



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI VENEZIA
SEZIONE I

Il Giudice dott. Silvia Bianchi

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa n. 5443/2019 R.G. promossa

da

COMUNE DI (C.F.), con il patrocinio dell'avv. GAMBINI FEDERICO, dell'avv. ACCIARI MATTEO e dell'avv. ZAMAGNI LUCA, elettivamente domiciliato in Mestre (30174 – VE), in Via Filiasi n. 48 presso l'avv. Francesca Mander, giusta procura allegata all'atto di citazione;

ATTORI

contro

(C.F.), con il patrocinio dell'avv. e dell'avv. , elettivamente domiciliato in Indirizzo Telematico presso il difensore avv. , giusta procura allegata alla comparsa di costituzione;

CONVENUTA

Oggetto: Intermediazione mobiliare(fondi di invest., gestione risparmio, etc).

CONCLUSIONI: Il Procuratore di parte attrice ha concluso: “Voglia l’Ecc.mo Tribunale di Venezia, ogni contraria istanza disattesa e rigettata: nel merito A) in via principale, accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in atti, la nullità del Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-22/12/2006, o, fra tali due contratti, di quello per il quale sarà ritenuta fondata la domanda, e per l’effetto, condannare , in persona del legale rappresentante pro tempore, a ripetere all’Ente attore tutti gli esborsi da questi sostenuti e sostenendi in ragione di tali contratti, oltre interessi legali da ciascun esborso costitutivo di tale somma sino al saldo effettivo, o la maggiore o



minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio; nonché accertare e dichiarare che il Comune di [redacted] non è obbligato a corrispondere a [redacted] alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei contratti di swap oggetto di causa; in via subordinata, accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in atti, la violazione da parte di Banca [redacted] e [redacted], degli obblighi su di esse gravanti quali controparti dei contratti Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-22/12/2006 nella prestazione dei servizi di investimento ad essi connessi e, per l'effetto, dichiarare risolti 23 ex artt. 1453 -1455 c.c. i contratti Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-24 22/12/2006, o, fra tali due contratti, di quello per il quale sarà ritenuta fondata la domanda, nonché, anche in caso di rigetto della domanda di risoluzione, condannare [redacted], in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere all'Ente attore il danno conseguito dalla esecuzione dei due contratti da liquidarsi in misura pari a tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi dall'Ente in ragione degli stessi, o la maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio (comunque da riconoscersi in importo non inferiore ai costi c.d. occulti addebitati/up front non corrisposti per tali operazioni pari ad Euro 492.202,32, il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo effettivo, nonché accertare e dichiarare che il Comune di [redacted] non è obbligato a corrispondere a Intesa alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei contratti di swap oggetto di causa; ovvero, in ulteriore subordine, accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in atti, l'indebito ovvero l'ingiusto arricchimento costituito dai costi c.d. occulti addebitati/up front non corrisposti in relazione ai contratti Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-22/12/2006 e, per l'effetto, condannare [redacted]

[redacted], in persona del legale rappresentante pro tempore, a corrispondere all'Ente attore i costi c.d. occulti addebitati/up front non corrisposti per Euro 492.202,32, o la diversa maggiore o minore somma che risulterà di giustizia, il tutto oltre interessi legali dal dovuto al saldo effettivo; B) altresì ed ad ogni modo, accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in atti, la violazione da parte di Banca [redacted], fra tali società, di quelle per le quali sarà ritenuta fondata la domanda, degli obblighi discendenti dal rapporto di consulenza instaurato con il Comune di [redacted] descritto in atti e,



per l'effetto, condannare _____, in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere all'Ente attore il danno subito e subendo in ragione di tale violazione, liquidandolo in misura pari a tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi dall'Ente in ragione del Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21- 22/12/2006, o nella maggiore o minore somma che risulterà di giustizia all'esito del giudizio anche alla luce delle eventuali ripetizioni o rifusione di danni che siano congiuntamente disposti in accoglimento delle Conclusioni formulate sub lett. A); il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo effettivo, nonché accertare e dichiarare che il Comune di _____ non è obbligato a corrispondere a _____, in persona del legale rappresentante pro tempore, alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei contratti di swap oggetto di causa; in ogni caso C) con vittoria per compensi ed esborsi, oltre spese generali, c.p.a. e iva, come per legge.

Il Procuratore di parte convenuta ha concluso: Piaccia all'Ill.mo Tribunale, respinta ogni contraria istanza, eccezione e/o deduzione, previa ogni declaratoria del caso: - in via preliminare, dichiarare l'inammissibilità delle domande avversarie perché prescritte, per le ragioni meglio indicate in narrativa; - nel merito, rigettare tutte le domande proposte *ex adverso*, nonché dichiarare l'assenza di qualsivoglia responsabilità in capo alla Banca; - in via riconvenzionale, nella denegata ipotesi in cui questo ill.mo Tribunale adito dovesse accertare la nullità dei Contratti Derivati, condannare il Comune in conformità all'articolo 3 del Contratto Quadro di Swap a tenere la Banca indenne e manlevata da ogni conseguenza pregiudizievole derivante da tale nullità come meglio indicato in narrativa; - in via subordinata, respingere la richiesta di condanna al risarcimento dei danni formulata dall'attrice sulla base di una presunta responsabilità precontrattuale e/o contrattuale e/o extracontrattuale della Banca convenuta per gli asseriti inadempimenti ad essa imputabili e dedotti in causa, ai sensi dell'articolo 1227, secondo comma, c.c. o comunque in via ulteriormente subordinata ridurre il risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 1227, primo comma, c.c.. In ogni caso, con vittoria di spese, diritti e onorari del giudizio.

Motivi di fatto e di diritto

Con atto di citazione notificato in data 24.5.2019, il _____ ha convenuto in giudizio _____, al fine di vedere accertata la nullità ovvero



Sentenza n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022

RG n. 5443/2019

Repert. n. 1791/2022 del 13/04/2022

Sentenza non definitiva n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022

la risoluzione di due contratti derivati stipulati tra le parti (Cash Flow Swap del 29-30.12.2005 e Basis Swap & Collar del 21-22.12.2006).

Il primo contratto prevedeva il pagamento immediato al Comune di _____ di € 65.000,00 (*up front*) e il pagamento, con cadenza semestrale, di flussi di cassa comprensivi di quota capitale e quota interesse a tasso fisso, già predeterminati contrattualmente, corrispondenti alle rate riferite al debito sottostante già esistente in capo all'ente; ancora, il contratto prevedeva il pagamento alla banca, con cadenza semestrale, di flussi di cassa certi e predeterminati contrattualmente, senza alcuna indicizzazione.

Il secondo contratto prevedeva un Nozionale Iniziale di € 2.819.300,00, valore ammortizzato nel corso dei semestri, che la banca pagasse al Comune di _____, con cadenza semestrale, il tasso variabile Euribor 6 mesi e che il Comune di _____

pagasse alla banca, con cadenza semestrale, il tasso variabile Euribor 6 mesi, diminuito di uno spread dello 0,10%, qualora non si fossero verificate talune condizioni espressamente elencate.

L'attore ha dedotto l'invalidità di dette operazioni per violazione a) della normativa sull'indebitamento degli Enti locali (per essere il Cash Flow Swap un finanziamento atipico elusivo della disciplina sull'indebitamento degli enti locali) b) delle pattuizioni di cui al contratto quadro stipulato *inter partes* (per essere il Cash Flow Swap operazione finanziaria non consentita dallo stesso) c) della disciplina dello *jus poenitendi* di cui agli artt. 30 e 32 TUF (essendo assente nei predetti contratti, conclusi con un cliente *retail* al di fuori dei locali commerciali della banca, ed in particolare a mezzo di tecniche di comunicazione a distanza ex art. 32 TUF, l'indicazione in ordine alla facoltà di esercizio del diritto di recesso disposte dall'art. 30 TUF) d) degli artt. 119 Cost. e 41 L. n. 448/2001 (in quanto, per come strutturati, gli IRS non erano idonei ad assolvere le funzioni assegnate dalla normativa imperativa pubblicistica alle operazioni in derivati degli enti locali) e) dell'art. 119 comma 6 Cost. e del Testo Unico Enti Locali, stante i vizi gravanti il processo formativo della volontà dell'Ente f) dell'art. 41 L. n. 448/2001, del Decreto MEF n. 389/2003 e della Circolare MEF del 27.5.2004, per conflitto delle operazioni con norme imperative relative al contenuto dei contratti derivati degli enti locali g) degli artt. 1322 e 1325 c.c., per difetto di meritevolezza, causa astratta e concreta dei negozi impugnati



nonché, ex art. 1346 c.c., per attribuzione alla banca del potere di determinare unilateralmente ed arbitrariamente l'oggetto del contratto, in forza della mancata condivisione del MTM, del suo metodo di calcolo e degli scenari probabilistici e in ragione della mancata prospettazione al cliente dell'esistenza di rilevanti costi impliciti.

In conseguenza della dedotta invalidità, il Comune di _____ ha chiesto la restituzione di tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi dallo stesso Comune in ragione dei suindicati contratti, oltre agli interessi legali da ciascun esborso sino al saldo effettivo e oltre all'accertamento che il Comune di _____ non è obbligato a corrispondere a _____ alcun importo presente o futuro, a qualsiasi titolo, in dipendenza dei contratti di *swap* oggetto di causa.

Inoltre, il Comune di _____ ha chiesto l'accertamento della la violazione da parte della convenuta degli obblighi discendenti dal rapporto di consulenza instaurato con l'attore, con conseguente condanna della banca a rifondere all'ente il danno subito e subendo in ragione di tale violazione.

In via subordinata, l'attore ha chiesto che venisse accertata la violazione da parte della convenuta degli obblighi derivanti dai contratti Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-22/12/2006 nella prestazione dei servizi di investimento ad essi connessi, con conseguente risoluzione ex artt. 1453 -1455 c.c. e condanna, anche in caso di rigetto della domanda di risoluzione, alla rifusione all'attore del danno conseguito dalla esecuzione dei due contratti da liquidarsi in misura pari a tutti gli esborsi sostenuti e sostenendi dall'Ente in ragione degli stessi.

In via ulteriormente subordinata, il Comune di _____ ha chiesto che venisse accertato l'indebito ovvero l'ingiusto arricchimento in relazione ai costi c.d. occulti addebitati e *up front* non corrisposti in relazione ai contratti Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-22/12/2006, con conseguente condanna di controparte a corrispondere all'attore i costi c.d. occulti addebitati e *up front* non corrisposti, oltre interessi legali dal dovuto al saldo effettivo.

Nel costituirsi in giudizio, _____ ha chiesto il rigetto delle domande attoree e, in caso di accoglimento della domanda di nullità formulata da controparte, ha chiesto in via riconvenzionale che il Comune di _____ fosse condannato a tenere la



convenuta indenne e manlevata da ogni conseguenza pregiudizievole derivante da una eventuale declaratoria di nullità dei Contratti Derivati (artt. 2 e 3 del contratto quadro IRS); in subordine, nell'ipotesi in cui il Tribunale avesse ravvisato l'illecito della banca, quest'ultima ha chiesto che venisse accertata l'insussistenza di danni risarcibili in favore dell'attore ai sensi dell'art. 1227 co. 1 e co. 2 c.c..

Ritiene questo giudice che la domanda principale di nullità dei contratti possa essere accolta per le ragioni di seguito esposte.

Innanzitutto, i contratti conclusi nel 2005 e nel 2006 dal Comune di _____ non sono conformi alla normativa che, nei soli casi espressamente contemplati e sulla base di una interpretazione restrittiva delle disposizioni dettate in materia, consentiva, all'epoca, la conclusione da parte degli enti locali di determinati derivati unicamente con finalità di copertura.

Sul punto, nella consulenza tecnica d'ufficio espletata nel corso del presente giudizio si legge, con riferimento allo Swap 2005, 'il contratto "Interest Rate Swap" non è un contratto swap vanilla, in quanto non vi è uno scambio di flussi indicizzato a un tasso variabile. Si tratta invece di uno scambio di flussi certi: Il Comune incassa differenziali dal 2 gennaio 2006 al 31 dicembre 2015, per un importo complessivo di € 6.273.987,69, e paga differenziali dal 30 giugno 2016 al 31 dicembre 2024, per un importo complessivo di € 10.508.795,84. L'onere complessivo del contratto, in termini di flussi di cassa, è quindi quantificabile in € 4.234.808,15 al netto dell'attualizzazione. Tale contratto viene dunque impropriamente chiamato Interest Rate Swap, quando in realtà si tratta di un Cash Flow Swap ... Viene anche denominato Duration Swap, in quanto in seguito alla sottoscrizione del contratto il Comune trasforma un piano di ammortamento in una serie di flussi crescenti con duration maggiore, ovvero un contratto il cui il nuovo piano di ammortamento ha un valore di mercato che presenta una sensibilità maggiore rispetto a possibili variazioni del tasso di attualizzazione ... il contratto si può considerare come equivalente a un particolare tipo di finanziamento e nella sostanza rappresenta una forma di ristrutturazione del debito. Il contratto del 2005 non risulta essere contemplato tra le operazioni consentite ai sensi dell'Articolo 3 del DM 389/03 che limita l'operatività in derivati degli Enti Locali, anche e soprattutto alla luce della Circolare MEF del 27 maggio 2004. Nello specifico, la struttura



Sentenza n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022

RG n. 5443/2019

Repert. n. 1791/2022 del 13/04/2022

del contratto del 2005 rappresenta un tipico esempio che ha portato il legislatore a intervenire al fine di evitare che gli enti possano diluire il debito spostando una parte del

carico degli oneri finanziari nel futuro ... nel caso dello Swap 2005 il contratto non può essere considerato un derivato con finalità di copertura in quanto il debito sottostante non presenta alcun rischio per il Comune trattandosi di tasso fisso. Il fatto che ci sia correlazione sostanziale tra nozionale e importi del debito sottostante rappresenta una condizione necessaria, ma non sufficiente affinché il derivato sia di copertura’.

Ritiene questo giudice di condividere le conclusioni cui sono pervenuti i CTU nominati, e ciò in linea con la pronuncia n. 8770 del 2020 delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che ha esplicitamente ritenuto che solo lo swap vanilla rientrasse nelle ipotesi previste dall’art. 3 D.M. 389/03.

Già sotto il profilo qui evidenziato il contratto concluso nel 2005 deve considerarsi nullo. Anche con riferimento allo swap del 2006 nella consulenza tecnica d’ufficio si legge ‘per quanto riguarda l’articolo 3 del DM 389/03 limita l’operatività in derivati degli Enti Locali, si nota che il contratto del 2006 è costituito da un COLLAR e da una componente (impropriamente denominata basis swap in quanto non indicizzata a tassi di tenore diversi e non contemplata nella lista dei prodotti derivati vanilla) che non risulta essere contemplata tra le operazioni consentite ai sensi dell’Articolo 3 del DM 389/03. Nello Swap 2006, la vendita del FLOOR è servita anche a finanziare il Basis Swap (ovvero finanziare lo spread negativo pagato dall’Ente) e a pagare i costi impliciti. L’intera struttura pertanto non soddisfa le prescrizioni dettate in tema di operatività in derivati degli Enti locali secondo il Decreto MEF n. 389/2003, e Circolare MEF del 27/05/2004’.

Ritiene questo giudice di condividere le conclusioni cui sono pervenuti i CTU nominati, in quanto il derivato concluso dall’attore nel 2006 non era conforme al D.M. 389/03 così come interpretato nella Circolare del 27.5.2004, ove si legge ‘è implicito nell’acquisto del collar l’acquisto di un cap e la contestuale vendita di un floor, consentita unicamente al fine di finanziare la protezione dal rialzo dei tassi di interesse fornita dall’acquisto del cap’.

Anche il contratto concluso nel 2006 deve considerarsi, sotto il profilo esaminato, nullo.

In secondo luogo, il contratto concluso nel 2005 dal Comune di ... deve considerarsi nullo anche perché non specificamente approvato con delibera consiliare.



Secondo l'insegnamento della Suprema Corte a Sezioni Unite, l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di "swap" da parte dei Comuni italiani, in particolare se del tipo con finanziamento "upfront", ma anche in tutti quei casi nei quali la negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, di competenza della giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico; in particolare, tale autorizzazione compete al Consiglio comunale ove l'"IRS" negoziato dal Comune incida sull'entità globale dell'indebitamento dell'ente, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, con la ricomprensione dei costi occulti che gravano sul rapporto (Cass. S.U. 8770/2020).

L'art. 42 comma 2 lett. i) D.Lgs. 267/2000 (TUEL) individua quale organo competente a deliberare la stipulazione di contratti di finanziamento il Consiglio Comunale, sia con riferimento ai mutui sia con riferimento agli altri contratti che determinino per l'ente "spese che impegnano i bilanci per gli esercizi successivi".

L'art. 192 lett. b) del TUEL, poi, dispone che la deliberazione debba concernere 'a) il fine che il contratto intende perseguire b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che sono alla base'.

Nel caso in esame, con Deliberazione n. 105 del 21/12/2005 il Consiglio Comunale ha autorizzato la operazioni di cui all'allegato A (doc. n. 7 di parte attrice).

Tuttavia, detta delibera non risulta sufficientemente specifica in ordine alle caratteristiche dell'operazione, riferendosi solamente a una comparazione tra il flusso delle rate che l'operazione avrebbe generato a carico dell'attore e i flussi che sarebbero stati generati dall'allora esistente indebitamento comunale.



Sentenza n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022

RG n. 5443/2019

Repert. n. 1791/2022 del 13/04/2022

A ciò si aggiunga che ~~Sentenza n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022~~ i contratti hanno rilevato come il contratto effettivamente

finalizzato con la Banca differisce leggermente come condizioni rispetto a quello presentato nell'allegato A della delibera del Consiglio Comunale n. 105/2005. Inoltre, nel suddetto allegato vi erano informazioni non corrette e fuorvianti (ad esempio non era corretto affermare che il vecchio piano fosse a rate costanti)'.
~~Sentenza non definitiva n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022~~

Deve, quindi, concludersi che il contratto concluso nel 2005 sia nullo anche perché non specificamente approvato dal Consiglio comunale, il quale non ha esaminato esattamente lo strumento poi sottoscritto e, comunque, lo ha approvato genericamente, senza indicare gli indirizzi operativi che conducono alla conclusione dell'operazione e i vincoli finanziari che l'ente intende assumere.

Con riferimento allo swap 2006, manca del tutto una delibera consiliare di approvazione di detto contratto, essendovi stata solamente una determina della Giunta comunale.

Ove si dovesse ritenere che la esistenza di costi impliciti, sui quali si ritornerà *infra*, comporti un indebitamento *ex art. 42 TUEL* rientrante, secondo la Suprema Corte, tra quelli che richiedono una specifica autorizzazione del Consiglio comunale, anche il contratto concluso nel 2006 dal Comune di _____ dovrebbe considerarsi nullo.

Né può ritenersi che vi sia stata una approvazione dello swap 2006 da parte del Consiglio comunale, in quanto la determina dirigenziale n. 2383 del 20.12.2006 richiamava la delibera n. 105/2005: come sopra detto, la delibera consiliare di approvazione di uno swap deve essere specifica e riferirsi a una determinata operazione, mentre non è ammissibile che sulla base di una delibera consiliare generica vengano approvate più operazioni diverse tra loro e non puntualmente previste dalla delibera medesima.

Soprattutto, i contratti conclusi nel 2005 e nel 2006 dal Comune di _____ sono nulli per assenza di causa e indeterminatezza dell'oggetto.

Sin dall'atto di citazione l'attore ha lamentato la mancata indicazione nei contratti del Mark to Market e della relativa formula matematica di calcolo.

Inoltre, ha denunciato la presenza di costi occulti e la mancanza di indicazione degli scenari probabilistici in relazione ai due contratti conclusi con la parte convenuta.

Come noto, con la sentenza n. 8770 del 2020, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che, essendo l'interest rate swap il 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, gli elementi essenziali di un interest rate swap sono stati individuati ne: a) la data di stipulazione del contratto (trade date) b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date) d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale. Se, poi, lo swap stipulato dalle parti è non par, con riferimento alle condizioni corrispettive iniziali, lo squilibrio così emergente esplicitamente dal negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori: questo importo è chiamato upfront (e i contratti non par che non prevedano la clausola di upfront hanno nel valore iniziale negativo dello strumento il costo dell'operazione: nella prassi, il compenso dell'intermediario per il servizio fornito). Invero, l'IRS può atteggiarsi ad operazione non par non solo in punto di partenza, ma può divenir tale anche con il tempo. In un dato momento lo squilibrio futuro (sopravvenuto) fra i flussi di cassa, che sia attualizzato al presente, può essere oggetto di nuove prognosi ed indurre le parti a sciogliere il contratto. Per compiere queste operazioni assume rilievo il cd. mark to market (MTM) o costo di sostituzione (meglio, il suo metodo di stima), ossia il costo al quale una parte può anticipatamente chiudere il contratto o un terzo estraneo all'operazione è disposto, alla data della valutazione, a subentrare nel derivato: così da divenire, in pratica, il valore corrente di mercato dello swap (il metodo de quo consiste, insomma, in una simulazione giornaliera di chiusura della posizione contrattuale e di stima del conseguente debito/credito delle parti). Nei fatti, per MTM s'intende principalmente la stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il mark to market non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l'ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale.



Con riferimento alla causa dello swap, la richiamata pronuncia ha indicato la causa dell'IRS nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio.

A tal fine, la Suprema Corte ha ritenuto necessario che l'accordo tra le parti si incentri sul mark to market, sugli scenari probabilistici e sui costi pur se impliciti.

Successivamente, sempre la Suprema Corte ha ribadito che l'indicazione del mark to market, compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo, costituisce elemento essenziale del contratto IRS. La sua omissione, come pure quella dei metodi (matematici) su cui determinare l'aleatorietà del contratto, genera (al pari della carente esplicitazione dei costi impliciti dello stesso o della prospettazione dei suoi c.d. "scenari probabilistici") l'impossibilità di individuare concretamente (rectius: misurare) l'alea oggetto dell'IRS" (così Cass. 21830/2021).

In assenza, quindi, della indicazione del *mark to market*, dei costi impliciti dello stesso o dei c.d. scenari probabilistici si ha carenza di elementi fondamentali dell'IRS, ovverosia della causa, che presuppone un'alea c.d. razionale, e dell'oggetto, che deve essere determinato e determinabile.

Da un tanto discende la nullità del derivato ai sensi degli artt. 1325 e 1418 c.c..

Infatti, la assenza delle indicazioni sopra individuate si traduce nella mancata formazione di un consenso in ordine agli elementi considerati, e, dunque, nella inconfigurabilità di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'investitore di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto (così Cass. 21830/2021).

Non può, pertanto, ritenersi che si tratti di semplice violazione di obblighi informativi (come tale idonea a determinare solo eventuali responsabilità risarcitorie), ma di una carenza che – tenuto conto delle descritte peculiarità caratterizzanti la causa e l'oggetto dello strumento in esame, nonché delle innegabili interazioni tra essi configurabili – investe proprio l'essenza (di una parte) dell'accordo, vale a dire del contratto medesimo, così da cagionarne la nullità (si legga, in tal senso, sempre Cass. 21830/21).

Non si tratta, quindi, di applicazione retroattiva di norme contenenti la previsione di specifici obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari non ancora in vigore al momento della stipula, così come lamentato da parte convenuta, ma dell'accertamento della validità



del contratto sotto il profilo della sussistenza della sua causa tipica sia sotto il profilo della determinatezza o determinabilità dell'oggetto, avuto riguardo alla presenza di elementi che consentano alla parte di valutare l'entità, sia sotto il profilo quantitativo e qualitativo, dell'alea del contratto che sta per essere concluso.

Conclusivamente, l'indicazione del *mark to market*, compresa l'esplicitazione della formula matematica per la determinazione del calcolo, l'esplicitazione dei costi impliciti e la prospettazione dei c.d. "scenari probabilistici" debbono costituire espressamente oggetto dell'accordo contrattuale ed essere in esso contenuti.

Nel caso in esame, i CTU nominati hanno accertato che 'per quanto riguarda lo Swap del 2005 ... Il clean price del contratto è pari a €462.733,92 ... La Banca non ha comunicato il clean price né il MtM alla stipula del contratto; pertanto, le commissioni non sono state esplicitate. Infatti, dichiarare i flussi certi del contratto non è sufficiente come informazione per poter affermare di aver esplicitato anche le relative commissioni, che sono rimaste implicite nelle condizioni contrattuali. Traducendo l'importo del clean value in termini di spread annuo percentuale sul nozionale medio di riferimento (ovvero il basis point running), risulta che l'importo di €462.733,92 corrisponde a uno spread di 61 punti base annui e al 3.75% del nozionale di partenza. Anche considerando non trascurabili (ma sicuramente inferiori ai 20 basis point running) gli aggiustamenti di xVA, risulta che le eventuali commissioni applicate (ma non dichiarate) cadono al di fuori dell'intervallo che caratterizza le condizioni tipicamente applicate dagli istituti di credito (0,15%; 0,40%) considerando il costo spalmato sui nozionali relativi al piano d'ammortamento in termini percentuali annualizzati). Per quanto riguarda lo Swap del 2006, il clean price risulta essere pari a €29.468,40 ... la Banca non ha comunicato il clean price né il MtM alla stipula del contratto, pertanto le commissioni non sono state esplicitate. Infatti, dichiarare i parametri e le barriere del contratto non è sufficiente come informazione per poter affermare di aver dichiarato anche le relative commissioni, che sono rimaste implicite nelle condizioni contrattuali. Traducendo l'importo del clean value in termini di spread annuo percentuale sul nozionale medio di riferimento (ovvero il basis point running), risulta che l'importo di €29.684,40 corrisponde a uno spread inferiore ai 10 punti base annui. Anche considerando trascurabili gli aggiustamenti di xVA, risulta che le eventuali commissioni applicate (ma



non dichiarate) cadrebbero all'interno dell'intervallo che caratterizza le condizioni tipicamente applicate dagli istituti di credito ... Il MtM di un contratto derivato alla stipula generalmente non è nullo ma negativo, in quanto bisogna prevedere delle commissioni per l'intermediario (relative ai costi di gestione, hedging, intermediazione etc.). Se il MtM maggiorato delle commissioni risulta ancora essere negativo, allora la Banca è tenuta a riconoscere un upfront al cliente pari alla differenza tra il (valore assoluto del) MtM e le commissioni. Per conoscere il corretto valore da attribuire all'upfront di un contratto, risulta pertanto indispensabile l'informazione non solo sul MtM ma anche delle commissioni applicate. Il contratto 2005 presenta una commissione del 3,75% rispetto al nozionale iniziale e dello 0,61% annualizzata se spalmata lungo tutta la durata del contratto coerentemente col piano d'ammortamento. Tale commissione è da considerarsi al di fuori delle consuete commissioni bancarie per questi tipi di contratto (0.15% - 0.40%) anche se non in modo drammatico; resta infatti dominante il fatto che non siano state esplicitate. Il contratto 2006 presenta invece commissioni di importo contenuto (minori di 10 basis point running), ovvero entro i valori tipicamente applicati sul mercato, per quanto suddette commissioni non fossero state esplicitate'.

Dalla analisi dei contratti derivati (docc. 12 e 15 di parte attrice) e dalle conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio espletata, così come sopra riportate, non può che ritenersi che i derivati conclusi nel 2005 e nel 2006 dal Comune di siano nulli per mancata indicazione del mark to market, degli scenari probabilistici e dei costi occulti.

A tal proposito, parte convenuta afferma che la indicazione del mark to market sarebbe contenuta nell'art. 12 del contratto quadro, che prevede che, nel caso di risoluzione del contratto, la parte inadempiente sia tenuta a corrispondere all'altra 'quell'importo che la controparte dimostri di aver speso per stipulare uno o più contratti, che, sulla base di quotazioni di mercato scelte a propria discrezione, sostituiscano integralmente...il contratto risolto (Costo di Sostituzione o Mark to Market) o in alternativa un importo pari al 4% in ragione d'anno per la vita residua del contratto risolto'.

Tuttavia, il riferimento a 'quotazioni di mercato scelte a propria discrezione' è generico e indeterminato, e pertanto inidoneo a soddisfare i requisiti di chiarezza e precisione individuati dalla Suprema Corte a Sezioni Unite.



Inoltre, trattasi di un criterio arbitrario, essendo rimesso alla scelta discrezionale della parte.

Con riferimento, poi, all'ipotesi alternativa ('un importo pari al 4% in ragione d'anno per la vita residua del contratto risolto'), manca l'indicazione della base di calcolo della percentuale del 4%, non essendo previsto che questa debba consistere, come affermato da parte convenuta, nel nozionale.

Anche in questo caso, quindi, la indicazione è incompleta e non specifica, mentre l'accordo sul mark to market deve investire, in modo specifico, completo e dettagliato, l'indicazione del criterio (matematico) con il quale si addiviene al calcolo del menzionato valore. Conseguentemente, non possono ritenersi conformi al predetto *iter* le condotte degli intermediari che si concretizzano nella formulazione generica di criteri di calcolo, ovvero che rimandano alle "quotazioni di mercato", con il rischio che la valutazione possa essere rimessa alla discrezionalità ed all'arbitrio della parte contrattuale più forte (così Cass. 21830/2021).

A ciò si aggiunga che la clausola in questione risulta applicabile alla sola ipotesi di risoluzione per inadempimento, mentre la determinazione del mark to market costituisce elemento strutturale essenziale del contratto.

Con riferimento all'indicazione degli scenari probabilistici, essi non possono consistere, come sostenuto da parte convenuta, nella asserita comunicazione al Comune di _____, nella fase antecedente alla stipula dei contratti, della curva forward.

Innanzitutto, parte convenuta non ha fornito prova di avere comunicato al Comune di _____ la curva forward, non essendo a tal fine sufficiente la presenza, in atti amministrativi dell'ente, della indicazione di tassi di interesse.

In ogni caso, come rilevato dalla giurisprudenza di merito successiva alla pronuncia n. 8770/2020, la curva forward concerne l'andamento dei tassi di interesse del debito originario sulla base di una proiezione futura dell'andamento del valore dei tassi medesimi, e dunque non riguarda direttamente l'IRS, costituendo soltanto uno dei tanti elementi utilizzati per elaborare una valutazione probabilistica degli esiti del contratto in derivati alla luce delle pattuizioni e dei molteplici scenari analizzati (così Corte di Appello di Bologna n. 404 del 2022).



Ancora, detti scenari debbono costituire parte integrante dell'accordo e non possono consistere in informazioni rese nella fase precontrattuale.

Quanto, infine, ai costi impliciti, non vi è dubbio che i due contratti oggetto di causa non prevedano espressamente alcun costo, mentre la consulenza tecnica d'ufficio ha posto in luce come dei costi, invece, sussistano.

Anche sotto detto profilo, quindi, i negozi devono considerarsi nulli, in quanto, a prescindere dalla esistenza di margini di redditività per la banca previsti con la stipula del contratto in derivati, ciò che rileva è se la eventuale retribuzione abbia formato oggetto di accordo negoziale fra le parti che hanno perfezionato il contratto (si legga, in tal senso, Cass. 21830/2021).

Infine, non sussistono i presupposti per la effettuazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea richiesto da parte convenuta.

Infatti, le norme applicate ai fini della declaratoria di nullità dei contratti sono contenute nel codice civile ovvero in altre norme non di derivazione europea, quali sono quelle in materia di obblighi informativi in capi agli intermediari finanziari.

Si tratta, a questo punto, di valutare le conseguenze della accertata nullità – la cui azione è imprescrittibile - dei contratti del 2005 e del 2006 stipulati dal Comune di _____.

Deve, sul punto, ritenersi sussistente il diritto dell'attore a vedersi restituiti, ai sensi dell'art. 2033 c.c., i flussi differenziali corrisposti.

Detta azione non può ritenersi prescritta, stante l'invio da parte del Comune di _____ della lettera di cui al documento 23 in data 1.3.2017.

Infatti, nonostante i contratti siano stati conclusi nel dicembre 2005 e nel dicembre 2006, il pagamento dei singoli flussi differenziali era previsto con cadenza semestrale, di tal che il termine di prescrizione decorre dalla data del singolo pagamento (30.6.2009 per il Basis Swap & Collar e 30.6.2016 per il Cash Flow Swap).

Al contempo, deve escludersi che sussista il diritto della parte convenuta ad essere manlevata dal Comune di _____ ai sensi degli artt. 2 e 3 del contratto quadro.

All'articolo 2 citato si legge che l'ente comunale dichiara e garantisce che: '(a) gli specifici contratti derivati su tassi d'interesse non rivestiranno mai carattere speculativo e saranno stipulati nel rispetto di tutte le condizioni e prescrizioni dettate ... dal DM 389... e



comunque all'esito di opportune verifiche volte ad accertare la conformità alla suddetta normativa", da parte dell'Ente stesso; - "(b) il contratto quadro e i contratti derivati specifici su tassi d'interesse stipulati ai sensi del presente contratto quadro risultano conformi alla normativa statutaria e regolamentare dell'ente"; - "(c) l'Ente nei propri atti interni ha dato idonea evidenza documentale della sussistenza dei requisiti di cui ai precedenti punti (a) e (b) per la stipula del contratto quadro e dei contratti derivati specifici su tassi d'interesse'.

L'articolo 2 citato dispone che 'tutte le circostanze dichiarate negli articoli 1 e 2 sono vere ed effettive, obbligandosi a tenere indenne la Banca da qualsiasi danno, spesa, perdita o costo in qualsiasi modo connessi e conseguenti alla non veridicità, comunque fatta valere ed accertata, delle dichiarazioni effettuate'.

Ora, i contratti derivati conclusi dal Comune di _____ sono stati considerati invalidi non solo perché non rispettosi della normativa in materia di enti locali, ma anche e soprattutto perché carenti di elementi essenziali e, quindi, nulli in base alle norme del codice civile.

Il diritto alla restituzione, quindi, spetta all'attore anche solo sotto detto ultimo profilo, di talché le disposizioni richiamate da parte convenuta ai fini della manleva appaiono ininfluenti ai fini della esclusione del diritto in questione in favore del Comune di _____

Al contempo, non è ipotizzabile una compensazione tra la somma cui la convenuta sarà condannata in favore dell'attore in conseguenza della accertata nullità e 'gli obblighi di manleva a carico dell'ente di cui all'articolo 3': quest'ultimo non è un controcredito e la manleva potrebbe trovare applicazione solamente in caso di condanna della banca che poggiasse in via esclusiva sulla non veridicità delle informazioni di cui all'articolo 2.

L'accoglimento della domanda di nullità formulata in via principale dal Comune di _____ esonera questo giudice dall'esame delle domande svolte in via subordinata; non va, del pari, esaminata la eccezione formulata da parte convenuta ai sensi dell'art. 1227 co. 2 c.c., in quanto formulata in relazione alla domanda subordinata di risarcimento dei danni.



Sentenza n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022

RG n. 5443/2019

Repert. n. 1791/2022 del 13/04/2022

Sentenza non definitiva n. 696/2022 pubbl. il 13/04/2022

La causa va rimessa in istruttoria, al fine dell'espletamento di una integrazione alla consulenza tecnica d'ufficio volta a stabilire le somme (flussi differenziali) corrisposte dal Comune di _____ in forza dei contratti dichiarati nulli.

P.q.m.

non definitivamente decidendo nella causa n. 5443/2019 R.G. promossa da COMUNE DI _____ nei confronti di _____,

- accerta e dichiara la nullità del Cash Flow Swap del 29-30/12/2005 e del Basis Swap & Collar del 21-22/12/2006;
- rigetta la domanda riconvenzionale proposta da _____ ;
- dispone come da separata ordinanza ai fini della rimessione della causa in istruttoria per la determinazione della somma spettante al COMUNE DI _____ in restituzione.

Venezia, 29.3.2022

il Giudice

dott. Silvia Bianchi

