

SENT. N. 1558/2018



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D' APPELLO DI L' AQUILA

n. 1475/12 R.G.

n. 7711/18 cion.

n. 1436/18 rep.

La Corte, composta dagli Ill.mi Signori Magistrati:

Dott. Elvira **BUZZELLI** Presidente

Dott. Giancarlo **DE FILIPPIS** Consigliere rel. est.

Dott. Ciro **MARSELLA** Consigliere

riunita in Camera di Consiglio ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d' appello iscritta al N° 1475/2012 R.G., posta in deliberazione decorso il 9/4/2018 il termine per il deposito delle memorie di replica e vertente

TRA

[REDACTED], con sede in Roma, elettivamente domiciliata in L' Aquila presso lo studio dell' Avv. **[REDACTED]**, rappresentata e difesa dagli Avv. **[REDACTED]** e **[REDACTED]**.

APPELLANTE

E

COMUNE DI [REDACTED], elettivamente domiciliato presso

lo studio dell' Avv. Duilio Manella, che lo rappresenta e difende.

APPELLATO

OGGETTO: swap.

CONCLUSIONI: cfr. verbale dell' udienza di precisazione delle conclusioni.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza n. 1241/2012, depositata l' 11 ottobre 2012, il Tribunale di Pescara, accogliendo parzialmente le domande proposte dall' odierno appellato con atto notificato il 18 giugno 2008, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in ordine alle domande dell' attore relative al contratto IRS Purple Collar, nonché in ordine alla domanda riconvenzionale subordinata del Comune, a condannato la banca a pagare all' attore la somma di € 467.524,47, per gli indebiti pagamenti trattenuti in relazione al contratto IRS I/O 109163 e di € 204.837,93 in relazione al contratto IRS I/O 156118, oltre interessi, in misura legale, dal giorno di negoziazione di ciascun contratto al saldo, ha condannato il Comune a pagare alla banca convenuta la somma di € 222.914,64, oltre interessi di mora, come da contratto, al tasso Euribor 6 mesi sulle singole



scadenze al saldo, ha condannato la banca a rimborsare all' attore il 60% delle spese del giudizio, compensando tra le parti il restante 40% ed ha posto quelle di C.T.U. a carico della banca.

L' appellante ha chiesto il rigetto delle domande proposte dall' attore o, in subordine, la riduzione ad € 410.000,00 della somma dovuta al Comune e la ripetizione di quanto pagato in base alla sentenza impugnata, oltre al maggior danno ai sensi dell' art. 1224 c.c. o, in subordine, interessi legali e rivalutazione monetaria, con vittoria di spese del doppio grado di giudizio.

A fondamento dell' appello ha dedotto (il corpo tipografico che segue è quello adottato dalla banca):

1) L' ERRONEITÀ, SIA SOTTO IL PROFILO TECNICO CHE SOTTO QUELLO GIURIDICO, DELL'AFFERMAZIONE SECONDO CUI NEI RAPPORTI TRA BANCA E CLIENTE ALLA STIPULA DEL CONTRATTO IL VALORE DELLO SWAP È SEMPRE NULLO, DOVENDO LE POSIZIONI DELLE PARTI ESSERE IN PERFETTO EQUILIBRIO (DERIVATO "PAR"), CON CONSEGUENTE OBBLIGO DELLA BANCA, IN CASO DI SQUILIBRIO (DERIVATO "NON PAR") DI PAGARE UNA SOMMA DI DANARO AL CONTRAENTE SVANTAGGIATO;

2) L' ERRONEITÀ DELL'AFFERMAZIONE SECONDO CUI

L'OBBLIGO DI INFORMAZIONE E TRASPARENZA DELLA BANCA NEI CONFRONTI DEL CLIENTE RICAVABILE DALL'ART. 21 TUF E DALL'ART. 1337 C.C. AVREBBE RICHIESTO "L'INDICAZIONE CHIARA, NEL CONTRATTO STESSO, DEI COSTI REALI DELLA STRUTTURA, IVI ESPRESSAMENTE COMPRESI I COSTI DI PRODUZIONE DEL DERIVATO RICARICATI SUL CLIENTE ED IL MARGINE EFFETTIVAMENTE LUCRATO DALLA CONTROPARTE BANCARIA"; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE SUL PUNTO DELL'ART. 21 TUF E DELLA NORMATIVA SECONDARIA DI SETTORE";

3) L' ERRONEITÀ DELL'AFFERMAZIONE DELLA SENTENZA IMPUGNATA SECONDO CUI LE PREVISIONI CONTRATTUALI DEL DERIVATO, CHE ESCLUDEVANO "COMMISSIONI" A CARICO DEL CLIENTE AVREBBERO IMPEDITO ALLA BANCA L'APPLICAZIONE DI MARGINI SUL PREZZO FINALE. ERRATA E COMUNQUE INCONGRUA E CONTRADDITTORIA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA NELLA PARTE IN CUI, HA PRETESO DI INTERPRETARE IL CONTRATTO PRESCINDENDO COMPLETAMENTE DAL QUADRO NORMATIVO PRIMARIO E SECONDARIO E DALL'INQUADRAMENTO TECNICO DELLE OPERAZIONI EFFETTUATO DALLA CTU IN ATTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI NEGOZIAZIONE IN CONTO PROPRIO DI CUI ALL'ART. 32 REG. CONSOB 11522/98. VIOLAZIONE E FALSA

APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI INTERPRETAZIONE DEI CONTRATTI DI CUI AGLI ARTT. 1362, 1366, 1369, 1371 C.C.;

4) L' ERRONEITÀ DELL'AFFERMAZIONE DELLA SENTENZA CHE QUALIFICA I MARGINI (O SE SI VUOLE I COSTI IMPLICITI) APPLICATI DALLA BANCA COME PAGAMENTI INDEBITI *AB ORIGINE*, DA RESTITUIRE AL COMUNE DI PENNE. ERRONEITÀ DELLA QUALIFICAZIONE DI UN INDEBITO DAL MOMENTO DELLA STIPULAZIONE DEI CONTRATTI, E DELLA CONDANNA AL PAGAMENTO DEGLI INTERESSI DA TALE DATA. INCONFIGURABILITÀ DI UNA MALAFEDE DELLA BANCA NELLA PERCEZIONE DEI MARGINI;

5) IN SUBORDINE, NELLA DENEGATA IPOTESI DI MANCATO ACCOGLIMENTO DEI RESTANTI MOTIVI: ERRONEA DETERMINAZIONE NEL QUANTUM DEI MARGINI (O SE SI VUOLE DEI COSTI IMPLICITI) APPLICATI DALLA BANCA. NECESSITA' DI FARE RIFERIMENTO ALLE EVIDENZE CONTABILI DELLA BANCA. QUANTIFICAZIONE DEI MARGINI APPLICATI NELLE OPERAZIONI DI CUI È CAUSA IN COMPLESSIVI € 410.000 E NECESSITÀ DI RIDETERMINARE CONSEGUENTEMENTE LE COMPENSAZIONI E RESTITUZIONI DISPOSTE IN SENTENZA;

6) L' INFONDATEZZA DELLA CONDANNA DI BNL AL PAGAMENTO DELLE SPESE DI GIUDIZIO E DI CTU.

L' appellato si é costituito e ha chiesto il

rigetto dell' appello, con vittoria di spese del giudizio.

In subordine, in caso di riforma della sentenza impugnata, ha chiesto la condanna della banca a pagare le somme riconosciute dal Tribunale a titolo di risarcimento del danno o di arricchimento senza causa.

Precisate le conclusioni, la Corte, decorsi i termini concessi per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, si riservava la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L' appello è infondato e deve essere respinto.

Va premesso, sulla scorta delle definizioni che ne dà un soggetto particolarmente qualificato, la Consob, che gli swap si distinguono in *par* (che hanno valore zero alla apertura) e *non par* (con valore negativo per una delle parti alla firma dello swap) e si intende per costo o "commissione implicita" il valore negativo dello *swap non par* alla apertura, e cioè il valore di mercato (*mark to market: mtm*) negativo per il cliente alla data di firma dello swap, al quale non corrisponde un equivalente premio (*up front*) e che costituisce una commissione, o margine, per la banca.

Nei due contratti ancora all' esame di questa Corte (IRS I/O 109163 e IRS I/O 156118) le parti avrebbero potuto pattuire commissioni o margini in favore della banca, ma avrebbero dovuto convenirlo espressamente, perché l' art. 23, 2° co. T.U.F. dichiara nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente, e di ogni altro onere a suo carico, specificando che, in tali casi, nulla è dovuto.

Nella specie, l' art. 4 del contratto denominato "contratto per operazioni su strumenti finanziari derivati "Interest Rate Swap", concluso tra le parti il 19 febbraio 2002 (doc. n. 5 in fascicolo appellato), prevede che sia la banca a calcolare tutti gli importi dovuti ai sensi del contratto ed a comunicarli al cliente, così imponendo alla prima di calcolare e comunicare al Comune anche i costi strutturali.

Il successivo art. 5 del contratto quadro, all' ultimo comma, prevede che il Comune corrisponda alla banca le commissioni indicate nell' allegato A, ma in detti allegati, sia del contratto IRS I/O 109163 che dell' IRS I/O 156118, alla voce "commissioni" non è stato indicato nessun importo (la riga corrispondente è sbarrata con il

seguinte tratteggio: "==" : cfr. (doc. nn. 1 e 2 in fascicolo appellato).

In conclusione, non solo nei contratti non è stato espressamente previsto il pagamento di commissioni, ma ciò è stato espressamente escluso.

La banca, invece, non solo le ha applicate, ma ha anche omesso di comunicarlo al cliente, obbligo che aveva anche qualora fossero state convenute.

Chiamare le commissioni "margini" non sposta i termini del problema, perché non basta che i margini siano usualmente praticati, ma occorre, a norma dell' art. 23, 2° co. T.U.F., che siano anche espressamente convenuti.

Il secondo motivo è infondato perché "...nel valutare, ai sensi della norma dell' art. 1322 c.c., la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato IRS, il giudice non può comunque prescindere dalle prescrizioni normative di cui all' art. 21 TUF e all' art. 26 Regolamento Consob n. 11522, nonché, per i contratti IRS con funzione di copertura, dalla verifica dell' effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla Consob con la Determinazione del 26 febbraio 1999..." (principio di diritto espressamente enunciato da Cass. 31/7/2017, n. 19013, in motivazione, p. 10),

essendo le prime due norme "...disposizioni fondamentali che vengono a trasfondere i principi di fondo della Direttiva n. 93/22 CE, tra le altre cose prescrivendo che gli intermediari si comportino «con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l' interesse dei clienti e l' integrità del mercato» (art. 21, comma 1, lett. a.) e che l' intera loro operatività sia resa «coerente con i principi e le regole generali del Testo unico» sempre nel prevalente «interesse degli investitori e dell' integrità del mercato mobiliare» (art. 26, comma 1, lett a.)..." (Cass. cit., in motivazione, p. 7).

E non può certo dirsi che applicare commissioni non previste dal contratto e, anzi, dallo stesso espressamente escluse, risponda all' interesse degli investitori e all' integrità del mercato né, tanto meno, a criteri di diligenza, correttezza e trasparenza.

Il terzo motivo è infondato perché la ricostruzione dei fatti che è stata operata non contrasta con i canoni ermeneutici del codice civile ma, anzi, consegue alla loro corretta applicazione.

In particolare, la comune intenzione delle

parti si evince non solo dal non avere previsto le commissioni, ma dall' avere sbarrato, in occasione della sottoscrizione dell' allegato A, proprio la riga nella quale avrebbe dovuto esserne indicata la misura, se le parti le avessero volute.

L' interpretazione complessiva degli artt. 4 e 5 del contratto quadro e dell' allegato A data sopra è anche conforme all' art. 1370 c.c., essendo stati gli stessi predisposti dalla banca e, infine, la previsione di commissioni implicite, non negoziate, né comunicate al cliente e prive di trasparenza non può certo dirsi una condotta interpretabile secondo buona fede.

Il quarto motivo è infondato perché la condotta della banca non solo è stata priva di trasparenza, ma si è risolta in una condotta in mala fede, avendo la banca percepito commissioni con le modalità appena delineate, sicché gli interessi sono dovuti non dal momento della domanda, ma da quello della percezione, a norma dell' art. 2033 c.c., sicché anche sul punto la sentenza impugnata merita di essere confermata.

Il quinto motivo va respinto perché la sentenza impugnata ha determinato gli importi che la banca deve restituire al Comune, avendo

trattenuto commissioni implicite non pattuite, sulla base della C.T.U., nella quale, per ciascuno dei due contratti, è stato predisposto un calcolo duplice, *in advance* e *in arrears*, scegliendo quello più sfavorevole al Comune, avendo ritenuto, correttamente, che su quest' ultimo gravasse l' onere di provare un diverso importo delle commissioni implicite, superiore al calcolo più riduttivo fatto dal C.T.U.

A questa ricostruzione dei fatti, basata su calcoli analitici, la banca ha contrapposto un diverso calcolo basato su non meglio precisate "evidenze interne della banca", cioè autodeterminandolo, e in misura, non sorprenderà apprenderlo, nettamente inferiore ad ambedue i conteggi del C.T.U.

Si tratta, però, di conteggi privi di valore probatorio, perché provengono dalla banca, si basano su dati dalla stessa predisposti, nemmeno specificamente.

Il sesto motivo va, infine, respinto perché, come si legge nell' ultimo capoverso della motivazione prima del dispositivo, il tribunale ha compensato tra le parti il 40% delle spese del giudizio, liquidandole, per l' intero, in

dispositivo e ponendo quelle di C.T.U. a carico della banca.

Tenuto conto che il credito del Comune riconosciuto dal Tribunale è quasi il triplo di quello della banca, il complessivo esito del giudizio di primo grado giustificava solo tale parziale compensazione, sicché anche questa statuizione non merita censura.

In conclusione, l' appello deve essere respinto e la sentenza impugnata deve essere integralmente confermata.

Le spese del secondo grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo (art. 91, 1° co. c.p.c.), secondo i parametri fissati dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55, in vigore dal 3 aprile 2014 (art. 29 D.M. cit.).

P.Q.M.

La Corte, definitivamente decidendo la causa in epigrafe descritta, così provvede:

1) rigetta l' appello, integralmente confermando la sentenza impugnata;

2) condanna l' appellante a rimborsare all' appellato le spese del secondo grado di giudizio, che liquida in € 20.000,00 per compenso professionale, oltre rimborso forfettario ex art. 2

D.M. 10 marzo 2014, n. 55, I.V.A. e C.P.A. sulle
somme imponibili.

Così deciso in L' Aquila il 24 luglio 2018, su
relazione del consigliere De Filippis, estensore.

IL CONSIGLIERE REL. EST.

Elvira Buzzelli
IL PRESIDENTE

(dott. Elvira Buzzelli)

Elvira Buzzelli

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Marisa Mastrantonio

M. Mastrantonio

CORTE DI APPELLO DI L'AQUILA

Publicata in data **9 AGO. 2018**



IL CANCELLIERE

M. Mastrantonio