di consulente, perseguendo solo il proprio interesse, offrendo un prodotto che non aveva alcuna funzione di copertura e quindi inadatto alle esigenze del cliente; che i derivati offerti non erano conformi alla formula plain vanilla e dunque neppure rispondenti ai dettami della circolare esplicativa del MEF del 27/5/2004; che i contratti conclusi erano nulli per mancanza di causa, essendo inidonei ad abbassare il costo dell'indebitamento, nonché per violazione del TUF, per omessa indicazione della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 30 del TUF, per violazione dell'art. 8 del reg. consob 11678/1998 (operazioni eseguite fuori dei mercati regolamentati), per mancanza del contratto quadro; che la Banca aveva compiuto ulteriori violazioni della normativa di settore, non consegnando il documento generale sui rischi degli investimenti, non rilevando la propensione al rischio del cliente ed offerto uno strumento inadeguato; che inoltre l'advisor aveva proposto contratti da lei stessa creati, con palese conflitto di interessi che non era stato evidenziato



all'investitore; che, nonostante la sottoscrizione di dichiarazione ai sensi dell'art. 31 reg. CONSOB 11522/98 il Comune non apparteneva alla categoria degli operatori qualificati, come dimostra il fatto stesso che aveva bandito una gara per avvalersi di un advisor che fornisse attività di assistenza e consulenza; che il comportamento della banca aveva arrecato grave danno al Comune. Chiedeva pertanto di accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia e/o annullamento e/o risoluzione dei contratti derivati in oggetto per tutti i motivi ampiamente dedotti in atti e la responsabilità precontrattuale o contrattuale o extracontrattuale di rispetto al mandato di advisor e rispetto alle operazioni poste in essere, con condanna al risarcimento del danno da determinarsi anche in via equitativa e con riferimento ai differenziali attesi, con condanna alle spese e distrazione.

Si costituiva la Banca convenuta, deducendo che tutte le proposte erano state elaborate dopo aver discusso il contenuto delle operazioni con gli incaricati del Comune, operatori qualificati sia per la loro qualifica ed esperienza che per l'importanza e la ricchezza del Comune stesso; che i contratti erano stati stipulati nel gennaio 2006; che l'anno successivo a causa dell'aumento dei tassi la banca aveva chiesto un incontro con il Comune al fine di ristrutturare le operazioni in essere; che dopo alcuni contatti tra le parti il Comune aveva dichiarato che non intendeva perfezionare alcuna operazione e dal 9/9/2008 aveva sospeso i pagamenti dei differenziali; che il contratto di swap è per sua natura aleatorio; che lo stesso bando di gara del Comune pretendeva che l'advisor già in sede di gara elaborasse proposte di prodotti utili e non configurava detto advisor come soggetto terzo; contestava le deduzioni tecniche contenute nella perizia prodotta da parte attrice; contestava le avverse domande rilevandone l'infondatezza o comunque l'inapplicabilità di molte norme, anche alla luce della dichiarazione resa di appartenere alla categoria degli operatori qualificati. Chiedeva pertanto il rigetto di tutte le domande avversarie in quanto infondate in fatto e diritto e in via riconvenzionale subordinata la



restituzione di tutti i flussi attivi incassati dal comune in relazione ai contratti per cui è causa, ed in via ulteriormente subordinata l'applicazione della compensazione.

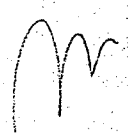
Ciò premesso, in accoglimento dell'eccezione di parte attrice vanno dichiarate inammissibili ex art. 13 d lgs 5/03 le produzioni documentali effettuate dalla convenuta mediante deposito in cancelleria in data 11/1/2009 in quanto avvenute oltre il termine di venti giorni fissato dall'attore, ai sensi dell'art. 7. La memoria di replica infatti è stata notificata nei termini, ma il deposito è avvenuto successivamente. Al contrario il doc. 38 prodotto dall'ente attore in uno alla memoria ex art. 7 del 4/1/2010 non risulta tardivamente prodotto, in quanto esso non era stato ancora formato all'epoca di notifica della precedente memoria 13/11/09, ricorrendo pertanto i presupposti per una rimessione in termini.

Ciò premesso, la controversia può essere decisa allo stato degli atti, senza necessità di esperire istruttoria, risultando assorbente, rispetto ai numerosi dedotti profili di inadempimento, la questione della nullità dei contratti di IRS per mancanza del contratto quadro ai sensi dell'art. 23 tuf.

Parte attrice ha infatti argomentato che l'intermediario non ha mai stipulato con il Comune il cosiddetto contratto quadro per la negoziazione, ricezione e trasferimento di ordini in strumenti finanziari disciplinato dagli artt. 23 tuf e 30 reg consob 11522/98.

La doglianza appare fondata: invero la banca ha prodotto – peraltro tardivamente - copia dei due contratti di interest rate swap stipulati per iscritto, ma non del contratto normativo contenente le prescrizioni di cui al richiamato art. 30, che deve necessariamente precedere la stipula dei singoli investimenti. Sia il D. Lgs. 58/98, che il successivo Regolamento emesso dalla Consob n.11522/98 hanno delineato le caratteristiche di tale contratto che “deve:

- a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche;
- b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso;



- c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni;*
- d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta;*
- e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e warrant;*
- f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio".*

Nel caso di specie non risulta che le singole operazioni siano state precedute dalla stipula del contratto quadro e quindi, per derivato, ne discende la nullità dei singoli atti (si veda, in termini, Trib Modena, sent. 758 del 5/5/2010).

Sebbene la carenza appena segnalata abbia già portata decisiva si ritiene opportuno, per dovere di completezza, evidenziare come risulti fondato un ulteriore profilo di nullità dei contratti siglati dal Comune, ovvero quello derivante dalla mancata indicazione della facoltà di recesso ex art. 30 TUF.

Tale norma prescrive che in caso di offerta fuori sede – cioè di promozione e il collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari o di servizi e attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio o l'attività - l'efficacia dei contratti è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore. Ai sensi del settimo comma del citato articolo l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente. La disciplina non si applica però ai clienti professionali quali individuati ai sensi dell'articolo 6,



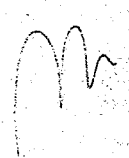
commi 2-quinquies e 2-sexies e del nuovo regolamento 16190/07, che ha sostituito il n. 15522/98.

Anche nella vigenza del precedente regolamento, comunque, era prevista l'inoperatività di alcune norme di tutela dell'investitore, tra cui quello del diritto al "ripensamento" in caso di offerta fuori sede, in caso di applicazione dello status di operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob 11522/98.

Questione fondamentale ai fini del decidere è dunque stabilire se l'Ente istante fosse o meno un operatore qualificato.

In base al citato art. 31 *"Per operatori qualificati si intendono gli intermediari autorizzati ... nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante"*. I contratti di interest swap prodotti in atti sub 8 e 9 fascicolo attore contengono, alla clausola 16, una dichiarazione in tal senso sottoscritta dal

Circa la valenza di tale autoreferenziale attestazione la Corte di Cassazione, Sez. I Civile 26 maggio 2009, n. 12138 ha affermato che l'art. 13 del regolamento di cui alla delibera Consob 2 luglio 1991, n. 5387- diretto antecedente del citato articolo 31 -, secondo il quale è classificabile come operatore qualificato anche «ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto», esonera l'intermediario dal verificare l'effettiva esperienza dichiarata nel senso che, in mancanza di elementi contrari già in suo possesso, la semplice dichiarazione in questione, pur non costituendo dichiarazione confessoria in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non alla affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo, esonera l'intermediario dal porre in essere ulteriori verifiche sul punto, a meno che dalla documentazione già in suo possesso non sia di per sé desumibile una

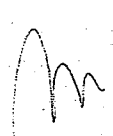


discrepanza tra contenuto della dichiarazione e realtà effettiva. Tale dichiarazione, inoltre, in difetto di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata e di ulteriori riscontri, può costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti - può porre a fondamento della propria decisione anche come unica fonte di prova per quanto riguarda la sussistenza in capo all'investitore della sua natura di operatore qualificato e la diligenza prestata dall'intermediario.

Più di recente, si è condivisibilmente affermato che l'investitore, per sottrarsi alle conseguenze della dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 31, reg. Consob n. 11522 del 1998, deve allegare e provare che l'intermediario sapeva o doveva sapere di entrare in contatto con un ente privo della conoscenza necessaria per essere considerato operatore qualificato (Tribunale Lecce 09 maggio 2011).

Alla luce dei principi sopra esposti occorre *in primis* considerare che nel caso in esame aveva partecipato e vinto una gara indetta dal medesimo Ente locale, diretta all'individuazione di un advisor, ovvero di un soggetto che avrebbe dovuto svolgere un'attività di consulenza ed assistenza in favore del Comune proprio nel settore oggetto del contratto successivamente stipulato *inter partes*.

L'intermediario dunque non poteva non essere consapevole che il Comune non possedeva quella competenza ed esperienza richieste dalla normativa, o comunque le possedeva solo tramite l'ausilio e l'assistenza del soggetto stesso che aveva raccolto la dichiarazione, che in quella sede rappresentava la controparte contrattuale del Comune stesso; è evidente pertanto che all'epoca in cui il funzionario rese la dichiarazione era agevolmente conoscibile, da parte dell'intermediario, in base ad elementi oggettivi di riscontro in suo possesso - quali, per l'appunto, la necessità per l'ente di avvalersi di un advisor per la definizione di strategie ottimali per la ristrutturazione del debito, la mancata precedente stipula di contratti del medesimo tipo, o comunque di investimenti



a carattere speculativo - che il cliente cui si trovava di fronte era tutt'altro che soggetto munito di competenza ed esperienza in materia finanziaria e dunque non si trattava di un operatore qualificato.

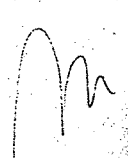
Si aggiunga che, ai sensi del nuovo regolamento Consob 16190/07, art. 113, dalla data della sua entrata in vigore (2.11.2007) coloro che in precedenza erano classificati come operatori qualificati avrebbero dovuto essere riclassificati in base alla nuova disciplina in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, non oltre il 30 giugno 2008; le dichiarazioni rese in precedenza hanno quindi perso di valore, dovendo la banca, in assenza dei parametri e requisiti dimensionali previsti dal nuovo regolamento, trattare i soggetti che avevano reso la dichiarazione come clienti al dettaglio, con conseguente pienezza di tutela (cfr. Trib. Ancona 10.3.2011, su ilcaso.it).

Ne consegue che, valorizzando anche tale aspetto, il contratto, stipulato presso la sede comunale, avrebbe dovuto prevedere la facoltà di recesso entro sette giorni.

Va dunque accolta la domanda di nullità delle operazioni di IRS per i due profili evidenziati, e vanno assunte le opportune statuizioni restitutorie. Il Comune ha diritto a vedersi restituire le somme versate, detratte le utilità *medio tempore* percepite.

Il totale può essere determinato – in assenza di contestazione specifica sul punto – sulla scorta della tabella contenuta nella memoria conclusionale della convenuta del 20/1/2012 e dunque in misura pari ad euro , cui vanno aggiunti gli interessi legali dal 1.1.2012 (essendo il calcolo operato con riferimento alla data del 31/12/2011).

Le spese legali seguono la soccombenza e si liquidano d'ufficio, in assenza di specifica, come da dispositivo che segue. Non vi è spazio per una condanna della convenuta per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 terzo comma c.p.c. per insussistenza dell'elemento soggettivo e per mancata prova della concreta ed effettiva esistenza di un danno, non ristorabile attraverso la condanna alla rifusione delle spese di lite, conseguente al comportamento processuale della controparte.



P.Q.M.

Il Tribunale di Perugia, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando così decide, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- dichiara la nullità dei contratti per operazioni di interest rate swap per cui è causa;
- condanna la Banca convenuta alla restituzione in favore del Comune _____ della somma di _____ oltre interessi legali dal 1/1/12 al pagamento effettivo;
- condanna la Banca convenuta alla rifusione in favore del Comune _____ delle spese di lite, qui liquidate d'ufficio in complessivi _____ di cui _____ per spese, oltre iva e cpa come per legge.
- rigetta la domanda di condanna della convenuta per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

Perugia, 18.6.2012

Il Giudice estensore

Lubens Klart

IL FUNZIONARIO
Dr.ssa Giovanna Maria Mascia

Il Presidente

[Signature]

Depositata minuta in Cancelleria
dal Giudice il 22-6-12

Depositata in Cancelleria
Perugia, 28-6-12
IL CANCELLIERE

UNITO DI REPERTORIO
ASSOLTO MEDIANTE VERSAMENTO
DI CONTRIBUTO UNIFICATO

