



## CITTA' DI ALBENGA

### ATTI DEL CONSIGLIO COMUNALE

N. **26**

SEDUTA DEL **29.04.2016**

**PRONUNCIA N. 24/2016 DELLA CORTE DEI CONTI - SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LIGURIA - CONTROLLO DI REGOLARITÀ CONTABILE E FINANZIARIA SUL RENDICONTO DELL'ESERCIZIO 2013 - ART. 1, COMMA 168, LEGGE 266/2005. PRESA D'ATTO E ADEMPIMENTI CONSEGUENTI.**

L'anno duemilasedici, addì ventinove del mese di aprile, alle ore 21.00 in Albenga, nel Civico Palazzo e nella consueta sala delle adunanze, previa convocazione nei modi e termini di legge e con l'annuncio dato, secondo la storica tradizione, col suono del Civico Campanone, si è riunito il Consiglio Comunale, in sessione ordinaria ed in seduta pubblica di prima convocazione.

Assume l'ufficio di Presidente il Consigliere Alberto PASSINO.

Partecipa alla seduta il Vice Segretario del Comune Dott. Emanuele SCARDIGNO.

Risultano presenti, oltre al Sindaco Sig. Giorgio CANGIANO, i Consiglieri Signori:

	PRESENTE		PRESENTE		
1)	ARNALDI Maurizio	SI	9)	NUCERA Massimiliano	NO
2)	BOSCAGLIA Manlio	SI	10)	PAPALIA Francesco	NO
3)	CIANGHEROTTI Eraldo	NO	11)	PASSINO Alberto	SI
4)	DI LIETO Francesco	SI	12)	PERRONE Ginetta	NO
5)	GUARNIERI Rosalia	NO	13)	PICASSO Emanuela	SI
6)	GUERRA Emanuela	SI	14)	PLUMERI Liliane	SI
7)	MOLINERIS Eleonora	SI	15)	PORRO Cristina	NO
8)	MUNI' Vincenzo	SI	16)	VIO Camilla	SI

Risultano, inoltre, presenti il Vice Sindaco TOMATIS Riccardo e gli Assessori: ALLARIA Paola Giovanna, GHIGLIONE Tullio, VESPO Concetta e VIO Mariangelo.

## IL CONSIGLIO COMUNALE

**PRESO ATTO** del dibattito sviluppatosi intorno all'argomento, come da discussione riportata nel verbale del precedente provvedimento n. 25 in data odierna;

**VISTA** la pronuncia della Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per la Liguria - n. 24/2016 con la quale viene accertata:

- la non conformità del Bilancio Consuntivo 2013 al principio di prudenza nella parte in cui spese correnti ripetitive sono state coperte con entrate straordinarie;
- la sussistenza di irregolarità nella gestione delle entrate derivanti da sanzioni amministrative per violazione del codice della strada, nei sensi di cui in motivazione;
- l'avvenuta destinazione di flussi attivi, pari a euro 2.503.049,56, alla copertura di spese correnti, con la conseguente necessità di ricostituzione di tali risorse finanziarie;
- la conseguente inattendibilità del risultato di amministrazione dell'esercizio 2013, con l'emersione di un disavanzo sostanziale di amministrazione ammontante complessivamente a euro - 2.532.315,18;

**VISTA** la relazione, allegata al presente atto a costituirne parte integrante e sostanziale, con la quale, tra l'altro, vengono descritte le misure idonee e gli adempimenti che il Comune di Albenga intende adottare, alla luce della citata Pronuncia;

**VISTO** il vigente testo unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali approvato con D.Lgs. 267/2000;

**VISTO** il D.Lgs. 118/2011 e sue successive modificazioni ed integrazioni;

**VISTO** il vigente Statuto Comunale;

**VISTO** il Regolamento di Contabilità approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 20 del 13.05.2015;

**ACQUISITI** i pareri preventivi favorevoli rilasciati ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. 18.08.2000 n. 267 dal Dirigente del servizio competente in ordine alla regolarità tecnica e contabile della proposta, allegati alla presente deliberazione;

A seguito di votazione, resa in forma palese, che dà il seguente risultato:

Presenti:	n. 11
Astenuti:	n. 1 (Di Lieto)
Votanti:	n. 10
Voti favorevoli alla proposta:	n. 10
Voti contrari alla proposta:	n.==

**DELIBERA**

1. **DI PRENDERE ATTO** della Pronuncia n. 24/2016 della Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per la Liguria;
2. **DI APPROVARE** la relazione, allegata al presente atto a costituirne parte integrante e sostanziale, con la quale, tra l'altro, vengono descritte le misure idonee e gli adempimenti che il Comune di Albenga intende adottare, alla luce della citata Pronuncia;
3. **DI TRASMETTERE** la presente deliberazione alla Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per la Liguria ed alla Procura contabile competente, ai sensi dell'art. 148-bis del T.U.E.L.

\*\*\*\*\*

Successivamente, a seguito di ulteriore votazione resa in forma palese, che dà il seguente risultato:

Presenti:	n. 11
Astenuti:	n. 1 (Di Lieto)
Votanti:	n. 10
Voti favorevoli alla proposta:	n. 10
Voti contrari alla proposta:	n.==

il presente atto viene dichiarato immediatamente eseguibile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 134, comma 4, del D.Lgs. 18.08.2000 n. 267.



## CITTA' DI ALBENGA

**OGGETTO: Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per la Liguria - Deliberazione n. 24/2016 - Pronuncia in merito ai Controlli finanziari e contabili sul rendiconto per l'esercizio finanziario 2013. - Relazione.**

In riferimento alla Deliberazione in oggetto, pervenuta in data 22 marzo 2016 al prot. n. 13390, si relaziona quanto segue:

**1. Copertura di spese correnti ripetitive con entrate straordinarie (Punti da 1 a 3).**

In merito all'utilizzo di euro 781.677,03 derivanti da introiti per sanzioni amministrative per violazioni al Codice della Strada, entrate da recupero da evasione tributaria e da oneri di urbanizzazione, si sottolinea che tali somme, nella maggior parte dei casi (ad esclusione di alcune somme derivanti da sanzioni al Codice della Strada, di cui si dirà successivamente) sono state accertate per cassa.

Pertanto, il loro utilizzo per spese correnti discrezionali è avvenuto solo a seguito del loro effettivo incasso, proprio per evitare disequilibri di bilancio ed in ottemperanza al principio di prudenza: infatti, i contributi o gli eventi deliberati sono stati impegnati solo dopo aver effettivamente verificata la disponibilità finanziaria di cassa sui relativi capitoli di entrata sopra indicati e nei limiti delle somme introitate; qualora, dette somme non fossero state effettivamente incassate, non si sarebbe provveduto alle relative spese.

In ogni caso, come riportato nella deliberazione, si assicura l'impegno del Comune ad avviare un programma di eliminazione di spese comprimibili, a partire dal bilancio di previsione per il triennio 2016-2018, al fine di eliminare le potenziali criticità qualora le relative entrate dovessero venire meno.

**2. Mancata riscossione di crediti da sanzioni amministrative per violazione al codice stradale (Punto n. 4).**

Nel rendiconto dell'esercizio 2013, sono stati mantenuti residui attivi, relativi alla voce in parola, per un importo di € 133.496,03, in quanto il Comando Vigili Urbani, servizio incaricato delle procedure di riscossione di detta entrata, aveva a suo tempo



## CITTA' DI ALBENGA

comunicato la presenza di notifiche di verbali di contravvenzione non pagati per importi decisamente superiori, che avrebbero consentito l'emissione di ruoli di riscossione coattiva con Equitalia per un importo di € 763.235,07.

Pertanto, pur trattandosi di somme che, come giustamente rileva la Sezione, sono di dubbia e difficile esazione, si era ritenuta congruo il mantenimento di tale iscrizione nei residui attivi del bilancio dell'ente, anche se i tempi di riscossione sono solitamente lunghi.

Ad oggi, infatti, sono stati riscossi € 50.759,25 e pertanto, in ottemperanza alla Pronuncia della Sezione, si provvederà, in sede di approvazione del rendiconto dell'anno 2015, a stralciare la relativa somma di € 82.736,78 per farla confluire nello stato patrimoniale dell'ente.

### **3. Transazione avente ad oggetto il contratto IRS n. 118116UB 2002 - 2027 con Unicredit spa (Punti da 5 a 9).**

In merito alla transazione in parola, si sottolinea quanto segue.

Il Comune di Albenga, nel 2013, ha avviato una procedura di gara aperta per l'individuazione di un soggetto esperto e altamente qualificato che supportasse l'Ente tramite una consulenza giuridico - legale e finanziaria nei rapporti con le Banche in relazione ai contratti derivati, stipulati negli anni passati dallo stesso Comune.

Ad esito della procedura di gara è stata individuata la Società Martingale Risk , società di ingegneria finanziaria e di consulenza legale, specializzata nelle attività di negoziazione e nelle azioni legali finalizzate al recupero delle perdite subite da prodotti bancari e finanziari, la quale rappresenta a tutt'oggi uno dei massimi esperti del settore con particolare riguardo ai contratti derivati stipulati con gli Enti Locali.

In data 14 gennaio 2014, come fase preliminare dell'incarico, Martingale ha fornito una relazione tecnica in merito ai contratti derivati sottoscritti con Unicredit s.p.a, dalla quale si evincono (introduzione pagg. 4-5, flussi di cassa generati pagg. 13-14, risultati finali e conclusioni pagg. 56-57) i seguenti dati:

- commissioni implicite applicate dalla Banca sui quattro derivati (IRS 103940UB, IRS 189509UB, IRS368533UB, IRS 118116UB) € **1.584.543,95**
- flussi finanziari **netti positivi** per il Comune, sui quattro derivati: € **214.574,02**

A



## CITTA' DI ALBENGA

- mark-to-market **negativo** per il Comune, sul solo derivato attivo  
(IRS 118116UB) alla data della relazione **€ -1.903.547,70**

Alla luce di tali risultanze, il Comune, avendo rilevato, con il supporto della soc. Martingale, l'esistenza di ipotetici vizi di nullità dei contratti derivati sottoscritti con Unicredit, decideva di richiedere alla Banca Unicredit l'estinzione anticipata a costo zero del contratto IRS 118116UB, unico ancora attivo, con la restituzione di tutti i costi impliciti, compresi quelli maturati sui contratti derivati stipulati negli anni 2001-2006 oltre alle perdite causate dal pagamento dei differenziali negativi a carico del Comune.

La richiesta, ammontante ad € 2.175.167,84, è stata il primo passo della "strategia processuale" concordata con i consulenti di Martingale: in tale istanza, infatti, seppure si facesse cenno nelle premesse dei flussi finanziari netti positivi per il Comune (€ 1.206.111,00 regolarmente incassati - vedi pagg. 7 e 28 dell'istanza) e del valore negativo del mark to market sfavorevole per il Comune (- € 1.877.921,17 - vedi pag. 20 dell'istanza), si chiedeva alla Banca:

- di estinguere anticipatamente a costo zero il derivato tuttora in vita e, contestualmente,
- la restituzione di tutti i costi impliciti dei contratti, anche già conclusi, e di tutti i differenziali negativi, senza far cenno a quelli positivi o al mark to market dell'unico contratto ancora in vita.

Tale "strategia" era stata assunta sul presupposto di verificare la reazione della Banca, anche al fine di impostare nel modo più conveniente per il Comune la conseguente procedura di mediazione giudiziale obbligatoria, prevista per legge.

Tale richiesta venne respinta dalla Banca, la quale:

- metteva in evidenza che, a fronte dei differenziali negativi richiesti dal Comune pari ad € 1.144.310,94, i derivati contestati avevano generato flussi positivi al Comune per € 1.208.730,11;
- rilevava che i costi impliciti non potevano valere per contratti già conclusi e definiti, ma solo per quello in essere, di cui ne contestavano la restituzione;
- eccepiva che nessun'altro dei rilievi contestati poteva trovare accoglimento, anche alla luce della recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5962 del 27 novembre 2012 che aveva accolto il ricorso di alcune banche contro la Provincia di Pisa, non ritenendo sufficienti le commissioni implicite per dichiarare nullo il contratto sottoscritto fra le parti.



## CITTA' DI ALBENGA

Sulla base di questi dati, il Comune ha quindi affidato a Martingale la seconda fase dell'incarico di consulenza giuridico legale e finanziaria, conferendo al legale della società apposta procura al fine di adire il procedimento di mediazione previsto dall'art. 2 del D. Lgs. 69/2013, per tentare la risoluzione stragiudiziale della controversia.

La procedura di mediazione, durata alcuni mesi, si è chiusa con verbale negativo, anche perché il Comune ha posto, come condizione assolutamente necessaria e non negoziabile, l'estinzione del contratto, poiché una eventuale revisione dei soli termini contrattuali, benché più favorevoli al Comune, che però prevedesse il mantenimento in vita del derivato, avrebbe continuato ad esporre l'ente a potenziali maggiori perdite a causa del perdurare della situazione di bassi tassi di interesse, a fronte del tasso fisso pagato dal Comune: ciò avrebbe comportato il pagamento, fino al 2027, di flussi differenziali negativi a favore della Banca.

Durante la fase di mediazione obbligatoria, il Comune ha avviato una disamina legale e finanziaria con il consulente Martingale, che è stata sintetizzata nella relazione del 12 febbraio 2015, a firma del Dr. Marco Fabio Delzio e dell'Avv. Matteo di Pumpo. Detta relazione, nel mettere in evidenza che le contestazioni alla Banca sono state accolte solo da parte della giurisprudenza (cfr. pagg. 7, 8, 9) si conclude con la considerazione: *"qualora il Comune di Albenga dovesse incardinare i necessari giudizi di merito ... e, in caso di accoglimento da parte del competente Tribunale..."*, sul presupposto che non fosse possibile avviare una ulteriore fase conciliativa atteso l'esito di quella obbligatoria, conclusasi, nel frattempo, con esito negativo.

A seguito di tale disamina, è maturata la decisione di valutare un'ipotesi di soluzione transattiva della vicenda, anche a seguito dei successivi contatti avuti con la Banca, la quale aveva maturato la decisione di poter valutare anche l'estinzione del contratto.

Le motivazioni che indussero l'Ente a tale decisione furono le seguenti:

- lo scenario giurisprudenziale sulla materia appariva fortemente contrastante ed a fronte di alcune pronunce di Corti di Appello favorevoli al Comune, vi erano diverse pronunce, sia di Corti d'Appello, ma soprattutto di Cassazione e Consiglio di Stato, pressoché coeve, favorevoli alle Banche. Tale contesto giurisprudenziale, tutt'oggi immutato, anzi, ad oggi reso ulteriormente aleatorio a seguito dei più recenti pronunciamenti favorevoli alle banche, (vedasi la recente sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 2244/2015 del



## CITTA' DI ALBENGA

25.5.2015 e del Tribunale di Milano n. 14622/2015 del 22.12.2015) rappresentava un alea troppo alta per intraprendere un lungo e complesso contenzioso con le Banche , con il rischio di soccombenza il cui verificarsi avrebbe fortemente danneggiato le casse comunali;

- il contesto giurisprudenziale è stato formalmente rappresentato nel parere legale reso dallo studio Legale Di Pumpo (di cui si allega copia alla presente), incaricato della mediazione obbligatoria, il quale sottolinea che due dei quattro derivati sottoscritti con Unicredit *“hanno generato flussi positivi per il Comune, nonostante i costi impliciti (assorbiti dai suddetti flussi) e quindi l’Ente non aveva una legittimazione ad agire giudizialmente sugli stessi”* mentre un terzo derivato *“è stato estinto in data 29/04/2004 e quindi un’azione giudiziale su questo derivato avrebbe rischiato una dichiarazione di prescrizione o ... l’impossibilità per il Comune di Albenga, ex art. 1422 c.c., di ottenere la ripetizione delle perdite subite. ... Ai fini di un eventuale giudizio e ai fini di valutare l’opportunità della transazione deve essere preso in considerazione soltanto il derivato 118116UB i cui costi impliciti sono stati stimati dal perito in € 540.792,14.”*.
- il contratto derivato IRS 118116UB pur avendo avuto un avvio positivo, aveva negli ultimi subito notevoli perdite pari € 701.733,45 conseguite al disastroso quanto assolutamente imprevedibile *“crollo”* dei tassi e crisi dell’economia mondiale, tuttora in corso;
- il relativo *Mark to Market*, negativo per il Comune, alla data del 31.12.2013 era pari € 1.874.023,86 e, stante l’andamento fortemente negativo mondiale dei mercati finanziari , si prospettavano ulteriori incrementi;
- quindi, anche qualora fosse stato riconosciuto che il valore teorico dei costi impliciti, calcolati da Martingale, andava sottratto al mark to market dell’unico derivato ancora in vita, questi avrebbe avuto comunque un valore negativo per il Comune, da riconoscere alla Banca in caso di estinzione, pari ad € 1.333.231,72.

Alla luce di quanto sopra, sebbene la spesa generata annualmente dai differenziali negativi fosse pianificata e trovasse ordinaria copertura nel bilancio, il Comune ha ritenuto che la transazione fosse la migliore soluzione per contenere ulteriori perdite pressoché certe e di ingente entità.





## CITTA' DI ALBENGA

Il consulente legale e finanziario, Martingale, ha quindi curato la trattativa con la banca e suggellato il testo della transazione, così come approvato in Giunta Comunale il 13.7.2015: a fronte di un valore del contratto, depurato dei costi impliciti come sopra evidenziati, pari ad oltre € 1,3 milioni, la trattativa si è chiusa con l'impegno del Comune a corrispondere la somma di € 881.285,94, che consente di ottenere il risparmio di 1 milione di euro sul valore del mark to market alla data di estinzione del contratto e di oltre 450.000,00 euro, al netto dei costi impliciti emergenti dalla perizia Martingale.

Non si è ritenuto di chiedere un ulteriore e specifico parere sul contenuto della transazione al altro studio legale, in quanto il continuo supporto legale e finanziario di Martingale ha indotto l'ente a ritenere più che sufficienti i risultati dell'esame della pratica ed i relativi benefici per l'ente. E ciò anche al fine di non aggravare l'Ente di ulteriori oneri finanziari per consulenze, stante anche i limiti e vincoli di finanza pubblica imposti dal legislatore in materia.

Inoltre, è documentato il coinvolgimento del Collegio dei Revisori Contabili nella questione: infatti, nella Relazione al bilancio di previsione 2015-2017, redatta precedentemente alla delibera che approvava la convenzione, il Collegio dei Revisori Contabili, dopo aver fatto una disamina approfondita dei derivati in essere presso il Comune di Albenga, prendeva atto dell'avvio della trattativa con Unicredit, che prevedeva, di massima, un recupero del "*mark to market di circa il 50% ed un risparmio del flusso negativo che è già stato considerato nelle previsioni del bilancio triennale 2015/2017*".

La definizione della controversia, come detto, si è basata su questi elementi (nel frattempo, il valore del *mark-to-market* dell'operazione era salito a € -1.881.285,97, pari al costo di estinzione del contratto):

- estinzione del contratto in parola;
- rinuncia della banca ad un importo pari a 1.000.000,00 di euro;
- pagamento del Comune di euro 881.285,97, suddivisi in 5 anni, senza applicazione di ulteriori interessi passivi.

Tale transazione risultava vantaggiosa per l'ente in quanto, oltre a ridurre definitivamente perdite certe, assicurava un vantaggio economico pari ad € 1.000.000,00, ben superiore alla stima dei costi impliciti relativi al derivato oggetto della transazione (n. 118116UB), quantificata dal consulente Martingale in € 540.792,14. Su tale simile vantaggiosità si era espressa anche la Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale dell'Umbria, in una recente sentenza n. 23 del 2015.



## CITTA' DI ALBENGA

La differenza negativa per il Comune di € 3.056.453,78, tra la prima istanza di restituzione di somme alla Banca (€ 2.175.167,84) e la somma a carico del Comune derivate dalla transazione (€ 881.285,94), rilevata dalla Sezione, non tiene conto, come detto:

- dei differenziali positivi incassati dal Comune pari ad € 1.206.111,00;
- il valore del mark to market del contratto di euro 1.881.285,97, negativo per il Comune,

per un valore complessivo di € 3.087.396,97.

Si tenga presente che il contratto, stante il perdurare del livello dei tassi di interesse variabili, ormai cronicamente bassi, avrebbe generato flussi passivi per il Comune superiori ad € 300.000,00 annui, con scadenza fino al 31.12.2027. Risulta evidente come un eventuale giudizio, oltre ad esporre il Comune ad una elevata alea del suo esito, considerati i tempi di definizione dei procedimenti giudiziari, avrebbe esposto l'ente alle suddette sfavorevoli condizioni di mercato.

#### **4. Mancato vincolo sul differenziale positivo generato dal contratto IRS 2007-2030 stipulato con Deutsche Bank - DB (Punti da 10 a 12).**

Le motivazioni che hanno indotto il Comune di Albenga a sottoscrivere il contratto in questione erano da ricondurre alla situazione debitoria del Comune di Albenga, nell'anno 2007, che così si può riassumere (dati tratti dalle relazioni del Collegio dei Revisori dei Conti al Consiglio Comunale):

- Debito residuo al 31.12.2007:	€ 62.281.000,00
- Oneri finanziari annui (interessi passivi e quote capitali)	€ 6.102.000,00
- Percentuale di incidenza degli interessi passivi sulle entrate:	8,51%

Stante la situazione sopra evidenziata, attraverso una gara, il Comune valutò positivamente la proposta di DB di sottoscrivere un contratto derivato che trasformava i mutui con la Cassa Depositi e Prestiti, sia a tasso fisso che variabile, in una operazione complessiva a tasso fisso (minimo 3,80%, massimo 4,95%, quindi inferiori a quelli di mercato del momento) con contestuale scambio delle quote capitali.

L'operazione ha consentito, dal 2007 al 2013, al Comune di Albenga di ricevere da DB oltre 2,8 milioni di euro di flussi attivi, che sono stati interamente utilizzati, per sostenere gli oneri finanziari derivanti dal rimborso delle quote capitali dei mutui in ammortamento.



## CITTA' DI ALBENGA

Si evidenzia che, proprio nell'anno di sottoscrizione del derivato, la Corte dei Conti, Puglia, Sez. Contr. 11.11.2007, con pronuncia n. 65, disponeva che: *"il risparmio generato dalla rimodulazione del contratto di amortising swap costituisce un'entrata extratributaria del titolo III ovvero un'entrata corrente utilizzabile per la spesa corrente e quindi anche per la copertura delle perdite di società partecipate"* e quindi, confermava la legittimità delle scelte operate dal Comune di Albenga in relazione all'utilizzo dei flussi attivi.

Solo con l'approvazione dei principi contabili allegati al D. Lgs. n. 118/2011, entrato in vigore, per i Comuni non sperimentatori, a far data dal 1.1.2015 l'accantonamento dei flussi positivi derivanti dai contratti derivati è diventato obbligatorio.

Antecedentemente, non sussisteva alcun vincolo giuridico in tal senso, ma un principio di prudenza volto a creare accantonamenti in funzione del mantenimento degli equilibri finanziari.

Interpretando tale principio, finalizzato a garantire la sana gestione e gli equilibri di bilancio, il Comune ha fortemente ridotto il proprio indebitamento, non utilizzando tutti gli spazi finanziari consentiti dalla normativa sulla finanza locale, ottenendo, negli anni, una consistente riduzione delle rate di ammortamento dei propri mutui passivi.

La Corte aveva eccepito, per il bilancio di previsione del 2007, tra l'altro, l'opportunità della "costituzione di un Fondo che vincoli almeno in parte i risparmi iniziali eventualmente ottenuti con lo swap". Il Consiglio Comunale (con deliberazione n. 25 del 5 maggio 2008) aveva contro dedotto sulla questione, recependo i contenuti di una nota del Sindaco, trasmessa alla Corte con prot. n. 54342 del 6.11.2007, nella quale si assicurava di attuare una politica di indebitamento moderato, proprio al fine di mantenere in equilibrio i conti comunali, come poi si è fatto negli anni successivi.

Preso atto della Pronuncia emessa, questo ente, comunque, procederà:

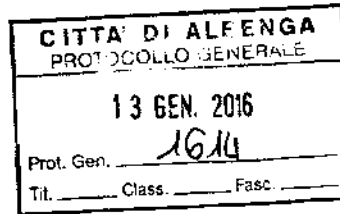
- all'iscrizione, nel Bilancio di previsione 2016, del disavanzo sostanziale di amministrazione, per l'importo di € 2.532.315,18 al netto della quota incassata di sanzioni al Codice della Strada sopra indicata, pari ad € 50.759,25, per un importo netto totale di € **2.481.555,93**;
- a copertura del medesimo si provvederà con apposito vincolo, per pari importo, sull'avanzo di amministrazione destinato ad investimenti, che risulterà dal rendiconto di gestione per l'anno 2015;



## CITTA' DI ALBENGA

- qualora tale copertura non fosse sufficiente, si provvederà ad adottare un apposito piano di riequilibrio, entro il termine triennale del 31.12.2018, adottando le necessarie misure previste per legge.

Spett.le  
**Comune di Albenga**  
Piazza San Michele, 17  
Albenga (SV)



- a mezzo e-mail -

Roma, 13/01/2016

Oggetto: Considerazioni sulle osservazioni della Corte dei Conti della Liguria in merito alla transazione in derivati sottoscritta tra il Comune di Albenga e Unicredit S.p.A.

Spett.le Comune di Albenga,

mi è stato chiesto dal Vostro Ill.mo Ente di redigere considerazioni circa le Osservazioni della Corte dei Conti Liguria dell'8/01/2016, con particolare riferimento all'appunto della Corte dei Conti contenuto a pag. 4 del suddetto documento e ai probabili "vizi di nullità secondo l'orientamento costante delle Corti d'Appello che si sono pronunciate sul punto" (v. pag. 4 documento citato).

Innanzitutto dalla lettura complessiva delle osservazioni della Corte dei Conti appare doveroso distinguere tra il derivato sottoscritto dal Comune di Albenga con Deutsche Bank S.p.A. e per il quale non risulta allo scrivente essere stata finora proposta alcuna transazione né avviata un'azione giudiziale (atteso che questa apparirebbe sottoposta alla giurisdizione inglese) e il derivato IRS 118116UB sottoscritto dal Comune di Albenga con Unicredit S.p.A. e oggetto della transazione del 14/07/2015.

Oggetto del presente scritto concerne solo l'orientamento giurisprudenziale sui probabili vizi di nullità dei derivati, anche in considerazione della particolare struttura dell'IRS n. 118116UB oggetto del suddetto accordo.

Oltre e precedentemente al citato derivato, il Comune di Albenga ha sottoscritto i seguenti swap: 1) IRS 103940UB, 2) IRS 189509UB, 3) IRS 368533UB Collar Swap.

Di questi l'IRS 103940UB e l'IRS 368533UB *Collar Swap* hanno generato flussi positivi per il Comune nonostante i costi impliciti (assorbiti dai suddetti flussi) e quindi l'Ente non aveva una legittimazione ad agire giudizialmente sugli stessi, mentre per ciò che riguarda l'IRS 189509UB, questo è stato estinto in data 29/04/2004 e quindi un'azione giudiziale su questo derivato avrebbe rischiato una dichiarazione di prescrizione, o anche qualora fosse stata accertata la

nullità dell'IRS, l'impossibilità per il Comune di Albenga, ex art. 1422 c.c., di ottenere la ripetizione delle perdite subite.

Pertanto il derivato giuridicamente attaccabile con una maggiore probabilità di successo era l'IRS 118116UB. Ciò sembra essere confermato anche dalle stesse osservazioni della Corte dei Conti che appunto prendono in considerazione soltanto il citato derivato.

Questa considerazione si rende necessaria in quanto la Corte dei Conti nel valutare i costi impliciti prende in considerazione l'intera somma calcolata sui quattro derivati dalla Martingale Risk pari ad € 1.584.543,95, mentre invece, ai fini di un'eventuale giudizio e ai fini di valutare l'opportunità della transazione deve essere preso in considerazione soltanto il derivato 118116UB i cui costi impliciti sono stati stimati dal perito in € 540.792,14 (v. *infra*).

I vizi di nullità del derivato eventualmente proponibili in sede giudiziale sarebbero stati verosimilmente i seguenti:

- (i) Nullità del derivato per incapacità di assolvere alla funzione di copertura (mancanza di causa in concreto);
- (ii) Nullità del derivato per assenza della convenienza economica;
- (iii) Nullità del derivato per mancata indicazione dei costi impliciti.

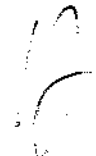
Per nessuno di questi vizi, per quanto di conoscenza dello scrivente, è ancora intervenuta una pronuncia della Corte Civile di Cassazione, mentre invece è intervenuta la Corte Penale di Cassazione con due sentenze che appaiono contrarie alle pretese dei clienti delle Banche (v. *infra*).

**(i) Nullità del derivato per mancanza di causa concreta (incapacità del derivato di assolvere alla funzione di copertura)**

Su questo punto, dopo la sentenza del 2014 citata dalla Corte dei Conti, la Corte d'Appello di Milano è intervenuta ritenendo che *“la causa concreta dei contratti di I.R.S. (anche quelli “di copertura”) si individua proprio nell’aleatorietà reciproca che grava sui contraenti, per cui la nullità del contratto di swap ricorre soltanto nel caso in cui l’alea connotata al negozio sia ab origine unilaterale, addossando il rischio ad una soltanto delle parti (il cliente) e lasciandone sicuramente esente l’altra (la banca)”* (sentenza n. 2244 del 22 maggio 2015) (1).

---

(1) V. anche *“Nel contratto di interest rate swap solo la notevole sproporzione tra le alea assunte dalle parti o l’assenza assoluta di alea per una delle parti può inficiare la causa del contratto, non invece una lieve sproporzione in favore della banca.*



La sentenza in commento individua la causa concreta del negozio nell'aleatorietà del contratto e nella reciprocità delle condizioni di rischio nello scambio dei flussi di interesse assunte dalle parti.

Pertanto, secondo la Corte d'Appello di Milano, non è affetto da invalidità il contratto di *Interest Rate Swap* che fa ricadere in capo ad entrambe le parti contrattuali un margine di rischio, a nulla rilevando il fattore esterno alla sfera di controllo delle stesse, la variazione dell'Euribor a cui è condizionato il negozio.

Ebbene, è in ragione della reciprocità delle assunzioni del rischio che entrambe le parti contrattuali riconoscono *ab origine*, che la Corte di Appello conclude per la validità dei contratti di *Interest Rate Swap*.

Nel caso del Comune di Albenga, il derivato aveva una struttura che presentava comunque un margine di rischio per entrambe le parti.

Sempre in considerazione di quanto stabilito dalla sentenza della Corte d'Appello in commento, occorre osservare, e ciò è evincibile dalla stessa perizia della Martingale Risk, che il Comune di Albenga ha tratto vantaggio dal derivato transatto, fino al 2009 ovvero fino a quando non si è realizzato un evento imprevedibile quale il crollo dei tassi a seguito del fallimento della Lehman Brothers.

#### **(ii) Nullità del derivato per assenza della convenienza economica**

Sulla questione relativa al principio di convenienza economica per l'ente locale di sottoscrivere contratti *swap* si è pronunciata in favore dell'Ente Locale, in particolare la Corte d'Appello di Bologna con sentenza n. 714 del 11/03/2014 (citata dalla Corte dei Conti).

Sul punto è intervenuta anche la Corte di Cassazione Penale che ha stabilito che: *“l'ordinanza impugnata ha correttamente posto in luce la circostanza che, alla stregua delle risultanze processuali acquisite [...] fosse emersa la sostanziale convenienza della operazione finanziaria realizzata dai Comuni interessati, dovendosi fare riferimento agli effetti che i contratti avevano prodotto sulle finanze comunali in termini di cassa e non di competenza”*.

Lo scrivente non ha evidentemente le competenze tecnico-finanziarie per poter valutare la convenienza economica del derivato in oggetto che in un eventuale giudizio, la valutazione

---

*Non è previsto da nessuna fonte legale, regolamentare o contrattuale che il rischio assunto dalle parti debba essere identico sul piano quantitativo e ciò che conta, ai fini della configurazione della liceità della scommessa è che sia reciproca e razionale ossia che le condizioni del contratto e i costi, anche in termini probabilistici, con riferimento agli esiti incerti sui sono ancorate le alea reciproche siano chiari e conosciuti dalle parti ex ante”* (Tribunale di Taranto, ordinanza del 21 aprile 2015).



sarebbe probabilmente rimessa ad un Consulente Tecnico d'Ufficio, il quale a sua volta si ritroverebbe un derivato che ha generato - come sopra detto - flussi positivi fino al 2009 e che ha invertito la tendenza solo dopo un evento eccezionale (crollo dell'Euribor) e non risulta pertanto possibile prevedere come un eventuale CTU che deve verificare la *sostanziale convenienza* dell'operazione avrebbe potuto qualificare quanto appena riportato.

Appare opportuno richiamare in questa sede anche la sentenza della Corte d'Appello penale di Milano n. 1937 del 3 giugno 2014 secondo cui il test di convenienza economica previsto dall'Articolo 41 l. 448/20014 sia imposto all'ente locale e non alla Banca: la sentenza ha criticato severamente il comportamento del Comune di Milano per non aver compiuto internamente, o quanto meno verificato, il calcolo della convenienza economica rispetto all'operazione che si accingeva a compiere, un dovere che la legge impone solo e soltanto all'ente pubblico e non alle sue controparti.

Secondo la Corte di Milano, infatti, lo svolgimento del test di convenienza economica spetta all'ente locale poiché non si risolve esclusivamente in un "calcolo", ma postula una valutazione globale che si basa, tra le altre cose, su giudizi di natura politica inerenti la generale opportunità di un'operazione di ristrutturazione del debito. Si tratta, pertanto, di un precetto normativo destinato esclusivamente alle pubbliche amministrazioni e ai funzionari pubblici.

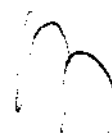
**(iii) Nullità per mancata comunicazione dei costi impliciti al momento della sottoscrizione del derivato**

I c.d. costi impliciti sono somme stimate dai consulenti di parte o d'ufficio e pari alla differenza tra il *Mark to Market* iniziale in capo alla Banca e quello in capo al Cliente, qualora tale differenza sia svantaggiosa per il Cliente e non compensata dal c.d. *upfront*.

La nullità di uno *swap* per mancata indicazione dei costi impliciti costituisce la principale argomentazione della sentenza della Corte d'Appello di Milano del 18/09/2013 citata nelle osservazioni della Corte dei Conti.

Nel derivato del Comune di Albenga in commento, i costi impliciti iniziali stimati dalla Martingale Risk erano pari ad € 9.755,95 a fronte di un valore nozionale dell'IRS di € 8.914.459,00.

Stante l'esiguità del valore dei costi impliciti un eventuale CTU, non esistendo un metodo di calcolo unico, avrebbe anche potuto calcolare costi impliciti iniziali del derivato pari a zero.





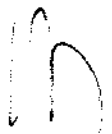
Si consideri inoltre che il Tribunale di Milano, Sez. VI, (che si occupa specificamente di questa materia e alla quale sarebbe verosimilmente stata assegnata anche l'eventuale causa del Comune di Albenga) nell'ordinanza del 28/11/2014 (quindi successiva alla citata sentenza della Corte d'Appello) ha statuito quanto segue: *“Sennonché, anche a voler qualificare tali addebiti come costi occulti, la misura di questi costi (che si aggirano intorno ai 4.000 euro) – comparata all'importo complessivo dei contratti (pari globalmente a oltre 18.000.000 di euro) e quindi calata nel complessivo regolamento di interessi, fissato dalle parti – si mostra assolutamente marginale, insuscettibile pertanto di radicare il grave inadempimento postulato dall'art. 1455 c.c. per addivenire alla risoluzione giudiziale del contratto”*.

Fermo restando che nell'ordinanza in commento il Giudice ritiene che la mancata indicazione dei costi occulti potrebbe costituire un inadempimento contrattuale e non causa di nullità, ad ogni buon conto ciò che rileva di questo provvedimento è l'analisi concreta della fattispecie e non è dunque sufficiente l'accertamento dell'applicazione di costi occulti, ma occorre anche verificare quale sia l'incidenza dei medesimi sull'equilibrio del derivato.

Per ciò che riguarda i costi impliciti calcolati dalla Martingale Risk con le due ristrutturazioni del derivato IRS n. 118116UB, pari complessivamente ad € 531.036,19, occorre osservare che le modifiche contrattuali sono intervenute nel 2002 e nel 2006 e nonostante ciò il Comune di Albenga ha continuato a beneficiare di flussi positivi negli anni successivi, e dunque non è dato prevedere come un Giudice o un CTU avrebbe valutato tale aspetto.

Lungi dall'effettuare valutazioni tecnico-finanziarie dei derivati e dell'opportunità della transazione, e dovendosi attenere esclusivamente all'incarico ricevuto dal Comune, ovvero verificare se effettivamente vi sia un orientamento costante della giurisprudenza sotto il profilo della nullità, lo scrivente non può non tener conto delle seguenti pronunce: Corte d'Appello di Milano, sezione Penale n. 1937 del 3 giugno 2014 (pertanto abbastanza coeva con la sentenza citata dalla Corte dei Conti), Corte di Cassazione, Sez. II penale, n. 25516 del 14 giugno 2012, e n. 47421 del 21 dicembre 2011 e infine Consiglio di Stato Sez. V, n. 5962 del 27 novembre 2012.

In particolare, la Corte d'Appello di Milano ha ritenuto che un ente locale possa certamente *“affrontare in posizione paritaria con l'intermediario finanziario – da operatore qualificato quale deve essere, o de jure o de facto – anche il discusso e controverso tema dei costi o margini di transazione (che per convenzione continueremo a chiamare «impliciti»)”. “Una generalizzata impreparazione – inescusabile per l'ente pubblico e,*



ora, allo stato dell'ormai ricca esperienza giudiziaria anche per i giudici – ha infatti ingenerato il convincimento (errato) che [i costi delle operazioni in derivati] fossero infatti inesistenti, giacché neppure Candide ou l'Optimisme riuscirebbe a immaginare la prestazione di un servizio di intermediazione e/o transazione bancaria del tutto gratuito”.

Secondo questa sentenza, non vi sarebbe nessun obbligo di comunicare il margine o i costi impliciti o il valore del *mark-to-market* iniziale di un derivato.

La Corte di Milano afferma che, all'epoca dei fatti (coevi a quelli del Comune di Albenga), era legittimo per le Banche incorporare la remunerazione attesa all'interno di uno strumento finanziario quale un contratto *Interest Rate Swap* ed era anche legittimo non comunicare il profitto atteso. In definitiva, secondo questa pronuncia, Le Banche non avevano l'obbligo di richiedere commissioni separate né di renderle note.

La Corte di Milano richiama un'altra celebre sentenza in tema di derivati sottoscritti da enti locali: la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5962 del 27 novembre 2012, che appunto ribadisce che l'assenza di obblighi informativi sui costi impliciti/*mark-to-market* era un principio valido specie prima dell'entrata in vigore (il 1° novembre 2007) della normativa italiana attuativa della Direttiva MiFID (Regolamento Consob 16190/2007), la quale ha introdotto doveri più stringenti in capo agli intermediari (2).

La Corte di Milano afferma infine che “la trasparenza nella comunicazione non può avere fonte nei desideri individuali ma solo nella legge”.

Per ciò che riguarda la Corte di Cassazione (Sez. II penale, n. 47421 del 21 dicembre 2011), questa ha affermato che: “la prospettata ricorrenza di costi impliciti occulti [...] che renderebbero i contratti in esame sbilanciati in danno dei comuni contraenti, nonché altamente speculativi, non trova adeguato riscontro nelle caratteristiche che ha assunto la programmata operazione di ristrutturazione dell'indebitamento degli enti pubblici”; e che “il piano di ristrutturazione del debito [...] lungi dall'assumere quel carattere speculativo che gli è stato attribuito [...] ha manifestato un andamento del tutto coerente con le variazioni dei valori attese” (si richiama quanto sopra detto a proposito del fatto che nonostante i costi impliciti delle ristrutturazioni, il Comune di Albenga ha continuato a beneficiare per diversi anni di flussi positivi dal derivato).

(2) Sul punto il Consiglio di Stato ha altresì stabilito che “il valore equo del derivato presenta sempre un valore positivo e risulterà pari a zero solo in situazioni teoriche di completa equivalenza finanziaria dei due flussi stimati a condizioni di *mid – market* tra controparti bancarie aventi medesimo rating”. Poiché questo è un dato solo teorico e virtuale non esiste, secondo il Consiglio di Stato quindi nella prassi un contratto tra banca ed ente locale in perfetto equilibrio.



Con l'ulteriore sentenza 28.06.2012 n. 25516, la Corte di Cassazione penale ha ulteriormente precisato tale orientamento, confermando il provvedimento del riesame (nella specie Trib. Terri 8.02.2012) che aveva ritenuto *“ovvio che la BNL dovesse percepire un utile dall'operazione, assorbito nella concreta determinazione del tasso di interessi a carico del Comune, per remunerare i rischi assunti, come avviene usualmente in tutte le operazioni finanziarie”* <sup>(3)</sup>.

Pertanto anche sui costi impliciti, nonostante l'orientamento delle sentenze richiamate dalla Corte dei Conti, vi sono ulteriori pronunce che sembrano orientate ad una valutazione contraria.

Sul *Mark to Market* appare, infine, opportuno evidenziare quanto segue: dai dati riportati dalla Corte dei Conti, al 31/12/2013, il *Mark to Market* era pari ad € 1.874.023,85, mentre al 14/07/2015, giorno di sottoscrizione della transazione, il *Mark to Market* era pari ad € 1.903.547,70. Ciò vuol dire che in circa diciotto mesi, nonostante l'addebito di differenziali negativi al Comune il *Mark to Market* è aumentato. Ciò è dovuto alla avverse condizioni di mercato. Un eventuale giudizio oltre ad esporre il Comune alla normale alea del suo esito, considerati i tempi di definizione dei procedimenti giudiziari, avrebbe esposto l'Ente alle suddette condizioni di mercato.

#### **(iv) Ulteriori considerazioni**

Atteso che la Corte dei Conti richiama espressamente ed esclusivamente i *vizi di nullità*, nel presente scritto non sono stati presi in considerazione ulteriori profili spesso oggetto di controversia in materia di derivati (es. obbligo di diligenza, correttezza, trasparenza *ex art. 21 TUF*, oppure, dichiarazione di operatore qualificato *ex art. 31 Reg. Consob 11522/98*) che per giurisprudenza costante, sia essa favorevole alle Banche che ai Clienti, ritiene questi motivi di inadempimento contrattuale e non vizi di nullità. In ogni caso si segnala che anche sul punto vi sono pronunce contrastanti.

Sempre in considerazione del fatto che la Corte dei Conti si limita alla sola giurisprudenza delle Corti di Appello, in questa sede non si è ritenuto opportuno analizzare gli orientamenti dei giudici di prime cure (se non per pronunce che analizzavano aspetti molto particolari), ma appunto sono state prese in considerazione solo decisioni di secondo grado o di Cassazione.

---

<sup>(3)</sup> Appare opportuno precisare che le richiamate pronunce della Corte di Cassazione riguardavano l'opportunità di un sequestro preventivo e non intervenivano per la definizione finale del processo.



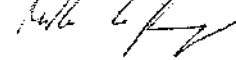
Il sottoscritto, come da incarico ricevuto, si è limitato ad evidenziare gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti con quelli richiamati dalla Corte dei Conti.

\* \* \*

Tutto ciò riportato, si ritiene di aver esaudito il compito assegnatomi e si resta in ogni caso a Vostra disposizione per ogni eventuale richiesta di informazioni e/o chiarimenti.

Cordiali saluti.

Avv. Matteo Di Pumpo



## COMUNE DI ALBENGA

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE DA SOTTOPORRE AL  
CONSIGLIO COMUNALE.

OGGETTO: Pronuncia n. 24/2016 della Corte dei conti - Sezione Regionale di Controllo per la Liguria - Controllo di regolarità contabile e finanziaria sul rendiconto dell'esercizio 2013 - Art. 1, comma 168, Legge 266/2005. Presa d'atto e adempimenti conseguenti.

### PARERE TECNICO:

Si esprime parere favorevole di regolarità tecnica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 del Decreto Legislativo 18.08.2000 n. 267, sulla proposta indicata in oggetto.

IL DIRIGENTE DI AREA  
(Dott. Massimo SALVATICO)



Addì 26 APR 2016

### PARERE CONTABILE:

Si esprime parere favorevole di regolarità contabile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 e 147 bis del D.Lgs. 18.08.2000 n. 267, così come modificato dal d.l. 10.10.2012 n. 174, convertito in legge 07.12.2012 n. 213, sulla proposta di deliberazione indicata in oggetto, la quale comporta riflessi diretti e indiretti sulla situazione economico-finanziaria o sul patrimonio dell'Ente.

IL DIRIGENTE DI AREA  
(Dott. Massimo SALVATICO)



Addì 26 APR 2016

Del ché si è redatto il presente verbale, per l'oggetto sopra indicato, contraddistinto dal n. **26** in data **29.04.2016**, che viene sottoscritto dal Presidente del Consiglio Comunale e dal Segretario Generale.

IL PRESIDENTE  
(Alberto PASSINO)



IL VICE SEGRETARIO  
(Dott. Emanuele SCARDIGNO)

(Registro Pubblicazioni n. **842**)

Su attestazione del Messo Comunale certifico che il presente atto trovasi in corso di pubblicazione per gg. 15 (quindici) a far tempo dal

- 3 MAG 2016

Albenga, - 3 MAG 2016



SEGRETARIO GENERALE

Il presente atto, pubblicato senza reclamo

alcuno dal \_\_\_\_\_

al \_\_\_\_\_,  
non essendo soggetto a controllo, è divenuto esecutivo a termini dell'art. 134 - comma 3° - del D. Lgs. 18.08.2000 n. 267, in data

Albenga, \_\_\_\_\_

IL SEGRETARIO GENERALE