

N.R.G. 2585/2017

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE PRIMA CIVILE

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Domenico Bonaretti	Presidente
dr. Serena Baccolini	Consigliere
dr. Giuseppe Nuzzaci	Giudice Ausiliario rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. **2585/2017** promossa in grado d'appello

DA

[REDACTED] (C.F. _____), elettivamente domiciliato in
VIA MASCHERONI, 31 20145 MILANO presso lo studio dell'avv. _____
, che lo rappresenta e difende come da delega in atti
APPELLANTE

CONTRO

COMUNE DI _____ (C.F. _____) elettivamente
domiciliato in VIA SOLARI 43 20144 MILANO presso lo studio dell'avv.
_____ che lo rappresenta e difende come da delega in atti,
unitamente all'avv. MANELLA DUILIO (_____ VIA
VENEZIA, 4 65121 PESCARA;

APPELLATO

avente ad oggetto: Intermediazione finanziaria (S.I.M.) - Contratti di Borsa



sulle seguenti conclusioni:

Per [REDACTED] SPA:

Richiamate ai sensi dell'art. 346 c.p.c. tutte le proprie difese, eccezioni, produzioni e domande svolte in primo grado, nessuna esclusa [REDACTED] s.p.a., come sopra rappresentata e difesa, chiede che codesta Ecc.ma Corte di Appello adita, contrariis reiectis e previe le declaratorie del caso, voglia:

Nel merito:

- in accoglimento dell'appello proposto dall'appellante [REDACTED] in integrale riforma dell'appellata sentenza, rigettare tutte le domande proposte dal Comune di [REDACTED] nei confronti della Banca concludente; per l'effetto, condannare il Comune di [REDACTED] a restituire ad [REDACTED] l'importo di Euro 5.793.782,71 pagato da [REDACTED] in data 26.02.2018 in esecuzione delle sentenza di primo grado come da doc. 8 Fasc. [REDACTED] Appello, oltre interessi legali ex art. 1284, comma 4, c.c. dal 26.02.2018 sino al saldo effettivo;

- in via subordinata e salvo gravame, nella denegata ipotesi in cui si accogliessero le domande del Comune di [REDACTED] ridurre le pretese avversarie, tenuto conto di tutte le somme percepite, a qualsiasi titolo, dal Comune di [REDACTED] in esecuzione del contratto di cui è causa, nonché di tutte le difese ed eccezioni della Banca concludente, anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1225, 1227 e 1458 c.c.; per l'effetto, condannare il Comune di [REDACTED] alle conseguenti restituzioni in favore di [REDACTED] oltre interessi legali ex art. 1284, comma 4, c.c. dal 26.02.2018 sino al saldo effettivo.

In via istruttoria:

- rigettare tutte le istanze istruttorie avversarie;

- ammettere, all'occorrenza, i capitoli di prova testimoniale formulati dalla Banca concludente al § 14 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. di primo grado, con i testi ivi indicati;

- disporre, all'occorrenza, CTU tecnico-contabile avente ad oggetto i quesiti peritali formulati dalla Banca concludente ai §§ 15-16 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. di primo grado, così come ivi gradati;

- in subordine, nella denegata ipotesi in cui dovessero essere ammessi alcuni dei capitoli di prova testimoniale proposti dal Comune di [REDACTED] nel giudizio di primo grado, ammettere la Banca concludente a prova contraria con i testi indicati al § 3 della memoria ex art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c. di primo grado.



In ogni caso:

- con il favore delle competenze e spese di lite per entrambi i gradi di giudizio, oltre gli accessori di legge, ivi compreso il rimborso delle spese generali.

* * *

Per COMUNE DI _____

Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello adita:

1. in via principale nel merito, rigettare l'appello siccome infondato e quindi confermare integralmente la sentenza gravata, correggendo la sentenza nella sola parte in cui per mero errore materiale ha condannato la Banca alla refusione dei flussi riscossi alla data del 30.09.2015 in € 5.418.066,77 anziché nella corretta somma di € 5.413.738,112, ferma ogni altra statuizione;

2. in via subordinata e in accoglimento dell'appello incidentale condizionato, introdotto con il presente per la pur denegata ipotesi di accoglimento di uno dei motivi di appello ex adverso introdotti:

a. accertare e dichiarare comunque la nullità del contratto swap per uno degli altri profili dedotti dalla appellata in 1° grado ed in questa sede riproposti al par N) che precede (per ulteriore contrasto con l'art. 41 L. 448/1 e art 3 DM 389/03 e/o difetto di causa concreta e/o quale contratto atipico non tutelabile);

b. in via di ulteriore subordine annullare il suddetto contratto swap (e, si opus sit, i due contratti normativi) per errore essenziale riconoscibile della attrice (e/o se del caso anche ex art. 1430 c.c.);

c. sempre in via di subordine e alternativa, accertata e dichiarata la grave inadempienza della Banca convenuta agli obblighi a proprio carico, sia ex lege che per fonte contrattuale, nonché e comunque la violazione delle prescrizioni formali prescritte dagli artt. 27 e 29 Reg. Consob n. 11522/98, dichiarare la risoluzione del contratto swap e, se del caso, dei suddetti due contratti normativi;

d. per l'effetto dell'accoglimento delle domande tutte che precedono (e comunque), condannare la Banca convenuta alla restituzione dei flussi addebitati a carico dell'attore in esecuzione del suddetto swap, e quindi al pagamento della somma di € 5.413.738,112, quale saldo dei flussi corrisposti al 30.9.2015; nonché:

i. condannandola al pagamento degli interessi al tasso legale dalla data di versamento e sull'importo di ciascun flusso fino al saldo;

ii. accertando e dichiarando il diritto del Comune di _____ di ripetere quanto ulteriormente versato in esecuzione del contratto collar swap per cui è causa;



iii. in ogni caso accertando e dichiarando che nulla è dovuto dal Comune di [redacted] in esecuzione del suddetto contratto;

e. in via di ulteriore subordine, riconosciuta la grave inadempienza della Banca alle proprie obbligazioni, rinvenienti a suo carico sia ex lege sia contrattualmente, condannarla al risarcimento dei danni subiti dal Comune di [redacted] a titolo di responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale - in misura corrispondente ai flussi di interesse già pagati (come indicati al punto d) che precede), oltre che di quelli ulteriori dovuti sino alla naturale estinzione dei contratti (in caso di riconosciuta validità del derivato); nonchè di ogni altro esborso che esso Comune si sia visto addebitato per l'intercorsa operatività in derivati; sempre maggiorando gli importi da rimborsare degli interessi legali dalla data di pagamento di ciascun flusso al saldo;

f. sempre in via di subordine, per l'ipotesi di riconosciuta la validità dei contratti swap, per le causali tutte esposte nel par R) che precede, condannare altresì la Banca al rimborso in favore del Comune di [redacted] - a titolo di ripetizione di indebito e/o ingiusto arricchimento e/o risarcimento danni - della somma di € 495.829 (MTM dello swap alla firma del contratto, come da CTU); o di quelle diversa somma maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia, maggiorandola degli interessi al tasso legale con decorrenza dal 28.12.2006 (data di apertura del contratto swap) al saldo

3. in ogni caso, ferme le statuizioni sulla condanna alla refusione delle spese legali disposte nella sentenza del 1° grado di giudizio, condannare l'appellante alla refusione delle spese del presente grado di appello.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1) Con la sentenza n.3845/2017 il Tribunale di Milano, in accoglimento della relativa domanda proposta dal Comune di [redacted] ha dichiarato la nullità ex art.1418 n.1 c.c. del contratto derivato "collar" da questi stipulato il 28.12.2006 con Banca [redacted] s.p.a., dante causa dell'odierna [redacted] ed ha conseguentemente condannato quest'ultima alla restituzione in favore dell'Ente della somma di euro 5.418.066,47, oltre interessi legali calcolati dalla data di pagamento e sull'importo di ciascuno dei flussi pagati in esecuzione del contratto, sino al saldo effettivo, con spese processuali e di ctu, secondo soccombenza.



La nullità dichiarata consegue alla ritenuta violazione della norma imperativa costituita dall'art.41 della L.448/2001, letta in combinato disposto con l'art. 3.2 lett. d) del DM 389/2003, che consentiva agli enti pubblici territoriali di rinegoziare il proprio indebitamento, anche con ricorso a derivati, ma solo in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentissero di ridurre il valore finanziario delle passività totali a carico dell'ente.

- 2) Per la riforma di detta decisione ha interposto appello la Banca per i motivi che saranno in seguito trattati, a cui resiste l'Ente che insta per la conferma della decisione, proponendo in subordine appello incidentale, condizionato all'eventuale accoglimento di quello principale, per la riproposizione di tutte le ulteriori eccezioni di nullità non esaminate in primo grado perché ritenute assorbite.
- 3) All'udienza dell'11.12.2019 sono state precisate le conclusioni e la causa, previo deposito di conclusioni e repliche, è stata decisa nella camera di consiglio in videoconferenza del 23.4.2020.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Col primo ed articolato motivo di gravame la banca appellante censura sostanzialmente la decisione impugnata nella parte in cui ha dichiarato la nullità del derivato *collar* in questione, per avere –a suo dire- il Tribunale “*errato nel ritenere che l’art. 41 della Legge n. 448/2001, e l’art. 3, comma 2, lett. d), D.M. n. 389/2003 imporrebbero agli Enti Locali di stipulare unicamente collar con la perfetta equivalenza tra Mark to Market del cap e Mark to Market del floor (con conseguente presunto divieto di stipula di collar con Mark to Market negativo)*” evidenziando essa invece come tale normativa consentisse agli Enti Locali di rinegoziare liberamente il proprio indebitamento, anche mediante il ricorso a strumenti finanziari derivati, purché l'intera operazione di ristrutturazione del debito consentisse nel suo complesso “*una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti*



stessi”, ed evidenziando altresì come la norma di cui al citato D.M. n.389/2003 consentisse espressamente agli Enti Locali l’*“acquisto di «collar» di tasso di interesse in cui all'acquirente viene garantito un livello di tasso di interesse da corrispondere, oscillante all'interno di un minimo e un massimo prestabiliti”*, così come previsto dal contratto stipulato dal Comune appellato.

La censura è infondata.

Giova premettere e ricordare come, in termini generali, la struttura di un derivato *collar* comporta la cessione da parte della banca al cliente di una opzione *“cap”* a fronte della cessione di una opzione *“floor”* dal cliente alla Banca, e pertanto, anche a parere di questa Corte, perché l’operazione sia qualificabile come *“acquisto”* della copertura da parte del cliente, il corrispettivo della cessione dell’opzione *“floor”* non deve eccedere il corrispettivo dell’opzione *“cap”*, perché in tal caso il cliente sarebbe da qualificare come *“venditore”* della copertura e non *“acquirente”*.

Orbene, poiché ai sensi dell’art. 3, comma 2, lett, d), d.m. 389/2003, al cliente Ente Pubblico era consentito (*a legislazione vigente fino al 2013, quando poi la legge 147/13 ha escluso definitivamente la possibilità per gli Enti pubblici di far ulteriore ricorso a derivati*) solo l’*“acquisto”* di un derivato *collar*, e non anche la vendita, appare inconfutabile, a tal fine, che il corrispettivo della cessione della *“floor”* doveva necessariamente essere contenuto in tale limite e finalizzato esclusivamente a finanziare l’acquisto della *“cap”*, come peraltro chiarito dal Ministero dell’Economia e Finanze con la circolare interpretativa (vincolante quantomeno per gli Enti pubblici) del 27.5.2004.

E pertanto appare inconfutabile, nel caso in esame, come l’incontestato (*e peraltro accertato dalla CTU espletata in primo grado*) squilibrio tra il valore dell’opzione *“cap”*, accertato di gran lunga inferiore a quello della opzione *“floor”*, pone il derivato in questione in contrasto con la norma citata.

Ma la diversa tesi dell’appellante é -a parere di questa Corte- priva di fondamento, non solo perché in contrasto con l’evidenza letterale della



previsione normativa circa la sola possibilità di “acquisto” della copertura, ma anche perché in evidente contrasto con la generale *ratio* sottesa alla norma di cui all’art. 41 L. 448/01 che certo consentiva agli Enti Locali il ricorso a contratti derivati –sempre nei limiti del D.M. attuativo n. 389/03- ma al solo fine di contenere il proprio indebitamento, quindi al solo fine di copertura e non anche speculativo.

Per dirla con le parole della Suprema Corte di legittimità, intervenuta sul punto di recente e nella sua massima espressione a Sezioni Unite, *“Innanzitutto, il derivato per essere ammissibile, doveva essere economicamente conveniente essendo vietato concludere derivati speculativi. La Corte costituzionale, infatti, ha chiarito, con la decisione n. 52 del 2010 (che si ricollega a quella n. 376 del 2003), che il divieto di concludere contratti speculativi può essere ricondotto, in prima battuta, ai commi 4 e 6, dell’articolo 119 della Costituzione, che rispettivamente enunciano il vincolo dell’equilibrio finanziario e la necessaria finalizzazione dell’indebitamento alle spese di investimento “il riconoscimento della legittimazione dell’Amministrazione a concludere contratti derivati, sulla base della disciplina vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ne ha escluso la possibilità) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, comportava che solamente nel primo caso l’ente locale potesse dirsi legittimato a procedere alla loro stipula.”* (cfr. Cass. S.U. n.8770 del 12.5.2020).

Orbene, tenuto conto che il derivato in questione poteva e doveva essere per il Comune appellato solo strumento di copertura dal rischio che gli interessi sul suo mutuo/indebitamento di euro 24.400.000 superassero il tasso del 4,8% nel corso del rapporto, e tenuto invece conto dell’incontestata (e dimostrata) capacità del derivato in questione di produrre flussi/differenziali (sia positivi che negativi, come poi accaduto, e quindi produrre ulteriori passività –oltre agli interessi dovuti sul mutuo- tali da aggravare notevolmente l’indebitamento



dell'Ente) pari ad oltre 5 milioni di euro, appare indubbiamente *in re ipsa* la sua connotazione di strumento derivato (altamente) speculativo e non di semplice strumento di copertura dal rischio tassi di interesse per contenere l'indebitamento dell'Ente.

Ne consegue che, anche solo alla luce dei profili fin qui esaminati, va confermata la declaratoria di nullità del contratto ai sensi dell'art.1418 c.c. per l'acclarata contrarietà dello stesso alle citate norme imperative, nullità che -in ragione dell'appena esplicita sua connotazione speculativa- non può che colpire l'intero contratto, e non anche la sola parte previgente lo squilibrio tra MtM dell'opzione "cap" e Mtm dell'opzione "floor", come pure sostenuto in via subordinata dall'appellante e, a parere di questa Corte, senza fondamento.

2. E' invece fondata la doglianza afferente alla statuita decorrenza –dalla data del pagamento e non dalla domanda- degli interessi legali sulle somme in restituzione a seguito dell'accertata nullità del contratto.

Tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, condiviso da questa Corte, secondo cui *"In materia di indebito oggettivo, la buona fede dell'"accipiens", rilevante ai fini della decorrenza degli interessi dal giorno della domanda, va intesa in senso soggettivo, quale ignoranza dell'effettiva situazione giuridica, derivante da un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non trovando applicazione l'art. 1147 c.c., comma 2, relativo alla buona fede nel possesso, sicchè, essendo essa presunta per principio generale, grava sul "solvens", che intenda conseguire gli interessi dal giorno del pagamento, l'onere di dimostrare la malafede dell'"accipiens" all'atto della ricezione della somma non dovuta, quale consapevolezza della insussistenza di un suo diritto a conseguirla"* (cfr. Cass., n. 23543/2016), e tenuto conto dell'assenza in atti di prova certa di tale malafede in capo alla banca appellante, gli interessi dovuti sulle somme in restituzione vanno fatti decorrere dalla domanda.

3. Ed è infine fondata la doglianza afferente alla corretta quantificazione



dell'importo da restituire al Comune appellato.

Col quinto motivo di appello, infatti, l'appellante rileva come erroneamente il Tribunale ha condannato la Banca a restituire al Comune appellato l'importo di "€ 5.418.066,47 oltre interessi legali calcolati dalla data di pagamento", sostenendo - a pag. 9 della sentenza- che "la consulenza d'ufficio ha accertato che sino al 30.9.2015 (data di conclusione dell'indagine peritale) i differenziali generati dal collar siano stati complessivamente pari ad € 5.418.066,47 (tenuto conto anche dei differenziali positivi ricevuti dal Comune in esecuzione del contratto)", laddove invece il CTU aveva calcolato detta somma in € 5.413.738,12=.

La censura è manifestamente fondata e sulla stessa ha, peraltro, correttamente prestato adesione anche parte appellata.

Appare infatti del tutto evidente che la statuizione del Tribunale è frutto di materiale svista in quanto effettivamente il CTU ha accertato che "il collar ha generato differenziali netti a carico del Comune di _____ pari ad € 5.413.738,12" (cfr. pag. 69 della CTU).

Pertanto il quantum in restituzione va rettificato in tale misura.

4. Sulle spese di lite.

Reputa la Corte che il parziale accoglimento dell'appello costituisce giusto motivo per la compensazione di 1/4 delle spese del presente grado di giudizio, ponendo a carico dell'appellante i restanti 3/4, spese liquidate come in dispositivo secondo i criteri e parametri previsti dal D.M. n.55/14, come integrato dal D.M. n.37/18, tenuto conto del valore del giudizio e dell'attività difensiva svolta.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa o ritenuta assorbita ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- 1) accoglie parzialmente, nei limiti di quanto in motivazione, l'appello proposto da _____ s.p.a. avverso la sentenza n. 2877/2017



del Tribunale di Milano e, per l'effetto, ridetermina la somma da questa dovuta in favore dell'appellato Comune di in €.5.413.738,12 oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo, con conseguente condanna dell'appellato alla restituzione del di più percepito in forza della sentenza impugnata;

- 2) conferma nel resto l'impugnata sentenza;
- 3) compensa per 1/4 le spese del presente grado di giudizio e condanna l'appellante al pagamento in favore dell'appellato dei restanti 3/4 che, già in tale misura, liquida in euro 30.000,00 per compensi, oltre rimborso forfetario ed accessori di legge se dovuti;

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 23.4.2020

Il Giudice estensore

Giuseppe Nuzzaci

Il Presidente

Domenico Bonaretti

