

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI ROMA
Seconda Sezione Civile

Il giudice,
dr. [REDACTED],
ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado,
iscritta al n. [REDACTED]
del ruolo generale per gli affari contenziosi
dell'anno 2017,
posta in decisione all'udienza del 16.7.2021,
e vertente

tra

Comune di [REDACTED] in persona del sindaco pro-tempore,
elettivamente domiciliato in [REDACTED], presso lo studio
dell'Avv. [REDACTED] che lo rappresenta e difende per procura in atti,

- attore -

e

[REDACTED] in persona del legale rappresentante pro-tempore,
elettivamente domiciliato in [REDACTED], presso lo studio
dell'Avv. [REDACTED] che lo rappresenta e difende per procura in atti,

- convenuto -

FATTO

Con atto di citazione ritualmente notificato, il Comune di [REDACTED]
[REDACTED] conveniva in giudizio la [REDACTED] per ottenere, previo

ordine alla Banca di rendere conto del suo operato ex art. 1713 c.c., la declaratoria dell'inopponibilità degli effetti dei derivati ai sensi dell'art. 1711, primo comma, c.c. e che gli stessi costituiscono un danno dipendente da inadempimento ai doveri di cui agli artt. 1703 e 1710 c.c. e 21 TUF, il risarcimento del danno pari alle commissioni occulte, ai flussi differenziali negativi ed ai flussi cedolari relativi alla quota interessi, a titolo di responsabilità contrattuale, precontrattuale od extra contrattuale, ovvero di restituzione, da quantificarsi in euro 4.993.008,63 per costi occulti, ovvero nei flussi differenziali negativi per quote interessi pari ad euro 1.122.150,53, oltre interessi e rivalutazione monetaria, con condanna alla ripetizione degli interessi passivi indebitamente corrisposti.

Parte attrice esponeva che ██████████ in data 22.3.2005 vendeva al Comune l'operazione "IRS con opzioni Cap e Floor" ed "IRS con tasso soglia"; che, acquistato il prodotto swap "con opzioni Cap e Floor", la banca convertiva a partire dal 30.6.2007 il tasso di interesse da fisso a variabile, esponendo il Comune al rischio non previsto della variazione periodica dell'Euribor a sei mesi; che la banca rappresentava infedelmente lo strumento finanziario, del tutto difforme dalle esigenze manifestate dal Comune di prudente contenimento dei costi; che già al momento dell'acquisto del prodotto le curve previsionali forward indicavano una perdita potenziale di euro 4.304.540,93; che il prodotto conteneva costi occulti per euro 2.353.590,36; che la banca proponeva in mala fede una rimodulazione dell'operazione, accettata dal Comune con delibera della Giunta in data 11.5.2016 e del Consiglio in data 25.5.2016, mentre era invece più conveniente procedere all'estinzione della stessa; che era ingenerata la convinzione che i servizi di consulenza e di riadattamento delle operazioni in essere erano a titolo gratuito; che la banca non procedeva, come stabilito dagli artt. 21, primo comma, lett. a), del TUF e 28, primo comma, lett. a) del Reg. Interm. a verificare, tramite apposito questionario, la competenza del responsabile finanziario del Comune ██████████

■ che la dichiarazione di operatore qualificato firmata da ■ era inefficace; che, conseguentemente, in data 10.7.2016, previo recesso dal contratto del 22.3.2005, era sottoscritta la nuova operazione “con opzioni Cap e Floor - modifica”, gravata da commissioni implicite ed occulte per euro 2.639.418,27; che non era mai rappresentato dalla banca il grado di rischio; di aver inviato lettera di reclamo alla banca; che la banca violava la normativa di rango pubblico, potendo gli enti locali essere ammessi a compiere contratti derivati swap nella forma più semplice, che non espongano l'amministrazione a rischi ingiustificati; che erano violate le regole sul mandato, con elusione dell'art. 1711 c.c. e dell'art. 21 TUF; che non erano fornite adeguate informazioni sui costi e sul rischio del prodotto, con violazione dell'obbligo informativo ex art 21, lett. b), TUF; che non era valutata l'adeguatezza ex art. 29 Reg. Intern; che la banca era anche in conflitto di interessi, nel duplice ruolo di consulente e controparte diretta dei derivati venduti; che non era fornita una consulenza fedele e “best execution” e di aver diritto al risarcimento del danno a titolo responsabilità contrattuale, precontrattuale od extra contrattuale, ovvero di restituzione, oltre interessi e rivalutazione monetaria, nonché alla ripetizione degli interessi passivi indebitamente corrisposti.

Si costituiva parte convenuta, evidenziando che ■, dirigente del settore finanziario del Comune di ■ dichiarava sotto la sua responsabilità che l'ente era operatore qualificato in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari; che il Comune aveva familiarità con i contratti derivati, avendo anche in essere un contratto di consulenza con ■; che, assunta la dichiarazione di ■, in sede di rimodulazione, nella vigenza del regolamento Consob n. 115/22, l'intermediario non doveva provvedere ad una nuova qualificazione che non vi era alcuna violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, né violazione dell'obbligo informativo ex art. 21 TUF.

██████████ avanzava, altresì, domanda riconvenzionale di condanna al pagamento dei differenziali dovuti alla scadenza del pagamento del 30.6.2016 e del 30.6.2017 per complessivi euro 119.946,82, oltre interessi legali.

All'udienza del 16.7.2021 parte attrice concludeva per l'ordine alla Banca di rendere conto del suo operato ex art. 1713 c.c., la declaratoria dell'inopponibilità degli effetti dei derivati ai sensi dell'art. 1711, primo comma, c.c., per il risarcimento del danno a titolo di responsabilità contrattuale, precontrattuale od extra contrattuale, ovvero di restituzione, oltre interessi e rivalutazione monetaria, per la condanna alla ripetizione degli interessi passivi indebitamente corrisposti e per la nullità parziale del contratto del 10.7.2016, parte convenuta concludeva per il rigetto delle domande, per l'inammissibilità della domanda di nullità parziale e per l'accoglimento della domanda riconvenzionale ed il giudice tratteneva la causa in decisione, assegnando i termini di cui all'art. 190, primo comma, c.p.c.

DIRITTO

Preliminarmente è dichiarata l'inammissibilità della domanda di nullità parziale, avanzata sotto vari profili, del contratto del 10.7.2016, in quanto sollevata per la prima volta dal Comune in sede di memoria ex art. 183, sesto comma, n. 1), c.p.c.

Ed invero, il processo civile è caratterizzato da precise fasi concettualmente distinte tra loro e con precise scansioni temporali, dove la prima udienza di trattazione è diretta alla fissazione del "thema decidendum", inteso come insieme di eccezioni e domande, il quale può essere rettificato, però solamente nell'ambito del medesimo "petitum" e della medesima "causa petendi", a seguito dello scambio di memorie di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c. senza mutare, quindi, i fatti principali allegati, ma potendoli solo meglio definirli, puntualizzarli, circostanziarli e chiarirli.

Questa impostazione è conforme al principio di preclusione (con connessa divisione in fasi del processo e relativo divieto di regresso alla fase precedente) dettato da motivi di interesse pubblico ad un corretto, celere ed ordinato

svolgimento del giudizio e risponde anche ad una esigenza di tutela del contraddittorio.

Orbene, non solo la domanda di nullità parziale è stata proposta fuori dai suddetti limiti temporali, e già sotto tale profilo sarebbe inammissibile, ma si presenta del tutto nuova per titolo e per “petitum”, attenendo non alla questione dell’inadempimento così come proposta in sede di opposizione, ma alla esistenza e validità stessa del contratto, questione nuova e non sollevata con l’atto introduttivo. Ciò premesso, in via generale, in tema di intermediazione finanziaria, gli obblighi informativi gravanti sull’intermediario finanziario sono preordinati al fine di favorire scelte realmente consapevoli da parte dell’investitore, sussistendo pertanto una presunzione legale in ordine alla esistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio all’investitore, in relazione alla quale l’intermediario può offrire prova contraria che, però, “non può consistere nella dimostrazione di una generica propensione al rischio del cliente, desunta da scelte pregresse intrinsecamente rischiose, poiché anche l’investitore speculativamente orientato, e disponibile ad assumere rischi elevati, deve poter valutare la sua scelta nell’ambito di tutte le opzioni dello stesso genere offerte dal mercato, alla luce dei fattori di rischio che l’intermediario gli deve segnalare” (Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 11/11/2021, n. 33596; Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 28/07/2020, n. 16126).

Peraltro, occorre aggiungere che la dichiarazione formale di cui all’art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 sottoscritta da ██████████ dirigente del settore finanziario del Comune di ██████████ nella quale si afferma che il Comune dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, “vale ad esonerare l’intermediario dall’obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull’investitore l’onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell’intermediario. Ne consegue che in giudizio, sul piano probatorio,

l'esistenza dell'autodichiarazione è sufficiente ad integrare una prova presuntiva semplice della qualità di investitore qualificato in capo alla persona giuridica, gravando su quest'ultima l'onere di allegare e provare specifiche circostanze dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe dovuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse" (Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 04/04/2018, n. 8343).

Dunque, è a carico dell'investitore, nella fattispecie il Comune, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza della qualifica sopraindicata (Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 19/02/2018, n. 3962), onere non assolto, non essendo sufficiente sul punto, a fronte della specifica dichiarazione sottoscritta da █████ (doc. n. 5 atto di citazione), una generica contestazione in ordine all'efficacia di tale dichiarazione, salvo se ne dimostri, ma così non è stato, la falsità.

Orbene, a fronte di questi principi generali, la C.T.U. espletata ha accertato che entrambi i derivati oggetto di causa sono "stati stipulati in presenza di un indebitamento sottostante regolato da un tasso fisso che risultava al momento della negoziazione dei derivati in parola più elevato del Euribor 6M; la Banca convenuta, per entrambe le operazioni in derivati, aveva specificato che queste avrebbero comportato la trasformazione del tasso fisso in variabile, entro un prestabilito intervallo di variazione e una maggiore disponibilità finanziaria iniziale per il Comune che sarebbe stata restituita nella seconda parte del contratto; in considerazione delle aspettative di tassi crescenti rappresentate dalla stessa Banca Opi al Comune, gli IRS stipulati non risultano coerenti, a parere dello scrivente CTU, con la finalità di riduzione del costo dell'indebitamento. Si è infatti evidenziato come combinando le condizioni contrattuali dei Collar (Cap, Floor, e spread sull'Euribor 6M) e le aspettative dei tassi Euribor 6M, il Comune - eccezion fatta per alcuni semestri iniziali - avrebbe ragionevolmente sostenuto costi per

interessi superiori a quelli sostenuti in ragione del tasso fisso preesistente; per effetto del calo generalizzato dei tassi d'interesse, successivo al Collar 2 e non previsto o prevedibile all'epoca della negoziazione del derivato, il Comune - contrariamente alle aspettative all'epoca della sottoscrizione dei derivati oggetto di causa - ha successivamente beneficiato di un tasso di interesse inferiore rispetto a quello costituito dal tasso fisso preesistente; per entrambe le operazioni Collar, la finalità indicata nella proposta della Banca e allegata alle delibere, era altresì quella di garantire, nella prima fase di ognuno dei due contratti, "notevoli risorse" e, nella seconda parte del contratto, aggravii di pari entità. Di fatto con i due contratti in parola veniva modificato il rimborso del debito sottostante con differimento di maggiori rimborsi di capitale al futuro" (pagg. 60 e 61 della C.T.U.).

Il consulente prosegue rilevando che il comune di [REDACTED] "al 31.12.2019 - data più prossima alla redazione della presente relazione - non aveva maturato perdite finanziarie in dipendenza degli IRS contestati" (pag. 61 della C.T.U.), concludendo nel senso che "In estrema sintesi con la sottoscrizione dei contratti in derivati oggetto di contestazione il Comune ha posto in essere operazioni che, sulla base delle informazioni disponibili all'epoca della sottoscrizione dei contratti, avrebbero avuto ripercussioni negative in termini economici per l'ente. Al contrario, la diversa evoluzione dei mercati e del costo del denaro si è tradotta in un vantaggio per il Comune" (pag. 65 della C.T.U.).

In sostanza, precisato che era specificata ed esplicitata dalla banca la trasformazione del tasso fisso in variabile, le operazioni economiche intraprese non erano favorevoli al Comune al momento della loro conclusione, ma questa circostanza, in presenza della dichiarazione formale di cui all'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998, non integra responsabilità di parte convenuta sotto nessun profilo, anche tenendo conto che la banca era pure lei stessa consulente, poiché con la suddetta dichiarazione il Comune ha comunque dimostrato di essere

consapevole della scelta e della operazione che stava effettuando e dei relativi rischi.

Peraltro, le stesse operazioni, originariamente prevedibili come non favorevoli, di fatto, per il concreto andamento dei mercati finanziari, non hanno arrecato in concreto alcun pregiudizio sotto questo profilo al Comune, il quale, anzi, ne ha tratto vantaggio, circostanza che, in ogni caso, in assenza di danno concreto, esclude, con valore assorbente, ogni responsabilità risarcitoria della banca, anche in presenza di una sua condotta eventualmente illecita contrattualmente od extracontrattualmente, ovvero di violazione del Reg. Item. o della norma generale dell'art. 21, D.Lgs. n. 58/1998 (Tuf), in virtù della quale è consentito configurare doveri di comportamento degli intermediari anche nei confronti degli operatori qualificati.

Anche la lamentata situazione di conflitto di interessi della banca nel duplice ruolo di consulente e controparte diretta dei derivati venduti, comunque nota al Comune che ha incaricato la banca sia della consulenza che dell'operazione economica, non ha comunque arrecato, per quanto ampiamente esposto, alcun concreto pregiudizio al Comune sotto il profilo della convenienza dell'operazione economica.

Sul punto è accolta la domanda riconvenzionale di condanna al pagamento dei differenziali dovuti alla scadenza del pagamento del 30.6.2016 e del 30.6.2017 per complessivi euro 119.946,82, rilevato che lo stesso C.T.U. individua come dovuta a tale titolo dal Comune la superiore somma di euro 706.826,90 (pag. 62 della C.T.U.), oltre interessi legali dalle singole scadenze.

Diverso si presenta il discorso per i costi occulti.

In particolare, la C.T.U. ha riscontrato, in relazione alla circostanza se la banca ha applicato commissioni implicite non risultanti dai documenti informativi, che "All'esito dei calcoli effettuati dal CTU sui due contratti collar oggetto di causa è emerso che: g) il contratto IRS con Cap e Floor del 22.03.2005, alla data di

sottoscrizione, aveva un valore negativo non esplicitato dalla Banca al Comune di euro 546.927,03; h) il contratto IRS con Cap e Floor del 10.07.2006, alla data di sottoscrizione, aveva un valore negativo non esplicitato dalla Banca al Comune di euro 469.478,48” ed un valore delle commissioni implicite riferibili ai due contratti per euro 1.016.405,51” (pag. 61 della C.T.U.).

In questo caso si è fuori dalla consapevolezza del rischio economico dell’operazione, consapevolezza basata sulle clausole contrattuali conosciute, e si è in presenza dell’applicazione di commissioni e costi non dichiarati, ciò in violazione dei doveri accessori nascenti dal contratto, in particolare di quello di informazione, condotta che determina l’obbligo di risarcire il danno.

In particolare, l’elemento qualificante della “culpa in contrahendo” è anche la violazione della buona fede, intesa come regola oggettiva di condotta, la quale, sulla base dell’affidamento, fa sorgere obblighi di protezione e di informazione reciproca tra le parti nella fase delle trattative o della conclusione di un contratto.

Orbene, è evidente la responsabilità di parte convenuta, la quale, per inadempienze e omissioni proprie in ordine all’obbligo di corretta e chiara informazione, ha indotto parte attrice a stipulare un contratto con costi occulti, in palese violazione dell’obbligo di buona fede nella fase di conclusione del contratto o dell’accordo.

Infatti, l’obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, il quale, nell’ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all’esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase (per tutte Cass. civ., Sez. III, 05/03/2009, n. 5348)

Spetta, dunque, il risarcimento da danno per responsabilità precontrattuale, il quale consiste nel c.d. interesse negativo e, in particolare, nelle spese inutilmente sostenute e nella perdita di favorevoli occasioni, vale a dire, nella fattispecie, nei

costi delle commissioni implicite non contenute nei documenti informativi, pari, appunto, ad euro 1.016.405,51.

Sulla somma, poichè la responsabilità precontrattuale dà luogo a responsabilità extracontrattuale ed il conseguente debito del responsabile deve ritenersi di valore (per tutte Cass. civ. Sez. I, 29/04/1999, n. 4299), sono riconosciuti gli interessi legali e la rivalutazione dal giorno dell'illecito, da rinvenirsi nel 22.5.2005, data del primo contratto.

In particolare, poiché la stessa è liquidata con riferimento all'epoca del fatto, spettano gli interessi legali e la rivalutazione dal giorno dell'illecito, con gli interessi calcolati sulla sorte capitale via via rivalutata anno per anno secondo gli indici Istat e fino alla data del deposito della presente sentenza.

Parte convenuta è tenuta ex art. 91, primo comma, c.p.c. al pagamento della metà delle spese processuali e della metà delle spese della C.T.U., mentre l'accoglimento solo parziale della domanda attrice e la fondatezza della domanda riconvenzionale determinano la compensazione delle spese nella restane misura della metà e l'obbligo di parte attrice al pagamento della metà delle spese della C.T.U.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando:

a) condanna [REDACTED] in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento in favore del Comune di [REDACTED] in persona del sindaco pro-tempore, della somma di euro 1.016.405,51, oltre interessi legali e rivalutazione dal 22.3.2005, con gli interessi calcolati sulla somma di euro 1.016.405,51 via via rivalutata anno per anno secondo gli indici Istat e fino alla data del deposito della presente sentenza; **b)** condanna il Comune di [REDACTED] [REDACTED] in persona del sindaco pro-tempore, al pagamento in favore della [REDACTED] in persona del legale rappresentante pro-tempore, della somma di euro 119.946,82, oltre interessi legali dalle singole scadenze; **c)** rigetta

tutte le altre domande; **d)** condanna [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento della metà delle spese processuali, metà pari ad euro 10.300,00 per compensi ed euro 900,00 per spese, oltre spese generali, iva e cpa; **e)** compensa le spese nella restante misura della metà; **f)** pone le spese della C.T.U. per metà a carico di parte attrice e per metà a carico di parte convenuta.

Roma, 2.3.2022

Il Giudice

[REDACTED]