

N. R.G. 727/2019



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO di PERUGIA
SEZIONE CIVILE**

nelle persone dei seguenti magistrati:

Dott. Claudia Matteini Presidente
Dott. Simone Salcerini Consigliere
Dott. Paola de Lisio Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. R.G. n. 727/2019 promossa da:

, rappresentata e difesa dall'

ed elettivamente domiciliata in

presso lo studio dell'Avv.

APPELLANTE

contro

COMUNE DI ORVIETO, in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore Dott.ssa Roberta Tardani, rappresentato e difeso unitamente e disgiuntamente tra loro dall'Avv. Luca Zamagni e Avv. Giovanni Cedrini ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Luca Maori in Perugia, via G. Marconi n. 6

APPELLATO

OGGETTO : contratti bancari

CONCLUSIONI DEI PROCURATORI DELLE PARTI

Per l'appellante
come in atti

Per l'appellato Comune di Orvieto :
come in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con sentenza resa il 27 marzo 2019 il Tribunale di Terni accolse la domanda proposta dal Comune di Orvieto volta ad ottenere la nullità di 15 contratti derivati -rientranti nella struttura del contratto di *swap* - stipulati tra gli anni 2001 – 2006 con la convenuta, condannando quest'ultima alla restituzione di oltre interessi dalla domanda al soddisfo.

In particolare, la disposta c.t.u. riscontrò uno squilibrio dei valori di mercato dei derivati in favore della Banca non compensato da un *up front* iniziale ; su tale base il Tribunale ritenne che tale condizione (caratterizzante il contratto come *non par*), seppur compatibile con il tipo di prodotto finanziario, sarebbe dovuta risultare oggetto di negoziazione espressa fra le parti poiché, in caso contrario, si sostanzierebbe in un caricamento di “costi occulti”. A tal proposito il c.t.u. rilevò che l'entità del margine di guadagno della Banca (derivante dalla differenza tra *up front* e *mark to market*) non era chiaramente illustrato nei contratti esaminati, comportando che essi non fossero idonei a svolgere la funzione cautelativa che ne doveva costituire lo scopo. Peraltro, le disegualianze di mercato non venivano illustrate nemmeno in sede di successiva rinegoziazione.

Alla luce di ciò il Tribunale ritenne che *“a prescindere dall'accertamento in merito alla natura speculativa o di copertura o di amministrazione del debito dei contratti in esame, resta accertata l'asimmetria iniziale fra le prestazioni del Comune e della Banca: infatti gli elementi dell'alea contrattuale, ivi inclusi gli scenari ad essa conseguenti, sia favorevole che non, costituiscono ed integrano la causa del contratto derivato in quanto determinano il “rischio” dell'operazione. Pertanto, il prezzo “iniziale” e quello potenziale dello swap (c.d. Mtm) devono necessariamente essere ex ante ben definiti e conosciuti con certezza dal cliente”*. L'assenza di una reale indicazione dell'alea contrattuale ha comportato, dunque, la nullità per difetto di causa concreta degli stessi con conseguente condanna alla restituzione in favore del Comune di Orvieto di euro , somma indicata nell'atto di citazione e in alcun modo contestata dalla convenuta.

Infine, secondo il giudice di primo grado, il complesso delle operazioni e le asimmetrie riscontrate non potevano ritenersi influenzate dalle ulteriori operazioni in derivati realizzate dal Comune con

Avverso la sentenza ha proposto appello chiedendo la riforma integrale della stessa con conseguente riconoscimento della validità dei contratti in oggetto ; con vittoria di spese di entrambi i gradi .

Si è costituito il Comune di Orvieto resistendo e chiedendo la conferma della sentenza impugnata e, in via subordinata, in caso di accoglimento del gravame, riproponendo *ex art. 346 c.p.c.* le domande già formulate e assorbite in primo grado ; con vittoria di spese.

La Corte con ordinanza del 9 marzo 2022 ha disposto c.t.u. tecnica stante la particolare materia trattata e dato atto dell'intervento della Suprema Corte nella materia in oggetto con la sentenza a sezioni unite n. 8770/2020.

All'esito dell'udienza di precisazione delle conclusioni la Corte ha ritenuto la causa in decisione.

L'appellante censura la sentenza impugnata affidandosi a sette motivi di appello.

Con il primo motivo contesta la sentenza laddove ha ritenuto l'alea razionale causa del contratto, atteso che nella sostanza l'obbligo informativo sarebbe così trasformato in un elemento causale necessario a pena di nullità.

Con il secondo motivo censura la sentenza laddove ha ritenuto che l'indicazione specifica delle componenti che concorrono al complessivo esborso finanziario del cliente, non richiesta dalle norme di legge *ratione temporis* applicabili, sia idonea ad incidere sull'alea del contratto derivato e quindi a determinare la nullità di quest'ultimo per difetto di causa.

Con il terzo motivo censura la sentenza laddove ha ritenuto che la mancata esplicitazione della remunerazione a favore della Banca determini un difetto di alea razionale integrante la causa dei contratti derivati, "essendo lecita sia l'applicazione di margini, sia la loro indicazione (non nello specifico dettaglio) ma all'interno dei valori complessivi del costo dell'operazione in conto proprio". Margine in favore dell'intermediario che sarebbe sempre determinabile a posteriori mediante un'analisi tecnica.

Con il quarto motivo l'appellante contesta la sentenza laddove ha affermato che al momento della stipula del contratto il valore del derivato debba essere "par" e che, in caso di contratto "non par", l'equilibrio finanziario delle condizioni di partenza debba essere ristabilito. Rilevando, in particolare, che non vi sarebbe alcuna norma che prescrive l'equivalenza in concreto del derivato e dalla quale si possa dedurre la natura indebita dello squilibrio e l'obbligo di versare la differenza all'altro contraente.

Con il quinto motivo l'appellante contesta l'omessa valutazione delle dichiarazioni di operatore qualificato rese dal Comune di Orvieto ai sensi dell'art. 31 Regolamento Consob 11522/98.

Con il sesto motivo l'appellante assume la compatibilità tra i contratti derivati stipulati e la normativa che consentiva ai comuni di sottoscriverli, contestando la sentenza laddove sembrerebbe far emergere una finalità speculativa dei contratti in oggetto, espressamente esclusa dal c.t.u.

Con il settimo motivo l'appellante assume l'erroneità della pretesa irrilevanza delle operazioni in derivati sottoscritte dal Comune di Orvieto con la

I motivi primo, secondo e terzo vanno esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi. I motivi sono infondati.

Giova preliminarmente ricordare che l'Interest Rate Swap è un contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo.

Sulla materia è di recente intervenuta la Suprema Corte che con la sentenza a sezioni unite n. 8770/2020 ha ritenuto irrilevante, ai fini della individuazione della causa nei contratti IRS, la finalità di speculazione o copertura in concreto perseguita dalle parti. La Corte ha altresì affermato che la funzione del contratto non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, *“che si forma nel relativo mercato e può appartenere o meno alle parti, dal momento che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo e costituisce espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata”* (Cfr Cass. Sez. Un. n. 8778/2020).

L'essenzialità dell'elemento del rischio nell'ambito del profilo causale di tali contratti ha indotto la Suprema Corte ad affermare che ai fini della valutazione in ordine alla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti - e quindi alla liceità del contratto - occorre accertare se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi. Accordo che non può limitarsi al *mark to market* ma deve investire anche gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi anche se impliciti. Inoltre, la meritevolezza di tutela del contratto va apprezzata *ex ante*, quindi gli elementi e i criteri utilizzati per la determinazione del *“mark to market”*, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, devono essere preventivamente conoscibili (Cass. n. 32705/2022). La sua omissione, come pure quella dei metodi su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera (al pari della carente esplicitazione dei costi impliciti o della prospettazione dei suoi “scenari probabilistici”) l'impossibilità di individuare concretamente l'alea oggetto dell'IRS (Cass. n. 21830/2020). In difetto di questi elementi il contratto deve ritenersi nullo per mancanza di causa ex art. 1418, comma 2, e 1322, comma 2, c.c.

Secondo i principi sopra richiamati, dunque, l'ente locale avrebbe potuto sottoscrivere contratti derivati - a prescindere dalla funzione speculativa o di copertura dagli stessi in concreto perseguita - solo in presenza di una precisa misurabilità/determinatezza, *“allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia*

nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio” (cfr Cass. Sez. Un. 8770/2020).

Tanto premesso, in relazione alla fattispecie in esame, la Corte rileva che il c.t.u. del secondo grado, incaricato di verificare la rispondenza dei contratti oggetto del presente giudizio ai dettami tecnici enucleati dalla sentenza a sezioni unite richiamata, ha ritenuto che *“i contratti esaminati: non espongano i tre elementi individuati in sentenza, riportino dati che sono risultati sufficienti per soggetti esperti, quali non risulterebbero, secondo la relazione di I grado, gli esponenti comunali, per giungere alla determinabilità di due degli stessi tre elementi (mark to market e costi impliciti): se la loro precisione ha permesso di giungere a dati condivisi tra soggetti portatori di interessi contrapposti, per la loro elaborazione sono risultate necessarie conoscenze importanti del settore”* (pag. 43 della c.t.u. II grado). Inoltre, ha richiamato il giudizio del c.t.u. di primo grado secondo cui i contratti in esame non presentavano caratteri speculativi, ma non potevano definirsi di copertura, poiché non garantivano il fronteggiamento del rischio (pag. 43 c.t.u. II grado).

Ebbene, alla luce di quanto sopra, i contratti sottoscritti dal Comune di Orvieto difettavano dell'indicazione di tutti i parametri necessari alla misurabilità dell'alea (quale causa del contratto) e alla determinazione dell'oggetto contrattuale (Mtm, costi occulti e scenari probabilistici). Solo per due di questi è stato possibile ricostruirne *ex post* il valore, peraltro da parte di soggetti particolarmente esperti del settore. A tal riguardo, va anche evidenziato che il c.t.u. di primo grado, nel calcolare il totale delle commissioni implicite, rilevò che *“l'entità di tali commissioni non era chiaramente illustrato nei contratti...”* e specificò che la differenza di importi cui giunsero i rispettivi Ctp era *“attribuibile alle diverse scelte di modelli di valutazione (ad esempio di stima di volatilità)”* (pag. 24 c.t.u. I grado). Pertanto, la Corte ritiene di dover condividere la pronuncia di primo grado in quanto coerente con i principi sopra richiamati. Infatti, riscontrata l'asimmetria iniziale, correttamente il Tribunale ha rilevato che il conseguente margine di guadagno in favore della Banca non era chiaramente illustrato nei contratti, precludendo in tal modo al Comune la valutazione dell'effettivo rischio dell'operazione che stava per concludere. Peraltro, la diversità dei modelli di valutazione utilizzati *ex post* dai C.t.p. esperti del settore per ricostruire i valori esclude che questi fossero preventivamente conoscibili.

Inoltre, nei contratti in esame, restano non definiti gli *“scenari probabilistici”* che, come visto, devono anch'essi essere conosciuti *ex ante* da entrambe le parti. Infatti, quale operatore professionale e soggetto che ha predisposto lo strumento, l'intermediario finanziario ha sicuramente conoscenza degli scenari probabilistici circa l'evoluzione dei tassi futuri, avendo dunque piena consapevolezza dei rischi assunti. Mentre il cliente, in assenza di esplicitazione in contratto di detti scenari, per mancanza di conoscenze specifiche del settore sovente non è in grado di assumere scelte razionali. Nel caso di

specie, rispetto alla concreta complessità delle operazioni finanziarie realizzate, è stato escluso che il Comune avesse competenze sufficienti per una completa comprensione del funzionamento e dell'effettivo rischio delle operazioni stipulate.

Anche il quarto motivo di appello è infondato. Invero, come affermato anche nella sentenza appellata, la condizione di equilibrio iniziale dei valori di mercato in favore dell'intermediario risulta compatibile con il tipo di prodotto finanziario in questione, ma detta condizione deve essere oggetto di negoziazione espressa fra le parti. L'alea, dunque, non deve essere necessariamente simmetrica, ma in caso di asimmetria il valore del contratto (Mark to market), gli eventuali costi impliciti e gli scenari probabilistici devono essere ben definiti e conosciuti *ex ante* attraverso una specifica ed esplicita indicazione. Come sopra riscontrato, circostanza non sussistente nei contratti oggetto del presente giudizio.

Il quinto motivo è infondato. La nullità dei contratti in esame, infatti, deriva dall'assenza negli stessi degli elementi necessari alla misurabilità dell'alea quale causa concreta dei contratti sottoscritti. Tale difetto ha comportato che il Comune, soggetto all'evidenza non speculatore, non fosse reso consapevole di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto. Peraltro, dalle risultanze delle c.t.u. espletate, sia in I sia in II grado, è emersa una particolare complessità in concreto delle operazioni finanziarie poste in essere e tali per cui il Comune, al di là della dichiarazione di operatore qualificato dallo stesso sottoscrittore, non poteva avere le sufficienti capacità e competenze per poterne stimare gli effettivi rischi e conseguenze.

Il sesto motivo è altresì infondato. Come chiarito dalla sentenza delle Sezioni Unite richiamata, gli enti locali fino al 2013 potevano sottoscrivere contratti derivati di copertura solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva dei criteri già più volte indicati. Pertanto, anche in presenza di contratti con finalità di copertura (comunque esclusa nei derivati oggetto di causa) e quindi in ipotesi compatibili con la normativa vigente, ciò che rileva ai fini della validità è la presenza esplicita nell'accordo tra le parti dei parametri del *mark to market*, dei costi occulti e degli scenari probabilistici, quali criteri necessari per la misurabilità dell'alea. Criteri non esplicitati nei contratti derivati in esame.

Anche il settimo motivo è infondato dovendosi condividere quanto ritenuto dal giudice di primo grado, in quanto la Corte ritiene che le operazioni ulteriori realizzate dal Comune di Orvieto con la _____ non hanno influenzato quelle realizzate dal Comune stesso con la _____, poiché, come ribadito anche dall'appellante, perfettamente speculari rispetto a queste ultime e finalizzate a diminuire gli effetti negativi per le casse comunali da queste generati. In ogni caso, rilevato un vizio genetico di causa dei contratti oggetto di giudizio e comportante la loro nullità, non appare determinante valutare

gli stessi nel complesso della strategia intrapresa dal Comune per tutelarsi dalle variazioni dei tassi di interesse.

Va dunque confermata la nullità per difetto di causa dei contratti IRS stipulati tra le parti ed indicati nella relazione depositata dal c.t.u. il 23/01/2023 oltre che dalla relazione di primo grado depositata il 4.12.2012.

L'appello va dunque totalmente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo. Le spese della consulenza tecnica d'ufficio devono essere poste a carico dell'appellante soccombente e sono liquidate con separato decreto.

Vista la reiezione dell'impugnazione, si deve dare atto della sussistenza del presupposto per il raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Perugia, respinta ogni diversa domanda, istanza ed eccezione, così decide:

- respinge l'appello proposto da _____ e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 9/2019 emessa dal Tribunale di Terni in data 28.03.2019;
- condanna _____ al pagamento delle spese del II grado di giudizio in favore del Comune di Orvieto, che si liquidano, in euro _____ a titolo di compenso professionale, oltre rimborso forfettario al 15%, IVA e CAP come per legge;
- pone le spese di c.t.u. a carico della _____, come liquidate in separato provvedimento ;
- dichiara l'appellante assoggettabile al raddoppio del contributo unificato.

Perugia 19.6.2023

Il Presidente
Claudia Matteini