

CONTRATTI BANCARI INTEREST RATE SWAP
NEGLI ENTI LOCALI
19 APRILE 2010

INTRODUZIONE

PREMESSA

Numerosi enti locali negli ultimi dieci anni hanno sottoscritto i tanto discussi "contratti derivati I.R.S.", c.d. SWAP (o contratti di scambio di interessi), essendo stati gli stessi presentati dalle banche come un sicuro "riparo" contro la fluttuazione dei tassi di interesse su un debito esistente o come possibilità di ristrutturare il proprio debito traendone vantaggi economici.

Tali contratti si sono però spesso rivelati una disastrosa beffa per gli enti locali a causa dei rischi insiti nella stessa tipologia contrattuale (spesso non percepiti dagli amministratori pubblici) o a causa delle tecniche aggressive di proposta adottate dagli intermediari che hanno imposto condizioni particolarmente gravose all'investitore.

Tali contratti hanno dunque finito, nella maggior parte dei casi, per avvantaggiare soltanto le banche, aggiungendo per gli enti locali, al debito che si diceva di voler proteggere, ulteriori grandissime perdite.

Tali contratti inoltre sono stati oggetto di numerosi pareri della Corte dei Conti, la quale ha evidenziato la loro criticità, rendendo il tema di grande attualità per gli amministratori pubblici.

Grande attenzione ha anche suscitato l'inchiesta penale della Procura della Repubblica di Milano posta sotto i riflettori dalla cronaca locale e nazionale.

DEFINIZIONE INTEREST RATE SWAP

L'*Interest Rate Swap* (I.R.S.) è un contratto (atipico ed aleatorio) in forza del quale le due parti contraenti assumono il reciproco impegno di **scambiarsi** periodicamente determinati flussi finanziari calcolati con modalità e parametri differenti (ad esempio tasso fisso contro tasso variabile o viceversa) rispetto ad un capitale teorico di riferimento il c.d. capitale [^]nozionale[^].

Il contratto I.R.S. ha essenza e **natura aleatoria**, in cui l'alea è rappresentata dalla fluttuazione dei tassi.

In base alla fluttuazioni dei tassi si determina un **profitto** per una delle due parti ovvero per la parte che ha previsto il corretto andamento dei tassi (se il tasso supera un determinato valore, lo **swap** copre il maggior costo, se scende sotto tale limite, la banca lucra il profitto o viceversa).

IL CONTRATTO QUADRO: FUNZIONE E CONTENUTO

Il contratto quadro o contratto normativo è il contratto che detta le **norme generali** per le future operazioni in strumenti derivati.

Esso deve necessariamente avere **forma scritta** a pena di nullità ai sensi dell'art. 23 del T.U.F. e deve essere sottoscritto in data anteriore ai contratti esecutivi.

L'invalidità del contratto quadro determina l'invalidità derivata dei contratti stipulati in sua esecuzione.

PROPOSTA MODULO D'ORDINE E CONFERMA

Generalmente il contratto esecutivo viene stipulato su **proposta** dell'intermediario.

Tale proposta è seguita dall'**ordine** del cliente e la sua esecuzione viene **confermata** dalla Banca.

DEFINIZIONE DEL MARK TO MARKET

I prodotti finanziari derivati I.R.S. non sono negoziati sui mercati regolamentati (e sono c.d. O.T.C. *Over-The-Counter*) e hanno un valore di mercato che varia quotidianamente al variare dei tassi e delle loro previsioni.

Tale valore di sostituzione (con un'altra operazione) o di estinzione anticipata è denominato valore *Mark to Market* (MTM). Esso di fatto rappresenta il **costo per l'estinzione o recesso anticipato dal contratto** e può essere sia positivo che negativo, essendo determinato in funzione di alcune variabili e generalmente:

- i flussi finanziari ancora da incassare o pagare;
- la curva dei tassi swap (o *forward*) ovvero le previsioni sulla fluttuazione dei tassi;
- la volatilità delle operazioni e delle opzioni previste dal contratto.

-

DIFFERENZE TRA ^OPERATORE ORDINARIO^ E ^OPERATORE QUALIFICATO^

Il Regolamento Consob approvato con Delibera n.11522 del 1998 e vigente *pro-tempore* per i contratti stipulati prima del novembre 2007 individua due categorie di soggetti contraenti di strumenti finanziari derivati: quella di **^operatore qualificato^** e quella di **^operatore ordinario^** (oggi, dopo il recepimento della direttiva MIFID, i clienti sono distinti in **^al dettaglio^**, **^professionali^** e **^istituzionali^** e la citata delibera 11522/98 è stata abrogata in favore della Delib. 16190/07).

La diversità di disciplina applicabile alle due distinte categorie comporta un differente livello di informazione e di cautele che debbono essere osservate dall'intermediario finanziario che tratta con i propri clienti (art. 21 e ss. del T.U.F. e art. 27 – 30 della Delibera Consob n. 11522/1998).

L'**art. 31** del Regolamento Consob 11522/1998 qualifica operatori qualificati:

- una serie di imprenditori che esercitano attività tipicamente finanziarie;

- *" le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal T.U.";*

- **le società e le persone giuridiche il cui legale rappresentante dichiara per iscritto il "possesso di una specifica competenza in materia di operazioni in strumenti finanziari"**.

LE NORME CIVILISTICHE

Oltre al rispetto delle specifiche norme in materia creditizia e finanziaria devono essere rispettate dall'intermediario le norme generali dettate del codice civile.

La Banca, proponendo ed eseguendo le operazioni di *interest rate swap* deve rispettare le norme ordinarie previste dagli artt.

- 1175 e 1176 c.c. in tema di comportamento secondo correttezza nelle obbligazioni in generale e diligenza nell'adempimento delle stesse;
- 1322 c.c. in tema di autonomia contrattuale;
- 1325 e 1346 c.c. in tema di requisiti del contratto;
- 1337 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale;
- 1338 c.c. in tema di conoscenza delle cause di invalidità del contratto;
- 1375 c.c. in tema di buona fede nell'esecuzione del contratto;
- 1418 c.c. in tema di cause di nullità del contratto;
- 1710 c.c. in tema di diligenza del mandatario a titolo oneroso.

LE VIOLAZIONE DELLE NORME ESPRESSAMENTE DETTATE IN MATERIA DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

La Banca, proponendo ed eseguendo le operazioni di *interest rate swap* deve rispettare le norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria:

- Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria D.lgs 24.2.1998 n.58 (in particolare gli artt. 21, 23 e 94);
- Regolamenti CONSOB (in particolare il n. 11522/98, artt. 27-30, oggi abrogato e sostituito, dopo il recepimento della direttiva MIFID, dal n. 16190 del 29.10.07).

LA DIRETTIVA M.I.F.I.D.

Le norme di recepimento della direttiva c.d. M.I.F.I.D. nel nostro ordinamento (D.lgs n.303/2006, L. n. 15/2007, D.lgs n. 164/2007, D.lgs n. 195/2007, D.lgs n. 229/2007, Regolamento Intermediari Consob n. 16190/2007 e Regolamento Mercati Consob n. 16191/2007), benché siano entrate in vigore solo nel 1° **novembre 2007**, possono essere considerate in molti casi come la specificazione di principi generali già previsti in precedenza dal T.U.F. e dai Regolamenti Consob. Esse, pertanto, in alcuni casi possono essere utilizzate anche per integrare e interpretare le norme previgenti.

LE SPECIFICHE NORME PREVISTE PER GLI ENTI LOCALI

In aggiunta a quelle già citate vi sono delle specifiche norme previste dal Legislatore per gli enti locali.

Oltre ovviamente a quelle generali (ad esempio sulla competenza a contrarre) previste dal T.U. degli Enti Locali (artt. 42, 149, 192, 199, 203, 204 D.Lgs. 267/2000) vi sono infatti delle norme dettate dalle leggi finanziarie succedutesi negli anni con i relativi decreti di attuazione e circolari interpretative (L. 724/1994, L. 289/2002, L. 350/2003, L. 448/2001, DM 389/2003, Circolare 27.05.04, Circolare 22.06.2007, L. n. 296/2006, L. 244/2007, D.L. 112/2008 conv. in L. 133/08).

Il Legislatore ha così disciplinato, seppur con indicazioni generiche, le operazioni in strumenti finanziari "permesse" agli enti territoriali, specificandone i limiti e le condizioni al fine di *"coniugare il doveroso rispetto dell'autonomia della finanza locale con*

l'imprecindibile riguardo all'economicità complessiva delle operazioni poste in essere dagli enti per la gestione del debito" (Circolari del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 27.05.2004, del 31.01.2007 e del 22.06.2007).

In tale ottica, i limiti che devono essere osservati dagli enti territoriali che intendono dar corso ad operazioni in derivati risultano essere:

- 1) riduzione del costo finale del debito;
- 2) riduzione dell'esposizione ai rischi di mercato;
- 3) accessorialità rispetto a passività effettivamente dovute;
- 4) contenimento dei rischi di credito assunti.

L'art.1 comma 737 della Legge finanziaria 2007 (L. 296/2007), integrando le previsioni della Legge finanziaria 2002 (L. 448/2001), dispone altresì che prima di concludere ogni operazione in strumenti derivati, gli enti locali sono tenuti, a pena di inefficacia del contratto, ad inviare al Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze i documenti inerenti (tale invio è elemento costitutivo dell'efficacia del contratto).

Oggi il D.L. 112/2008 (convertito con L. 133/2008 c.d. "manovra d'estate") ha espressamente sancito il divieto per gli enti locali di stipulare nuovi contratti relativi agli strumenti finanziari derivati (restrizione che si applica anche alle rimodulazioni o rinegoziazioni di quelli in essere) fino all'entrata in vigore di uno specifico Regolamento del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

I POSSIBILI VIZI CONTRATTUALI

Dall'eventuale violazione da parte dell'intermediario finanziario delle norme sopra citate può derivare l'invalidità (nullità o annullamento) o la risoluzione del contratto derivato stipulato nonché la sua responsabilità contrattuale o precontrattuale.

In merito la Suprema Corte (Cassazione Civile, Sezioni Unite sentenze nn. 26724 e 26725 del 19.12.2007) ha distinto, fatti salvi i vizi del consenso determinanti nelle ipotesi più gravi l'annullabilità, tra:

- norme di comportamento dei contraenti, la cui violazione integra una responsabilità precontrattuale (nella fase antecedente o coincidente con la stipula) e/o contrattuale assumendo anche i connotati dell'inadempimento (nella fase successiva alla stipula o in relazione alle operazioni compiute in esecuzione del contratto quadro) con conseguenti obblighi risarcitori ed eventuale facoltà di risoluzione;
- norme di validità del contratto da cui discende la nullità del medesimo (la nullità è espressamente prevista dagli articoli di legge o deriva da violazioni che incidano direttamente sulla natura e struttura del contratto).

I PARERI DELLA CORTE DEI CONTI

La Legge finanziaria per l'anno 2007, integrando precedenti disposizioni, ha previsto una specifica competenza della Corte dei Conti in merito alla valutazione della regolarità delle operazioni concluse dagli enti territoriali utilizzando "strumenti finanziari derivati".

L'attività di controllo sulla corretta gestione delle risorse pubbliche attribuita alla magistratura contabile si è estrinsecata con molteplici pronunce (deliberazioni) a partire dal 2007, le quali hanno sottolineato, laddove necessario, le criticità dei contratti esaminati, invitando le A.C. a provvedere ad assumere ogni eventuale iniziativa necessaria per ricondurre l'operazione al profilo di regolarità contabile.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

I dipendenti pubblici, legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, sono responsabili dei danni cagionati alla stessa per dolo o colpa grave, derivanti da comportamenti omissivi o commissivi, posti in essere nell'esercizio delle proprie funzioni (v. L. 20/1994).

Tale responsabilità comprende il danno erariale che può derivare dal pregiudizio cagionato direttamente all'amministrazione stessa o dal pregiudizio che il dipendente cagiona al terzo (e che l'amministrazione è obbligata a risarcire).

Al fine di configurare una responsabilità amministrativa deve essere provata la **colpa grave** del pubblico dipendente, se non il dolo. La colpa grave secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti si ha in caso di negligenza, imprudenza, imperizia particolarmente intensa. Nella complessa materia che ci occupa sarà necessario valutare alla luce dei singoli motivi di criticità dei contratti stipulati (eventualmente messi in luce dalla Corte dei Conti) e del concreto operato dei singoli (anche come componenti di un collegio) eventuali responsabilità dei pubblici funzionari che hanno concorso alla stipula dei contratti derivati.